

# A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DOS VALORES COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA SUPERCOMPLEXA: APONTAMENTOS GERAIS

Vanessa Roberta Do Rocio Souza<sup>1</sup>

## RESUMO

Muito embora a discussão acerca da necessidade de uma compreensão do direito para além de sua estrutura positivista e normatizada não seja exatamente uma novidade no campo acadêmico, tais questionamentos e indagações tornam-se cada vez mais úteis, ainda mais se considerarmos o inegável aumento de complexidade das situações que envolvem a sociedade pós-moderna globalizada. As informações são repassadas com uma realidade antes inimaginável; os efeitos de determinada atuação em uma comunidade passam a produzir reações em todo o mundo e as ações ou omissões decorrentes de cada atividade geram uma série de outros efeitos interligados que influenciam pessoas nos mais diversos países. A forma de agir e de pensar o mundo

---

<sup>1</sup> Graduação em DIREITO pela Faculdade de Direito de Curitiba (2002) e graduação em JORNALISMO pela Universidade Federal do Paraná (2003), sendo especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional e mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba. Atualmente é assistente de gabinete - Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR).

definitivamente mudou de modo que o binômio lícito/ilícito torna-se cada vez menos satisfatório na medida em que diversas hipóteses que exigem análise do operador e do estudioso do direito encontram-se na denominada “área cinzenta” da realidade não sendo possível simplesmente classificá-las dentro dos conceitos de certo ou errado. O mero conhecimento da norma posta torna-se insuficiente para responder questões atuais tais como pesquisas com células tronco, clonagem de seres vivos, crimes na Internet, limites da privacidade virtual, função social dos contratos, etc. Decisões econômicas e políticas envolvendo empresas multinacionais exigem respostas efetivas do direito e tais respostas não estão sendo encontradas nos manuais ou nos códigos. Torna-se imprescindível, portanto, uma solução que permita trazer algumas respostas a esses e outros questionamentos. Dentro desse contexto defendemos uma retomada da compreensão da teoria dos valores como forma de possibilitar tal resolução. Não buscamos de forma alguma apresentar uma solução definitiva – tamanha a complexidade das questões formuladas – mas apenas resgatar alguns conceitos da teoria da valoração contrapondo-os em face da

hipercomplexidade social e, através de tal contraposição, buscar apresentar alternativas que viabilizem uma nova forma não apenas de pensar, mas também de efetivar o direito.

## **INTRODUÇÃO**

Torna-se cada vez mais perceptível, entre os estudiosos do direito, uma preocupação em apresentar os conceitos e conhecimentos teóricos abordando sempre a realidade prática, aliando, desse modo, o saber prático e o saber teórico. Tal preocupação surge, justamente, porque o conhecimento jurídico não é estático, muito pelo contrário: o direito é um fenômeno que se encontra inserido dentro de um determinado contexto histórico, político, cultural e econômico. Assim, o direito sofre diretamente a influência de sua época, que elege suas principais preocupações, selecionando interesses e valores de sua sociedade que, dentro desse contexto, merecem maior proteção.

Considerando, desse modo, a inegável complexidade da estrutura social moderna, não é errado afirmar que muitos questionamentos jurídicos apresentados

atualmente exigem soluções inovadoras, o que torna cada vez mais necessária uma abordagem interdisciplinar e uma compreensão mais profunda da realidade, o que obriga o estudioso a concentrar seus estudos teóricos levando em conta, sempre, a complexidade da realidade posta. Nesse sentido, a mera apresentação da teoria, destituída de qualquer preocupação prática, torna o discurso vazio e demagógico; a mera análise da realidade sem qualquer preocupação teórica destitui de fundamentos as possíveis conclusões.

Para que se torne possível, portanto, uma abordagem completa de cada tema proposto, indispensável situar os conceitos, as teses e estudos dentro da nossa realidade prática, dentro de nosso contexto atual, através da análise dos fatos e, mediante tal análise, a formulação da teoria. E, para isso, torna-se necessária uma inicial compreensão do papel dos valores, de uma teoria dos valores que possibilite essa ponte entre a teoria e a realidade, consolidando o conhecimento jurídico dentro do mundo fático. Nesse sentido a opinião do autor Francisco Cardoso de Oliveira:

“A premissa exige do intérprete postura crítica e reconhecimento de que o direito é fenômeno social e histórico. A natureza abstrata da formulação teórica limita a compreensão do fenômeno jurídico que está marcado pela particularidade do fático. A pretensa universalidade do conceito dificulta a compreensão da importância dos valores na constituição da juridicidade. A valoração no direito obriga o jurista a dedicar atenção às peculiaridades da configuração dos direitos a partir de determinada realidade social e histórica que remete para a consideração de elementos inerentes à situação do fato a ser regulada. Daí a necessidade de reorientação no modo de conceber o fenômeno jurídico. A ordem jurídica comprometida com a tutela efetiva dos direitos deve estar orientada para assimilar os valores da situação de fato”.<sup>1</sup>

O direito possui caráter instável (na medida em que reflete o contexto no qual se encontra inserido), sendo necessário repensar a efetividade do discurso de matriz meramente positivista. Se pensarmos na complexidade da sociedade atual, resta evidente que o Direito posto, normativo, positivado, é insuficiente para responder aos novos (e sempre passíveis de renovação) anseios dessa sociedade dinâmica, que está sempre produzindo novas situações que simplesmente não puderam ainda ser

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Hermenêutica e Tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 9.

normatizadas (quer em razão de uma incompreensão momentânea acerca de determinado tema ainda não debatido em sociedade, quer em razão, simplesmente, da impossibilidade de se prever e regular todas as condutas dessa sociedade complexa).<sup>2</sup>

Como aponta Miguel Reale: “O que mais impressiona no processo criativo do Direito é a aderência ao concreto, a vivência do justo, não em abstrato, mas inserido no processo histórico-social (...)”.<sup>3</sup>

Desse modo, a simples compreensão da norma, destituída da compreensão dos valores, não nos permitiria ter uma visão completa dos fatos o que, de certo modo, inviabilizaria a efetiva concretização e realização dos direitos previstos. Resta evidente a importância de uma abordagem que leve em consideração toda a bagagem histórica, possibilitando o pensamento a respeito das

---

<sup>2</sup> Para o autor Marcelo Neves, a sociedade moderna teria como características principais uma hipercomplexidade estrutural e uma diferenciação funcional, o que intensificaria a pressão seletiva no momento das escolhas. “Disso decorre que a sociedade torna-se excessivamente dinâmica e complexa”. NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 10. Tal conceito será melhor abordado posteriormente.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. Horizontes do Direito e da História. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 49.

escolhas valorísticas realizadas em cada período.  
Conforme ensinamentos de Paolo Grossi:

“A visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-se pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, desmistifica o presente, garante que sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a compreensão do futuro.”<sup>4</sup>

Esta “incompletude” de compreensão não é constatada apenas quando tratamos de fatos novos (tais como questões envolvendo bioética e biodireito) mas ocorre também quando buscamos análises a respeito de matérias tais como função social do contrato e do direito de propriedade (temas que encontram tutela legal no nosso ordenamento desde os primeiros códigos e ordenamentos) apresentando-nos uma série de questionamentos que não são resolvidos com a simples consulta à norma posta. Para responder a tais perguntas entendemos ser imprescindível uma abordagem valorística dos fatos e situações trazidos, que deverão ser analisados desde que situados dentro da

---

<sup>4</sup> GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. 2 ed. rev. e ampl, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 25.

realidade posta e considerando o caso concreto, feitas as necessárias ponderações de valores.<sup>5</sup>

Não se busca, todavia, simplesmente rejeitar toda e qualquer normatividade positivada. Trata-se apenas de ajustar um novo enfoque a respeito da realidade buscando, através de uma retomada a respeito da compreensão da teoria dos valores, trazer novas soluções para os problemas jurídicos modernos. Entretanto, como aponta o Professor Francisco Cardozo de Oliveira, feitas as reflexões e estudos necessários a respeito de determinado caso apresentado: “Nada impede, porém, que a própria lei positiva constitua uma das premissas sujeitas à reflexão do intérprete, durante o processo de achamento do justo concreto”.<sup>6</sup>

## **1. A SOCIEDADE SUPERCOMPLEXA DA PÓS - MODERNIDADE**

---

<sup>5</sup> Para uma melhor compreensão acerca de ponderação de princípios, ver a obra de ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Ressalto, ainda, que, para o Professor Francisco Cardozo Oliveira: “A Jurisprudência de valoração, que privilegia o momento da aplicação, reconhece que na formulação da solução justa para o caso concreto, materializa-se a ponderação de valores inerentes à positividade da lei e imanentes á realidade fática”.Op. cit., p. 52-53.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Op. cit., p. 73.



Como expomos anteriormente, a sociedade pós-moderna apresenta um padrão de complexidade que exige novas soluções para as problemáticas propostas. Para compreender um pouco mais a respeito do papel do direito dentro dessa sociedade (e até mesmo compreender um pouco mais a respeito das complexidades sociais) interessante realizar uma breve abordagem a respeito dos conceitos estudados pelo autor Marcelo Neves.

O Autor Marcelo Neves, em seu livro “Entre Têmis e Leviatã – Uma relação difícil” procurou analisar alguns termos e expressões centrais das obras de Luhmann e Habermas para proceder a uma reconstrução e melhor compreensão do Estado Democrático de Direito na realidade. Através de uma pesquisa interdisciplinar abordou o foco de tensão entre os paradigmas apontados pelos autores objeto de estudo. Entendemos imprescindível uma rápida compreensão de tais estruturas objetivando esclarecer os motivos pelos quais entendemos necessária uma teoria da valoração como ponte entre a norma positivada e a realidade complexa atual.

Marcelo Neves em sua obra não buscou realizar apenas uma análise exaustiva dos paradigmas

apresentados pelos autores nem buscar um denominador comum às duas concepções (aparentemente inconciliáveis de sociedade e estado modernos)

O autor buscou, através da reflexão a respeito de diversos conceitos habermasianos ou luhmannianos, propor uma diferente abordagem que pudesse oferecer novos elementos para compreensão de diversas problemáticas da sociedade atual bem como um novo enfoque de estudo relacionado ao Estado Democrático de Direito.

