

Data do recebimento: 14/09/2021

Data do aceite: 19/11/2021

.....

# ESTIMATIVA JURÍDICA EM TEMPOS DE CRISE DO HUMANISMO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE RECASÉNS SICHES

.....

LEGAL ESTIMATE IN TIMES OF HUMANISM CRISIS:  
AN ANALYSIS OF THE SICHES RECASÉNS THEORY

Renata Silva Gomes<sup>1</sup>

Cynthia Pereira de Araújo<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A relevância da filosofia na determinação do conceito de direito para Recaséns Siches; 2. A axiologia e empirismo na teoria da Estimativa Jurídica; 3. A objetividade possível; 4. A historicidade como elemento essencial da Estimativa Jurídica; 5. A ideia de justiça e a dignidade humana como valor central na determinação do Direito; 6. Conclusão; Referências.

---

1 - Mestre e Doutora em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora de Direito Constitucional, Filosofia do Direito e Antropologia Jurídica no Centro Universitário Univiçosa. Membro do Conselho Editorial da Revista UNIJuris do Centro Universitário Univiçosa. Advogada especializada em posse e propriedade.

2 - Doutora em Direito pela PUC-Minas, com doutorado-sanduíche na Universität Vechta (fevereiro de 2019). Mestre em Direito pela PUC-Minas (junho de 2013). Coordenadora do Centro de Estudos da Anafe. Advogada da União desde dezembro de 2009, lotada na Procuradoria da União no Estado de Minas Gerais. Atualmente em exercício na Coordenação de Recuperação de Ativos da PRU1.

**RESUMO:** Indaga-se, nesse artigo, sobre o conceito de direito e suas implicações segundo a teoria da Estimativa Jurídica, de Luis Recaséns Siches. Perquire-se acerca da justiça e dos valores fundamentais que interessam ao Direito. Em primeiro lugar, é preciso esclarecer se seu fundamento pode ser empírico, ou se é necessariamente apriorístico. Esclarecida essa questão, é necessário averiguar se esse fundamento se constitui de ideias subjetivas, ou objetivas. Em seguida, é preciso indagar como se combinam os valores jurídicos e o processo da História. Enfim, insta investigar em que consiste a ideia de justiça, se há outros valores jurídicos e, se sim, que relação guardam com ela. A escolha desse autor e de sua teoria como objeto do presente artigo está embasada em sua proposta de retomada do humanismo, da compreensão de justiça e da importância da observação para o Direito. Quanto à vertente metodológica jurídico-teórica, a pesquisa foi construída sobre procedimentos e técnicas próprios da análise de conteúdo de literaturas do próprio Luis Recaséns Siches e de autores que tratam sobre ele. Tem-se, de forma secundária, a análise de autores que corroboram com seu pensamento. Esse esforço metodológico permitiu a compreensão da teoria da Estimativa Jurídica e como ela pode ser uma alternativa para determinação do que é o direito e, também, como forma de barrar interpretações que tragam o desrespeito à dignidade humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estimativa Jurídica. Humanismo. Recaséns Siches.

**ABSTRACT:** This article inquiries about the concept of law and its implications according to Luis Recaséns Siches's Legal Estimative theory. It aims to search for justice and the fundamental values that concern the Law. First, it is necessary to clarify whether its basis can be empirical or if it is necessarily aprioristic. Once this issue is clarified, it is necessary to investigate whether this basis is formed by subjective or objective ideas. Next, it is necessary to ask how legal values and the process of history are combined. Then, it aims to investigate what the idea of justice consists of, whether there are other legal values and, if so, the relationship between them. The choice of this author and his theory as the object of this article is based on his proposition to revisit humanism, the understanding of justice and the importance of observation for Law. The research was based on the legal-theoretical methodological aspect and was built on procedures and techniques of the content analysis of literature of Luis Recaséns Siches himself and authors who study him. There is, in a secondary way, the analysis of authors who corroborate his thinking. This methodological effort allowed the understanding of the Legal Estimative Theory also as an alternative for determining what the law is and as a way of preventing interpretations that disrespect the human dignity.

**KEYWORDS:** Legal Estimative. Humanism. Recaséns Siches.

## INTRODUÇÃO

O questionamento sobre o conceito de direito é recorrente, e não obstante essa recorrência e a dedicação de inúmeros pensadores de todas as épocas a esta questão, não houve ainda uma definição que satisfizesse os filósofos e juristas, no sentido de estancar a busca do conceito mais adequado. É neste contexto, e empreendendo essa mesma busca, que se encontra Luis Recaséns Siches trazendo sua teoria sobre a estimativa jurídica, a qual é o objeto deste trabalho.

A escolha desse autor e de sua teoria como objeto do presente artigo está embasada, primeiramente, na sua novidade no cenário jurídico contemporâneo. Novidade que, todavia, não significa nem a sua relevância em termos de número de adeptos na contemporaneidade, e menos ainda a defesa de conceitos que não tenham nenhum precedente histórico. O que se infere dessa palavra, no presente contexto, é justamente a retomada do humanismo, da compreensão de justiça e da importância da observação para o Direito, questões que foram deixadas ao largo por muito tempo.

A pesquisa foi construída sobre a vertente metodológica jurídico-teórica de pesquisa em direito, embasada em procedimentos e técnicas próprios da análise de conteúdo de literaturas de Luis Recaséns Siches e de autores que tratam sobre a teoria da Estimativa Jurídica construída por ele. Nesse viés, tomou-se, de forma secundária, a análise de autores que corroboram seu pensamento e, evidentemente, as hipóteses pressupostas de aplicação de sua teoria. Esse esforço metodológico permitiu a compreensão da teoria da Estimativa Jurídica e suas nuances, de forma a compreender como essa teoria se desliga das modernas positivistas e se liga à compreensão de valores e à necessidade da definição de princípios para determinar o que é Direito.

