

O Continente e a Ilha:
Modelos do pensamento jurídico
The Continent and the Island:
Models of Juridical Thinking

Amanda Ribeiro Martins

Rafael Momenté Castro

*“E, no perpétuo ideal que te devora, Residem
juntamente no teu peito. Um demônio que ruge e
um deus que chora.”*

Olavo Bilac. Poesias.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Ilha. 2.1. Rawls. 2.2.
Dworkin. 2.3. Holmes. 3. O Continente.
3.1. Hegel. 3.2. Kelsen. 3.3. Reale. 4. Conclusão.
5. Referências.

RESUMO

O trabalho se dedica a compreender como contemporaneamente está configurada no pensamento jurídico a tradicional separação filosófica entre a influência anglo-americana e a influência continental-europeia. Para tanto, adotamos como cerne pedagógico uma metáfora geográfica; a tradição anglo-americana será vista como pertence à Ilha e a continental-europeia como pertencente ao Continente. A partir disso, escolhemos três exemplos paradigmáticos e que marcam posição dentro das perspectivas teórico-jurídicas do Continente e da Ilha – sem a pretensão de com isso atingir toda a pluralidade de pensamento de cada uma das vertentes. Faremos a análise de três campos teóricos distintos, porém relacionados. Em cada uma das vias veremos um pensador referente à Filosofia Política, a Teoria do Direito e à Filosofia do Direito. Esse movimento terciário tenta emular os momentos de uma dialética

especulativa na qual o primeiro momento é o Universal abstrato (*topos* dos problemas gerais), o segundo o da Particularidade (especificando o campo jurídico) e o Universal concreto (momento em que os problemas gerais e específicos fundem-se dialeticamente). Para o Continente escolhemos os seguintes pensadores: 1) em Filosofia Política, Georg Wilhelm Friedrich Hegel; 2) em Teoria do Direito, Hans Kelsen e; 3) em Filosofia do Direito, Miguel Reale. Para a Ilha: 1) em Filosofia Política, John Rawls; 2) em Teoria do Direito, Ronald Dworkin e; 3) em Filosofia do Direito, Oliver Wendel Holmes.

PALAVRAS-CHAVE: FILOSOFIA POLÍTICA; TEORIA DO DIREITO; FILOSOFIA DO DIREITO; FILOSOFIA COMPARADA.

ABSTRACT

This paper aims to understand how the traditional philosophical separation between the Anglo-Saxon influence and the Continental-European influence is contemporarily configured in juridical thinking. In order to do so, we adopted a geographic metaphorical pedagogical centre; the Anglo-American tradition will be seen as the Island and the Continental-European, as the Continent. From that point view, we chose three paradigmatic examples, which mark position in theoretical-juridical perspectives of both the Continent and the Island – not pretending to embrace all plurality of thoughts inside each strand. We will analyze three different but related theoretical areas. In each one of them, we will see a thinker with reference to Political Philosophy, Theory of Law and Philosophy of Law. This tertiary movement tries to stimulate the moments of a speculative dialectic, in which the first moment is the abstract Universal (*topos* of generic problems), the second the one of Particularity (specifying juridical field) and the concrete Universal (moment when the generic and specific problems fuse dialectically). For the Continent, the following intellectuals were chosen: 1) in Political Philosophy, Georg Wilhelm Friedrich Hegel; 2) in Theory of Law, Hans Kelsen and; 3) in Philosophy of Law, Miguel Reale. For the Island: 1) in Political Philosophy, John Rawls; 2) in Theory of Law, Ronald Dworkin and; 3) in Philosophy of Law, Oliver Wendel Holmes.

KEYWORDS: POLITICAL PHILOSOPHY; THEORY OF LAW; PHILOSOPHY OF LAW; COMPARED PHILOSOPHY.

1. Introdução

Nosso trabalho pretende transportar, para o pensamento jurídico, a brilhante contribuição do filósofo mineiro Ivan Domingues em seu livro *O Continente e a Ilha: duas vias da filosofia contemporânea*¹.

Nesse trabalho o Prof. Ivan Domingues busca dar um panorama dos dois caminhos da filosofia atual através de exemplos paradigmáticos nos dois “espaços” de Filosofia²; além disso, empreende um esforço por mostrar as forças e fraquezas de cada tipo de pensamento a fim de propiciar um diálogo que contribuiria para o reforço desses modos de pensar.³

Decerto que o debate filosófico sobre os caracteres da filosofia continental-europeia e da anglo-americana já fora muito explorado. O primeiro com seu intenso racionalismo e confiança na tentativa de buscar a universalidade das coisas; o segundo modelo em seu apreço pela experiência e desconfiança das abstrações filosóficas⁴.

Tal distinção não escapou às observações do pensamento jurídico. Desde as primeiras aulas da graduação, ouvimos falar nas diferenças entre *Common Law* – o direito comum formado a partir das decisões dos tribunais – e o *Civil Law* – direito legal construído através da atividade legislativa. No entanto, o objetivo de nosso trabalho não é realizar um paralelo funcional entre os dois sistemas - como de resto já fizeram magistralmente René David⁵ e

¹ DOMINGUES, Ivan. *O Continente e a Ilha: duas vias da filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2009.

² O autor decide explorar três campos da Filosofia, quais sejam, a Metafísica, a Epistemologia e a Ética. Para a Ilha o autor elege, respectivamente, para os campos anteriores: Timothy Williamson, Edmund Gettier e Kwame Anthony Appia e Marc Hauser. Para o Continente, na mesma ordem, são escolhidos: Hans Jonas, Michel Foucault e Paul Ricoeur.

³ DOMINGUES, *O Continente e a Ilha...*, cit, p. 19-20.

⁴ Interessante é a anedota reproduzida pelo autor: “Segundo o francês [Luc-Ferry], a diferença entre as três escolas [filosóficas, a inglesa, a francesa e a alemã,] fica clara no modo como elas estudam e caracterizam o camelo. O inglês, por exemplo, com seu sentido pragmático e sua propensão empirista, vai ao campo (norte da África no caso), põe-se a observar o camelo dias e dias e no fim relata o que observou num paper de quinze a vinte páginas sobre os hábitos do camelo. O francês, diferentemente, mais comodista e bon-vivant, não vai ao campo, mas ao zoológico, convida o zelador para jantar, conversam bastante sobre o lento animal e no fim escreve um ensaio com muito brilho e espírito sobre os costumes do camelo. Já o alemão não vai nem ao campo nem ao zoológico, fica trancado em seu gabinete de trabalho, pensa, pensa e pensa, e no fim escreve um livro que é um verdadeiro tratado, um calhamaço de quinhentas páginas, sobre a ideia do camelo deduzida do eu puro (melhorei Luc-Ferry, mas os créditos são todos dele)”. DOMINGUES, *O Continente e a Ilha...*, cit, p. 12.

⁵ DAVID, René. Os grandes sistemas de Direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Mario Losano⁶ – mas compreender as diferenças existentes no campo teórico-filosófico dos quais retiram a sua fundamentação e justificação.

Para tanto, escolhemos, como fez Ivan Domingues, três exemplos paradigmáticos e que marcam posição dentro das perspectivas do Continente e da Ilha – sem pretender que cada um deles represente toda a pluralidade de pensamento de cada uma das vertentes.

Faremos a análise de três campos teóricos distintos, porém relacionados. Em cada uma das vias veremos um pensador referente à Filosofia Política, a Teoria do Direito e à Filosofia do Direito. Esse movimento terciário tenta emular os momentos de uma dialética especulativa na qual o primeiro momento é o Universal abstrato (*topos* dos problemas gerais), o segundo o da Particularidade (especificando o campo jurídico) e o Universal concreto (momento em que os problemas gerais e específicos fundem-se dialeticamente)⁷.

Para o Continente escolhemos os seguintes pensadores: 1) em Filosofia Política, Georg Wilhelm Friedrich Hegel; 2) em Teoria do Direito, Hans Kelsen e; 3) em Filosofia do Direito, Miguel Reale.