Como apontado pelo autor, “Interessa-me, enfrentando as divergências e complementaridades das duas perspectivas, esboçar os elementos de uma teoria dos fundamentos normativos e das condições empíricas do Estado Democrático de Direito na sociedade supercomplexa da modernidade”.<sup>7</sup>

O autor ainda aprofunda, em sua tese, a cidadania como mecanismo de inclusão, e a pluralidade e circularidade de procedimentos no Estado Democrático de

---

<sup>7</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 7. No mesmo sentido, Paolo Grossi apresenta três considerações a respeito da sociedade moderna: chama a atenção para a rapidez das transformações sociais, o que obrigaria o legislador “a uma atividade febril, modificando o conteúdo de uma norma logo após tê-la produzido”; ressalta a complexidade da civilização contemporânea bem como a tensão voltada à universalização. Op. cit., p. 115.

Direito objetivando uma conclusão relacionada à interpretação jurídica desse modelo proposto de Estado Democrático de Direito. Propõe, como solução para os problemas da modernidade central, uma transformação estrutural através da abertura cognitiva dos sistemas jurídicos e político, afirmando a legalidade como medida essencial para a concretização da ordem constitucional democrática e efetivação, dentro da realidade, do Estado Democrático de Direito. Sendo a sociedade moderna bastante complexa em razão da existência de uma infinidade de possibilidades surge a necessidade de seleção entre tantas e tão diversas possibilidades. Dentro desse contexto verifica-se que há muito mais possibilidades na sociedade atual na medida em que existe uma quantidade imensa de informações disponibilizadas (alto grau de complexidade) de modo que a capacidade seletiva precisa ser proporcionalmente maior.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Para o autor Ignacy Sachs não temos atualmente problemas de comunidades individuais, na medida em que a globalização – palavra de ordem – teria tornado quase todos os problemas comuns a todos: Assim, globalização denota emergência (mais exatamente a crescente percepção) de problemas globais que afetam todos os passageiros da espaçonave Terra, independentemente de estarem viajando na primeira ou terceira classe (embora as implicações de cada categoria sejam distintas).” In SACHS, Ignacy. Rumo à ecossocioeconomia: Teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2007, p. 316.

O Autor Paolo Grossi também apresenta (embora de modo bastante diverso do apresentado por Marcelo Neves) uma perspectiva histórica do direito, analisando tais questionamentos inicialmente sob o enfoque do direito medieval e, após, realizando apontamentos sobre o direito na sociedade moderna. E conclui pela existência (e necessidade) de um direito atual flexível, nos seguintes moldes:

“O direito é um fenômeno primordial e radical da sociedade; para subsistir, não espera os coágulos históricos ligados ao desenvolvimento humano e representados pelas diferentes formas de regulamentação pública. Ao contrário, para ele é terreno necessário e suficientes as flexíveis organizações comunitárias em que o social se ordena e que ainda não se fundamenta na polis, mas sim no sangue, na fé religiosa, na solidariedade cooperativa, na colaboração econômica.”<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 29. Para o autor, enquanto a época Medieval era marcada por conteúdos e finalidades bem definidos – o bem comum – numa clara alusão ao contrato de Rousseau, já a era moderna não encontraria nem conteúdo, significado ou objetivo, tampouco possuindo legitimação social, pois a lei pura, devendo ser considerada simplesmente pelo fato de ser lei, não englobaria necessariamente os interesses de todos, mas sim tão somente os interesses de um grupo privilegiado que possuísse contato com o legislador.

Também é possível verificar, dentro do contexto de Evolução do Direito, o desenvolvimento de tais conceitos dentro da história. Marcelo Neves esclarece que “a evolução da sociedade como sistema social mais abrangente vincula-se diretamente à evolução dos seus subsistemas sociais. Nesse contexto, discute-se a emergência dos mecanismos evolutivos, especificadamente em relação ao direito”.<sup>10</sup>

Para tornar compreensível o porquê de defendermos a tese de hipercomplexidade da sociedade pós-moderna, relevante um breve relato do desenvolvimento das sociedades e o papel do direito dentro dessas comunidades em cada período histórico.

O Direito das sociedades arcaicas pode ser compreendido de um modo diverso da abordagem atual: nas sociedades menos complexas vale o argumento mais antigo, inexistindo distinção clara entre expectativa normativa e cognitiva, nem distinção de procedimentos. O Direito é firmado simbolicamente (como retaliação ou reciprocidade). Não há distinção entre o concreto (fato jurídico) e o abstrato (norma jurídica); há rituais (não procedimentos), “em outras palavras, não há uma

<sup>10</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 18.

diferenciação entre moral, direito, costumes e convencionalismo social. Pode-se afirmar que se confundem expectativas normativas e cognitivas”.<sup>11</sup> É possível verificar, portanto, que as divergências ou questionamentos das sociedades arcaicas são resolvidas com a aplicação direta de argumentos de autoridade: é válido, é justo, é correto aquilo que o líder do grupo (geralmente um ancião considerado sábio, ou um guerreiro respeitado) assim definir.

No direito das sociedades de culturas antigas (ou ainda chamadas de pré-modernas) já há procedimento de aplicação do direito, e certa institucionalização de procedimentos de aplicação jurídica, mas não há procedimento normativo (legislativo). Já há uma complexidade um pouco maior. Com a escrita já há possibilidade de divergências: “a escrita cria a comunicação entre ausentes”. Torna-se possível, num primeiro momento, questionar e comparar decisões, embora inexista ainda qualquer garantia recursal legítima.

O direito natural (jusnaturalista), nesse contexto surge como transição para a modernidade, no sentido de positivação do direito. Já o Direito na Sociedade Moderna é

---

<sup>11</sup> Ibidem, p. 21.

marcado pela positividade do Direito de modo que há uma crescente institucionalização dos procedimentos tanto de aplicação quanto de produção das normas jurídicas gerais.<sup>12</sup>

Marcelo Neves destaca que “com a introdução do procedimento legiferante como critério de validação das normas jurídicas, surge na era contemporânea o direito positivo no sentido estrito da teoria sistêmica”.<sup>13</sup> Tais características implicam numa maior complexidade e conseqüente maior pressão de seletividade à medida que os mais diversos assuntos passam a ser discutidos e questionados juridicamente (existindo direta relação entre o reconhecimento de direitos arrolados e garantidos em lei: a sociedade passa a possuir um rol normatizado de garantias que possibilita a verificação, em juízo, do cumprimento desses direitos conquistados).

---

<sup>12</sup> Para Paolo Grossi “O direito já se contraiu em lei: um sistema de regras autoritárias, de comando que foram pensados e desejados como abstratos e sem elasticidade, insindicáveis no seu conteúdo, já que não é da qualidade desse, mas da qualidade do sujeito legislador que tiram a própria autoridade. Em pouco tempo, no clima pré-revolucionário e revolucionário, a lei receberia um ulterior esforço, o democrático, raças a afirmada (mesmo se não demonstrada) coincidência entre vontade legislativa e vontade geral”.Op. cit., p. 41.

<sup>13</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 23,

O Direito posto por decisão passa a se encarado como direito permanentemente alterado por decisão. O Direito é autodeterminado, sendo apresentado ao leitor o conceito de autopoiese; ou, ainda, nos dizeres de Marcelo Neves:

“A noção de positividade como decidibilidade e alterabilidade do direito, tal como formulado por Luhmann inicialmente, deve ser rearticulada com a concepção de positividade como autodeterminidade, fechamento operacional, autoreferência ou autopoiese do sistema jurídico, por ele desenvolvida e radicalizada posteriormente”.<sup>14</sup>

Torna-se interessante para o presente estudo a verificação (ainda que de modo bastante resumido) das visões de Luhmann e Habermas com relação à sociedade atual, bem como as respostas propostas pelos autores na tentativa de solucionar alguns dos problemas enfrentados pelo direito na tentativa de prestar efetiva prestação jurisdicional aos questionamentos sociais pós-modernos. Insta destacar que ambos os autores reconhecem as dificuldades de uma solução única para análise de tais situações.

---

<sup>14</sup> Ibidem, p. 24.



Para Luhmann a evolução tem como pressuposto a transformação do improvável em provável. O sistema jurídico teria condições, na tese luhmaniana, de buscar abarcar as situações de anormalidade. Todavia, ao buscarmos as soluções possíveis dentro de uma sociedade complexa<sup>15</sup>, nem sempre se torna viável essa necessária adequação entre as condutas e o modelo estrutural de expectativas existente.

Em contraponto ao ideário representado por Luhmann, o modelo habermasiano, muito embora não desconheça a importância do aumento de complexidade sistêmico como aspecto relevante da sociedade, realiza uma abordagem mais centrada na lógica do desenvolvimento. “Habermas inverte o vetor na determinação do processo evolutivo, argumentando que a complexificação e a correspondente diferenciação social dependem, para a sua continuidade, de mecanismos de aprendizado”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Marcelo Neves esclarece que “Como pretensão de um modelo explicativo mais abrangente a respeito da emergência da sociedade moderna, Luhmann utiliza, em primeiro lugar, o critério da complexidade, entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas.” NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 15.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 25.

Enquanto Luhmann diz que o direito só pode ser construído de acordo com suas próprias regras de modo que a política (ou qualquer outra esfera social) só pode conversar com o direito se respeitar as regras próprias do direito no sentido de que enquanto houver ordem jurídica, a ordem política precisará respeitar e preservar vontades de regras e princípios do Direito (o que apontaria pela relevância da democracia), Habermas defende a tese de uma noção de esfera social não subordinada a imperativos sistêmicos: “A contraposição de Habermas à concepção sistêmica da sociedade moderna torna-se mais radical quando se trata do paradigma luhmanniano, porque neste não há mais espaço para um conceito como o de comunidade societária como sistema destinado à integração da sociedade”.<sup>17</sup>

Ao retornar o foco do estudo para a diferenciação sistema/ambiente retratada em Luhmann, é traçado um novo olhar a respeito da autopoiese e resume:

“A diferença entre sistema e ambiente apresenta-se nos diversos sistemas sociais autopoieticos, cada um dos quais com uma perspectiva própria do mundo e da sociedade.

