

Rumos da Filosofia Jurídica Luso-brasileira no século XX

Prof. Dr. Antônio Braz Teixeira
(Universidade Autónoma de Lisboa – Lisboa – Portugal)
abraz.teixeira@gmail.com

Resumo: Começando por lembrar o muito escasso eco que, à exceção de Heidegger, a filosofia existencial encontrou nos domínios ético e jurídico, o texto avalia a tentativa de aplicação do pensamento expresso em *Ser e Tempo* à consideração especulativa do direito realizado pelo jurista Aluísio Ferraz Pereira (1922-2010).

Palavras-chave: Existencialismo; Existência; Fundamentação; Direito; Justiça.

1. Considerações iniciais

Na cultura filosófica luso-brasileira, nos três primeiros lustros do séc. XX, correspondentes ao declínio da Escola do Recife, a reflexão sobre o direito continuou a ser fortemente marcada pelo predomínio quase exclusivo de doutrinas de índole sociológica, associadas a concepções monistas e evolucionistas, herdadas do último quartel de Oitocentos, protagonizadas, agora, por figuras como Avelino Calisto (1843-1910), em Coimbra, Pedro Lessa (1859-1921), em São Paulo, Sílvio Romero (1851-1914), Artur Orlando (1858-1916) e Fausto Cardoso (1864-1906), no Rio de Janeiro ou Almáquio Dinis (1880-1937), na Bahia, contra as quais, no entanto, se manifestaram, criticamente, Raimundo Farias Brito (1862-1917), no Brasil, e Paulo Merêa (1889-1977), em Portugal, contrapondo-lhes um novo modo de compreender a realidade jurídica, baseado numa visão metafísica de teor assumidamente espiritualista.

O dominante ambiente positivista, monista e evolucionista prevalecente em ambas as culturas, de que as suas duas repúblicas eram a natural projeção política, não só impediu que tais propostas renovadoras obtivessem qualquer eco como levou a que, em 1911, o ensino filosófico-jurídico fosse abolido do quadro das Faculdades de Direito, por um breve período, no Brasil e durante um longo quarto de século, em Portugal.

Assim, o positivismo, por vezes sob novas formas, influenciadas, agora, pelo neopositivismo, continuou a ter forte presença no domínio filosófico-jurídico em ambos os países, em confronto com renovadas expressões de pensamento tomista, sendo necessário esperar pelo final da década de 30 do novo século para que, mercê da obra e do magistério de Cabral de Moncada (1888-1974) e Miguel Reale (1910-2006), ocorresse uma verdadeira renovação no modo de considerar, especulativamente, a realidade ontológica e axiológica do direito, a partir de um neokantismo que não desdenhava nem ignorava as valiosas contribuições da fenomenologia nem as novas ontologias

pluralistas.

Seriam, também, discípulos daqueles dois grandes mestres que, durante os anos 40 da passada centúria, iriam explorar as vias especulativas abertas, para a reflexão filosófico-jurídica, pelo neoidealismo, pela filosofia existencial e pelo pensamento raciovitalista ou, que dois decênios mais tarde, iriam empreender a revisão crítica das concepções positivistas sobre a natureza e os modos de pensar, de raciocinar e de argumentar dos juristas, revisão consubstanciada numa “crítica da razão jurídica” formalista e logicista de que Kelsen fora o mais influente representante, pensador-jurista cuja obra, como a do seu parcial discípulo Carlos Cossio, não deixou de concitar demorada atenção crítica em ambos os países.

2. A reação antipositivista

I. Como acima se assinalou já, coube ao filósofo de *Finalidade do mundo* e ao futuro grande historiador do direito medieval proceder à primeira revisão crítica do positivismo sociológico, propondo, em sua substituição, uma nova concepção do direito, de forte pendor ético e idealista.

Opondo-se, com decisão, às teses da Escola do Recife, em que se formara e às duas ideias centrais do pensamento de Tobias Barreto – a da relatividade do conhecimento e a de evolução – bem como às que definem o seu pensamento histórico-axiológico, o filósofo cearense, em *A Verdade como regra das ações. Ensaio de filosofia moral como introdução ao estudo do direito* (1905), veio conferir nova forma à doutrina do direito entendido como “mínimo ético”, sustentando ser aquele constituído pelas leis morais cuja violação põe em perigo a ordem social, carecendo, por isso, de ser asseguradas, coativamente, pelo uso da força.

Entendia, contudo, que o direito não se identificava com a moral, já que, diferentemente desta, teria por fim, não o bem absoluto, mas tão só o bem relativo que consiste no respeito recíproco da liberdade de todos os homens que convivem na sociedade, consideraria a ação humana no domínio da consciência coletiva e não da consciência individual e abrangeria as leis da conduta estabelecidas pelo poder político e asseguradas, coativamente, por uma sanção material.

Farias Brito recusava, porém, a ideia de direito natural, por entender que o campo normativo se esgotava na moral e no direito positivo, e que não era dado à razão humana definir ou apreender uma lei imutável e eterna que fosse modelo invariável e permanente de todo o legislador, em qualquer tempo e lugar, pelo que as concepções jusnaturalistas seriam sempre, inevitavelmente, condicionadas pelas concepções do mundo dos que as formulavam ou ideavam.

Esta recusa do jusnaturalismo não significava, contudo, que o jurisfilósofo nordestino abraçasse as teses do positivismo jurídico, pois o seu pensamento atribuía decisivo lugar à ideia de justiça, sustentando dever ser ela o ideal permanente da ação moral e jurídica, e consistir em harmonia, visto representar “o acordo das vontades e a paz das consciências”, significando, por isso, “a organização da sociedade pela confraternização dos interesses”, “a legítima compreensão da organização social e a consagração dos direitos do homem”.

II. Por seu turno, Paulo Merêa, em *Idealismo e direito* (1910/1913) considerava que o erro maior do positivismo jurídico fora o de haver esquecido que o pensamento e a realidade não são duas realidades distintas mas sim “o resultado de uma cisão da única e complexa experiência total, a qual, por si só, não é física nem psicológica, nem subjetiva nem objetiva”.

À compreensão positivista do direito contrapunha o jovem Merêa o que designava por um *novo idealismo*, que constituiria “um movimento crítico” do dogmatismo científico a que o positivismo havia conduzido, ao mesmo tempo que se apresentava como uma “filosofia acentuadamente anti-intelectualista”, que assentava numa nova antropologia filosófica, que “via no homem, ao lado da inteligência e da razão, um fundo intimamente rico de sentimentos, de instintos, de tendências, de necessidades, de aspirações, intraduzíveis, por vezes, em ideias claras e definidas”, por serem “irreduzíveis à inteligência racionante”.

Este novo idealismo viria a ser uma filosofia pluralista, que se contrapunha ao monismo intelectualista, bem como uma forma de pensamento essencialmente prática, que visava as coisas últimas, os resultados, os fatos, por considerar que a teoria e a crença se revestiam de mero valor instrumental.

Inspirado no pensamento de Boutroux, Bergson e William James, vitalista, intuicionista e pragmatista, o novo idealismo propugnado por Paulo Merêa apresentava-se como uma filosofia que procurava compreender o mundo da experiência humana, a partir dos recursos do espírito não separado da ciência e da vida e à luz do qual procedeu à análise crítica do pensamento de Duguit e da escola penal italiana, bem como considerou, valorativamente, o pluralismo jurídico de Haurion.

3. Novas formas de positivismo jurídico

I. A oposição crítica de Farias Brito e Paulo Merêa não logrou abalar o positivismo dominante na cultura jurídica luso-brasileira, o qual, pelo contrário, se renovou sob novas formas durante toda a passada centúria.

Partindo, como Merêa, da consideração crítica do pensamento jurídico de Duguit, o seu coetâneo Abel Salazar (1889-1946) em *A ciência e o direito* (1935-36), sustentava que o método adequado a estudar, cientificamente, o direito não devia basear-se na lógica e na razão mas sim nos fatos empíricos, pois o direito tinha a sua origem no jogo das forças do inconsciente emocional e não na razão.

