

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 29/04/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29443-cr-tica-fundamenta-o-axiol-gica-das-correntes-de-pensamento-jur-dico>**

**Autore: Newton de Oliveira Lima**

## **Crítica à Fundamentação Axiológica das Correntes de Pensamento Jurídico**

## Crítica à Fundamentação Axiológica das Correntes de Pensamento Jurídico

Newton de Oliveira Lima<sup>1</sup>

**RESUMO:** Objetivar-se analisar as correntes da jusfilosofia em função da temática axiológica implica na estruturação do direito em função dos valores, desafio a ser conquistado pelo estudo das diversas correntes jusfilosóficas sob o paradigma de confronto com a construção discursiva-processualista dos valores jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Valor jurídico – Jusfilosofia – Axiologia - Processualidade discursiva - Cultura.

**ABSTRACT:** To objectify itself to analyze chains of the philosophy of law of the thematic axiologic implies in the formation of the right in function of the values, challenge to be conquered by the study of diverse philosophical chains under the paradigm of combat with the construction discursive-procedure of the legal values.

**KEYWORDS:** Legal values - Philosophy of Law – Axiology - Discursive-procedure - Culture.

**SUMÁRIO:** 1.Introdução. 2 As escolas de pensamento do direito e a presença dos valores jurídicos no âmbito das mesmas. 2.1. Fenomenologia. 2..2. Institucionalismo. 2.3. Idealismo e Historicismo. 2.4. Neomarxismo e ‘Teoria crítica’ 2.5 Realismo. 2.6 Positivismo. 2.7 Neokatismo. 2.7.1 Neokantismo logicista. 2.7.2 Neokantismo culturalista. 3. Considerações finais. 4. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor de Filosofia Geral e Jurídica do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

Proceder a uma abordagem axiológica dos sistemas de pensamento jurídico implica em tarefa assaz complexa por variegados motivos. Primeiramente, a própria caracterização e delimitação corretas dos sistemas de pensamento do Direito e suas vertentes multifacetadas imprimem ao panorama da Filosofia Jurídica uma tal fragmentação que dificilmente pode ser recomposta em uma exposição teórica sistematizadora.

As correntes jusfilosóficas inserem-se em grandes sistemas de pensamento (empírico-materialista, idealístico-racionalista e crítico-intuitivo), e da própria derivação daquelas destes últimos surge uma complexificada gama de relações que não podem ser explicitadas com coerência meridiana (ou cartesiana, se se preferir); os conceitos, pressupostos e norteamentos jusfilosóficos que cada vertente filosófica carrega nem sempre são expressos coerente e lucidamente pelos sistemas de Filosofia Jurídica a que dão origem.

Nestes sistemas, por sua vez, as irrigações de correntes e subsistemas se refazem muitas vezes em um painel onde ocorrem amálgamas de diversas naturezas: metodológica, principiológica, teleológica, procedimental etc, refazendo, dentro de cada sistema de Jusfilosofia, um *totum* complexo e diferenciado da “pureza” original da Filosofia que lhe originou, pois sempre que se usa a palavra pureza, é impossível não se reportar imaginariamente à teorização kelseniana e observar o quanto é dificultoso encontrar a tão propalada pureza metodológica e ontológico-formal do Direito.

Faz-se necessária a mediação jusfilosófica da peculiaridade das estruturas jurídicas para a adequação dos conceitos filosóficos “puros” às problemáticas ontológicas, axiológicas e deontológicas que possui o Direito.

Assim, ao mesmo tempo em que se ‘perdem’, os conceitos filosóficos se “re encontram” dentro da Jusfilosofia. Em suma, reorganizam-se para que se transmutem de filosóficos em jusfilosóficos.

Posteriormente, o nível de dificuldade de apreensão da “pureza” de cada sistema de pensamento jurídico, vem expresso na própria ramificação da Filosofia do Direito enquanto constituída de diversos sistemas.

Ocorre uma verdadeira reprodução da diversificação de posicionamentos ínsitos à Filosofia no bojo da Jusfilosofia. A mesma tendência divergente intrinsecamente no âmbito das escolas filosóficas reproduz-se nas escolas pensamentais do Direito. Não se trata de reforçar aquela frase errônea e de senso comum que afirma que os sistemas filosóficos são inconciliáveis entre si e que cada um deles pretende ser uma “edição nova” da realidade.

Na Filosofia, e outrossim na jusfilosofia, existe muito mais concordância do que dissenso entre os pensadores do que o realismo ingênuo percebe. Scheler (1994) já lembrava que, ante de mais nada, o filósofo almeja inserir-se dentro da “tradição” do pensamento e nela, por conseguinte, busca situar-se de maneira coerente. Destarte, ocorre que a Jusfilosofia possui imbricações tamanhas e de tal monta bem assim como sua progenitora; aquela, porém, não se assemelha à Ciência que, no dizer de Durant (2000), olvida e renega sua filiação depois de atingir a maturidade.

De tal arte, a Jusfilosofia é formada por posicionamentos os mais díspares e controversos, embora haja em seu âmago claras divisões de entendimento demarcadoras das correntes que dela dimanam.

Os jusfilósofos, muitas vezes, como se poderá notar adiante, se encontram entrincheirados em suas fortalezas ideativas e sistemáticas. Positivismo, culturalismo, fenomenologismo e neomarxismo seriam quatro posições basilares nesse campo de enfrentamento em que, não raramente, converte-se a Filosofia do Direito.

Analisá-las em função da presença dos valores jurídicos no âmbito de cada qual, representa desafio para a Axiologia, que conquanto seja uma disciplina filosófica relativamente nova, já se encontra bastante tumultuária, torna-se espinhosa missão que exige a noção fundamental do esclarecimento sobre o componente valorativo inerente a cada área do saber (filosofia, psicologia etc).