---

<sup>17</sup> NEVES, Marcelo, Op. cit., p. 49-50.

É nesse sentido que se define a sociedade moderna como multicêntrica ou policontextural”.<sup>18</sup>

Nesse sentido, ainda, pode-se afirmar que para Niklas Luhmann, o sistema se diferencia e se auto-regula; auto cria-se por si mesmo. Assim, a autopoiese não ocorreria no plano estrutural, mas sim, seria responsável por dar ênfase ao elemento. O direito como sistema autopoietico que se reproduz e se delimita topograficamente de acordo com seus próprios elementos.

O que determinaria a evolução seria, portanto, a capacidade de autodeterminação do ser (que consegue se distinguir do seu meio).

Luhmann defende a tese de que a autopoiese não se aplica somente à biologia, mas também à consciência e às estruturas do Direito – se reproduz a partir de uma diferença primária. No Direito, a distinção entre lícito e ilícito. Tem-se, portanto, que para o sistema do Direito, o código de preferência lícito e ilícito possui relevante destaque.

Já na teoria da ação comunicativa habermasiana, a diferença entre sistema e mundo da vida é o enfoque

---

<sup>18</sup> Ibidem, p. 67.

principal. Habermas pressupõe uma ação instrumental voltada para o consenso o que, segundo Marcelo Neves, limitaria na prática da sociedade moderna a validade de seus conceitos.

“Cabe observar, por fim, que toda a questão da racionalidade do mundo da vida relaciona-se com a viabilização de situações consensuais. Essa interpretação do mundo da vida em conexão com o conceito estrito de agir comunicativo, orientado para o consenso, reduz a capacidade analítica da contribuição de Habermas para a compreensão da supercomplexa sociedade mundial hodierna e do Estado Democrático de Direito”.<sup>19</sup>

Analisando ainda a questão primária referente às construções da ordem jurídica temos que resta evidente o fato de que o sistema não pode se reproduzir apenas com a abstração. O código binário lícito/ilícito proposto por Luhmann é um significante vazio: nada diz, sendo considerado insuficiente. Eles precisam existir de acordo com o contexto (com as decisões jurídicas, por exemplo) ou ainda, de acordo com os valores eleitos para verificação de tal situação. São necessários programas e critérios para que o código seja compreendido. Paolo Grossi apresenta

---

<sup>19</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 78.

uma interessante crítica a esta insuficiência procedimental diante das atuais complexidades:

“As mitologias, que tiveram um papel fundamental no projeto jurídico burguês, não conseguem se manter em pé diante das necessidades e das solicitações da sociedade contemporânea, extremamente complexa sob os aspectos social, econômico, tecnológico. Sob os esquemas formais – lineares, em harmonia entre si – existe uma constituição material que pressiona e que urge levar em consideração, se não queremos que se chegue a separações que podem se transformar em rupturas.”<sup>20</sup>

Muito embora a dinâmica proposta por Luhmann apresente as deficiências apontadas pelo autor Marcelo Neves, é indiscutível a contribuição do autor para a compreensão da estrutura hipercomplexa da sociedade atual. Luhmann esclarece que a evolução das sociedades implica testes da complexidade “e a formação de sistemas mais complexos ao lado de outros menos complexos, definindo a crescente complexidade da modernidade como motor da evolução.”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 81.

<sup>21</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 15. E o autor ainda complementa: “De acordo com esse modelo, a sociedade moderna distingue-se pela sua alta

É possível afirmar, partindo dessas premissas, que a Sociedade contemporânea produz, desse modo, interesses múltiplos, razões paradoxais. O autor Anthony Giddens ressalta essa multiplicidade de questionamentos da sociedade pós moderna e salienta:

“Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não têm precedentes. Tanto em sua extensionalidade quanto em sua intensionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudanças característicos dos períodos precedentes. Sobre o plano extensional, elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos intensionais, elas vieram a alterar algumas das mais íntimas e pessoais características de nossa existência cotidiana.”

22

A sociedade não busca, portanto, um consenso (mesmo porque nem sempre ele será possível).

---

complexidade. ‘Considerando o número, a diversidade, a interdependência de ações possíveis’, assim enfatiza Luhmann, a sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais mais antigas, limitadas regionalmente”.

<sup>22</sup> GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. São Paulo: Unesp, 1991, p. 14.

Precisamos de acordo com entendimento de Marcelo Neves, de um consenso de procedimento. É democrático debater o procedimento mas não precisamos concordar com o conteúdo. A procedimentalidade do Estado Democrático de Direito reside na aceitação das regras positivas, mas garantindo que determinadas questões sejam discutidas levando-se em consideração questões valorísticas, considerações a respeito de princípios ou de posicionamentos considerados fundamentais, eleitos pela sociedade. Feitas tais considerações, passaremos a apresentar algumas críticas à concepção meramente positivista do direito.

## **2. A INSUFICIÊNCIA DO DIREITO POSITIVO**

### **2.1 A evolução do Estado e do Direito**

Para compreender as bases formadoras do Direito positivo necessária uma rápida análise a respeito da evolução do Estado pois não é possível imaginar a

evolução da esfera jurídica, sem uma evolução na esfera política (Estado). Do mesmo modo, as diferentes percepções da realidade jurídica transformaram o Estado enquanto as diferentes formas de Estado refletiram de forma inequívoca na esfera jurídica. São relações entrelaçadas e não necessariamente contraditórias ou excludentes,mas que interagem e se influenciam reciprocamente.

Relevante destacar que não há um padrão homogêneo na análise dos diferentes “tipos” de Estado. São manifestações que possuem características próprias mas que trazem muitas feições do modo anterior, na medida em que as transições de atuação estatal não são abruptas, mas carregam todo o peso da história, das revoluções, das conquistas antecessoras sendo praticamente impossível uma diferenciação absoluta entre os modelos.

O Estado liberal representou a encarnação de ideologias concebidas dentro de um período de revoluções do século XIX envolvendo um proletariado instigado pela burguesia então descontente com os freios econômicos e imposições limitadoras do monarca. Fruto de tais anseios, a



trilogia “liberdade, igualdade e fraternidade” significava, do ponto de vista econômico, sobretudo uma preocupação em se garantir a liberdade das atividades, o que implicou na redução da atuação do Estado a um mínimo necessário, na medida em que o mesmo deveria limitar o exercício de seus atos possibilitando assim, o início do que podemos compreender como um esboço do “livre exercício das atividades individuais”.

Caberia ao Estado, portanto, assumir tão somente aquelas tarefas que ou não interessassem à sociedade ou que pela sociedade não pudessem ser executadas de modo satisfatório.

Tal forma de atuação do Estado refletia diretamente no modo de se pensar o direito e a justiça da época.

Conforme apontamento do autor Pedro Gonçalves:

“Do ponto de vista da intervenção administrativa, ao Estado liberal cabia, portanto, uma função estritamente executiva da lei – os atos administrativos de autorizar, de proibir, de limitar, de fiscalizar e de liquidar e cobrar impostos, na estrita execução da lei eram os seus atos típicos”.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> GONÇALVES, PEDRO *et alii* Os serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador in Estudos de Regulação Pública I, org. Vital Moreira, Coimbra, Editora Coimbra, 2004, p. 174.

Tendo por função primordial assegurar o direito de autonomia, de modo a possibilitar o exercício, pelo particular de suas atividades, o Estado passa a reprimir os desvios e aplicar sanções negativas àqueles que desobedecem as regras. O Direito Público do século XIX compreende, basicamente, o Direito Penal, através do poder de polícia e da aplicação das sanções negativas objetivando correção de condutas consideradas inadequadas. No âmbito privado prevalece o aspecto patrimonialista.

A concepção de Estado Liberal do século XIX, portanto, em linhas gerais, objetiva assegurar propriedade ao indivíduo.

Entretanto ainda em plena época liberal tornou-se bastante perceptível (já na metade do século XIX) que diversas atividades econômicas intrinsecamente ligadas aos avanços decorrentes da revolução industrial passaram a exigir do Estado uma postura diferente: a mera atuação fiscalizadora (não interventora) não era mais suficiente para abarcar a complexidade de atuação proporcionada pelas transformações que então ocorriam tornando-se essencial o desenvolvimento de um Estado planejador, que dirigisse,

controlasse, programasse, decidisse e determinasse os procedimentos ideais para melhor exploração dessas importantíssimas atividades.

Insta destacar que essa nova postura foi efetivamente fruto de uma exigência circunstancial; não houve, por parte do Estado, um momento de opção ideológica, política ou estratégica no sentido de buscar assumir, como parte de um plano projetado, preparado, pré-elaborado, o direcionamento de seus esforços objetivando, através do exercício das atividades econômicas, a garantia de satisfações da coletividade.

É possível delimitar um segundo momento após o período de crises e reestruturação que compreende as Guerras Mundiais. Tais crises acarretam uma profunda alteração nos papéis até então exercidos pelo Estado. Nesse sentido Pedro Gonçalves ressalta:

“Se as crises sociais provocadas pelas duas Guerras Mundiais motivaram a criação das primeiras leis de proteção social, as sucessivas crises econômicas, designadamente de matérias-primas (produção de bens alimentares, carvão e energia, etc) obrigaram o Estado a intervir

diretamente, quer ao nível da produção, quer ao nível do transporte e da distribuição”.<sup>24</sup>

As alterações no papel do Estado refletiram diretamente na compreensão do papel do Direito. Nesse período torna-se perceptível uma maior preocupação em tratar não apenas a função repressora do direito, mas também uma função promocional do Direito. Norberto Bobbio realiza um interessante paralelo a respeito da função desempenhada pelo direito ao longo da história, discorrendo a respeito das sanções positivas e negativas como forma de encorajamento ou desencorajamento de condutas (desejadas ou indesejadas, respectivamente). Ao expor suas idéias acerca da modificação de paradigma da função tradicional repressiva do direito para uma função promocional o autor conclui:

“(...) enquanto o Estado liberal clássico projetava-se em um ordenamento jurídico composto predominantemente por normas de conduta (a saber, normas primárias), o Estado assistencial contemporâneo projetava-se em um ordenamento jurídico composto predominantemente por normas de organização (a saber, normas secundárias).”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> GONÇALVES, Pedro. Op. cit., p. 176.