Por outro lado, o Estado não era algo estático e definido, constituindo antes o símbolo, em permanente transformação, de um elemento psíquico que se encontrava em dinâmico e mutável processo de objetivação, de um equilíbrio precário de forças sociais, econômicas, intelectuais e morais, do que resultava achar-se o direito condicionado pela psicologia, devendo ser compreendido como uma reação do inconsciente perante o exterior social, numa interação contínua, o que fazia que o chamado *direito objetivo*, mais não fosse do que o resultado de um complexo processo de objetivação.

Porque o caráter, o temperamento e o espírito eram funções ou propriedades da matéria, imperioso seria reformar as bases das doutrinas jurídicas, libertando-as das concepções metafísicas e conferindo-lhes uma base experimental, a única capaz de fundar qualquer autêntica ciência.

II. Vinculado, ainda, à herança teórica da então declinante Escola do Recife, onde se formou, em 1911, F. Pontes de Miranda (1892-1979) acompanhava Abel Salazar na visão naturalista e psicologista do direito, se bem que não deixasse, igualmente, de atribuir decisivo relevo à sua dimensão sociológica, como a maioria dos integrantes da referida Escola, de Sílvio Romero a Almáquio Dinis.

Considerava o mestre alagoano, como o pensador portuense, que, sendo o direito algo imanente à vida social, a ciência jurídica devia ser indutiva e causal e não dedutiva, teleológica e normativa, pois o seu objeto eram as relações sociais e não as normas.

Este ponto de partida da reflexão jurídica de Pontes de Miranda levava-o a entender que o direito era exclusivamente indicativo e não normativo e a sustentar que entre as leis físicas e as leis jurídicas havia mera diferença de grau e não de natureza, uma vez que as segundas teriam caráter sociológico. Daí que considerasse que a ciência jurídica tratava do *ser* e não do *dever ser* e, conseqüentemente, que a natureza lógica das normas jurídicas era igual à de qualquer outra proposição, chegando ao ponto de pretender que dos fatos se poderia chegar ao *dever ser* ou que o *indicativo* se poderia tirar o *imperativo* ou o *normativo*.

III. Discípulo de Pontes de Miranda, Djacir Menezes (1907-1996), na primeira fase do seu percurso especulativo, fortemente marcado, ainda, pelo pensamento do mestre, perfilhou uma epistemologia jurídica segundo a qual a base da ciência do direito deveria ser a experiência e a observação dos fatos, vindo aquela a consistir na sistematização de fatos observados na realidade social, usando, exclusivamente, o método indutivo, o único que poderia conferir-lhe verdadeiro caráter objetivo e científico.

Coerente com este seu ponto de partida, o pensador cearense atribuía sentido meramente sociológico ao conceito de fontes de direito, ao mesmo tempo que entendia caber à ciência jurídica estudar as leis reguladoras dos fenômenos jurídicos, cuja sede seria a matéria social (*A teoria científica do direito de Pontes de Miranda*, 1934 e *Introdução à ciência do direito*, id.).

IV. Enquanto a reflexão de Abel Salazar, Pontes de Miranda e Djacir Menezes sobre o direito se fundava num neopositivismo de feição marcadamente empirista, outro qualificado representante daquela corrente de pensamento, mas de mais exigente orientação logicista, o professor da Faculdade de Letras de Lisboa F. Vieira de Almeida (1888-1962), entendia que as normas jurídicas não constituíam um verdadeiro dever-ser, pois, se assim fosse, não só não se distinguiriam da ética como apresentariam um intrínseco caráter impositivo, visto imporem aquilo que se desejou ou se crê justo ou, simplesmente, conveniente. Para o mestre lisbonense, na maioria dos casos, o dever ser derivava da lei, sendo o estabelecimento ou a estatuição da sanção o sinal da anterioridade da noção ou do sentimento do dever-ser. Assim, o dever-ser mais não seria do que o nome substantivo de um conjunto de juízos de valor relativos a fatos ou atos possíveis e futuros, decorrentes da generalização de juízos análogos, formulados sobre fatos ou atos ocorridos no passado, o que revelaria que o dever-ser se originava do ser, sua única origem possível (*Pontos de referência*, 1961).

V. Também José Hermano Saraiva (1919-2011), que foi aluno de Vieira de Almeida, começou por partir do positivismo lógico na reflexão que, em meados da centúria passada, empreendeu sobre o direito sustentando que a crise do direito e da ciência jurídica a que se estava assistindo então resultava da aplicação à realidade jurídica das categorias e processos da lógica apofântica, predicativa e substancialista, de matriz aristotélica, achando-se a via para a superação dessa crise na adoção dos esquemas da nova lógica relacional desenvolvida pelo positivismo lógico, a qual seria, igualmente, a mais apropriada para a construção dogmática do direito e para discernir,

unificar e legitimar os princípios que lhe são próprios (*O problema do contrato. A crise do contratualismo e a construção científica do direito privado*, 1950).

Uma década e meia depois, reconhecendo as limitações do positivismo e do formalismo jurídicos, a reflexão de J. H. Saraiva, continuando a ter no horizonte a crise do direito e da ciência jurídica, orientou-se para o domínio ontológico e axiológico do direito.

Pensava, agora, o jurisfilósofo português que o direito, cuja função é a de disciplinar as relações sociais com referência a um sistema de valores cuja aceitação comum está na base da existência da comunidade a que o ordenamento jurídico se aplica, opera a integração recíproca dos planos do ser e do dever ser, da realidade e do valor, por meio de um sistema hierárquico de *imperativos* ou *comandos* de diferentes níveis de normatividade que seriam, sucessivamente, *comandos-valores*, *comandos-conceitos*, *comandos-regras* e *comandos individualizadores*.

Pensava J. H. Saraiva que o valor do direito, resultante da unidade entre juridicidade material e validade formal, era imanente ao direito, sendo a *coerência*, enquanto expressão simultaneamente material e formal, que constituía o verdadeiro critério de validade jurídica, pelo que o ordenamento jurídico vinha a consistir num sistema cuja essência consistia em relações de coerência entre os planos do valor, da norma e da conduta, cabendo ao poder político a função de definir, organizar e garantir o funcionamento desse sistema que, contudo, existiria independentemente da sua intervenção (*A crise do direito*, 1964 e “A coerência, critério de validade jurídica”, 1986), concepção algo convergente com o tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, como o próprio Saraiva reconhecia.

VI. Recentemente, Antônio Manuel Hespanha (1945) acolheu uma visão positivista do direito, que denominava “realista”, de claro sinal empirista, próxima da de H. L. Hart.

Entendendo que o direito pertence ao gênero dos complexos normativos que regulam as ações que dependem da vontade dos homens, o antigo professor da Universidade Nova de Lisboa considera que a respectiva diferença específica se acha em ele ser “um sistema de regulação social admitido, em cada sociedade concreta, por uma série de entidades a quem essa mesma sociedade admite como autorizada a dizer o que é direito”, atribuindo, assim, como aquele jurista inglês, à *regra de reconhecimento* uma natureza meramente empírica, desprovida de qualquer dimensão axiológica, psicológica ou simplesmente lógica, do mesmo passo que lhe confere o papel de último critério de validação das normas jurídicas (*O caleidoscópio do direito*, 2007).

4. Neotomismo jurídico

I. Tanto no Brasil como em Portugal, o renascimento do tomismo iniciou-se na década de 60 do séc. XIX, mais de um decênio antes da encíclica *Aeterni Patris*(1879), em que o papa Leão XIII recomendou aos católicos o regresso ao estudo do pensamento do Doutor Angélico.

