



## OS TRÊS CAMINHOS DO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

FIALHO, Marcelito Lopes<sup>1</sup>

ADORNO, Paulo Alves<sup>2</sup>

SANTIAGO, Valdemar<sup>3</sup>

LEME, Fabrício Augusto Aguiar<sup>4</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho trata-se de um estudo de cunho teórico, onde é utilizado o método dedutivo, cujas premissas são obtidas através da pesquisa bibliográfica, elaborada a partir da obra denominada: “Filosofia do Direito” escrita pelo professor e jurista, MASCARO. Em sua obra, o professor procura apontar as principais diferenças que existem entre o juspositivismo, o não juspositivismo e a filosofia do Direito crítica. A abordagem utilizada será a qualitativa e o objetivo do trabalho é demonstrar quão importante é, as teorias apontadas pelo jurista, para os dias atuais. Quanto à conclusão, pudemos perceber a importância da filosofia do Direito Crítica, para os dias atuais, onde o capitalismo impera nas relações humanas e comerciais do Brasil e no mundo. A crítica e o trabalho constante em prol da mudança social, com o apontamento das falhas no universo capitalista, podem melhorar e até mesmo mudar o paradigma do mundo; e trazer uma distribuição de renda e equidade social mais equilibrada aos povos.

**Palavras-chaves:** filosofia, filosofia do direito, juspositivismo, não juspositivismo, teoria crítica.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco, fazer uma explanação a respeito dos pensamentos jurídicos percorridos por inúmeros filósofos, desde Sócrates, Platão e Aristóteles, na Idade Antiga, passando pelos discursos filosóficos de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, na Idade Média, chegando até os estudos avançados de Kant, Hegel, Foucault e Marx, nos tempos da Idade Contemporânea.

Os caminhos dos pensamentos jurídicos serão divididos em três partes; e, em seguida, faremos uma explanação a respeito das correntes filosóficas do **Juspositivismo**, do **Não juspositivismo** e da **Crítica**. Esses temas são essenciais para entendermos o pensamento filosófico

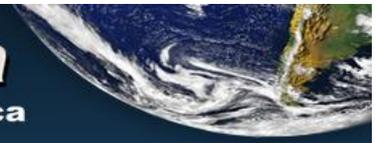
---

<sup>1</sup> Advogado inscrito junto à OAB/GO e MESTRANDO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS na Universidade Santa Cecília – UNISANTA.

<sup>2</sup> Advogado inscrito junto à OAB/SP e MESTRANDO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS na Universidade Santa Cecília – UNISANTA.

<sup>3</sup> Conciliador e Mediador do TJSP e MESTRANDO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS na Universidade Santa Cecília – UNISANTA.

<sup>4</sup> Professor Universitário - Graduado em Direito pela UNISANTOS (2002) e Pós-graduado pela mesma instituição em Direito do Trabalho e Processo Civil (2007). MESTRANDO EM DIREITO DA SAÚDE: DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS na Universidade Santa Cecília – UNISANTA

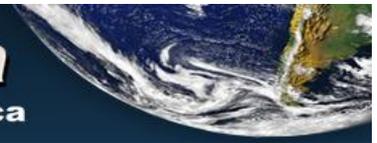


a respeito de Direito e Justiça, desde a época do regime Escravocrata, passando pelo Feudalismo, indo para o Absolutismo da Idade Moderna, até chegarmos ao Capitalismo, da Idade Contemporânea. Essas três divisões foram criadas, didaticamente, pelo professor e jurista Dr. Alisson Leandro Mascaro. Essas teorias são as mais avançadas e explicativas, para entendermos o mundo do Direito e as suas aplicações, na prática, no momento atual, do nosso século XXI.

De acordo Mascaro (2015), o Direito não é um fenômeno da natureza e nem algo biológico ou químico, ele é uma inteiração social e histórica. Para entender o Direito, temos que depender de como nós o analisamos, de que ângulo, o vemos. O primeiro ponto é o do Juspositivismo, que é o Direito posto pelo Estado, através de normas estatais, como, por exemplo, os poderes internos do Estado, tais como os poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário. Neste primeiro caminho, o do Juspositivismo, há um grande campo de legitimação e de aceitação do direito e das instituições políticas e jurídicas, que poderíamos denominar de visão estatal, formalista, institucional e liberal. Neste campo do saber, concentram-se os maiores números de teóricos do direito na atualidade. Mas, por outro lado, há aqueles juspositivistas que são ecléticos, há os que pensam de maneira estrita e aqueles que pensam eticamente. Podemos dizer que no juspositivismo há uma série de compilações jurídicas reunidas que formam o direito material e positivo. Tudo isto baseado em Leis e ordenamentos jurídicos.

Segundo a obra de Mascaro (2015), a maioria dos operadores do direito comunga com o juspositivismo, talvez pela limitação teórica, pela prática e pelas estruturas institucionais do direito contemporâneo. E, o dia-a-dia do operador do direito (advogado, por exemplo), torna-se um ofício, cujo pensamento é adstrito às normas jurídicas do Estado. O que o torna alienado ao sistema de regras e normas rígidas, tais como pregava Hans Kelsen, em sua obra denominada “Teoria Pura do Direito”. Este caminho filosófico está ligado diretamente às filosofias orientadas ao conservadorismo.

O fundamento metodológico mais requisitado, atualmente, no juspositivismo, é o da filosofia analítica, com fortes representantes de pensadores da teoria geral do direito, tais como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio, como os principais e mais atuantes, nesta linha de raciocínio filosófico. Esse caminho defendido pelos pensadores que acabamos de citar, reduz o direito à norma e passam a tratá-la de modo autônomo e fragmentado. Isto faz com que o conhecimento torna-se recortado no todo, da realidade social. O juspositivismo torna-se, por assim dizer, em analítica reducionista. Na prática, o jurista juspositivista manipula as normas jurídicas estatais, e, em termos filosóficos, lhe dá um tratamento analítico, lingüístico e lógico, valendo-se de filosofias da comunicação. Segundo Mascaro, 2016:



Kelsen é o ápice da redução analítica. Miguel Reale é o exemplo de uma resistência romântica a essa redução total. Jürgen Habermas é o exemplo do proveito dessa redução em benefício de sua posterior reelaboração e extensão à política, à economia, à cultura e à sociedade. Assim sendo, pode-se falar de uma filosofia do direito juspositivista pré-reducionista, outra plenamente reducionista e outra pós-reducionista. (MASCARO, 2016, p. 314).

Em oposição ao Juspositivismo, temos a leitura do **Não juspositivismo**, que nos ensina que o Direito não é aquela norma jurídica estatal rígida, ele é, nas palavras de Foucault, uma prática social e se estrutura num poder além das normas estatais, pregadas pelo Juspositivismo. Nesta via não juspositivista Carl Schmitt também tornou-se um aliado a esse campo do saber filosófico, defendendo outras leituras a respeito dos poderes emanados pelas normas estabelecidas pela sociedade mercantilista. Já nas filosofias do direito não juspositivistas e não marxistas há uma multiplicidade de conotações políticas que se pode vislumbrar, apontando diretamente para o reacionarismo, tomando-se como pensadores, sem um uso crítico, tendo como estudiosos mais brilhantes, na época, Heidegger, Gadamer e Schmitt. Estes não apresentam, de forma alguma, um pensamento conservador, na medida em que são antimodernos e antiliberais. Suas filosofias não são construídas a partir de uma base de classes, em razão dos oprimidos. Os pensadores que acabamos de citar tem uma filosofia que não são construídas a partir de uma base de classes, em razão dos oprimidos. Portanto, as suas orientações são reativas, que vão muito além das reações proativas ou conservadoras. Em alguns casos, há a sensação de que os seus pensamentos filosóficos tratam-se mesmo de uma falta de orientação político-social.