Uma postura crítico-fenomenológica revela a relevância dos valores em cada vertente pensamental do direito, a qual se encontra quase sempre afastada do elemento

axiológico que lhe é peculiar e imprescindível, deve nortear-se por uma construção discursiva-processual dos valores jurídicos.

A idéia de valor envolve uma série de posicionamentos teóricos os mais díspares e mesmo frontalmente contrapostos entre si, dada a ampla gama de correntes que pretendem explicar o fenômeno valorativo.

Apreender valores como provenientes da construção sócio-histórica e pugnar por institucionalização de processualidade democrática que garanta acesso a todos na formação da discursividade constitutiva dos valores é o meio que uma teoria processual da axiologia jurídica deve perseguir para legitimar a criação de valores na estrutura jurídica, como apregoa Leal (2002) - esse é o *methodos* dentro do qual se pode obter algum significado do âmbito axiológico para a juridicidade.

Pautados nessa linha de atuação metodológica, é que buscamos dirigir a presente explanação dos esquemas pensamentais jurídicos em função/relação aos valores do Direito, na esperança de contribuir modestamente neste sucinto artigo, para tais estudos de máxima precedência jurídico-filosófica.

## 2. AS ESCOLAS DE PENSAMENTO DO DIREITO E A PRESENÇA DOS VALORES JURÍDICOS NO ÂMBITO DAS MESMAS

### 2.1. Fenomenologia

A Fenomenologia foi um movimento filosófico primordial na contemporaneidade, alentando o espírito anti-positivista do século XX. Franz Brentano, um neoplatônico, desenvolveu um novo método de investigação filosófica, calcado na análise da assim chamada coisa-em-si, sem buscar os dados posteriores fornecidos pela ciência, senso comum, ou qualquer outra forma de conhecimento, retornando dessa maneira ao essencialismo aristotélico.

Seu discípulo Edmund Husserl aprofundou o 'estudo do fenômeno' (daí a palavra fenomenologia), acrescentando a ele a concepção de que o cerne do

*phaenomenon* só pode ser captado por meio de uma “intuição intelectual” das essências dos entes presentes na realidade.

A postura correta do filósofo seria sempre buscar as essências através de um aprofundamento do estudo essencialista intuicionista, após ter colocado a concepções correntes acerca do fenômeno em ‘suspensão’ sempre procurando atingir o núcleo mais profunda da realidade a ser investigada.

Adolf Reinach foi um dos primeiros jusfilósofos a aplicar o método fenomenológico aos estudos jurídicos; constatou ele que o Direito Positivo apenas regula o que de externo há no fenômeno jurídico, pois a essência deste é dada tão-somente no substrato sócio-estrutural do fenômeno; Larenz (1999) analisa o ideário de Reinach:

O Direito positivo “não produz em nada” os conceitos jurídicos a que dá acolhimento: depara com eles. Esses conceitos têm uma estrutura própria, sobre a qual podemos enunciar proposições apriorísticas; e se o Direito positivo é livre de ‘os acolher na sua esfera ou deles divergir’, todavia não consegue ‘afetar a sua existência específica’. Pelo contrário, a “estrutura do direito positivo só se torna inteligível através da estrutura da esfera exterior ao Direito positivo.” Encontramos nessa esfera objetos específicos, que não são físicos nem psíquicos, e que igualmente se distinguem, pela sua temporalidade, de todos os objectos ideais.

Depois, com a influência de Bergson e Scheler, o intuicionismo fenomenologista grassou no campo jurídico mediante a obra de Lask, que se situará, também, dentro do culturalismo jurídico.

## 2.2. Institucionalismo

Movimento importantíssimo da Jusfilosofia contemporânea é o institucionalismo jurídico de Maurice Hauriou e Santi-Romano; apregoando que os valores do Direito são

estabilizados nas instituições sociais, e só por intermédio delas pode-se revelar o escopo do Direito: a justiça. Expressa-se Hauriou, *apud* Reale (1998): “Uma ordem social estabelecida contém sempre praticamente uma certa dose de justiça que nela está incorporada, mas também ela se encontra sempre praticamente em conflito com uma nova dose de justiça que ainda não está incorporada.”

Havendo tal conflito entre institucionalismo e o valor justiça, Hauriou propugnava por uma absorção histórica do justo pela instituição, como forma de se manter a ordem e os valores no Direito.

### 2.3. Idealismo e historicismo

Não se pode igualmente olvidar o papel decisivo do idealismo na construção das modernas correntes jusfilosóficas, porque foi a partir das teorias de Georg Friedrich Wilhelm Hegel que se desenleiam importantes correntes.

Apregoava Hegel a preponderância do espírito por sobre a natureza, pois em seu sistema filosófico a realidade primeira em sendo a Idéia Absoluta Panlogística, seria por intermédio do espírito humano que o homem construiria a efetivação da idéia fazendo a História, a qual não consistiria em nada mais que a própria totalidade das possibilidades de existência do homem e da realidade através do movimento dialético da realidade, que de tese, síntese e antítese objetivaria a Idéia; a História seria a manifestação *par excellence* do Absoluto; isso levou então Hegel (1997) a asseverar que: “O que é racional é real e o que é real é racional.”

Identificando dessa forma racionalidade, realidade e historicidade, a História foi elevada a um patamar supremo, o que ensejou a formação do espírito jurídico historicista alemão, que via no estudo das comunidades em sua essencialidade de vontade do grupo social o escopo da hermenêutica da Cultura.