Essa nova concepção de Estado, todavia, não subsistiu: o Estado mostrou-se incapaz de, diretamente e através da utilização de seus próprios recursos, atender todas as demandas sociais que pleiteavam a transformação da realidade, ocasionando verdadeira crise fiscal e inviabilização econômico-financeira do modelo. Houve, de modo bastante generalizado, aumento desproporcional de carga tributária, o que acabou por drenar a capacidade da sociedade. O aparelho estatal mostrou-se inadequado e insuficiente, não sendo capaz de produzir resultados práticos proporcionais às verbas e recursos recolhidos.

A insuficiência estatal novamente refletiu no âmbito das relações jurídico-negociais, de modo que a crise do Estado de Bem Estar Social consolidou as estruturas do que hoje se entende por Estado Regulador. Tais bases são assim definidas por Pedro Gonçalves:

“As raízes dessas alterações remontam às primeiras crises do estado Social, por volta dos anos sessenta, e que viriam a tornar-se mais visíveis com o decurso do tempo: os gastos públicos exponenciais do setor público, a carga

---

<sup>25</sup> BOBBIO, Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 11.

fiscal necessária para o seu financiamento, o déficit público incontrolável, a ineficácia e a ineficiência da gestão pública são em geral considerados os principais fatores da viragem verificada.”<sup>26</sup>.

Paolo Grossi resume algumas das dificuldades do direito moderno, fruto de tais evoluções históricas, e esclarece:

“O direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior - de cima para baixo – visão imperativista que o identifica em uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária; essa visão consolidada mesmo recentemente pelo furor da influência kelseniana, tem um custo que, na nossa opinião, é altíssimo: a perda da dimensão sapiencial do direito.”<sup>27</sup>

Após essa breve introdução histórica necessária – na qual buscou-se apresentar a existência de uma conexão entre a atuação estatal e a forma de se pensar o papel do direito – passaremos a analisar as deficiências de um pensamento meramente positivista, para, após, demonstrar

---

<sup>26</sup> GONÇALVES, Pedro. Op. cit., p. 180.

<sup>27</sup> GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 15

a necessidade de uma retomada valorística através dos conceitos de Miguel Reale e John Dewey.

## 2.2 Do positivismo à Teoria da Valoração

Se, em determinado contexto histórico, o positivismo representou uma forma de solução ou resposta ao jusnaturalismo até então vigente (buscando trazer maior cientificidade à teoria do direito, procurando afastar as influências “míticas” das análises jurídicas), considerando o conceito de sociedade hipercomplexa antes mencionado, passaremos a demonstrar uma atual necessidade de superação do padrão positivista.

O autor Richard A. Posner, após apresentar diversos autores e suas linhas de pensamento, resumindo a forma de se pensar a atuação jurídica nas mais diversas escolas jurídicas (passando da análise da ontologia, behaviorismo, pragmatismo pela abordagem econômica do direito, entre outras) conclui, de acordo com o pensamento de Dworkin, pela necessidade de um meio termo, defendendo a possibilidade de uma interligação entre o

direito posto, normatizado, e os valores eleitos por determinada sociedade. O autor esclarece:

“(…) Nesse nível de generalidade, o conceito de Direito de Ronald Dworkin converge com o meu. Conquanto rejeite o positivismo jurídico e enfatize elementos do raciocínio jurídico que são igualmente enfatizados pelos jusnaturalistas, como os direitos e princípios morais, Dworkin tem o cuidado de não descrever a si próprio como um jusnaturalista. Ele deseja, sem dúvida, evitar o que é, de fato, uma dicotomia insípida e pueril. Em termos gerais, ele argumenta que o juiz tenta obter o melhor resultado a partir de diferentes materiais que te em mão, materiais que incluem não apenas os precedentes, a linguagem legal e outros materiais especificamente jurídicos, mas também elementos da moralidade política.”<sup>28</sup>

Passa-se da compreensão do jusnaturalismo à compreensão de outro direito;<sup>29</sup> busca-se, na modernidade, dar um fundamento racional para o direito (que deve ser

---

<sup>28</sup> POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 320-321.

<sup>29</sup> Em Bobbio há um interessante relato a respeito dos fascínios tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo: “O positivismo jurídico nos seduz como cientistas neutrais; ao invés, o jusnaturalismo nos permite afirmar nossos valores morais. Existe, portanto, um limite entre positivismo e jusnaturalismo que corta pela metade a pessoa de cada um e com relação ao qual nos vemos na condição de positivistas ou jusnaturalistas, não segundo as épocas ou ocasiões, mas até mesmo segundo a parte que representamos na sociedade. Op. cit. p. 30.



conceitual, possibilitar a sistematização). Já no direito público, temos o rompimento do pensamento rousсенiano do contrato social. O Estado se firma e se torna mais poderoso. Verifica-se um exercício mais direto do Estado que se organiza para outorgar direitos e exigir deveres. Não é mera visão contratual na medida em que o Estado passa, efetivamente, a exercer poder, impondo o direito (legislando, inclusive). Há unificação das leis por imposição do Estado – positivismo: as leis passam a limitar o campo de atuação do homem.

Conforme dizeres de Paolo Grossi:

“A lei torna-se uma forma pura, ou seja, um ato sem conteúdo, um ato ao qual nunca será um determinado conteúdo a dar o crisma da legalidade, mas sempre e somente a proveniência do único sujeito soberano. O qual se identifica cada vez mais em um legislador embaraçante, unindo intimamente a qualidade da sua criatura normativa à própria pessoa e sua supremacia.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 39. O autor ressalta que “O drama do planeta moderno consistirá em realizar o processo de absorção de todo o direito na lei, na sua identificação na lei; para isso, basta que essa seja lei, mesmo que seja ruim ou iníqua, como dizíamos no início.” Op. cit., p. 44 – salientando ainda que “O direito é mais aplicação do que norma. Seria um desastre se um comando fosse imobilizado, ainda mais se o comando encontra a sua própria imobilização em um texto; seria um desastre se a regra jurídica se tornasse e permanecesse um pedaço de papel. O provável risco é que essa se separa da vida” – Ibidem, p. 37.

Temos armados os pressupostos básicos da codificação: no campo teórico forma-se a base do pensamento conceitual (que permite a sistematização científica) enquanto na prática o Estado unifica as leis, tomando para si tal tarefa (positivação das fontes). Exemplo dessa nova esfera foi o surgimento do Código Napoleônico e do Código Alemão (que têm como uma de suas premissas a preocupação em conter todo o direito). A modernidade tem então essa primeira preocupação com a sistematização: do código e do direito.

Uma outra visão de Direito é pensarmos não apenas o código em si, mas pensarmos o próprio direito. O Direito não se resume ao código (mesmo porque hoje temos inúmeros códigos: CPC, CDC, CC, etc tratando dos mais diversos assuntos). Hoje interpretamos o código entrelaçado com as demais normas jurídicas, sendo indispensável, ainda, uma melhor compreensão do contexto e dos valores relacionados em cada hipótese analisada. É necessário ter uma visão sistêmica (daí a importância da codificação e da compreensão dos conceitos), sendo necessário elaborar um verdadeiro trabalho de diálogo de

fontes. Torna-se necessária, portanto, uma metodologia que permita se fazer inter-relações envolvendo conceitos diversos do ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio, em sua obra da estrutura à função, demonstra uma perfeitamente válida preocupação em defender tanto uma abordagem sistemática e estrutural do direito, quanto uma abordagem funcional. O autor comenta que:

“Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica, contudo, a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um complemento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser complementada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito e não no aspecto funcional”.<sup>31</sup>

A preocupação apresentada por Bobbio em muito se assemelha à busca de diversos operadores do direito por esse “meio termo ideal” entre normatização e aceitação dos valores no campo das análises jurídicas.

---

<sup>31</sup> Bobbio, Norberto. Op. cit., p. 41.

Nesse sentido, necessário uma melhor compreensão dos conceitos apresentados por Marcelo Neves ao trabalhar com as teses de Luhmann e Habermas.

32

Considerando a vivência da sociedade pós-moderna, hipercomplexa, torna-se simplesmente inviável acreditarmos num conceito de sistemas fechados de direito. O ambiente é rico de valores e a visão sistêmica pode não ser suficiente para englobar toa a riqueza da realidade. Nem tudo pode ser compreendido dentro do binômio lícito/ilícito na medida em que a ação do homem no mundo é um leque de possibilidades que se abre para a construção da realidade social. A contingência implica em

---

<sup>32</sup> Uma interessante abordagem das propostas de Niklas Luhmann também é realizada pelos autores Clarissa Eckert Baeta Neves e Fabrício Monteiro Neves: “O tema do complexidade ganha referência teórica somente no século XX, pelo menos no sentido comumente veiculado hoje em dia. Esse sentido específico, diferenciado temporalmente, foi construído a partir das transformações nas ciências naturais e matemáticas operadas no início do século XX e que, entre outras mudanças, colocaram em dúvida o estatuto epistemológico e ontológico da física newtoniana, à qual se ligavam as idéias de universo determinista, reduções a causas últimas, mecanismo e reversibilidade, expressões úteis para se entender o conceito de complexidade anterior e o porquê do fascínio que as matemáticas exerciam.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222006000100007&script=sci\\_arttext&tIng=pt%23nt23](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222006000100007&script=sci_arttext&tIng=pt%23nt23).