Michel Foucault tem uma peculiaridade e um peso próprio dentro da filosofia do direito não juspositivista, não marxista. Ele é um pensador com olhar político crítico, muito próximo do marxismo. Mascaro (2016), disserta que o pensamento de Foucault é tomado por um prisma crítico, que se junta com o marxismo, numa perspectiva de futuro, tentando fazer das leituras das obras de Michel Foucault um pós-moderno que é impulsionado para um presente fragmentado ou a um futuro fragmentado, conforme o grau de leitura pós-moderna que se lhe aplique.

Nas palavras de Michel Foucault, (1987), na obra: “Vigiar e punir: nascimento da prisão” - temos uma clara mudança de paradigmas na visão de punir aos infratores que cometiam crimes, sejam eles bárbaros ou não, conforme o autor escreve:

Dentre tantas modificações, atendo-me a uma: o desaparecimento dos suplícios. Hoje existe a tendência a desconsiderá-lo; talvez, em seu tempo, tal desaparecimento tenha sido visto com muita superficialidade ou com exagerada ênfase como “humanização” que autorizava a não analisá-lo. De qualquer forma, qual é sua importância, comparando-o às grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento; o júri adotado quase em toda parte, a definição do caráter essencialmente corretivo da pena, e essa tendência que se vem acentuando sempre mais desde o século XIX a modular os castigos segundo os indivíduos culpados? Punições menos diretamente físicas, uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação, merecerá tudo isso acaso um tratamento à parte, sendo



apenas o efeito sem dúvida de novos arranjos com maior profundidade? No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. (FOUCAULT, 1987, p. 12).

Constatamos que o Direito juspositivista passa por uma mudança e ganha adeptos, como Foucault, na visão não juspositivista. É a nova dinâmica social quem faz a aplicação da Lei nos delitos sociais. Com o passar dos tempos e dos anos, surgem novos olhares e paradigmas na aplicação da Lei às punições aos crimes praticados pelos homens na sociedade. E, com isso, surgem novas maneiras de pensar e ver o mundo. Sendo assim, o não juspositivismo aparece como uma nova modalidade filosófica de encarar as novas realidades do mundo, no fazer e no pensar jurídico e filosófico.

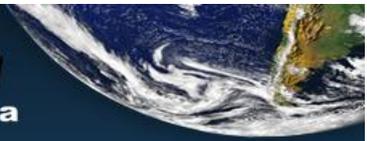
Por fim, temos a leitura Crítica, que vai estabelecer a compreensão mais profunda a respeito das relações concretas, práticas e materiais, que fazem a sociedade ser o que é, nos dias atuais. Essa leitura Crítica do Direito permite-nos entender as razões pelas quais são aplicadas as normas e as técnicas do Direito contemporâneo. Na verdade, o Estado não cria o Direito, Ele apenas ratifica as normas jurídicas e as aperfeiçoa aos seus interesses, por meio dos Entes Públicos, por meio dos seus governantes, desde os vereadores, até ao Presidente da República e o Congresso Nacional, no caso do Brasil. Essa corrente de direito crítica tem, no marxismo, o seu mais importante e pleno caminho de observação e criticidade. Essa corrente marxista procura representar a crítica mais profunda e o horizonte mais amplo da transformação social, política e jurídica, porque procura investigar os nexos históricos e estruturais do direito com o todo social. Com esse exercício de capacidade de criticidade, chega-se à plenitude para a análise da filosofia do Direito.

A filosofia do direito crítica nos orienta para a transformação social. Essa transformação que foi uma divisa maior de Marx, na Tese XI, tem como horizonte para o pensamento jurídico crítico marxista. E, na filosofia do direito crítica, não há possibilidade de enxergar no passado, pré-capitalista, uma solução melhor do que o presente, não se conformando, em contrapartida, com o momento presente. Em suma, o marxismo é a filosofia que aponta para a superação e para o futuro.

De acordo com Mascaro, temos que:

Os três caminhos da filosofia do direito contemporânea representam, também, três abordagens quanto à extensão do fenômeno jurídico. Na primeira trilha, juspositivista, há uma tentativa de redução do direito apenas aos limites da sua manifestação e elaboração estatal. O jurídico se confina ao normativo estatal. O juspositivismo é a mais reducionista das visões jusfilosóficas contemporâneas.

No segundo campo, não juspositivista, a compreensão do direito dá um salto qualitativo. O direito não é mais tido no mero limite das normas jurídicas estatais. Por detrás das normas jurídicas, há as relações de poder, que são concretas, históricas, sociais, desde as maiores



decisões da vontade estatal até a microfísica do poder. As filosofias do direito não juspositivistas buscam, então, escapar do reducionismo formalista. (MASCARO, 2016, p. 312).

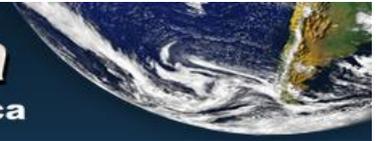
No marxismo, podemos perceber a ampliação de análise do direito no campo da norma jurídica para o poder, fazendo-nos compreender os nexos mais profundos das relações de poder na sociedade. Este é o mais vasto e pleno caminho jusfilosófico contemporâneo para estudar e compreender as relações sociais pós capitalismo mercantilista.

Procurando demonstrar as estruturas dos três caminhos da filosofia do direito contemporâneo, Mascaro (2016) define bem esses caminhos, apontando as diferenças e distinções de cada um deles; assim, vejamos:

Então, pelo ângulo das possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico, destaca-se uma visão amplamente reducionista – o juspositivismo -, uma visão atrelada ao poder – as filosofias do direito não juspositivistas – e uma visão plena da totalidade – o marxismo. Para o juspositivismo, o direito é uma esfera autônoma, imediatamente dada e limitada pelas normas estatais. Para as filosofias do direito não juspositivistas, o direito não é uma esfera desconectada ou autônoma, pois já se pensa no poder como sua base. Mas, muitas vezes, o não juspositivismo apenas transfere a autonomia do campo normativo para o campo político. O marxismo é quem liberta totalmente o fenômeno jurídico de seu confinamento nas visões reducionistas, seja no reducionismo normativista, ou seja, no reducionismo político estatal. O direito é pensado a partir das estruturas do todo histórico-social. (MASCARO, 2016, p.312).

Temos como percussores do juspositivismo, como inspiradores, os maiores filósofos e não necessariamente os juristas. A presença das ideias de Kant é marcante, somando-se às ideias de Hegel. Eles têm as normas jurídicas como sólidas, materializadas nas leis e nos códigos, em geral. Assim, mediante as explanações que demonstram as diferenças entre os três caminhos, podemos também dizer que, no campo não juspositivista, e não marxista, temos o grande estudioso Heidegger, como sendo o seu grande paradigma e precursor. Foucault também é adepto a essa linha de pensamento. Agora, no campo da visão crítica, que é o terceiro caminho da filosofia contemporânea, temos Marx, como o seu maior teórico e filósofo crítico das últimas décadas. E, dos três caminhos filosóficos, esse último, no plano da filosofia crítica é a mais alta dos três.

