

POSITIVAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS

CONSTITUTIONAL VALUE POSITIVENESS

Marlene Kempfer BASSOLI¹

RESUMO

A partir da exposição de João Maurício Adeodato (1996), sobre os estudos da Axiologia construídos por Nicolai Hartmann, apresentam-se concepções da ontologia e gnoseologia dos valores, inclusive para os valores jurídicos. Foram considerados enunciados da Constituição Federal do Brasil de 1988, para indicar, que a partir deles, é possível construir proposições estimativas reveladoras de valores constitucionais. Essas proposições não são proposições normativas em sentido estrito, cuja estrutura comporta relação jurídica onde estão os direitos subjetivos e os correlatos deveres jurídicos. As proposições estimativas são a fonte e o ponto de convergência das normas que compõem o ordenamento jurídico. Esse é o caráter normativo (sentido amplo) dos valores que se projetam sobre a realidade e permitem sejam captados por quem se propõe a descobri-los ou, conforme Hartmann, valores do dever ser ideal. A partir da descrição da ontologia da esfera axiológica de Hartmann, tem-se mais uma possibilidade de compreender um dos possíveis percursos do fenômeno da positivação dos valores jurídicos. A expectativa é de que poderá ser uma investigação útil, se servir de instrumento para auxiliar aos juristas em um de seus desafios: a interpretação jurídica para construir normas de modo que as condutas por elas disciplinadas realizem, efetivamente, os valores jurídicos na percepção contemporânea.

Palavras-chave: axiologia jurídica; valores jurídicos; valores constitucionais; interpretação constitucional.

ABSTRACT

From the exposition of João Maurício Adeodato (1996) on the studies of the Axiology constructed by Nicolai Hartmann, conceptions of the ontology and gnoseology of the values are presented, also for the legal values. They had been

¹ Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Marília-UNIMAR e da Universidade Estadual de Londrina- UEL/PR.

considered enunciates of the 1988 Federal Constitution of Brazil, indicating that, based on them, it is possible to construct estimate proposals revealing constitutional values. These proposals are not normative in the strict sense, whose structure holds the law relation where subjective rights and the related legal obligations are. The estimate proposals are the source and the convergence point of the norms composing the legal system. This is the normative character (wide sense) of the values that project themselves on the reality and allow being understood by those who propose to discover them, or, according to Hartmann, ideal values. From the description of Hartmann's axiological sphere ontology, one more possibility to understand one of the possible routes of the legal values up until achieving the norm level shows up. The expectation is that it could be an useful inquiry if applied as an instrument to assist jurists in one of their challenges: the legal interpretation to construct norms in a way that the behaviors disciplined by them accomplish, effectively, the legal values in the contemporary perception.

Key words: law axiology, legal values, constitutional values, constitutional interpretation.

1. Introdução

A Ciência do Direito tem por objeto de estudo o Direito Positivo. Ao promover investigações nesse nível, o estudioso encontra um discurso vertido em linguagem prescritiva, revelador de um universo de normas. Elas são construídas pelo homem com a finalidade de disciplinar as relações interpessoais. Através delas, realizam-se e preservam-se valores importantes para um momento, em determinado território.

Os valores, conforme conclusões de Nicolai Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996), são captados de um mundo ideal e vivenciados com os demais integrantes da comunidade social. Para que os valores importantes sejam realizados e preservados em determinada comunidade social, busca-se o Direito como um dos instrumentos para alcançar este propósito. O Direito é o mundo do dever ser, dos valores e das normas jurídicas. Os valores selecionados através de processo jurídico indicado passam a ser denominados de valores jurídicos, e devem ser fundamento de validade dessas normas. Por meio delas comportamentos individuais e coletivos são exigidos e, diante de condutas que realizam desvalores, ocorre a sanção jurídica. Pode-se afirmar que elas são meios legitimados para alcançar a coação, isto é, o grau máximo da força estatal na realização concreta de valores jurídicos.

Diante dessas constatações e a partir da sistematização de João Maurício Adeotado (1996), dos estudos da Axiologia construídos por Nicolai Hartmann, desenvolveu-se uma das possíveis construções acadêmicas para auxiliar na com-

preensão dos enunciados constitucionais que revelam valores jurídicos e o fenômeno da posituação desses valores.

2 Considerações doutrinárias da axiologia

A partir da teoria geral dos valores, será possível percorrer a axiologia jurídica, razão pela qual é interessante localizar esses conteúdos diante dos campos do conhecimento humano. Nesse sentido, Hessen (1974) identifica na esfera total da filosofia três subsistemas, onde estão as denominadas disciplinas filosóficas fundamentais:

O subsistema, que reúne as questões sobre o comportamento teórico do homem, que é a filosofia enquanto teoria do conhecimento científico ou Teoria da Ciência. Diz respeito, à origem, à essência e à certeza do conhecimento humano. Tanto no seu aspecto formal, que é a lógica, investigando os princípios formais do conhecimento humano, quanto no material, que dispõe sobre a teoria do conhecimento ou teoria material da ciência.

O segundo subsistema é o que reúne as reflexões do homem sobre si mesmo, para alcançar a concepção do universo. É a filosofia sobre a Teoria da Concepção do Universo. Reúne os conhecimentos da metafísica, tanto da natureza, quanto do espírito humano, bem como a teoria do universo, investigando problemas da divindade, liberdade, imortalidade.