Surgiu assim como corrente derivada idealismo filosófico o historicismo jurídico de Savigny e Puchta, que apregoava que o legislador deveria realizar a captação da vontade coletiva no processo de instauração da normatividade e da positividade do Direito, pois este “Espírito do Povo” (*Volksgeist*) teria de preponderar sobre a

abstratividade normativa e racional do Direito, favorecendo dessarte o aspecto espontâneo da desiderabilidade popular na formação das instituições .

Voltando à compreensão jurídica hegeliana, nota-se que o mestre do idealismo absoluto reavivou o racionalismo jurídico, porquanto em seu sistema jusfilosófico o que se estuda é o conceito e a idéia do Direito, e não o aspecto da origem social do mesmo. Assere Hegel (1997) :

O objeto da ciência filosófica do direito é a Idéia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização .Do que a filosofia se ocupa é de Idéias, não do conceito em sentido restrito(...)A ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito, a Idéia, porquanto esta é a razão do objeto, ou ,o que é o mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria.

O Direito seria por conseqüência uma criação eminentemente intelectual, era desprezível para Hegel o fator sociológico. O hegelismo inspirou aos neohegelianos como Felicce Battaglia, Julius Binder, Benedito Croce, um arrazoado jurídico assaz abstrativista e formalista, que em geral concebe o Direito como momento do espírito (objetivo ou subjetivo), olvidando sua realização em si como feitura histórico-social e normativo-axiológica.

Tem-se que concluir que o idealismo absoluto levou a um abstracionismo exacerbado por um lado e a um historicismo contumaz por outro. Um dos mais destacados representantes dessa vertente foi Carl Schmitt, o qual associou as teses idealistas a uma exarcebada teoria da vontade, constituindo o decisionismo; Larenz comenta-o (1999): “o juiz teria que obedecer a um comando cujo conteúdo na maioria das vezes, “é ele próprio que determina.”

Canotilho<sup>2</sup> expõe a visão das correntes idealistas do Direito, notadamente Smend, para quem a validade da Constituição, e seguintemente de toda a legislação, é

---

<sup>2</sup> GOMES CANOTILHO, J. J. “Direito Constitucional”, p. 116: “O problema do fundamento de validade de uma constituição(=problema de legitimidade) tem sido prevalentemente respondido com base numa



pautada no fundamento estimativo da primeira, o que por si só afasta o positivismo e o realismo jurídicos, correntes jusfilosóficas que almejam obliterar o fulcro valorativo da normatividade.

#### 2.4. Neomarxismo e "teoria crítica"

No âmbito do neomarxismo a chamada "Teoria Crítica" talvez seja a vertente que mais se destaque, pois apresenta um amplo arcabouço de concepções jusfilosóficas altamente influenciadoras da nova configuração do Direito contemporâneo; juristas como Roberto Lira Filho, que comungando das idéias do jusfilósofo francês Michel Mialle, quer que o Direito seja uma superestrutura no processo dialético da sociedade contemporânea, são integrantes da "Teoria Crítica". Assere Lira Filho (1982): "Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir a ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas."

Miaille (1979), neomarxista francês, assim se expressa:

O pensamento idealista torna-se um fenómeno em si alimentando-se da sua própria produção. Os termos tornam-se então "abstractos", a ponto de deixarem de pertencer à sociedade que os produziu mas serem supostos exprimir a razão pura, a racionalidade universal(...)Por outras palavras, estas diferentes realidades- as regras não têm nem o mesmo conteúdo nem a mesma forma- são reconduzidas, pela magia da palavra, a um só

---

teoria dos valores: todo o direito é, em essência, a realização de certos princípios de valor; baseia-se num conjunto de valores fundamentais, residindo a "medida" destes valores na consciência jurídica de uma comunidade juridicamente regulada(Triepel). O princípio objectivo fundamental da consciência jurídica seria, nesta perspectiva, a "ideia de direito". Esta teoria da legitimidade chama-se, desde a época de Weimar, teoria da legitimidade científico-espiritual porque: (a)o direito constitucional significa a positivação de uma legitimidade valorativo-espiritual(Smend); (b) diferentemente do formalismo jurídico(típico de dogmática civilista) e do "positivismo do poder"(na sua orientação histórico-sociológica), ela considera que só a validade intrínseca, isto é, o conteúdo de valor ideal corporizado na constituição, merecedor do reconhecimento e convicção por parte da colectividade, pode constituir o critério válido da legitimidade constitucional. Trata-se de um critério de legitimidade material, pois: (1) contra o positivismo jurídico, intrinsecamente vazio ou valorativamente neutral, e (2) contra o realismo do poder(para quem o direito vale apenas como um sistema de legalidade funcionalística ou como simples expressão das relações de força reais), esta teoria insiste na ideia de que só o reconhecimento da validade jurídica do texto constitucional assente na livre convicção da colectividade sobre a sua consonância com os valores jurídicos, pode legitimar, no plano material, qualquer constituição."

denominação: o direito. É aquilo que eu chamo o universalismo. As sociedades humanas, a própria humanidade, possuiriam um determinado número de realidades em comum: haveria direito em toda a parte, seja o que for que digam. Sendo a ideia de direito comum a todas estas sociedades, seria correcto utilizar um único termo que pode exprimir esta identidade da realidade, não obstante as diferenças de forma que afectam esta realidade(...)

É sobre o terreno histórico, na verdade sobre a sua ausência real, que este universalismo mais claramente se manifesta. De facto, da mesma maneira que ele se desenvolve no espaço, o idealismo jurídico invade o tempo: o direito é uma essência idêntica a si mesma, apenas assumindo aspectos diferenciados ao longo da história.

No entanto, essa crítica deve ser de graduação, e não da essência do procedimento gnoseológico dito idealista, tal como faz Maillie (1982), pois o formalismo dos conceitos estruturais e transcendentais do Direito é algo inerente à estrutura do mesmo, como já demonstrou o neokantismo.