O marxismo é a corrente filosófica que mais se apropria ao direito crítica. Nele, há um encaminhamento para a compreensão da situação do direito relativo ao seu patamar histórico e social, denominado de capitalismo. O marxismo procura buscar e compreender a manifestação histórica, existencial e decisionista do poder emanado do capitalismo e que atinge o direito. Entender os vínculos estabelecidos entre Estado, direito e reprodução econômica e social é a tarefa mais árdua e mais ampla da teoria marxista junto à filosofia do direito.



Para entendermos a dinâmica essencial de cada um dos caminhos da filosofia do Direito, elaborado pelo jurista e estudioso Mascaro (2016), vamos nos aprofundar nas principais correntes de pensamentos de cada um dos três caminhos, assim vejamos:

### **Em primeiro lugar, falemos das filosofias do Direito Juspositivistas.**

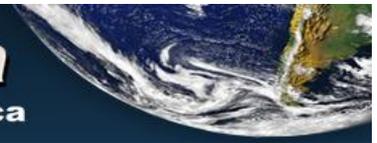
#### **Correntes dos pensamentos juspositivistas:**

Esta filosofia apresenta o direito contido nos limites do Estado, é o direito posto pelo Estado. Afirma que o Direito só pode ser entendido como norma jurídica, com uma posição social e uma política conservadora, se pautando apenas na análise da norma. O jurista juspositivista é indiferente, pois rege sua opinião na norma válida, apenas no presente e não se preocupa com as mudanças de fatos sociais.

Há variados pensamentos que se vinculam nesta linha de estudo, havendo, no entanto, três grandes correntes que podem ser distinguidas dentro dos positivismos. A sua compreensão se dá por meio da relevância que são aplicadas às técnicas normativas estatal, sendo esta parcial ou total. Nas palavras de Mascaro, (2016), temos:

Desde o século XIX – e, de algum modo, passando por todo o século XX e vivo até hoje – a primeira grande afirmação do direito positivo estatal se dá a partir de referenciais ainda extranormativos, na medida em que a esterilidade de uma mera analítica normativa estatal é chocante ao espírito jurídico que ainda há pouco, no século XVIII, era jusnaturalista. Tal visão que já é juspositivista, mas o funda em razões extraestatais pode ser chamada de juspositivismo eclético, justamente por mesclar o campo da normatividade estatal a valorações sociais. O caminho filosófico que situa o direito numa técnica normativa estatal mitigada está presente nas variadas manifestações de ecletismo jurídico, como o culturalismo jurídico, do qual Miguel Reale é certamente o seu maior expoente, e que foram típicas de um modo de pensar que chega até os meados do século XX. (MASCARO, 2016, p.322).

Neste caminho estritamente técnico, na escola juspositivista, temos como o maior representante, o seu maior pensador, denominado de Hans Kelsen. O lastro de tal visão juspositivista pode ser denominado de filosofia analítica, uma vez que o autor tem as leis como algo rígido, que são as leis compiladas e frias, que são aplicadas ao cidadão infrator. Ou seja, o Direito Positivista assume a aplicação da Lei. Somente com o passar dos anos, especificamente no Século XX, e com o desgaste do juspositivismo surge uma visão ética liberal, passando a valorizar os valores éticos e sociais. Nesta época, os seus maiores defensores são: Ronald Dworkin, John Rawls,



Robert Alexy e Jürgen Habermas. Eles são os filósofos, do direito, mais conhecidos e respeitados nesta nova fase de entendimento intelectual a respeito da aplicação da lei.

### **O juspositivismo foi dividido em três correntes:**

**O juspositivismo eclético:** o juspositivismo, rompendo com o jusnaturalismo, privilegia o trabalho com normas estatais, limitando a ciência do direito somente ao posto por elas. Mas, os princípios juspositivistas consideram que o direito positivo resulta de fontes externas ao próprio estado, como a moral, a cultura ou valores sociais. Para eles, o direito é norma, normas que surgiram das tradições do povo. Essas normas devem refletir as tradições, a cultura e o espírito do povo. Cada povo possuía sua própria cultura e seus valores; o direito exprime exatamente esse espírito.

Com o surgimento da tomada do poder estatal, por parte da burguesia, a partir do Século XIX, o pensamento jurídico se assenta em bases juspositivismo. E, o seguimento desta corrente filosófica está muito ligado ao direito natural positivado. Segundo Mascaro, (2016):

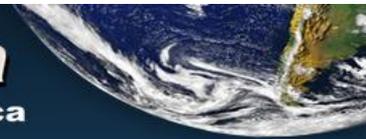
O mito de entrada da contemporaneidade jurídica é a chamada positivação do direito natural. Creu-se que o direito positivo deveria ser seguido porque, no fundo, ele era apenas o direito natural positivado. Assim argumentou o pensamento burguês liberal em início do Século XIX. (MASCARO, 2016, p.322).

Com o caminhar dos anos, surgem outros juristas que se aproximaram do juspositivismo, insistindo em encontrar outros fundamentos que explicassem as leis postas pelo Estado e as leis exteriores ao mundo estatal.

O positivismo eclético teve o seu início no juspositivimos na chamada *Escola histórica do direito*. Tendo como os seus grandes estudiosos, Karl Von Savigny e Volksgeist, no Século XIX.

Savigny, a partir da sua obra Sistema do direito romano atual, propõem que o direito não fosse compreendido, apenas, a partir de normas jurídicas, mas sim, que esta se impõe por representar o espírito do povo. E, estes conceitos, embora vagos, explicam a manifestação de institutos históricos e sociais defendidos, como, o da família e o da propriedade, que depois passaram a ser consubstanciados na lei.

O ecletismo se dá, aqui, porque os filósofos defendiam que, embora o direito fosse haurido do Estado, não o teria como sua fonte inicial. Com a sociedade burguesa em acomodação, com classes as mais distintas em conflito, o juspositivismo procura fazer um jogo para atender ao Estado



e à classe burguesa que se ascendia. Essa acomodação entre a normativa estatal é uma espécie de institucionalização do espírito do povo demonstrando esse ecletismo.

Ao dissertarmos a respeito do ecletismo juspositivista, temos no Brasil, Miguel Reale, o grande precursor e disseminador do ecletismo jurídico brasileiro. Havia, nesta época, visões psicologistas do direito que o situavam no seio da cultura do povo, com abordagens que insistiam em valores morais intrínsecos ao direito positivo.

Segundo Mascaro (2016), temos:

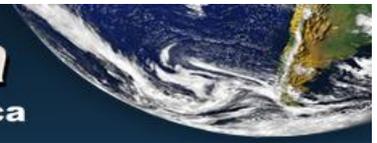
Por não ser uma visão estritamente normativa, o ecletismo alcança um número infinito de possíveis composições. Para Hans Kelsen, o direito se reduz, enquanto fenômeno científico, ao um, isto é, ao número único da norma jurídica como base de sua ciência do direito. Para os pensadores ecléticos, no entanto, o fenômeno jurídico é mais que um. Alguns outros aspectos da vida social entram em cena, somando-se à norma, para construir o fenômeno jurídico segundo tais jusfilósofos. Miguel Reale consolida o modelo mais relevante de tridimensionalidade. (MARSCARO, 2016, p.324).