O terceiro subsistema é o que agrupa o conhecimento no aspecto da estrutura do comportamento prático do homem. É a filosofia, quando trata da Teoria dos Valores. Reúne-os em valores éticos, estéticos e religiosos, compreendendo as disciplinas da ética, estética e da filosofia da religião. Os subsistemas têm em comum o pensamento, diferenciando-se pelo objeto. Enquanto a filosofia compreende as reflexões sobre a totalidade do existente, a ciência reduz-se à parcelas da realidade.

O estudo dos valores constitui um conhecimento recente, a partir da segunda metade do século XIX², embora a preocupação com o tema seja tão antiga, talvez, quanto a humanidade, lembrando de pensadores como Sócrates, Platão, Aristóteles e os escolásticos.

Por ser uma disciplina contemporaneamente sistematizada, ainda não há unidade e harmonia sobre esse aspecto do conhecimento humano. Essa parcela da ciência já tem denominação própria que é a Axiologia. Nesse campo, os estudos

² Entre os estudiosos que deram importante contribuição para a Filosofia dos Valores cite-se Kant; Lotze que introduziu o conceito de valor na Filosofia alemã; Brentano; Edmund Husserl; W. Windelband; Max Scheler; N. Hartmann; o Risieri Frondizi; Johannes Hessen. Com especificidade para o campo jurídico tem-se na Argentina Carlos Cossio, no Brasil Miguel Reale, João Maurício Adeodato.

sobre os valores como fundamento do conhecimento na Ciência Jurídica estão reunidos sob o título de Axiologia Jurídica.

Com o propósito de conhecer aspectos da teoria geral dos valores, para depois se concentrar na axiologia jurídica, faz-se necessário promover o encontro dos dois termos que permitem este conhecimento: o objeto, através de estudos da ontologia dos valores e o sujeito cognoscente, através dos estudos da gnoseologia dos valores.

Sobre o objeto de que se quer ter ciência, que são os valores, as investigações são para responder perguntas sobre em quais das esferas ontológicas do ser os valores podem ser alojados? Na esfera dos seres reais ou dos seres ideais? Ou há uma terceira esfera própria dos valores?

A ontologia é uma ciência pura, que investiga os predicados mais gerais de todos os entes como tais. É o estudo do objeto que se põem diante do sujeito. Compreende a investigação da estrutura do objeto do conhecimento.

Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996) apresenta sua ontologia do ser em geral com as seguintes, entre outras, também importantes, concepções:

[...]

- todo ser pertence a uma ou outra esfera modal: realidade **ou** idealidade;
- todo e qualquer ente é dotado de essência e existência, não importando se o ente é real ou ideal;
- a realidade ou a idealidade são modos do ser. A essência e a existência são momentos do ser;
- não são somente os entes da esfera real que existem; os entes da esfera ideal têm sua maneira de existir. São regidos por categorias (princípios) diferentes;
- há uma inter-relação entre a essência e a existência: a essência de um ente depende da existência e essa depende daquela;
- A esfera real tem características próprias que a diferenciam da esfera ideal:

a) individualidade, pois somente o ente real é material. Não há dois entes reais iguais. Cada um possui características próprias, são peculiares;

b) temporalidade, sendo que estão sujeitos ao tempo, portanto, são mutáveis, sendo esse o fator da processualidade; o ente real permanece no processo e as mudanças ocorrem em diferentes velocidades, por isso é possível registrar as mudanças, sendo esse o fator denominado de identidade; o ente real, por ser sujeito ao processo de mudança, essa,

po sua vez, ocorre em dois extremos: o ente surge e desaparece, sendo esse o fator que denomina de limitação.

- a esfera real é composta de esferas superpostas: a inorgânica e a orgânica, que correspondem ao mundo físico, e a anímica e espiritual, que correspondem ao mundo psíquico;
- a esfera ideal é composta de esferas de mesmo nível ontológico: a das essências fenomenológicas, da matemática, da lógica e a dos valores;
- O vínculo entre esses dois mundos se dá na medida em que a esfera ideal penetra na esfera real, permitindo sua construção.

O debate filosófico quanto à ontologia do ser em geral não será enaltecido neste estudo. O corte será no sentido de expor algumas das concepções ontológicas dos valores.

Conforme sistematização de Adeodato (1996, p.125-128), as posições doutrinárias podem ser reunidas em dois grupos:

- a) concepção monística, que inclui todos os entes, inclusive a natureza, num mundo indivisível, regido pelo princípio ontológico fundamental da lei da causalidade;
- b) concepção dualista, para quem os objetos estão reunidos no mundo da natureza ou real, compreendendo o reino animal, vegetal e o mineral; e, em outra porção, a esfera do mundo humano, onde está a ética. No primeiro mundo, estão as leis naturais e o determinismo. No mundo da ética, estão as leis normativas, da cultura e da liberdade regidas por normas humanas.

Embora classificada por cientistas como aporia, o debate, já antigo, entre monistas e dualistas oferece recursos didáticos para reunir os diferentes pensamentos sobre a axiologia.

Os monistas não encontraram eco diante da maioria dos estudiosos dos valores, pois não distinguem uma esfera específica para a ética, para as relações humanas e sociais. Constata-se, contemporaneamente, um recuo no entendimento sobre a pretensão de universalização dos seus postulados.