Acesso em 13.11.2008.

acazos, e nem sempre a classificação entre o que é certo e o que é errado compreenderá a resposta. Há uma série de zonas cinzentas que exigem do operador do direito algo além da compreensão na norma posta. Como posto por Marcelo Neves, ao analisar, sob um enfoque constitucional, a variedade de expectativas posta em confronto nas análises de decisões complexas:

“(...) embora seja inegável que da complexidade da sociedade moderna resulta uma enorme plurivocidade e vagueza do texto constitucional, condicionada pragmaticamente pelos valores, interesses e expectativas presentes na esfera pública pluralista, não se pode afirmar que a linguagem jurídica, especialmente constitucional, seja arbitrária.”<sup>33</sup>

Insta destacar que Habermas não recusa a compreensão dos sistemas, muito embora aponte deficiências em tal compreensão.<sup>34</sup> Ocorre que não

---

<sup>33</sup> NEVES, Marcelo. Op. cit., p. 206. Para o autor, os sentidos, as intenções construídas socialmente (talvez como emanções de valores eleitos) passam a ter uma força que ultrapassa a vontade ou a disposição subjetiva de eventual intérprete ou aplicador do direito. Tal força valorística ultrapassaria inclusive a “vontade do legislador” na medida em que as intenções e desejos sociais tornariam possível significativas alterações de ordem legal: o clamor social passa a ser considerado ponto decisivo, influenciando a própria criação da lei.

<sup>34</sup> O autor José Maurício Domingues esclarece que em sua obra Teoria da ação comunicativa, Habermas propõe uma expansão dos desenvolvimentos trazidos e sua teoria, ressaltando a preocupação do

podemos aceitar a redução da sociedade a um sistema auto-regulador. É preciso recusar a legitimação meramente formal do Direito. A legitimação do direito deve transcender a regra formal para, reconhecendo a importância dos valores, dar conta deles.

Para uma visão além dos sistemas resta evidente que a crítica a ser feita não subsiste diante da possibilidade do cidadão se colocar fora do sistema para, preservando seu espaço, criticá-lo (mundo da vida – autonomia da pessoa). Apenas o efetivo exercício da cidadania permitiria colocar os sistemas em perspectiva, preservando a consciência crítica daqueles que buscam participar ativamente das decisões (daí a importância da cidadania como agente legitimador de direitos).

Resta evidente que precisamos de determinada sistematização para que torne possível uma análise adequada dos institutos dentro da realidade. Todavia tal sistematização torna-se inócua sem o desenvolvimento de uma consciência moral e cidadã daqueles que participam

---

autor em “resgatar a voz da razão, numa época de crescente irracionalismo, e nesse sentido, como antídoto também ao pessimismo de seus antecessores em Frankfurt”.Salientando a necessidade de um diagnóstico para a modernidade, que seria, no caso, uma racionalidade comunicativa. DOMINGUES, José Maurício. Teorias sociológicas do século XX. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 82-83.

do seu processo de formação. É a consciência de valores do humano que dita os interesses, buscando um consenso de entendimento.

A positivação do direito não elimina a necessidade de pensarmos os fundamentos e os fins do direito, buscando, sempre, uma racionalidade direcionada a uma finalidade. Como pontua Grossi:

“O apelo a Kelsen serve para indicar o resultado extremo a que pode conduzir um direito reduzido a um universo de normas e sanções; é um universo bem pobre, que corre o risco de flutuar sobre a sociedade ou até, perversamente, forçá-la e condená-la nos seus desenvolvimentos vitais. É necessário, ao contrário, insistir sobre o direito como ordenamento.”<sup>35</sup>

Daí a crítica pela busca cega do consenso. Afinal, numa sociedade complexa, muitas são as compreensões sobre o que seria o certo e o que seria o errado. Não temos, desse modo, uma única forma de pensar o certo. Nesse sentido torna-se necessário uma maior compreensão de quais seriam, efetivamente, os valores eleitos em cada sociedade, e, em cada situação.

---

<sup>35</sup> GROSSI Paolo. Op. cit., p. 63.

Mesmo com paradigmas diferenciados, não é possível abrir mão de uma análise racional do Direito. Mesmo para analisar questões de valores é imprescindível a existência de uma metodologia válida sob pena de, em nome de uma determinada busca pelo justo, incorrerem no injusto.

O positivismo deve buscar, portanto, levar em consideração os valores que fazem parte da estrutura da própria norma. Através de um positivismo includente (incorporador de valores e não julgador de valores) seria possível atingir um equilíbrio esperado.

Paolo Grossi, acerca do tema, apresenta a seguinte conclusão:

“O direito – e menos ainda o direito moderno – não pode abdicar de sua dimensão formal, fornecendo categorias à incandescente fluidez dos fatos sociais e econômicos, mas deve fazê-lo com a consciência sempre viva de que aquelas categorias dão forma e figura a um saber encarnado, a uma estória viva. Resumindo, devem se tratar sempre de categorias ordenantes, que pescam na realidade, que não flutuam sobre o real, como acontece com todo fenômeno autenticamente e não ficticiamente ordenante. Ser e dever ser necessariamente se confundem, condenando



as teorias puras a ficarem entre os admiráveis exercícios retóricos de engenhosos juristas.”<sup>36</sup>

Temos, desse modo, que o positivismo é inegavelmente interessante – e necessário - como ponto de partida. Serve para estruturar, sistematizar e organizar o fenômeno jurídico. Mas a racionalidade jurídica não tem a pretensão de fornecer todas as possibilidades de compreensão do direito. É apenas uma base de início para alargarmos os horizontes jurídicos, fornecendo instrumentos para entendermos as estruturas jurídicas. Mas jamais pode o positivismo ser encarado como racionalidade suficiente para explicar todo o fenômeno jurídico. Trabalha com objetivo (modo) na medida em que encontra limitações ao buscar uma análise além. Para averiguar diversas situações que exigem do operador do direito uma análise mais aprofundada da realidade, por exemplo, a simples

---

<sup>36</sup> GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 81. O autor ressalta ainda que “No final do século XIX, se quisermos manter objetividade ao nosso olhar, podemos contemplar os riscos (e também os danos) do normativismo que nos conquistou, caracterizado por um direito reduzido a normas, sanções e formas. Pensar o direito como norma (e, deste modo, obviamente como sanção) significa continuar a pensá-lo como poder, porque significa coagular e levar à exaustão atenção do ordenamento no momento em que o comando se produz e se manifesta”.p. 59-60.

teoria positivista não é suficiente. Parte-se da base legal para, a partir daí, medir as opções possíveis que melhor se adequam ao conceito de justo, em cada caso concreto.

Pensamos que através da teoria da valoração é possível alcançar esse necessário aprofundamento de conhecimento da realidade, como demonstraremos a seguir.

### **3. PONTUAÇÕES ACERCA DA TEORIA DOS VALORES**

Diversos autores<sup>37</sup> já buscaram analisar a Teoria dos Valores e sua importância para uma melhor compreensão a respeito das problemáticas existentes nos mais diversos campos de estudo (filosofia, sociologia,

---

<sup>37</sup> Apenas a título exemplificativo apresento alguns autores que tratam da matéria: FRONDIZI, Risieri. Que son los valores? México: Fondo de Cultura Económica, 1991; GARCÍA, Angeles Mateos. A Teoria dos Valores de Miguel Reale (Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico), São Paulo: Saraiva, 1999; HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores, Trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1980; CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Filosofia do Direito. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Vol. II. 3ª ed. cor. e atual. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959.

direito, etc), tratando de diversos aspectos e questionamentos a respeito da matéria. Para os fins propostos no presente estudo, entendemos mais adequada a formulação proposta pelo autor Miguel Reale. Sem desmerecer ou retirar o crédito das diversas obras já escritas sobre o assunto, a apresentação trazida por Miguel Reale nos pareceu a mais didática, respondendo alguns dos questionamentos aqui trazidos. A presente análise será aprofundada através dos estudos de John Dewey, que em sua análise acerca dos desejos e emoções humanas, traz uma relevante abordagem, possibilitando uma melhor e mais completa compreensão da Teoria dos Valores.

Ressalte-se que a proposta do presente trabalho de modo algum busca esgotar as possibilidades de estudo sobre o tema; busca-se apenas esse novo enfoque (através da retomada da Teoria dos valores) a fim de repensar a função social do contrato e do direito de propriedade no contexto da sociedade brasileira moderna.

O estudo dos valores na filosofia é abarcado pela axiologia (derivado do grego *axíōs* que significa apreciação de alguma coisa, valor, valoroso, estima). Ressaltamos que muito embora a preocupação existente com relação ao

estudo dos valores ocorra desde a Antiguidade (sendo problemática posta na Filosofia Grega) houve evidente evolução nos questionamentos trazidos a respeito do tema. Se, de certo modo, existiam inquietações e estudos a respeito de determinados valores (muitos são os estudos antigos acerca do Justo, da Verdade ou do Belo) tais valores eram considerados individualmente, e individualmente analisados. A percepção sobre a amplitude do Valor em si (e não como unidade representativa daquilo que seria a Justiça, a Verdade ou a Beleza, por exemplo) e as correlações significativas da valoração passaram a ser percebidas (ou, pelo menos, tratadas) apenas contemporaneamente.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> “Para atestar isto e, a título de exemplo, basta atentar que Sócrates combatia o relativismo e o subjetivismo sofistas, em defesa do caráter objetivo e absoluto que envolve os valores éticos. A mesma preocupação ocorre com Platão, na sua Teoria da Idéias que não passaria de uma teoria dos valores, em que “o seu mundo das idéias culmina precisamente na idéia de Bem, do valor ético e estético máximo”. Da mesma maneira, Aristóteles considera que existe o Mundo das Formas e o Mundo das Idéias, segundo o qual, a idéia de Bem deve estar apoiado na própria experiência. Mudando o enfoque e, já na Filosofia Moderna, Kant entendia que os valores éticos habitam a consciência moral, pensamento consagrado no célebre trecho “nada, em parte alguma do mundo, ou fora dele, pode sem restrição ser julgado bom, exceto uma boa vontade”. Depois disso, Lotze introduziu o conceito de “valor” e Nietzsche, a palavra valor”, até que em 1889, Bretano lança o livro “A origem do conhecimento moral”, no qual reconhece que o valor é um fenômeno sui generis, inaugurando o que hoje se conhece por Axiologia.”- HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores, Trad. Cabral de

O autor Miguel Reale em sua obra “Filosofia do Direito” <sup>39</sup> trata, em seu título III, das noções de ontologia e de axiologia, traçando um histórico introdutório da Teoria dos Objetos, localizando o Direito como objeto cultural (diferente, portanto, dos objetos naturais físicos, psíquicos ou ideais pois o Direito seria próprio da atitude humana, não sendo mera expressão física ou psíquica). O autor apresenta, ainda, os valores e o mundo do dever ser, retratando as características do valor (historicidade, bipolaridade, implicação recíproca, preferibilidade, referibilidade e realizabilidade) bem como a relação fundamental existente entre valor e direito.