Enquanto, porém, em Portugal, a iniciativa do jesuíta Francisco Xavier Rondina (1827-1897), durante a década de 1890, foi secundada, na Faculdade de Teologia de Coimbra e em alguns seminários, no Brasil, o esforço pioneiro de Soriano de Sousa (1833-1895) encontrou, ao tempo, muito limitado eco, sendo preciso esperar pelas primeiras décadas do novo século para que o pensamento de inspiração tomista voltasse a encontrar cultores como Alexandre Correia (1890-1984), Jackson de Figueiredo (1891-1983), Leonel Franca (1898-1948) ou Alceu Amoroso Lima (1893-1983).

Com exceção de Soriano de Sousa, na cultura luso-brasileira, este renascimento tomista, de início, não teve o devido eco no domínio filosófico-jurídico, integralmente dominado, então, pelo positivismo sociológico e pelo monismo naturalista e evolucionista, só a partir da década de 1930, através de pensadores como Alceu Amoroso Lima, José Pedro Galvão de Sousa (1912-1982) e Leonardo van Acker (1896-1986), no Brasil, ou Manuel Gomes da Silva (1915-1996) e Mário Bigotte Chorão (1931), em Portugal, vindo a achar expressão significativa no pensamento filosófico sobre o direito.

II. Sob o pseudônimo de Tristão de Athayde, Alceu Amoroso Lima, inspirado na expressão que Jacques Maritain dera ao Neotomismo, em *Introdução do direito moderno* (1933), procedeu à crítica do naturalismo jurídico então ainda com ampla presença na cultura brasileira e à exposição do que designava por “concepção integral do direito” e do entendimento tomista da doutrina do direito natural, criticando, do mesmo passo, o jusnaturalismo antropológico e racionalista que caracterizou a época moderna.

Assim, o direito natural, enquanto manifestação da lei eterna, constitui o fundamento de todo o direito positivo, pelo que qualquer lei criada pelo Estado só será verdadeiramente lei quando derive da lei natural, sendo violação da lei sempre que dela se afaste ou a contradiga.

Um decênio depois, no livro *Mitos do nosso tempo* (1943), inspirando-se, de novo, no pensamento de Maritain, o especulativo brasileiro sustentava não constituir a *liberdade* um valor em si, absoluto, uma vez que se achava limitada pelos valores superiores da verdade e do bem, visto

não haver liberdade contra a *verdade* ou contra o *bem*, ao mesmo tempo que afirmava que, em matéria social, estes dois valores vinham a coincidir com a justiça, entendida, à maneira tradicional, como dar a cada um o que lhe pertence.

Pensava, ainda, Alceu Amoroso Lima, dever o direito basear-se na justiça, i.e., “na proporção natural entre o que é devido e o que nos devem, entre as exigências de cada ser livre de acordo com a sua natureza e o seu procedimento”, admitindo, igualmente, revestir aquela três formas: comutativa, distributiva e social.

III. Pela mesma época, José Pedro Galvão de Sousa publicava o primeiro ensaio do que viria a ser uma trilogia acerca do direito natural, entendido à maneira tomista, o breve volume *O positivismo jurídico e o direito natural* (1940), numa linha próxima da que, alguns anos antes, fora adotada por Alceu Amoroso Lima, a que se seguiriam o livro *Direito natural, direito positivo e estado de direito* (1977) e o estudo *Realização histórica do direito natural* (1988).

Concebendo o direito natural como critério objetivo de justiça, Galvão de Sousa entendia-o como um conceito resultante da evidência e da observação dos fatos, a evidência dos primeiros princípios e o conhecimento experimental da natureza humana.

O direito natural aparecia-lhe, assim, como sendo essencialmente moral e, considerado em sentido estrito, como coincidindo com os primeiros princípios da moralidade, do mesmo passo que pensava ser ele o fundamento necessário de todo o direito positivo, do que resultaria não poder o Estado de direito deixar de pressupor o direito natural, i.e., de reconhecer a existência de um critério de justiça, transcendente e anterior ao direito positivo e em que este deveria basear-se ou inspirar-se.

IV. A figura mais influente do Neotomismo brasileiro, na segunda metade do século XX, foi, contudo, Leonardo van Acker, cujo pensamento e atitude especulativa se inserem na linha de um tomismo aberto ao diálogo com outras correntes especulativas do nosso tempo (a exemplo do que aconteceu, em Portugal, com a Faculdade de Filosofia de Braga, da Companhia de Jesus) e de que são patente testemunho as obras *A filosofia contemporânea* (1981) e *O tomismo e o pensamento contemporâneo* (1983).

A reflexão do mestre paulista acerca do direito encontrou expressão, sobretudo, no seu *Curso de filosofia do direito* (1968). Entendia van Acker não dever a filosofia jurídica tomista limitar-se à doutrina do direito natural, devendo antes “considerar a essência integral do fenômeno jurídico-positivo ou do direito propriamente dito”, examinando-o nas suas três dimensões

ontognosiológica, ético-axiológica e histórico-sociológica, advertindo não ser possível “tratar o direito natural sem assentá-lo em larga base ontológica, antropológica e social”.

Por outro lado, pensava que, no domínio do direito, havia “outra objetividade além da técnico-jurídica e que direitos e deveres jurídicos implicam relação ontológica do sujeito, irreduzível a normas objetivas” e que tais direitos e deveres não podiam ser apenas jurídicos ou redutíveis a normas do direito positivo, mas ser também morais, já que o direito positivo deveria incorporar, necessariamente, a moral e o direito natural e ter fundamentos morais ou éticos.

Considerava o jurisfilósofo tomista que, sendo a moral condição ontológica necessária da existência do direito, como este seria condição ontológica necessária da existência daquela, no entanto, não só a moral não seria fundamento lógico do direito nem a obrigação moral fundamento suficiente nem necessário da obrigação jurídica, sendo a recíproca igualmente verdadeira. Deste modo, assim como haveria uma mútua autonomia lógica e deontológica da moral e do direito, haveria, igualmente, um mútuo condicionamento ontológico de ambos.

V. Ao mesmo tempo que, em São Paulo, Leonardo van Acker dava pública expressão escrita ao seu pensamento filosófico-jurídico, em Lisboa, Manuel Gomes da Silva, figura maior da ciência jurídica portuguesa contemporânea, via editado o seu *Esboço de uma concepção personalista do direito* (1964), a mais significativa e desenvolvida obra de jurisfilosofia de inspiração tomista publicada em Portugal na centúria passada.

A concepção do mestre lisbonense apresentava-se como uma forma particular de ordinalismo, próxima das propostas institucionalistas de Hauriou ou de Renard, que via no direito um elemento intrinsecamente constitutivo da essência humana, uma realidade essencial privativa do homem como ente singular e autônomo, racional e livre, destinado a um fim transcendente, necessário e permanente e cujo fim era o próprio homem, o que significaria, por um lado, ser o direito um meio para a realização daquele fim transcendente e, por outro, dever fundar-se na noção principal de *pessoa humana*.

Assim, a função do direito, enquanto orientador da vida humana, seria definir o que o homem pode ou não fazer no exercício da sua *autonomia*, reconhecendo-lhe o poder ou faculdade moral de agir ou não agir, de modo a que o exercício daquela autonomia seja conforme ao seu fim transcendente.

Embora se realize em concreto e só em concreto exista em ato, o direito atua de acordo com regras racionais, de valor geral ou até universal, que constituem formas do *justo concreto* ou do

direito natural. Daí que fosse constituído por três elementos essenciais: a *ordem jurídica objetiva* ou *abstrata*, a *ordem jurídica subjetiva* e a *vida jurídica*, entendida como esforço permanente daquela primeira ordem jurídica para dar forma à segunda, por via “do impulso dos fatos para tal previstos e da reação contra o torto”.

