

# FILOSOFIA DO DIREITO

## *Philosophy of Law*

Adelcio Machado dos Santos<sup>1</sup>

**Resumo:** A Filosofia se distingue essencialmente das ciências visto que não admite soluções definitivas na sua exuberante problemática. O problema da Filosofia está em repensar, constantemente, a capacidade humana de decidir, pois ela possibilita o questionamento, abrindo espaço para outros horizontes, introduzindo novas possibilidades, rediscutindo premissas e princípios, reavaliando o que parece sólido e consensual. Em lugar de decidir, sua proposta é a de investigar. O estudo da Filosofia do Direito auxilia no desenvolvimento da faculdade argumentativa e na reflexão profunda de casos nos quais a tomada de decisões no âmbito do Direito é algo complexo. A Filosofia do Direito é a meditação mais profunda a respeito do Direito, que investiga sua natureza, sua justificação e sua finalidade. Examina as primeiras causas e os supremos princípios do fenômeno jurídico, envolvendo sua natureza, o porquê, o para quê, o donde e o para onde de sua existência. Quanto ao método empregado em Filosofia do Direito, verifica-se que os mesmos variam no decorrer da história. Na evolução histórica da Filosofia do Direito observa-se que os temas de Filosofia do Direito demonstram que sempre se meditou sobre o fenômeno jurídico, que é fato natural, correspondente ao constante anseio do homem. A importância da Filosofia do Direito está relacionada as suas perspectivas impostas pelo despertar da consciência crítica que possibilita estudar os princípios imortais da liberdade e da igualdade humana atualmente.

Palavras-chave: Direito. Filosofia. Direito Positivo.

**Abstract:** Philosophy gets distinguished essentially from sciences, once it does not admit definitive solutions in its huge amount of problems. The problem of Philosophy is to rethink, constantly, the human capacity of deciding, for it makes questioning possible, opening room for other horizons, introducing new possibilities, rediscussing premises and principles, reevaluating what seems solid and consensual. Instead of deciding, its proposition is to investigate. The study of Philosophy of Law helps in the development of argumentative faculty and in the deep reflection of cases in which the decision process in the field of Law is something complex. Philosophy of Law is the deepest meditation of

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Civil e em Direito e Negócios Internacionais (UFSC). Docente e Pesquisador da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp). Advogado (OAB/SC nº 4912). Endereço: rua Prof. Egidio Ferreira, nº 271, Bloco “E”, Apto. 303 – 88090-500, Florianópolis (SC) Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com.

Law, which investigates its nature, its justification and its objective. It goes through the first causes and the supreme principles of the juridical phenomenon, involving its nature, the reason-why, the what-for, the where-from and the where-to of its existence. As to the method used in Philosophy of Law, we can see that it varies throughout history. In the historical evolution of Philosophy of Law one can observe that its topics demonstrate that people have always thought about the juridical phenomenon, which is a natural fact, corresponding to the constant search of man. The importance of Philosophy of Law is related to its perspectives, imposed by the awakening of a critical consciousness, which makes to study the immortal principles of human freedom and human equality possible.

Key-Words: Law. Philosophy. Positive Law.

## INTRODUÇÃO

O estudo da Filosofia requer o esforço na busca permanente do conhecimento, não um conhecimento pronto, acabado, mas um conhecimento que sempre procura se aprofundar, dar um passo à frente na análise de questões relacionadas ao homem e sua vivência no universo. Qualquer problema relacionado à vida, à natureza ou ao espírito, filosoficamente considerado, representa uma oportunidade para o surgimento de controvérsias infinitas. Nesse sentido, a Filosofia se distingue essencialmente das Ciências, porquanto não admite soluções definitivas na sua exuberante problemática. De acordo com Boson (1996), mesmo quando cerrada em vastos sistemas de pensamento, que se apresentam com a pretensão de constituírem explicação global para a vida e do cosmos, do conhecimento, do sujeito e do objeto, do continente e do conteúdo, não vão além de cristalizações intelectuais que passam ao registro da história do pensamento, com a significação de brilhantes concepções oferecidas pela razão humana.

O saber filosófico é diferente do saber científico, pois enquanto a ciência, basicamente, tem sua apuração calcada na perspectiva da observação e da experiência, devendo permanecer nos limites do empírico; já a Filosofia parte da experiência, mas a transcende indo além da experiência singular. O

pensamento filosófico está ainda profundamente enraizado no processo histórico-social e reflete, inevitavelmente, os conflitos dos valores dos interesses hegemônicos com os das parcelas dominadas da sociedade (ALVES, 2004). Do ponto de vista etimológico, a palavra filosofia é constituída de dois termos gregos: *filos* (amigo) e *sofia* (sabedoria). Soares (1998) afirma que o sentido da junção dos dois radicais seria o de que o filósofo não é um detentor de todo o saber, mas um pretendente à sabedoria.

O âmbito da Filosofia é extremamente complexo, visto que ela pode ser entendida com base em inúmeros aspectos, a partir de vários critérios: como busca do saber (critério nominal), cosmovisão (critério global), crítica das ciências (critério dos postulados), conhecimentos das primeiras causas e dos supremos princípios da existência (critério causal) e, como estimativa ou crítica da vida (critério axiológico) (OLIVEIRA, 1999). Contudo, independentemente da abordagem adotada, a reflexão propiciada pelo estudo da filosofia é fundamental à boa compreensão do direito. A importância da filosofia abstrai-se da capacidade humana para pensar. De acordo com Bittar e Almeida (2001), o problema da filosofia está em repensar constantemente a capacidade humana de decidir. Se decidir é apresentar respostas, ainda que falhas e insuficientes, ainda que equívocas, então re-pensar o porquê, o como, o para que se decide, é que parece representar o maior desafio, e isso com vistas ao revisionismo perene de todas as possíveis escolhas destinadas a todas as situações que demandem decisões.