**Juspositivismo estrito:** esta corrente explica que o Direito é o próprio Direito. Estuda e analisa apenas a norma jurídica. A teoria de Kelsen abstrai de valores, considerações morais, culturais e ideológicas, pois trata apenas da identificação estrita do fenômeno do direito à forma estatal. E, o método de Kelsen é analítico, ou seja, é a quebra do todo. Vai esmiuçando a norma, parte por parte, comparando-a e estabelecendo semelhanças e diferenças.

**Juspositivismo ético:** essa corrente jurídica se preocupa com questões éticas na constituição do fenômeno jurídico. Começa a valorizar alguns princípios e horizontes éticos mínimos, não afastando a ordem estatal, nem a estrutura técnica do direito positivo, todos extraídos do consenso social.

Miguel Reale (2000) é um dos mais importantes estudiosos da filosofia do direito positivista, da sua época, a denominada eclética. Tendo esse autor lançado a sua grande obra, denominada Fundamentos do direito, que lança a teoria tridimensional do direito, trazendo à baila uma visão tridimensional de toda a filosofia e do mundo da cultura. A obra deste autor é um grande marco para os estudos a respeito deste tema, o que dá margens para outros estudiosos ampliarem e completarem o raciocínio pregado por Reale.

Reale (2000) propôs um conjunto de normas filosóficas postas pelo Estado em uma de suas análises do direito. E, estas normas propostas por ele, transcendem os limites juspositivistas. Na tríplice estrutura fenomenal de *norma*, *fato* e *valor*, Reale situa o acontecer jurídico. Para ele, o direito não pode ser analisado apenas por um único padrão, normativista. Para a filosofia de Reale, a norma jurídica é um dos pilares para se identificar o fenômeno jurídico. E, nesta análise, temos que levar em conta a realidade social, constituinte fundamental do direito.



Reale (2000), dizia que o conhecimento dos fatos, definidos pelas ciências humanas, diferia do conhecimento dos fatos, para os cientistas da natureza. Ele define bem estas duas vertentes de pesquisa, porque as formas e olhares para a análise, em pesquisa, são diferentes entre as duas ciências citadas. Um pesquisador, nas áreas da química ou da física, analisa os dados contidos na natureza, não tomando posição positiva ou negativa sobre o objeto estudado, mas analisa os fatos ali, como estão. Já nas ciências humanas, o homem toma uma posição e julga os valores contidos no objeto estudado. O que nos dá a entender que as duas vertentes de pesquisas são completamente diferentes, com relação à pesquisa.

Para Reale, *fatos*, *valores* e *normas* abarcam uma visão a respeito da origem das normas jurídicas, o que ele denomina de *nomogênese jurídica*. Esse processo de formação de normas se faz por meio da junção de um complexo axiológico, que são os valores, com o complexo fático, que representam os fatos. Ou seja, a junção de fatos e valores traz uma série de combinações que surgem com várias proposições normativas possíveis.

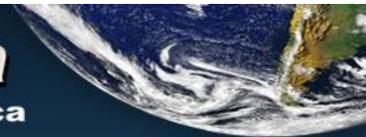
A ontognoseologia - Essa teoria trata-se de um tipo de peculiaridade de dialética que é distinta daquelas consagradas por Hegel e Marx. Para estes últimos, a dialética pressupunha a contradição, e, nessa vinculação entre tese e antítese, levantava-se a síntese como superação. Já para Miguel Reale, a dialética de implicações e polaridades representavam um tipo específico de relação entre opostos, na medida em que não se excluem, mas que se integram dinamicamente.

Mascaro (2016), define a ontognoseologia na obra de Reale:

Tal junção de conhecimento e realidade em uma dialética própria resulta, em Miguel Reale, numa peculiar teoria do conhecimento, a ontognoseologia. A ontologia, enquanto especulação sobre o ser, para Reale remonta à clássica filosofia, como a aristotélica. A gnosiologia, como problema do conhecimento, é a problemática da filosofia moderna. Ocorre que o mundo contemporâneo também faz uma chamada ao ser, como no caso do existencialismo. No século XX, Martin Heidegger e mesmo Nicolai Hartmann lançam mão de teorias que se dirigem ao ser (MASCARO, 2016, p. 331-332).

Segundo o que já estudamos, pode-se dizer que a tridimensionalidade do direito nos leva a crer que a ontognoseologia representa uma apreensão do fenômeno jurídico enquanto manifestação da realidade e do conhecimento. O direito não é produto de uma subjetividade que crie valores e normas, nem tampouco de uma relação direta entre fatos e normas, ao nível mecânico. Há uma tensão entre a razão e a realidade, processual e dinâmica.

Nos seus livros *Experiência e cultura* e *Verdade e conjectura*, Reale se debruça a estudar os caminhos epistemológicos, tendo por fulcro, a compreensão do direito a partir da experiência. Aqui o autor expõe o caráter histórico do direito. Os valores são históricos, no entanto, em determinado momento dessa mesma história, deixando transparecer que alguns valores despontam como um núcleo cuja referência não mais se alterará com a passagem futura do tempo. Neste sentido, o



pensamento conjectural não pode ser compreendido apenas como um excesso para além da ciência. O que as ciências humanas e exatas têm como verdades, muitas vezes, são apenas conjecturas que condicionam as convicções e atitudes sociais históricas, no dizer de Reale.

Por outro lado, temos o juspositivismo estrito, que tem como seu símbolo, Hans Kelsen, mas não se refere apenas a ele. Vários pensadores, na época, no final do Século XX, tais como Alf Ross, Herbert Hart e Norberto Bobbio são alguns dos mais exemplares juspositivistas que criticam, secundam ou dialogam com Kelsen. Os juspositivismos estritos não assumem tal crítica, na medida em que não fundam um discurso sobre a igualdade do direito positivo à justiça.

O pensamento de Hans Kelsen (1986) representa o máximo engenho e o auge da construção do modelo juspositivista, segundo os estudos de Mascaro, (2016). No pensamento deste sábio autor está a possibilidade de compreensão mais singela e mais espriada do fenômeno jurídico. A sua identidade científica é total e inexorável com a norma estatal.

Para complementar o pensamento de Kelsen, (1986) a respeito da dinâmica do Direito na sociedade, citamos Mascaro (2016):

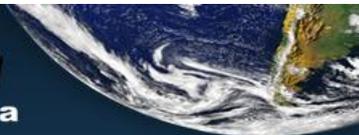
Ao mesmo tempo, para Kelsen, os atos brutos constituiriam simplesmente uma manifestação imediata do direito: um juiz prolata uma sentença, um guarda apita em meio ao trânsito. Mas esses atos somente são entendidos como jurídicos porque há uma mediação de sentido que provém das normas estatais. Num teatro, um ator vestido com toga passa-se por juiz; no entanto, ele não é juiz para o direito, porque as normas estatais não lhe doaram o sentido da competência formal para o julgamento. (MASCARO, 2016, p.341).