Luis Recaséns Siches, a despeito de ter nascido na Guatemala, é considerado um dos primeiros filósofos do direito espanhol (PUY, 1980, p. 756). Aluno de juristas como Giorgio del Vecchio<sup>3</sup> e Hans Kelsen, o autor produziu vasta obra jurídica e tem inegável importância no Direito moderno, embora sua obra seja pouco estudada no Brasil.

Sendo grande opositor do Positivismo jurídico, em nome da doutrina jusnaturalista – apesar de não consistirem suas ideias em uma vertente jusracionalista do Direito Natural (RECASÉNS SICHES, 2009, p. 291) –, a concepção da justiça de Recaséns Siches, enquanto retomada do estudo de valores que, segundo ele, foram esquecidos durante a ascensão do positivismo, traz importantes questões acerca da Axiologia Jurídica. Sua relevância é especialmente percebida em momentos de contestação de valores humanos e dignidade mínima.

Um pressuposto fundamental da teoria desse autor é a ligação que ele faz entre a justiça e o direito. Apenas a relação em si mesma, independentemente de seu conteúdo, já seria relevante para firmar esse autor em uma linha não positivista do Direito. Logo, mais fortemente se apresenta essa disparidade, ao analisar-se o conteúdo de sua teoria sobre a Estimativa Jurídica.

Consoante sistematiza Benito de Castro Cid, seu mais completo expositor (PUY, 1980, p. 748), Recaséns Siches formula um peculiar sistema jusfilosófico, cujos traços fundamentais

3 - Conforme Aguilera, Recaséns reconheceu Del Vecchio como uma das maiores influências de seu pensamento jurídico bem como o jusnaturalista latino mais importante da Europa (CUADROS AGUILERA, 2016).

podem ser claramente percebidos por meio da análise dos três grandes temas que o integram e de seus correspondentes pressupostos. Esses grandes temas são a Teoria Fundamental do Direito, a Estimativa Jurídica e a Filosofia da Interpretação do Direito.

Neste texto, trabalha-se especificamente a teoria da Estimativa Jurídica e com o intuito de deslindar essa teoria, e, assim, compreender o conceito de Direito desse autor. Para cumprir esse objetivo, o presente artigo foi dividido em cinco partes.

O primeiro capítulo tece algumas considerações acerca do papel da Filosofia do Direito no entendimento de Recaséns Siches. Nele, se discute uma possível insuficiência da Ciência em dar conta de todas as nuances do Direito e da necessidade da Filosofia para determinar seus fundamentos e seu alcance.

Em seguida, trata-se da relação da teoria da Estimativa Jurídica com o empirismo e a axiologia. Esclarecida essa questão, é necessário averiguar se esse fundamento se constitui de ideias subjetivas, ou objetivas, o que se desenvolveu no terceiro capítulo. Em penúltimo lugar, é preciso indagar como se combinam os valores jurídicos e o processo da História na definição do Direito para o autor, que representa o referencial teórico. Por fim, insta investigar em que consiste a ideia de justiça, se há outros valores jurídicos, e que relação guardam com ela, explorando, assim, os valores fundamentais que interessam ao Direito.

## 1. A RELEVÂNCIA DA FILOSOFIA NA DETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITO PARA RECASÉNS SICHES

Conforme costumam afirmar os estudiosos da Filosofia do Direito, e a tanto não é exceção Recaséns Siches, a Ciência Jurídica se preocupa, precipuamente, com o Direito Positivo, com a chamada “Dogmática Jurídica”, nesta compreendidos não apenas as normas próprias de cada ordenamento jurídico, como os institutos e conceitos jurídicos principais. Entretanto, é notório que a Ciência não abrange todo o objeto de conhecimento jurídico, estando as questões que a ultrapassam em outra zona de saber, a Filosofia do Direito.

A ciência depende da filosofia, pois é ela que estabelece seus fins, fundamentos e fronteiras. Não se pode conhecer bem o particular sem saber o que está em seu entorno, até onde se estende o que não faz parte dele. Villey, nesse sentido, esclarece que compete à filosofia do direito:

determinar o âmbito do Direito em relação à moral, à política e à economia; definir o direito (*quid jus*), a finalidade da atividade Jurídica. Ainda discernir as fontes específicas do Direito e o que tem de próprio o método da ciência jurídica, relativamente a outras fontes e outros métodos. (VILLEY, 1977, p.29).

Também não se pode prescindir da filosofia, dado que essa estabelece a definição, a axiologia do direito, além de especificar suas fontes e o método a ser empregado em seu estudo. Ainda que se ampliasse o campo das ciências modernas, é da sua essência ser especializada, “[...] acantonada em um domínio particular por encarar apenas um aspecto das coisas.” (VILLEY, 1977, p.27).

A Ciência Jurídica, além de impotente para dar uma resposta definitiva sobre os fundamentos conceituais em que se apoia, visto que parte de um Direito já posto, é, também,

inapta a analisar o julgamento valorativo da regulação jurídica, a fim de decidir se o Direito que “é” coincide com o Direito que “deve ser” (CASTRO CID, 1974, p. 67). Essas discussões concernentes ao conceito de direito estão para além da aparência de inutilidade ou de questões puramente teóricas, uma vez que estão carregadas de consequências práticas. As fronteiras dos estudos jurídicos dependem do que é e do que não é o Direito. Se o Direito for um conjunto de fatos, ou um valor, entre outras acepções, a extensão e o método das investigações serão diferentes, assim como seus resultados. (GOMES, 2014)

É neste ponto que ganha corpo o segundo grande tema de Recaséns Siches, qual seja a Estimativa Jurídica. Inicialmente, importa saber que Recaséns associa a Estimativa Jurídica à valoração do Direito posto, para criticá-lo e para edificá-lo, e que, para isso, é impossível prescindir da Filosofia do Direito. Explica o autor que sua “Estimativa Jurídica”, ou “Axiologia Jurídica”, equivale ao que outros autores denominam de “Ideia de Justiça” e “Direito Natural” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 368).

