

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

JOÃO MARTINS BERTASO

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha; João Martins Bertaso – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-079-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

O GT Filosofia do Direito e Cátedra Luis Alberto Warat foi desenvolvido com toda a sua plenitude no dia 29 de junho de 2020, mesmo tendo sido realizado integralmente de forma virtual, inaugurando um novo estilo de reflexão.

O Conpedi, como sempre, estimulou o debate e a pesquisa sobre a Filosofia do Direito, permitindo a discussão de temáticas fundamentais para a observação do Direito, desde a releitura de autores clássicos, até assuntos extremamente atuais.

No entanto, os membros do GT não deixaram de inovar ao criticar de forma bem contundente, as questões políticas, sociais e de saúde pública, criadas pela Pandemia Global, como se pode constatar nos textos apresentados.

Nesse sentido, foram apresentados 22 textos (com duas ausências), e debatidos, os seguintes assuntos:

1. A FILOSOFIA, O DIREITO E A FILOSOFIA DO DIREITO

A partir de uma abordagem aristotélica as autoras buscam estabelecer uma crítica à abordagem tradicional da Filosofia do Direito de matriz positivista, propondo com suporte em Kant e Gadamer, uma reconciliação com a Justiça como fundamento do Direito.

2. A LIQUIDEZ DA SOCIEDADE ATUAL (O AMOR E SUA ESSÊNCIA)

O texto propõe, com base na análise sociológica de Zygmunt Bauman, uma abordagem dos relacionamentos interpessoais sob a perspectiva de sua fragilidade e fluidez, extremamente atual, sugerindo uma abordagem centrada no fortalecimento desses vínculos sociais.

3. A NECESSIDADE DA INCORPORAÇÃO DOS VALORES DE LIBERDADE, IGUALDADE E DIGNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA A PARTIR DO NAZISMO

O texto propõe uma abordagem do Direito a partir das teorias hermenêuticas e dos direitos fundamentais como uma crítica ao modelo positivista, que aponta ter sido empregado, em

alguma medida no período nazista atribuindo, pelo menos em parte, à influência do pensamento de Carl Schmitt.

4. AS LIBERDADES HUMANAS COMO BASES DO DESENVOLVIMENTO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN

O texto examina o conceito das liberdades substantivas tal como propostas por Amartya Sen, propondo que elas podem ser tomadas como base para a formulação de um modelo de desenvolvimento menos desigual.

Propõe que esse modelo pode estimular e fortalecer os direitos políticos de modo a fortalecer a democracia.

5. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA E DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

O autor faz algumas considerações acerca do tema da Justiça, em especial, a partir de uma visão realista com base em Ross, mas também a partir do pensamento de Norberto Bobbio.

Sugere que é possível uma compatibilização entre o Direito e a Justiça por meio do resgate dos valores e de processos sociais correlatos, em especial, o educacional.

6. DEUS, DINHEIRO E DIREITO DA PERSONALIDADE: UMA OUTRA TRINDADE A SER DESMISTIFICADA

O texto adota uma perspectiva marxista para criticar a influência do dinheiro e da personalidade como um fator determinante na formação das relações jurídicas, apresentando-os como deificações.

7. DIREITO E IDEOLOGIA: A CRÍTICA DA DIALÉTICA MATERIALISTA MARXISTA ÀS FILOSOFIAS DA HISTÓRIA

O texto propõe a abordagem marxista da história supondo que possa ser considerada científica, e, ao mesmo tempo rejeitando esse estatuto às teorias concorrentes. Ao mesmo tempo, estabelece que o direito deve ser entendido como mera reprodução das relações econômicas, tais como descritas por seu referencial teórico.

8. DO HOMO FABER AO HUMANISMO INTEGRAL: NEOTOMISMO COMO VEREDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA JUSTIÇA NO DIREITO

O texto propõe uma abordagem da dignidade humana e da justiça baseada numa perspectiva neotomista entendendo ser adequada e suficiente para reconstruir a partir dessas noções as relações jurídicas e o próprio Direito.

9. DO NEOPOSITIVISMO AO POSITIVISMO: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE DIREITO DE ROBERT ALEXY E DE SUA LEITURA DA TEORIA DO DIREITO DE KELSEN

O autor analisa, em essência, a concepção adotada por Alexy ao caracterizar a teoria do Direito de Kelsen.

O cotejo entre ambas as teorias foi feito tomando por eixo as relações entre Direito e Moral e, assim, o conceito de princípios.

O texto sugere a retomada do pensamento kelseniano.

10. ESTADO LAICO DE MAIORIA CRISTÃ: UM ESTADO NOTADAMENTE TEÍSTA

O artigo analisa o significado jurídico do princípio do Estado Laico, sugerindo que esse conceito é compatível com uma definição que engloba uma perspectiva teísta. O pano de fundo é a realidade brasileira.

11. FUNDAMENTOS DA LIBERDADE E DO DIREITO EM HEGEL

O texto retoma o texto clássico sobre a Filosofia do Direito de Hegel, demonstrando a sua atualidade.

12. HÁ JUSTIÇA ALÉM DA VIRTUDE? AMAYA EM FOCO

O texto expõe o pensamento da filósofa mexicana María Amalia Amaya Navarro propondo que seu pensamento possa ser adotado como um parâmetro de atuação judicial limitado pela ideia aristotélica de virtude.

Quanto ao relacionamento entre os agentes processuais e suas condutas, o texto, porém, aponta a insuficiência da teoria.

13. HOBBS E SCHMITT: UMA LEITURA CRUZADA A PARTIR DA APROXIMAÇÃO DOS CONCEITOS DE LEI FUNDAMENTAL, NOMOS E SOBERANIA COMO MONOPÓLIO DECISÓRIO

O texto sugere que o pensamento de Hobbes e Schmitt apresenta confluências em função, principalmente, da centralização dos exercícios do poder, que, sugere pode ser verificado pela correspondência, em ambos, da noção de prevalência do Estado sobre a o Direito.

14. NOTAS SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA TRANSPARÊNCIA

O texto utiliza uma abordagem positivista de matiz kelseniana, para analisar como o direito ao esquecimento, deve ser reconhecido no atual panorama jurídico no âmbito do direito de personalidade.

Reflete, também acerca dos limites da efetividade desse direito na realidade contemporânea.

15. O DIFERENTE, DIVERGENTE, DESVIANTE NO DIREITO: A RACIONALIDADE DESCENTRADA COMO FORMA DE DESCONTRUIR O ETNOCENTRISMO NO DIREITO

A autora supõe haver uma visão etnocêntrica no direito atual que limita a sua abrangência aos sujeitos que não se integram a um dado modelo padronizado.

A despeito da abordagem antropológica, propõe, que uma alteração da racionalidade jurídica pode ser um caminho para uma incidência subjetivamente plural.

16. O DIREITO ACHADO NA RUA E MEDIAÇÃO: CONVERGÊNCIAS ENTRE ROBERTO LYRA FILHO E LUÍS ALBERTO WARAT

O texto examina ambas as teorias em função de seu caráter antidogmático (ou contradogmático). A partir desse eixo indica possíveis confluências. Pois, os autores foram pioneiros da crítica jurídica no Brasil e se interessam pelo direito dos excluídos.

17. O IMPACTO DO CAPITAL IMPRODUTIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O texto examina o capital improdutivo do ponto de vista conceitual e, também, sugere impactos no desenvolvimento social.

Em que pese não ficar claro quem são titulares desse tipo de capital (há uma crítica ao sistema financeiro,) sugere que esse entrave tem implicações sobre a concretização dos direitos fundamentais e, assim, enfraquecimento da democracia.

18. O PENSAMENTO FILOSÓFICO DE MIGUEL REALE

O texto apresenta o pensamento de Reale apontando a importância da sua formulação no pensamento nacional.

O Autor sugere que tal concepção teórica pode ter contribuído para a adequada compreensão da teoria de Kelsen no espaço acadêmico brasileiro. E, ao mesmo tempo, ter diminuído a influência do normativismo.