Para a Ilha: 1) em Filosofia Política, John Rawls; 2) em Teoria do Direito, Ronald Dworkin e; 3) em Filosofia do Direito, Oliver Wendel Holmes.

O estudo não é exaustivo e nos ajuda somente a perceber as generalidades de cada pensamento, assim como suas influências no pensamento e na prática político-jurídica do nosso tempo.

2. A Ilha

Como representante da etapa referente ao Universal abstrato do movimento dialético do pensamento jurídico escolhemos John Rawls e sua obra *Uma Teoria da Justiça*⁸. Vale destacar que o objetivo não é eleger o estudioso como representante máximo da filosofia

⁶ LOSANO, Mario. Os grandes sistemas jurídicos; introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷A dialética funciona da seguinte forma: 1) o primeiro momento, universalidade abstrata, refere-se a afirmação ou unidade indiferenciada. A Filosofia Política é aquela que escolhe os grandes problemas, políticos e jurídicos, e não os distingue, colocando-os todos, sob o crivo da justiça; 2) o segundo, negação ou cisão, que indica uma ruptura epistemológica radical particular, no caso de uma Teoria do Direito, um pensamento eminentemente jurídico; 3) e um terceiro turno, o momento da negação da negação ou reconciliação, que contém em si os momentos anteriores agora em uma unidade diferenciada, a Filosofia do Direito possibilita a compreensão dos problemas jurídico-políticos como momentos de uma mesma realidade.

⁸RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª ed. e 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

política na tradição contemporânea da filosofia política insular, nem entender a obra escolhida como a determinante do pensamento rawlsiano. Sabemos da quantidade e da qualidade dos pensadores que influenciam de maneira brilhante o que hoje se faz de melhor em termos de filosofia política; inclusive reconhecemos que a força do pensamento anglo-americano faz com que o pensamento não esteja restrito nem ao menos geograficamente, muitos bons pensadores fazem filosofia política nos mesmos termos sem se vincular espacialmente à metáfora. A respeito do trabalho *Uma Teoria da Justiça* também é claro que a teoria proposta passou por inúmeras mudanças no decorrer do pensamento de Rawls, aprimorou a proposta a partir das críticas que rebateu e das que incorporou à sua proposição⁹. Mas é inegável também que a obra e as ideias de Rawls provocaram uma grande transformação na filosofia política tradicional e geraram um conflito de propostas tão rico que nos levou a adotá-los como referência básica neste trabalho.

O momento da Particularidade, nesse processo de dialética especulativa de raiz anglo-americana, ficará a cargo da Teoria do Direito proposta por Ronald Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério*¹⁰, que se preocupa em delimitar uma teoria capaz de resolver casos judiciais difíceis, responsáveis por exigir explicações contundentes sobre as bases do sistema jurídico. Ressaltando novamente que a escolha da obra e do autor reflete unicamente uma opção que não desconsidera outras importantes contribuições referentes à Teoria do Direito de destacados representantes da tradição anglo-americana. Dworkin defende uma teoria liberal do direito, mas seu livro é uma crítica explícita ao que chamou de teoria dominante do direito, que comumente é vista como uma teoria liberal. Ele rejeita a tese de que o individualismo é o inimigo da igualdade, entende que o direito à liberdade nada mais é que uma decorrência do direito à igualdade. Critica de forma contundente o conflito entre libertários e igualitaristas, identifica um vínculo entre liberdade e igualdade e as compreende em harmonia.

Como aspecto de reflexão mais acurado, que analisa o Direito observando seus aspectos mais próprios, sem deixar de lado o que o determina externamente e o que determina sua característica mais básica, processo que permite inclusive o questionamento sobre as suas próprias verdades estabelecidas, temos a Filosofia do Direito. Ela é capaz de criar uma nova unidade sem deixar de lado os aspectos importantes da Filosofia Política e também da Teoria do Direito. Representando esse pensamento da dialética especulativa mais especial da tradição anglo-americana, contamos com a contribuição de Oliver Wendell Holmes Júnior. No

⁹ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. bras. São Paulo: Ática, 2000.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

presente trabalho analisaremos uma palestra ministrada por ele na Escola de Direito da Universidade de Boston, intitulada como *O Caminho do Direito*, e um artigo publicado por ele em uma revista com o nome de *Direito Natural*¹¹.

2.1 Rawls

A teoria de Rawls pretende responder aos anseios de uma sociedade que deve contar com instituições justas acima de tudo, não só organizadas ou eficientes; uma sociedade estruturalmente injusta, segundo ele, deve ser reformada. Pretende dar elementos que possam definir a atuação de uma instituição como justa. Rawls critica o utilitarismo e sua defesa da maximização do bem-estar geral dos indivíduos da sociedade, ela permite que direitos das minorias possam ser sacrificados em prol de uma pretensa maioria, desconsiderando o respeito que cada indivíduo deve ter por sua qualidade de ser autônomo. Também refuta a maneira que o utilitarismo pretende alocar os recursos da sociedade, sopesando os desejos dos indivíduos de igual maneira sem considerar seu conteúdo e também o que os influencia e determina¹².

A visão contratualista é bastante importante na obra de Rawls, o que demonstra uma grande receptividade à idéia da autonomia da pessoa, aquela que dá a quem sofrerá as conseqüências do contrato a oportunidade de fazer propostas e de escolher as mais adequadas. O contratualismo de Rawls adota como tipo de contrato o *contrato hipotético*, aquele firmado sob condições ideais e que prima pela manutenção da igualdade (igualdade moral que as pessoas comungam entre si) e da liberdade humanas. Uma espécie de contrato que diverge do tipo hobbesiano, o contratualismo realista, no qual os indivíduos são iguais na medida de suas semelhanças físicas e de vulnerabilidade. Os acordos reais dependem essencialmente do poder de intervenção do indivíduo quando da discussão do contrato, o que prejudica os indivíduos mais frágeis e elimina a concepção corrente que devemos ser respeitados pelo valor da vida e não por nossa capacidade de convencer os demais que necessitamos de respeito.¹³

John Rawls questiona os acordos reais, por irem contra uma moralidade corrente (*p. ex.*: priorizar os vulneráveis) e por prestigiarem a capacidade de negociação em detrimento dos deveres morais hipotéticos, não convencionados, que devemos preservar em relação à

¹¹ MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹² GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso R. Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 1 e 8.

¹³ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 74-77.

totalidade dos indivíduos. Ele não se preocupa com a exigibilidade de sua teoria, justamente o que a enfraqueceria, mas sim com rebater consistentemente a naturalização da desigual capacidade de negociação entre as pessoas, sustentáculo da visão realista. Pretende estabelecer as bases da igualdade moral entre os indivíduos, garantidora do mútuo respeito, assegurando uma mútua equivalência de importância entre eles, eliminando qualquer forma de subordinação a qualquer modalidade de força.¹⁴

Sua *teoria da justiça* busca estabelecer as bases de uma noção de justiça que visa atingir diretamente a *estrutura básica da sociedade* (sua constituição política e suas disposições econômicas e sociais). Uma teoria que apenas tem lugar nas sociedades bem organizadas e que se preocupam com o bem-estar efetivo de seus membros. Mais do que apontar um critério independente e absoluto, que sempre nos apontaria onde residiria o justo, situação impossível, desenvolve um saudável procedimento que culminaria em resultados equitativos. Essa justiça procedimental pura, com seu procedimento imparcial, dependeria fortemente da *posição original* dos sujeitos envolvidos na determinação do *contrato hipotético*. Peculiaridade que garantiria um sistema de *justiça como equidade*, pactuado por pessoas livres, racionais e em posição de igualdade.¹⁵

Na *posição original*, há uma preocupação de Rawls com a influência negativa dos aspectos particulares dos sujeitos envolvidos, que vinculariam todo o procedimento a interesses individualistas dos que pretendem tirar vantagens pessoais de todo o processo. Então, criou uma ferramenta chamada *véu da ignorância* que sobrepujaria qualquer interesse egoísta durante a discussão sobre os princípios sociais morais. Seria ele uma eliminação da consciência do indivíduo, durante as discussões, das suas condições sociais, físicas, psíquicas e morais, essenciais em sua constituição individual, com a finalidade de evitar que atue unicamente em interesse próprio. Véu que não tapa considerações gerais pertinentes a avanços científicos. A situação indicada preservaria a imparcialidade necessária ao estabelecimento de princípios justos.