Analisa, ainda, as teorias existentes acerca do valor (considerando as explicações psicológicas, a interpretação sociológica dos valores, o ontologismo axiológico e a teoria histórico-cultural dos valores), para, após, estudar a cultura e o valor da pessoa humana sob o viés da objetividade e historicidade dos valores, observando-se a pessoa como valor fonte.

---

Moncada, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1980, p. 25.

<sup>39</sup> REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 175-216.

Ao abordar, no título VII, a realidade jurídica e o problema ontogenético, o autor conclui pela existência do inevitável conteúdo axiológico do direito, formulando uma crítica ao apriorismo jurídico (a priori como algo não empírico, na medida em que seria necessário impor-se “uma reelaboração dos problemas por ele postos com tanta acuidade, mas sem preocupação deliberada de encontrar no plano da consciência pura ou da subjetividade a explicação transcendental dos fenômenos jurídicos”)<sup>40</sup> bem como objetivando uma visão além do empirismo (esclarecendo que “o espírito humano não faz mera cópia passiva daquilo que existe” conforme lições de Kant).<sup>41</sup>

Segundo Miguel Reale o Direito, a experiência jurídica, corresponderia a três elementos ou aspectos básicos que deveriam interagir de forma dialética e dinâmica: fato (em sua efetividade histórica e social), valor (aspecto axiológico – valor de justiça a ser considerado) e norma (inserido no ordenamento):

“1) O Direito como valor do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada

---

<sup>40</sup> REALE, Miguel. Filosofia..., p. 354.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 357.

Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito;  
2) O Direito como norma ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico;  
3) O Direito como fato social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Filosofia do Direito na parte da Culturologia Jurídica.”<sup>42</sup>

Considerando, desse modo, a teoria tridimensional do Direito proposta por Reale, aliada ao fato de que compete a cada sociedade, dentro de determinado período histórico, eleger sua “tábua de valores”, temos que a validade do Direito tem como base (e, porque não como pilar) a extração da realidade considerando o fato, a norma e o valor em sua totalidade. Apenas através desse trinômio seria possível a efetivação dos direitos e a realização concreta da justiça.

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 509.

### 3.1. Principais teorias que explicam a natureza do valor

Diversas são as discussões e teorias objetivando explicar a natureza do valor. Esclarecemos anteriormente que o Direito estaria inserido na categoria de objeto cultural (objeto feito, transformado, que sofreu a ação do homem), sendo, portanto, passível de ser verificado (ou posto) como objeto de conhecimento na medida em que como objeto cultural, as valorações sobre ele realizadas (considerando os questionamentos jurídicos oriundos da vida real) teriam direta influência sobre a sociedade.

A diferenciação que podemos verificar entre o objeto cultural e os demais objetos surge no sentido de que o objeto cultural possui uma estrutura dúplice formada de substrato e sentido.

Assim, é possível valorar o objeto cultural, na medida em que o mesmo, a partir da interferência humana, passa a ter uma finalidade, um objetivo, pois toda conduta humana tem como pressuposto um determinado fim, a realização de certo valor.



Nesse sentido, quando um homem produz uma determinada obra de arte, ele busca valorá-la esteticamente, considerando o conceito valorístico de belo de sua própria época (já que o valor belo, a compreensão de beleza, assim como as demais concepções valorísticas, são adequadas a cada período histórico-cultural); transpondo tal conceituação para a área do Direito, o magistrado, ao produzir uma determinada sentença – objeto cultural – elege entre os valores de sua época, aqueles valores que entende primordiais, buscando, desse modo, alcançar a justiça - finalidade básica do direito.

O magistrado deverá, ao analisar o fato, preencher seu discurso agregando conteúdo de valor à norma posta, pois uma decisão jurídica (de forma bastante simplista) nada mais é que a realização de uma escolha, de uma opção (ainda que fundamentada) dentre as diversas opções possíveis.

Conforme dizeres de Miguel Reale:

“O Direito, qualquer que seja o conceito que sobre ele se tenha, corresponde sempre a algo de vivido como tal através dos tempos, a uma experiência da qual se teve maior ou menor

consciência, mas que assinala uma direção constante para a garantia de algo. O Direito, portanto, possui conteúdo histórico que nos cabe analisar como conjunto de significações, e não apenas como seqüência mais ou menos regular de fatos. Não basta, por conseguinte, acolher um fato como se fosse jurídico, pois importa verificar como é que foi recebido como tal através do tempo. A compreensão histórico-axiológica deve completar a outra, ou seja, a resultante da descrição e da redução fenomenológica, insuficiente porque revelada de maneira estática, posto entre parênteses o elemento dinâmico da História: no ato em que o objeto de uma pesquisa histórico-cultural se reflete na consciência transcendental, esta se põe como temporalidade.”<sup>43</sup>

Não seria equivocado afirmar, portanto, que todo objeto cultural possui determinada finalidade (conforme um rol de valores eleitos à época) e, possuindo essa finalidade, torna-se passível de verificação valorativa.

Tal verificação valorativa, todavia, não é um procedimento simples, pois o valor é uma entidade complexa na medida em que será preenchido de conteúdo considerando sempre o contexto no qual encontra-se inserido, como explicitado acima, o que explicaria, de certo

---

<sup>43</sup> REALE, Miguel. A filosofia...p. 368.

modo, a alterabilidade dos padrões de valores em cada época.

Cabe indagar, ainda, dentre tantas possibilidades, dois questionamentos que entendemos primordiais para o trabalho em questão: o valor seria um objeto metafísico, presente apenas no mundo de dever ser, representando um ideal imaginado ou o valor seria um objeto do mundo, nele inserido? E ainda: é possível eleger um valor fundamental, basilar, ou todos os valores, dependendo da situação fática, podem ser valorados?

Muito embora certos autores tenham defendido a tese de que determinados valores poderiam ser caracterizados como valores fundamentais (o valor à vida é freqüentemente citado como valor basilar) resta certo que os valores não possuem validade universal porque elementos de uma ordem social e histórica reconhecidamente mutável. Diante de determinadas situações, até mesmo o valor à vida é posto em questionamento (quando tratamos, por exemplo, de questões penais envolvendo legítima defesa, ou, ainda, quando temos dois valores à vida em questão, no caso de uma gravidez com risco de vida à mãe).

No que se refere à localização dos valores no plano do ser ou do dever ser, temos que existem teorias que defendem que os valores pertenceriam ao plano dos objetos ideais, sendo possível vislumbrá-los apenas numa perspectiva metafísica, pois o homem visaria, através dos valores, reconstruir sua identidade ideal perdida.<sup>44</sup>

Em que pese a argumentação apresentada, entendemos que os valores, além de serem temporais (passíveis de ponderação de acordo com o fato concreto e o contexto descrito) não se encontram apenas no mundo do dever ser, como algo a ser apenas contemplado, almejado em sonhos, ou cantado em verso e prosa. Os valores encontram-se no mundo real e possuem como finalidade uma necessidade efetiva de concretização.<sup>45</sup>

Reale defende a tese de que os valores não podem ser considerados mera projeção de preferências individuais,

<sup>44</sup> MARTINEZ, Soares. Filosofia do Direito. Coimbra: Libreria Almedina, 1995. O autor realiza um interessante traçado comparativo entre o mito da caverna de Platão e a tentativa de reconstituição dos valores perdidos pelo homem.

<sup>45</sup> Para o Professor Francisco: “A constelação de valores que propicia a concretização do ideal de justiça, implícito na ordem jurídica, não ocorre de forma automática ou mediante simples dedução lógico-formal. O justo concreto é constituído pelo trabalho do intérprete que elege os valores integrantes da lei positiva e da situação de fato capazes de produzir a interação que otimiza o sentido normativo, de modo a aproximá-lo do justo almejado pelo direito e, em última instância, pela sociedade”. Op. cit., p. 56.

pois quando chegamos ao mundo já encontramos estabelecida uma tábua de valores, pelo que, não criamos nossos valores, mas sim assimilamos os valores estabelecidos por um sujeito histórico mutável (situado no tempo e no espaço, entretanto jamais se subordinando a estes). E explica:

“Os valores não são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, as nossas valorações, mas se inserem antes em nossa expectativa histórica, irmanando-se com ela. Entre valor e realidade não há um abismo; e isto porque entre ambos existe um nexo de polaridade e de implicação, de tal modo que a História não teria sentido sem o valor: um dado ao qual não fosse atribuído nenhum valor seria como que inexistente; um valor que jamais se convertesse em momento da realidade seria algo de abstrato ou de quimérico”.<sup>46</sup>

Esta necessidade de concretização valorística torna-se ainda mais evidente quando pensamos a respeito das possibilidades dentro da área do direito. A compreensão do sentido do justo ou do injusto exige do intérprete uma compreensão que vai além da mera

---

<sup>46</sup> REALE, Miguel. Filosofia....p. 207.

compreensão da norma posta, sendo necessário observar, considerando sempre o caso concreto, as opções possíveis para determinado fato.