Por outro lado, para M. Gomes da Silva, a consideração ontológica do direito revelaria dois tipos fundamentais de relações, as de *autonomia* e as de *cooperação*, correspondentes a dois aspectos distintos da personalidade humana, assim como as situações jurídicas apresentariam três modos de ser fundamentais, correspondentes aos *direitos subjetivos*, às *relações jurídicas* e às *comunidades*, as quais serviriam de centro em que se concretizariam as normas jurídicas abstratas e através das quais se realizaria a apreciação e qualificação dos atos humanos, com vista a permitir a definição dos poderes e deveres, nas suas diversas modalidades.

VI. De caráter personalista e idêntica filiação tomista tem sido também a reflexão filosófico-jurídica de Mário Bigotte Chorão, para quem o direito deverá ser compreendido como uma realidade cultural que constitui uma ordenação da vida social de acordo com a justiça.

Como Gomes da Silva, também o antigo professor da Universidade Católica Portuguesa pensa que, do ponto de vista ontológico, o direito tem a sua razão de ser constitutiva fundamental na estrutura ontológica do homem, o que explica a sua essencial dimensão axiológica, de cariz personalista e jusnaturalista, a qual, todavia, não esgota a realidade integral do direito, pois esta se apresenta como tridimensional, sendo *fato*, *valor* e *norma* que nele se correlacionam dialeticamente, numa unidade integrante.

Se bem que acolha aqui, expressamente, a lição de Miguel Reale, o jurisfilósofo português não acompanha o seu historicismo axiológico, porquanto admite que o fundamento do direito se acha na natureza humana.

Por outro lado, Bigotte Chorão entende que a justiça, sendo o fim do direito, não é o único valor jurídico fundamental, idêntico papel desempenhando aqui outros valores jurídicos como a equidade ou a segurança, se bem que esta se encontre subordinada à justiça, assim como recusa as teses que definem o direito pela coercibilidade, a qual pensa constituir mero instrumento da sua eficácia, que não faz parte da sua essência.

5. Do neokantismo à fenomenologia jurídica

I. Não seria, contudo, do Neotomismo mas do neokantismo, associado à fenomenologia,

que viria a desejada e necessária renovação da especulação filosófico-jurídica no âmbito da cultura luso-brasileira do século XX, a qual se iniciou na década de 40, por obra de L. Cabral de Moncada, em Coimbra, e de Miguel Reale, em São Paulo.

Diferentemente do que sustentavam os sequazes do positivismo naturalista ou sociológico, Moncada entendia que a Filosofia do direito tinha caráter específica e radicalmente filosófico, sendo seu objeto o complexo mundo jurídico, como ser ou realidade cultural, manifestação do espírito objetivo e objetivado, que é, a um tempo, fato empírico, realidade normativa e valor ideal. Deste triplo modo de ser do jurídico decorria ter a reflexão filosófico-jurídica também uma tripla tarefa: a de determinar a natureza ôntico do direito, a de surpreender e caracterizar os métodos próprios do seu conhecimento e a de averiguar quais os valores a que o direito positivo deve procurar dar efetividade na ordenação da vida social do homem, sendo, por isso, a sua problemática, simultaneamente, *ontológica, gnosiológica e axiológica*.

Acolhendo a lição da fenomenologia, pensava o mestre conimbricense que todo o conhecimento pressupõe não só a existência de um sujeito que conhece como de algo que é conhecido, traduzindo-se sempre na elaboração de certos dados que constituem a matéria do conhecimento, através de conceitos, categorias, princípios e leis gerais do pensamento que, sendo a forma do conhecimento, possibilitam que o espírito capte e converta em objeto a realidade, que se admite ser dele distinta, independente e existente em si.

Porque o direito se integra no domínio da cultura, os conceitos e categorias adequados ao seu conhecimento não se limitam a organizar a experiência, mas são também criadores das realidades a que se acham referidos, têm conteúdo material e natureza constitutiva, pelo que o conhecimento jurídico não pode deixar de pressupor o conceito de direito, o qual se apresenta, a um tempo, como *a priori* e constitutivo, visto ser condição de toda a experiência jurídica e da constituição do próprio direito positivo como criação cultural, notando Moncada que tal conceito era, ainda, *obrigatório* e *objetivo*, uma vez que, por seu intermédio, se exprime e projeta no exterior ou se objetiva uma criação do espírito

Considerava o jurisfilósofo conimbricense que o conceito de direito era o de um dever ser valioso, dirigido às personalidades livres dos homens, para a realização dos seus fins individuais e sociais, dentro de uma ordem jurídica justa.

O verdadeiro conhecimento do direito, no entanto, só se lograria no plano do juízo, a partir da elaboração dos dados da experiência jurídica, admitindo ou compreendendo quatro graus distintos, desde o *conhecimento espontâneo, vulgar* ou *empírico* e do *conhecimento técnico* ou

jurídico ao conhecimento científico e ao conhecimento filosófico do mesmo direito.

No domínio ontológico-jurídico, o pensamento moncadino admitia que o direito era uma realidade pluridimensional, cujo ser se não esgotava numa única região ôntica, antes se projetando em várias delas, em cada uma das quais apresentava um estrutura diferente, a que correspondia um forma diferente de conhecimento e de pensamento, registrando, contudo, aqui, a sua reflexão filosófico-jurídica algumas oscilações, desde a inicial adoção de uma compreensão quadridimensional do direito, ao posterior acolhimento do tridimensionalismo jurídico realeano, ao qual não deixou de fazer alguns reparos, que o mestre paulista veio a acolher, até à final restrição ao plano gnosiológico da noção de pluridimensionalidade do direito.

Também no que se refere à problemática axiológico-jurídica se registaram algumas significativas alterações na evolução do pensamento de Cabral de Moncada, que, começando por admitir, na segunda metade da década de 40, ser possível, a partir da fenomenologia e da filosofia dos valores, superar o empirismo e o formalismo ético neokantiano e aportar a uma compreensão material dos valores, no entanto, levado pela consideração de que a historicidade do homem o impedia de apreender um tipo paradigmático único, de valor absoluto e supratemporal, para qualquer lei positiva em concreto, entendia que apenas seria possível afirmar como primeiro princípio do novo direito natural a personalidade humana individual e a sua liberdade.

Na derradeira fase do seu percurso especulativo, o jurisfilósofo conimbricense veio a entender o direito natural como sendo exclusivamente formal, constituído por um reduzido número de princípios morais formais de valor universal, que existem *a priori* na consciência e pela ideia e sentimento inato de justiça existente no espírito humano, e cujo conteúdo material seria múltiplo e variável, de acordo com as diversas situações históricas.

De igual modo, quanto à justiça como ideia ou *à sua vivência transcendental e absoluta*, entendia ser ela uma das ideias contidas no conceito de direito, enquanto que no que respeita à justiça como valor ou *à sua vivência contingente e relativa*, pensava Moncada ser unicamente possível adivinhar o seu conteúdo material, tendo em conta as verdades e os valores jurídicos formais capazes de orientar a vontade humana, cabendo, depois, a cada sociedade e a cada época, preencher o seu efetivo conteúdo material, o qual se apresentaria, também, variável no tempo e no espaço (*Filosofia do Direito e do Estado*, v. I, 1966 e *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, 2004).

II. Havendo, como Cabral de Moncada, iniciado a sua precoce e intensa atividade reflexiva

no domínio da filosofia política, Miguel Reale, a partir de 1940 e do seu acesso ao magistério na Faculdade de Direito de São Paulo (*Fundamentos do direito e Teoria do direito e do Estado*), encaminhou-se, preferentemente, para a filosofia jurídica, numa linha de pensamento em larga medida próxima ou convergente com a daquele seu colega português, com quem manteve longo e exemplar diálogo especulativo.