Juntamente ao véu, algumas questões devem ser consolidadas na mente do indivíduo. A primeira diz respeito ao objetivo do *contrato hipotético*, que seria estabelecer os *bens primários* que deveriam ser garantidos pelas instituições ao conjunto da população. São os bens mínimos necessários à satisfação de qualquer plano de vida, seja ele qual for e dependente unicamente das decisões próprias de cada pessoa. A segunda é sobre os casos em que há conflito em relação a qual princípio será priorizado. Rawls trabalha a solução que

¹⁴GARGARELLA, *As teorias da justiça...*, cit., p. 17-19.

¹⁵RAWLS, *Uma teoria da justiça*, cit., p. 127-131.

chama de *regra maximin*, hierarquiza as soluções de forma a escolher aquela que seu pior resultado é menos maléfico que o pior resultado da outra alternativa divergente. Maneira de se evitar, da melhor forma possível, os riscos, mesmo com o total desconhecimento das reais conseqüências das alternativas em contraste.¹⁶

Tendo sido adotada a *posição original*, Rawls espera encontrar dois tipos de *princípios de justiça no contrato hipotético*. Um deles com traços de liberdade e o outro com características de igualdade, sendo que os primeiros devem prevalecer sobre os segundos. O tipo vinculado ao direito à liberdade resulta do desconhecimento dos envolvidos nos debates da sua própria concepção de bem. O que os levam, pensando em seus interesses, a exigir uma liberdade em seu sentido mais amplo, para que as pessoas sejam respeitadas independentemente do que acreditam, o que deve ser perseguido pelas instituições sociais. O outro tipo se subordina à igualdade e é conhecido como *princípio da diferença*. Nele determina-se a maneira de distribuição mais justa das riquezas da sociedade e é um reflexo do desconhecimento dos indivíduos na *posição original* de sua posição social e econômica. O conceito de justiça distributiva, que se satisfaz com a simples igualdade de oportunidades, dá lugar a uma igualdade que se permite violada para garantir melhores condições aos desfavorecidos, prioriza-se com vigor as pessoas em piores situações.

Com sua *teoria da justiça* John Rawls pretende combater os fatos moralmente arbitrários, que são os que independem das escolhas do indivíduo e podem o prejudicar em seu caminho rumo ao plano de vida que entendeu por bem escolher. Identifica a loteria da natureza como as circunstâncias da natureza que definem os indivíduos em aspectos de raça, sexo, classe e talento individual. As instituições devem agir de forma a eliminar a influência das circunstâncias naturais sobre as escolhas autônomas dos indivíduos, garantindo justiça através da eliminação das desigualdades moralmente arbitrárias.

2.2 Dworkin

Dworkin contesta teses do positivismo jurídico e do utilitarismo, é bastante influenciado pelas idéias de John Rawls. O positivismo jurídico resolve os casos difíceis, litígios que não apresentam regras claras estabelecidas pelas instituições para sua solução, permitindo que os juízes possam, através de um poder discricionário, criar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente ao caso concreto. Defesa essa que conta com inúmeros

¹⁶ KYMLICKA, *Filosofia política contemporânea*, cit., p. 98-99.

problemas e é refutada por Dworkin, ele assevera que, mesmo sem uma regra concreta para o caso específico, o direito de uma das partes existe, tem o juiz então o dever de encontrá-lo e não pode ele criar arbitrariamente um novo direito¹⁷.

Mesmo tendo os juízes que, em regra, dar suas decisões com base nos contornos legais estabelecidos por outras instituições, há casos em que problemas novos ou uma legislação vaga fazem com que os juízes tenham que inovar para resolver a lide. Para Dworkin, nesses casos em que os juízes podem ser confundidos com legisladores segundos, a relação, nas decisões políticas, entre argumentos de política (protetores de objetivos de defesa da comunidade em geral) e de princípios (protetores de direitos individuais ou de grupos) torna-se mais clara. Assim como para justificar um programa legislativo complexo, os juízes, diante de casos difíceis, devem utilizar tanto dos argumentos de política como os de princípio para solucionar o caso, preferindo os argumentos de princípio.

No entanto, duas fortes razões são contrárias à originalidade judicial. A primeira é a de que o juiz não é eleito e, por isso, carece de responsabilidade perante o eleitorado. E a segunda é a de que a parte frustrada no feito desconhecia o novo dever criado quando da realização da sua ação. Mas, segundo Dworkin, essas duas objeções não afetam tanto os argumentos de princípio quanto os de política. Já que naqueles o direito contra o réu pode ser extraído sem a criação de um novo dever, pois o direito existia independente de qualquer publicação legal¹⁸.

A interação entre a moralidade pessoal do juiz e a moralidade institucional tradicional, encontrada na *tese dos direitos*, corrobora o uso dos argumentos de princípio. A tese defende que não há uma tensão entre originalidade judicial e história institucional; pelo contrário, entende que as decisões judiciais efetivam os direitos políticos existentes através da conciliação entre os dois ramos. A história institucional faria parte do juízo político dos juízes. As decisões judiciais, por serem decisões políticas, devem se submeter à responsabilidade política, que exige decisões articuladas que se justifiquem por meio de uma teoria política una e coerente, mesmo em momentos de inovação. Situação em que novamente se verifica a preponderância dos argumentos de princípio sobre os de política, pois com os princípios fica clara uma coerência que compatibiliza qualquer caso particular com as determinações anteriores e as definições hipotéticas futuras¹⁹.

¹⁷DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 127-138.

¹⁸DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 132-134.

¹⁹DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., p.136.

Para definir melhor a tese, Dworkin trabalha em uma parte do *Levando os direitos a sério* com a diferenciação entre direitos individuais e objetivos sociais. Ele entende que os direitos individuais são estabelecidos por argumentos de princípio e que são os princípios que definem os direitos; enquanto os objetivos sociais são determinados pelos argumentos de política e simplesmente descrevem formas de objetivo coletivo. Compreendendo o objetivo político como sendo uma justificação política geral, pode ele culminar na efetivação de um direito político, sendo então um objetivo político individuado e com seus traços determinados; ou se apresentar como uma meta, que é um objetivo político não-individuado ainda incapaz de delimitar especificamente um direito político. As metas coletivas, que movem a comunidade em busca de seu benefício geral, regem os princípios distributivos. Os direitos apenas podem ser considerados como tais quando forem capazes de se impor a metas gerais. Somente a teoria política de legitimação de um determinado sistema é capaz de dizer se um objetivo político é uma meta ou um direito²⁰.

Há ainda a diferenciação entre os direitos preferenciais, que são justificativas de decisões políticas da sociedade, e os direitos institucionais, que justificam a decisão de uma específica instituição. Outra distinção essencial é aquela entre direito abstrato, é o objetivo político geral, e o direito concreto, é o objetivo político já detalhado e especificado. Os direitos abstratos fundamentam os concretos²¹.

Na obra é possível constatar a influência da moralidade de uma comunidade, e com isso da teoria política que distingue aquele grupo, na relação que se concebe entre metas e princípios. Também nos é apresentado dois divergentes entendimentos acerca da diferença de surgimento entre princípios e metas. Alguns entendem que as metas coletivas comunitárias definem os princípios mais persuasivos, em uma relação direta de causalidade, e outros que uma noção prévia de direitos compartilhada pela sociedade que molda as metas primeiras do conjunto. Dworkin nos mostra, em outro momento, que é possível a substituição de argumentos políticos por argumentos de princípio durante o processo de decisão de um caso difícil, mas considera a troca ineficiente.