Observa-se que é necessário se desprender de concepções mais comuns da modernidade e contemporaneidade, para adentrar em uma definição clássica da justiça. A justiça, aqui, não é um valor apriorístico, ou um ideal. Mesmo que, de acordo com o que será demonstrado, o tema “Estimativa Jurídica” represente a obra de Recaséns Siches, não se trata de um estudo específico sobre este valor. Isso porque, a despeito de reconhecê-la como “o tema crucial de sua axiologia jurídica” (PUY, 1980, p. 753, tradução livre), o autor não desenvolve sua Estimativa com o propósito de definir a justiça.

Deve-se ressaltar que a tarefa da Estimativa Jurídica não consiste em analisar os valores consagrados em determinado ordenamento jurídico, mas sim em averiguar quais os módulos valorativos, segundo os quais é possível criticar o Direito Positivo em geral, obtendo-se critérios que o inspirem e o orientem (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 368). A Estimativa Jurídica é, assim, uma “teoria dos valores jurídicos” (CASTRO CID, 1974, p. 160), que necessita da filosofia para se construir.

## 2. A AXIOLOGIA E EMPIRISMO NA TEORIA DA ESTIMATIVA JURÍDICA

Trabalhada a importância da filosofia para a teoria de Siches, deve-se avançar a uma das primeiras premissas da Axiologia Jurídica de Recaséns, o apriorismo dos valores.

O autor refuta o empirismo como corrente filosófica apta a sustentar a Axiologia Jurídica, negando que se possa reduzir todo o conhecimento sobre os problemas do Direito a simples observação dos fatos que nos chegam através da experiência histórica (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 387). Segundo o autor, o mundo da pura experiência, dos fatos, é cego para toda a valoração.

Explica Recaséns (1970, p. 389) que, sociologicamente, as situações fáticas de justiça ou injustiça são igualmente naturais, exatamente por não passarem de fatos. Essas qualificações de “justo” ou “injusto” são decorrências da projeção de critérios estimativos – proveniente do nosso intelecto, e não da experiência – sobre os fenômenos. Assim, a experiência nos dá apenas o “ser”, nunca o “dever ser”.

Realmente, é possível dizer que não só não se apreendem os valores na experiência, como a realidade muitas vezes os prova equivocados ou ineficazes. Diferentemente do que ocorre a outras estruturas ideais, tais como a matemática, os valores são despídos de certeza e necessária ocorrência: dois e dois são sempre quatro, mas a validade ideal dos valores não é necessariamente acompanhada de sua ocorrência na realidade. Pode acontecer, como ocorre frequentemente, de a realidade se esquivar à consagração dos valores (CASTRO CID, 1974, p. 59).

Na maior parte das vezes, no entanto, ainda que não realizados esses valores, a experiência nos indica sua contrafactualidade, ou seja, sua inoportunidade na prática, corrobora a sua necessidade; longe de negá-los, pugna por sua concretização. Para imediata visualização desta questão, basta pensar nos regimes totalitários e ditatoriais: a centralização e o monopólio da informação, não só não tornam um valor aceitável à censura à imprensa, como deixam manifesta a urgência pela liberdade de expressão.

É fato, portanto, que, a despeito de não serem frutos da experiência, os valores dependem desta para sua realização. E, por óbvio, não há qualquer sentido em se propor o estudo de uma doutrina de valores, a não ser buscando que sejam efetivados.

Por isso, afirma Recaséns (1970, p. 390), que a negação do empirismo não significa que, para descobrir os critérios de estimação, deve o homem se isolar da experiência social e viver exclusivamente concentrado em sua própria mente, buscando nela essas ideias de valor. Aliás, se assim fizesse, jamais conseguiria descobri-los, pois, ainda que não procedam da experiência, eles apenas ocorrem a nós, geralmente, em razão desta. Ou seja, não os retiramos da experiência, mas, graças a seu estímulo, conseguimos extraí-los de nosso intelecto.

Essas considerações precisam ser vistas sob a ótica de que o homem é um ser indiscutivelmente social. Por isso, não tem qualquer sentido a análise do Direito e de seus valores sem que se tenha em mente a sua finalidade última de permitir a convivência entre os diferentes livres-arbítrios.

Recaséns reconhece como uma das finalidades do Direito – e, permita-nos dizer, a primeira real causa do surgimento deste meio de controle social – a função de resolver conflitos de interesses<sup>4</sup>. Fato é que cada ser humano tem uma multiplicidade de desejos e interesses que busca satisfazer e realizar, e tais desejos e interesses frequentemente entram em conflito com os desejos e interesses dos outros homens, uma vez que é impossível a satisfação de todos eles ao mesmo tempo (CASTRO CID, 1974, p. 127). Neste contexto, é notório que, ausente um meio de permitir a convivência entre esses interesses conflitantes, a própria existência do homem estaria ameaçada.

Assim, a experiência como pressuposto – mas não como fundamento – para o surgimento dos valores, a determinar-se o que se preservar e o que se rejeitar juridicamente, é consequência desse reconhecimento do Direito como meio viabilizador da vida em sociedade, irrecusável ao homem.

Apesar da postura inegavelmente jusnaturalista de Recaséns, o autor não adota uma corrente que vislumbre, na razão humana, todo e qualquer ideal a ser perseguido ou repudiado,

4 - As demais finalidades do Direito apontadas pelo autor – a saber, a certeza e segurança e a organização, legitimação e limitação do poder político – são decorrências lógicas da primeira (resolver conflitos de interesses).

de forma prévia, independente e alheia à realidade. Tanto que esclarece que, a despeito de o valor existir *a priori*, não se encontrando na experiência – pois os fenômenos existem por si, e a valoração se dá sobre estes, sem com estes se confundir –, tem a experiência papel fundamental na apreensão desses valores:

A raiz do estimativo é *a priori*; mas o Direito que tratamos de articular nesses juízos estimativos deverá oferecer uma resposta concreta aos problemas reais e definidos que se estabelecem em uma determinada coletividade, em um certo momento de sua história; e, por isso, haverá de conter uma série de elementos empíricos que somente a experiência histórica pode prover (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 391, tradução livre).