19. O REFÚGIO POR UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICA A PARTIR DE DERRIDA

O artigo procura perscrutar a relação entre justiça e direito, desde o conceito de refúgio jurídico, estudado desde o fenômeno do refúgio. Assim propõe que segundo os conceitos de alteridade e hospitalidade do filósofo Derrida, pode se analisar, se os refugiados são acolhidos a partir de uma ótica da hospitalidade.

20. OS LIMITES REGULAMENTADORES DA PROPAGANDA ELEITORAL NO ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

O texto propõe que o espaço virtual no âmbito das relações mediadas pela internet possa ser tomado como um sistema autônomo tal como proposto pela teoria dos sistemas de Luhmann.

A partir dessa premissa examina algumas possibilidades normativas decorrentes dessa abordagem sociológica.

21. SEIN, SOLLEN UND RECHT: A ORDEM JURÍDICA E AS NORMAS EM HANS KELSEN E H. L. A. HART

A autora sugere que Hart na sua obra “O conceito de Direito” ao realizar sua crítica ao pensamento de Kelsen não utilizou a concepção mais atual, então existente da Teoria Pura do Direito, de modo que as suas reflexões são imprecisas.

Sugere, assim, que a descrição imperativista que o autor inglês faz de Kelsen é desfocada.

22. SUJEITOS DE (NÃO) DIREITOS: DIFERENÇAS ESQUECIDAS E O SENTIMENTO NO DIREITO A PARTIR DE LUIS ALBERTO WARAT

Neste artigo, analisa-se como encontrar a diferença no Direito a partir do pensamento de Luís Alberto Warat. Faz-se uma menção ao entendimento de igualdade e de exclusão da forma como é compreendido no ordenamento jurídico. Analisa-se o tema da diferença à luz do sentimento, produzindo-se reflexões na perspectiva waratiana.

Por Leonel Severo Rocha, Prof.URI e UNISINOS

João Martins Bertaso, Prof.URI

Jean Carlos Dias - CESUPA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Filosofia do Direito e Cátedra Luís Alberto Warat apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PENSAMENTO FILOSÓFICO DE MIGUEL REALE
THE PHILOSOPHICAL THINKING OF MIGUEL REALE

José Renato Gaziero Cella
Rafael Copetti

Resumo

Miguel Reale é um dos grandes expoentes brasileiros do estudo da filosofia do direito durante o século XX, cujo pensamento desenvolveu originalmente uma teoria tridimensional do direito peculiar, em que os elementos fato, valor e norma se relacionariam de modo dinâmico, diferentemente de outras teorias tridimensionais que enxergam a relação desses três elementos de forma estática. O presente artigo se propõe a descrever a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, com um tratamento historiográfico que tem a pretensão de mostrar como essa teoria foi gestada e quais são os seus elementos.

Palavras-chave: Miguel reale, Teoria tridimensional do direito, Tridicionalismos específico, Nomogênese jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Miguel Reale is one of the great Brazilian exponents of the study of the philosophy of law during the twentieth century, whose thought originally developed a three-dimensional theory of law, in which the elements fact, value and norm would relate dynamically, unlike other three-dimensional theories which see the relationship of these three elements in a static way. This article aims to describe Miguel Reale's three-dimensional theory of law, with a historiographical treatment that aims to show how this theory was created and what its elements are.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Miguel reale, Three-dimensional theory of law, Specific triditionalisms, Legal nomogenesis

1. Introdução

A *Teoria Tridimensional do Direito* nasceu de uma intuição de juventude de MIGUEL REALE, intuição essa que provocou a sua curiosidade desde os bancos acadêmicos da Faculdade de Direito do *Largo São Francisco*, nos idos de 1930.

Para fins meramente pedagógicos, grandes filósofos (tais como ICILIO VANNI, DEL VECCHIO e ADOLFO RAVÁ) dividiam o Direito em três partes, a saber: “uma destinada à teoria dos fenômenos jurídicos; outra cuidando dos interesses e valores que atuam na experiência jurídica e, finalmente, uma terceira relativa à teoria da norma jurídica”¹. Foi justamente essa divisão tripartida da experiência jurídica que deixou MIGUEL REALE intrigado, fato que lhe fez refletir sobre algumas hipóteses: será que “no fundo dessa divisão pedagógica não se esconde um problema essencial quanto à estrutura da experiência jurídica? Não é necessário ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si?”²

Essas dúvidas repercutiam em MIGUEL REALE na época em que a chamada *Teoria Pura do Direito*, de HANS KELSEN, estava em seu esplendor. Apesar disso, a tese de concurso à cátedra de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo defendida por REALE (intitulada *Fundamentos do Direito*, em 1940) tinha a ousadia (na época) de discordar do entendimento kelseniano que dizia que “o Direito é pura norma”³.

Ao discordar de KELSEN, MIGUEL REALE preferiu dizer:

(...) não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o *fato*, rumo a determinado *valor*. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro *Fundamentos do Direito* eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas e economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente *valor*, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor.⁴

A partir dessa concepção, MIGUEL REALE, na introdução de sua outra obra do ano de 1940, denominada *Teoria do Direito e do Estado*, formulou o axioma que posteriormente seria qualificado como *fórmula realeana*, segundo a qual “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores”⁵.

¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117.

² REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118.

³ “Se se perguntasse a Kelsen o que é Direito, ele responderia: Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118).

⁴ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118-119.

⁵ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

O entendimento realeano de que o Direito possui uma estrutura tridimensional passou por um longo amadurecimento a partir de 1940, sendo que novos elementos foram introduzidos, tais como, entre outros, a dialeticidade dos três elementos, o problema das fontes e modelos jurídicos, a nomogênese jurídica. Essas noções estão presentes na vasta obra de MIGUEL REALE, principalmente em sua clássica *Filosofia do Direito* (a primeira edição é de 1953) e nas obras *O Direito como Experiência*, *Lições Preliminares de Direito*, *Teoria Tridimensional do Direito*, *Verdade e Conjetura*, entre outras.

A *Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale*, dadas a sua originalidade e importância, passou então a ser debatida e estudada em vários países da Europa e da América, com incontestável reconhecimento internacional.

2. Perspectivas Históricas o Termo Direito

Enquanto nas chamadas ciências naturais os termos geralmente possuem uma conceituação clara e unívoca, fenômeno diferente ocorre com as ciências sociais ou humanas, em que “encontramos palavras que albergam uma multiplicidade de sentidos”⁶.

A palavra *Direito* se enquadra no problema de possuir essa multiplicidade de sentidos, sendo que sua conceituação acompanha *pari passu* a história do homem, em que a cada momento surge uma concepção dominante acerca daquilo que seja o *Direito*.

Vejam-se as transformações que ocorreram na experiência humana do vocábulo *Direito*, ou seja, qual conteúdo o homem viveu através dessa palavra.

Ressalte-se que a análise de MIGUEL REALE acerca do Direito dentro da história de modo algum pode ser confundida com o ponto de vista evolucionista. O preconceito evolucionista⁷ tem impedido a compreensão de muitos fenômenos culturais, pois, segundo REALE, “a História não apresenta, muitas vezes, essa progressão de perfectibilidade, como se assinalasse sempre uma passagem do mais rústico para o mais polido”⁸.

Dessa forma, não se deve “procurar na História o segredo de um Direito que se aperfeiçoou”⁹, mas antes verificar, pura e simplesmente, como o Direito tem sido vivido pela espécie humana, ou seja, “como se lhe apresentou o problema da juridicidade”¹⁰.

⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 497.

⁷ A corrente positivista do evolucionismo concebe a história como a evolução de um momento primitivo que paulatinamente se direciona, dentro de uma linearidade, para pontos considerados mais avançados.

⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 498.

⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 499.

¹⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 499.

Quando se fala em Direito, principalmente para aqueles que estudam Jurisprudência¹¹, “a primeira noção que surge é de um conjunto sistemático de regras obrigatórias, de normas, de leis, de comandos, que determinam a prática de certos atos e a abstenção de outros”¹², isto é, a noção imediata que se tem é a do Direito como norma.