O núcleo do pensamento filosófico-jurídico do mestre paulista viria a ser o que denominou *teoria tridimensional do direito*, a qual atribuía decisivo papel à noção de “experiência jurídica”, a que dedicou todo um livro (*O direito como experiência*, 1968), por entender que, pela sua própria natureza, o direito se destina sempre à experiência e só logra aperfeiçoar-se no permanente e incessante confronto com a experiência correspondente ao seu ser axiológico, advertindo que essa experiência tinha como condição essencial “a dialeticidade problemática e aberta dos fatores que nela e por ela se correlacionam e se implicam, na unidade de um processo simultaneamente *fático*, *axiológico* e *normativo*”, vindo, por isso, a consistir na “compreensão do direito *in ato*”, num processo real de “aferição dos fatos nas suas conexões objetivas de sentido” e de efetiva e concreta correspondência das formas de juridicidade ao sentir, ao querer e às valorações da comunidade.

À *experiência filosófica* ou *transcendental* e à *experiência científica* ou *empírico-positiva* do direito encontrava-se subjacente uma mesma realidade histórico-cultural, de natureza bilateral-atributiva que era o direito e cuja fenomenologia revelaria que todo o fenômeno jurídico se reduz a um *fato* ordenado *normativamente*, de acordo com determinado *valor*.

No tridimensionalismo jurídico realeano, a norma era pensada como constituindo uma realidade cultural e não uma proposição lógica, pelo que não poderia ser interpretada e aplicada com abstração dos fatos e dos valores que condicionam o seu advento nem dos fatos e dos valores supervenientes, nem da totalidade do ordenamento de que faz parte.

Aqui se fundava a concepção do jurisfilósofo brasileiro de que o direito era uma realidade tridimensional, pois era, a um tempo *fato* (a conduta ou o agir humano em sociedade), *valor* a que tal fato se refere e pelo qual é aferido, e *norma* que pretende ordenar o primeiro em função do segundo, achando-se estas suas três faces ou dimensões interligadas e co-implicadas, nenhuma delas tendo sentido separada das outras duas. Deste modo, para Reale, *fato*, *valor* e *norma* encontram-se sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, sendo tal correlação de caráter funcional ou dialético, devido à implicação-polaridade existente entre fato e valor, de cuja tensão resultaria o momento normativo, como solução superadora e integrante, nos circunstanciais de lugar e tempo, pretendendo o termo *tridimensional* traduzir um processo dialético em que o

processo normativo integra em si e supera a correlação fático-axiológica, num sentido dinâmico e concreto.

A teoria tridimensional realeana, no que respeita ao valor, acolhia o que designava por historicismo axiológico, segundo o qual o valor era uma intencionalidade historicamente objetivada no processo da cultura, que implicava sempre o sentido vetorial de uma ação possível.

Procurando responder à objeção de Cabral de Moncada de que o caráter tridimensional não era específico do direito, visto ser comum a toda a realidade normativa, o pensador paulista esclareceu que, para si, o primeiro momento que individualizava a experiência jurídica era a sua natureza *bilateral-atributiva*, da qual decorreriam a *exigibilidade*, a *heteronomia*, a *coercibilidade* e a *predeterminação formal* ou *tipicidade normativa*, nisto se distinguindo, claramente, do domínio próprio da experiência ética.

Pensava, ainda, o autor de *Verdade e conjectura* que, no domínio da experiência jurídica, as estruturas sociais se apresentavam como *estruturas normativas* ou *sistemas de modelos*, em que cada modelo era dotado de uma estrutura própria, igualmente de natureza tridimensional, vindo a constituir uma “estrutura normativa que ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências, em função de valores imanescentes ao próprio processo social”.

Para Reale, os *modelos jurídicos* achar-se-iam estreitamente associados à *teoria das fontes de direito*, o que faria que o ato normativo e o ato interpretativo se coimplicassem e se integrassem, e apenas por exigências analíticas pudessem ser separados por via abstrata, devendo a experiência normativa ser entendida em termos retrospectivos de fontes e prospectivas de modelos e nunca como mera estrutura lógico-formal.

Foi com base nestes pressupostos que o filósofo paulista formulou o que designou por *doutrina hermenêutica estrutural do direito*, que se fundava nas ideias do processo hermenêutico, da natureza axiológica, integrada, histórico-concreta e racional do ato interpretativo, da destinação ética e da globalidade de sentido do processo hermenêutico e segundo a qual, entre várias interpretações possíveis, deveria optar-se por aquela que melhor correspondesse aos valores éticos da pessoa e da convivência social (*Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*, 1994).

O *historicismo axiológico* realeano era, também, o ponto de partida do modo como compreendia o direito natural e a justiça.

Quanto ao primeiro, pensava consubstanciar-se ele num problema de axiologia

antropológica, pois o modo como se apresenta se acharia sempre dependente ou condicionado pelo sentido e valor atribuídos ao próprio homem e das consequências decorrentes dessa validade radical, que explicaria a variabilidade histórica da ideia de direito natural.

Para Miguel Reale, tal ideia constituiria o que designava por uma *invariante axiológica*, i.e., um daqueles valores que, uma vez revelados à consciência popular, adquirem objetividade e força impositiva, embora na sua origem se ache uma fonte subjetiva individual e que agem sobre os comportamentos ou condutas das pessoas como se constituíssem *modelos ideais* ou *arquetipos inatos* da conduta individual ou coletiva.

Deste modo, o direito natural deveria ser compreendido como uma ideia de caráter problemático-conjectural, que se referia “ao conjunto de condições transcendentais histórico-axiológicas da experiência jurídica” que constituíam o seu horizonte histórico-cultural, desde que seja “pensada no seu todo e no seu fundamento”. Notava, ainda, o mestre paulista que, no direito natural, o caráter impositivo próprio dos valores se transmutava no impulso normativo próprio do mundo jurídico, lembrando serem poucos os valores fundantes ou universais de que emanem enunciados normativos susceptíveis de condicionar as diversas ordens jurídicas, dando cada época histórica origem ao aparecimento de novas invariantes axiológicas de que resultam novos corolários normativos que, por via do reconhecimento da sua necessidade ética, se apresentem dotados de validade universal (*Direito natural/Direito positivo*, 1984).

Por seu turno, a teoria realeana da justiça fundava-se na ideia de que o direito positivo pressupõe a justiça como condição da sua legitimidade, sendo, do mesmo passo, condição da sua realizabilidade.

Para o jurisfilósofo brasileiro, a justiça era “a constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar, livremente, os seus valores potenciais, visando atingir a plenitude do seu ser pessoal em sintonia com o da coletividade”.

Entendia Reale que o cerne da ideia de justiça era a igualdade, conduzindo-o, porém, o seu historicismo axiológico a pensar não ser possível alcançar uma ideia absoluta de justiça, independente das conjunturas históricas, relativamente às quais ela atuaria como “valor básico condicionante, em irrenunciável conversibilidade dialética”.

Porque visava garantir uma composição isenta e harmônica de interesses, a justiça viria a achar-se sempre na base da convivência humana, como condição de reciprocidade, i.e., como a igualdade possível entre os indivíduos e os grupos sociais, em função das diversas conjunturas históricas, não de uma igualdade absoluta e abstrata mas de uma igualdade que consistiria em tratar

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, com o objetivo de que as desigualdades progressivamente diminuam.

Para o jurisfilósofo brasileiro, a justiça vinha a ser uma *ideia transcendental*, que condicionava, universalmente, a experiência jurídica como tentativa incessante de realizar fins individuais e coletivos, uma *ideia cultural* ou *histórico-axiológica* e uma *ideia existencial*, visto correlacionar-se com a ideia de pessoa, valor fonte de todos os valores cuja existência subjetiva pressupõe a subjetividade alheia, realizando-se como intersubjetividade, de que a justiça seria a medida social.

Sendo inseparável da sua concreta projeção existencial na experiência histórico-social, marcando a perene correlação entre liberdade e igualdade, no processo dialógico da história, com vista a “realizar a plenitude da pessoa humana em sincronia com uma comunidade mais formal e substancialmente democrática”, a justiça seria insusceptível de ser expressa numa ideia universal ou absoluta ou de ser reduzida a um conjunto de perspectivas ou requisitos formais” (*Nova fase do direito moderno*, 1990).