Ronald Dworkin concluiu que, com o crescimento da tese de que a teoria econômica estaria influenciando as decisões dos juízes, o questionamento sobre a validade da ideia presente na *tese dos direitos* de que os princípios devem ser privilegiados em relação à política na definição dos conflitos judiciais estava mais forte. Rebateu o questionamento ao comprovar que muitas das práticas que hoje erroneamente são identificadas como

²⁰DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 140-143.

²¹DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 158-159.

subordinadas à política econômica não passam de uma resolução do conflito entre direitos abstratos pela busca do equilíbrio, para, assim, se alcançar o desejado direito concreto; prática tradicional predominante desde antes do crescimento da importância da teoria econômica.

Essa *tese dos direitos* determina que os direitos concretos, nos quais se baseiam os juízes, devem ser institucionais e jurídicos. São institucionais os direitos que se referem a tipos específicos de instituições, o direito legislativo é uma espécie deles, que podem ser autônomas ou parcialmente autônomas; esses direitos, em certa medida, divergem dos direitos preferenciais estabelecidos pela teoria política de legitimação, pois, no processo de criação das regras, a instituição, devido sua autonomia, pode se afastar de qualquer moralidade política mais forte. Os direitos jurídicos são criados e extintos pelas leis e representam uma função especial dos direitos políticos. A intenção que cada lei conta quando da sua criação determina os direitos jurídicos, pois toda regra tem um objetivo específico nela insculpido; os princípios também os determinam, já que representam as características gerais do sistema legal. A intenção e os princípios são os fundamentos da teoria política geral adotada pelo sistema. Teoria que deve, a partir da análise das políticas e dos princípios que regem o sistema, definir com precisão a natureza desse sistema.

Dworkin procurou no trabalho estudado entender como agem os juízes e, assim, montar uma teoria que tanto justifica quanto aprimora o entendimento do sistema por ele analisado. O que o fez dividir a *tese dos direitos* em dois aspectos que citaremos já como conclusão da etapa Teoria do Direito. Ela teria um aspecto que é descritivo e se responsabiliza por definir a estrutura da instituição da decisão judicial, e outro que é normativo e justifica politicamente a mesma estrutura.

2.3 Holmes

A preocupação de Holmes é com aquilo que chama de *predição de incidência*, que é a possibilidade de se prever a maneira como os tribunais darão respostas aos casos que a eles se apresentem. Sendo capaz de precaver o cidadão sobre a forma como o Estado pode atuar coercitivamente e de descrever o sistema em sua generalidade. Precaver o cidadão exige que essas profecias, advindas do estudo das leis e das interpretações dos tribunais, estabeleçam contornos claros e, portanto, os mais gerais possíveis. Para ele a grande quantidade de leis, realidade enfrentada na maioria dos ordenamentos atuais, não seria um problema, já que de tão vultoso conjunto seria plenamente possível retirar um número de dogmas centrais que

representariam a harmonia do sistema. Importante destacar também que ele nomeia as leis como conjunto de dogmas ou predições sistematizados²².

O direito, em seu entendimento, representa a garantia de cumprimento de uma moral que prevalece em uma determinada sociedade e seria, então, reflexo do desenvolvimento da história de uma dada moralidade. Pretende diferenciar direito de moral com o objetivo de reconhecer quais são os elementos específicos do meio jurídico, mesmo não negando a forte relação e similitude entre os dois. Entender sua especificidade nos permite inclusive perceber quando o direito se afasta da moral, como nos casos de algumas leis. Logo, uma concepção moral dos direitos não necessariamente corresponde aos direitos positivados na legislação²³.

Em fase de conclusão conceitual, Holmes declara que em seu entendimento direito seria a previsão, a predição ou o prognóstico do que definem os tribunais nos casos de conflito. Buscando resolver o problema que a moral causa aos estudos jurídicos, por ser frequentemente confundida com o direito e ainda injetar elementos seus no sistema jurídico que inviabilizam a real compreensão do fenômeno direito, criou um método próprio de observação do objeto. Ele diz que o pesquisador do direito deve enxergar assim como o enxerga o indivíduo totalmente descompromissado com a moral, o dito homem mau; pois ele, diferentemente do homem bom, que muitas vezes cumpre os deveres legais mais por compromisso moral do que por medo da sanção, tenta entender de fato como funciona o direito para, assim, escapar de suas conseqüência. Conclui que apenas o homem mau é capaz de enxergar o direito em si, sem misturá-lo com a moral, evitando aqueles que injetam excessivamente a ética no direito.

Aponta até os prejuízos que a moral causa em termos de linguagem ao direito, historicamente muito dos termos utilizados como institutos jurídicos no direito são provenientes dos entendimentos anteriores da moral, mas, com o tempo, eles adotaram significado diverso, ainda que com a mesma origem. O problema é que a influência histórica na construção dos termos faz com que muitos deles ainda sejam vistos e explicados conforme a moral, mesmo em ambiente jurídico e desprezando sua mutação de significado²⁴.

Outro problema que deve ser enfrentado pela doutrina diz respeito não aos limites do direito, mas às influências em seu conteúdo e crescimento. Ele refuta a tese de que a lógica é a influência exclusiva das leis. Em um sentido amplo, como tudo no universo, o direito é regido pela racionalidade da causa e efeito, que determina a idéia que Holmes faz de lógica. Mas ele

²²LYONS, David. As regras morais e a ética. Trad. Luís A. Peluso. Campinas, SP: Papyrus, 1990, p. 44-47.

²³DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, cit., p. 6.

²⁴MORRIS, *Os grandes filósofos do direito*, cit., p. 426-427.

encontra problema justamente nas verdades absolutas – em que reside sua crítica ao direito natural - que podem decorrer da idéia da lógica que rege os princípios do universo, o direito deve se afastar da idéia de que as decisões dos tribunais são as únicas alternativas possíveis e se confundem com a verdade. A lógica pode dar ao direito uma falsa idéia de que ele é capaz de atingir a certeza em suas definições, mas quaisquer tipos de conclusão, ainda que divergentes, podem ser articuladas sob a forma lógica. Devemos, contrariamente, perceber que as decisões não passam de uma escolha adequada a um contexto dado, de época e de lugar. Então, o estudioso do direito não pode contar com uma aparente natureza absoluta dos seus entendimentos, já que eles são determinados por seu contexto e, certamente, se modificarão nos contextos com características diferenciadas. E a tradição, por isso, assume o papel de nos dizer qual a finalidade das leis, nosso estudo tem que ser, sobretudo, histórico; uma abordagem histórica nos permite entender os motivos das regras existirem e se elas ainda correspondem às necessidades almejadas, nos desvincula de uma simples reprodução inconsciente das práticas tradicionais. Analisar o passado para compreender o presente, não para se manter preso em concepções antigas²⁵.

Depois de defender a importância desse estudo cético da história, nos revela que compreende como extremamente necessário procedê-lo também com uma análise da economia política e da jurisprudência, entende-a como importante por ser a responsável por transformar uma regra geral em resposta aos casos concretos. Com o estudo desencadeado de tal forma, defende que é possível entender a generalização dos dogmas pela jurisprudência; que seria sucedida pela interpelação histórica a respeito das características atuais de uma lei ou do sistema para, por fim, intervir na finalidade deles segundo a realidade presente e os possíveis desafios futuros.

Holmes tenta contribuir para o enriquecimento da teoria do direito com sua vasta base filosófica, acreditava que existia teoria de menos o que, inclusive, prejudicava a prática. Se preocupa até em justificar que, mesmo com as inúmeras e acirradas críticas que faz ao direito, as faz justamente por ter apreço pelo estudo jurídico, para aprimorá-lo.

3. O Continente

Ao abordar a via continental-europeia do pensamento jurídico, comentaremos o pensamento do filósofo alemão Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), um dos precursores do Idealismo Alemão e que teve grande influência de Kant, Fichte e Schelling. O

²⁵MORRIS, *Os grandes filósofos do direito, cit.*, p. 430-432.

foco dar-se-á nas relações entre Direito e Política, as quais são trabalhadas na sessão do Espírito Objetivo da Filosofia do Espírito. Essa seção, apesar de exposta na *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*²⁶, é desenvolvida com maior riqueza de detalhes em *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do Estado em compêndio*²⁷.

