

9.

340.12

A Filosofia do Direito e as formas do conhecimento Jurídico.

Miguel Reale

Catedrático de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da U. S. P. — Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia.

I

Vocação de nosso tempo para a Filosofia do Direito.

1. A verificação de que nossa época assiste a uma profunda renovação nos estudos filosófico-jurídicos e, o que é bem mais significativo, a um crescente interêsse por parte dos próprios juristas pela Filosofia do Direito, demonstra que o problema da razão de ser desta disciplina não pode ser apreciado “in abstracto”, mas em suas necessárias correlações com o complexo de fatores históricos e sociológicos dos quais decorre a nova atitude observada.

Se volvermos, com efeito, a atenção para a problemática jurídica ainda dominante nas últimas décadas do século passado, fácil é reconhecer que, não obstante o chamado renascimento do direito natural, quer segundo a orientação neokantiana, quer sob a influência clássica ou a neo-tomista, a grande maioria dos juristas permaneceu apegada quase que exclusivamente aos aspectos técnicos e formais do direito, nos limites de suas aplicações práticas imediatas, revelando certa margem de desconfiança ou de reserva para com as especulações filosófico-jurídicas. Reconheciam êles, em tese, a importância da Filosofia do Direito como uma ordem de conhecimentos indispensáveis à

cultura do jurista, mas não admitiam, em geral, que daquela forma de conhecimento pudessem defluir conseqüências essenciais à tarefa da Ciência do Direito como tal.

Essa tomada de posição era, aliás, compartilhada pelos cultores mesmos da Filosofia do Direito, que situavam as suas pesquisas *antes e depois* do trabalho de ordem científica, ficando o jurista alheio às cogitações filosóficas no decorrer de todo o seu labor *positivo*. Em verdade, à Filosofia Jurídica, consoante ponto de vista então prevalente, eram reservadas duas ordens de estudos: uma de alcance preliminar ou propedêutico, concernente sobretudo à *metodologia* do Direito: outra de caráter mais geral, destinada a esclarecer as conexões ou correlações entre a Ciência do Direito e as ciências sociais e históricas¹.

Não resta dúvida que, enquanto perdurou o primado da Filosofia positiva, como atitude geral englobante de várias orientações afins, como as de COMTE, SPENCER ou STUART MILL, houve certa correlação ou correspondência entre as idéias dominantes e a atitude do jurista, o qual, na esfera particular de sua ciência, procurava obedecer aos critérios

1. Um ilustre mestre brasileiro, integrado na Escola Positiva, PEDRO LESSA, após o cotejo de várias definições da Filosofia do Direito, invocando os estudos de SPENCER, ICILIO VANNI e PUGLIA, terminava por concebê-la como “a parte geral da ciência jurídica, que determina o método aplicável ao estudo científico do direito, expõe sistematicamente os princípios fundamentais dos vários ramos do saber jurídico, e ensina as relações dêste com as ciências antropológicas e sociais” (*Estudos de Filosofia do Direito*, 2.^a ed., 1916, p. 96). Atitude tímida, como se vê, quase de compromisso, e que implicava em suprimir qualquer distinção entre *Filosofia do Direito* e *Teoria Geral do Direito*, de conformidade, aliás, com a compreensão da Filosofia como uma “enciclopédia das ciências”. Referindo-se à situação do problema, anos depois, FRANÇOIS GENY ainda observava que a Filosofia Geral, vista (envisagée) na forma em que se tomara “presque classique en France”, fazia “de la methodologie des sciences la partie la plus vivante de la logique” (*Science et Technique en droit privé positif*, 2.^a ed., 1922, v. I, p. 167), o que se traduzia, no plano jurídico, nas duas tarefas essenciais, a metodológica e a sistemática.

metodológicos vigentes nos demais ramos do conhecimento; mas não é menos certo que a atitude positivista, no seu afã de objetividade estrita, levava o jurista a exacerbar o culto dos textos legais, com progressiva perda de contacto com a realidade histórica e os valores ideais.

Ninguém pode ignorar a alta significação das contribuições que à Ciência do Direito trouxeram a Escola da Exegese, os pandectistas germânicos ou a “Analytical School”, movimentos que guardam entre si profunda correspondência, sobretudo no que toca ao aprimoramento dos conceitos técnicos e ao rigor atingido nas obras sistemáticas; mas, como muitas vêzes sói acontecer, o aparelhamento conceitual passou a valer em si e por si, esterilizando-se em esquemas fixos, enquanto a vida prosseguia, sofrendo aceleradas mutações em seus centros de interesse.

Estabeleceu-se, em certo momento, um verdadeiro dualismo ou uma justaposição de perspectivas, como se houvesse um direito para o jurista e um outro para o filósofo, cada um deles isolado em seu domínio, sem que a tarefa de um repercutisse, de maneira direta e permanente, na tarefa do outro.

Acresce que quando eminentes filósofos do direito reagiram contra o positivismo, o evolucionismo ou o historicismo empíricos, fizeram-no com base no apriorismo formal dos neo-kantianos, e tal orientação era a menos propícia a uma correspondência com o saber do jurista, não só pela natural diversidade de linguagem, como pela atitude mesma de afastamento da problemática positiva, considerada às vêzes de alcance secundário ou empírico. Por tais motivos, o divórcio entre a Filosofia e a Ciência do Direito ainda mais se acentuou, comprometida até mesmo aquela tácita ou implícita correspondência que, apesar de tudo, vigorara em pleno *climax* positivista.

Nem mesmo faltaram atitudes extremadas, felizmente excepcionais, vangloriando-se o filósofo enfaticamente da *inutilidade* de suas pesquisas para o jurista, e o jurista vendo, por seu turno, na Filosofia do Direito um simples

adorno ou complemento humanístico de uma Ciência que devia ser positiva em suas origens, em seus métodos e em seus fins.