Para a corrente dualista as questões axiológicas estão reunidas em duas direções:

- a) pensadores subjetivistas, reunidos sob o título de **subjetivismo axiológico**, para quem o objeto não é por si só valioso e o valor **provém de uma valoração do sujeito**, conforme o prazer ou

- desprazer que esse objeto possa lhe causar;
- b) pensadores objetivistas, reunidos sob o título de **objetivismo axiológico**, que defendem existir uma **fonte externa ao sujeito**, que fornece parâmetros para separar os valores dos desvalores. Esse grupo abriga as vertentes:
- b.1. histórica, para quem os valores são criados pelo homem através do processo histórico-cultural;
- b.2. ontológica, para quem os valores fazem parte de uma das regiões do conhecimento, com categorias próprias, isto é, regidos por princípios básicos que os ordenam. Se os valores existem, podem ser descobertos e não criados pelo homem.

Seguindo a ontologia dualista do objetivismo axiológico, admitindo que o ser pode pertencer à esfera real ou à esfera ideal, os valores estão juntos à esfera ideal, no mesmo nível das essências fenomenológicas, das entidades matemáticas e lógicas.

Quanto ao sujeito que os quer conhecer, isto é, estudos gnoseológicos, os propósitos são no sentido de definir como o homem consegue apreendê-los: é um conhecimento *a priori*³ ou *a posteriori*⁴? Pode-se conhecê-los através da intuição sensível? Intelectual? Emocional?

3 Axiologia a partir de concepções de Nicolai Hartmann

3.1 Ontologia dos valores

Nicolai Hartmann incluiu a axiologia como parte da teoria do ser. Pode ser classificado como um dualista. Portanto, admite um mundo à parte do mundo físico, onde estão os valores ao lado das essências fenomenológicas, da matemática e da lógica. Tendo conteúdo material, existência, mesmo pertencendo à esfera ideal, os valores podem ser descobertos e não criados pelo homem.

O pensamento de Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996) sobre a ontologia dos valores, em brevíssima síntese, pode ser registrado da seguinte maneira:

- os valores são simplesmente entidades e pertencem a um mundo ideal, região menos complexa que a real; são percebidos no nível mais complexo da esfera real, onde está o ser espiritual, o homem, guiando as condutas, que são um fenômeno real. O

³ Juízos *a priori* se expressam através de proposições analíticas, tornando explícito o que no sujeito já se contém, puramente formal que independe de percepção concreta e de experiência;

⁴ Juízos *a posteriori* se expressam através de proposições sintéticas, informam sobre questão de fato, acrescentando algo ao sujeito fruto da experiência, com auxílio dos nossos órgãos dos sentidos

homem é o ponto de ligação entre o mundo ideal dos valores e o mundo real onde são realizados;

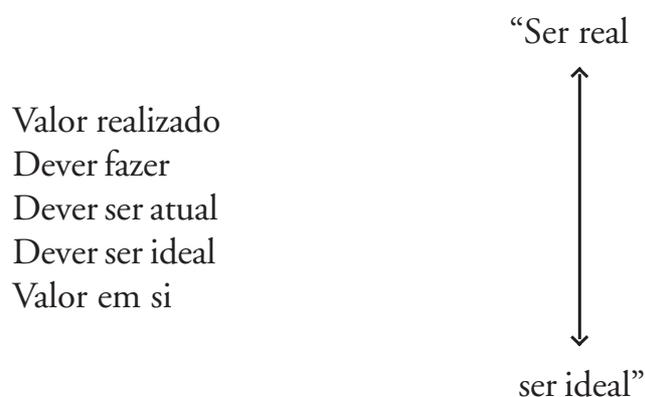
- os valores são captados pelo homem e realizados na história, sendo que toda experiência axiológica, incluindo a jurídica, tem inspiração nesse mundo ideal jamais plenamente realizável, face à sua complexidade. Há uma constante busca pela realização dos valores, conforme registra a história da humanidade;

- os valores são suscetíveis de ordenação e hierarquia, sendo possível identificar os valores fundantes e os fundados;

- o ser espiritual (homem), construindo sua história, é regido por um dever ser, um impulso a realizações, que tem por fundamento valores. No entanto, nem todo valor tem um correspondente dever ser, pois, esse dever ser, não é da essência dos valores, mas sim, uma de suas propriedades;

- os valores, por serem entes ideais são imutáveis. O que está sujeito a mudança é o dever ser e sua percepção. Essa, é limitada em extensão e intensidade, isto é, o homem consegue apreender alguns valores e aqueles que forem percebidos passam a ter mais influência na esfera real;

- faz uma descrição da ontologia da esfera axiológica, que Adeodato (1996, p. 146) apresenta graficamente:



O **valor em si** é o conceito originário, é o valor em sua plenitude, no mundo ideal, independente da esfera real.

O **dever ser ideal** é a maneira que os valores se projetam sobre a realidade e permitem sejam captados por quem se proponha a descobri-los. Apesar de admitir uma tendência de realização, ainda não o foi. O valor originário é o fundamento do dever ser ideal.

O **dever ser atual** é o início da projeção na realidade. Na escala ontológica, está entre o dever ser ideal do plano ideal, pronto para ser intuído, e o efetivo dever fazer da realidade.

O **dever fazer** parte do dever ser atualizado e representa a possibilidade de realização em determinadas circunstâncias reais.

O **valor realizado** pertence à esfera real. É o valor realizado nos limites de sua percepção. É a efetiva objetivação do dever fazer; que, por sua vez, é um dos momentos do dever ser atual; que por sua vez, tem por fundamento no dever ser ideal, sendo esta a forma possível de intuir o valor originário.