A ação está diretamente ligada ao processo de decisão, sendo que o comprometimento daquela com esta é intrínseco. Não há ação sem decisão, mesmo que o conteúdo da decisão seja mínimo, toda ação pressupõe uma decisão. Assim, pode-se dizer que a investigação sobre os fundamentos da decisão, tarefa da Filosofia, é incompatível com os reclamos da decisão imediata. Destarte, a Filosofia pode representar o potencial de libertação racional do homem. Trata-se de uma libertação, através do pensamento, e não

da ação, porque, segundo Bittar e Almeida (2001), a capacidade de crítica retira o véu que encobre os olhos humanos presos às miudezas do cotidiano, ao procedimental, ao ritual, ao que é facilmente aceito, ao quantitativo, ao monodimensional.

A Filosofia possibilita o questionamento, abrindo espaço para outros horizontes, introduzindo novas possibilidades, discutindo premissas e princípios, reavaliando o que parece sólido e consensual, abrindo abordagens diferenciadas para questões antigas. Enfim, em lugar de decidir, sua proposta é a de investigar, no lugar de agir, sua proposta é a de especular, no lugar de aceitar, sua proposta é a de questionar. Com base nessas breves considerações acerca do pensamento filosófico e sua relação investigativa com a ação e decisão, pode-se afirmar que o estudo da Filosofia do Direito auxilia no desenvolvimento da faculdade argumentativa e na reflexão profunda de casos nos quais a tomada de decisões no âmbito do direito é algo complexo.

## **CONCEITO DE FILOSOFIA DO DIREITO**

A Filosofia do Direito, no entendimento de Oliveira (1999), é Filosofia em decorrência de sua forma e pelo método e, é de Direito, pela matéria, pelo conteúdo. Por isso, o autor entende a Filosofia do Direito como sendo a meditação mais profunda a respeito do Direito, que investiga sua natureza, sua justificação e sua finalidade. Examina as primeiras causas e os supremos princípios do fenômeno jurídico, envolvendo sua natureza, o porquê, o para quê, o donde e o para onde de sua existência.

De acordo com Menezes (1975), é importante, para um claro entendimento da Filosofia do Direito, que se procure fixar a distinção inicial entre as duas ordens de conhecimento: o estudo do sistema normativo verificável no processo de convivência humana e o estudo dos sistemas ideológicos que se constituíram para explicar aquele processo. Em outras

palavras, a distinção entre o exame do fenômeno do direito como conjunto de normas, e o exame dos sistemas lógicos que foram elaborados no curso do pensamento especulativo por filósofos e juristas. Em relação ao primeiro ponto de vista, cabe ainda considerar o fato normativo – direito efetivo que realiza o disciplinamento da conduta humana individual ou social – constituído pela formulação mediante a técnica legiferante. Os diferentes graus de diferenciação normativa, na sua evolução histórica, evidenciaram-se nos enunciados jurídicos, religiosos e éticos. O estudo sistematizado do fato normativo é objeto da Ciência do Direito.

A Ciência do Direito parte do direito como fenômeno de normatividade, como coercitividade organizada, que disciplina a conduta dos seres conviventes numa determinada ordem social historicamente constituída. A normatividade implica em certa hierarquia de valores que possibilitam apreensão dos fatos sociais. A análise remete, inevitavelmente, para o terreno especulativo, extrapolando da pura análise científica para o campo da reflexão filosófica. Destarte, Menezes (1975) sustenta que a partir daí se pode afirmar que a plenitude de uma visão do processo jurídico só é alcançada na Filosofia do Direito. O campo da Ciência do Direito é segmento da realidade onde vivem as normatividades. As interatividades individuais e de grupos, socialmente estruturados, constituem todo o mundo da práxis histórica cujo sentido se evidencia no mundo de valores.

Para Litrento (1976), a Filosofia do Direito não pode nem deve ser considerada uma disciplina jurídica porque é mais do que isso: é a própria Filosofia aplicada ao Direito. Assim, para este autor, se o termo Filosofia significa amizade ou amor pela sabedoria, Filosofia do Direito quer dizer amizade ou amor pela sabedoria jurídica. Logo, para ser estudada, exige conhecimento prévio dos grandes temas que, já durante milênios, vêm sendo abordados pelo que existe ou existiu de melhor no pensamento humano. Compreende, desse modo, a Filosofia, a procura da razão de ser do homem e

da vida, quando tornada Filosofia do Direito, exige a compreensão do fenômeno jurídico a apresentar sempre o homem, quer como sujeito ativo ou passivo, diante do objeto jurídico e do Estado, quer como a encarnação do próprio Estado, a proteção-constrangimento que se transforma, muitas vezes, em tão somente instrumento de coerção e de castigo (LITRENTO, 1976).

As grandes correntes naturalista, racionalista, antinaturalista, antirracionalista, humanista, fenomenológica, axiológica e existencialista, são apenas perspectivas doutrinárias, pontos de vista, às vezes, de tradição milenar, versando acerca de uma mesma realidade: o Direito. A problemática da realidade jurídica nunca será esgotada, da mesma forma que ocorre com a problemática filosófica.

Conforme Litrento (1976), aparentemente existencialista e utilitária, mas permanentemente relacionada à paixão pela verdade essencial, que constitui a finalidade puramente especulativa e, portanto, filosófica, a sociedade pressupõe aquela realidade, a jurídica, na qual todos estão inseridos. Nesse sentido, existe uma exigência ôntico-axiológica que conduz a perguntar sempre pela finalidade das ações e se a atividade de cada homem deve ser julgada em função de todos. Qualquer resposta dada derivará de especulação filosófica e, tanto mais primária a solução, quanto mais afastada da investigação correta.

No entendimento de Miguel Reale (apud LITRENTO, 1976), sendo a estrutura da experiência jurídica tridimensional, simultaneamente fato, norma e valor, a realidade do Direito não se limita apenas à Dogmática Jurídica ou Ciência do Direito que interessa à norma, mas também é objeto de pesquisa sociológica e de orientação filosófica. Por conseguinte, três fatores correlacionados, o sociológico, o dogmático e o filosófico asseguram, na unidade do Direito, a norma jurídica, sempre originada de um fato social, tentativa de realização de um valor ético jamais distanciado da justiça, afirma Litrento (1976).