2. Pois bem, tal divórcio teórico só foi possível, não obstante tôdas as suas insuficiências e contradições, até e enquanto a sociedade ocidental se manteve firme em suas estruturas, e os sistemas dos códigos e das leis pareceram corresponder, em linhas gerais, às relações fundamentais da convivência humana. Indo ao fundo do problema, poder-se-ia contudo ponderar que determinados princípios filosófico-jurídicos continuaram sendo *pressupostos* pacificamente pelos juristas no instante de suas investigações puramente dogmáticas. Conservavam-se, de certa forma, fiéis à atitude adotada por SAVIGNY, o qual, após distinguir no direito um elemento individual e *particular* a cada povo e um outro *geral* o fundado sôbre a natureza comum da humanidade, contentava-se com esta referência genérica ao segundo fator: “Le but general du droit, escrevia êle, sort de la loi morale de l’homme sous le point de vue chrétien. Car le christianisme ne se pose pas seulement comme règle de nos actions; en fait il a modifié l’humanité, et il se retrouve au fond de toutes nos idées, de celles mêmes qui semblent lui être les plus étrangères et les plus hostiles”².

Uma vez assentes êsses pontos de vista, é claro que uma das tarefas fundamentais da Filosofia do Direito, a atinente à indagação da tábua dos valores que fundamentam a ordem jurídica positiva já era dada como resolvida e concordemente implícita no direito positivo, subsistindo apenas o problema de como os fins universais da moral cristã se manifestam na particularidade de cada povo, segundo o espírito que lhe é próprio. Na realidade, porém, a consideração dêste segundo elemento, que teria aberto a possibilidade de uma compenetração mais profunda entre Filosofia do Direito e Ciência do Direito, não mereceu

2. SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. GUÉNOUX, Paris, 1855, t. I, p. 51.

maiores estudos: os “historicistas” não foram além de referências imprecisas, de inspiração romântica, as quais, a pouco e pouco, foram perdendo consistência até serem absorvidas pelos valores técnicos e práticos do conhecimento positivo do direito³.

A suposta correspondência entre a infraestrutura social e o sistema de normas vigentes levava, por conseguinte, o jurista a concentrar sua atenção nos elementos conceituais ou lógico-formais, não havendo razões para se distinguir entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, à qual se acabou dando o nome equívoco de “Enciclopédia Jurídica”. Quando, porém, logo no fim do século passado, se começou a perceber que havia poderosas razões de conflito entre os fatos e os códigos, pode-se dizer que cessou, como por encanto “o sono dogmático dos técnicos do direito” e as cogitações filosófico-jurídicas reconquistaram a perdida autonomia.

Reconhecido, com efeito, o desajuste entre os sistemas normativos e as correntes subjacentes da vida social, os domínios da Ciência do Direito viram-se agitados por uma nova “ventania romântica”, tal como foi qualificado o movimento do “direito livre” (*Freies Recht*) ou da “*Libre recherche du droit*”, chegando a ser postos em xeque os elementos de certeza indispensáveis à ordem jurídica positiva. *Foi através dos debates sobre a teoria geral da interpretação que as inquietações filosófico-jurídicas penetraram nos*

3. Já tem sido apontado, e tal consideração vale como sinal de uma tendência dominante no séc. XIX, que, à medida que a Escola Histórica veio progredindo em suas análises dogmáticas, veio diminuindo seu interesse pelos problemas postos pelo *Volkgeist*, reduzindo-se afinal o seu historicismo a uma análise estrínica das fontes do direito: o “pandectismo” absorveu o “historicismo”. Em certo momento, o *conceptualismo* jurídico (*Begriffsjurisprudenz*) impera também nos quadrantes da Escola, pois os elementos históricos passam a valer apenas como meios a serviço do conhecimento sistemático e dogmático do Direito, com base na exegese do direito romano de Justiniano (Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia del Derecho*, 1953, p. 90 e segs.).

redutos da Ciência Jurídica, fazendo com que viessem à tona, ou, por outras palavras, que se elevassem à plena consciência teórica os pressupostos que jaziam subentendidos na Jurisprudência conceitual. Ao mesmo tempo, a Filosofia do Direito embebia-se de problemática positiva, *achegando-se mais concretamente às exigências práticas do direito*.

FRANÇOIS GENY fixou com precisão a nota característica da nova fase da vida do direito, ao demonstrar que o que antes era tido pelo jurista como essencial (“le rôle et la valeur des sources formelles”) passara a um plano subordinado, visto como, “n’étant que des modes *contingents* d’expression d’une réalité *permanente*, les *sources* doivent rester subordonnées à cette réalité même”⁴.

Donde a sua conclusão:

“C’est donc l’essence et la vie même du droit positif qu’il s’agirait maintenant, avant tout, de pénétrer, en le remplaçant au milieu du monde social dont il est un élément integrant, et l’étudiant en fonction des puissances intellectuelles et morales de l’humanité, qui, seules, le peuvent mettre en valeur”⁵.

Estávamos, porém, apenas no início de um longo e atormentado processo, que duas guerras mundiais e sucessivas revoluções de âmbito universal iriam acelerar, pondo em crise todo o sistema do direito, porquanto a crise do direito não é senão um aspecto relevante da crise geral da civilização contemporânea. De tal sorte que imprevistos fatores ideológicos e o violento impacto das ciências sôbre a sociedade acentuaram ainda mais o significado problemático e contingente das estruturas jurídico-formais.