Nesse sentido, esse autor se afasta do jusnaturalismo racionalista e se aproxima do jusnaturalismo realista. O jusnaturalismo realista considera a necessidade de se somar a razão e a experiência, no momento de valorar. Para Tomás de Aquino, o meio-termo da justiça consiste em certa igualdade de proporção da realidade fática com a razão. Observa, ainda, que essa justa medida é objetiva, mas não é determinada apenas pela realidade. O meio-termo da justiça, como em toda virtude moral, é julgado pela razão. (AQUINO, 1980).

Massini Correias (2005) afirma que o direito natural passou ao direito racional, construído dedutivamente, a partir de uma definição abstrata do homem e de um *a priori* da razão. Direito desencarnado, elaborado fora do espaço e do tempo, para um homem inexistente. Esse projeto não é, de forma alguma, parte do esquema aristotélico-tomista.

Tem inegável mérito o autor em repudiar uma visão abstrata e desvinculada da realidade para justificar sua teoria. Aliás, neste ponto, convém mencionar que Recaséns (1970, p. 391-392) confere grande importância ao Empirismo, por ter reagido contra a escola racionalista do Direito Natural, que pretendia determinar o ideal jurídico, mediante puros procedimentos da razão abstrata e dedutiva, prescindindo de qualquer consideração sobre a realidade histórica.

A despeito de estampar uma postura notadamente jusnaturalista realista e tecer duras críticas ao Positivismo jurídico, Recaséns reconhece que essa postura, extremamente abstrativista, de certas correntes do Direito Natural, foi um dos fatores propiciadores do que se considera uma negativa, ou um certo desdém, pela Axiologia Jurídica. Portanto, faz todo sentido que o autor reconheça a essencialidade da experiência, mesmo que sustente o apriorismo fundamental dos valores.

### 3. A OBJETIVIDADE POSSÍVEL

Na sequência do roteiro das questões elaboradas por Recaséns para o desenvolvimento da Estimativa Jurídica, não é suficiente saber que a sua raiz é apriorística. É necessário ir mais longe, determinando-se se este apriorismo é subjetivo, ou objetivo, ou seja, se os valores jurídicos são o resultado de um mero mecanismo psicológico, ou se são entidades ideais com objetividade. Questiona Recaséns:

É puramente a justiça um sentimento incerto no coração humano, uma espécie de lei que levamos gravada no fundo de nossa consciência, uma espécie de impulso de nossa alma? Ou, pelo contrário, é um princípio ideal, que descubro ou posso descobrir com minha inteligência, perfeita ou imperfeitamente? (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 391, tradução livre).

O autor (1970, p. 394) destaca a importância desse questionamento, visto que, se for possível concluir que a Estimativa Jurídica se resume a representar a projeção de mecanismos psicológicos, os valores não restarão fundamentados, pois dependerão do fato de os homens se sentirem de uma ou outra maneira. Mas se, ao contrário, a conclusão for pela existência de uma entidade ideal nos valores jurídicos, independente de nossas representações, então será possível dizer que a Estimativa Jurídica tem uma “sólida base”.

Deve-se destacar que Recaséns não nega a existência de um sentimento de justiça, mesmo porque essa negativa exigiria elementos fáticos impassíveis de comprovação. O que o autor inadmitte, sob pena de a Estimativa Jurídica não ter uma “sólida base”, é que ela se fundamente no mero fato bruto de um sentimento (CASTRO CID, 1974, p. 169).

Essa impossibilidade, de se fundar toda a doutrina de valores em uma mera inclinação natural à justiça, justifica-se, em primeiro lugar, por uma questão lógica: admitir tal fundamentação importaria um círculo vicioso, já que, para a própria qualificação do sentimento como justo ou injusto, é necessário haver uma prévia referência à ideia de valor. E se o que se busca é exatamente o critério que permitirá qualificar de justo ou injusto um determinado sentir, o “sentir” em si nada representa como solução (CASTRO CID, 1974, p. 169).

Afirma Recaséns que não se pode confundir o valor da justiça com a sua “ocorrência”:

A consciência dos princípios de justiça é certamente um fato situado no tempo e circunscrito ao indivíduo que os pensa ou sente. Mas a ideia de justiça – bem como dos demais valores jurídicos – não é um fato: constitui uma essência ideal, com validade objetiva, independente dos fatos psicológicos em que se represente (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 403, tradução livre).

Por isso, conclui o autor que os valores são essências ideais, com validade objetiva e necessária, que se impõem ao conhecimento com a mesma evidência que as leis lógicas ou da natureza, como as conexões matemáticas. No entanto, diferentemente destas, os valores possuem algo “especial”, uma vocação para serem realizados, uma pretensão de encarnar no mundo através da ação do homem (CASTRO CID, 1974, p. 172).

Isso não significa dizer, no entanto, que a essência dos valores seja dependente de sua realização. Como visto, um valor não vale porque tenha sido realizado; ao contrário, pode valer apesar de sua não realização. Assim não fosse, os valores seriam fundados na experiência, o que afastaria a primeira premissa estudada no desenvolvimento da Estimativa Jurídica. Como demonstra Recaséns, o fato de algo ser de um ou de outro jeito não quer dizer que encarne um valor. Aliás, pode representar, exatamente, a sua negação. Por isso, conclui o autor que os valores são essências puras, independentes da experiência da realidade, constituindo essências objetivas de validade absoluta (CASTRO CID, 1974, p. 172).

Recaséns Siches opta, portanto, por uma postura objetivista acerca dos valores (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 400). Entretanto, ao se afirmar a objetividade dos valores, quer dizer simplesmente que não são criados pela subjetividade do homem, e não que sejam independentes da existência humana. Não se pode pensar, assim, que esses valores possuem uma total objetividade abstrata que se ligue a uma compreensão puramente baseada na razão. Não se



pretende implicar alguma espécie de “firmamento axiológico”, em que os valores existem por si e com independência da vida humana (CASTRO CID, 1974, p. 123).