Pode-se perceber que deve haver uma legitimidade, para que os efeitos do Direito surtam resultados na sociedade. Aquele que o exerce, deve estar emanado em um poder legítimo. Os atores sociais devem estar legitimados para atuar, cada qual, com o seu papel. Aquele que é juiz investiu toda a sua capacidade para estudar as leis e compilações jurídicas, para ser um juiz. O mesmo se dá para o ator, enquanto ator, que realiza a sua peça teatral. Ele também está emanado na sua arte, baseado na sua formação teatral e cênica. São os efeitos de sentido que dão sustentabilidade a cada caso.

Para Mascaro (2016), temos:

É importante que se faça a distinção entre o direito e ciência do direito para entender que Kelsen não apregoa, como o vulgo imagina, que o direito seja puro, somente normativo. Pelo contrário, o direito é contraditório, haurido imediatamente das contradições sociais e de seus operadores. A postulação de Kelsen é menor que isso: a ciência do direito é que deve ser entendida como pura. Claro, menor que a pretensão a um direito puro, mas, ainda assim, vítima de uma pureza teórica que, ao final, torna a ciência do direito aquilo que o direito não é. (MASCARO, 2016, p.342).

Para Kelsen (1986), o direito só poderá ser entendido cientificamente a partir do olhar normativo, isto é, no dever-ser. E, o direito não é analisado pelo campo de sua manifestação



concreta, como o ser. O que pode haver é uma reflexão sociológica ou histórica sobre os fatos, mas não ao ponto de vista da ciência do direito. Para o autor, a norma jurídica é o que distingue a pureza do conhecimento jurídico.

Kelsen (1985) faz uma diferenciação entre as normas jurídicas e as normas da natureza. Segundo ele, as normas jurídicas têm um funcionamento lógico similar ao das demais normas sociais. Já as normas éticas e morais são semelhantes, com um pequeno detalhe: as normas jurídicas têm um substrato estatal. As normas sociais e as normas jurídicas não são regidas por relações de causalidade, como o caso das regras da natureza.

### **Em segundo lugar, temos as Filosofias do Direito Não juspositivistas:**

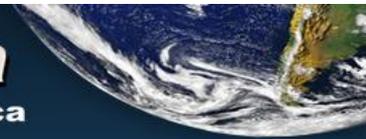
Essa corrente filosófica busca compreender o direito por meio da observação direta da realidade social e das manifestações dos fenômenos jurídicos. Os autores desta corrente não se contentam com a técnica normativa do direito, ao contrário, eles fazem crítica à técnica.

A partir de Martin Heidegger (2002) a consideração do direito se faz por meio da compreensão das situações concretas e existenciais. O direito se manifesta e se compreende a partir de uma hermenêutica situacional.

Enquanto o direito juspositivista pregava a certeza, reduzindo o direito à técnica normativa, aqui no *não positivismo* analisa os fatos por uma espécie de humildade e reverência ao oculto e às profundezas do existencial. Trata-se de uma crítica ampla ao direito e à sociedade. Para os autores desta corrente, o não juspositivismo, o direito não é expressão limitada e automática do comando normativo. Ele manifesta-se socialmente como uma expressão de poder. A visão de que as análises partam da norma jurídica é um mero ato burocrático. Carl Schmitt é o teórico mais importante dessa visão do poder para além do direito.

Mascaro (2016), disserta a respeito de alguns autores desta corrente, vejamos:

Como o marxismo é a outra grande vertente filosófica não juspositivista, os caminhos de Heidegger, Gadamer, Schmitt, Foucault e outros próximos poderiam ser identificados, com mais propriedade, como caminhos não juspositivistas não marxistas, pois, quanto ao direito, não procedem como o marxismo, que querará desvendar as especificidades históricas e sociais do fenômeno jurídico. Pelo contrário, as visões existenciais e o decisionismo jurídico parecem privilegiar esferas gerais da abertura existencial em detrimento de esferas sociais históricas específicas. O direito, assim, é assemelhado a uma espécie de manifestação do problema existencial genérico, ou do poder em geral. Para o marxismo, que mergulha nas estruturas sociais históricas, além da sua perspectiva a partir da totalidade, o direito se revela também um fenômeno social específico. Mas, muitas vezes, para uma perspectiva existencial, o que sobra em largueza lhe falta em especificidade (MASCARO, 2016, p.375).



Foucault (2005) é outro responsável por uma investigação do poder, esquecidos pela filosofia juspositivista. Em suas obras, arqueologia do saber e sua genealogia do poder jogam por terra as boas intenções das instituições e de seus operadores. Quando as ideias de Foucault são atreladas ao próprio marxismo, produz uma das mais vigorosas vias da filosofia do direito crítica. Sendo assim, esse respeitável pensador coopera com essas duas últimas correntes filosóficas, trazendo para nós um momento de muita reflexão.

O pensamento foucaultiano tem o seu apogeu nas décadas de 1960 a 1980, e sua reflexão buscou compreender e apontar os nexos estruturais do poder e da dominação em suas amplas manifestações sociais. As obras de Foucault abrangem temas, tais como: a loucura, a sexualidade, a linguagem, a tortura e o direito. Em todas as obras do autor, temos apontamentos e orientações em busca do entendimento dos mecanismos do poder, dos modos de estabelecimento e funcionamento das divisões, das opressões, das dominações. Por isso, o pensamento de Foucault é extremamente crítico e fundamental para entendermos a harmonia social e seu funcionamento contratual, mediante a concordância dos sujeitos.

Para Carl Schmitt, as investigações devem perceber as causas concretas do fenômeno jurídico na sociedade. Ele dizia que o direito é uma decisão, só aparece quando é aplicado por alguém que tem poder. É um existencialista – quem tem o poder cria as coisas. Para o autor Schmitt, a verdade do direito não está nas normas jurídicas, acima delas há o poder que tanto as instaura quanto rompe com elas. A norma é uma criação do poder e quem tem o poder, vence a norma.

Outro autor muito importante para a época, segundo Mascaro (2016):

Carl Schmitt (1888-1985) é um dos maiores pensadores do direito da contemporaneidade, e tal condição se assegura pelo modo muito original e radical pelo qual compreende o fenômeno jurídico. Libertado das amarras do estrito jus-positivismo, Carl Schmitt situa o fenômeno jurídico nos quadrantes da exceção. A decisão que não está limitada à regra – e não o automatismo do cumprimento da norma jurídica – é o momento fundamental da filosofia do direito schmittiana. (MASCARO, 2016, p.414).

Schmitt (2009) implantou uma mudança de compreensão fenomênica do direito, o que lhe fez ultrapassar a barreira formal, que era meramente normativa, para se chegar a um núcleo decisional, que concentra o poder enquanto ato originário de seguir a regra ou de rompê-la, criando, assim, a exceção. Baseado neste conceito, o Direito passa a ser tomado como sendo um fenômeno distinto daquele previsto pelo caminho juspositivista de outrora. Segundo Schmitt, a compreensão do direito não está limitada às normas jurídicas, uma vez que ela está situada no eixo de gravidade do poder.



Já para Foucault (2005) o direito não se revela nas normas, mas sim, o direito penal, onde o poder se manifesta na sua forma mais bruta. Afirma que, embora o direito positivo fale ao contrário, a tortura, por exemplo, é a prática dos agentes do Estado, portanto, uma verdade do direito.