3. A busca do essencial e do concreto surge, assim, como uma exigência indeclinável dos novos tempos. Há um chamado vivo para a Filosofia do Direito, porque está

4. GENY, *Science et Technique*, cit., t. I, p. 41.

5. *Ibidem*.

em jôgo o destino mesmo das hierarquias axiológicas de cuja estabilidade os códigos eram ou ainda se pretende que sejam reflexos.

No incessante renovar-se das normas jurídicas, o direito, que se quer ou que se espera, passa a ganhar terreno sôbre o direito que se tem e se ama. Uma atitude inquieta “*de jure condendo*” prevalece sôbre as tranqüilas ponderações “*de jure condito*”, de sorte que a Ciência do Direito tôda ela está imersa na problemática do futuro, o que quer dizer do destino humano, em geral, donde a impossibilidade de uma Ciência Jurídica ausente, distante dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos.

Entrecruzam-se, de certa forma, as perspectivas; perdem precisão as linhas delimitadoras dos campos de pesquisa; complicam-se e se confundem, às vêzes, os temas da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito, da Sociologia Jurídica, etc., como resultado mesmo da instabilidade e das perplexidades reinantes, o que exige seja novamente reproposto um problema que parecia superado: o da *classificação do conhecimento do direito*, do qual as relações entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito marcam um aspecto particular.

Nem é demais observar que, paralelamente com o crescente interêsse pelos estudos filosófico-jurídicos, o que se afirma cada vez mais é a exigência de uma *Ciência Jurídica concreta*, permanentemente ligada aos processos axiológicos e históricos, econômicos e sociais, o que se pode observar em múltiplas direções, sob variadas formas e expressões, a miude empregadas pelos diversos autores, tais como “infraestrutura econômica”, “experiência jurídica”, “realidade do direito”, “fato-normativo”, “*ius vivens*”, “direito como conduta”, “direito como ordenamento”, “direito como fato, valor e norma”, “socialidade do direito”, “Jurisprudência dos interêsses”, “jurisprudência dos valores”, etc., etc..

Se o jurista, porém, se interessa cada vez mais pela Filosofia, a recíproca também é verdadeira, visto como os

filósofos do direito abandonaram também os seus esquemas formais e abstratos para tomarem contato cada vez mais vivo com a positividade do direito, aprendendo a dar valor ao particular, ao contingente e ao empírico, tal como se desenrola e se dramatiza na vida dos advogados e dos juizes.

Neste sentido poderemos concordar com RECASÉNS SICHES quando contrapõe a uma Filosofia Jurídica *acadêmica*, — que pouco ou nenhuma influência exerceu sobre a Ciência do Direito, — uma outra Filosofia Jurídica, “não acadêmica”, fortalecida sobretudo nos debates que marcaram a crise da interpretação do direito a que acima me referi ⁶.

Talvez seja preferível dizer que a Filosofia do Direito e a Ciência do Direito coincidem ambas na *volta ao objeto*, que é uma das características fundamentais do pensar de nosso tempo: o formalismo conceitual da *Begriffsjurisprudenz*, assim como o formalismo *a priori* dos neo-kantianos sofrem ambos a mesma crítica, brotada da nova Gnoseologia orientada no sentido das objetividades, (razão pela qual prefiro denominá-la *Ontognoseologia*) e da nova Ética que se identifica cada vez mais com o seu inevitável conteúdo axiológico. É o que, no seu conjunto, resulta de uma Filosofia fundamentalmente concreta ⁷.

6. Segundo RECASÉNS, poder-se-iam considerar expressões da *Filosofia Jurídica não acadêmica*, entre outras, as contribuições de BENTHAM, JHERING, WENDELL HOLMES, BENJAMIN CARDOZO, ROSCOE POUND, GENY, RIPERT, EHRLICH, KANTOROWICZ, PHILIP HECK, MAX RUMELLIN, MAX ASCOLI e CARNELUTTI (Cf. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 1956, p. 26).

7. Como acentua ÉMILE BREHIER, com a sua precisão habitual, todos os temas da Filosofia contemporânea encontram “leur unité dans l'étude de l'homme, pris non pas dans l'évolution générale de la nature et de l'histoire, mais dans ses rapports concrets et actuels, corps et âme, avec le monde qui l'entoure, avec autrui, avec la réalité transmondaine de l'homme ne découvrant les principes et les valeurs que dans la réalisation effective de la science et dans l'expérience de la vie” .. “C'est dans ce mouvement énérgique vers le concret (c'est là

Ora, se a Filosofia do Direito é, como penso, a própria Filosofia enquanto tem por objeto uma realidade de significado universal, como é o direito, forçoso é concluir que, ao procurar afundar as razões do direito na realidade histórico-social, concebendo-o como “realidade cultural”, voltamos a reconquistar, paulatinamente, a correspondência que necessariamente deve existir entre a Filosofia, a Filosofia do Direito e a Ciência Jurídica: nos limites dessa unidade dialética está a vocação de nossa época, sendo êsse o campo de responsabilidades em que o destino do homem e do jurista se reencontram.

Dos planos e domínios do conhecimento jurídico.

4. Há problemas na Filosofia que, com o volver dos anos, voltam a atrair a atenção dos estudiosos, quando já haviam sido postos de lado como pseudo-problemas ou como questões de somenos importância. Um desses temas é o da divisão da Filosofia do Direito, conexo com outro de maior amplitude, qual seja o de determinar e, possivelmente, classificar as diversas ciências que têm a experiência jurídica como seu objeto.

Múltiplas razões explicam êsse renovar-se da pesquisa sobre uma questão que tinha sido relativamente descuidada, como se se tratasse de um problema secundário, isto depois de já ter sido posta no primeiro plano da problemática filosófico-jurídica, na época em que prevalecia a preocupa-

le titre même d'un bel ouvrage de M. Jean Wahl) qu'il faut chercher l'origine de la philosophie contemporaine” (*Les thèmes actuels de la Philosophie*, 1954, p. 74 e 76).