No campo da Teoria do Direito, escolhemos a obra do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), um dos principais expoentes do Positivismo Jurídico e cujas raízes teóricas remetem à teoria do conhecimento de Kant e à posição científica de Weber. É em *Teoria Pura do Direito*²⁸ que o autor condensa as bases de sua teoria propriamente jurídica e, logo, foi o livro que baseou nossas análises subsequentes.

Por fim, em Filosofia do Direito, dissertaremos acerca do trabalho do jurista e filósofo brasileiro Miguel Reale, que se insere no Culturalismo Jurídico e dialoga intensamente tanto com Kant e Hegel, quanto com Kelsen. *Teoria Tridimensional do Direito*²⁹ é uma de suas obras mais discutidas e de maior repercussão na área, visto que nela apresenta os principais matizes de suas inovações intelectuais. Por isso, a nossa opção por ela.

3.1 Hegel

O modo especulativo do pensar, em sua formulação hegeliana, não comporta a separação entre teoria e prática, ser e dever-ser.³⁰ O pensar é tanto “intelecto que conhece como vontade que age”³¹. O Espírito objetivo, de que trata especificamente a *Filosofia do*

²⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*. Texto completo, com os adendos orais, traduzido por Paulo Meneses com a colaboração de José de Machado. São Paulo: Loyola, 1995.

²⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do Estado em compêndio*. Tradução de Paulo Meneses. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

³⁰ É relevante notar que “Hegel não nega o dever-ser enquanto projeto que muda a realidade; seria negar a natureza do trabalho humano. A realidade, porém, como um todo captado no conceito, um resultado de um processo global da história, **é a que deve ser**, porque é a revelação da ideia de liberdade, do Espírito Absoluto.” SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*. Edições Loyola: São Paulo, 1996, p. 406. (grifos nossos)

³¹ “Não há agir humano sem pensar, pois seria mero fato, como a pedra lançada ou o impulso instintivo do animal que determina o seu fazer. O agir humano é um determinar-se no mundo e esse determinar-se é conhecer-se, como o próprio conhecer é agir, proceder sob o comando da vontade livre. A vontade traz em si o teórico, que está contido no prático; ‘não se tem vontade sem inteligência’, diz Hegel. Ao determinar-se a vontade está ela no seu interior, pois aí está o pensar que se coloca interiormente um objeto.” SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*, cit., p.236.

Direito, é assim o Espírito livre *concreto*, que acede da suprassunção(*Aufhebung*)³² do prático pelo teórico e vem a ser sujeito *histórico*³³.

Só a partir dessa noção é possível entender o significado do objeto da ciência filosófica do direito: “*a ideia do direito*, a saber, o conceito do direito e sua efetivação.”

³⁴Apreender a inteligibilidade do real –“o conceito (aqui: liberdade) e a ideia(aqui: o direito, o espírito objetivo)”³⁵: eis o desafio do filósofo.

O desenvolvimento dialético do Espírito objetivo, edificado na ação histórica³⁶, é o próprio exteriorizar-se da liberdade, seu “desdobrar-se em um sistema de instituições”³⁷. Exteriorização essa que constitui a liberdade em natureza³⁸, mas uma “segunda natureza”³⁹, propriamente humana: o mundo da cultura (jurídico, ético), cuja expressão máxima é o Estado, seu fim e seu fundamento⁴⁰. Nas palavras de Kervégan: “*A liberdade exprimindo-se na linguagem da necessidade* [natureza], essa poderia ser a definição especulativa do espírito objetivo ou do direito.”⁴¹.

Essa realização da vontade livre dá-se, pois, em três momentos: o Direito Abstrato, enquanto liberdade para si, imediata; Moralidade, liberdade em si, “vontade refletida dentro de si”; e Eticidade, liberdade em si e para si, que se dá na vida em comunidade⁴²(Família,

³² Momento dialético especulativo (positivamente racional) caracterizado pela superação-conservação dos momentos opostos anteriores a ele, operado por um deles (dominante).

³³ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *A estrutura dialética da ação histórica segundo Hegel*. In: Ivan Domingues, Paulo Roberto Margutti Pinto, Rodrigo Duarte (orgs.). *Ética, Política e Cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 303.

³⁴ HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, cit., §1, p. 47.

³⁵ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p.100.

³⁶ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *A estrutura dialética da ação histórica...*, cit, p.303.

³⁷ KERVÉGAN, Jean-François. *Op. Cit.*

³⁸ KERVÉGAN, Jean-François. *Op. Cit.*

³⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Vincenzo Coceo. São Paulo: Nova Cultural, 1979, 1152a 30-33, p. 170-171.

⁴⁰ “Assim considerado na sua plena racionalidade, o Estado é anterior logicamente aos seus momentos e é seu próprio fim, ‘por isso é vontade’; o Estado é anterior e é posterior, é fundamento e é fim. Por ser fundamento é o primeiro, o começo; por ser fim é o resultado; como começo e fim é idéia.” SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*, cit, p.236.

⁴¹ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*, cit, p.101. Acerca da unidade dialética liberdade-necessidade, é esclarecedor explicitar suas três exigências: a realidade ativa (princípio da atividade), que tenha a si mesma o princípio da sua atividade (autodeterminação) e que saiba ser ela mesma princípio da sua atividade e da sua *autodeterminação*(SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*, cit,p. 360).

⁴² Hegel coloca a Eticidade como momento de “*unidade e verdade* desses dois momentos abstratos [Direito Abstrato, Moralidade]”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito*, cit, p. 77. *A verdade* que se coloca é verdade processual ou processo de “*verificação* (no sentido de tornar verdadeiro), no qual o ser se apresenta como pensamento e o pensamento como ser” (KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*, cit, p. 76).

Sociedade Civil, Estado). Para entendermos as relações entre política e Direito, é crucial dissecar a passagem da Sociedade Civil ao Estado em sentido estrito⁴³.

A Sociedade Civil-Burguesa caracteriza-se como sistema de carecimentos, no qual os cidadãos enquanto pessoas privadas buscam a satisfação de suas particularidades subjetivas. A universalidade não se dá como identidade ética, mas como necessidade⁴⁴, à medida que os cidadãos (aqui apenas *bourgeois*⁴⁵) se inserem em um sistema de interdependência econômica ou de socialização da produção. A participação na comunidade dá-se, pois, apenas de maneira indireta ou mediada⁴⁶. É que a Sociedade Civil é sociedade de multiplicação infinita de meios; lugar de abstração e de técnica, onde se dá o desenvolvimento mais agudo da particularidade. Justamente por operar uma cisão tão profunda entre o universal e o singular, que reúne as condições para sua reconciliação política na forma do Estado⁴⁷.

O Estado em sentido estrito, destarte, é o único lugar em que é possível a realização plena da liberdade⁴⁸, por meio do reconhecimento das consciências-de-si: nele, “o Eu é o Nós” e “o Nós é o Eu”. Retoma-se, por meio da subjetividade pessoal, a substancialidade ética que define a unidade estatal – mais do que um agrupamento de pessoas conectadas por necessidades que lhe são externas (pluralidade inorgânica⁴⁹). De acordo com Salgado⁵⁰:

Do lado da singularidade, a personalidade abstrata do direito e a subjetividade da moralidade encontram, pela educação da família e pelo trabalho na sociedade civil, sua realização na individualidade ética no Estado, reconhecida a todos. Do lado da universalidade, a unidade imediata da família e a divisão da sociedade civil resultam na unidade mediatizada do Estado, ou seja, o indivíduo na sua particularidade e a “sociedade” individual e o individual é o social, como liberdade concreta ou unidade da liberdade subjetiva e da liberdade objetivada nas instituições do Estado.

⁴³ No caso, “Estado” como Estado *strictu sensu*, ou momento da dialética. Difere, portanto, do emprego de Estado como ideia.