3.2 Gnoseologia dos Valores

Hartmann, conforme relata Adeodato (1996), considera os estudos gnoseológicos subordinados aos ontológicos. Admitindo a existência de entes reais e entes ideais, fundamenta que o conhecimento dos objetos reais não é exclusivamente *a posteriori*, porque os princípios que o regem são sempre do mundo ideal, portanto, é conhecimento *a priori*, daí o conhecimento dos objetos ideais ser sempre *a priori*.

O autor defende que o conhecimento é um ato transcendente e que há o ato gnoseológico, sempre mais neutro, objetivo, estimulado pela intuição sensível e intelectual em que o objeto permanece externo ao sujeito, intocado. Há, também, o ato teleológico estimulado pela intuição emocional, em que o objeto é interiorizado, envolvendo a parte subjetiva, do interior do homem.

Alerta que não há atos puramente gnoseológicos ou somente emocionais, uma vez que não é possível postar-se com completa neutralidade diante do objeto ou fenômeno a conhecer.

Constrói proposições a respeito do conhecimento dos valores, cujos aspectos relevantes para este estudo, podem assim ser resumidos:

- considerando que os valores estão no mundo ideal, o conhecimento deles será sempre *a priori*, mesmo que se revele diante de um fato real através da emoção;
- os valores podem ser intuídos no nível do mundo anímico no estrato espiritual, onde localiza o homem, ser com consciência. Ele é o ser espiritual que serve de canal de aproximação da esfera real e a esfera ideal, especificamente dos valores;
- esse **ser espiritual** une a idealidade e a realidade, quer seja pelo conhecimento ou na realização dos valores. Quanto a ontologia do ser espiritual, teoriza que é um ser real, portanto, com as características da individualidade e da temporalidade. Hartmann subdivide o ser espiritual em espírito pessoal, espírito objetivo e espírito objetivado.

São as três manifestações coordenadas entre si. Podem ser separadas apenas por abstração. Somente juntas é que dão a visão total do fenômeno:

- a) **espírito pessoal** é como designa **cada ente**, ser humano, individualizado. É o ser com sentimento, vontade, autoconsciência;
- b) **espírito objetivo** é como designa a necessidade do ser espiritual de se **inter-relacionar** com os membros da coletividade. É a intersubjetividade que caracteriza o ser espiritual. Ele é supra-pessoal, inserido na realidade espacial e temporal, constrói a história.
- c) **espírito objetivado** é como designa as **manifestações** de sentido do espírito pessoal (indivíduo) e do espírito objetivo (indivíduo se inter-relacionando), que se materializam **sobre objetos**. Explica melhor ao escrever que: “ qualquer ação, todo discurso, qualquer expressão de conduta do indivíduo já é uma objetivação, um ato de exteriorização [...]”. (ADEODATO, 1996, p.186).

O valor é captado pelo espírito pessoal. Após, separa-se de quem o captou e lhe deu significado. Penetra na intersubjetividade (manifestação do espírito objetivo), e adquire um significado. Ao ser comunicado já está objetivado, mas pode não ser consolidado pelo espírito vivo, que são as manifestações do espírito pessoal e objetivo interdependentes. A consolidação é que dará ou não ao valor o qualificativo de independente ou dependente, respectivamente. Quanto mais tempo o valor permanecer, mais independente será do espírito vivo que o percebeu e vivenciou. É a projeção do espírito objetivado para o futuro. O espírito objetivado é irreal e não ideal. É irreal porque:

- diferentemente do ser ideal, é temporal, isto é, após ser objetivado passa a compor a história do espírito vivo que é real;
- o ser ideal independe do ser real, ao contrário do espírito objetivado que só existe em função do espírito vivo.

O espírito objetivado independente e o espírito pessoal entram em conflito, pois há constantes transformações no espírito vivo, e a objetivação, de certa forma, aprisiona o espírito vivente no seu presente e para o futuro. No entanto, o espírito vivo faz seu próprio caminho, pode opor-se ao que recebeu e toma a iniciativa de reiniciar uma nova objetivação;

- o conhecimento dos valores é, em um único ato, sobremodo emocional e secundariamente racional. Embora a intuição axiológica ocorre em cada sujeito, este fato não autoriza afirmar que não sejam objetivos. A objetividade fica evidente a medida que há valores que permanecem na esfera ideal, outros são captados, mas desaparecem. O valor que não foi realizado não significa dizer que ele não existe;

- os valores são percebidos fenomenicamente, análogo ao ato de conhecimento, que se dá através de um ato transcendente. No entanto, é diferente do ato transcendente gnoseológico, pois o sujeito se aproxima dos valores e os insere na realidade através de um ato teleológico estimulado pela intuição emocional;
- considerando o método fenomenológico, este ato teleológico pode ser dividido em três momentos:

- a) intui emocionalmente o valor e, através de um ato de conhecimento, da intuição intelectual, decide como orientará sua ação, determinando um fim a ser atingido;
- b) após, escolhe os meios para atingir o fim estabelecido;
- c) finalmente, há a realização do valor no mundo real

Adeodato (1996, p. 146) oferece um esquema da perspectiva gnoseológica axiológica de Hartmann:



Para conciliar a afirmação de que o conhecimento dos valores é via emocional e racional, deve-se percorrer o caminho fenomenológico do ato valorativo:

- a) fase mais importante do impacto emocional diante de algo. É momento desligado da reflexão, quando ocorre o contato do sujeito com o dever ser ideal, através da intuição emotiva; é a consciência do valor e não a de princípios; não é uma visão pura do valor, mas um sentimento que existe independentemente da experiência;
- b) segue a etapa da reflexão, em que o sujeito usa o raciocínio, estimulado pela intuição intelectual. Embora ainda sob o impacto da intuição emocional;
- c) o sujeito procura a fonte do sentimento de valor que apreendeu. É o momento predominantemente intelectual, denominado de ato gnoseológico, em que o valor é efetivamente objeto de conhecimento

⁵ É o momento em que o sujeito analisa se deve ou quer realizar o valor.