Pode-se dizer a mesma coisa quanto à origem da Filosofia do Direito contemporânea, encontrando-se igual aspiração pelo *concreto* na Ciência jurídica atual.

Sobre a *concretidade* e o sentido *ontognoseológico* do pensamento atual, cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 3.^a ed., 1962, t. I, p. 57 e segs..

ção positivista de oferecer-nos uma “classificação geral das ciências”. É claro que as exigências pedagógicas implicam sempre na necessidade de uma discriminação dos campos de estudo, assim como uma discriminação de pesquisas não pode deixar de existir, pelo menos implícita, em qualquer ordem especulativa, mas o que se nota, hoje em dia, é, digamos assim, a atualidade do tema, a sua projeção ou valorização crescente. Resulta esta do desenvolvimento atingido pelas indagações da Teoria Geral do Direito, da Sociologia Jurídica, da Etnografia Jurídica, etc., e do florescimento mesmo das múltiplas escolas e doutrinas que têm caracterizado a Filosofia do Direito no decorrer de nosso século, fato já apontado como um dos sintomas ou indícios da crise de nosso tempo.

Quando um filósofo do Direito, como NORBERTO BOBBIO chega a afirmar que, praticamente, não existe tratado de Filosofia do Direito que o não seja, em maior ou menor parte, também de Teoria Geral do Direito, ou de matéria considerada como tal pelos juristas; e que, da mesma forma, não há tratado de Teoria Geral que não o seja de Filosofia do Direito, ou pelo menos de questões assim consideradas pelos filósofos⁸; quando um mestre como JULIUS STONE nos apresenta a Jurisprudência como a ciência global do direito, uma verdadeira ciência “omnibus”, na qual três diversos âmbitos de pesquisas se justapõem, desdobrando-se em análises subordinadas, figurando a Teoria da Justiça no mesmo plano da Jurisprudência Sociológica ou da Jurisprudência Analítica⁹; quando a Sociologia do Direito, padecendo do mal próprio a tôdas as ciências novas, varia de autor para autor o campo de seus objetivos, mister é que nos capacitemos da necessidade de pôr um pouco de ordem em nossos domínios, o que é sem dúvida, um dos objetivos da teoria tridimensional do direito.

8. BOBBIO, *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, 1955, p. 28.

9. STONE, *The Province and Function of Law*, 2.^a ed., 1950, p. 19 e segs..

Em uma importante nota de seus *Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, a propósito da divisão da Metafísica dos costumes, põe KANT em realce a dificuldade inerente a tôda divisão dêsse tipo, escrevendo:

“A dedução da divisão de um sistema, isto é, a prova tanto de sua integridade como de sua continuidade, ou dessa qualidade que nos permite passar sem salto (*divisio per saltum*) do conceito dividido aos membros da divisão em tôda a série das subdivisões, é uma das condições mais difíceis a satisfazer por quem constroi um sistema. Há também certa dificuldade em determinar o conceito fundamental dividido, na divisão do justo e do injusto (*aut fas aut nefas*): é o ato do livre arbítrio (*Es ist der Akt der freien Willkur uberhaupt*). Da mesma forma, os mestres de Ontologia começam a distinguir entre ser e não ser, sem se aperceberem que já apresentam os membros de uma divisão, à qual falta ainda o conceito dividido, que não pode ser outro senão e de Objeto em geral”¹⁰.

Muito embora a natureza mesma da experiência jurídica implique em correlações e interdependências entre setôres científicos do direito aparentemente estanques, tornando injustificados quaisquer cortes inexoráveis nos distintos campos de pesquisa, não será errôneo dizer que muitas das confusões reinantes podem ser superadas se partimos de uma rigorosa análise dos elementos que integram a realidade jurídica. Essa “descrição objetiva” do direito só pode ser rigorosamente realizada mediante o emprego do *método fenomenológico*, que nos permite afirmar que todo fenômeno jurídico se reduz a um *fato* (econômico, geográfico, demográfico, etc.) ordenado *normativamente*, segundo determinados *valores*.

Para o conhecimento integral do direito, quer de um ponto de vista estático, quer de um ponto de vista dinâmico, é indispensável, porém, que a descrição fenomeno-

10. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, ed Cassirer, vol. VII, p. 18, n.º 1.

lógica do direito se eleve ao plano da compreensão histórica. Nesse sentido, entendo que a pesquisa fenomenológica não deve se infletir afinal na subjetividade transcendental, visando os “conteúdos intencionais da consciência” para culminar, assim, numa *experiência reflexa* ligada ao eu puro ou à subjetividade transcendental, à maneira de HUSSERL, mas, ao contrário, não pode deixar de se *refletir* no desenvolvimento histórico das idéias. Em verdade, as doutrinas e os sistemas jurídicos assinalam, através de seu encadeamento histórico total, a compreensão universal da espécie humana no concernente aos problemas do direito tais como foram vividos no decurso do tempo. Dêsse modo, como a “experiência histórica do direito” coincide com a “objetivação histórica das *intencionalidades* constituintes do direito”, nenhuma descrição objetiva da realidade jurídica atual, tal como se nos oferece no plano da consciência, poderá deixar de refletir-se no desenvolvimento histórico das idéias, nele se inserindo como momento necessário, e só assim logrando plenitude de significado¹¹.