Ao contrário dos cultores da Jurisprudência, aqueles que têm uma formação fundamentalmente sociológica compreendem o Direito “como *fato* ou fenômeno *social*, subordinado a um conjunto de hipóteses das quais resultarão sempre determinadas conseqüências”¹³.

Entretanto, não foi a partir de nenhuma das concepções descritas acima que o Direito “se apresentou em primeiro lugar ao homem”¹⁴.

REALE, em suas conjeturas, sustenta “que o homem viveu inicialmente o Direito como experiência e o realizou como *fato social*, pois o fato jurídico, como fato histórico ainda indefinido ou indistinto, (surge) concomitantemente ao viver do homem em sociedade”¹⁵. O Direito surge juntamente com a sociedade, mas a consciência daquela experiência surgiu muito tempo depois, de modo que não se pode confundir a história dos fatos jurídicos com a história das doutrinas. Se a consciência do fato jurídico surge depois de sua gênese, muito mais tarde ainda tal fato passou a ser objeto de ciência autônoma.¹⁶

Na raiz da civilização, quando os homens possuíam um obscuro entendimento de mundo e sociedade, as noções de ordem e obrigatoriedade advinham de fatores externos (mitos) e não como normas organizadas formalmente pelo Poder. Historicamente o Poder começou a ser exercido pelos sacerdotes, heróis, etc., de maneira que a origem do Poder era atribuída a forças desconhecidas, transcendentais.

... Embora pareça paradoxal, a primeira conquista no plano da compreensão espiritual implicou uma alienação do homem a potestades superiores, às quais atribuiu a origem daquilo que, na realidade, brotava no íntimo de sua própria consciência. O homem, no assombro dos primeiros conhecimentos, não se pôs como fonte constitutiva do conhecimento, na autoconsciência reveladora do espírito, mas projetou fora de si, para tornar a receber como sendo gerado por outrem, o que no fundo era o fruto de suas próprias virtudes criadoras.¹⁷

¹¹ Jurisprudência entendida aqui no seu sentido primordial, ou seja, como Ciência do Direito. Necessário se faz este esclarecimento porque atualmente a palavra jurisprudência é comumente utilizada para designar o conjunto das decisões reiteradas dos tribunais.

¹² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 499.

¹³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 499.

¹⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 499.

¹⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 499-500.

¹⁶ “Pode-se dizer que o Direito, de envolta com as demais expressões do viver coletivo, foi antes vivido como um *fato*, e, ao mesmo tempo, como um *fado* a que o homem atribuía a força inexorável e misteriosa dos enlaces cósmicos, talvez inspirado inicialmente, como sugere Cassirer, pela visão dos astros, cuja ‘ordem’ terá sido a primeira a ser arrancada do caos das impressões, dos desejos e das vontades arbitrárias” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 500).

¹⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 501.

É essa a explicação de que nos primórdios o homem não atribuiu a si mesmo a criação de suas próprias relações sociais e também de suas relações com a natureza. Essas relações eram vistas como *dádivas da divindade*, “graças a cuja interferência a natureza e a sociedade eram arrancadas do caos”¹⁸.

Essa correlação entre mito e história é observada também na Grécia, em que o Direito surge primordialmente como uma obediência à deusa *Justiça* (Têmis). Dessa forma, o homem “receou seus desígnios, obedeceu temeroso a seus comandos”¹⁹. Tudo isso muito antes de se subordinar aos mandamentos jurídicos como expressão objetiva (norma positivada) “da convivência e expressão de sua atividade pessoal realizadora”²⁰.

Isto posto, pode-se dizer, com MIGUEL REALE, “que a primeira intuição do Direito foi em termos de Justiça, ou, se quisermos empregar palavras de nossos dias, em termos axiológicos”²¹.

Portanto, servir a Justiça significava servir a Deus, sendo que por essa razão o Direito *primitivo* obedecia a um ritual (formalismo) religioso, em que “o desrespeito ao rito equivalia à violação do justo”²².

Muito tempo foi necessário para que o homem se desvinculasse da noção mítica da compreensão do Direito. Não há forças transcendentais operando nas normas jurídicas, donde

¹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 502. Assim é que, lembra-nos CASSIRER, “a epopéia de Gildamés, os livros dos Vedas, a cosmogonia dos egípcios, todas elas refletem, nesse ponto, concepção idêntica. No mito cosmogônico babilônico, vemos Marduk dando combate ao caos informe, contra o monstro Tiamat. Depois de vencê-lo, o herói instaura os eternos signos que simbolizam a ordem do universo e da *Justiça*, pois tudo quanto o homem cria ainda sai de suas mãos rodeado de um mistério inescrutável” (apud REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 502). FEUERBACH atribui ao cristianismo mesma noção, onde este é entendido como um mito em que o homem atribui a Deus aquilo que na verdade são características de si mesmo. “(...) a consciência de Deus é a consciência que o homem tem de si mesmo, o conhecimento de Deus o conhecimento que o homem tem de si mesmo. (...) a qualidade ou determinação de Deus nada mais é que a qualidade essencial do próprio homem. (...) o que o homem diz de Deus diz ele em verdade de si mesmo” (FEUERBACH, Ludwig. **A essência do cristianismo**. Campinas: Papyrus, 1988, p. 55, 62, 70).

¹⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 502.

²⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 502. “Por ser a Justiça um alvo a ser atingido, surgiu a noção do *Direito* como algo que traça uma *direção*, como comportamento enquanto *dirigido* para o ideal personalizado em poderosa divindade. Nessa intuição, o elemento mítico se entrelaça, de maneira prodigiosa, com a experiência humana empírica” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 503).

²¹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 503. “Este sentimento do Direito como Justiça, como valor, como ideal, implicava a idéia de obrigatoriedade, de comando, tanto assim que o ideal se divinizou; e a Justiça foi predicado atribuído à própria divindade” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 503).

²² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 503.

se pode concluir que a obrigação jurídica tem validade por si mesma, é uma mera expressão de declaração de vontade (humana).²³

É interessante notar que, apesar de o homem ter projetado para fora de si e de ter antropomorfizado as relações de obrigação (*jurídica*) nas divindades de Justiça (Têmis, Diké, Zeus etc.), passou-se a sentir que, no fundo, a Justiça estava nele mesmo. A Justiça foi compreendida também como *virtus*. “Há uma correlação necessária e essencial entre a intencionalidade do homem para o justo e o justo para aquilo a que o homem tende”²⁴.

Questiona-se agora se, “depois de ter-se proposto o problema da Justiça, o homem se preocupou logo com o fato da experiência humana concreta”²⁵. A resposta a essa pergunta é

²³ Segundo a doutrina política de THOMAS HOBBS, por exemplo, "...o direito não é a expressão da razão mas uma manifestação da vontade do Soberano" (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 18). Segundo NORBERTO BOBBIO, a doutrina política de HOBBS talvez seja a teoria mais completa e conseqüente do positivismo jurídico, de maneira que "se quisermos encontrar uma teoria completa e conseqüente do positivismo jurídico, devemos nos remeter à doutrina política de THOMAS HOBBS, cuja característica fundamental (...) na verdade consiste em lhe ter dado um golpe fatal no jusnaturalismo clássico" (BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999, p. 31). Para HOBBS, com efeito, não há outro critério do justo ou do injusto senão a lei positiva, ou seja, somente o que for ordenado pelo soberano é tido como justo, pelo simples fato de ter sido ordenado; e só é injusto aquilo que é proibido, só pelo fato de estar proibido. BOBBIO apresenta uma boa descrição dos passos que permitiram a HOBBS chegar a uma conclusão tão radical como a acima descrita, em que inclusive o conteúdo dos valores morais e da justiça são tidos como convencionais (portanto contingentes) e não pré-existentes ou decorrentes da razão (perpétuos e necessários), como sustentavam os jusnaturalistas: "Como chega HOBBS a esta conclusão tão radical? HOBBS é um dedutivo e, como todos os dedutivos, para ele o que conta é que a conclusão se desprenda rigorosamente das premissas. (...) Ora, o direito fundamental que assiste aos homens no estado de natureza é o de decidir, cada um segundo seus próprios desejos e interesses, sobre o que é justo ou injusto, o que faz com que no estado de natureza não exista critério algum para fazer esta distinção, a não ser o arbítrio e o poder do indivíduo. Na passagem do estado de natureza para o estado civil, os indivíduos transferem todos os seus direitos naturais ao soberano, inclusive o direito de decidir o que é justo ou injusto e, portanto, desde o momento em que se constitui o estado civil, o único critério do justo e do injusto é a vontade do soberano. Esta doutrina hobbesiana está ligada à concepção da pura convencionalidade dos valores morais e portanto da justiça, segundo a qual não existe o justo por natureza, mas sim unicamente o justo de maneira convencional (também por este aspecto a doutrina hobbesiana é a antítese da doutrina jusnaturalista). No estado de natureza não existe o justo nem o injusto porque não existem convenções válidas. No estado civil o justo e o injusto residem no acordo comum dos indivíduos de atribuírem ao soberano o poder de decidir sobre o justo e o injusto. Portanto para HOBBS a validade de uma norma jurídica e de sua justiça não se diferenciam, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, ou seja, concomitantemente com a validade. Enquanto se permanece em estado de natureza não há direito válido, como tampouco há justiça; quando surge o Estado nasce a justiça, mas nasce concomitantemente com o direito positivo, por isso que onde não há direito tampouco há justiça e onde há justiça é porque há um sistema constituído de direito positivo" (BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999, p. 31-32).

²⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 505. “Quando os homens se sentiram ligados e aceitaram as leis de ligação, entenderam que elas resultavam de algo superior ao próprio homem. Na idéia primordial de lei existe sempre a consciência de uma força extrínseca à lei mesma, ditando o comando e tutelando-o. Onde se diz lei, diz-se legislador, legislador que enuncia o caminho, a direção; e também legislador que garante o cumprimento do que determina. Não é demais recordar que o homem teve primeiro a noção de lei como “comando” ou “imperativo”, para depois concebê-la como relação objetiva entre fenômenos. A noção de lei modelou-se, de início, sobre a noção de uma ligação entre ordem e obediência, pressupondo sempre a pessoa do autor da norma e a do seu destinatário: — muitas vezes inclinamo-nos a pensar que recebemos dos físicos e dos químicos a noção de lei, quando, na realidade, foi o contrário que se deu” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 505).

²⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 506.

não, pois o Direito como fato, como acontecimento social e histórico, “só foi objeto de ciência autônoma muito mais tarde”²⁶, mais precisamente no século XIX²⁷.

Se na primeira fase se vê o Direito aproximado mais de seu caráter axiológico (Justiça) e na terceira o Direito é ligado ao fato (Sociologia Jurídica), tem-se que salientar que entre elas o “Direito foi visto como norma ou como *lex*”²⁸. Exatamente nesse ponto se situa a Jurisprudência, advindo daí a importância do Direito Romano, qual seja o fato de “ter tomado contato com o Direito como regra e de ter formulado a possibilidade de uma Ciência do Direito como ordem normativa”²⁹.

A esta ciência os romanos denominavam Jurisprudência, que não era o estudo puro e simples dos valores de Justiça, mas a indagação das concreções da Justiça no tempo, nas delimitações espácio-temporais da experiência humana. Os romanos tiveram consciência de que a Justiça se revelava no *factum* da conduta, como experiência humana.³⁰

Portanto, o que assinala a grandeza dos jurisconsultos clássicos é o fato de que era observado o sentido de concreção que integrava em unidade o *fato* e o *valor* graças à terceira dimensão representada pela *norma*³¹. Não se pode reduzir, como querem alguns, “o Direito Romano a uma geometria abstrata de normas, que os jurisconsultos romanos jamais separaram a ‘norma’ de sua circunstância fática”³².

Se os gregos filosofaram sobre a Justiça, desde os pré-socráticos até os estoicos, os romanos preferiram indagar da experiência concreta do justo. A experiência concreta do justo apresenta-se-lhes como *lex* ou como norma. A Justiça é um valor, mas que deve ser medido na experiência social, e que, para ser medido, exige um tato especial, um senso particular. A ciência que se destina a estudar a experiência humana do justo chamou-se *Jurisprudência*.³³

Após esse breve apanhado histórico se percebe que o significado da palavra Direito se delineou segundo três elementos fundamentais; surge o valor como intuição primordial; o elemento norma, “como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento fato como condição da conduta”³⁴.

²⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 506.

²⁷ “A perquirição metódica do Direito como fato só começa a ser especificamente estudada na época moderna. São Machiavelle, Bodin, Hobbes, Montesquieu ou Vico grandes cultores da experiência social, jurídica ou política, mas a pesquisa do Direito como fenômeno configurável objetivamente com estruturas próprias, só adquire consistência científica nos trabalhos sociológicos e históricos dos séculos XIX e XX. A Sociologia do Direito é uma cogitação recente” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 506).

²⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 507.

²⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 507.

³⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 507.

³¹ Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 507.

³² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 507.

³³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 508.

³⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 509.

Onde quer que se encontre a experiência jurídica sempre estarão presentes os elementos fato, valor e norma, advindo daí as seguintes três perspectivas dominantes da palavra Direito:

- A) o Direito como *valor* do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito;
- B) o Direito como *norma* ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; e
- C) o Direito como *fato* social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica.³⁵

Tem-se então uma *distinção vetorial* de sentido próprio de cada espécie de pesquisa, conforme as seguintes diretrizes:

- A) na Filosofia do Direito tem-se uma compreensão axiológica de fatos em função de normas;
- B) na Ciência do Direito tem-se uma compreensão normativa de fatos em função de valores; e
- C) na Sociologia do Direito tem-se uma compreensão factual de normas em função de valores.³⁶

A partir das diretrizes acima, pode-se esquematizar o que REALE denomina de “concreta correlação dialética de fato, valor e norma em todos os campos do conhecimento jurídico”³⁷. Então, uma expressão *dialética* das diretrizes acima mencionadas podem ser expressas da seguinte forma, respectivamente:³⁸

³⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 509.

³⁶ Cf. REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151.

³⁷ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 149.

³⁸ Cf. REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 151.

fato→norma→valor	Filosofia do Direito
valor→ fato→norma	Ciência do Direito
valor→ norma→fato	Sociologia do Direito

Vê-se então na teoria tridimensional do direito, tal como é conceituada por REALE, o valor como “elemento de mediação dialética entre fato e norma”³⁹. Essa mediação dialética, juntamente com as concepções de modelo jurídico e nomogênese jurídica, entre outras, serão estudadas mais detalhadamente nos tópicos seguintes. Entretanto, mister se faz analisar, antes de tudo, as concepções unilaterais ou reducionistas que existem ou já existiram acerca do Direito, concepções essas que, embora aceitem a existência de fato, valor e norma na experiência jurídica, privilegiam apenas um dos fatores em detrimento dos outros, o que levará àquilo que MIGUEL REALE denomina de *Tridimensionalidade Abstrata* ou *Genérica*.

3. Sociologismo Jurídico

Quando se privilegia fato social em detrimento dos elementos valor e norma, está-se diante daquilo que é comumente chamado de *Sociologismo Jurídico*. “O sociologismo jurídico traduz uma exacerbação ou exagero da Sociologia Jurídica”⁴⁰.

Essa simplificação do fenômeno jurídico ao fato social, considerando este como elemento dominante e até mesmo exclusivo do mundo jurídico, é encontrada em várias correntes⁴¹.

A simplificação acima mencionada encontra teóricos tais como PATZEL e DESMOULIM (que subordinam a órbita jurídica às condições do meio geográfico), GUMPLOWICZ e LAPOUGE (para quem o Direito se reduz a *misteriosas* reservas étnicas) e, no Brasil, como principal exemplo do sociologismo jurídico, pode ser enquadrado PONTES DE MIRANDA (que foi inspirado por TOBIAS BARRETO, SILVIO ROMERO, PEDRO

³⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 153.