A vivência e a experiência do intérprete dentro daquela comunidade serão fundamentais para que o mesmo possa realizar sua análise de um modo mais completo.

É certo que o conhecimento da norma é fundamental, assim, como o conhecimento do fato; todavia, aliando o saber da norma e do fato, aos valores eleitos pela comunidade (através dessa experiência de vida) as chances de alcance do justo serão muito maiores.

Nesse sentido os esclarecimentos do Professor Francisco Cardozo de Oliveira:

“A norma não se resume à estrutura da positividade da lei. O conteúdo da norma encerra uma certa indeterminação que perdura até que iniciado o processo de interpretação e de aplicação do direito. O sentido da normatividade jurídica estrutura-se na perspectiva dos elementos valorativos do caso concreto. (...) Na relação entre lei positiva e situação de fato, no âmbito do processo de concretização, a norma adquire sentido que se

constrói mediante uma constelação de valores que determina a solução justa para o caso.”<sup>47</sup>

Feitas tais ponderações, passaremos à análise das características dos valores para uma melhor compreensão de sua importância para a análise de situações jurídicas.

### 3.2 Características dos valores por Miguel Reale

O valor, segundo Miguel Reale, teria características próprias e fundamentais que o diferenciariam do fato e da norma, por exemplo. Tais características seriam historicidade, bipolaridade, implicação recíproca, preferibilidade, referibilidade e realizabilidade.

Como exposto em outros momentos, o valor pode sofrer alterações de acordo com o contexto histórico no qual se encontra enquadrado. Tal possibilidade confere ao valor a característica de historicidade, o que permite explicar porque, por exemplo, o conceito de belo (padrão estético feminino, por exemplo) do período medieval não corresponde ao conceito atual.

---

<sup>47</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Op. cit. p. 55-56.

Do mesmo modo o conceito de justiça sofreu alterações significativas: se tínhamos punições mais severas (tortura, banimento, pena de morte) tais punições aos poucos foram modificadas. A sociedade passou a eleger outros valores, tais como a ressocialização do réu, a prestação de serviços ou ainda as chamadas penas alternativas, objetivando novamente inserir o infrator dentro da comunidade.

Tais valores são frutos evidentes de cada período histórico e variam ainda, no mesmo período histórico, dependendo da comunidade (observe-se, por exemplo, as diferenças ainda existentes entre as sociedades orientais e ocidentais; e, mesmo se considerarmos as sociedades ocidentais, ainda persistem países que autorizam a pena de morte, como os Estados Unidos). Tais opções refletem aquela “tábua de valores” à qual já nos referimos, que representa o elenco valorístico culturalmente formado.

Outra característica dos valores é que eles são sempre bipolares “porque a um valor se contrapõe um desvalor; ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre o vil; e o sentido de um exige o do outro”.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> REALE, Miguel. A filosofia..., p. 189.



Assim, só se torna possível compreender a idéia de lícito se a confrontamos à idéia de ilícito; o justo se verifica na compreensão da injustiça realizada. A própria dinâmica do direito resultaria diretamente dessa bipolaridade valorística à medida que a vida jurídica se desenvolve basicamente dessas tentativas de resolução de conflitos e desavenças entre autor e réu. Os veredictos apontam inocentes ou culpados que são penalizados ou absolvidos. Conforme aponta Miguel Reale:

“Não é por mera coincidência que existe sempre um autor e um réu, um contraditório no revelar-se do direito, dado que a vida jurídica se desenvolve na tensão de valores positivos e negativos. O Direito tutela determinados valores que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores: até certo ponto poder-se-ia dizer que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência.”<sup>49</sup>

A bipolaridade leva à outra característica dos valores: possuindo uma dupla polaridade, os valores se implicam reciprocamente, “no sentido de que nenhum deles

---

<sup>49</sup> REALE, Miguel. A filosofia...p. 189.

se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais”.<sup>50</sup> Considerando, por exemplo, determinada decisão a respeito da função social de um contrato, muitos questionamentos irão surgir: deve prevalecer a cláusula contratual que prevê estritamente o cumprimento do pactuado ou outros fatores deverão ser observados? Prevalece, nesse caso, o valor econômico, ou valor ambiental, por exemplo? Resta certo, desse modo, que qualquer opção por um dos valores irá influenciar no outro valor não acolhido. Apresentamos tais exemplos, mas inúmeras são as possibilidades de conflitos entre valores, inexistindo uma única resposta solucionadora para todas as hipóteses.

Caberá ao intérprete da lei, considerando todos os fatos e valores envolvidos, realizar uma ponderação buscando a melhor solução possível para aquele caso, pois “a interpretação é relação e processo inseridos na realidade histórica. A construção dos fundamentos teóricos da interpretação depende, portanto, dos valores reconhecidos relevantes no contexto histórico para determinar o sentido justo da norma”.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Op. cit., p. 8.

Esta possibilidade de optar demonstra que os valores são passíveis de preferibilidade, pois implicam sempre uma tomada de posição do homem (sendo, portanto, determinantes de condutas). A preferibilidade torna possível a preferência, a opção de escolha entre valores denotando ainda a referibilidade dos mesmos: os valores demonstram um objetivo que conduz determinada ação humana, apontando a finalidade, o sentido de cada atitude realizada.

Sendo possível preferir valores em sua realização, também se torna possível a hierarquização destes valores. Ressaltamos, todavia, que tal hierarquização não será estática, inexistindo um único valor supremo e fundamental.

Cada situação concreta (dentro de cada realidade com seus elementos próprios e diferenciais determinantes) exigirá nova hierarquização e nova opção de preferência o que fornecerá, para aquele caso (individualmente considerado) a resposta necessária. O intérprete da norma será conduzido a realizar, portanto, uma pesquisa em torno dos valores e finalidades capazes de traduzir a justiça naquele determinado caso:

“É possível haver uma ordenação do valioso, não de forma absoluta, mas nos ciclos culturais que representam a história humana, sendo certo, outrossim, que existe algo de constante no mundo das estimativas, algo que condiciona o processo histórico como categoria axiológica fundamental, que é o homem mesmo visto como valor ou fonte espiritual de toda a experiência axiológica.”<sup>52</sup>

Temos, portanto, que os valores estão inseridos num conceito de historicidade, possuem bipolaridade, implicação recíproca, preferibilidade, referibilidade, sendo, ainda, passíveis de serem realizados, concretizados dentro de seu contexto.

Se toda conduta humana tem um objetivo axiológico (seja tal objetivo a realização do belo, do bom ou do justo, por exemplo), este objetivo só se tornará pleno se puder ser efetivado dentro da realidade.<sup>53</sup>

Do mesmo modo a realização do objetivo do intérprete da lei ao buscar a efetivação do direito: “A partir do texto legal inicia-se o processo de elaboração racional que constitui o ato de interpretação e que tem por objetivo

---

<sup>52</sup> REALE, Miguel, A Filosofia..., p. 191.

<sup>53</sup> Conforme aponta o Professor Francisco: “O que é justo somente se mostra justo no direito na perspectiva do caso concreto, o que implica reconhecer que somente é possível conhecer e compreender o direito como processo, do ponto de vista da sua operacionalidade”. Op. cit., p. 59.

alcançar o sentido da norma que somente é determinável no processo de concretização do direito”.<sup>54</sup>

Nesse sentido a complementação formulada por Reale:

“(...) perante as exigências do justo, verificadas em cada caso concreto, não pode prevalecer o amor por formas lógicas vazias, ou por processos dialéticos abstratos, razão pela qual as ficções, por exemplo, ou as exceções surgiam, não para salvar a harmonia formal do sistema dogmático, mas para atender a fatos particulares e ao valor neles imanente; as generalizações ou as ordenações normativas, surgidas da apreciação direta dos fatos, não passam a valer radicalmente por si mesmas, como dogmas, mas possuem antes uma validade temporária, que não põe termo à incessante pesquisa à luz de novos dados da experiência.”<sup>55</sup>

### 3.3 Teoria Da Valoração Por John Dewey

Miguel Reale, preocupado em localizar sua teoria dos valores dentro da realidade posta, encontra sua

---

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Op. cit.,p. 10

<sup>55</sup> REALE, Miguel, Os horizontes ...,p. 49.

limitação teórica justamente ao ignorar a importância das emoções e dos desejos na formulação dos valores.

John Dewey <sup>56</sup> vai se preocupar com a questão de pensar fins e finalidades a partir de determinados questionamentos. Busca responder em sua obra, se é possível que um sentimento possa ser objetivado, ou, ainda, como produzir o conceito de determinado instituto (como, por exemplo, o de função social do contrato) e de que forma tal conceito irá se formalizar, considerando todos os sentimentos existentes e se, estes sentimentos interferem (ou devem, ou podem) interferir na realidade.

O problema nem está na formulação do conceito, mas sim na preocupação de que tal conceito possa se formalizar na realidade. Para conferir uma racionalidade para os fins é preciso realizar uma reflexão crítica. Trabalha-se com interesses e fins, um propósito de que

---

<sup>56</sup> Para John Dewey mostra-se necessário atentar para o fato –muitas vezes desmerecido por outros autores - de que, na realidade, os desejos são o resultado de uma integração entre o homem e o ambiente cultural no qual ele vive e se desenvolve, isto é, são o resultado de experiências anteriores vivenciadas pelos indivíduos. Assim, o desejo seria exatamente a transformação que determinadas condições do ambiente provocam num ato que seria puramente um instinto. Em DEWEY, John. Teoria da lá valoración: um debate com el positivismo sobre la dicotomia de hechos e valores; Chicago, University of Chicago Press, 1939,

aquilo efetivamente ocorra. É possível sim produzir efeitos a partir do princípio da efetividade, reconhecendo-se um esforço dessa tentativa de materialização. Assim, questões emotivas às vezes são mais importantes que situações concretas.