Mascaro (2016) descreve que:

A mudança paradigmática de compreensão do direito em Carl Schmitt leva-o, imediatamente, a uma dissociação fenomênica muito incomum na tradição do pensamento jurídico contemporâneo. Pela maioria liberal dos juristas, os limites do direito são os limites do próprio Estado. Assim pregoava Kelsen, para quem direito e Estado se confundem. No entanto, para Carl Schmitt, lastreado na exceção como anunciação do soberano e como compreensão do próprio direito, passa a ser clara a distinção entre dois níveis de fenômenos: de um lado, o direito e a norma; de outro, o soberano e a política. O Estado paira sobre o direito, e lhe é superior. O poder está acima da norma jurídica. O Estado é maior que as normas jurídicas. A exceção é o elo entre o poder soberano e o direito. O direito não se revela numa unidade, como um dado monístico, puramente normativo. Ao contrário da pureza proposta por Kelsen, Carl Schmitt “existencializa” o direito, exprimindo-o num todo situacional. A decisão, fora da norma, é que dá sentido à própria norma e ao direito (MASCARO, 2016, p.417).

Outro pensador muito importante para a corrente filosófica do não juspositivismo é o Heidegger. Ele opera uma grande cisão em relação à tradição do pensamento ocidental. A compreensão da filosofia se assentou sobre as bases da metafísicas, embora o autor desconfiasse dela, vinculando-se às ideais absolutas, aos conceitos predefinidos, a realidades divinas ou de uma razão plena.

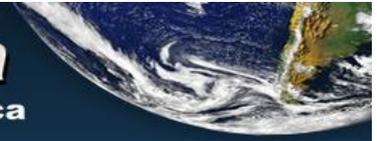
A metafísica, ao contrário de buscar compreender os fenômenos e as realidades tal qual se manifesta, liga-se a um conceito ideal, uma espécie de duplo da realidade, ou, em muitas vezes, um completo estranho à própria realidade. Pode-se dizer que a metafísica é uma filosofia do dever-ser, porque há um tipo ideal em relação ao qual o pensamento deve se ajustar.

Uma nova perspectiva da filosofia de Heidegger (2002) está relacionada à compreensão do ser, que é uma busca do sentido do ser. Segundo ele, há seres, há entes, há a existência. Essa busca é totalmente distinta daquela da metafísica. A pergunta da metafísica é a respeito das razões finais. A de Heidegger não. Segundo ele, é o próprio ser que descobre a sua verdade.

Nas palavras de Mascaro (2016), a definição do sentido do ser é:

A descoberta do sentido do ser é a própria clareira que se abre para a compreensão do ser. Esse sentido não é uma orientação finalística, como se o ser tivesse um pendor ou um destino já dados. O sentido do ser é o próprio âmago do ser, na sua abertura para a existência. (MASCARO, 2016, p.385).

A verdade do ser, para Heidegger (2002) rompe definitivamente com toda a história da filosofia medieval e dos tempos modernos. A compreensão da verdade, por Heidegger, não é concluída a partir de um método prévio. É o próprio ser, em sua temporalidade e história, que se desvenda, descobrindo seu sentido e sua verdade existencial.



A filosofia de Heidegger preocupa-se com as questões da autenticidade e inautenticidade humana. Para ele, toda existência é social e todo ser está mergulhado no mundo com os seus demais pares. A inautenticidade é a marca da banalidade e da utensiliaridade. A existência se apresenta sem qualquer cuidado maior que aquele do cotidiano e de seus afazeres. Já a autenticidade, é compreendida pelo autor, como as preocupações com o outro, como existência e cuidado. Para Heidegger, se a banalidade é a característica da existência inautêntica, a cura é a marca da existência autêntica.

A partir do raciocínio de Heidegger, Mascaro (2016), disserta que:

É a partir da abertura do ser na sua imediatude e na sua impessoalidade que vai-se revelando o modo inautêntico da existência. Nessa abertura, o cotidiano revela a banalidade, um abandono existencial. E justamente tal derrelicção existencial é a marca da liberdade do ser. Não há para Heidegger, uma trilha prévia do que seja correto ou incorreto na existência. Derrelicto, o ser constrói suas sendas livremente. O caminho não é previsto à existência; faz-se caminhando.

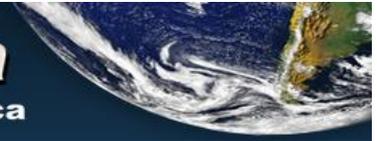
Por sua vez, o autêntico se caracteriza pela preocupação-com-o-outro. O cuidado é a sua manifestação. Trata-se da existência que supera a sua banalidade cotidiana e que se lança a partir da tomada nas mãos da própria socialidade. Todo ser é ser-com. O banal é um modo de existir social, mas sem tal compreensão dos vínculos sociais. (MASCARO, 2016, p.388).

A relação de autenticidade ou de inautenticidade para Heidegger é uma questão muito mais ligada ao ser do que à ética, propriamente dita. Para o autor, fazer a descoberta do ser, da sua compreensão, fazendo o desvelamento do ser, que, por meio desta observação pode ou não revelar a verdade e sua autenticidade. Tudo isso trata-se de um caminho que desvenda o autêntico, e, portanto, não de uma dedução ética que se queira aplicar ao ser, mas sim, de um melhor modo de compreendê-lo. A verdade para Heidegger se desvela e se abre a partir de uma concessão do ser.

O pensamento marxista reconheceu em Heidegger, um grande proveito crítico, de tal maneira que o Autor em tela mergulha nas profundezas do ser e da técnica, tecendo críticas à metafísica e ao mundo do sujeito. Incluindo uma crítica severa ao próprio capitalismo.

### **Em terceiro lugar, temos as filosofias do Direito Críticas:**

É um pensamento baseado no marxismo e os seus teóricos afirmam que o direito não se limita ao juspositivismo, investigam os fundamentos dos poderes que põem e quebram o direito positivo, buscando entender as específicas relações sociais com o direito. Marx mostra que há injustiça por causa do direito, o qual faz parte do capitalismo. Ele se põe a indagar a respeito do porquê dessa mesma forma jurídica estatal. Afirma ainda que o direito não pode ser entendido a partir de definições vagas e idealistas. A verdade do direito é a sua real manifestação a partir da



lógica da reprodução concreta das relações sociais capitalistas. Não só o Estado é controlado pela burguesia, como a própria forma estatal do domínio é expressão do tipo específico de exploração capitalista. Não apresenta um discurso ético, apenas explica como funciona o capitalismo, que constrói necessariamente, um conjunto de instancias de tipo jurídico, que lhe serve de fundamento. O direito é determinado pela forma mercantil e sobre determinado pela própria estrutura geral das relações de produção.

Nos estudos desta nova filosofia, podemos perceber que há uma influência profunda do marxismo. Este fará as investigações mais funda e críticas, de toda a filosofia contemporânea, a respeito das origens e manifestações do direito. Neste sentido, temos que o fenômeno jurídico será tomado pela perspectiva de suas manifestações sociais efetivas, concretas e existenciais. Ao contrário da filosofia do direito juspositivista que encontrava nos limites do Estado uma fonte de redução do fenômeno jurídico, e que traz à baila, a maioria dos juristas conservadores, também tínhamos o direito não juspositivista, que também transpunham estes limites.