No que o formalismo não pode se constituir é num entreve para a hermenêutica e axiologia jurídicas, tal qual demonstrou Mangabeira Unger<sup>3</sup> (1979), cujo pensamento também situa-se no âmbito da “Teoria Crítica.”

---

<sup>3</sup> “A reação típica dos juristas modernos ao problema do formalismo e da equidade é o raciocínio jurídico teleológico. A lei é vista como sistema de regras inteligíveis cujo significado é determinado por finalidades benéficas que o aplicador da lei deve atribuir às regras, uma vez que a intenção do legislador provavelmente será ou deveria ser inconclusiva. Desta forma, espera-se moderar o conflito entre formalismo e equidade e evitar conflitos indesejáveis na maioria dos casos.

Como sugeri antes, porém, o resultado é um estilo de argumento jurídico que prejudica a generalidade e a autonomia sem necessariamente aumentar a certeza de que se está fazendo justiça. A pretensa acomodação entre formalismo e equidade é inerentemente insatisfatória e instável; não resolve o problema da subjetividade do valor, que está na raiz do dilema entre formalismo e equidade, nem contribui para transformar as condições de domínio que tira às pessoas a confiança em seus próprios julgamentos morais.

Conseqüentemente, os princípios pelos quais o jurista moderno pretende justificar as suas interpretações da lei tendem a ser tão abstratos que se tornam ininteligíveis, ou parecem tentativas de manipular todas as regras de modo a favorecer preferências arbitrárias de determinados grupos de interesse.”

O pensamento jurídico de Habermas, outro importante construto da atualidade, pode ser enquadrado como uma concepção crítico-dialética que leva ao fundamento da juridicidade enquanto discursividade ética de sujeitos humanos livres e auto-determinantes (MOREIRA, 1999), pretendendo formar uma base de fundamentação normativa coerente consigo mesma, ainda que de caráter provisório, mas sempre pragmática (HABERMAS, 1989).

## 2.5. Realismo

O realismo jurídico foi outra vertente filosófico-jurídica que influenciou bastante na época atual; aparentado do historicismo, com o qual comunga numa apreciação eminentemente sociologista do Direito, pode ser como típica gestação intelectual nórdica, calcada num realismo filosófico por vezes grosseiro e simplificador, que vê no *phaenomenon juridicus* uma exclusiva produção encoberta da força política vinculativa entre Direito e querer-poder do governante. Na escola de Upsala (Suécia) encontra sua base primordial, e tem em pensadores como Karl Olivecrona, Alf Ross, dentre outros, seus principais corifeus.

Para o realismo jurídico, não existe valor jurídico em si, como ente independente espiritualmente, mas apenas atos de valoração do Direito por quem detém o poder - para o realismo, que segue a acepção psicologista do fenômeno jurídico, valor é igual a valorar, assim, impingir valor ao Direito é tarefa de quem possui o controle do poder político ou de quem possa exercer função política sobre a estrutura jurídica.

O realismo exacerba a função do fenômeno “poder” na sociedade, pois enquanto os culturalistas colocam o poder como meio de consecução de valores, os primeiros o colocam como instrumento de dominação e construção exclusiva do aparato finalístico do Direito, como fator de importância maior que o da própria criação das metas estatais, o que significa reduzir o Direito a força, e não almejar controlar a força através do Direito.

## 2.6. Positivismo

O positivismo enquanto vertente pensamental é oriundo, em última análise, do racionalismo grego, que evoluiu para a grandiosa tradição racionalista tomista medieval assaz influente nas terras francas, tanto que gerou o cartesianismo da modernidade, e desembocou na portentosa torrente intelectual do iluminismo, a qual invadiu toda a Europa numa superabundância de espírito libertário e transmutação sócio-político-econômica.

O positivismo também recebeu influência do empirismo inglês, de Bacon até Hume, recebendo dessa fonte seu apego à constatação empírica dos fenômenos e o posicionamento experimentalista ante os objetos de estudo.

Sociologicamente, o positivismo foi um movimento intelectual formado pela classe burguesa em ascensão, servindo de parâmetro cognitivo oposto ao das classes e elites dominantes até o séc. XIX, sendo utilizado, de logo, para combater o tradicionalismo e o humanismo cristão principalmente o católico.

O fundador do movimento positivista foi Saint-Simon, que era industrial e iluminista; no entanto, foi um discípulo dele, Auguste Comte, foi o grande sistematizador do pensamento positivista, na sua obra 'Sistema de Filosofia Positiva' (1996).

Apregoava este pensador que o fazer filosófico era um misto de experiência e razão, onde o método científico determinaria qual seria o verdadeiro objeto de estudo do conhecimento.

Aceitando tão-somente o método científico como revelador da verdade, na sua esquematização indelével de hipotetização racional após a extração do conteúdo empírico concreto, no chamado raciocínio indutivo, o qual generalizava os conteúdos empíricos da realidade.

Para o positivismo só o que pudesse ser provado através da metodologia expressa da escola teria o valor de conhecimento; a problemática estética, metafísica, moral, enfim, tudo o que não pudesse ser mensurado, quantificado, delineado em termos

racionais e lógico-matemáticos, constituiria pseudo-conhecimento, e não consistiriam em objetos de apreensão da Filosofia.