3.3 O Direito e os Valores Jurídicos

Há unanimidade na doutrinária que tem por objeto de estudo a Axiologia, o entendimento de que os valores estão presentes, sempre, nas relações intersubjetivas, quer na construção gnoseológica do ser espiritual de Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996), na necessidade de vivenciá-los na realidade social de Cossio (1946) e de Reale (1994), quer na influência das situações circunstanciais (sociais, culturais) em que se encontra o objeto e o sujeito a que se refere Frondizi (1979), e ainda na ênfase ao aspecto da imediaticidade do conhecimento pela emoção do homem, que é provocada pela vivência, conforme Hessen (1974).

Essa intersubjetividade é identificada, também, no momento jurídico da vida humana. Visto assim, toma-se a teoria de Hartmann e suas orientações ontológica e gnoseológica, especialmente por reconhecer aos valores autonomia existencial e objetividade; bem como pela convicção de que é possível encontrar harmonia entre a liberdade e a causalidade do mundo real; portanto, ficam adotadas as seguintes premissas:

- os valores existem, estão na esfera ideal, projetam-se sobre a esfera real. Podem ser descobertos pelo ser espiritual, identificado na figura humana, em sua manifestação enquanto espírito pessoal. Ele é quem faz a ponte entre a esfera ideal e a real;
- Nem todos os valores são captados pelo ser espiritual. Não é nota essencial para sua existência a sua realizabilidade. Não sendo realizado no processo histórico, em determinado momento e lugar, não significa que não existam. Da mesma forma que um círculo, que também está na esfera dos objetos ideais, não deixa de existir se não corresponder ao desenho de um círculo perfeito;
- O **valor**, em sua plenitude, não está ao alcance do ser espiritual. Mesmo quando captado na forma de dever ser ideal e chegar à valor realizado individual ou coletivamente, não se exaure. Sempre haverá, por exemplo, justiça, igualdade, fraternidade, solidariedade a realizar;
- somente sob a forma do **dever ser ideal**, que instiga atos de realização, é que poderá ser captado. Ao ser intuído pelo espírito pessoal, o valor terá a forma de **dever ser atual** e, naquilo

em que é realizável, conforme as circunstâncias reais, terá a forma então de **dever fazer**. Ao ser concretizado, já na esfera real, passa a ser denominado de valor realizado;

- aceitar a **teoria do ser espiritual**, nas suas formas de manifestações: espírito pessoal (indivíduo), espírito objetivo (intersubjetividade) e espírito objetivado (materialização), pois permite ajustar-se ao fenômeno jurídico que está voltado ao homem e suas relações (a intersubjetividade presente nas relações jurídicas) exteriorizadas através das normas jurídicas reguladoras das condutas do homem;

- por ser um ente ideal, o conhecimento do valor é *a priori*. É um ato transcendente intuitivo e racional. É predominantemente intuitivo, do tipo emocional que permite unir a esfera real com a ideal. É racional a partir do momento em que se procura a fonte do sentimento do valor. Esse é o momento intelectual. São os atos teleológicos e gnoseológico, respectivamente.

Para Hartmann (*apud* ADEODATO, 1996, p. 169), o direito pode ser conceituado como um fenômeno real e espiritual, dirigido por valores ideais, inseridos na realidade. Delimita que a Ciência do Direito não tem por objeto de estudo a pesquisa dos valores e sua hierarquia e sim de que toma como indiscutíveis pressupostos axiológicos e estabelece seu próprio esquema de produção normativa. Acredita no auto-aperfeiçoamento ético, que, no campo do Direito, se dará pela influência da esfera axiológica sobre a esfera real.

A partir das construções filosóficas que Hartmann fez em torno da ontologia e gnoseologia axiológicas aplicadas ao Direito, serão consideradas as seguintes afirmações:

- Todo direito caminha para o direito ideal (justiça, igualdade, harmonia), que corresponde à esfera do dever ser ideal da ontologia dos valores. Ao ser projetado na realidade, instiga ou inibe comportamentos em busca da realização de valores.

- O valor na forma do dever ser atual, quando inicia sua trajetória na realidade, é intuído pelo espírito pessoal. Esse ser espiritual é a origem ontológica do Direito, pois o homem no seu agir é que faz a ponte entre a conduta real e os valores ideais.

· O espírito pessoal, ser humano individual, é incompleto. O homem tem necessidade de se relacionar com outros seres espirituais, formando uma coletividade. É o momento do ser espiritual que se manifesta na forma de espírito objetivo. Estabelecem-se as relações intersubjetivas que permitem a identificação dos fenômenos sociais, entre eles o Direito e a criação da história.

· O espírito objetivo, a interpessoalidade, por vezes, ultrapassa os valores e os interesses do indivíduo e, por isso as relações nem sempre estão em harmonia. Surge o poder jurídico-político, fenômeno do espírito objetivo, para interferir com mecanismos contra o individualismo do espírito pessoal. Esse poder é um mecanismo para o espírito objetivo proteger-se do individualismo do espírito pessoal. As exteriorizações do espírito objetivo são as fontes que permitem a criação do Direito.