Ora, essa análise, ao mesmo tempo *fenomenológica* e *histórico-axiológica do direito* leva-nos a discriminar na realidade jurídica três dimensões, mais do que elementos, que representam qualidades essenciais a tôda experiência jurídica e que denomino *fato*, *valor* e *norma*. O direito é, com efeito, “uma realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral-atributiva”, ou seja, uma realidade espiritual (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa, etc.), na qual e pela qual se concretizam historicamente certos valores, de sorte que as relações intersubjetivas são sempre ordenadas segundo sistemas de regras que representam “sínteses históricas de *fatos* e de *valores*”.

11. Sobre essa correlação que faço entre análise fenomenológica e reflexão histórica, v. o meu estudo *Situation de la théorie de l'État dans les domaines de la connaissance politique*, in *Melanges Paul Roubier*, 1961, t. I, p. 414 e segs..

Fato, valor e norma são, dêsse modo, dimensões da experiência jurídica, o que não só é reconhecido explicitamente por “tridimensionalistas” filiados às mais diversas correntes doutrinárias, como EMIL LASK, GUSTAV RADBRUCH, WILHELM SAUER, ROSCOE POUND, JULIUS STONE, JEROME HALL, RECASÉNS SICHES, LUIGI BAGOLINI, CARLOS COSSIO, EDUARDO GARCIA MAYNEZ e LEGAZ Y LACAMBRA, mas também por aqueles que, como Kelsen, embora considerando metajurídicos os estudos sobre o Direito como fato social ou como justiça, nem por isso ignoram a possibilidade de “três ordens fundamentais e distintas de pesquisas”¹².

Isto posto, é preciso, desde logo, distinguir entre o tratamento filosófico e o científico-positivo da realidade jurídica. Como HUSSERL nos esclarece, a atitude natural da ciência é sempre realista, no sentido de que não reduz, nem subordina a realidade a condições subjetivas, nem faz da correlação sujeito-objeto um problema essencial e prévio¹³. Ao contrário, a Ciência Positiva, como ciência de realidades, parte do pressuposto metodológico da autonomia do objeto, como dado empírico, cujas leis procura explicar. O mesmo ocorre no domínio da Ciência Jurídica, o que torna compreensível a natural tendência do jurista, enquanto tal, no sentido de acolher com mais simpatia as interpretações filosófico-positivas do direito, aquelas, isto é, que não põem qualquer distinção essencial entre Ciência e Filosofia. Sob êsse prisma, já foi dito com razão que o “positivismo jurídico” é o “lugar geométrico” da mentalidade do técnico ou prático do direito.

Já é diverso o plano em que, a meu ver, deve colocar-se o filósofo, ao converter a própria ciência positiva

12. Para uma compreensão sintética de meu pensamento sobre a natureza tridimensional do direito, v. MIGUEL REALE, *Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto*, na “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1961, fasc. II — IV, p. 145 e segs..

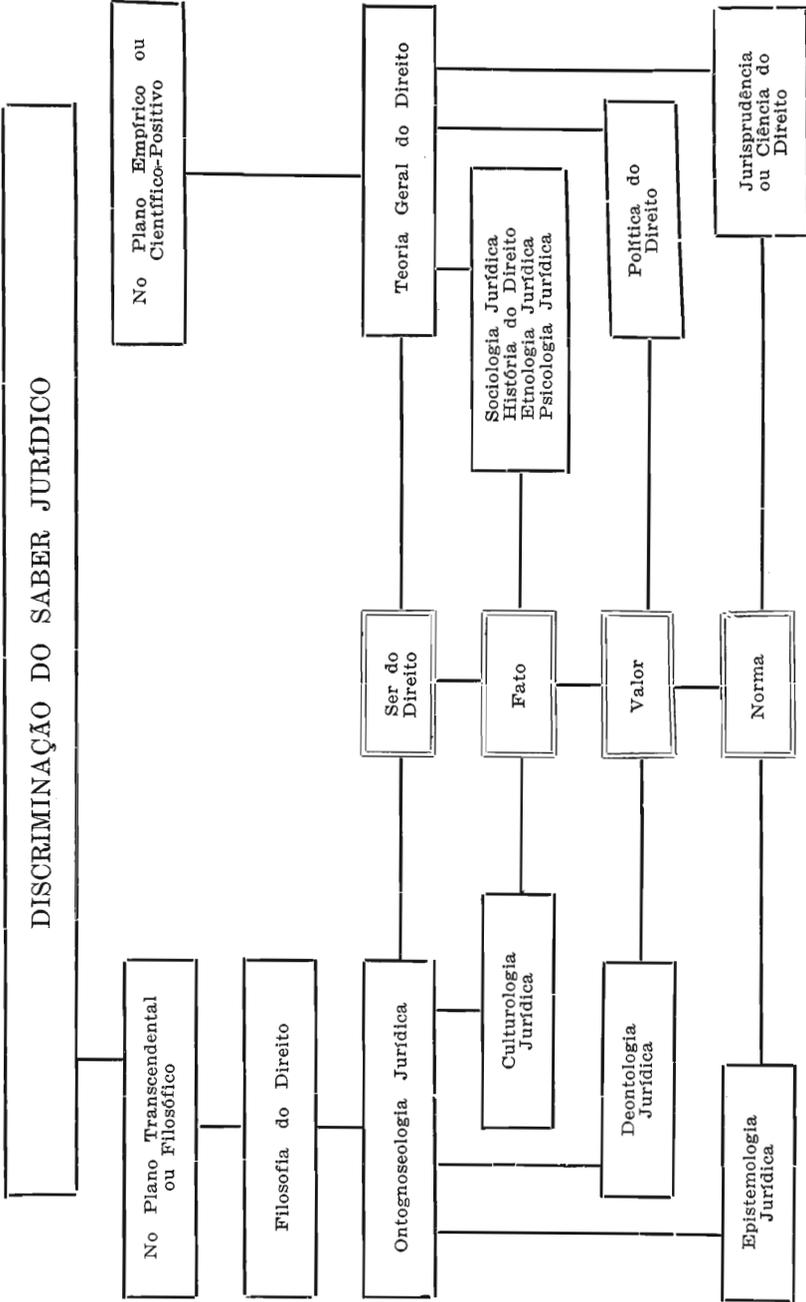
13. v. HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, trad. de Paul Ricoeur, 4.^a ed., p. 32 e segs..