Ao contrário, a objetividade dos valores ocorre dentro do marco da vida humana, razão pela qual Recaséns a nomeia “objetividade intravital”. Quer isso dizer que o sentido dos valores e das demandas normativas que eles inspiram têm relação necessária com as funções da vida humana em geral e com as particularidades destas em cada situação. Consoante explicita Recaséns (1970, p. 69), não há nada que ganhe sentido para o homem fora de sua própria vida, de sua realidade.

Assim, Recaséns Siches (1970, p. 72) coloca a vida humana no centro das atenções de sua Estimativa Jurídica, visto que parte do pressuposto de que os valores devem ser realizados pelo homem e para o homem. Isso faz que o autor teça considerações deveras importantes acerca da vida humana, destacando-a como sendo fundamental, a realidade primária e básica, condicionante de todos os demais seres. A partir daí, ganha relevo a transição da vida humana em si para o processo de valoração, de exposição e fixação de valores, o qual, segundo Recaséns Siches, exige escolhas, atos intrinsecamente exclusivos à condição humana. É essa valoração que permitirá a criação do próprio Direito Positivo, dado que cada norma é fruto da escolha de abraçar alguns valores e de refutar outros: “para que possa existir uma norma de Direito positivo, é preciso que antes se haja produzido uma estimação, a qual então não é todavia Direito positivo e sobre a qual se fundará o Direito positivo que se dite depois” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 380, tradução livre).

As normas positivas constituem, então, em última análise, expressões de juízos de valor (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 380). Para se decidir por uma, dentre as várias possibilidades que se apresentam, é preciso escolher, e, para escolher, é preciso preferir. E uma preferência somente será possível se precedida de uma valoração que justifique uma escolha como melhor que outra (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 77). O Direito não pode se localizar na categoria “juízo de existência”, pois seu conceito é, como afirma Recaséns Siches, apriorístico à experiência, não podendo nela fundar-se, portanto, “é óbvio que no reino da realidade concebida causalmente, separada de todo critério de valor, não podemos encontrar o conceito do jurídico” (RECASÉNS SICHES, 1929, p. 176).

O tratamento que Recaséns Siches confere à questão das valorações denota uma postura bastante realista e preocupada com a efetiva formação, em primeiro plano, e avaliação, posterior, do ordenamento jurídico. Especialmente por pregar valores que, apesar de apriorísticos, não recusam a importância do empirismo, sugere que as premissas da Estimativa Jurídica não pressupõem valores imutáveis e onipresentes.

#### 4. A HISTORICIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA ESTIMATIVA JURÍDICA

Como explica Recaséns, poderia parecer que a conclusão pelo caráter apriorístico, com validade necessária do fundamento da Estimativa Jurídica, nos conduzisse a uma regulação rígida, invariável e universal para todos os povos, em todos os tempos e situações históricas. Mas não é assim. Se é certo, de um lado, que as ideias de valor têm validade objetiva e necessária, é também certo, por outro, que nos encontramos sempre vinculados à História, a qual nos oferece uma grande variedade de regimes e instituições (CASTRO CID, 1974, p. 163).

Recaséns Siches (2009, p. 290) afirma que, sob a denominação “Direito natural”, chamaram-se doutrinas variadas, carregadas de equívocos. Assim, fez-se conveniente empregar a expressão “Estimativa Jurídica”, que se aproximava, cada vez mais, de um “jusnaturalismo renovado e apurado”, marcado essencialmente pela historicidade.

O terceiro passo no desenvolvimento da Estimativa Jurídica pode ser resumido com o seguinte questionamento: o ideal jurídico é um único tipo de ordenamento com validade absoluta, universal e imutável, ou, ao contrário, é relativo às condições de época, lugar, contexto histórico e necessidades concretas?

Como expõe Cid (1974, p. 176), sente-se, em relação ao Direito, que existam exigências ideais de caráter necessário e universal, independentes da vontade dos homens e não condicionadas pelos fatos históricos. Ao mesmo tempo, no entanto, sente-se que cada povo possui uma especial realidade, que não pode ser desconsiderada pela regulação jurídica correspondente. Questiona-se, então: como identificar tais premissas opostas, e, uma vez identificadas, como harmonizá-las?

Neste ponto, é importante lembrar que Recaséns Siches – a exemplo de outros autores que o influenciaram determinantemente, tais como Gustav Radbruch (em seu segundo momento) – produziu suas obras imerso em um momento histórico diferenciado. Os regimes totalitários no contexto da Segunda Guerra Mundial – no entender de Recaséns, consequências de um suposto descaso do Positivismo para com a axiologia jurídica –, bem como o momento do pós-guerra, sempre comentados nas obras de Recaséns, tornam contextualmente “necessária” a mencionada reaproximação com o Direito Natural. Por essa razão, o autor insiste em que existem direitos universais, ideais, que, ou precisam ser consagrados pela norma jurídica, ou, ao menos, não podem ser por ela negados. Neste sentido, pode-se dizer que Recaséns Siches foi um dos primeiros autores que, mesmo dizendo ser jusnaturalista e criticando fortemente o Positivismo, idealizou a doutrina jurídica que acabaria por se consagrar como a mais adequada no mundo contemporâneo, com pressuposto no humanismo – ao menos o ocidental, já que não se podem desprezar alguns povos que persistem em justificações religiosas para a vida em geral, inclusive o Direito.

De fato, atualmente, nenhum Positivismo extremado é capaz de negar que certos valores, tais como a liberdade, precisam ser consagrados pelos ordenamentos jurídicos, o que é – seja qual for a justificativa jurídica para tanto – buscado internacionalmente, quase que elevado a dogma. Por outro lado, não há jusnaturalismo que ainda se sustente, acaso pretenda pregar a força de ideais abstratos e independentes do homem – especialmente do Direito Positivo, que é obra sua –, mormente quando se valoriza tanto o estudo da Democracia, da participação e do diálogo.