A própria atividade filosófica era passível de questionamento pela ciência e filosofia positivas, pois os conceitos de conhecimento da Filosofia eram considerados pelos positivistas como pseudo-científicos, e assim eles passaram a pregar a substituição da atividade filosófica pela científica. Estas são as palavras de Comte (1996):

o caráter fundamental da filosofia positiva é tomar todos os fenômenos como sujeitos a leis naturais invariáveis, cuja descoberta precisa e cuja redução ao menor número possível constituem o objetivo de todos os nossos esforços(...) Pretendemos somente analisar com exatidão as circunstâncias de sua produção e vinculá-las umas às outras, mediante relações normais de sucessão e de similitude.

O positivismo é, pois, um método e uma vertente do conhecimento que centra sua técnica cognitiva na verificação empírica dos objetos cognitivos e numa rígida concepção do real como sendo direcionado por um esquema compreensivo calcado na verificação científica de dados controláveis objetivamente.

No âmbito jurídico, a ascendência do positivismo foi enorme porquanto o novo espírito científico erigido pelo movimento já se alargara por toda a cultura européia como o correto modo de conhecer.

Nomes como Aubry e Rau na França, criaram sob o impulso do positivismo e do codicismo, aliás incentivados por Napoleão Bonaparte, o ditador burguês, a Escola da Exegese, a qual apregoava a total interpretação e fundamentação do Direito com base no *Code Napoleón* (isto é, no direito positivo).

Na Inglaterra surgiu a Escola Analítica da John Austin, que propugnava por uma hermenêutica jurídica calcada na análise lingüística e na empiricidade dos fatos jurídicos, sendo estes últimos as verdadeiras fontes do Direito em geral, antecipando os ditames do neopositivismo e do kelsenismo no século XX.

Entrando na questão do Direito Anglo-Saxônico, o *Common Law* (Direito Comum) britânico e norte-americano, é um verdadeiro sistema positivista, pois a jurisprudência coligida pelos tribunais é de tamanha força que a doutrina e a própria Axiologia Jurídica ficam muitas vezes inertes frente à tradição de respeito aos julgados que formam a essência do Direito Positivo na estrutura jurídica anglo-saxã; os precedentes judiciais funcionam na prática como os exclusivos modelos do Direito, numa centralização avassaladora que faz olvidar os princípios e valores jurídicos.

Na Alemanha do Século XIX, Bierling, Bergbohm e Merkel construíram a “Teoria Geral do Direito” (*Algemeine Rechtslehre*), calcada nos conceitos dos pandectistas teutônicos e sua ‘Jurisprudência dos conceitos’(principalmente Windscheid), com o que procuravam substituir a Filosofia do Direito como instrumento hermenêutico da juridicidade através da constatação científica da normatividade que eles julgavam cardeal ao fenômeno jurídico; só teria valor investigativo para o cientista do Direito os conceitos positivos presentes nas normas e oriundos do legislador.

Bierling, além de ser um dos corifeus máximos da *Algemeine Rechtslehre*, formulou, outrossim, a “Teoria do Reconhecimento” (*Anerkennung Rechtslehre*), apregoando que o Direito só teria validade com o reconhecimento social, reavivando dessa forma o contratualismo.

A variabilidade de correntes dentro do positivismo originou as mais diversas concepções jurídicas: o sociologismo (Pound, Summer Maine), que se fundamentou, dentre outras ascendências, nos arrazoados de Émile Durkheim, o qual criou o conceito de “consciência coletiva”, o conjunto de conteúdos psicológicos somados ao longo da historicidade humana; essa entidade psicossocial determinaria o conteúdo da juridicidade, e formaria os ideais e conceitos do Direito, que seriam mutáveis dentro desse grande esquema sócio-psíquico.

Durkheim formulou uma norma cardeal da juridicidade. Disse Durkheim *apud* Gusmão (1992): “nada fazer que atente contra a solidariedade social em qualquer uma de suas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizá-la, perpetuá-la e desenvolvê-la.”

Outro expoente primaz da vertente positivista, mas que almejou outrossim superá-la, foi Rudolf Ihering, o qual propalava que o Direito seria dominado pela idéia da finalidade na constituição de seu processo normacional e dikelógico. Como bem esclarece Paulino Jacques (1967), o finalismo iheringiano ou socioteleologismo como ele o chama, possui as seguintes características:

O socioteleologismo é outra manifestação existencialista do Direito, porque considera este mero fato social com finalidade específica de disciplinar o convívio humano. Deita as suas raízes no organicismo da Lamarck, no transformismo de Darwin e no evolucionismo de Spencer sofrendo, também, influxos, ainda que indiretos, do sociologismo de Comte.

O finalismo de Ihering foi importante para que se fundamentasse na juridicidade o posicionamento teleológico, encarando a realidade jurídica como realidade a serviço de fins valorativos e de perseguição de influências sociais na formação do conteúdo do direito.

A variabilidade de correntes dentro do positivismo originou as mais diversas concepções jurídicas, tal como o sociologismo (Pound, Summer Maine), que incluiu os arrazoados de Émile Durkheim, o qual criou o conceito de “consciência coletiva”, o conjunto de conteúdos psicológicos somados ao longo da historicidade humana; essa entidade psicossocial determinaria o conteúdo da juridicidade, e formaria os ideais e conceitos do Direito, que seriam portanto mutáveis dentro desse grande esquema sócio-psíquico. Mesmo assim ele formulou uma norma cardeal da juridicidade. Disse Durkheim citado por Gusmão (1992): “nada fazer que atente contra a solidariedade social em qualquer uma de suas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizá-la, perpetuá-la e desenvolvê-la.”