⁴⁴ HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, cit., §186, p. 191.

⁴⁵ “[o objeto] na sociedade civil-burguesa em geral é o cidadão (enquanto *bourgeois*) – aqui, no ponto de vista dos carecimentos (cf. §123 anotação) é o concreto *da representação*, que se chama *homem*; portanto é aqui a primeira vez e também propriamente apenas aqui que se fala *homem* nesse sentido.” HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, cit., §181, p. 188.

⁴⁶ “A sociedade civil é por excelência ‘terreno da mediação’ (*Rphlting*, 3, 567). Essa mediação é primeiro assegurada pelo mercado.” KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*, cit, p.102.

⁴⁷ KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*, cit, p.102.

⁴⁸ Liberdade como “querer-que-se-sabe”, não como “fazer-o-que-se-quer” (arbitrio).

⁴⁹ SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*, cit., p.371

⁵⁰ SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*, cit., p.421.

Percebe-se, assim, que o Estado é alicerçado nos três valores que condensam a cultura Ocidental e ganham força a partir da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e trabalho.⁵¹ A *organicidade* inerente a ele, como substância ética, e sua *racionalidade apurada*, implicam forma específica: a Constituição escrita, “expressão viva do povo e da liberdade que nele vive”⁵². A Constituição, por sua vez, desdobra-se em três diferentes aspectos: “os *diversos poderes*, e as ocupações e atividades deles, através dos quais o universal se *produz*”⁵³, quais sejam: poder do príncipe (a subjetividade enquanto última decisão de vontade, no qual os poderes distintos estão reunidos em uma unidade individual, que é assim o ápice e o começo do todo), poder governamental (a subsunção das esferas particulares e dos casos singulares sob o universal) e poder legislativo (ao qual cabe determinar e fixar o universal)⁵⁴.

O poder do príncipe precisa, assim, ser entendido como momento puramente formal, que visa evitar qualquer tipo de fragmentação interna do Estado por meio da centralização da expressão da vontade universal e evitar possíveis exterioridades na formação dessa. Não deve ser confundido, pois, com arbítrio. No entanto, é no poder legislativo que fica mais evidente o caráter político do Estado, que o difere da sociedade civil⁵⁵. Intermediado pelos partidos formados, e representado por eles, é que o particular se eleva ao universal, enquanto componente deliberativo de tal poder, que o determina (o universal). Torna-se, logo, livre, ao determinar a sua vontade, que é a vontade universal.

⁵¹É na Revolução Francesa que se verifica a tomada de consciência de tais valores, os quais reúnem a tradição histórico-cultural do Ocidente e se colocam no futuro, como projeto que ainda tentamos realizar. Enquanto o momento Revolucionário constitui ápice de tomada de consciência, o momento Pós-Revolucionário é fase de sua efetivação.

⁵² SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*, cit., p.421. A relevância da Constituição na Teoria do Estado hegeliana é tal que, para ele, “Um Estado sem constituição seria a própria sociedade civil que, contudo, não existe fora do Estado ou anterior ao Estado.” SALGADO, *A Ideia de justiça em Hegel*, cit., p.416. Ainda sobre isso, afirma Kervégan: “[...] a constituição não é uma forma política adotada arbitrariamente, mas é sobretudo a racionalidade em ato do espírito objetivo se desenvolvendo no tempo da história, a liberdade pensada no todo de seu movimento de objetivação.” KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*, cit, p.106. Nas palavras do próprio autor: “A *necessidade* na idealidade é o desenvolvimento da idéia no interior de si mesma; ela enquanto substancialidade *subjetiva* é *adisposição de espírito* política, enquanto substancialidade *objetiva* é, na diferenciação com a anterior, o *organismo* do Estado, o Estado *político* propriamente dito e sua constituição.” HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, cit., §267, p. 239.

⁵³ HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, cit., §269, p. 241.

⁵⁴ HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, cit., §273, p. 255.

⁵⁵ “no elemento *estamental* do poder legislativo, o *estamento privado* chega a uma atividade eficaz e a uma *significação políticas*. O mesmo não pode então aparecer nisso nem como uma massa meramente indivisa, nem como uma multidão dissolvida em seus átomos, porém aparece como *o que ele já é*, a saber, como diferenciado no *estamento* que se fundamenta na relação substancial e no *estamento* que se fundamenta nos carecimentos particulares e no trabalho que os medeia. Apenas assim, nesse ponto de vista, o *particular* efetivo no Estado enlaça-se verdadeiramente no universal.” HEGEL, *Linhas fundamentais da filosofia do direito...*, cit., §303, p. 283.

Dessa forma, Estado e Direito se confundem, ao se inserir no movimento dialético de realização ética do Homem. São, pois, faces de uma mesma realidade, qual seja, a liberdade e seus desdobramentos históricos – a própria Justiça, como o filósofo alemão a concebeu⁵⁶.

3.2 Kelsen

Se o esforço da Filosofia hegeliana é apreender o real em sua totalidade (o que implica na indissociabilidade do jurídico, do ético, do político e do justo), o grande empreendimento da Teoria do Direito de Hans Kelsen consiste na tentativa de delimitação radical da esfera da Ciência Jurídica, isolando-a dos demais campos que a disputavam em sua época. A intenção de Kelsen é afastar a Ciência Jurídica das ideologias que possam sustentar diferentes modelos jurídicos⁵⁷, daí a necessidade do purismo metodológico: abordar o Direito de maneira exclusivamente descritiva⁵⁸.

É justamente em decorrência da busca pela autonomia da Ciência Jurídica, que se coloca a Teoria Pura como uma metateoria⁵⁹ ou epistemologia, à medida que objetiva estabelecer critérios para se conhecer e estudar o Direito. Nas palavras de Matos⁶⁰:

⁵⁶ “A constituição é essa articulação da potência do Estado. Contém as determinações da maneira como a vontade racional, enquanto nos indivíduos é somente *em si* a vontade universal, pode, por um lado, chegar à consciência e à inteligência mesma, e ser *encontrada*, e por outro lado, pela eficiência do governo e de seus ramos particulares, pode ser posta em efetividade e aí preservada e protegida; tanto contra a subjetividade contingente como contra a dos Singulares. É a *justiça* existente, enquanto é a efetividade da *liberdade* no desenvolvimento de todas as suas determinações racionais.” HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio, cit.*, § 539, p. 307.

⁵⁷ “Se por ‘ideologia’ se entende, porém, não tudo o que é realidade natural ou a sua descrição, mas uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que se encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento, e se se designa por ‘realidade’, não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do Direito positivo se tem de manter isenta de ideologia (neste segundo sentido da palavra).” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito, cit.*, p.117.

⁵⁸ Acerca da distinção teoria e ideologia, elucida Bobbio: “[...]dissemos que a teoria é a expressão da atitude puramente *cognoscitiva* que o homem assume perante uma certa realidade e é, portanto, constituída por um conjunto de juízos de fato, que têm a única finalidade de *informar* os outros acerca de tal realidade. A ideologia, em vez disso, é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de *inflúrem* sobre tal realidade.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.223.

⁵⁹ “Para Michel Troper e Alf Ross o positivismo jurídico é uma metateoria, *i.e.*, uma concepção que pretende responder previamente o que vem a ser a ciência do Direito (Goyard-Fabre, 2002:102).” MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. 2.ed Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 38. Nas palavras de Kelsen: “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.” KELSEN. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

⁶⁰ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen.cit.*, p. 103.

Kelsen operou no direito o que Kant operara na Filosofia⁶¹, ou seja, a separação das esferas do ser e do dever-ser. Com isso, pôde fundar a ciência do direito, que tem seu objeto formal próprio (a norma jurídica positiva), seu método específico (o nomológico, que descreve as normas jurídicas por meio de proposições jurídicas) e seu axioma fundamental (a *Grundnorm*).