## **5. A IDEIA DE JUSTIÇA E A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR CENTRAL NA DETERMINAÇÃO DO DIREITO**

Todas as considerações até aqui expostas são essenciais para que se compreenda a Estimativa Jurídica de Recaséns. Mas é na ideia de justiça posta pelo autor que se encontra sua verdadeira finalidade, assim resumida: “em que consiste a idéia de justiça e, ademais, se há outros valores jurídicos; e, neste caso, quais são esses valores e que relação guardam com a idéia de justiça” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 382, tradução livre). Para Castro Cid (1974, p. 181), é inegável que Recaséns Siches não só vê o valor da justiça como um valor jurídico, como a considera o valor jurídico supremo, fundamental e primeiro.

Realmente, a Estimativa Jurídica parte do pressuposto de que a justiça representa o critério axiológico que deve inspirar o Direito (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 220), e Recaséns deixa claro que não pretende reduzir essa importância:

Tem sido tradicional ver na justiça o valor jurídico por excelência e o principal. Até o ponto em que, na maioria das vezes, o problema da Estimativa Jurídica seja rotulado como investigação sobre a justiça. E desde logo não vamos retificar este papel presidencial que corresponde à justiça na Estimativa Jurídica. (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 497, tradução livre).

Apesar disso, não é a justiça em si o maior objeto de preocupação da Estimativa Jurídica. Na verdade, a inexistência de obras – ou mesmo capítulos – infundáveis sobre o tema da justiça, em Recaséns Siches, permite a compreensão de que seu estudo, embora primeiro e imprescindível, deve ceder um pouco do espaço quase integral que, tradicionalmente, ocupa nas doutrinas de Axiologia Jurídica, para a análise de outros valores, especialmente aqueles que buscam exatamente a sua efetivação.

Este tratamento diferenciado, que o autor confere ao tema principal da Estimativa Jurídica, parte, talvez, de uma postura mais concretizadora de sua teoria, não satisfeita em apenas fornecer postulados teóricos a serem desenvolvidos.

Recaséns inicia seu estudo sobre a justiça advertindo que não se discute que ela é desejada e que pode, de maneira sucinta, ser compreendida pela máxima de “dar a cada um o que é seu”. Entretanto, ausentes critérios claros e objetivos sobre como a sua efetivação deverá ocorrer na normatização e na aplicação das normas jurídicas – como se estipulará o que é o “seu” –, passa a ser um valor eventual de justificação do poder político, podendo legitimar, em seu nome, a arbitrariedade – já que o “seu” pode ser qualquer coisa que se queira estipular.

De fato, assumir como supremo um valor não impede a vulnerabilidade de seu conteúdo, que pode ser manipulado da maneira como o queiram aqueles que decidem, acaso não existam referidos critérios objetivamente estabelecidos.

Por isso, no lugar de se preocupar com a fixação do conteúdo da justiça, Recaséns adota uma máxima conhecida para preenchê-lo, o “dar a cada um o que lhe é devido”, e parte para o estudo de seus critérios de aplicação. Isso porque, em sua visão, são estes, e não o conteúdo do valor em si – sobre o qual, na verdade, entende haver uma conformidade entre os autores, tida pela igualdade material ou harmonização devida –, que encerram o verdadeiro problema da justiça, que se luta, historicamente, por determinar.

O decisivo na Estimativa Jurídica, portanto, não consiste em descobrir que a justiça exige uma igualdade ou proporcionalidade, mas em averiguar quais pontos de vista de igualdade devem prevalecer, e quais desigualdades devem ter relevância para a regulação jurídica, com vistas a se esclarecer o que se deve a cada um como seu (CASTRO CID, 1974, p. 183). Esses critérios de medida serão proporcionados, em última análise, pela hierarquização dos diferentes valores que interessam ao Direito. Por essa razão, a justiça será considerada por Recaséns um critério formal (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 102), que propiciará o estabelecimento das relações de subordinação entre os diferentes valores jurídicos, segundo as quais se firmam a equivalência e a proporcionalidade nas relações interpessoais e nas relações entre o indivíduo e o Estado

(RECASÉNS SICHES, 1970, p. 493), determinando-se os bens jurídicos a serem priorizados e em detrimento de quais.

Recaséns (1970, p. 492), então, discute os valores relevantes para promover a proporção ou harmonia, afirmando que esse problema de valoração material ou conteúdo constitui o principal assunto da Filosofia política e da Axiologia Jurídica. Dessa forma, o autor indica suas cinco principais tarefas: determinar os valores supremos que devem inspirar o Direito; averiguar quais outros valores podem ou devem regular a elaboração do Direito em determinados casos e certas condições, esclarecendo-se as relações entre esses valores e os primeiros; explicitar quais valores não devem, em qualquer caso, ser abraçados pelas normas jurídicas; investigar as leis de relação e interferência das valorações que confluem em cada um dos tipos de situações sociais; e, por fim, estudar as leis de realização dos valores jurídicos (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 494-495).

Destaca-se que o valor supremo, dentro do conteúdo da Estimativa Jurídica de Recaséns Siches, é o princípio da dignidade humana, mas isso já em um segundo momento, ou seja, após pressuposta a justiça como o valor jurídico por excelência<sup>5</sup>. Portanto, pode-se concluir que o princípio da dignidade humana é, na verdade, o principal valor a propiciar um Direito justo.

Segundo Recaséns (1970, p. 548), o princípio da dignidade humana se refere à característica do indivíduo de ter fins próprios a cumprir, intransferíveis e exclusivos, que fazem que ele deva ser tratado, sempre, como pessoa digna, e, jamais, como mero meio para fins estranhos ou alheios aos seus, como já havia afirmado Kant (2009, p. 80). Lembre-se, no entanto, que as condições essenciais para a realização dos valores de cada indivíduo – liberdade de consciência e pensamento, autonomia para os atos da vida civil – não se confundem com seus interesses egoístas, como valores materiais específicos (RECASÉNS SICHES, 2009, p. 326).

Neste sentido, Recaséns (2009, p. 326) assevera que as Declarações de Direitos Humanos e as garantias constitucionais, a responsabilização dos governos por seus atos, a instituição de um poder judicial independente e as regras de procedimentos constituem meios para a extirpação da arbitrariedade.