John Dewey ressalta que uma das maiores dificuldades nas tentativas de formulação de teoria da valoração adequada seria a falta de compreensão a respeito da importância dos desejos humanos (bem como o esquecimento do papel exercido pelas condições e instituições culturais na formação dos desejos e interesses dos homens, como se houvesse, de fato, uma separação entre o mundo dos fatos e o mundo dos valores) que geralmente são colocados à margem do conhecimento científico ou simplesmente ignorados.

A ciência tem que medir esses propósitos que efetivamente possuem poder de alteração da realidade. Vários momentos históricos relevantes partiram de questões emotivas. Pensar fins não chega a ser irracional. O que impele um homem a optar por algo? Além dos gráficos e explicações matemáticas há um propósito emocional que move tudo isso. A importância de uma teoria

da valoração reside justamente no fato de que os valores de motivação produzem valores reais. A racionalidade de proposições valorativas em razão da relação existencial entre meios, fins e conseqüências. Não é um pensamento abstrato, mas sim uma linha pragmática, são opções valorativas. Resolvemos tais questionamentos cobrando sua efetividade na realidade concreta.

A crítica às teorias que entendem por bem separar o indivíduo de suas emoções, de seus desejos, reside justamente no fato de que para a “manutenção do fenômeno da valoração sob uma espécie de ditadura de tradições, convenções e costumes institucionalizados não sujeitos a qualquer forma de avaliação”.<sup>57</sup>

Se considerarmos os problemas da sociedade pós-moderna hipercomplexa, a crítica de Dewey torna-se ainda mais relevante na medida em que praticamente se exige hoje do operador do direito uma postura que permita ir

---

<sup>57</sup> Nesse sentido, DEWEY, John: “Es más, la idea de que se puede construir una teoría adecuada de la conducta humana – incluídos em particular los fenómenos relativos a desos y propósitos, tomando a los individuos separados del escenario cultural em el que vivem, se mueven u desarrollan su existência – teoría que a la cabría llamar com justicia individualismo metafísico –, se há unido a la creencia metafísica em um reino de lo mental para mantener los fenómenos de valoración bajo el dictado e tradiciones, convenciones y costumbres institucionalizadas no sujetas a examen alguno.” Op. Cit., p. 140.



além: não basta a mera consulta à legislação ou à jurisprudência; torna-se imprescindível um efetivo conhecimento da realidade que nos cerca, conhecimento este que possibilitará uma análise mais adequada da situação que for apresentada, colocada, seja diante de um advogado, para analisar as reais chances de determinado caso (dentro da realidade que o cerca), seja diante do magistrado, que não poderá ignorar a vida real, sob pena de atuar de modo injusto.

Temos, desse modo, que, a separação entre as idéias e emoções, ou seja, a separação entre o afetivo e o cognitivo, é indicada como sendo uma das causas das diversas espécies de desajustes que podem ser observados na sociedade contemporânea.<sup>58</sup>

Resta evidente, portanto, a necessidade de efetiva integração entre os fatores emocional e intelectual, mormente porque as valorações (por conseguinte, os próprios desejos) refletem a vivência do homem em conexão com o ambiente em que vive, não se situando, diversamente do que se sustenta de forma reiterada, num âmbito puramente mental.

---

58

## CONCLUSÃO

A norma jurídica (considerada objeto cultural) pressupõe uma série de escolhas valorativas que traduzirão o justo, o adequado e o correto, considerando determinada problemática proposta. Torna-se fundamental para operador do direito, portanto, o estudo do valor.

Os valores eleitos possuem importância primordial no sistema de interpretação e compreensão das normas, seja para realizar o preenchimento de lacunas, seja na aplicação da analogia, da equidade, subsunção ou silogismo (técnicas interpretativas que auxiliam o operador do direito). Através da utilização do rol de valores selecionados pela sociedade é que se possibilita a efetiva concretização dos direitos previstos nas normas. E, muito além da possibilidade de prestar auxílio a técnicas interpretativas, o conteúdo valorístico realiza verdadeira

ponte entre o saber prático e o saber teórico, como bem aponta o Professor Francisco Cardozo de Oliveira:

“Ao ignorar a importância dos valores na constituição do direito, a técnica de subsunção apoiada no silogismo, considerada de forma isolada, não esgota as possibilidades de tutela para a posse e para a propriedade. (...) O que está em discussão agora não são apenas os efeitos de determinada técnica interpretativa na esfera da positividade da lei, mas o modo como estruturado o fundamento teórico e prático do fenômeno jurídico”.<sup>59</sup>

No mesmo sentido entendimento de Paolo Grossi, ao falar sobre as possibilidades de efetivação do direito através de uma abordagem hermenêutica: “É a conquista que ainda deve ser realizada. A teoria hermenêutica deu, ao longo do século XX, passos enormes, aproximando de forma evidente o momento normativo e o momento de interpretação-aplicação”.<sup>60</sup> O autor complementa sua tese ressaltando que:

“O único meio de retirar esse tradicional e repugnante esmalte potestativo e autoritário era e é conceber a norma como um procedimento que não se cumpre com a produção, mas que possui um momento subsequente, o momento

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Op.cit., p. 32-33.

<sup>60</sup> GROSSI, Paolo. Op cit. p. 75.

de interpretação, como se ele estivesse dentro do processo de formação da realidade complexa da norma; resumindo, a interpretação como momento essencial da positividade da norma, uma condição ineliminável para a concretização da sua própria positividade”.<sup>61</sup>

Justamente por tais motivos, há a necessidade de uma compreensão adequada dos valores (enquanto fundamento último da realidade humana), porque são eles que, em última instância, seriam responsáveis pela orientação das nossas conduta, atuações e opções. Ademais, a natureza sistêmica do direito permite perfeitamente essa consideração dos valores enquanto elementos (em conjunto com as normas, regras, princípios e fins) para a busca pela decisão justa.

Muito embora o objetivo deste trabalho não seja apresentar uma crítica à estrutura positivista da lei, torna-se necessário destacar, como exposto anteriormente, que a norma não se resume à observância da lei.

A complexidade social da modernidade exige um esforço de compreensão para além do posto, do escrito: os fatos sociais exigem uma vivência fática e valorativa do

---

<sup>61</sup> Ibidem, p. 76.

operador de direito, na medida em que o fenômeno jurídico, assim como a sociedade, é dinâmico e instável.

Como pontuado em diversas oportunidades nesse trabalho, as condições da modernidade não se igualam às condições anteriormente estabelecidas. Sendo comumente citada como uma das características da sociedade moderna o seu caráter global, resta evidente que as expectativas da sociedade passam também a ser globais. Anthony Giddens, sobre o tema, alerta o surgimento de “interdependências globalizadas” que exigem soluções muito mais complexas do operador do direito, que precisará aprender a conviver com diferentes perspectivas e visões de mundo, restando inegável a necessidade de compreensão dos valores envolvidos nos diversos cenários globais. Giddens esclarece que:

“Uma das conseqüências fundamentais da modernidade (...) é a globalização. Esta é mais do que uma difusão de instituições ocidentais através do mundo, onde outras culturas são esmagadas. A globalização – que é um processo de desenvolvimento desigual que tanto fragmenta quanto coordena – introduz novas formas de interdependência mundial, nas quais, mais uma vez, não há o outro. (...) Movimentos além da modernidade ocorrem num sistema

global caracterizado por grandes desigualdades de riqueza e poder e não podem deixar de ser por eles afetado.”<sup>62</sup>

Passa-se assim a exigir uma nova racionalidade que torne possível não apenas responder às novas inquietudes sociais, que não puderam ser respondidas dentro de uma lógica estritamente positivista, como também efetivamente apresentar soluções possíveis para problemas tão característicos dessa nova realidade, tais como a desigualdade na distribuição de riquezas, os bolsões de miséria, o aumento da violência, as discussões econômicas globais. Parece-me muito evidente que, para análise de tais questões, inexistente simples resposta em código ou norma positivada. Nesse sentido, ressalta Paolo Grossi:

“O reconhecimento da natureza valorativa do direito, e da importância do processo de concretização, permite compreender que o conhecimento jurídico transcende os limites estreitos de uma abordagem lógica, semelhante a das ciências da natureza. Permite também obter uma visão muito mais rica do fenômeno jurídico e do trabalho de construção das tutelas”.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> GIDDENS, Anthony. Op. Cit. p. 173-174.

<sup>63</sup> GROSSI, Paolo. Op cit. p. 57.

As bases e características da Teoria da Valoração, apresentada por Miguel Reale, bem como a contribuição de Dewey no que se refere ao resgate da importância dos desejos e emoções humanas, acabam sendo uma importante ferramenta para o operador do direito, na medida em que se baseiam sobretudo na compreensão da realidade prática e das experiências vivenciadas como pilares principais.

Dentro dessa visão, os valores assumem então um importante papel, posto que estabelecidos em conformidade com as necessidades do próprio homem traduzindo, assim, as reais expectativas de cada comunidade (e além dela, observando os anseios globais) dentro de cada contexto considerado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales.  
Tradução Ernesto Garzón

Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

DEWEY, Jonh. Teoria da lá valoración: um debate com el positivismo sobre la dicotomia de hechos e valores; Chicago, University of Chicago Press, 1939.

DOMINGUES, José Maurício. Teorias sociológicas do século XX. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008

GONÇALVES, PEDRO et alii Os serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador in Estudos de Regulação Pública I, org. Vital Moreira, Coimbra, Editora Coimbra, 2004, p. 174-317.

GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Tradução Arno Dal Ri Junior. 2 ed. rev. e atual., Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. São Paulo: Unesp, 1991.

HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores. Tradução Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1980.

MARTINEZ, Soares. Filosofia do Direito. 2 ed. ver. Coimbra: Libreria Almedina, 1995.



NEVES, Clarissa Eckert Baeta. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222006000100007&script=sci\\_arttext&tlng=pt%23nt23](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222006000100007&script=sci_arttext&tlng=pt%23nt23). Acesso em 13.11.2008.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Horizontes do Direito e da História. 3 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

SACHS, Ignacy. Rumo à ecossocioeconomia: Teoria e prática do desenvolvimento. São Paulo: Cortez, 2007.