O direito, concebido cientificamente, é o direito positivo, cuja característica fundamental é a coerção – mais do que o meio pelo qual as normas jurídicas fazem-se valer, é o objeto mesmo de tais normas, seu elemento estrutural⁶². É ela que distingue as normas jurídicas das demais (como as normas morais, por exemplo), visto que o Estado detém o monopólio do uso da força física. “O direito é, essencialmente, ‘um mecanismo coativo a que não corresponde em si e por si, nenhum valor político ou ético.’ (Teoria Pura, ed. 1946, 53-55; 58-60)”.⁶³

“Uma regra é uma regra jurídica não porque a sua eficácia é assegurada por uma outra regra que prevê uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque prevê uma sanção. O problema da coerção (constrangimento, sanção) não é o problema de assegurar a eficácia das regras, mas sim o problema do conteúdo das regras.”⁶⁴

O objeto da Ciência Jurídica é, conseqüentemente, a norma jurídica, única expressão do direito, que deve ser apreendida necessariamente por uma operação lógica⁶⁵. É isso que configura o normativismo lógico de Hans Kelsen⁶⁶.

⁶¹ O Kant que influencia Kelsen é aquele da *Crítica da Razão Pura*, da teoria do conhecimento, que questiona a metafísica (ou, ao menos, a possibilidade de captá-la racionalmente).

⁶² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, cit, p. 155-156. “[...] o direito é um conjunto de normas que regulam o uso da força coativa.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, cit, p. 155. Tal regulamentação dá-se “com referência a quatro pontos fundamentais: quem, quando, como, quanto. a) [...] Temos assim a formação do monopólio do uso da força em favor de um grupo social (o Estado e seus órgãos) e o exercício da força se qualifica como lícito ou ilícito segundo provenha do grupo monopolizador ou de outros sujeitos. [...] b) O direito estabelece em segundo lugar quando o grupo monopolizador pode usar a força. Esta não pode ser exercida arbitrariamente, mas somente quando ocorrem determinadas circunstâncias previstas pela lei [...]. c) Em terceiro lugar, o direito estabelece como a força deve ser exercida. As normas processuais regulam precisamente a modalidade através da qual se julga a aplicação da coação, [...]. d) E, enfim, o direito regula também a quantidade de força, estabelecendo quais atos de coerção podem ser exercidos, [...]” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, cit, p. 158.

⁶³ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Estado*: para os cursos de introdução ao direito. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986, p. 140.

⁶⁴ KELSEN. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3ª.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 41.

⁶⁵ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Estado*: para os cursos de introdução ao direito. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986, p. 134.

⁶⁶ É preciso cuidar para não confundir a visão normativista de Kelsen com uma concepção estática acerca do Direito. “A ciência do direito não só cria seu próprio objeto, mas também o direito, como sistema de normas, regula sua própria criação por meio de um procedimento formal específico.” MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*.cit., p. 81.

Na base da Teoria Pura, como dito acima, encontra-se a rigorosa separação entre ser e dever-ser, “díade que funda o dualismo epistemológico entre fato e valor, de um lado, e cognição e volição, de outro”⁶⁷. Ao passo que as ciências naturais ou ciências do ser (*sein*) são regidas por leis naturais decorrentes do princípio da causalidade (quando é A, B também é), nas ciências humanas ou ciências do dever-ser (*Sollen*) vigoram leis humanas que obedecem ao princípio da imputação (quando é A, B deve ser)⁶⁸. É no último tipo que as normas jurídicas se enquadram. Afinal, “o ‘jurídico’ não está neles [nos fatos], mas em sua ‘significação específica’ ou no ‘substrato de sentido com que tais atos se apresentam’”⁶⁹.

Kelsen distingue também a norma jurídica, objeto do direito, da proposição normativa, que descreve tal objeto e, portanto, define a Ciência do Direito. A proposição normativa apenas descreve a norma posta pela autoridade competente e o faz sob a forma de imperativo hipotético, desvinculado de qualquer conexão política ou valorativa⁷⁰. Essa exigência de isolamento científico do direito culmina na formulação da Norma Jurídica Fundamental (*Grundnorm*), vazia de conteúdo, mas importante do ponto de vista lógico para que não se tenha que recorrer a elementos extrajurídicos ao se pensar o ordenamento⁷¹.

Cabe enfatizar que Kelsen não ignora a realidade jurídica como *fato* e como *valor*, mas coloca esses aspectos como pontos de vistas distintos da Ciência Jurídica, logo, que não pertencem a ela, mas à Sociologia Jurídica e à Filosofia da Justiça, respectivamente – o que

⁶⁷ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*.cit., p. 96.

⁶⁸“Mas o que significa *deve ser*? É este um dos pontos mais obscuros da teoria kelseniana. Em nossa opinião, para dar um significado preciso à fórmula “Se é A, deve ser B”, é mister convertê-la nesta outra: “Se é A, B deve ser executado”. Mas agora é mister também indicar quem deve executar B, visto que se o direito é próprio da esfera humana, também este B (sanção) deve ser imputável a um sujeito humano. Pois bem, quem aplica a sanção é o órgão judiciário, portanto o kelseniano *deve ser* indica uma ordem jurídica dirigida ao juiz.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, cit, p. 193. Note-se que “a menos que aceitemos que o valor é imanente à realidade – o que de fato não é –, um dever-ser (a ordem normativa) não pode derivar de um ser (ato de poder).” MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*.cit., p. 72.

⁶⁹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Estado*: para os cursos de introdução ao direito. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986, p. 135.

⁷⁰“No primeiro momento, a norma prescreve o comportamento que o destinatário deve ter:

(1) Deves realizar A.

No segundo momento, a norma estabelece que, se o comportamento exigido não for acatado, deverá ser aplicada a sanção (B).

(2) Se não é A, dever ser B.

Observe-se que a norma (1) não tem existência autônoma própria, sendo, ao contrário, apenas um reflexo da norma (2). Se chamarmos de A o ilícito, isto é, a conduta a que está vinculada a sanção, e de B a sanção, a norma jurídica apresenta a seguinte estrutura:

Se A é, deve ser B.”BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, cit, p. 193.

⁷¹ “De fato, se fazemos a indagação: no que se funda a norma fundamental?, ou respondemos fazendo referência a uma outra norma, agora estaríamos diante de um *recursos ad infinitum*; ou respondemos que tal norma existe juridicamente enquanto for de fato observada, e recaímos na solução que se desejava evitar com a norma fundamental, isto é, fazemos depender o direito do fato.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, cit, p. 202.

implicará a crítica de Reale ao inserir tal concepção no que denomina “Tridimensionalidade Abstrata”. Comentário

3.3 Reale

Nem apreender a totalidade do real, nem delimitar cientificamente a esfera jurídica: a pretensão filosófica de Miguel Reale é “compreender o homem em sua integralidade”⁷². Ora, o direito, concebido com o fenômeno cultural, é, em última instância, fenômeno humano⁷³ e, como tal, precisa ser entendido em sua unidade *concreta*. Nesse viés, Reale supera as visões reducionistas do direito, reconciliando Filosofia, Direito e Sociologia – *fato, valor e norma* – ao posicioná-los como dimensões inerentemente jurídicas que não podem ser compreendidas de maneira isolada⁷⁴.

Na tentativa de solucionar, de um lado, o abismo instaurado entre ser e dever-ser, do outro, o caráter puramente lógico-formal das condições transcendentais do conhecimento⁷⁵, Miguel Reale propõe o processo ontognoseológico, constituindo Ontologia e Gnoseologia uma unidade, da qual participam mediante uma relação de implicação-polaridade sujeito-objeto.⁷⁶ Nas palavras do autor:

Partimos da observação de que nos parece impossível uma solução monovalente ou monística da teoria do conhecimento, no sentido de reduzir o sujeito cognoscente ao objeto ou, ao contrário, de reduzir o objeto ao sujeito cognoscente.

[...]

⁷² PAIM, Antônio. *Problemática do Culturalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, p. 55.