em um de seus problemas, e ao apreciar a realidade jurídica em sua conexão essencial com o sujeito cognoscente. Uma indagação do objeto, que ponha entre parêntesis a sua referência ao sujeito, para considerá-lo metodologicamente “ab extra”, é, repito, a atitude natural e inevitável do conhecimento positivo. Em Filosofia, ao contrário, não é admissível, penso eu, o estudo de qualquer objeto, a não ser como momento de um processo ontognoseológico, o qual é em si uno e concreto. A rigor, mesmo o positivista, para chegar à conclusão do monismo metodológico, não pode deixar de partir de uma atitude crítica que ponha em dúvida, ou em crise, a “atitude natural” do conhecimento, indagando da condicionalidade do objeto pelo sujeito, ou vice-versa. A essa atitude crítica, peculiar à Filosofia, como pesquisa dos supostos ou pressupostos da ciência, é que se deve denominar *transcendental*, expressão com a qual se reconhece a contribuição decisiva de KANT na reformulação do problema gnoseológico, embora não signifique uma adesão ao seu apriorismo formal que, como já disse, não se harmoniza com a concretitude do pensamento contemporâneo.

Feita essa discriminação entre o plano positivo e o transcendental, o primeiro problema, ou melhor, a primeira série de problemas que se impõe à análise diz respeito à *consistência* mesma da realidade jurídica e sua correlativa *determinação conceitual*.

Essa *Parte Geral* prévia corresponde nos planos filosófico e positivo, respectivamente, às ordens de pesquisas que denomino *Ontognoseologia Jurídica e Teoria Geral do Direito*, de conformidade com o Quadro Anexo.

A *Ontognoseologia Jurídica* é a parte geral da Filosofia do Direito destinada a indagar das condições *subjetivas* e *objetivas* da experiência jurídica. Estuda, por conseguinte, o direito “a parte subjecti” e “a parte objecti”, dada a essencial correlação que existe entre o sujeito e o objeto do conhecimento, os quais estão entre si numa funcionalidade dialética de implicação e polaridade. Donde resulta que



não é possível determinar-se o *conceito* do direito sem se determinar ao mesmo tempo a sua *consistência*: trata-se de problemas correlatos, que correspondem a uma unidade de ordem, o que exclui a possibilidade de um conceito puramente formal do direito, assim como a sua redução a um fato puro¹⁴.

Graças ao método que denomino “fenomenológico-histórico”, porque correlaciona os dados da análise fenomenológica com o *processus* do direito no plano da história, torna-se, no meu modo de ver, possível determinar que o direito é *essencial e dialéticamente tridimensional*.

Concebido o direito como *fato*, como *valor* e como *norma*, a Ontognoseologia Jurídica se discrimina, ou melhor, se desenvolve em três *subdivisões* de estudos: a *Deontologia Jurídica* estuda o direito segundo seus *pressupostos axiológicos*; a *Culturologia Jurídica* estuda o direito segundo seus *pressupostos ônticos*; e a *Epistemologia Jurídica* ou Teoria fundamental da Ciência do Direito estuda o direito segundo seus *pressupostos lógicos*. Tais partes especiais não são domínios estanques: constituem antes momentos que se integram necessariamente na global visão ontognoseológica e dialética do direito.

Paralelamente a êsse desdobramento de perspectivas no plano transcendental, e como seu necessário complemento, põe-se o problema da *Teoria Geral do Direito*, que é um sistema de conhecimentos gerais ordenados no plano empírico, válido relativamente a um determinado tipo ou tipos de ordenamentos jurídicos positivos: enquanto a Ontognoseologia Jurídica nos oferece conceitos *universais*, válidos para todo e qualquer direito possível (nisto consiste exatamente o caráter de sua *transcendentalidade*, como condição universal das experiências possíveis) a Teoria Geral do Direito, como ciência empírica que é, tem como

14. Para maiores desenvolvimentos, cf. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., t. II, p. 288 e segs.. Há tradução italiana de LUIGI BAGOLINI e RICCI, 1956, p. 194 e segs..

referência necessária determinados sistemas jurídicos positivos, geralmente integrados no mesmo ciclo de cultura, e elabora conceitos que possuem validade *genérica e contingente*.

Não é fácil, evidentemente, traçar uma fronteira rígida entre a Filosofia do Direito e a Teoria Geral do Direito, notadamente no que se refere, por exemplo, à Epistemologia Jurídica, mas isto não impede que se faça a necessária distinção entre os “pressupostos transcendentais” da experiência jurídica e certos princípios que, por mais genéricos que sejam, não perdem o seu caráter empírico.

É inconcebível uma Teoria Geral do Direito destacada de um contexto histórico determinado, pois ela nos dá os princípios gerais que informam a Ciência Jurídica de uma época determinada, correspondentes às diretrizes e estruturas dos ordenamentos jurídicos em vigor. O problema, por exemplo, das *fontes* ou o da *interpretação* do direito são estudados tanto pela Filosofia do Direito como pela Teoria Geral do Direito, mas segundo dois ângulos distintos, embora complementares. A Epistemologia Jurídica aprecia os problemas das *fontes* ou do *processo interpretativo* do direito como *condições transcendentais logicamente prévias a toda e qualquer experiência jurídica possível, passada ou futura*; a Teoria Geral do Direito, ao contrário, indaga das *fontes* e dos *processos interpretativos* vigentes em nossa época, discriminando-lhes as formas, as modalidades, os limites e as funções nos quadros do ordenamento jurídico pátrio, em confronto com os dos Países de correlato sistema cultural.