O direito se vê a partir do poder, da exceção, e não da regra em si, mas, por outro lado, não se pode considerar a decisão como sendo um mero ato voluntário do soberano. Segundo o professor Mascaro (2016), o direito é expressão de uma situação existencial, e nisso, o existencialismo jurídico tem um ponto alto de seu pensamento. Identificar o fenômeno jurídico em suas especificidades, nessa situação existencial, e nesse momento o marxismo é a única ferramenta filosófica necessária e capaz de penetrar profundamente nas contradições do tecido histórico-social.

A revolução, a transformação da sociedade capitalista e o socialismo são os limites apontados pelo pensamento marxista. O capitalismo é uma forma de domínio severo por parte daquele que detém o poder de produção e distribuição da mercadoria. É o dono do capital quem detém o poder de fazer isto ou aquilo, na sociedade.

Para Mascaro (2016), temos:

O primeiro grande debate reside em torno da própria noção do que é o direito para Marx e o marxismo, e sua intimidade ou distância com o fenômeno estatal e, ao mesmo tempo, a intimidade ou distância de ambos com o próprio sistema capitalista. Nesse sentido, levanta-se a grande corrente do debate soviético, que pioneiramente, a partir da Revolução Russa, teve que tratar do fenômeno do direito estatal numa sociedade que buscava romper com o capitalismo (MASCARO, 2016, p.451).

O segundo grande debate desta filosofia trata-se das questões dos meios revolucionários e do papel do direito como intermediador no cerne do capitalismo e na transição ao socialismo. Há uma influência clara do direito à realidade política dos tempos presentes. O Estado intervencionista e desenvolvimentista, o planejamento capitalista, a democracia, a hegemonia, a associação dos



comunistas com a burguesia progressista são formas de abordagens possíveis a partir destes momentos de transição política, filosófica e jurídica do Estado.

O terceiro grande debate jurídico, nas palavras de Mascaro (2016), está profundamente ligado ao marxismo à fenomenologia do direito num grau mais abstrato. Aqui, trata-se da pergunta a respeito da razão técnica e da razão crítica no direito e no jurista. É um debate originário da Escola de Frankfurt, que, inclusive, abre as portas à relação do direito com a psicanálise.

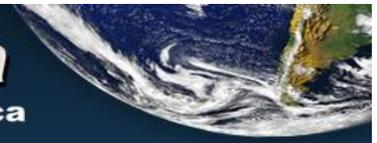
Em quarto lugar, temos a questão que gira em torno da questão metodológica da filosofia marxista, que nos leva a possíveis desenhos do fenômeno jurídico e às abordagens epistemológicas do direito, do Estado e da ação política revolucionária. Nesta linha de raciocínio filosófico, percebemos que há um debate, um grande diálogo do marxismo com a tradição filosófica, seja por meio da aproximação ou de total rejeição.

Em quinto lugar, há o grande debate a respeito de uma perspectiva do justo na filosofia do direito marxista. Nesta linha de raciocínio, há uma reflexão sobre o fenômeno jurídico e sua relação com o capital, abordando acerca da avaliação filosófica marxista e da justiça. Nesta seara de ideias, temos um apontamento para um justo crítico que é a maior e mais importante reflexão entre a culminância da filosofia do direito marxista, apontando para o futuro e o justo socialista. Estas teorias são extremamente importantes para a nossa reflexão a respeito da filosofia do direito crítica.

Segundo Mascaro (2016), temos:

O primeiro grande aprofundamento da filosofia do direito marxista se deu, na prática, com as necessidades políticas que se apresentaram na Revolução Russa, a partir de 1917. Até então, as questões especificamente jurídicas passaram relativamente ao largo das preocupações dos filósofos marxistas. A conhecida exceção a esse esquecimento se deu com o pensamento de Engels, que, desde o início, tomou a si a tarefa de teorizar a respeito do Estado, e, portanto, esteve próximo à questão jurídica, em específico no seu livro *Socialismo jurídico*. No entanto, apenas com as necessidades práticas da revolução apresentou-se a imperiosidade de um melhor desenvolvimento às reflexões jurídicas marxistas. (MASCARO, 2016, p.452).

Evgeny Pachukanis (1998) é o maior representante, pensante, do marxismo jurídico que marcou os limites últimos da reflexão soviética. A filosofia do direito pachukaniana é a mais importante da tradição jurídica marxista e a mais original e próxima das ideias de Marx. As ideias de Pachukanis estão muito próximas da obra: *O capital*, de Marx. Mas, por outro lado, o debate filosófico soviético somente se torna claro a partir dos pensamentos de Lênin. Este foi o maior líder da Revolução Soviética e estrategista nas políticas revolucionárias. Seu posicionamento sobre o direito é expressão direta de sua leitura realizada por meio das obras de Marx.



Lênin é outro estudioso das teorias Marxistas, tomando partido da reflexão a respeito das ideias de Marx (2000) e Engels (1995) sobre o Estado. Uma leitura superficial do marxismo poderia nos levar à conclusão de que o Estado seria um local neutro para a luta de classes, considerando, então, tal luta de forma genérica, desprovida de especificidade. Neste sentido, pode-se dizer que o Estado não tem ligação necessária com alguma classe específica. Ele seria, sim, um instrumento neutro a serviço de qualquer classe dominante. E, essa não era a leitura de Marx, proposta por Lênin (1988). Para ele, o Estado guarda claramente a sua característica de instância e de dominação política capitalista. A luta do proletariado não pode, desta maneira, se bastar apenas com a tomada do Estado, mas, acima de tudo, deve-se estender à destruição do próprio Estado. Para Marx e Lênin, a luta pelo socialismo não é uma luta infinita a ser travada dentro do Estado. Pelo contrário, para eles, o Estado é intrinsecamente capitalista, e somente o seu fim, poderá dar início ao comunismo.

Mascaro (2016), define bem a reflexão de Lênin sobre o Estado, assim vejamos:

A reflexão de Lênin a respeito do Estado e de suas instituições, assim sendo, não se conforma com a solução de compromisso de manutenção do aparato estatal. Sua postura é plena: o Estado é o instrumento de exploração de classe, e a libertação dessa exploração será também o fim do Estado. Imediatamente, Lênin se põe a combater o pensamento burguês que insiste no fato de que é impossível haver a quebra do Estado, pois mesmo o socialismo necessitaria de um aparato estatal. Para isso se encaminha então a pergunta de Lênin: pelo que substituir a máquina de Estado quebrada? Na análise dos textos de Marx, é na experiência das Comunas, como a de 1848-1849, que se pode revelar um modelo concreto, não cerebrino, mas sim, efetivo, de organização socialista e libertária da classe proletária. Nessa análise se há de revelar os caminhos futuros para a substituição da máquina do Estado. (MASCARO, 2016, p.456).

Por essas ideias, Lênin (1988) acredita que a revolução se faz com a tomada do Estado por parte do proletariado, trocando a classe dominante que controla o aparato político e armado. Já a tomada do Estado, pela classe trabalhadora tem o objetivo de acabar com o Estado como tal, substituindo suas funções por uma administração comum e direta, de todos, sem uma divisão entre trabalhadores e uma classe burocrática dirigente, ainda que em nome dos próprios trabalhadores. Lênin é bastante radical, tanto na análise da estrutura do Estado, quanto aos meios de sua transformação.