· As relações intersubjetivas que acontecem nas manifestações do espírito pessoal e do objetivo lidam com valores que se pretende consolidar, proteger. É o momento da manifestação do espírito objetivado que vai materializar a vontade do espírito vivo, através da norma jurídica escrita. É o Direito real, fenômeno empírico guiado por valores ideais.

A norma jurídica, onde está positivado o valor, aprisiona o espírito vivo no presente e para o futuro, inclusive para aqueles que ainda não fazem parte do espírito vivo. Contra esse aprisionamento, o espírito vivo, por estar vivo, pode defender-se não aceitando os valores que herdou. É a dinâmica do fenômeno jurídico em busca, incessante, pelo auto-aperfeiçoamento.

· Os valores apreendidos pelo Direito e apresentados sob forma de enunciados deontológicos, são os mínimos indispensáveis para realizar outros valores mais altos. Assim, como há uma hierarquia dos valores em geral, é possível estabelecer uma hierarquia entre os valores captados e materializados pelo Direito. A codificação permite criar instituições como a sanção organizada, o constrangimento pela violência legal e outras, para defesa dos valores captados e selecionados pelo espírito vivo.

· Sendo o Direito dirigido por valores positivados, para conhecer aqueles aprisionados pelo instrumento da codificação, segue-se a teoria gnoseológica geral dos valores: é predominantemente intuitivo (pela via emocional), mas também racional (pela inteligência). Captar o valor positivado é, portanto, ato teleológico e intelectual.

4. Enunciados constitucionais que revelam valores jurídicos

Há enunciados constitucionais que permitem identificar valores, sendo que, a partir dos quais, é possível construir proposições estimativas, que não são redutíveis a proposições normativas em sentido estrito. Esses enunciados permitem identificar os valores escolhidos pelo legislador constitucional, elevados ao nível jurídico. Elucidando essa afirmação, pode-se indicar o seguinte enunciado do texto constitucional brasileiro (BRASIL, 2005), que autoriza construir a proposição estimativa: para o Estado Federativo e governo republicano brasileiro a dignidade é um valor jurídico:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...]

Conforme a teoria do ser espiritual de Hartmann (apud ADEODATO, 1996), os valores são captados pelo espírito pessoal (indivíduo) que os vivencia nas suas relações interpessoais enquanto espírito objetivo. Nessas experiências são revelados os valores do bem que quer preservar e ver realizados na história do espírito vivo. Através da linguagem, os apresenta, construindo enunciados ricos no plano pragmático, instigando as emoções, sentimentos, comportamentos. É o momento da manifestação do espírito objetivado. O espírito vivo reconhece o Direito como um instrumento que permite realizar os valores selecionados, através da sanção e coação. Para tanto, manifesta-se através de enunciados jurídicos, quer seja apenas indicando à sociedade os valores jurídicos ou indicando a conduta que possibilita a sua realização.

Na descrição da ontologia da esfera axiológica de Hartmann (apud ADEODATO, 1996), os enunciados constitucionais, como aqueles do Artigo 1º

acima transcrito, indicam valores na posição do dever ser ideal, entre o valor em si e o dever ser atual. Nessa escala, o nível do dever ser ideal é a maneira que os valores se projetam sobre a realidade independentemente de estarem vinculados a comportamentos. O legislador se refere a valores que possam ser colocados nesse nível, através de termos abstratos ou constrói modelos jurídicos de Estado e de Governo, que expressa ou implicitamente possibilitarão a realização de valores. Ao serem registrados em nível constitucional, por ato de decisão política, consolidam-se em posição privilegiada, à espera do processo de positivação, quando percorrerão os demais níveis da escala, o do dever ser atual, o do dever fazer e o do valor realizado.

De acordo com o modelo de Estado e Governo escolhidos por uma comunidade-nação, alerta Lourival Vilanova (1977, p. 235), citando William Ebenstein, seria juridicamente pensável um sistema político em que se habilite órgão ou pessoas para produzirem normas e atos sem a “interpolação de leis ordinárias, ou de normas gerais, emitidas a título de regulamentos, concretizando-se atos de execução sem ulterior produção normativa.” No entanto, entende-se que não foi esta a opção do legislador constituinte brasileiro, pois decidiu para o Brasil um governo de modelo republicano (participação popular nas decisões que serão vertidas em normas abstratas e gerais) e pela pluralidade de órgãos políticos (cada um deles com atribuições típicas e independentes entre si), conforme modelo de Montesquieu.

Tem-se, estruturalmente, um modelo político que atribui ao órgão legislativo a prerrogativa típica de produzir normas abstratas e gerais, que venham indicar as condutas lícitas (valores) e as ilícitas (desvalores), que compõem o ordenamento jurídico. Dessa forma é competência dos legisladores constitucional e infraconstitucional, indicarem em que percepção o valor indicado no enunciado constitucional deve ser considerado para determinado momento histórico. A liberdade do legislador infraconstitucional estará limitada a positivar os valores que foram indicados para integrarem o ordenamento jurídico e não buscar valores de outros ordenamentos que coexistem com o jurídico, a exemplo do ordenamento natural, o religioso, o ético-político ou das gentes que são, no dizer do Prof. Lourival (2000), valores extras contextuais.