O positivismo jurídico pode levar à conclusão de um fetichismo da lei ou a submissão incondicional ao poder estabelecido. O positivismo sociológico, tentando substituir uma metafísica imortal, veio a confundir realidade e valor, sendo atenuado por correntes posteriores, cujas análises sociológicas não esgotaram o estudo das condutas sociais efetivas, subordinadas a significações subjetivas, aí incluídas probabilidades e chances do comportamento humano (LITRENTO, 1976). À luz do magistério de Litrento (1976), outro não é o motivo pelo qual deve haver o máximo de colaboração possível entre Sociologia Jurídica e Filosofia do Direito, uma vez que, enquanto a primeira trata do fato e, a segunda, do valor jurídico, ambas se encontram na mesma esfera que condiciona o Direito. Os valores objetivos que se descobrem nos fatos sociais não permitirão reflexão autônoma à Sociologia Jurídica, porquanto a captação das significações das estruturas ideais é tarefa da Filosofia do Direito, argumenta Litrento (1976). Logo, a vida social, pressupondo a norma que a regulamenta, não pode prescindir do fato que a origina e do valor que vetoriza. Ainda em relação à conceituação da Filosofia do Direito, Bittar e Almeida (2001) afirmam que, para alguns doutrinadores, a Filosofia do Direito deve ocupar-se do justo e do injusto; para outros, o justo e o injusto estão fora do alcance do jurista, constituindo-se como objeto de estudo da Ética. Para outros, a Filosofia do Direito precisa ser um estudo combativo, politicamente, uma vez que inata é sua função de lutar contra a tirania.

Não obstante, outras propostas ressaltam que a faina filosófica deve consistir na escavação conceitual do Direito. Muitas vezes, autores atribuem à Filosofia do Direito o papel de fazer derivar da razão pura a estrutura do próprio Direito, ao estilo dedutivo-kantiano. Há quem faça participar de toda a especulação filosófica a necessidade crítico-valorativa das instituições jurídicas.

Dessarte, surgiram as mais diversas propostas dentro da área da

Filosofia do Direito: 1) disciplina tendente a estudar a justiça (jusnaturalistas); 2) disciplina tendente a estudar o dever-ser, verificando sua autonomia existencial (positivistas); 3) disciplina tendente a estudar e criticar o método jurídico utilizado cientificamente pelos juristas (formalistas); 4) disciplina tendente a estudar questões jurídico-históricas, assim como contribuir para o aperfeiçoamento do direito positivo (normativistas); 5) disciplina tendente a estudar os fatos jurídicos (sociologistas). No entendimento de Bittar e Almeida (2001), a Filosofia do Direito compreende um saber crítico a respeito das construções jurídicas erigidas pela Ciência do Direito e pela própria *práxis* do Direito. Mais do que isso, constitui sua tarefa buscar os fundamentos do Direito, seja para cientificar-se de sua natureza, seja para criticar o assento sobre o qual se fundam as estruturas do raciocínio jurídico, provocando, por vezes, fissuras no edifício que por sobre as mesmas se ergue.

## **O MÉTODO DE FILOSOFIA DO DIREITO**

Quanto ao método utilizado em Filosofia do Direito, Oliveira (1999) afirma que como a Filosofia é sempre uma teoria do englobante, a Filosofia do Direito, ao estudar o Direito como um todo, não há de se contentar com nenhum método isolado. Os métodos, que os grandes filósofos do direito que realmente fizeram escola têm utilizado nos seus estudos e investigações, variam no decorrer da história.

A Filosofia do Direito faz uso de uma verdadeira combinação de métodos, um pluralismo metodológico. Como afirma Gusmão (apud OLIVEIRA, 1999), a Filosofia do Direito sendo, como já se observou, a aplicação de uma filosofia ao direito, emprega tantos métodos quantas forem as filosofias eleitas pelos juristas. Daí decorre o fato de não haver acordo acerca do método a ser empregado na reflexão filosófica no campo jurídico. Para o autor, fora do método científico incompatível com o filosofar, todos os métodos são lícitos para tratar filosoficamente do Direito.

Cretella Júnior (2001) expressando-se sobre o método, afirma que o problema dos métodos da Filosofia do Direito para a captação melhor do fenômeno jurídico é realmente difícil, devendo ser colocado sob o aspecto material e sob o aspecto formal. O direito é um só, é um objeto cultural que, entretanto, se manifesta sob vários aspectos.

Assim, cada um de seus ângulos vai condicionar um método especial que pode ser indutivo, dedutivo ou intuitivo. Cada um desses métodos vai ser mais compatível com a natureza do ângulo apresentado, pelo que se infere que todos os métodos estudados pela filosofia podem ser transpostos para a Filosofia do Direito, na captação do fenômeno jurídico, tudo dependendo do momento da experiência jurídica que se pretende apreender (CRETELLA JÚNIOR, 2001).

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FILOSOFIA DO DIREITO**

A importância do conhecimento dos fatos que se passaram em outras épocas assume papel considerável nas disciplinas filosóficas, visto que as cogitações filosóficas de hoje quase sempre são as mesmas do passado, diferindo somente, na maior parte dos casos, o processo interpretativo. Do mesmo modo, os temas de Filosofia do Direito revelam que sempre se meditou sobre o fenômeno jurídico, que é fato natural, correspondente a um constante anseio do homem.

Conforme Cretella Júnior (2001), nas sociedades do antigo oriente, o fenômeno jurídico, mesclado com elementos éticos, teológicos, políticos, higiênicos, ainda não se estremara a ponto de erigir-se como objeto definido de cogitação autônoma por parte dos especialistas. Tratado por sacerdotes das várias religiões, posto a serviço da política, o direito trazia a marca dos deuses e dos monarcas, sendo considerado como fato meta-humano.