III. Figura destacada do que se tem chamado já “Segunda Escola do Recife”, em cuja gênese se acharia a obra e o pensamento histórico-sociológico de Gilberto Freyre (1900-1987) e em que, entre outros, se integrariam Maria do Carmo Tavares de Miranda (1926), Emanuel Carneiro (1927), Eduardo Portella (1932) e Vamireh Chacon (1934), Nelson Saldanha (1933) compartilha com Miguel Reale o relevo atribuído à noção de *experiência jurídica* e o culturalismo e o historicismo, se bem que numa orientação mais radical, que confere lugar decisivo ao relativismo e à noção de *exemplaridade*, ao mesmo tempo que coincide com o mestre conimbricense em pensar que a tarefa da filosofia jurídica é, a um tempo, de caráter *epistemológico*, *ontológico* e *axiológico* (*A tradição humanística*, 1981, *Humanismo e história*, 1983, *Historicismo e culturalismo*, 1986, *Teoria do direito e crítica histórica*, 1987, *Ordem e hermenêutica*, 1992, *Estudos de teoria do direito*, 1994 e *Filosofia do direito*, 1998).

Para o pensador pernambucano, mais do que pôr em destaque os aspectos invariantes do direito, com base num conceito genérico, convertido em abstração intemporal e insituada, a filosofia do direito deve considerar a dualidade do permanente e mutável da realidade jurídica, interpretar as relações entre o direito e a vida humana e compreender o plano cultural dessas relações, em que se explicitam os contextos e se concretizam as ações, deve ser uma reflexão sobre a presença institucional do direito na ordem concreta da existência humana e sobre a situação histórica em que

ocorre a experiência jurídica, não descurando, igualmente, o problema dos fundamentos.

No pensamento filosófico-jurídico de Nelson Saldanha, o direito é entendido como uma realidade humana, histórica e cultural, que constitui uma ordem e uma estrutura dinâmica, situada no domínio institucional da sociedade, como um sistema em que se incluem regras e em cujo âmbito social se integram condutas, vontades e valores.

Envolvendo sempre uma referência a comportamentos, valores e moldes institucionais, o direito compreende princípios e nele ocorrem relações entre um plano geral e casos particulares, pois as normas jurídicas constituem modelos de coordenação das possibilidades de ação, pelo que aquele se apresenta sempre como uma variável conjugação de ordem e *hermenêutica*, que, epistemologicamente, requer um entendimento de *compreensão*. Com efeito, a vigência do direito só adquire sentido na sua aplicação, a qual remete para um fundo de valores e significações fundamentais, ínsito no ordenamento.

Ordem e hermenêutica perfazem, igualmente, a *experiência jurídica*, a qual, tendo que ver com as relações dos sujeitos entre si e com as coisas, englobando as relações jurídicas e as normas que as regem, as circunstâncias da conduta e operando com uma ampla variedade de dados existenciais, se move entre *norma e caso*.

Pensa o jurisfilósofo nordestino, como Reale, que ser e conhecer se implicam ou interligam, assim como entende que os valores se apoiam no ser, revelando-se nos atos humanos, nas preferências e na linguagem, nas instituições, nas crenças e nos projetos individuais e coletivos, nas condutas e nos princípios. Assim, embora constituam entidades metafísicas, os valores só se encontram nas realidades humanas, nascem da experiência institucional e nela se realizam, provêm da dimensão social da vida humana, em que as crenças e as condutas se formam pela influência dos grupos e das representações coletivas, apresentando, por isso, constitutiva variabilidade histórica.

Os valores relativos à experiência jurídica ou valores jurídicos fundamentais são, para Nelson Saldanha, a justiça, a certeza e a segurança jurídicas. Sendo, enquanto valor, uma entidade metafísica, a justiça não pode permanecer no plano ideal ou emocional, carecendo de se definir e estruturar numa determinada ordem, assim como o sentir a ela concernente se refere sempre à sua aplicação ou realização concreta na vida.

Igualmente, o direito natural apresenta-se ao pensador pernambucano, acima de tudo, como um problema de hermenêutica, uma vez que cada uma das suas grandes formulações envolve e exprime uma interpretação do mundo, do homem, do poder e das leis.

IV. Se bem que Cabral de Moncada e Miguel Reale hajam incorporado relevantes elementos de fenomenologia num pensamento em cuja gênese se encontrava o criticismo neo-kantiano, no entanto, foi com a tese de Lourival Vilanova (1915-2001), *Sobre o conceito de direito* (1947), que, no mundo luso-brasileiro, surgiu a primeira abordagem da ontologia jurídica superadora do formalismo de Kelsen, recorrendo ao método fenomenológico, reconhecendo ali a impossibilidade de, por via indutiva, se poder alcançar aquele mesmo conceito, que sustentava só ser susceptível de ser captado através da intuição, tal como a fenomenologia a entendia.

O jurisfilósofo pernambucano não prosseguiu, porém, por esta via ontológica, encaminhando-se, depois, a sua valiosa demanda especulativa para o domínio da lógica jurídica, em diálogo com Kelsen (*Teoria da norma fundamental*, 1975, *Lógica jurídica*, 1976, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, 1977 e *Causalidade e relação no direito*, 1985).

Como notou Miguel Reale, a formação fenomenológica de Lourival Vilanova permitiu-lhe ter “uma compreensão original do pensamento kelseano, no sentido de desenvolver aspectos ontológicos do sistema normativo” e de determinar a natureza das estruturas lógicas do direito e as suas correlações com o mundo dos fatos e das valores, procurando situar o direito como uma das ontologias regionais cujo centro é a pessoa humana, ao mesmo tempo que marcou com claro rigor a autonomia epistemológica da lógica jurídica perante a ciência jurídica, havendo, ainda, o seu conceito amplo de experiência jurídica, também de matriz fenomenológica, possibilitado ao jurisfilósofo nordestino evitar ou superar algumas das limitações do pensamento do mestre vienense ou do positivismo lógico.

V. Tendo iniciado a sua trajectória intelectual, centrada, principalmente, no domínio da sociologia do conhecimento e da cultura e da epistemologia jurídica, no âmbito do pensamento raciovitalistaorteguiano (*Sociedade e direito na perspectiva da razão vital*, 1957), o malgrado jurisfilósofo Antônio Luiz Machado Neto (1930-1977), veio, depois, a inscrever a sua reflexão no âmbito da fenomenologia (*Para uma eidética sociológica*, 1977) e a perfilhar uma compreensão egológica do direito (*Fundamentación egológica de la 1ª teoria general de derecho*, 1974 e *Teoria da ciência jurídica*, 1975), que, contudo, não enjeitava a lição do tridimensionalismo jurídico do mestre paulista, bem como a sua definição da filosofia do direito como estudo crítico-sistemático dos pressupostos lógicos, axiológicos e históricos da experiência jurídica, à qual o seu pensamento acrescentava a dimensão sociológica.

Ao mesmo tempo que pensava que a crítica histórica e a experiência sociológica e

etnológica do séc. XIX haviam mostrado a impossibilidade de um direito natural material, Machado Neto não deixava de acentuar que, como realidade cultural, o direito envolvia peculiares valores, como a ordem e a segurança, o poder e a paz, a cooperação, a solidariedade e a justiça, entendida esta última como “o melhor equilíbrio daquele plexo axiológico”.

Considerava o jurista brasileiro que, unicamente, através da analítica existencial os valores jurídicos, como os restantes valores, são encarados na própria existência humana, referidos sempre à conduta, onde confluiria o ser e o dever ser.

Quanto à justiça, sustentava que era na liberdade que se encontrava o respectivo fundamento, vindo ela a consistir numa “criação de igualações de liberdade, como pontos de partida sucessivamente renovados”, pois o *seu* de cada um a que a justiça se refere é o que a cada um falta para estar em iguais condições de liberdade com o outro que com ele interfere, no momento da interferência de condutas em que consiste o direito.