⁷³ “Se a história do direito tem um sentido, projeta-se ela do ser mesmo do homem, com todos os riscos da ventura e da aventura de sermos homens, cada um de nós subordinado, como ensinou Ortega y Gasset, ao irrenunciável e intransferível projeto de nós mesmos.” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, cit., p. 82.

^{74cc} A realidade jurídica, como veremos, não pertence à esfera dos objetos ideais, nem à esfera ou ao âmbito dos objetos psíquicos, pois, lhe corresponde uma estrutura própria, a dos *objetos culturais* e, mais propriamente, a dos objetos *culturais tridimensionais*, por implicarem sempre elementos de *fato* ordenados *valorativamente* em um processo *normativo*.” REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 302.

⁷⁵ PAIM, Antônio. *Problemática do Culturalismo*, cit., p. 59. Paim coloca essas duas questões como o legado de Kant para as meditações filosóficas contemporâneas.

^{76cc} A correlação *sujeito-objeto* como dois termos que se implicam reciprocamente, mas que jamais se reduzem um ao outro, é, assim, não só a raiz dialética de todo o conhecimento, mas também compreensão unitária possível entre natureza e espírito, experiência natural e experiência histórica [...].” REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. São Paulo: Grijalbo/EDUSP, 1977, p. 100. Sobre a tal relação, disserta Paim: “O sujeito apreende algo como objeto, mas há algo – correspondente ao objeto captado – que se conserva heterogêneo em relação ao sujeito mesmo, por ser transcendente a ele e não se reduzir ao âmbito do processo cognitivo. [...] O ser não é, nesse sentido, o absolutamente indeterminado, mas antes o infinitamente determinável [...].” PAIM, Antônio. *Problemática do Culturalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995, p. 62.

São termos que se exigem e se completam, mantendo, porém, cada qual seu valor irreversível. É por essa razão que já dissemos [...] que toda Gnoseologia implica uma indagação do objeto, sendo, efetivamente, uma Ontognoseologia⁷⁷.

A Teoria Tridimensional do Direito, em sua concepção realeana, abarca particularmente duas teses: (1) fato⁷⁸, valor e norma são dimensões, não pontos de vista, do direito, logo, fazem parte de forma correlacionada de toda e qualquer expressão da vida jurídica⁷⁹; (2) “a correlação entre aqueles três elementos é funcional e dialética”⁸⁰. A dialética em questão dá-se pela tensão permanente entre valor e fato, que implica sua superação por meio do momento normativo, “nos limites circunstanciais de lugar e tempo”⁸¹.

A Tridimensionalidade, no entanto, não tem sentido se desvinculada da História, ou, nos termos de Reale, de um Historicismo Axiológico⁸². É que o Direito, enquanto processo, não pode ser observado por uma óptica atemporal e acultural, mas somente como *fato histórico-cultural* ou produto humano da vida objetivada⁸³. O Direito é, pois, sensível aos movimentos históricos, em sua forma e conteúdo, e se atualiza e se resignifica a partir de tais movimentos. Miguel Reale, portanto, retoma a ideia de que o homem *é enquanto deve ser*⁸⁴ e insere o Direito, novamente, no determinar-se do Homem no mundo enquanto realidade cultural⁸⁵.

⁷⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, cit., p. 300-301.

⁷⁸ “Valor”, em Reale, ganha uma função tripla em decorrência da noção de “experiência jurídica” como experiência histórico-cultural. Essa função é (a) ôntica, ou do valor como fator constitutivo da realidade; (b) gnoseológica, como ponto de vista da compreensão dessa realidade; (c) deontológica, como razão determinante de conduta. REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, cit, p. 63.

⁷⁹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, cit, p. 57.

⁸⁰ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, *Idem*.

⁸¹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, *Idem*. No intuito de esclarecer essa passagem, tem-se, de modo mais detalhado: “A elaboração de determinada e particular norma de direito não é uma mera expressão do arbítrio do poder, nem resulta objetiva e automaticamente da tensão fático-axiológica operante em dada conjuntura histórico-social: é antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder [...] mas sendo sempre o poder condicionado por um complexo de fatos e valores, em função dos quais é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, armando-se de garantia específica (institucionalização ou jurisfação do poder na nomogênese jurídica)”. REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, cit, p. 61.

⁸² “Entre valor e realidade existe um nexo de polaridade e de implicação, de tal modo que a história não teria sentido sem o valor. Ao mesmo tempo, um ‘dado’ ao qual fosse atribuído nenhum valor seria como se não existisse.” PAIM, Antônio. *Problemática do Culturalismo*, cit., p. 66.

⁸³ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, cit, p. 80.

⁸⁴ “O *ser* do homem é, de maneira originária, e não derivada, o seu *dever-ser*: é dessa raiz que se origina, na pluralidade de suas formas, a árvore da vida cultural.” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, cit, p. 81.

⁸⁵ “Daí ser fundamental no historicismo axiológico a complementariedade dialética entre subjetividade, como fonte inexaurível de valores, e objetividade, como inexaurível possibilidade de determinações da experiência, cabendo ao Direito não só salvaguardar e tutelar os bens já adquiridos, como, acima de tudo, preservar e garantir o homem mesmo como livre criador de novos bens, em quaisquer que possam ser os ordenamentos político-jurídicos da convivência social.” REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*, cit, p. 83.

4. Conclusão.

O que tal panorama de Continente e Ilha no mostra? Que o fenômeno jurídico, essa realidade objetiva da vida comunitária, ou melhor, que viabiliza a vida comunitária, é tão rico que as diferenças que o pensamento jurídico produz traduzem as próprias diferenças dentro da sociedade e entre civilizações.

O espírito prático do anglo-saxão ensina ao Continente a necessidade de se olhar para as particularidades do mundo jurídico; compreendê-las, torná-las identificáveis e aperfeiçoá-las a partir da própria experiência quase sensorial, enfim, uma teoria da práxis real. Seja essa teoria olhando a particularidade da autonomia individual, das decisões judiciais, ou das consequências éticas que um caso pode promover tanto para a política quanto para o interior da teoria do direito.

O espírito teórico continental introduz à ilha o poder de se projetar o pensamento. De compreender e de tentar sujeitar o *real* a um *ideal*, seja ela formal, seja material. De um Direito que é formalmente posto, mas que deve ser melhor diante das exigências da justiça. Do particular que precisa ser levado em conta, mas que precisa ser inserido em um movimento em que a particularidade se enriqueça com o todo, e que o todo seja impulsionado pela parte. Não desconsiderar nada, compreender tudo.

De fato, as duas vias contemporâneas debatem-se e se comunicam. Ao mesmo tempo, vemos, hoje, que as exigências *ética-idealísticas* se fazem presentes. As contingências do mundo concreto e a rapidez com que ele se processa requerem respostas rápidas em um ritmo que, muitas das vezes, inviabiliza a realização do justo querido.

O diálogo *Continente-Ilha* é extremamente profícuo e deve ser realizado, pois o demônio que ruge em um pode ser acalmado pelo deus que chora do outro.

5. Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Vincenzo Coceo. São Paulo: Nova Cultural, 1979.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.223.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de Direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DOMINGUES, Ivan. *O Continente e a Ilha: duas vias da filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso R. Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*. Texto completo, com os adendos orais, traduzido por Paulo Meneses com a colaboração de José de Machado. São Paulo: Loyola, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do Estado em compêndio*. Tradução de Paulo Meneses. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o Hegelianismo*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Trad. Luís C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *A estrutura dialética da ação histórica segundo Hegel*. In: Ivan Domingues, Paulo Roberto Margutti Pinto, Rodrigo Duarte (orgs.). *Ética, Política e Cultura*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 303.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos; introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Trad. Luís A. Peluso. Campinas, SP: Papyrus, 1990.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos de Teoria Geral do Estado: para os cursos de introdução ao direito*. Belo Horizonte: UFMG/PROED, 1986.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PAIM, Antônio. *Problemática do Culturalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. bras. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª ed. e 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito: preliminares históricas e sistemáticas*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SALGADO, A *Ideia de justiça em Hegel*. Edições Loyola: São Paulo, 1996.