Como o fenômeno jurídico não constituía objeto singular, típico, com

maior razão a Filosofia do Direito inexistia naquela época, por falta de objeto, o que não significa afirmar, em absoluto, que, aqui e ali, de forma assistemática, não tinha sido o direito discutido e pensado, faltando apenas entre esses povos da antiguidade, uma cogitação autônoma a respeito do fenômeno jurídico.

A Filosofia do Direito tem sua origem propriamente dita na Grécia. De acordo com Cretella Júnior (2001), é raro o pensador grego que não tenha voltado a atenção para o fenômeno jurídico: as contribuições pitagórica, sofista, aristotélica, platônica, socrática, estoica e epicureia assinalam os momentos altos do pensamento jusfilosófico helênico, numa sequência e encadeamento notáveis, contrapondo-se, dessa forma, o mundo grego ao mundo oriental, este, girando em torno do elemento teológico; aquele, ao contrário, preocupado com os elementos filosóficos.

Em Roma, diferentemente do que ocorre na Grécia, a filosofia não encontra campo fecundo para grandes desenvolvimentos e, muito menos, para a criação. Prático, objetivo, imediatista, concretista, administrador, por excelência, o romano não se deixa arrastar para a especulação filosófica.

O imediatismo da vida cotidiana conduz o romano para as extraordinárias realizações na prática, para a conquista de outras terras, para a imposição de suas leis ao mundo, ao mesmo tempo em que o impele à estruturação ordenada, sistemática, de imponente monumento jurídico – o *Corpus Júrís Civilis* -, de cunho casuísta, desvinculado da desejável fundamentação filosófica (CRETELLA JÚNIOR, 2001).

Nesse sentido, Nader (1999) sustenta que o gênio especulativo dos gregos corresponde, na Antiguidade, à vocação romana nos domínios da Ciência do Direito. Enquanto os primeiros foram originais na Filosofia, os segundos foram extraordinários na elaboração de seu *jus positum*. Roma não chegou, é verdade, a desenvolver uma filosofia inovadora, visto que seus

cultores inspiraram-se em fontes gregas, contudo não seria correto afirmar-se que os romanos foram inapetentes nessa área do conhecimento.

Com efeito, os romanos não dispunham de recursos intelectuais para a construção de seu sistema jurídico, apreciado e estudado ainda hoje em todas as partes, caso não fundassem seu pensamento em princípios sólidos, somente alcançáveis pela via filosófica, defende Nader (1999).

A Idade Média, de acordo com Oliveira (1999), apresenta-se com uma verdadeira efervescência no que diz respeito ao homem, sendo que muitas das principais ambiguidades, que explodiram no Renascimento e hoje atormentam a realidade humana, foram gestadas em pleno seio da Idade Média. O movimento filosófico que teve destaque nesse período foi a Escolástica, originada do termo “scholastica”, aquilo que se ensina e se aprende na escola, limitando-se a compatibilizar a ortodoxia católica com a filosofia de Aristóteles.

Desse modo, no plano do pensamento em geral, bem como no plano da Filosofia do Direito a época medieval foi dominada pelo cristianismo, sendo influenciada pela doutrina de Paulo de Tarso, que, muitos séculos antes, admitira a existência do Direito Natural, inscrito nos corações humanos. O pensamento jurídico desenvolvido na Idade Média teve por base as ideias de Santo Agostinho, Santo Tomás de Aquino, Santo Anselmo, Alberto Magno e Duns Scotto (NADER, 1999).

Cretella Júnior (2001) afirma que a Idade Média encerra um vasto período da história da humanidade, caracterizando-se, de maneira geral, pelo conformismo, pela submissão, pelo respeito à autoridade do mestre. Ao contrário, o renascimento abre um nítido momento da história da humanidade, caracterizado pela rebeldia, pela insubmissão, pela revolta contra a autoridade.

Nesse período, no qual o espírito crítico se coloca em primeiro plano, perdendo-se, por exemplo, a confiança nos fundamentos em que repousa o

homem medieval, ao mesmo tempo, de maneira paradoxal, se verifica a exacerbação acentuada da fé e do misticismo, lado a lado com pronunciada tendência para o ceticismo.

Assim, acredita-se misticamente e nega-se friamente. Esse conjunto de traços contraditórios revela, de imediato, a dificuldade que vai encontrar o estudioso do pensamento filosófico, situado diante de problemas resolvidos de modos os mais diversos, presente, em todo caso, nítida mentalidade reservada e crítica que permite falar-se numa filosofia renascentista (CRETELLA JR, 2001).

Cabe destacar, no período renascentista na Idade Moderna, o movimento humanístico que compreende uma colocação filosófica que tem por elemento fundamental o homem, o humano. Em sentido amplo, o humanismo é a preocupação do homem relativamente ao homem, o estudo universal dos valores humanos, a procura profunda e constante do que há de melhor, de mais humano, para um posterior aproveitamento e reafirmação do ser máximo da criação. Destacam-se os seguintes pensadores e suas teorias relacionadas ao direito: Maquiavel, Jean Bodin, Tomas Morus, Erasmo de Rotterdan, Tomas Campanela, Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf, Locke, Vico, Rousseau, Kant e Hegel. (CRETELLA JR, 2001).

Com base no pensamento desses filósofos, de acordo com Mascaro (2002), a filosofia do direito moderna, valendo-se das perspectivas do individualismo e do contratualismo que eram próprias da filosofia política de então, e, tendo ainda por base teórica, os métodos do conhecimento próprios do período – racionalistas ou empiristas -, desenvolveu, como seu principal objeto de reflexão, a postulação de certo *direito natural*.

Em torno do jusnaturalismo, tomado como jusracionalismo, estabeleceu-se a reflexão jusfilosófica mais alta do período. Os modernos, atribuindo a si mesmos o encargo da razão, construíram um método de direito

natural, no qual a lei considerada natural compreendia um preceito ou regra geral estabelecido pela razão.