VI. A mais acabada expressão que a fenomenologia encontrou, até hoje, no domínio filosófico-jurídico, na cultura luso-brasileira, é a que lhe vem sendo dada por Aquiles Côrtes Guimarães (1937), em várias obras publicadas nos dois últimos decênios (*Cinco lições de Filosofia do Direito*, 1997, *Pequena introdução à Filosofia Política*, 2000, *Fenomenologia e direito*, 2005, *Fenomenologia e direitos humanos*, 2007, e *Lições de fenomenologia do direito*, 2013).

Pensa o filósofo mineiro, radicado no Rio de Janeiro, que a Filosofia se apresenta como “o exercício supremo do espírito” que procura a justificação do mundo e da existência humana, pelo que o seu objeto é o fundamento, o qual, em seu entender, não pode sustentar-se para além da experiência nem desarticulado do domínio da subjetividade e do dizível na ordem do discurso.

Referido ao direito, o fundamento serão as raízes, os princípios, as origens, que radicam na consciência humana doadora de sentido, a qual constitui a única fonte de toda a articulação da vida social e histórica. Deste modo, o direito transcende a lei, é algo situado para além da normatividade, que se acha, substancialmente, dependente do espírito para surpreendê-lo na sua originariedade, sendo a consciência que o gera em função da realidade histórica.

O direito, cujo fim é a realização da justiça, não sendo norma, exprime-se, concretamente, por intermédio dela, constituindo um objeto cultural que se integra no plano dos seres ideais e, nessa medida, é objeto de compreensão e não de explicação.

Como objeto cultural, o direito caracteriza-se por a sua existência se achar carregada de valores e por se situar no plano da experiência humana mais radical. Para Aquiles Côrtes

Guimarães, os valores são objetos ideais *a priori*, regras a-temporais e a-históricas, de natureza fundante de todas as vias para a realização da Justiça.

Embora sejam algo situado no universo da imaginação transcendental, da subjetividade produtora de sentido, que constitui um domínio que transcende a concretude da experiência histórica e só por intermédio da intuição emocional possam ser apercebidos, os valores não existem para além do homem e da consciência humana e só se realizam no homem e na sociedade, no processo da cultura.

Entende o autor de *Fenomenologia e direito* que a essência do direito deve ser procurada nos fenômenos jurídicos enquanto elementos de um universo de sentidos que exigem uma atividade permanente de redução às suas essências, as quais constituem a invariância dos modos de manifestação daqueles fenômenos, significando o descrever essas mesmas essências o voltar às “coisas mesmas”, aos dados primitivos que originam o sentimento do direito, com vista a intuir nesses dados a própria ideia de justiça, na sua universalidade.

O direito, como objeto cultural, é, assim, aquele fenômeno que atravessa todas as sociedades humanas e no qual se reflete a necessidade absoluta de regras que assegurem o fato radical da obrigatoriedade da coexistência e cuja finalidade é a justiça, pelo que pressupõe, necessariamente, o reconhecimento axiológico e a positividade normativa, que lhe permite exercer a sua função primordial de garantia da obrigatoriedade da coexistência. Pensar o direito será, então, pensar a originação do seu sentido, pois toda a verdade e evidência estão contidas no sentimento do direito que emerge da faticidade conflitual nas relações intersubjetivas.

No que concerne ao *direito natural*, pensa Aquiles Côrtes Guimarães não dever ele ser entendido como lei natural mas como exigência do indivíduo que decorre da sua estrutura ontológica e não da naturalidade das leis, sendo a existência humana como coexistência que revela a sua verdade e sendo a dignidade humana que o sintetiza. Com efeito, para o jurisfilósofo mineiro, *natural*, originariamente, é a *vida*, a *liberdade* e o *espírito*, que, porque se apresentam como princípios autoevidentes, constituem a originação fundante do próprio direito na sua exigência mais radical de tutela jurídica.

Adverte, no entanto, o fenomenólogo brasileiro que o direito natural assim compreendido não tem qualquer conteúdo normativo nem logra impor ao direito positivo o dever de se sujeitar às leis da natureza, pois o que nele existe é “um universo infinito de essências e de sentidos que devem ser reconhecidos como directrizes da própria finalidade do direito positivo”. Deste modo, o “atribuir a cada um o que é *seu*” vem a significar “dar a cada um a sua dignidade” e não apenas os bens que

lhe pertencem ou de que é titular, não podendo essa mesma dignidade ser subtraída a ninguém por nenhuma positividade normativa.

VII. Em Portugal, a primeira consideração fenomenológica que o direito mereceu ficou a dever-se a Eduardo Abranches de Soveral (1927-200?), na reflexão que dedicou ao problema da justiça (*Sobre a racionalidade, a ética e o Ser*, 1989 e *Ensaio sobre a justiça*, 1990).

Entendendo a justiça como um valor, o filósofo portuense advertia que os valores eram bipolares e hierarquizáveis e pertenciam à esfera da afetividade, a qual considerava corresponder à mais funda revelação do ôntico, notando o pensador que o fato de a experiência axiológica radicar na sensibilidade não impedia nem dificultava o seu tratamento racional nem exigia uma lógica específica ou própria, pois os juízos valorativos não se distinguem dos juízos de fato.

Pensava ainda o autor de *Imaginação e finitude* que, no mundo axiológico, a justiça se individualizava por ser o valor ou o complexo de valores que presidem a todas as relações intersubjetivas que visam, genericamente, a coexistência e, no plano mais elevado, a entreajuda e a compreensão.

Considerava Soveral que a variedade histórica e doutrinária dos critérios de justiça não implicava qualquer relativismo axiológico, porquanto os valores em presença eram sempre os mesmos e constantes, consubstanciando-se as divergências em distintas vivências e em diferentes atos de justiça, resultantes da diversidade das instituições e enquadramentos sociais e da multiplicidade dos condicionalismos ideológicos e culturais. Deste modo, para o mestre portuense, o conteúdo axiológico da justiça vinha a decorrer da unificação, segundo uma estrutura objetiva e fixa de relações, de todos os valores em causa, em cujo centro se achavam os correspondentes à liberdade.

6. Existencialismo e direito

I. Também o modo existencial de considerar a filosofia e os problemas do homem concreto e situado encontrou original eco na reflexão filosófico-jurídica luso-brasileira, em autores como Antônio José Brandão (1906-1984), Delfim Santos (1907-1966) e Aluizio Ferraz Pereira.

O espiritualismo idealista que define o pensamento filosófico do primeiro vinha a convergir com o criticismo histórico-axiológico realeano em admitir que ser e razão reciprocamente se implicam, pelo que toda a ontologia é, necessariamente, ontognosiologia e em entender que a razão filosófica se nutre da experiência plena do homem, tanto pessoal ou intelectual como empírica ou

intuitiva.

Pensava o jurisfilósofo lisboeta que a filosofia jurídica era, fundamentalmente, ontologia jurídica ou tentativa de responder à interrogação sobre o ser do direito e seus peculiares modos de ser, se bem que o seu problema filosófico primeiro fosse o da justiça enquanto valor que garante a imposição de outro valor, o mesmo direito.

Assim, para Brandão, a justiça não seria o fim do direito, papel que caberia ao bem comum, mas o valor moral de imposição do direito que, enquanto norma da ação humana, deverá ser justo, pelo que as relações entre o direito e a justiça seriam relações axiológicas, relações entre um valor imponível (o direito) e um valor que torna essa imposição possível e valiosa (a justiça), uma vez que, sendo as normas jurídicas protegidas e impostas pela força, se tornaria necessário atender ao valor inerente a essa imposição.