Diante do exposto, percebe-se que toda a doutrina de Recaséns, como se viu, gira em torno de que o fim supremo do Direito é a realização da justiça e dos valores por ela implicados. Apenas quando o Direito cumpre esse fim, torna-se justificado, perante nossa consciência. Entretanto, como destaca o autor, nenhuma ordem jurídico-positiva é absolutamente justa. Ora, se inexistisse ordem jurídica positiva perfeitamente justa, acaso se partisse do pressuposto de que apenas tal ordem mereceria a obediência de seus destinatários, estar-se-ia eliminando a possibilidade de todo sistema jurídico humano, de qualquer Direito Positivo (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 619).

Entretanto, também não se pode considerar ilimitada essa tolerância com as injustiças do Direito Positivo, sob pena de se negarem os valores supremos que devem inspirá-lo. Segundo Recaséns (1970, p. 621), a admissão de toda e qualquer injustiça abriria espaço para a tirania. Por isso, para ele, se, por um lado, deve-se tolerar pequenas injustiças, a fim de que se viabilize a existência do Direito Positivo, que, inevitavelmente, as contém, por outro, não se pode suportar

5 - Sendo a justiça reconhecida, no entanto, como critério formal, deve-se buscar, então, o seu conteúdo, as “medidas” de igualdade ou proporcionalidade que determina, o que, como exposto, faz-se por meio da estipulação dos valores “por ela promovidos no terreno jurídico”.

um regime que desconheça o princípio da dignidade humana, que negue as liberdades básicas (de pensamento e consciência, de decisão sobre os assuntos privados, de locomoção), que faça os homens escravos de um senhor, público ou privado.

A ideia guarda semelhança com a teoria de Alexy sobre a extrema injustiça. Alexy, retomando Radbruch (2009, p. 69), entende que existe uma conexão necessária entre Direito e Moral que, no que diz respeito à invalidação do Direito, impacta apenas quando este é extremamente injusto (ALEXY, 2009, p. 57-58).

Para Recaséns, “quando o desespero pelos males da tirania se faz insuportável, então os povos podem apelar para o supremo recurso da revolução” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 621, tradução livre). O autor afirma que:

No último terço do século XIX, época que, ao menos em aparência, era plácida e muito civilizada, não se advertiu ao perigo pavoroso que implicava a atitude positivista, negadora de toda estimativa ou axiologia ideal. Mas ao contemplar, desde o decênio do século XX, a realidade sinistra do Estado totalitário, em qualquer de suas formas, ocorre que as civilizações do Ocidente se sentem sobressaltadas pelo terror (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 377, tradução livre).

Recaséns se posiciona, portanto, como mais um dos autores que imputa ao Positivismo uma grande parte de responsabilidade no advento do nazismo e seus semelhantes. Entende-se que, na verdade, as manifestações operadas pelo Positivismo jurídico são diuturnamente incompreendidas – e o foram especialmente nos momentos contemporâneos e imediatamente posteriores à Segunda Guerra Mundial. Ressalvadas eventuais correntes positivistas mais radicais, a imparcialidade, buscada pelo Direito naquele momento, não pugnava por um Direito sem valor, mesmo porque, consoante reconhece o próprio Recaséns Siches, toda norma jurídica é fruto de uma escolha, de uma preferência, e sempre exige uma valoração prévia, ainda que uma indesejável. (ARAÚJO, 2015).

É importante lembrar que nem mesmo um dos principais defensores do Positivismo jurídico, Kelsen, sugeriu que o Direito deveria se desenvolver alheio a valores. Aliás, o próprio Recaséns entende que Kelsen, diferentemente de negar o problema da Axiologia Jurídica, conferiu-lhe tratamento importante, a ponto de inaugurar um outro caminho ao problema dos valores (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 406).

De fato, os regimes totalitários marcaram a História, ao demonstrarem que era possível legitimar um Direito integralmente cruel, contrário a valores quase intrínsecos do homem. O nazismo mostrou ao mundo que certos valores não devem ser violados em nome de nenhuma espécie de “justiça”, de nenhum nacionalismo, de nenhum poder.

Não desejando filiação a qualquer das correntes, é inegável que se entenda, atualmente, que a atenção à realidade e sua conseqüente relativização são inafastáveis. Entretanto, isso não significa negar que certos valores devem ser verdadeiramente preservados, a fim de se evitar que o Direito, no lugar de servir ao homem, preste-se apenas a uma legitimação de poder. Exatamente por isso, uma das maiores dúvidas que impulsionou grandes filósofos, e continua, até hoje, sem resposta, é – especialmente em um mundo que se divide entre o direito absoluto à vida e a

legitimidade da pena de morte, a liberdade plena de expressão e o monopólio da informação pelo Estado, o Estado laico e o Estado religioso – quais valores são esses?

A dificuldade dessa pergunta pode tornar cétricos grande parte dos que se dediquem a ela. Mas Recaséns manteve-se otimista, acreditando que, apesar da dificuldade do tema, não é inacessível e já se realizaram substanciais progressos (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 420). Para ele, a dificuldade desse empreendimento, inobstante reconhecida, não pode levar à “imperdoável desesperança” (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 420, tradução livre).

É, nesse contexto, que Recaséns recusa as concepções transpersonalistas, segundo as quais o homem não é considerado como ser moral com dignidade, uma vez que não tem fins próprios a cumprir, sendo, na verdade, meio ou instrumento de realização de finalidades que transcendem a sua existência (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 502). Na verdade, Recaséns acredita haver razões estritamente filosóficas para demonstrar que o humanismo ou personalismo é a única concepção correta (CASTRO CID, 1974, p. 189, tradução livre). Como explica o autor, apenas o indivíduo é capaz de propor seus próprios fins e de atuar para realizá-los, pois somente ele tem consciência. Por isso, a coletividade deve respeitar esses fins, os fins do indivíduo, organizando-se para contemplá-los, tornando-se um meio de seu atingimento, e não o contrário. (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 500, tradução livre).