⁴⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 434. A Sociologia Jurídica, “quando se contém em seus justos limites, não pretende explicar todo o mundo jurídico através de seus esquemas e leis, até ao ponto de negar autonomia à Jurisprudência, reduzindo-a a uma arte de bem decidir com base nos conhecimentos fornecidos pelos estudiosos da realidade coletiva” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 434).

⁴¹ “Uns apontarão como fato fundamental a raça, outros, o meio físico, a consciência coletiva, a densidade demográfica, o acaso, a interferência dos grandes homens, a fé religiosa, em uma sucessão de construções suntuosas, tão ricas de minúcias e de erudição, quão precárias por seu artificialismo” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 435-436).

LESSA e JOÃO ARRUDA), para quem “o Direito pressupõe no jurista o sociólogo que fundamentalmente deve ser”⁴².

É bom salientar que se encontra também em MARX e ENGELS essa concepção reducionista, pois estes pensadores reduzem a experiência jurídica ao fenômeno econômico. Redução essa que assim pode ser exemplificada:

A divisão social do trabalho, ao separar os homens em proprietários e não proprietários, dá aos primeiros poder sobre os segundos. Estes são explorados economicamente e dominados politicamente. Estamos diante de classes sociais e da dominação de uma classe por outra. Ora, a classe que explora economicamente só poderá manter seus privilégios se dominar politicamente e, portanto, se dispuser de instrumentos para essa dominação. Esses instrumentos são dois: o Estado e a ideologia.

Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ‘Estado de direito’. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o *legal apareça aos homens como legítimo*, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela *idéia do Estado* — ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela idéia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela *idéia do Direito* — ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.⁴³

O fato é que, para MIGUEL REALE, tais explicações reducionistas acerca da experiência jurídica mutilam a natureza da sociedade e do Estado. Por um lado, sabe-se que não há fenômeno jurídico que não se desenvolva “em certa condicionante histórico-social”⁴⁴, mas por outro, não se pode aceitar explicações monistas em que somente os fatos governam o mundo jurídico⁴⁵.

4. Normativismo Lógico de Hans Kelsen

Como reação ao Sociologismo Jurídico, que teve o seu apogeu no final do século XIX e início do século XX, surgirá o Normativismo Jurídico. Para fugir da Ciência Jurídica da época, que era influenciada por psicólogos, economistas, políticos e sociólogos⁴⁶, HANS KELSEN, na segunda década do século XX, “desfraldou a bandeira da Teoria Pura do Direito”⁴⁷.

⁴² Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 436.

⁴³ CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 30. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 90-91.

⁴⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 434.

⁴⁵ “Se todo e qualquer sistema de normas jurídicas é condicionado por um conjunto de fatos, que podem ser de natureza econômica, psicológica, racial, demográfica, geográfica, etc., devemos evitar o simplismo das explicações unilaterais” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 435).

⁴⁶ Cada uma dessas *ciências* procurava transpor os muros da Jurisprudência a fim de torná-la sua e incluí-la em seus domínios.

⁴⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 455.

KELSEN concebe a norma jurídica como entidade lógico-hipotética, capaz de constituir juridicamente a experiência social, abrangendo desde as normas fundamentais das Constituições até os preceitos dos contratos e das sentenças⁴⁸.

O Direito é visto como *um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo dos atos de vontade*. Elas se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebe umas das outras a sua vigência (*validade*), todas dependendo de uma *norma fundamental*, suporte lógico da integralidade do sistema. As normas jurídicas não são comandos ou imperativos, no sentido psicológico do termo, como se atrás de cada preceito houvesse alguém a dar ordens, mas sim *enunciados lógicos que se situam no plano do dever ser*.⁴⁹

Dessa forma a Ciência Jurídica, segundo a Teoria Pura, é uma ciência do dever-ser e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa. O plano moral, destinado à Jurisprudência Sociológica, não possui nenhuma conexão e interesse para o plano normativo, pois aquela se preocupa com o ser e este com o dever-ser.⁵⁰

5. Moralismo Jurídico

Se no Sociologismo Jurídico se tem a prevalência dos fatos sociais em detrimento do valor e da norma; ao contrário, no normativismo jurídico se tem uma supremacia da norma em relação aos outros dois fatores, não se pode esquecer também que existiram e existem teóricos que exaltam o elemento *valor* dentro da concepção da experiência jurídica.

São eles os chamados *moralistas*, pois “não compreendem juridicidade indiferente à licitude ou ilicitude moral da conduta prescrita ou proibida, vinculando o Direito à Moral de maneira absoluta”⁵¹.

Crêem os moralistas que a legitimidade, baseada em *princípios superiores* que devem ser aderidos pelas consciências, deve estar acima da própria legalidade.

Esse é o caso típico em que geralmente se enquadram as doutrinas de Direito Natural, que admitem direitos pré-existentes e transcendentais que devem dirigir o direito positivo, que não jamais pode ser incompatível àqueles preceitos.

⁴⁸ Sentenças, neste caso, são entendidas como as decisões judiciais prolatadas pelos juízes.

⁴⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 457.

⁵⁰ “A norma jurídica não traduz, diretamente, nenhum comando ou imperativo, (...) porque a norma é logicamente *indicativa* e de estrutura hipotética, pois se limita a ligar um fato condicionante a uma consequência (*a sanção*), sem enunciar qualquer juízo a respeito do valor moral ou político dessa conexão (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 459).

⁵¹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 481.

6. Teorias Tridimensionais

Viu-se nos três tópicos acima que a tridimensionalidade genérica leva a reducionismos indesejados, posto que ocultam faces necessárias para uma compreensão integral do fenômeno jurídico.⁵²

MIGUEL REALE, ao contrário, defende o denominado tridimensionalismo específico e dinâmico. Na tridimensionalidade específica (e dinâmica), com efeito, “não se realiza uma simples harmonização de resultados de ciências distintas, mas se faz um exame prévio da correlação essencial dos elementos primordiais do Direito, mostrando que eles sempre se implicam e se estruturam, numa conexão necessária”⁵³.

Portanto, a tridimensionalidade dinâmica do Direito “resulta de uma apreciação inicial da correlação existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito”⁵⁴, sendo que cada um desses três elementos referem-se aos problemas básicos dos fatos do Direito, dos modelos jurídicos e da hermenêutica jurídica, respectivamente.

Antes de adentrar no estudo do tridimensionalismo específico, é interessante verificar o esquema das teorias tridimensionais que MIGUEL REALE propõe em sua *Filosofia do Direito*, em que se encontra basicamente um resumo daquilo que foi visto até este momento.⁵⁵

ESQUEMA DAS TEORIAS TRIDIMENSIONAIS



⁵² Para uma análise mais profunda acerca dos pensadores que têm uma visão tridimensional do Direito, genérica ou específica, cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. *Conjetura e verdade*. In: *Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. p. 81-95, São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 514.

⁵⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 515.

⁵⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 514.

7. Tridimensionalismo Específico

O tridimensionalismo específico, embora não caia nas simplificações da tridimensionalidade genérica, pode incorrer no erro de permanecer estático, não indo “além de uma justaposição de esferas autônomas, no fundo incomunicáveis e incapaz de dar-nos a unidade do Direito”⁵⁶.