A portentosa escola sociológica francesa foi igualmente bem representada por François Gény e sua ‘Escola do Direito Livre’ (composta por juristas como Salleiles e Morin), que almejava libertar a atividade jurídica da rigorosidade formal e do positivismo legalista francês, para criar uma novel maneira científica de jurisfação e

hermenêutica legal; surgiu assim a “técnica da ciência jurídica”, exposta por Gusmão (1992), que consiste na delimitação do objeto da ciência jurídica como sendo a matéria do Direito (os dados do Direito), e a forma caberia à técnica jurídica; os dados seriam de quatro espécies: dados reais (condições factuais da comunidade); dados históricos (condições peculiares da comunidade, tais como costumes, tradições etc); dados racionais (compreensão intelectual da juridicidade); dados ideais (intuição do elemento social a ser captado pelo fazer jurídico). A idéia de “interpretação livre” teve conseqüências em diversas épocas e modelos jurídicos, sendo que no Brasil o chamado “Direito Alternativo” é devedor de doutrinas derivadas da “Escola Livre.”

Léon Duguit, outro expoente do sociologismo positivo francês, concebeu a Sociologia Jurídica como interpretação da vontade social direcionada a produzir o conteúdo do jurídico em geral. Não haveria para ele um arcabouço teórico *a priori* do Direito e da Justiça, como querem algumas correntes jusfilosóficas, mas sim uma constante atualização do conteúdo da juridicidade por meio da captação da vontade e do pensamento sociais na feitura das normas jurídicas. Configura-se dessa forma o que Duguit denominou de “Direito Social”, que influenciou o movimento constitucionalista e a configuração dos direitos sociais em diversos países ao longo do Séc. XX, com assaz influência no Brasil.

Outro expoente do positivismo foi Georg Jellinek, que na senda do relativismo jurídico de cunho positivista, desenvolveu uma teoria eclética que abarca elementos sociológicos e normativos da juridicidade. Admitindo elementos volitivos e racionais, bem como individuais e coletivos na formação do Direito e do Estado no universo histórico, Jellinek assevera na sua Teoria do Estado que este pode encarado tanto no aspecto histórico-social como no aspecto ideal (jurídico-axiológico), havendo uma verdadeira oposição entre ambas as acepções. A par dessa inovadora concepção estatal, o referido jurista tinha um entendimento *sui generis* da fundamentação do Direito, como Jellinek *apud* Reale (1998) assevera:

Em última análise, a positividade do Direito funda-se sempre sobre a convicção da sua validade. Sobre este elemento puramente subjetivo baseia-se todo o ordenamento jurídico. Daí se deduz, como necessária conseqüência desta noção, que o



Direito é ínsito em nós, é uma função da comunidade humana e, por conseguinte, deve se apoiar sobre elementos puramente psicológicos.

Para melhor caracterizar-se o positivismo jurídico, o qual teve ampla aceitação no Brasil, principalmente na Escola do Recife, deve-se citar o pensamento de dois grandes positivistas brasileiros, Pedro Lessa (seguindo o positivismo sociológico) e Pontes de Miranda (enveredando pelo positivismo, tendo contudo impregnado seu ideário de conceptualismo e realismo jurídicos, vendo então as proposições jurídicas como elementos intrinsecamente formalísticos erigidos pela força e conveniências políticas). Batalha (1981) transcreve o pensamento de Pedro Lessa :

Ao cientista compete averiguar quais são as condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, dependentes da vontade humana e formar uma teoria da limitação das atividades voluntárias, tendo em atenção essas condições. Ao legislador incumbe indagar quais são os meios de que pode dispor o Estado para assegurar, quanto possível, a realização dessas condições voluntárias.

## 2.7. NEOKANTISMO

### 2.7.1. Neokantismo logicista

Rudolf Stammler, grandioso representante da Escola de Marburgo, centro cultural neokantiano onde se desenvolveu uma filosofia logicista, formalista e idealista transcendental, erigiu um sistema concepcional do Direito extremamente formalístico-normativista; sob a influência igualmente poderosa do idealismo subjetivo de Fichte, absorvendo a concepção de juridicidade como acordo formal de vontades (o querer envolvente autônomo formaria o Direito), Stammler imaginou legitimar o Direito a partir desta visão estritamente formalista, compreendendo a justiça como um valor totalmente abstrato e ideal, assaz desligado do cotidiano social e político, bem como das demais valorações.

Stammler, *apud* Reale (1998), define com suas próprias palavras o Direito: ‘todo Direito é um ensaio no sentido de ser justo.’ Em verdade, o sistema de Stammler é um normativismo neokantiano de fundo transcendental, que muito influenciou Kelsen.

O kelsenismo (normativismo), o neopositivismo e outras correntes da Jusfilosofia tratam o fenômeno jurídico seguindo a linha positivista, caracterizando as questões axiológica, sociológica e política como pseudo-problemas ou questionamentos metajurídicos, para aquelas vertentes jusfilosóficas outras ciências é que teriam de tratar dessas inquições e problemas; à Ciência do Direito caberia tão-somente a análise da normatividade e o conceito de direito, definido como mera “ordem coercitiva” (KELSEN, 1984).

A Escola de Viena (normativista), que adotou o pensamento jurídico-filosófico de Kelsen, e teve como corifeus principais Verdross e Kunz, foi a grande propugnadora do neopositivismo jurídico durante todo o séc. XX, juntamente com a filosofia analítica inglesa.

#### 2.7.2. Neokantismo culturalista

Ao lado da escola positivista e do neokantismo logicista, que vicejaram largamente no Séc. XIX, outra vertente da filosofia jurídica frutificava sua influência no pensamento Ocidental com mais discrição, porém com não menos força: o neokantismo culturalista.

Surgido na escola neokantiana de Baden, a qual fomentou o estudo dos elementos axiológicos do pensamento kantiano. Teve com seus pensadores centrais Windelband e Rickert.