Na reflexão jusfilosófica de Lênin, podemos identificar a necessidade do direito surgir, como imperioso, na divisão social em classes. O capitalismo é responsável por gerar o aparato jurídico estatal, de acordo com o pensamento de Marx.

O professor e jurista, Mascaro (2016), define muito bem a identificação direta do direito com as relações de produção, assim diz:

A identificação direta do direito com as relações da produção constitui o mais importante do entendimento do fenômeno jurídico, aquilo que Stutchka considera a forma jurídica concreta. Mas o todo do direito, para Stutchka, além da forma jurídica concreta, apresenta

ainda pequenas variações e nuances, que nunca são estruturais, mas apenas perfazem um quadro periférico de distinções e variações ao nível ideológico. Quanto a essas rebarbas do direito que excedem a infraestrutura, Stutchka identifica duas relações superestruturais: o direito enquanto *forma abstrata* e o direito enquanto *forma “intuitiva”*.

Quanto ao direito como forma abstrata, refere-se Stutchka a eventos jurídicos despregados da sua conexão imediata com as relações de produção. A norma jurídica tem o condão de criar alguns espaços originais e isolados de construção jurídica. Assim sendo, revela-se, em tal ponto, a crueza do normativismo jurídico, desconectado de relações concretas no nível produtivo. O formalismo jurídico responde por tal momento. No que tange à forma intuitiva, nela se revela o nível psíquico do jurista, suas atitudes, emoções, sentimentos, consciência. Trata-se do nível subjetivo do direito, relacionado ao seu aplicador (MASCARO, 2016, p.469).

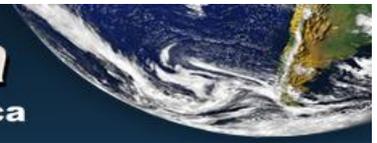
Segundo as definições acima, temos que, as duas formas definidas, há a forma jurídica concreta da relação, que está diretamente ligada à relação econômica, por outro lado, temos a forma abstrata, que é proclamada pela Lei, que pode não coincidir com a relação econômica, tal qual a primeira das formas. Essa terceira forma está relacionada à emoção psíquica interna, que o indivíduo sente nas diversas relações sociais, emitindo juízo de valor sobre elas sob o ponto de vista da “justiça”, da “consciência jurídica interna”, do “direito natural”, tudo isto se concretiza como ideologia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto no presente artigo, pudemos perceber que a sociedade é fruto de uma constante luta de classes, de mudanças bruscas. A cada passar de décadas, séculos ou milênios, tudo muda, nada é estático.

Dissertamos a respeito de três caminhos apontados pelo jurista MASCARO (2016), como princípio de entendimento das políticas públicas e sociais vivenciadas pelo povo brasileiro e demais nações mundiais. Os três caminhos apontados pelo autor fazem referências a toda trajetória passada e perpassada pelo ser humano na terra, por séculos e séculos até os presentes dias.

Recordemos que as filosofias do Direito Juspositivistas são aquelas, cujos adeptos e precursores são os mais tradicionais, em seus pensamentos e obras. Já as filosofias do Direito Não Juspositivistas é mais moderna, cujos adeptos procuram avançar em seus pensamentos e buscar novos caminhos para a resolução dos problemas encontrados. A partir de Martin Heidegger (2002) a consideração do direito se faz por meio da compreensão das situações concretas e existenciais. O direito se manifesta e se compreende a partir de uma hermenêutica situacional. Enquanto o direito juspositivista pregava a certeza, reduzindo o direito à técnica normativa, aqui no *não positivismo* analisa os fatos por uma espécie de humildade e reverência ao oculto e às profundezas do existencial. Trata-se de uma crítica ampla ao direito e à sociedade.



Já o último pensamento estudado pelo jurista Mascaro (2016), tem-se a filosofia do direito crítica e nos orienta para a transformação social. Essa transformação que foi uma divisa maior de Marx, na Tese XI, tem como horizonte para o pensamento jurídico crítico marxista. E, na filosofia do direito crítica, não há possibilidade de enxergar no passado, pré-capitalista, uma solução melhor do que o presente, não se conformando, em contrapartida, com o momento presente. Em suma, o marxismo é a filosofia que aponta para a superação e para o futuro.

As políticas públicas da saúde brasileira, por exemplo, devem estar amparadas neste último pensamento jurídico. As filosofias do Direito Críticas é uma verdadeira revolução para o pensamento político. Os fatos e ações são orientados a serem realizados de acordo com a primazia da realidade do País. No caso de doenças graves de pacientes, por exemplo, o Estado tem a obrigação de tratar o paciente, como princípio primordial das suas políticas públicas. A vida humana deve valer mais do que qualquer outro interesse material, cuidado pelo Estado. Por esse motivo, pudemos constatar que a Constituição Federal de 1988, traz em seu “corpo” os artigos 6º e 196, como formas mandamentais aos cuidados da saúde humana. E é na filosofia do Direito Críticas que encontramos as ferramentas basilares para que o Estado dê prioridades ao ser humano, para depois, cuidar de seus outros compromissos sociais. Em suma: das três formas filosóficas apresentadas aqui neste texto, a mais importante para nós, nos presentes dias, é a filosofia do Direito Críticas, expressão criada pelo grande jurista e professor da Universidade de São Paulo – USP – Alysson Leandro Mascaro. São pensamentos inéditos, para nós, brasileiros. O Jurista em tela representa o Brasil, em encontros mundiais, que definem as políticas e pensamentos humanos na atualidade. A filosofia do Direito Críticas representa a Pós modernidade de todos os pensamentos já criados e existentes na humanidade.

## REFERÊNCIAS:

BOBBIO, Norberto. *Ensaios sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil*. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre Hegel. Direito, sociedade civil, Estado*. São Paulo, Ed. Unesp e Brasiliense, 1995.

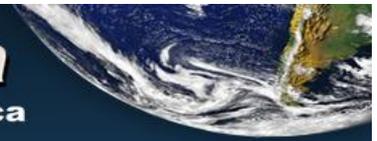
\_\_\_\_\_. *Existe uma doutrina marxista do Estado? O Marxismo e o Estado*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

\_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, NAU, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *A ideia do bem entre Platão e Aristóteles*. São Paulo, Martins Fontes, 2009.



- HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. II.
- HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Petrópolis, Vozes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Ser e tempo*. Petrópolis, Vozes, 1997. V. 1.
- \_\_\_\_\_. *Ser e tempo*. Petrópolis, Vozes, 1997, v. 2.
- HEGEL, G. W. F. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio*. São Paulo, Loyola, 2005. V.I.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 1992.
- KELSEN, Hans. Manuscrito. In: KELSEN; KLUG. *Normas jurídicas e análise lógica*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- MARX, KARL. *A questão judaica*. São Paulo, Centauro, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo, Boitempo, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo, Boitempo, 2004.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 5ª edição – São Paulo: Atlas, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. 5ª edição rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.
- PACHUDANIS. *Da natureza*. São Paulo, Loyola, 2002.
- REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. Campinas, Bookseller, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político e teoria do Partisan*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teologia política*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.