Dessa forma, MIGUEL REALE defenderá dentro do tridimensionalismo específico o que se denominará tridimensionalidade dinâmica e concreta. Assim, duas são as condições primordiais para que a correlação fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta:

...uma se refere ao conceito de *valor*, reconhecendo-se que ele desempenha o tríptico papel de elemento *constitutivo*, *gnoseológico* e *deontológico* da experiência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico-social como *valor*, *dever ser* e *fim*. Do exame dessas duas condições é que resulta a natureza *dialética* da unidade do Direito, (...).⁵⁷

Para REALE, “o valor constitui a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História”⁵⁸ são como *cristalizações de valor* ou *consustanciações de interesses*. Assim sendo, toda a atividade humana se destina “a satisfazer um valor ou a impedir que um desvalor sobrevenha”⁵⁹. JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, ao analisar o pensamento de MIGUEL REALE quanto a esse aspecto, sintetiza:

A conduta humana assume, para Reale e sua fenomenologia da ação, cinco modalidades diferentes: religiosa, quando o móvel de agir é um valor transcendente; moral, quando o agente se prende à conduta por si mesmo, seja tal conduta autônoma — a norma de conduta é fixada pelo próprio agente —, seja ela heterônoma — o agente reconhece em outrem o poder de ditar-lhe normas de conduta moral; convencional, quando o homem obedece a determinadas normas para conveniência dele mesmo; econômica, quando os sujeitos se inter-relacionam em função de bens materiais; e jurídica, quando os agentes estabelecem entre si uma bilateralidade atributiva, pela qual se obrigam a determinados comportamentos. A diferença entre o direito e a moral, centro das pesquisas de tantos juristas, está, para Reale, no fato de que a bilateralidade jurídica estabelece relações entre as pessoas em razão de algo que atribui a elas determinados comportamentos. De qualquer modo, em todas as condutas humanas há sempre uma energia espiritual, captada por um valor objetivo predominante na comunidade, o qual tende a normatizar-se. O direito seria uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores da convivência.⁶⁰

As valorações, para MIGUEL REALE, são ingredientes do processo cultural inseparáveis da vida cotidiana.

⁵⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15ª edição, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 542.

⁵⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 543.

⁵⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 543.

⁵⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 543.

⁶⁰ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Conjetura e verdade**. In: *Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. p. 81-95, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 89.

Vida cotidiana aqui deve ser compreendida como *Lebenswelt* ou *mundo da vida comum*, de acordo com a filosofia de EDMUND HUSSERL que, nas palavras do próprio REALE:

Por *Lebenswelt*, inspirando-me em Husserl, entendo o complexo das formas de ser, de pensar e de agir *não categorizadas* (isto é, não estadeadas em *formas objetivas*, como as das artes e das ciências) que condiciona, como consciência histórico-transcendental, a vida comunitária e a vigência de suas valorações, muitas delas devidas ao refluxo ou reflexo das *formas objetivas* no plano da vivência coletiva. Não se trata, note-se bem, de um estágio larvar ou incipiente destinado a evoluir para formas categorizadas superiores, mas sim de uma *condição existencial constante*, a qual varia incessantemente de conteúdo, mas nunca deixa de existir como o *grande envolvente social*, no qual acham-se imersos os indivíduos com suas obras e instituições.⁶¹

Todo valor implica uma tomada de posição do espírito, levando a uma atitude pessoal positiva ou negativa que acarretará na “noção de dever e a razão legitimadora do ato”⁶². Essa concepção Husserliana que MIGUEL REALE possui é sintetizada por ANTONIO PAIM da seguinte forma:

A intencionalidade da consciência significa que conhecer é sempre conhecer algo. Não cabe, portanto, nenhum dualismo abstrato entre natureza e espírito, como se fossem duas instâncias em si conclusas, quando o estabelecimento da correlação transcendental sujeito-objeto impede se reduza a natureza ao espírito e vice-versa. Algo haverá sempre a ser convertido em objeto, alguma coisa haverá sempre além do que recebeu doação de sentido de parte do espírito. Nem se exaure em qualquer experiência particular o poder constitutivo de sínteses doadoras de sentido.⁶³

Assim sendo, resulta que tudo o que se torna valor no processo histórico-cultural entra na órbita do dever-ser, de maneira que esta “visão axiológica integra a própria estrutura da realidade, sendo o valor elemento essencial na compreensão do criticismo ontognoseológico, pois está presente em todas as formas de experiência”⁶⁴.

O fenômeno jurídico só existe porque o homem se propõe fins a ser alcançados⁶⁵, ou seja, quando se considera algo como valioso se passa a orientar-se em sua direção, pois esse valioso apresenta-se como “fim que determina o dever ser de nosso comportamento”⁶⁶.

A ação humana implica em valoração, portanto em dever-ser. O dever-ser “exprime sempre um imperativo ... uma norma que pode ou não ser seguida, mas que, seguida, realiza um valor, e,

⁶¹ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. XXVII.

⁶² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 543.

⁶³ PAIM, Antonio. **História das idéias filosóficas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: EDUSP; Grijalbo, 1974, p. 421-422.

⁶⁴ MÜLLER, Alzira Correia. **Fundamentação da experiência em miguel reale**. São Paulo: GRD; Brasília: INL, 1981. p. 78.

⁶⁵ “Não é possível que se realize, por exemplo, um contrato, sem que algo mova os homens à ação. Quem contrata é impelido pela satisfação de um *valor* ou de um interesse, por um objetivo a atingir, por um *fim* qualquer que constitui o ato, dando-lhe vida e significado como razão do seu *dever ser*” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 544).

⁶⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 544.

desobedecida, nega um valor. O mundo do dever-ser é o da lei em sentido ético, ou seja, da norma estabelecida em razão de um fim e dirigida à liberdade do homem.⁶⁷

Um *fim* nada mais é do que um valor posto e reconhecido como motivo de conduta (humana), pois “o homem é o único ente que só pode ser enquanto realiza seu dever-ser: esta é uma compreensão, ao mesmo tempo lógica e axiológica da pessoa, pela qual esta se define não só como intelecto dirigido à ‘contemplanção’ teórica, mas também como essencialmente dirigido à ação”⁶⁸.

Posto que mesmo a contemplanção teórica não está desvinculada de juízos de valor, REALE vai até as últimas conseqüências ao afirmar que “o homem é o único ente que é e deve ser, no qual ‘ser’ e ‘dever ser’ coincidem, cujo ser é o seu dever ser”⁶⁹.

Segundo atesta JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, “...Reale acha que os valores referem-se ontologicamente ao plano da existência, assim como o dever ser, levando o homem a constituir-se no único ente no qual se confundem ontologia e axiologia, já que ele é enquanto deve ser e vice-versa”⁷⁰.

É essa concepção que faz com que ANTONIO PAIM inclua MIGUEL REALE dentro da chamada *Corrente Culturalista* no pensamento brasileiro. Para ANTONIO PAIM, com efeito, a essência do pensamento de MIGUEL REALE resume-se na seguinte fórmula:

...o homem é o único ente que originariamente *é e deve ser*, no qual ser e dever ser se coincidem, cujo *ser é o seu dever ser*, fórmula cujas implicações explicita do seguinte modo: “Se o *ser* do homem é o seu *dever ser*, é sinal que sente em sua finitude algo que o transcende, que o seu valor e o seu atualizar-se como pessoa implicam no reconhecimento de um valor absoluto, que é a razão de ser de sua experiência estimativa; valor absoluto que ele não pode conhecer senão como procura, tentâmen, renovadas atualizações no plano da história, mas sem o qual a história não seria senão uma dramaturgia de alternativas e de irremediáveis perplexidades. Assim sendo, o problema do valor correlaciona-se com a consciência que tem o homem de sua finitude; com o *sentido de carência*, próprio de todo ser humano, que o impele a transcender-se, numa faina histórica renovada, refletidas nas ‘intencionalidades objetivas’, que constituem o mundo da cultura.”⁷¹

8. Nomogênese Jurídica

Se a afirmação que diz que o fenômeno jurídico só existe porque o homem se propõe fins a ser alcançados for válida, ter-se-á tantos fins quantos forem os seres humanos dotados de alguma vontade. Surge então o problema do relativismo: se cada qual possui vontades e juízos de valor diversos, presume-se daí que todas as normas são válidas. Cai-se assim em um

⁶⁷ MÜLLER, Alzira Correia. **Fundamentação da experiência em miguel reale**. São Paulo: GRD; Brasília: INL, 1981, p. 78.

⁶⁸ MÜLLER, Alzira Correia. **Fundamentação da experiência em miguel reale**. São Paulo: GRD; Brasília: INL, 1981, p. 78-79.

⁶⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 138.

⁷⁰ ADEODATO, João Maurício Leitão. **Conjetura e verdade**. In: *Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. p. 81-95, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88.

⁷¹ PAIM, Antonio. **História das idéias filosóficas no brasil**. 2. ed. São Paulo: EDUSP; Grijalbo, 1974, p. 425.

relativismo absoluto, em que o Direito não teria espaço. Acontece que, ao conceber a *verdade* como histórico-axiológica, REALE não sucumbe ao relativismo.