Pode-se resumir, sustenta Mascaro (2002), os princípios filosóficos jusnaturais modernos nos seguintes pontos que formaram um corpo comum de pensamento entre os diferentes pensadores:

- a) a idéia de um direito saído da razão, e não da fé, nem do costume ou da natureza das coisas, rejeitando com isso desde a tradição aristotélica até o tomismo;
- b) a idéia de uma base individual, que é a origem e fim desse direito natural, visto que esta é a característica marcante da filosofia política da época que atendia à dinâmica política e econômica burguesa;
- c) a idéia de que o direito natural tem caráter universal e eterno, na imperiosidade de sua ordenação posterior pelos Estados racionais.

Esses princípios do direito natural constituíram a base a partir da qual a burguesia, ao ascender ao poder por meio das revoluções liberais, criou condições de direito privado.

O individualismo do direito natural moderno revela-se em sua absoluta medida individual, em sua inscrição numa razão que é subjetiva, e em sua independência de laços sociais, o direito natural, ao contrário das virtudes antigas, não é uma resultante social, mas um interesse pessoal que deve ser legitimado. Toda a estrutura do direito natural moderno aproveita-se, a benefício dos interesses individuais, burgueses, do exercício das possibilidades do comércio e lucro (MASCARO, 2002).

Por isso, ao afirmarem, por exemplo, a propriedade privada como um dos direitos naturais e fundamentais do homem, dirão os modernos que esse é um direito do indivíduo, não um uso social, e como direito natural moderno, é ser individual, contra o Estado e contra a sociedade, e não resultante desses.

Desse modo, a ideia moderna dos direitos naturais não é originada de uma vontade social, de uma participação comum da sociedade em seus produtos, benefícios, esforços e necessidades, como era o caso na filosofia

aristotélica, na qual direito natural atendia à natureza mesma do homem, sendo essa natureza política. Para os modernos, afirma Mascaro (2002), os direitos naturais são direitos do indivíduo, portanto dados antes da sociedade civil e do Estado, e não necessariamente dependentes destes.

Não obstante, tampouco o direito natural moderno compreende-se filosoficamente como resultante social, tendo em vista que na sociedade se exercitam e se respeitam tais direitos, porém não é ela a origem ou a medida desses direitos. Se assim ocorresse, os modernos abririam margem à contestação do próprio capitalismo, cujos princípios estavam buscando consolidar sob a denominação de direitos naturais. Assim, o direito moderno quererá ser produto da razão individual, e não medida social, nem lei positiva dos Estados (MASCARO, 2002).

Contudo, como defende Mascaro (2002), os impasses dessa forma de jusnaturalismo logo se demonstram. Afirmar a universalidade do conhecimento racional desses direitos remete à insolúvel questão dos métodos do conhecimento, que não necessariamente provariam que a experiência ou o intuíto das ideias conduziram a conceitos universais.

Ao mesmo tempo, a necessidade de construir uma noção de direitos absolutos, e não relativos, é muito clara para a filosofia do direito moderna: se os direitos fossem relativos ou variáveis de acordo com a cultura, as normas absolutistas também poderiam arrogar-se certa legitimidade, ainda que povos, nações e a razão iluminista com elas contrastassem.

Caso se admitisse a existência de uma pluralidade de legislações legítimas, haveria pluralidade de razões, e nenhum critério pelo qual se pudesse dizer que as normas do absolutismo devessem ser abolidas. No entanto, o movimento histórico da burguesia, na Idade Moderna, busca exatamente o oposto: é necessário dizer da existência racional de um só direito, o denominado direito natural, consoante o qual se possa julgar o

Absolutismo e dele se dizer injusto, porque irracional.

Para tanto, segundo Mascaro (2002), a busca moderna é a de certeza racional de certos direitos. A liberdade, alavanca das possibilidades negociais burguesas, deverá ser dita um direito natural do homem, sendo que as normas absolutistas que a cerceiam devem ser proscritas. A igualdade perante a lei, fundamento do comércio burguês, deverá ser elevada à condição de direito natural, e o privilégio, posto à margem da história jurídica moderna. A propriedade privada e a segurança das relações jurídicas devem ser declaradas como direitos universais.

Todo o movimento social burguês, na Idade Moderna, objetivou a estabilidade e universalidade das leis como formas de escapar às vontades absolutistas. Por isso, é necessário insistir numa razão universal que declare os direitos naturais. O apelo dos direitos naturais foi maior que sua legitimação filosófica. A declaração de direitos universais que se explicitariam por meio do exercício racional de todas as pessoas, não alcançou uma justificativa filosófica plena por parte da Idade Moderna, defende Mascaro (2002).

No entendimento de Nader (1999), a filosofia atual não abandonou os subsídios da razão nas tarefas de determinação do Direito Natural. Nem poderia fazê-lo, pois não há como se induzirem princípios sem as operações do intelecto. A experiência observa fenômenos, mas a constatação e o enunciado de leis é algo afeto à razão. O Direito natural, em si, não pressupõe senão a vida humana em sociedade. A sua compreensão pelo homem requer, sim, experiência e raciocínio. O seu existir coincide com a vida cultural; o seu conhecimento, porém, é fato cultural que não aflora na consciência humana de modo espontâneo. É certo que a natureza do homem possui instituições do justo que se revelam, todavia, sem a plena consciência de sua dimensão.

Na Idade Contemporânea, a Filosofia do Direito é a obra dos fundadores e cultores dessa disciplina. Envolve, antes de tudo, a contribuição

de especialistas, que são os sistematizadores do pensamento filosófico, no âmbito específico do fenômeno jurídico. Publicam, eles, tratados, cursos, compêndios, manuais, lições, ensaios, dissertações e teses acerca do conteúdo da Filosofia do Direito (OLIVEIRA, 1999).

Cabe ainda fazer breve referência ao positivismo jurídico, doutrina que se opõe às correntes idealistas, especialmente às que sustentam a existência do Direito Natural. Enquanto que essas se ocupam dos fundamentos e legitimação do Direito Positivo, apoiando a sua validade na harmonia com princípios e valores absolutos, o positivismo procede à averiguação dos pressupostos lógico-formais da vigência (NADER, 1999).