## 6. CONCLUSÃO

Partindo-se da análise das obras de todos os autores citados, segundo o que elas expõem e o que se pretendeu para o presente estudo, chegou-se a uma série de conclusões referentes à teoria da Estimativa Jurídica de Recaséns Siches.

Primeiramente, pode-se perceber que a Ciência Jurídica se mostra inapta a analisar o julgamento valorativo dos ordenamentos jurídicos e das decisões que deles advém, a fim de decidir se o Direito que “é” coincide com o Direito que “deve ser”. Outro fator determinante é que o jusfilósofo deve partir da observação da realidade, da experiência, logo, da perspectiva empírica, para determinar o conceito de direito. Todavia, conclui o autor, não pode se prender à ideia de que seria o empirismo um fator suficiente para sua determinação.

O autor opta por uma postura objetivista acerca dos valores, como se pode perceber. Entretanto, essa afirmação informa apenas que os valores não são criados pela subjetividade do ser humano, e não que sejam independentes da existência humana. Logo, pode-se perceber que esse autor faz uma junção entre empirismo e objetividade, desmistificando o que parecia um paradoxo para os pós-iluministas.

Ainda se viu, dentro do proposto por Siches, que o ser humano está aberto à história e suas dimensões de espaço e tempo, além de ser a causa dessa história e da construção cultural humana. Nesse sentido, não se pode crer que o conceito de Direito seja imutável e que a experiência não seja parte de sua construção,

Recaséns, com o objetivo de determinar o que o direito é, indica algumas tarefas que o jusfilósofo deve seguir. A primeira é averiguar quais valores podem ou devem regular a elaboração do Direito e quais valores não devem, em qualquer caso, ser abarcados pelas normas

jurídicas. Por conseguinte, cuida de investigar as leis de relação e interferência das valorações que confluem em cada um dos tipos de situações sociais; e, por fim, estudar as leis de realização dos valores jurídicos.

Essas tarefas não são desenvolvidas por Recaséns, no entanto, da maneira sistematizada como são expostas. Pode-se perceber, por exemplo, que o valor supremo dentro do conteúdo jurídico é, para o autor, o princípio da dignidade humana. Alguns de seus corolários podem ser vistos como os valores que devem inspirar a elaboração do Direito, pressupostas certas condições. É possível notar, ainda, que valores que coloquem o Estado em posição superior ao indivíduo não podem ser contemplados, o que denota a intensa preocupação de Recaséns em demonstrar os equívocos principiológicos dos regimes totalitários. Mas não há, como se poderia esperar, uma evolução das questões no desenvolvimento do tema. É preciso, assim, que se analisem os pontos destacados por Recaséns, tendo-se em mente as tarefas da Estimativa Jurídica, e não o contrário.

Segundo esse autor, esses passos ou tarefas seriam suficientes para a determinação do Direito, não como algo definitivo e nem como regra dura, engessada, mas dentro do que é possível, dado os contornos da realidade. Essas tarefas seriam suficientes, de acordo com o autor, para impedir que a injustiça se instale completamente como o que ocorreu na Alemanha na Segunda Guerra mundial.

Percebe-se que a retomada do estudo de autores como Recaséns Siches é especialmente importante em momentos de questionamento do humanismo, os quais vêm ocorrendo com cada vez mais força. Observam-se nesse sentido as reações às crises migratórias desde 2015 na Europa, as celebrações recentes de vitórias políticas da extrema-direita no continente, as discussões por ocasião das eleições americanas de 2016, e as eleições brasileiras, impulsionadas por ideias nacionalistas, em 2018. Verificam-se posturas de diminuição da relevância de cada indivíduo, em prol de valores abstratos que, embora possam as interessar, não representam a consecução de seus próprios fins, tais como “segurança” em abstrato e “diminuição da corrupção”. A despeito das reconhecidas dificuldades na conceituação objetiva de valores, como justiça e dignidade humana, pode-se dizer que a história já demonstrou a correção de algumas premissas.

Se, a despeito das dificuldades de conceituação de justiça e dignidade, essas premissas puderem continuar sendo respeitadas, e o ser humano continuar tendo uma noção de alteridade que o permita compreender que o respeito a sua dignidade por condição de ser humano exige que respeite a cada um também por sua “mera” humanidade, é possível que o mundo sobreviva às suas crises sem enfrentar a derrota humana que representam os regimes ditatoriais e tiranos, que deixaram suas marcas no século XX.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**: 1ª parte da 2ª parte. 2. ed. Tradução de Alexandre Corrêa. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1980. v. 4.



ARAÚJO, Cynthia Pereira. **Nazismo e o conceito de não positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

CASTRO CID, Benito de. **La Filosofía de Luis Recasens Siches**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1974.

CUADROS AGUILERA, Pol. El proyecto Recaséns y la renovación de la Filosofía del Derecho en España. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 34, p. 78-90, 2016.

GOMES, Renata Silva. **A escola do Realismo Jurídico Clássico**: uma compreensão geral da justiça e do direito sob a perspectiva dos principais autores realistas contemporâneos. 2014, p. 185f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <[http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg\\_ConstItem.html](http://www.sistemas.pucminas.br/BDP/SilverStream/Pages/pg_ConstItem.html)> Acesso em: 10 ago. 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

MASSINI CORREAS, Carlos I. **Realismo y Derechos Humanos**. Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68>. Acesso em: 18 jun. 2011.

PUY, Francisco. El Bienio Compostelano (1928-1929) del Profesor Recaséns. In: RODRÍGUEZ GARCIA, Fausto E. (Coord). **Estudios em honor del doctor Luis Recaséns Siches**. México: Universidad Nacional Autónoma De México, 1980.

RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2009. (Monografías Jurídicas, 82).

RECASÉNS SICHES, Luis. **Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico**: La Filosofía del Derecho en el siglo XX. Labor: Barcelona 1929.

\_\_\_\_\_. **Introducción al Estudio del Derecho**. 16. ed. México: Porrúa, 2009.

\_\_\_\_\_. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1970.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução: Alcidema Franco Bueno Torres. 1. ed. Coleção: universitária de ciências humanas, São Paulo: Atlas, 1977.