A justiça, em si, seria um valor mas ao homem apenas seria dado visualizar normas de justiça, cuja variedade espaço-temporal e histórica unicamente revelam que ela existe, mas não o que ela é em si. Daí que não fosse legítimo a consideração filosófica da justiça partir da ideia de que ela é um valor absoluto ou, inversamente, identificá-la com qualquer das suas visualizações históricas, devendo limitar-se a procurar determinar o princípio ideal *a priori* de que ela depende.

Ao afirmar que a justiça era o valor moral de imposição do direito, o jurisfilósofo português pretendia vincar a dependência deste relativamente à moral, pois entendia ser o direito o mínimo de moralidade exigido pelo espírito objetivo da comunidade, que se singularizaria pela positividade e pela coatividade, convindo, contudo, ter em conta que o direito não poderia significar nunca o primado do positivo e do normativo ou a supremacia da segurança sobre a justiça.

Advertia, ainda, A. J. Brandão que o direito não podia ser entendido como produto social da convivência humana ou como fenômeno social, porquanto é um valor que aquela se limita a descobrir ou revelar.

Para além da sua dimensão axiológica, o direito apresentaria uma dimensão cultural e normativa objetiva, que era o resultado da concretização ou objetivação das normas ideais intuídas pelo homem, sendo a interpretação e a aplicação que vivificam as normas em que essa visualização do valor direito se exprimiu, ou objetivou, concretizando e atualizando o seu sentido axiológico, à luz das exigências da vida jurídica e dos valores da comunidade (*O direito. Ensaio de ontologia jurídica*, 1942).

II. Discípulo de Leonardo Coimbra, cuja formação completou depois com N. Hartmann e

Heidegger, Delfim Santos dedicou também algo da sua reflexão, de âmbito preferentemente ontológico e antropológico, ao direito e à justiça.

Assim, para o filósofo portuense, em sentido próprio, não haveria uma filosofia do direito mas tão só uma filosofia cujo objeto é a ideia de justiça e cuja elaboração é o direito, por pensar que a ontologia do direito está na ideia de justiça e não no direito, o qual, tendo naquela o seu fundamento, seria mera logificação do justo.

Pensando, como o jurisfilósofo lisboeta, que a justiça constituía um valor, Delfim Santos sustentava carecer ela de conteúdo positivo, já que nos surge como negação e se afirma como um *nada* de que, no entanto, tudo depende. Deste modo, a justiça viria a ser um valor não objetivável nem susceptível de determinação, que, por não ser, seria o próprio ato de determinação do pensamento.

Por outro lado, dado que o direito é uma realidade radicalmente humana, é criação do homem para regular a sua vida de convivência social, a determinação do seu conceito não poderia deixar de estar dependente de uma concepção antropológica.

O modo como o autor de *Conhecimento e realidade* entendia o homem conduzia-o a considerar incorreta a contraposição entre *direito natural* e *direito positivo*, assim como a criticar a maneira como, então, era entendida a ciência jurídica.

Aquela contraposição afigurava-se-lhe infundada, por não ter em conta a crise da ideia de natureza no pensamento contemporâneo e a onto-antropologia existencial e desatender que a norma nunca é *expressão indicativa* do que é, mas sim *expressão imperativa* do que deve ser. Deste modo, não só o direito apenas podia conceber-se como ordenação coativa fundada na ideia de justiça, como o homem não é uma *substância* nem tem uma natureza que lhe seja previamente dada, não é, está *sendo*, elaborando imperativamente a sua existência.

Era esta mesma antropologia existencial que levava Delfim Santos a pensar que a ciência jurídica devia abandonar os fundamentos teóricos inspirados pela física e pela matemática, substituindo-os pelos das ciências do espírito, deixando de se basear na dedução, na indução ou na análise, para se converter em *casuística* ou ciência de casos, trocando o abstrato pelo concreto humano, pela consideração do homem em situação do homem como ser livre e centro de determinação imprevisível (“Psicologia e direito”, 1948 e “Direito, justiça e liberdade”, 1949).

III. No Brasil, o pensamento existencial encontrou os primeiros ecos, em meados do século passado, no segundo ciclo do percurso especulativo do filósofo paulista Vicente Ferreira da Silva

(1916-1963) que, contudo, embora jurista de formação, nunca se deteve a pensar o direito, tendo inspirado também, nas décadas seguintes, a reflexão ou a exegese de pensadores pernambucanos como Maria do Carmo Tavares de Miranda ou Emanuel Carneiro Leão, do luso-brasileiro Eudoro de Sousa (1911-1987), dos gaúchos Gerd Bornheim (1929-) e Emildo Stein (1934) para, no final da década de 70, vir a achar a sua primeira repercussão significativa no domínio filosófico-jurídico por obra de Aluizio Ferraz Pereira, discípulo e sucessor de Miguel Reale.

Retomando o tema que, quatro decênios antes, na mesma escola, o mestre paulista abordara na sua tese de acesso à cátedra, o autor de *Fundamento do direito e do Estado* seguirá caminho bem diverso do escolhido por Reale, baseando a sua reflexão no pensamento especulativo-hermenêutico expresso em *Ser e Tempo* (1927), numa via que, no entanto, se distingue, com clareza tanto da de Delfim Santos como da dos jurisfilósofos alemães que, como Maihofer, Fecher ou Welzel, se inspiraram também na filosofia heideggerina.

Admitindo, como aquele filósofo português, que o direito tem relação com o que há de essencial no homem, pelo que só será adequadamente compreendido ao explicitar-se antes ou simultaneamente o ser do homem, Aluizio Ferraz Pereira é levado a concluir que o direito constitui o modo de ser jurídico do existente, na sua existência quotidiana e inautêntica, sendo unicamente a justiça, que, com base no ser-com-outrem, realiza a juridicidade da existência autêntica, no reconhecimento da alteridade dos coexistentes.

Nota, contudo, o jurisfilósofo paulista não poder a justiça entender-se, à maneira clássica, como referida apenas ao *haver*, ao *ter* ou a *propriedade* de alguém mas, num sentido ontológico radical, o seu verdadeiro sentido terá de compreender-se antes referido ao *ser de cada um*, pois o fim do direito só pode ser, na ordem quotidiana, concorrer para assegurar a cada um a efetivação das possibilidades na existência autêntica. Deste modo, a justiça virá a ser uma estrutura do ser-no-mundo-com-outrem, cujo fundamento é a liberdade na transcendência.

Referências:

CAMPOS, Fernando Arruda. *Tomismo no Brasil*. São Paulo: Paulus, 1998.

MACHADO NETO. A. L. *História das ideias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo-EDUSP, 1969.

PAIM, Antônio. *A filosofia brasileira contemporânea*. Londrina: CEFIL, 2000.

REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. 2. ed., São Paulo: Siciliano, 1994.

SALDANHA, Nelson. A filosofia do direito no Brasil na sua fase mais recente, *Nomos. Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*, n. 1, Jan-Jun. 1986, p. 91-108.

_____. O pensamento jurídico brasileiro contemporâneo, *Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milão, A. Giuffrè Editore, 1994, p. 531-545.

SOUSA, Ana Paula Loureiro de. *O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo*. Lisboa: INCM, 2005.

TEIXEIRA, Antônio Braz. *Caminhos e figuras da filosofia do direito luso-brasileira*. 2. ed., Lisboa: Novo Imbondeiro, 2000.

_____. *História da filosofia do direito portuguesa*. Lisboa: Caminho, 2005.

Paths of Portuguese-Brazilian Legal Philosophy in the 20th Century

Abstract: Starting by reminding the very limited echo, with the exception of Heidegger, found by the existential philosophy in the ethical and legal fields, the paper estimates an attempt to apply the thought expressed in “Being and Time” to the speculative consideration of Law performed by the jurisconsult Aluizio Ferraz Pereira (1922 – 2010).

Keywords: Existentialism; Existence; Foundation; Law; Justice.

Data de registro: 28/02/2015

Data de aceite: 30/04/2015