A partir da teorização kantiana de um conceito *a priori* formal do fenômeno jurídico, conceito pelo qual se seleciona o conteúdo da estrutura jurídica, filósofos como Rickert buscaram a feitura de uma pesquisa gnosiológica do conceito do Direito e do verdadeiro objeto da Ciência do Direito; ao lado dessa preocupação com a análise formal do Direito, os pensadores de Baden enveredaram para a compreensão histórica do fenômeno jurídico, e passaram a compreendê-lo dentro de uma concepção

culturalista, i. e., encarando-o como estrutura da Cultura dos povos ao longo da seta histórica.

Sintetizando assim a visão historicista do Direito já desenvolvida precedentemente pelos discípulos de Hegel e Savigny, os filósofos de Baden ergueram o culturalismo jurídico, que se desenvolveu a contento no séc. XX.

A teoria culturalista ou Filosofia da Cultura assomou no século dezoito por obra da escola neohegeliana de pensadores como Kohler. A teoria historicista hegeliana, que pregava que a História, e no âmago dessa a Cultura, era a realidade final na qual o Espírito Absoluto se concretizava, fez com que surgisse uma interpretação da Cultura e da História como realizações prementes da atividade espiritual humana.

A História passou a ser considerada a Ciência mais importante, e a Cultura o campo de incidência básico no qual o Espírito Absoluto, e não mais o espírito subjetivo, concebido pelo cristianismo e pela filosofia de Kant, se manifestaria.

Com o passar do tempo, devido à influência do idealismo kantiano, modificou-se o idealismo absoluto hegeliano para um idealismo subjetivo, relativizando-se a concepção hermenêutica da História, fazendo com que a mesma fosse encarada como construída pelo homem.

Essa mutação no enfoque constitutivo da historicidade, influenciou em vários campos culturais, como o Direito; nesse último, Kohler erigiu um amplo construído teórico que privilegiava as manifestações subjetivistas da Ciência Jurídica, enquanto erigida em bases culturais, pois até então, devido à ascendência da Escola da Exegese, enfatizava-se o aspecto objetivo do Direito (legalidade e estatismo).

A crítica de Kohler à metodologia e à concepção estrutural do Direito do legalismo e positivismo reinantes foi de tal profundidade, a ponto dele negar a pretensa objetividade dessas escolas, pois afirmava que uma só palavra do legislador bastaria para fazer ruir todo um suposto sólido edifício de ordenação jurídica positiva; queria ele demonstrar o caráter relativo e frágil e, portanto, impreciso da construção jurídica da legalidade positiva, que então era tratada como perfeita e inabalável.

O culturalismo jurídico retomou a concepção historicista de Savigny, revalorizando os elementos sócio-históricos do ordenamento jurídico, abrindo campo para que se desenvolvessem escolas jurídicas como o neokantismo (Escolas de Baden e Marburgo), neofichtismo, relativismo radbhuchiano, dentre outras.

Assim, é de fundamental relevância o papel do culturalismo jurídico, pois a partir dele é que se organizarão as grandes vertentes da Filosofia Jurídica no Século XX; da sua fonte irão beber o tridimensionalismo realeano, o normativismo kelseniano, o egologismo cossiano etc.

Max Ernst Mayer, que foi um de seus primordiais expoentes, pois sua filosofia versava sobre a questão dos valores jurídicos a partir da visão culturalista, asseverou que os valores no âmbito cultural são condicionados por várias contingências de lugar e tempo. Como os valores são historicamente variáveis, não há possibilidade de se conhecer o que seria o valor “correto” do justo, todo valor jurídico depende também de apreciações subjetivas ou, por outro lado, a concretização do valor requer uma decisão pessoal em sua efetivação, sendo do cerne de todo valor ser culturalmente condicionado.

Mayer com suas importantes teorizações deixou entretanto uma dúvida pairando no seu sistema, porquanto não esclareceu se seu pensamento era historicista ou metafísico em sua compreensão ao mesmo tempo objetiva e subjetiva do valor, como se vê nessa passagem citada por Reale (1998): “A verdade de uma idéia (ou de uma teoria) consiste em sua coincidência com as leis do pensamento e com a matéria a que se refere. Em compensação, a retidão de um pensamento (ou de uma teoria) consiste no fato de ser comprovada na ordem de matéria, ou seja, na obtenção de resultados satisfatórios.”

Já Emil Lask tem um ideário mais claro; entendendo, assim como Rickert, que a cultura tem uma função intermediária entre o mundo natural e o mundo ideal, ele chama o processo de construção da cultura de categoria cognitiva e existencial concretizadora de valores e, ao mesmo tempo, constitutiva do conhecimento em geral; partindo daqui ele desenvolverá seu pensamento relativista, pois ao analisar esse caráter separado da cultura e do ideal, julga impossível a compreensão do Direito com fulcro na

compreensão prévia na Cultura, não só como realizadora de valores, mas como interpretadora de possibilidades cognoscitivas.

O pensamento de Lask foi o maior influenciador de Gustav Radbruch, um dos fundadores do relativismo jurídico, concebendo os valores como sendo originados da cultura e da aceção individualística subjetiva do ser humano, daí porque ser considerado céptico e relativista. O Direito, para Radbruch, teria três idéias formalísticas *a priori*, mas condicionadas culturalmente: a justiça, o fim e a segurança.

Uma teoria fundamental da modernidade jusfilosófica, também na linha culturalista do Direito, é a teoria tridimensional do Direito, do paulistano Miguel Reale, que consiste resumidamente em asseverar o caráter triádico concreto do fenômeno jurídico, o qual é visto como integrante da Cultura, e constituído por um lado factual, um normativo e um axiológico, que estão em dialético *processus* interativo.

O processo dialético que rege o Direito seria como uma relação entre os elementos da norma, do fato e do valor, sendo uma tal relação de natureza dialética porque calcada na tensão “implicação-polaridade” existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo.