É claro, todavia, que a Epistemologia Jurídica e a Teoria Geral do Direito são domínios de conhecimento que se exigem reciprocamente, formando, — do ponto de vista expositivo e pedagógico, — praticamente um campo complementar de pesquisas, o que não se deve estranhar, dada a natureza da matéria estudada e pela razão fundamental que quando falo em “condições transcendentais do direito” não me refiro a algo transcendente, desligado ou superior

à experiência, mas sim a algo que só do ponto de vista *lógico* ou *axiológico* se põe antes da experiência, como *condição de sua possibilidade*.

É óbvio que tôdas estas minhas distinções dependem da irreduzibilidade que, a meu ver, existe entre a Ciência e Filosofia, parecendo-me que, para serem coerentes consigo mesmos, os adeptos do monismo gnoseológico, que concebem a Filosofia como uma versão qualquer do conhecimento científico, deviam identificar “tout court” a Filosofia do Direito com a Teoria Geral do Direito.

5. Como ainda resulta do quadro já referido, é necessário discriminar, no plano empírico, três ramos especiais de pesquisas, que se ligam, respectivamente, à problemática do *fato jurídico* (p.e. Sociologia Jurídica e História do Direito); à problemática das *regras de direito* (Ciência Jurídica ou Jurisprudência) e à problemática dos *valores jurídicos* (Política Jurídica) ¹⁵.

Põe-se aqui uma questão que requer exame todo especial. Em geral, os autores que concordam em discriminar no direito os três citados elementos (*fato, valor e norma*), são levados a transformar cada um desses fatores isoladamente considerado, em objeto de três ciências distintas. À primeira vista, poder-se-ia tirar tal conclusão, como ocorre nas doutrinas que considero “tridimensionais abstratas”, mas com sacrifício da unidade que existe entre aquêles fatores.

Seria mais cômodo dizer, com efeito, que a Sociologia Jurídica cuida do direito como *fato* e que a Ciência do Direito dêle se ocupa como *norma*, se não surgisse, imediatamente, a dificuldade lógica de conceituar-se uma Ciência Jurídica cujos juízos ou proposições não sejam referidos a um dado sistema de *normas*, isto é, a normas consideradas *jurídicas* e que, como tais, envolvem uma re-

15. Cf. meu estudo citado na *Riv. Int. di Filosofia del Diritto*, 1961, II — IV.

ferência necessária a dadas situações de *fato*, assim como a dada ordem de *valores* consagrados positivamente no ordenamento vigente. O mesmo se diga da Sociologia Jurídica, a qual seria apenas Sociologia se o fato social, objeto de sua indagação, não envolvesse uma necessária referência a normas e valores de alcance jurídico ¹⁶.

Em suma, a minha tese é a de que fato, valor e norma são dimensões ônticas do Direito, o qual é, dêsse modo, insuscetível de ser partido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza especificamente jurídica da pesquisa.

Não basta descobrir no Direito três elementos, ou fatores, nem mesmo considerá-los “dimensões” distintas de uma única realidade, porque a tridimensionalidade jurídica pode assumir feições diversas, desde um tipo estático e abstrato a um outro dinâmico e concreto. Ao primeiro tipo pertencem as doutrinas que decompõem a experiência do Direito, por abstração, nos três campos ou facetas acima discriminados, destinando-se cada um dêles a uma Ciência diversa: a norma seria o objeto da Jurisprudência Dogmática ou, conforme a terminologia anglo-saxônia, da Jurisprudência Analítica; o fato seria estudado pela Sociologia ou Psicologia Jurídica, etc.; e, por fim, o valor do Direito seria objeto da Teoria da Justiça ou Axiologia Jurídica e, no plano empírico e imediato, da Política do Direito.

Em contraposição a essa discriminação abstrata, penso que qualquer conhecimento do Direito é necessariamente tridimensional, e que, em cada ciência particular, o que se verifica é um predomínio de pesquisa em função de um dos três elementos apontados, distinguindo-se a indagação tão somente pelo sentido de seu desenvolvimento respectivo de conformidade com o seguinte esquema que aponta

16. Coincidindo com êsse meu ponto de vista, v. RECASÉNS SICHES *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 1959, p. 160-164.

o sentido *vetorial* de cada tipo fundamental de pesquisa sobre o direito:

fato »→ valor »→ *norma*
valor »→ norma »→ *fato*
norma »→ fato »→ *valor*

Para compreender-se esta minha asserção, torna-se indispensável frizar que o direito é essencialmente um *processus*, um vir a ser histórico, insuscetível de ser reduzido integralmente às categorias da Lógica-formal. Sòmente uma compreensão *dialética* do direito é que nos permite captá-lo em tôdas as suas conexões de sentidos.

Assim sendo, embora o direito seja sempre uma *ordenação-normativa da realidade social segundo certos valores*, ou, o que vem a dar no mesmo, uma realidade social normativamente ordenada segundo valorações historicamente reveladas, é possível considerá-lo objeto de 3 ordens fundamentais de estudos, das quais a Ciência do Direito, a Política do Direito e a Sociologia Jurídica são expressões mais relevantes.

Não se trata, evidentemente, de uma solução eclética, como poderia parecer aos menos avisados ou aos críticos superficiais, mas de uma solução que se caracteriza exatamente pelo superamento de posições abstratas ou transistemáticas, tanto assim que culmina num *normativismo jurídico concreto*, no qual fatos e valores se implicam dialéticamente.