Enquanto tal positivação não ocorrer, os enunciados que constroem proposições estimativas, conforme adverte Habermas (1997, p. 316), diferentemente das normas que possuem um sentido deontológico, desempenham uma função teleológica, de orientação na interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico. Auxiliarão identificar comportamentos recomendáveis diante de condutas igualmente corretas para alguns (legisladores). Os enunciados que permitem identificar a proposição prescritiva, por sua vez, delimitam a conduta que seria recomendável para todos (normas jurídicas abstratas e gerais). Para Neves (1994,

p. 33), a função simbólica dos valores constitucionais inseridos a partir dos preâmbulos, deve servir para interpretação diante de situação de aplicação do direito, ocasião em que se pretende a “concretização do texto constitucional.”

Os valores revelados nos enunciados constitucionais em análise, podem ser classificados como de interesses juridicamente legitimados, conforme Ferrara e Rocco (apud VILANOVA, 2000, p. 226), de quem são titulares todos os cidadãos submetidos a determinada ordem jurídica. Alguns não foram elevados à categoria de direito subjetivo porque dependem de presente ou futura positividade em norma de nível constitucional ou infraconstitucional; a partir de então, estaria garantida a possibilidade dos cidadãos serem titulares de direitos materiais e do direito de ação. Enquanto proposições estimativas não é possível construir uma proposição jurídica que tem estrutura sintática de fato jurídico e relação jurídica (direito material) e antijuridicidade e sanção (direito processual).

Confirma-se, com o Prof. Vilanova (2000, p. 229), que é uma questão de política legislativa, portanto, de decisão popular, selecionar os fatos, as condutas, que são relevantes e que devem, em determinado momento histórico, ser prestigiados, pois, materializam determinado(s) valor(es) constitucional(is). Tais valores, a exemplo da fraternidade, da dignidade, poderão permanecer na Constituição apenas como indicadores de futura positividade, perpetuando-se como valores legitimados, sem serem elevados à condição de direito subjetivo, no sentido de possibilitar a alguém o direito de ação para exigir a sua realização, ou seja, exigir de outro indivíduo ou do Estado determinada ou todas condutas fraternas, quaisquer ou todas condutas de dignidade. As proposições estimativas são objeto de relações jurídicas em sentido amplo (VILANOVA, 2000, p.162), desprovidas de eficácia processual

Considerando-se o texto constitucional promulgado em 1988, poderão ser identificados muitos valores como dever ser ideal. Já a partir do preâmbulo, estão enumerados valores como liberdade, segurança, bem-estar, igualdade, justiça, fraternidade, harmonia, ordem, paz. O título dos princípios fundamentais indica, entre outros, a dignidade, a solidariedade. Ao dispor sobre a administração pública, acrescenta os valores da moralidade, da eficiência. Nos títulos da ordem econômica e social, continua a indicação do valor justiça social, da equidade. Assim, se alguém, com finalidade de estudos, pretender isolar todos valores constitucionais para análise frente ao ordenamento jurídico (intrasistêmico), concluirá que será difícil encontrar situação jurídica ou não jurídica, que não possa ser protegida ou albergada diretamente por tais valores. Siches (1952, p. 476) contribui ao escrever que há valores éticos e jurídicos adotados por todos os homens em diferentes sociedades, como por exemplo, o valor justiça, o valor moral, o valor bondade. São os que ele denomina de valores genéricos, que instigam diversas condutas, possibilitando-se individualizar aquela que efetivamente realiza determinado valor.

Os valores no nível de dever ser ideal são de tal abrangência que poderiam servir de fundamento de validade a infindáveis situações concretas. Poderiam servir de fundamento de validade de norma concreta e individual, sem a intermediação da norma abstrata e geral, estas tipificadoras de determinadas condutas jurídicas ou antijurídicas. No Brasil, entendemos, não foi esta a opção.

No texto constitucional, há enunciados que permitem construir proposições normativas, indicando comportamento para a efetiva realização de determinado valor, cite-se como exemplo o valor jurídico da igualdade (dever ser ideal) que, em uma de suas possíveis percepções, enunciadas no Art. 37, I, é possível individualizar norma jurídica que delata o dever do Estado de garantir a todos os brasileiros a oportunidade para ocupar cargos públicos, realizando concurso público (dever ser atual); aos candidatos que preencherem os requisitos de lei (dever fazer) e participarem da seleção, estar-se-á realizando o valor constitucional da igualdade entre os iguais. Ao produzir a norma concreta e individual da posse, pode-se afirmar que para este cidadão o valor igualdade, tomado como ponto de partida no nível do dever ser ideal, alcançou o nível do valor realizado. Nessa proposta de positivação, a partir dos enunciados que indicam o valor enquanto dever ser ideal e dever ser atual é possível construir, em nível constitucional, a norma jurídica onde está o direito subjetivo do cidadão frente ao dever jurídico do Estado, isto é, o de exigir concurso público para cargos públicos.

Para interpretação dos enunciados que revelam proposições estimativas, o intérprete poderá percorrer a trajetória estabelecida por Hartmann para conhecimento dos valores: primeiro, a via emocional, depois a racional. Pela emoção, experimenta um sentimento independentemente da experiência, segue para a intuição intelectual através da reflexão, da ponderação, e se concentra para buscar a essência do valor que está a lidar, para o caso concreto.