Abstraindo agora do kantismo culturalista, tem-se aquela vertente mais racionalista do neokantismo, que apregoa, principalmente com Giorgio Del Vecchio, uma orientação equidistante das escolas dominantes do pensamento neokantiano, pois para o jurista itálico o *phaenomenon juridicus* é moldado na idéia fixa do puro conceito de Direito, um conceito apriorístico e não empírico que determinaria o que seria o conteúdo do fenômeno jurídico. Esse conceito faria parte da própria essência humana como atributo do “eu puro” racionalmente encontrado porque aí sempre presente.

Aqui se nota a ascendência do idealismo subjetivo de Fichte sobre o pensar de Del Vecchio, por causa da formação intra-subjetiva do real e a posterior propagação do “eu puro” no mundo; a complexidade do pensamento delvecchiano mostra-se aqui em sua plenitude, porquanto ele buscou asseverar que o espírito abstrairia internamente os

conceitos que formariam o Direito e só depois concretizariam a realidade dos fenômenos.

Destarte, para ele, os conceitos e idéias fundantes do Direito estariam na abstratividade racional interna do homem. Os atos empíricos e práticos do agir jurídico exigiriam assim um constante refluxo para o espírito como fonte basilar do mundo do Direito. Del Vecchio, citado por Reale (1998), prega os postulados do agir ético-jurídico:

Age não como meio ou veículo das forças da Natureza, mas como ser autônomo, com qualidades de princípio e de fim; não como impelido ou arrastado pela ordem dos motivos, mas como dominador deles; não como pertencente ao mundo sensível, mas como indivíduo empírico (*homo phaenomenon*), determinado por paixões e afetos físicos, mas como eu racional (*homo noumenon*) independente delas; age, enfim, na condição da pura espontaneidade de tuas determinações, do absoluto e universal do teu ser, e, portanto (pois outra isto não quer dizer) de tua identidade com o ser de todo outro sujeito.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se pensar o direito axiologicamente é uma dificuldade de caráter da formação filosófica do ideário jurídico, cumpre cada vez mais buscar sanar essa lacuna na estrutura do pensamento jurídico, mormente no Brasil, tão carente de um aprofundamento teórico em suas estruturas de jusfilosofia.

Se a concreção de novos valores para o direito depende de uma visão crítica do sistema jurídico, isso implica na tratativa diferenciada em relação ao sistema de formação do processo político (tanto formal-representativo como material-participativo), pois a liberdade de construção e de debate no âmbito das diversas tendências e correntes políticas é que possibilitará a reconstrução de valores sociais, políticos e jurídicos em sua legítima expressão de existência.

Se o direito deixar-se dominar por valorações estáticas e fundamentadas em naturezas estanques (metafísicas ou formalistas), se ele socorrer-se somente da singularidade de sua natureza normativa e de coercibilidade, esquecendo o diálogo com as forças sociais vivas em constante formação, somente terá a pensar os limites de sua ação em função de uma visão conservadora e de limitada interpretação do texto normativo, assim, observa-se que as correntes positivistas e normativistas, realistas, em geral procedem uma abordagem anti-axiológica do fenômeno jurídico.

Ou se encara a decisão política fundamental de uma participação e democratização das estruturas de poder em função de valores democráticos de fiscalização, processualidade discursiva na formação de direitos fundamentais e construção de uma visão participativa de espaço público (LEAL, 2002), como valores formais universais de toda democracia, ou não se transmutarão as estruturas de ordem alienantes e alienadas da efetiva tutela dos conflitos sociais.

A crítica aos valores implica na reconstrução de valores. Em geral as correntes de pensamento tem feito até agora se deter no momento da cognição (conhecimento) de valores, tal qual o neokantismo e o culturalismo, ou ficar presas ao momento da aplicação abstrata-formal de valores jurídicos (neopositivismo analítico, realismo sociológico), ou então, não dão respostas nem cognitivas nem aplicativas para o problema da efetivação dos valores pelo direito tendo em vista um postura crítica da ideologia que preside a normatividade (positivismo kelseniano, empirismo jurídicos) ou dão respostas essencialistas ou metafísicas (fenomenologia e hegelismo).

Daí o desafio de se reconstruir o espaço público de uma re-colocação pragmática e discursiva do fenômeno jurídico que deve dialogar inter-disciplinarmente com a humanidades e as ciências sociais a fim de recolocar as bases gnoseológicas dos valores, entendidos como símbolos-força de idéias estimadas pela sociedade (RESWEBER, 2000), sendo que esta somente pode propor legitimamente valores em um constante processualização democrática das texturas lingüísticas que informam o conteúdo dos mesmos – um paradigma de transformação democrática dos valores é, pois, a teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2002) que preconiza a formação discursivo-

democrática dos valores e a fiscalização da sociedade sobre as instituições jurídicas que os concretizam.

#### 4. REFERÊNCIAS

BATALHA, Wilson Campos. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CABRAL DE MONCADA, Luís. Prefácio IN: RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*. Trad. José Arthur Gianotti in Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1996.

DURANT, Will. *A História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2004.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.

HEGEL, Georg Friderich Wilhelm. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JACQUES, Paulino. *Introdução à Ciência do Direito*. Forense: Rio de Janeiro, 1967.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1999.



LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: 2002.

LIRA FILHO, Roberto. *O que é Direito ?* São Paulo: Brasiliense, 1982.

MIALLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1982.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Fortaleza: Fortlivros, 1999.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESWEBER, Jean-Paul. *A Filosofia dos Valores*. Lisboa: Almedina, 2000.

SCHELER, Max. *Da Reviravolta dos Valores*. Trad. Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.