O que ocorre é que dentro da incomensurabilidade de valores existentes dentro da sociedade, alguns deles são objetivados e tornam-se normas que devem ser obedecidas pelo conjunto da sociedade.

Vê-se então que “o momento normativo da conduta como ‘conduta jurídica’ corresponde à formulação racional de uma preferência, a uma ‘medida de agir’ em função de valores a realizar ou a preservar”⁷².

Dado que na sociedade há várias opiniões conflitantes, conclui-se que para se chegar a uma objetivação de valores deve ser levada em conta a “interferência da vontade na ordenação dos fins e na ordenação dos meios”⁷³. Essa interferência se dá através do Poder⁷⁴, pois este determinará quais os valores positivos (a ser preservados) e quais os valores negativos (a ser proibidos).⁷⁵

Há, pois, um complexo de fins e valorações, uma série de *motivos ideológicos* (diversidade de pontos de vista programáticos ou doutrinários, assim como divergência ou conflito de interesses de indivíduos, grupos e classes sociais) condicionando a decisão do legislador, cuja opção final assinala o momento em que *uma das proposições se converte em norma jurídica*.⁷⁶

REALE compara o processo nomogenético à imagem de um raio luminoso⁷⁷, em que a partir de várias exigências axiológicas que incidem sobre o *prisma* dos fatos (sociais, econômicos, técnicos, etc.) e se *refratam* em um leque de várias normas possíveis⁷⁸, chega-se a apenas uma norma jurídica, dada a interferência do Poder:⁷⁹

⁷² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 550.

⁷³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 551.

⁷⁴ O Poder deve ser visto aqui como ato decisório munido de garantia específica, sendo que possui sua eficácia de acordo com os modelos jurídicos em que se fundamentam os Estados.

⁷⁵ “O *fato*, por conseguinte, que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular nunca é acontecimento isolado, mas um *conjunto de circunstâncias*, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua análise e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou de repulsa” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 552-553).

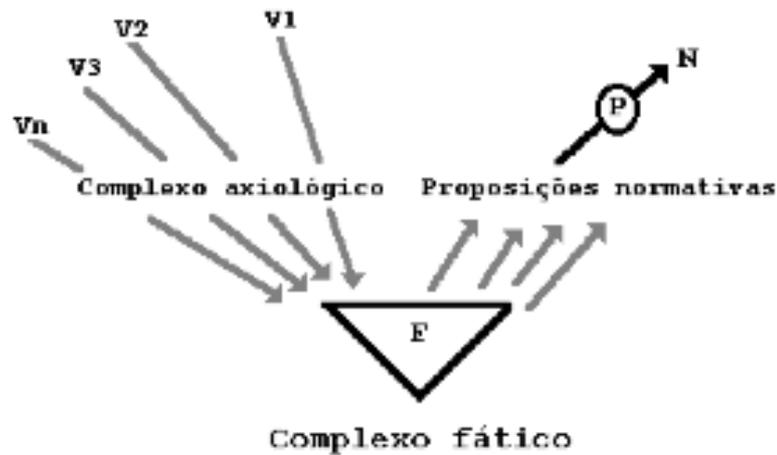
⁷⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 553.

⁷⁷ Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 553. Ver também REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 194; e REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 123.

⁷⁸ Pode-se dizer, juntamente com MIGUEL REALE, que “dentre os vários projetos de lei em debate em um parlamento, por exemplo, a respeito de um dado assunto, por mais que se procrastine, chega o momento do *fiat lex*, átimo culminante de uma decisão. *É este o momento decisório e decisivo do Poder*” (REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 194).

⁷⁹ O Poder traduz-se na decisão “da autoridade (seja ela de um órgão legislativo ou judicante, ou ainda o poder difuso do corpo social) que converte em norma, armando-a de sanção, uma dentre as muitas vias normativas possíveis, dando, assim, origem a um modelo jurídico que é uma estrutura normativa da experiência destinada a disciplinar uma classe de ações” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 554).

ESTRUTURA DA NOMOGÊNESE JURÍDICA



Cada modelo jurídico, em suma, considerado de *per si*, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando *uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social.*⁸⁰

Os modelos jurídicos tanto podem ser provenientes do poder estatal expresso através de órgãos determinantes (Congresso e Presidente da República, etc.) quanto podem advir do chamado direito costumeiro (*Common Law*, aplicado basicamente nos países anglo-saxônicos). Um modelo jurídico pode surgir ainda no plano privado, em virtude de atos fundados na autonomia das vontades.

Não se pode esquecer que um direito novo não substitui um antigo sem que ocorra o ato culminante de decidir, ato esse que necessita da presença do Poder, seja ele proveniente dos órgãos estatais, dos costumes ou das vontades privadas.

Para que surja um modelo jurídico, deve haver o ato culminante de decidir, desde que esse ato seja dotado de Poder. Desse modo, encontram-se nas sociedades modernas quatro

⁸⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 554. Em sua obra “O Direito como Experiência, Reale demonstra o processo nomogenético com o seguinte exemplo: “É evidente que (...) o ponto de vista de um comunista não coincide com o de um liberal clássico, ou de um socialista, mas, no nível das composições fáticas, podem comunistas, socialistas ou democratas cristãos convir numa solução de compromisso, dando força de modelo jurídico a uma dentre as várias soluções normativas logicamente viáveis. Escolhida, aliás, uma linha mestra comum, não faltarão divergências de outra ordem, consubstanciadas em substitutivos ao projeto de lei, por motivos formais, ou representadas por emendas, subemendas, etc., espelhando-se nessa gama de proposições parlamentares e multiplicidade de variantes de uma estrutura jurídica *in fieri*. É só o ato decisório, final, por conseguinte, que põe termo ao flutuar das tensões fático-axiológicas, permitindo que a norma de direito se aperfeiçoe como modelo vigente” (REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 195).

espécies diferentes de modelos jurídicos, quais sejam os modelos negociais, os modelos consuetudinários, os modelos legais e os modelos jurisdicionais, sendo que estes dois últimos são provenientes de poder estatal expresso através de órgãos determinados.⁸¹

9. Invariantes Axiológicas

O que confere o caráter de legitimidade na aplicação de uma norma? Para os jusnaturalistas, por exemplo, a legitimidade deve sempre pressupor justiça, ou seja, o que não é justo não pode nunca ser legítimo.

Entretanto, a objetivação que leva alguém a reconhecer o que é justo e legítimo dependerá sempre de um juízo de valor subjetivo, pois o que é considerado justo para uns muitas vezes não o será para outros.

É por isso que no espaço nomogénico, ao final, somente uma valoração prevalecerá, qual seja a aglutinação das várias tensões existentes, de maneira que, na maioria das vezes, a norma jurídica sancionada é como se fosse o resultado das várias pretensões em que, no exemplo de uma democracia, prepondera a opinião dominante.⁸²

Não se quer dizer com isso que a Justiça seja intangível cognoscitivamente, a partir de uma postura cética que leva ao relativismo característico do positivismo jurídico que teve lugar no século XX⁸³. Nos vários momentos históricos se encontra uma noção do justo, noção esta que prevalece nas decisões do Poder que instaura as normas.

Mesmo o Direito Natural, que defende a existência de direitos inatos aos homens, perde a força de seus argumentos quando analisado o processo histórico da humanidade. Dizem os jusnaturalistas que há direitos que são inabaláveis e que possuem uma qualidade valorativa de forma cristalina que é válida e aplicável em todos os períodos históricos, desde o surgimento do homem até, inclusive, todo o porvir.⁸⁴

⁸¹ Para uma análise mais detalhada sobre os modelos jurídicos, cf. CELLA, José Renato Gaziero. **Teoria tridimensional do direito de miguel reale**. Curitiba: Juruá, 3. Reimpressão, 2003, p. 69-74.