Diante do exposto e da crescente preocupação doutrinária e jurisprudencial a respeito da efetividade da Constituição, questiona-se: qual seria efetivamente o papel dos enunciados constitucionais que possibilitam a construção dessas proposições estimativas no ordenamento jurídico? A conclusão é no seguinte sentido:

- os enunciados constitucionais de valor ora em análise são interesses juridicamente legitimados e marcam um ponto de convergência necessário da futura positivação. Haverá necessidade de o legislador constitucional ou infraconstitucional, introduzir no ordenamento jurídico enunciados dos quais seja possível construir a norma jurídica abstrata e geral com fundamento de validade nos valores constitucionais. Assim, estar-se-á indicando qual é o aspecto ou percepção do valor já positivado, em

nível constitucional ou infraconstitucional, que se quer ver realizado em determinado momento e espaço, no plano das relações intersubjetivas. Há necessidade dessa individualização e indicar, ainda que determinável, os possíveis sujeitos de uma relação jurídica.

- O enunciado constitucional que indica um valor cumpre o importante papel, diante da atividade legislativa constitucional ou infraconstitucional, no sentido de orientar a produção normativa para a realização dos valores constitucionais. Diante de determinado valor constitucional o legislador poderá avaliar se o fato que pretende juridicizar possibilitará a realização ou não do valor constitucional.

- Diante de situação de conflito, o valor constitucional servirá de orientação ao magistrado para o controle de legalidade e de constitucionalidade, bem como na busca do sentido da norma interpretada para aplicação ao caso em análise. Não deverão pertencer ao ordenamento jurídico as normas abstratas e gerais ou concretas e individuais que não realizem o valor que está indicado como dever ser ideal na Constituição. Para identificá-lo, basta percorrer o caminho da positivação: buscar a norma jurídica constitucional (dever ser atual) ou a norma infraconstitucional abstrata e geral que indica conduta(s) que realiza(m) o valor (dever fazer); e, finalmente, chegar ao grau máximo de concretude, através da decisão judicial que revela uma norma concreta e individual, atingindo o nível do valor realizado, nos limites da percepção contemporânea do valor como dever ser ideal, diante do caso real. Este é a oportunidade jurídica para o Poder Judiciário cumprir seu dever de ser instrumento para a garantia da presença efetiva, nas relações humanas, do valor realizado.

5. Conclusão

Para estes estudos, foram consideradas as conclusões da Axiologia construídas por Nicolai Hartmann, a partir da sistematização apresentada por Adeodato (1996). Considerando-se a concepção ontológica, afirma que: os valores pertencem ao mundo ideal e como tais, são entes imutáveis; o que está sujeito à mudança é o dever ser e a percepção dos valores pelo homem.

Descreve a ontologia da esfera axiológica, declarando que: o valor em si é um conceito originário (o bem), independentemente da esfera real; pode ser captado pelo homem sob a forma de um dever ser ideal (solidariedade); ao projetar-se na realidade, toma a forma do dever ser atual (o homem deve ajudar ao seu semelhante); por sua vez, inspira o dever fazer da realidade (dado o fato de alguém estar em situação de risco de vida dever ser ajudado); finalmente, alcança o valor realizado pertencente à esfera real, onde estão as condutas (o homem ajuda seu semelhante e evita a morte).

Quanto aos aspectos gnoseológicos, propõe que o conhecimento dos valores é *a priori*, intuído pelo ser espiritual que faz a aproximação com a realidade. O fenômeno do conhecer ocorre em diferentes manifestações: o espírito pessoal é o homem enquanto individualidade que intui os valores; diante da necessidade de se relacionar com os demais membros da comunidade, vivencia os valores e eles separam-se de quem os captou, é a manifestação enquanto espírito objetivo; ao serem consolidados, representam a manifestação do espírito objetivado.

Para Nicolai Hartmann, o Direito é um fenômeno espiritual e real. Delimita que a Ciência do Direito toma os valores positivados (manifestação do homem enquanto espírito objetivado), como indiscutíveis pressupostos axiológicos e que o Direito Positivo estabelece seu próprio modo de produção normativa. Admite a origem ontológica do Direito a partir do ser espiritual.

Para conhecer os valores, segue-se pela via da intuição emocional e a racional. Tal fenômeno, na lida jurídica, acontece no momento da produção das normas, tanto no nível constitucional, onde há normas abstratas e gerais ou concretas e gerais, quanto nos níveis da infraconstitucionalidade das normas abstratas e gerais (Lei) ou das normas concretas e individuais (Atos Administrativos, sentenças). Assim, conhecer, identificar os valores é ato teleológico e intelectual.

A partir desses pressupostos e considerando os enunciados constitucionais que compõem o texto da Constituição brasileira, há aqueles que revelam proposições estimativas como a dignidade, solidariedade, igualdade, justiça social. Estes são valores do dever ser ideal, na escala ontológica de Hartmann. Tais proposições não são proposições normativas em sentido estrito, isto é, aquelas que comportam uma estrutura sintática que permitam identificar em relações jurídicas os direitos subjetivos e os correlatos deveres jurídicos. As proposições estimativas indicam interesses jurídicos legitimados e são fonte e ponto de convergência de todas as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico. Este é seu caráter normativo, em sentido amplo.

A partir das proposições estimativas, é possível deflagrar ou encontrar o caminho para a positivação dos valores jurídicos. A proposta da Axiologia de Hartmann auxiliará a percorrer esse caminho. Assim, poderá ser mais um instrumento a serviço da interpretação do Direito que deve ter a direção da efetividade dos valores constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COSSIO, Carlos. *La plenitud del ordenamiento juridico*. Buenos Aires: Losada, 1946.
- FRONDIZI, Risieri. *¿Qué son los valores? – Introducción a la axiología*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1979.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V.1.
- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 4. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1974.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RECASENS SICHES, Luiz. *Vida humana, sociedade y derecho: fundamentacion de la filosofia del derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1952.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.