De um lado, os adeptos da filosofia positiva se limitam à ordem do ser, ao ordenamento jurídico e emitem juízos da realidade, de outro, os idealistas que, sem desprezar o sistema de legalidade, refletem na instância ética sobre a ordem suprapositiva e elaboram juízos de valor.

O positivismo jurídico opera com o método empírico, considerando a experiência, o real, como a fonte do conhecimento. A pesquisa deve limitar-se ao dado e ao demonstrável. Tanto quanto possível, devem-se trasladar para a investigação jurídica os critérios adotados nas ciências naturais, a reação positivista se manifesta contra a especulação ética, metafísica ou sociológica no momento da interpretação ou na etapa de preenchimento de lacunas. Diante do texto legal, não compete ao jurista emitir juízos de valor, apenas de realidade. Não importa a estimativa do plano da lei, nem a substância fática (NADER, 1999).

## **A FILOSOFIA DO DIREITO NO BRASIL**

Embora possuísse nacionalidade portuguesa, Tomás Antônio Gonzaga (1744-1809), autor de Tratado de Direito Natural, inaugura no país a Filosofia do Direito. A obra de Gonzaga não primou por originalidade de pensamento,

antes pela exposição metódica, clara e objetiva, fundada na lição de vários autores. Gonzaga vislumbrou dois princípios no jus naturae: o “de ser” e o “de conceber”. O primeiro se consubstanciaria na vontade divina, como norma das ações humanas. Nesse princípio estaria a origem das obrigações. O princípio “de conhecer” seria uma proposição mediante a qual a pessoa poderia conhecer o Direito Natural e que deveria ser “certo, claro e adequado”.

Gonzaga (apud NADER, 1999) ainda dividiu o Direito Natural em positivo e permissivo. O positivo, que melhor se chamaria proibitivo, seria o conjunto das leis que vedava condutas, enquanto que o permissivo, como o próprio nome induz, dava permissão ou concedia.

No século XIX, pode-se destacar no campo da Filosofia do Direito o pensamento de Avelar Brotero, primeiro professor que, por decreto de 12 de outubro de 1827, foi nomeado pelo Imperador para reger a cátedra de Direito Natural da recém-criada Faculdade de Direito de São Paulo, cabendo-lhe a honra de proferir a aula inaugural dos cursos jurídicos, em 1º de março de 1828. Apoiando-se nas obras de Mably, Holbach – a quem não citou nominalmente –, Helvetius, Perreau e Cabanis, o mestre luso pouco se referiu ao Espírito das Leis, de Montesquieu, silenciando-se em relação a Kant, cuja obra já era conhecida e divulgada no país por José Bonifácio e Amaral Gurgel.

A definição de Direito Natural, apresentada em seu compêndio, revela a falta de clareza de suas exposições: “[...] Norma ou complexo de leis, ditadas pela Natureza Naturante, poder criador, onisciente e onipotente, a qual norma grava no coração do homem, e a promulgou, por meio da luz da razão, de maneira que o mesmo homem ficou ciente de qual é o fim da sua criação, isto é, o conservar-se e aperfeiçoar-se”. Ao referir-se à natureza naturante, que seria a Providência Divina, Avelar Brotero, que teria evitado suspeitas de heresia, distanciou-se da filosofia panteísta e do materialismo (NADER, 1999).

Ainda no século XIX, destaca-se também o pensamento de Sá e Benevides, o qual defendia que o objeto da Filosofia do Direito estaria centralizado na fórmula justiça, cujos princípios dimanavam da natureza humana, da sociedade e de uma entidade metafísica. Tais princípios seriam revelados pelo Criador e acessíveis à razão humana. A justiça absoluta seria “a conformidade dos atos do Criador com a ordem moral e social estabelecidas pela sua Razão e Vontade”; a justiça objetiva relativa seria a adequação da conduta humana às regras morais e jurídicas. A justiça subjetiva foi concebida como virtude ou hábito de seguir os mandamentos morais e jurídicos (NADER, 1999).

Com a transição para o século XX, emerge a Escola do Recife, na qual tem destaque o pensamento de Tobias Barreto. Entendido como personalidade marcante, espírito polêmico e de emulação, Tobias Barreto tem seu nome indelevelmente ligado à Faculdade de Direito de Recife, onde estudou ao lado de Castro Alves e, mais tarde, após memorável concurso em que venceu Augusto de Freitas, ingressou como professor.

Conforme Nader (1999), Tobias Barreto abominou a corrente racionalista e sustentou que o Direito é o objeto cultural, considerada a cultura como antítese da natureza. O fenômeno jurídico foi exposto como processo de adaptação. Além disso, partindo da premissa de que a positividade é característica do jus, rejeitou a noção de Direito Natural. Tal negação se explica por duas razões principais: a) ao combater incisivamente o jus naturae, Tobias partiu da visão de um Direito metafísico, de algo não dependente do homem; b) a proclamada universalidade do Direito Natural, uma vez que a universalidade do Direito “é simplesmente uma frase”.

Em sua crítica ao Direito Natural, Tobias Barreto (apud NADER, 1999) substituiu a sua noção pela ideia de lei natural do Direito, chegando a sustentar que era necessário repetir cem vezes que o direito não é filho do céu, mas simplesmente fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade.

No século XX, no Brasil, perduram sobrevivências do jusnaturalismo, destacando-se os nomes de Francisco Campos, João Arruda, Carlos Campos, Pontes de Miranda, Vicente Ráo, Djacir Menezes, Oliveira Vianna, Alberto Torres e outros, como lembra Machado Neto (apud SOARES, 1998), ressaltando o nome de Miguel Reale, ligado ao culturalismo e ao tridimensionalismo.