⁸² Não se deve esquecer que a democracia faz prevalecer a vontade da maioria, porém respeitando-se as minorias. A norma jurídica deve ser respeitada mesmo que pareça injusta para alguns (caráter heterônomo do Direito), pois o Direito deve dotar os indivíduos de *certeza* que é essencial para a segurança das relações sociais. Se não houver uma certa certeza de nossos direitos e obrigações, como se poderá viver com tranquilidade? A incerteza do Direito é típica dos regimes autoritários.

⁸³ Sobre o tema cf. CELLA, José Renato Gaziero. **A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. 274 p, disponível na seção “Livros e Artigos” da página virtual www.cella.com.br.

⁸⁴ O jusnaturalismo, por exemplo, está presente de forma marcante nos defensores dos sistemas tomista e neotomista.

O caráter ahistórico e transcendente que os jusnaturalistas emprestam ao Direito também é contestado por MIGUEL REALE. Segundo o filósofo, o Direito Natural deve ser visto dentro de um contexto histórico-axiológico:

(...) o homem, através do processo dialógico da história, vai tomando consciência de determinados valores fundamentais, como, por exemplo, o da inviolabilidade da pessoa humana, os quais, uma vez trazidos à luz da consciência histórica, são considerados intangíveis. Tenho dito que, assim como nas ciências biológicas se tem reconhecido a ocorrência de mutações que dão origem a “invariantes biológicas”, até o ponto de parecerem “inatas”, da mesma forma, na experiência ético-jurídica dá-se o advento de “invariantes axiológicas constantes e inamovíveis, por serem consideradas da essência mesma do ser humano: são as constantes axiológicas transcendentais do Direito, porquanto, no fundo, foram elas que tornaram a experiência jurídica possível.”⁸⁵

Portanto, o que se tem é uma impressão de inatismo nas “normas de Direito Natural”, mas isso nada mais é do que “a versão normativa de invariáveis exigências axiológicas”⁸⁶.

10. Considerações Finais

De tudo o que foi visto, têm-se todos os elementos para a compreensão do que vem a ser o tridimensionalismo concreto e dinâmico contido no pensamento de MIGUEL REALE. Pode-se então encerrar com a seguinte síntese elaborada pelo próprio filósofo:

- a) *Fato, valor e norma* estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (*tridimensionalidade como requisito essencial ao direito*).
- b) A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a “implicação-polaridade” existente entre *fato* e *valor*, de cuja tensão resulta o momento *normativo*, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e tempo (*concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade*).
- c) As diferentes ciências, destinadas à pesquisa do direito, não se distinguem umas das outras por se distribuírem entre si *fato, valor e norma*, como se fossem fatias de algo divisível, mas sim pelo sentido dialético das respectivas investigações, pois ora se pode ter em vista prevalentemente o momento *normativo*, ora o momento *fático*, ora o *axiológico*, mas sempre em função dos outros dois (*tridimensionalidade funcional do saber jurídico*).
- d) A Jurisprudência é uma *ciência normativa* (mais precisamente, compreensivo-normativa) devendo-se, porém, entender por norma jurídica bem mais que uma simples proposição lógica de natureza ideal: é antes uma realidade cultural e não mero instrumento técnico de medida no plano ético da conduta, pois nela e através dela se compõem conflitos de interesses, e se integram renovadas tensões fático-axiológicas, segundo razões de oportunidade e prudência (*normativismo concreto ou integrante*).
- e) A elaboração de uma determinada e particular norma de direito não é mera expressão do arbítrio do poder, nem resulta objetiva e automaticamente da tensão fático-axiológica operante em dada conjuntura histórico-social: é antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder (quer o poder individualizado em um órgão do Estado, quer o poder anônimo difuso no corpo social, como ocorre na hipótese das normas consuetudinárias), mas sendo sempre o poder condicionado por um complexo de fatos e valores, em função dos quais

⁸⁵ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 109.

⁸⁶ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 109.

é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, armando-se de garantia específica (*institucionalização ou jurisfação do poder na nomogênese jurídica*).

- f) A experiência jurídica deve ser compreendida como um processo de *objetivação e discriminação de modelos* de organização e de conduta, que vai desde as “representações jurídicas” — que são formas espontâneas e elementares da juridicidade (experiência jurídica pré-categorial) — até o grau máximo de expansão e incidência normativas representado pelo *direito objetivo estatal*, com o qual coexistem múltiplos círculos intermediários da juridicidade, segundo formas diversificadas e autônomas de integração social, com a concomitante e complementar determinação de situações e direitos subjetivos (*teoria dos modelos jurídicos e da pluralidade gradativa dos ordenamentos jurídicos*).
- g) A norma jurídica assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (*elasticidade normativa e semântica normativa*).
- h) A sentença deve ser compreendida como uma experiência axiológica concreta e não apenas como um ato lógico redutível a um silogismo, verificando-se nela, se bem que no sentido da aplicação da norma, um processo análogo ao da *integração normativa* acima referida.
- i) Há uma correlação funcional entre *fundamento, eficácia e vigência*, cujo o significado só é possível numa teoria integral da validade do direito.
- j) Essa compreensão da problemática jurídica pressupõe a consideração do *valor* como objeto autônomo, irredutível aos objetos ideais, cujo prisma é dado pela categoria do *ser*. Sendo os valores fundantes do *dever ser*, a sua objetividade é impensável sem ser referida ao plano da história, entendida como “experiência espiritual”, na qual são discerníveis certas “*invariantes axiológicas*”, expressões de valor-fonte (a pessoa humana) que condiciona todas as formas de convivência juridicamente ordenada (*historicismo axiológico*).
- k) Conseqüente reformulação do conceito de *experiência jurídica* como modalidade de experiência histórico-cultural, na qual o *valor* atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (*função ôntica*) e, concomitantemente, como prisma de compreensão da realidade por ele constituída (*função gnoseológica*) e como razão determinante da conduta (*função deontológica*).
- l) Em virtude da natureza trivalente do valor e da tripla função por ele exercida na experiência histórica, o direito é uma realidade *in fieri*, refletindo, no seu dinamismo, a historicidade mesma do ser do homem, que é o *único ente que, de maneira ordinária, é enquanto deve ser*, sendo o valor da pessoa a condição transcendental de toda a experiência ético-jurídica (*personalismo jurídico*).
- m) Necessidade de uma Jurisprudência que, no plano epistemológico, desenvolva-se como experiência cognoscitiva, na qual sujeito e objeto se co-implicam (criticismo ontognoseológico) e, no plano deontológico, não se perca em setorizações axiológicas, mas atenda sempre à solidariedade que une entre si todos os valores, assim como à sua condicionalidade histórica (*Jurisprudência histórico-cultural ou axiológica*).
- n) Tudo isto pressupõe, outrossim, uma orientação metodológica própria, caracterizada pelo superamento da reflexão fenomenológica de moldes husserlianos, por uma reflexão transcendental de tipo crítico-histórico, baseada na correspondência entre a intencionalidade da consciência e o significado das “intencionalidades objetivadas” pela espécie humana no processo da experiência histórico-cultural.⁸⁷

⁸⁷ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57; 60-63.

11. Referências

- ADEODATO, João Maurício Leitão. **Conjetura e verdade**. *In: Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. p. 81-95, São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARRETO, Vicente, PAIM, Antonio (org.). **Evolução do pensamento político brasileiro**. *In: Coleção Reconquista do Brasil*, 2. série, v. 150; Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999.
- CELLA, José Renato Gaziero. **A teoria da argumentação jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. 274 p.
- _____. **Teoria tridimensional do direito de miguel reale**. Curitiba: Juruá, 3. Reimpressão, 2003.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 30. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- FEUERBACH, Ludwig. **A essência do cristianismo**. Campinas: Papyrus, 1988.
- MÜLLER, Alzira Correia. **Fundamentação da experiência em miguel reale**. São Paulo: GRD; Brasília: INL, 1981.
- PAIM, Antonio. **História das idéias filosóficas no brasil**. 2. ed. São Paulo: EDUSP; Grijalbo, 1974.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. **Variações sobre o poder**. *In: O Estado de S. Paulo, Seção Espaço Aberto*, 1. Caderno, p. 02, São Paulo: 11.set.2004.