Há duas verdades correlatas a serem preservadas. De um lado, torna-se necessário afirmar que os pontos de vistas do sociólogo ou do filósofo não podem coincidir com o do jurista, sob pena de tudo se comprometer numa unidade amorfa e indiferenciada. Por outro lado, se a tridimensionalidade é da *essência* mesma do direito, compreendida como experiência social e histórica, aquêles três pontos de vista distintos sobre o direito não podem fazer abstração de uma qualidade intrínseca à própria juridici-

dade, mas, ao contrário, devem determiná-la e expressá-la de modos diversos, segundo as três direções de pesquisa acima apontadas.

Assim, a Jurisprudência ou Ciência do Direito é dialética e concretamente *normativa*, no sentido de que o jurista, como tal, pensa *sub specie regulativa*, pois subordina *atos e avaliações* à medida integrante que se contém nas regras de direito. Cada norma jurídica, considerada em si mesma, constitui uma integração racional de fatos e valores, tal como se aperfeiçoa graças à mediação do Poder nas conjunturas espaço-temporais. Quando o Poder social ou o Poder estatal dão nascimento a uma norma costumeira ou legal, uma certa ordem de valores resulta consagrada e obriga: a norma não é, assim, um “objeto ideal”, mas uma realidade cultural, inseparável das circunstâncias de fato e de complexo de estimativas que condiciona o seu surgir e o seu desenvolvimento.

Pelas mesmas razões, a norma jurídica não pode ser pensada como um inventário de fatos passados: sua destinação é reger *atos futuros*. Não disciplina, porém, os fatos futuros como um esquema estático: ela não pode deixar de sofrer o impacto de novos e imprevistos fatos e valores, cuja superveniência implica uma nova compreensão normativa.

Não cabe aqui estudar o que denomino *normativismo jurídico concreto*¹⁷, correspondente à concepção tridimensional específica e concreta, mas as considerações acima bastam para demonstrar em que sentido considero *normativa* a Ciência do Direito: sua normatividade não a converte em uma Lógica jurídica formal, porque envolve permanente referência aos fatos e valores de que promana, assim como aos fatos e valores a que tende. Esta colo-

17. v. MIGUEL REALE, *A crise do normativismo Jurídico e a exigência de um normativismo jurídico concreto*, in Rev. da Fac. de Direito da Universidade de São Paulo. Em castelhano no volume *Estudios jurídico-sociales — Homenaje al Profesor L. LEGAZ Y LACAMBRA*, I, p. 187 e segs..

cação de problema é fecunda, a meu ver, em conseqüências práticas, notadamente no que se refere à interpretação e à aplicação do direito.

Dir-se-á que à luz do tridimensionalismo concreto aqui exposto não resta lugar para a Lógica Jurídica formal. Não seria exata tal conclusão. A norma jurídica é, do ponto de vista lógico, uma *proposição* que pode e deve ser estudada como tal, para determinar-se se ela corresponde, por exemplo, a um juízo hipotético unitário (Si A é, B deve ser), ou a uma correlação de dois juízos implicados (Si A é, B deve ser; Si A não é, deve ser C), etc.. Nesta ordem de idéias, os estudos de uma *Ontologia formal do Direito*, tal como vem sendo elaborada, por exemplo, por E. GARCIA MAYNEZ, encontra plena legitimidade. Grande equívoco haveria contudo, em reduzir todo o problema epistemológico e lógico do direito a categorias lógico-formais, pois só uma compreensão *dialética* da normatividade dá-nos a razão de ser da Ciência Jurídica tal como é e deve ser aplicada pelos advogados e pelos juizes. Redundaria na perda do sentido de *concretitude* essencial à Ciência do Direito numa época de crise de estrutura. Pois bem, se a Ciência Jurídica é *normativa*, como direção dominante e essencial da pesquisa, já a Sociologia jurídica se desenvolve no sentido do *fato jurídico*, ou, por melhor dizer, ela é dominada pelo elemento de eficácia ou de efetividade do direito (“faticidade do direito”). O sociólogo do direito não pode analisar um fato qualquer como sendo jurídico a não ser mediante referência a valores e a regras: se assim não fôsse, o seu estudo seria sociológico, e não *sociológico-jurídico*.

Da mesma forma, ainda no plano empírico, surge a necessidade de determinar o âmbito da *Política do Direito*, que é o domínio de interligação, de conexão entre a Ciência Política e a Ciência do Direito, como penso ter demonstrado no citado estudo sôbre as formas do conhecimento político. Na Política do Direito, ou Política Jurídica, que outrora se denominava “Teoria da Legislação” o que prevalece é a análise das “conveniências axiológicas”, em função

das quais o Poder é levado a optar, por exemplo, por um determinado projeto de lei, eliminando da esfera da normatividade jurídica tôdas as outras soluções propostas. A necessidade de reexaminar a problemática da *Política Jurídica*, como uma ciência centrada na “prudência das valorações concretas” parece-me cada vez mais evidente, diante das funções do Estado que, no plano legislativo, assumem caráter eminentemente técnico.

Em conclusão, a Filosofia do Direito, que a nossa época reclama, só pode se desenvolver em ligação íntima e permanente com a experiência jurídica, a fim de significar algo para o jurista, muito embora, é claro, não possa, nem deva fornecer-lhe fórmula e conceitos para a solução dos problemas particulares: as soluções oferecidas pela Ciência do Direito obedecem a critérios que não são em si mesmos de natureza filosófica, mas são redutíveis a pressupostos filosóficos quando a Filosofia afunda as suas raízes na realidade histórica e social em que o jurista vive e pensa.

Restabelecer a compreensão entre os filósofos do direito e os juristas é contribuir para superar uma das razões primordiais da crise do direito de nosso tempo.