Entre os vários juristas citados, merecem destaque as reflexões filosóficas desenvolvidas por Pontes de Miranda acerca do Direito. Miranda, natural de Alagoas e diplomado pela Faculdade de Direito de Recife, é um dos juristas brasileiros de maior expressão no atual século e, seguramente, o de mais extensa produção científica (NADER, 1999).

Segundo Nader (1999), o jurista se credencia na área da Filosofia do Direito, especialmente por sua obra Sistema de Ciência Positiva do Direito, publicada em 1922, com evocação e homenagem ao centenário da independência do país. Adepto de um positivismo naturalista, Pontes de Miranda não admite a metafísica, considerando que o Direito deve ser estudado de acordo com a sua realidade, como um fato entre os fatos, mediante a observação dos fatos.

Apreciando o comportamento e as tendências ideológicas de alguns intelectuais brasileiros, durante as décadas de 1920 a 1945 do século passado, bem como a participação deles no processo de transformação político-jurídico, observa-se que muitos desses intelectuais fizeram um duplo jogo, ou seja, procuraram preservar a independência, quer como intelectuais propriamente ditos, quer como membros do aparelho estatal (SOARES, 1998).

Mais recentemente, surgem diversas tendências filosóficas, passando pelo neopositivismo, existencialismo, fenomenologia e marxismo. Nesse período, Nélon Hungria representa um marco decisivo no campo da sistematização científica do direito Penal no Brasil, mas cometeu um

equivoco: tentou fazer da disciplina jurídica uma espécie de superciência, abrangendo em seu bojo as demais ciências penais, Criminologia, Sociologia Criminal, Psicologia Criminal e outras.

De acordo com Soares (1998), Hungria quis assumir uma posição de criminalista normativista, isto é, somente acreditando na eficácia do Direito Penal como único instrumento capaz de coibir a delinquência, dotado de caráter preventivo, punitivo, intimidativo e regenerativo, não dando maior importância ao papel das demais ciências penais, como deixou patente em seus escritos.

No entanto, sua obra, impropriamente denominada de Comentários do Código Penal, acabou por se constituir como um extraordinário Tratado de Ciências Penais, pleno de ensinamentos e princípios teóricos, com magníficas abordagens criminológicas, psicológicas, sociológicas, filosóficas, antropológicas, e outros aspectos inerentes à Enciclopédia das Ciências Penais (SOARES, 1998).

Desse modo, o pesquisador habilidoso encontrará facilmente, na obra de Hungria, as reflexões de Filosofia do Direito Penal que ele escreveu com mão de mestre, entesourando-a, porém nos meandros dos seus monumentais Comentários ao Código Penal. Soares (1998) ainda acrescenta que a Filosofia do Direito, no Brasil, continua umbilicalmente ligada à tradição cultural européia.

Acerca da Filosofia do Direito no Brasil, Nader (1999) manifesta o entendimento de que o prestígio dessa disciplina no país, a considerar a produção científica que se elabora, é crescente. A maior contribuição para o desenvolvimento do pensamento nessa área decorre dos Encontros Brasileiros de Filosofia do Direito, que são realizados desde 1980, por iniciativa de Miguel Reale. Em tais debates, é relevante o acervo de comunicações apresentadas por jurisfilósofos brasileiros.

Em relação aos aspectos da ordem jurídico-constitucional brasileira, Oliveira (2001) assegura que a reflexão sobre a ordem jurídica positiva no âmbito nacional precisa ser considerada, tomando-se por base, e como ponto de partida, o conjunto dos fatos históricos, econômicos, sociais e culturais que a ela subjazem. Nessa perspectiva e sendo o direito uma forma sistemática de produção de conhecimento, o fato, seja ele natural ou cultural, constitui-se também no substrato da ordem jurídica interna do Estado brasileiro.

Entre os fatos naturais e culturais, estes últimos produzem efeitos diretos e imediatos na formação histórica da ordem jurídica brasileira. O reflexo direto e imediato dos fatos culturais acerca da ordem jurídica é palpável e claro, visto que a cultura constitui-se como fruto do fazer humano. Além disso, o próprio direito, enquanto objetivamente delimitado, representa um ato do fazer humano e, portanto, traduz-se como fato cultural e historicamente construído.

No caso da ordem jurídica positiva brasileira, é possível observar que os fatos culturais, enquanto fatores históricos, expressam a evolução da sociedade brasileira. Desta forma, de acordo com Oliveira (2001), verifica-se a existência de diferentes estágios culturais na constituição da sociedade brasileira.

## **A IMPORTÂNCIA DA FILOSOFIA DO DIREITO**

Conforme afirma Litrento (1976), sem Direito não pode haver sociedade, entretanto, o mecanismo processual objetivo, despido de sua essencial significação de justiça, inaugura a insegurança e provoca a revolta. Logo, a Filosofia do Direito inicia-se, precisamente, com a descoberta entre o justo natural e o justo legal. Ainda que não possa, nem deva ser considerada disciplina jurídica é, mais do que isso, a própria Filosofia aplicada ao Direito.

A importância da Filosofia do Direito está relacionada às suas

perspectivas impostas pelo despertar da consciência crítica que possibilita estudar os princípios imortais da liberdade e da igualdade humana atualmente. Nas palavras de Litrento (1976), a Filosofia do Direito estuda e averigua, como uma necessidade fundamental do espírito humano, os códigos e a legislação vigente, sem esquecer toda uma admirável herança do passado, toda uma tradição de pesquisa e meditação filosófico-jurídica, possibilitando a comparação sempre presente entre o bem e o mal, e os corolários do necessário e desnecessário, o certo e o errado, o justo e o injusto, o poder arbitrário e o poder consentido.

Isso evidencia que o Direito vai além da lei, não se confinando, somente à técnica legal, ou à realização normativa do bem-estar individual ou coletivo. Evidentemente, a Filosofia do Direito necessitará do conhecimento pleno dos grandes temas da Filosofia Geral, que a nutre e lhe abre mais facilmente os caminhos para lúcida investigação de uma realidade que não se encontra somente na presença formal de códigos, de leis, das sentenças e das instituições jurídicas.

Conforme Litrento (1976), suas perspectivas são mais amplas e seu principal embasamento assenta naquela idéia de justiça que governa o cosmos, significando harmonia. Harmonia que rastreia na especulação filosófico-grega em sua inesquecível e perene procura da noção e exata do bem e do justo.

O pensador do Direito não pode prescindir de conhecer o ramo ao qual se dedica, não pode muito menos estar despreparado para pensar filosófica e adequadamente os problemas, defendem Bittar e Almeida (2001). O saber filosófico exerce influência na história das idéias jusfilosóficas, sendo que, muitas vezes, as metodologias jusfilosóficas aperfeiçoam-se na medida dos aperfeiçoamentos filosóficos.

A contribuição da investigação filosófica para o direito está, segundo Bittar e Almeida (2001), na perene abertura que proporciona, diferenciando-se

das demais ciências por se fazer prática e teórica desvinculada de pressupostos dogmáticos. Por vezes, a ênfase na resposta somente torna ainda mais obtusa a possibilidade de se questionarem os fundamentos de uma prática jurídica, humana e social; aí a ênfase na investigação, objetivo da filosofia, serve como modo de abrir os horizontes para outras possibilidades de sentido, para outras alternativas, para outras propostas e entendimentos.

De acordo com Bittar e Almeida (2001), a Filosofia do Direito possui metas e tarefas que estão compreendidas em suas perspectivas de investigação, quais sejam:

- 1) efetuar a crítica das práticas, das atitudes e atividades dos operadores do Direito;
- 2) questionar e avaliar a criação de leis, bem como oferecer suporte reflexivo ao legislador;
- 3) realizar a avaliação da função desempenhada pela ciência jurídica e o próprio comportamento do jurista perante ela;
- 4) investigar os motivos que ocasionam a desestruturação, o enfraquecimento ou a ruína de um determinado sistema jurídico;
- 5) desembaraçar e limpar a linguagem jurídica, os conceitos filosóficos e científicos do Direito;
- 6) investigar a eficiência dos institutos jurídicos, sua atuação social e seu compromisso com as questões sociais, seja no que concerne a indivíduos, a grupos, à coletividade ou às preocupações humanas universais;
- 7) tornar clara e definir a teleologia do Direito, seu aspecto valorativo e sua ligação com a sociedade e os anseios culturais;
- 8) resgatar origens e valores sobre os quais estão pautados os processos e institutos jurídicos;
- 9) auxiliar o juiz no processo decisório, por intermédio da crítica conceitual institucional, valorativa, política e procedimental.

Devido à grande abrangência de todos esses objetivos da Filosofia do Direito, infere-se sua importância na formação dos juristas, para que possam realmente entender o contexto legislativo e procurar sempre melhorar a eficácia das normas jurídicas na busca constante pela justiça.

Para Bittar e Almeida (2001), a Filosofia do Direito possui um objeto tão universal e uma diversidade de métodos que possibilita que a investigação se prolongue, tamanhamente, que abre mão da possibilidade de circunscrever seus umbrais. Aliás, fazê-lo seria o mesmo que podar o alcance crítico da

filosofia sobre determinado problema ou grupo de problemas de interesse jusfilosófico.

Assim, pode-se afirmar que a reflexão filosófica sobre o Direito não se pode extenuar. De fato, seu compromisso é manter-se acesa e atenta às modificações quotidianas do Direito, à involução dos institutos jurídicos e das instituições jurídico-sociais, às práticas do discurso do Direito, às realizações político-jurídicas, ao tratamento jurídico que se dá à pessoa.

Nesse sentido, de acordo com Bittar e Almeida (2001), a Filosofia do Direito é continuamente atual e de vanguarda, visto que reserva para si o direito-dever de estar sempre impregnada da preocupação de investigar as realizações jurídicas práticas e teóricas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Filosofia do Direito engloba um saber crítico acerca das construções jurídicas eliciadas, tanto pela ciência, como pela prática do Direito. Além disso, também constitui sua tarefa a busca constante dos fundamentos do Direito, para cientificar-se de sua natureza, bem como para possibilitar a crítica do assento sobre o qual estão pautadas as estruturas do raciocínio jurídico.

Destarte, infere-se que a Filosofia do Direito possui grande importância no âmbito da formação oferecida ao jurista, pois os jurisprudentes da tradição romanística, alargaram e afinaram a intuição jurídica, com o passar dos séculos, por intermédio da experiência teórica propiciada pelos pensadores do Direito. Para Meneses (1975), essa experiência teórica constitui-se como um tipo especial de experiência, a qual deriva do trato com as teorias, doutrinas, concepções, ideias, em suma, experiência que se auferiu no exercício de pensar profundamente acerca do pensamento alheio.

O exemplo de profissionalização efetuado no corpo docente das

Ciências Tecnológicas ou, generalizando, das Ciências Naturais, não serve de paradigma aos cursos voltados para o estudo de aspectos sociais, como o Curso de Graduação em Direito. A natureza da problemática jurídica está entrelaçada com as relações humanas, cujos quadros tradicionais são revolucionados, criando-se novas categorias jurídicas e pondo em cheque os controles tradicionais do equilíbrio social. Os fatos culturais, enquanto fatores históricos, expressam a evolução da sociedade brasileira na área do Direito.

### REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaor Caffé. **O Que é Filosofia do Direito?** Barueri: Manole, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2001.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. **Filosofia do Direito:** interpretação antropológica. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LITRENTO, Oliveiros. **Lições de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- MASCARO, Alisson Leandro. **A Filosofia do Direito:** dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002.
- MENESES, Djacir. **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- OLIVEIRA, Manoel Cipriano. **Noções Básicas de Filosofia do Direito.** São Paulo: Iglu, 2001.
- OLIVEIRA, Silvério N. **Curso de Filosofia do Direito.** Goiânia: AB, 1999.
- SOARES, Orlando. **Filosofia Geral e Filosofia do Direito** 3. ed. Rio de Janeiro: 1998