

“O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN E O PAPEL DA AXIOLOGIA JURÍDICA NA TEORIA TRIDIMENSIONAL DE MIGUEL REALE”

Ana Augusta Rodrigues Westin Ebaid

RESUMO: O presente estudo propõe-se a apresentar uma análise da decisão jurídica, examinando alguns pontos da teoria jurídica positivista e ressaltando as principais idéias do jurista Hans Kelsen na sua doutrina Teoria Pura do Direito, para finalmente confrontá-las com a concepção culturalista de Miguel Reale na Teoria Tridimensional do Direito

PALAVRAS – CHAVE: Teoria. Jurídica. Positivismo.

INTRODUÇÃO

Como um representante típico do positivismo jurídico, Kelsen elabora sua teoria pura compreendendo o direito como uma ciência, ou seja, um saber exato, objetivo, atribuindo um caráter extremamente formalista e ignorando os seus conteúdos.

Nesse sentido, o pensamento de Kelsen caminha para a definição de alguns métodos e princípios que caracterizam uma teoria jurídica fundamentada basicamente em normas.

Assim, o presente trabalho pretende desenvolver uma idéia sobre a decisão jurídica, entendida sob os aspectos lógicos da teoria positivista, e demonstrar algumas divergências que vem sendo alcançadas pela Teoria do

Direito Contemporâneo, marcada pela importância da consideração dos valores envolvidos, conferindo ao juiz maior autonomia na tarefa de interpretar e aplicar as normas.

A Teoria do Direito do século XX é marcada por novas ideologias que dão origem a novas situações jurídicas, já que o Direito é dinâmico. O juiz exerce um importante papel no desenvolvimento do raciocínio jurídico, embasando suas decisões, buscando sempre alcançar a finalidade da lei nas suas interpretações, resolvendo as lacunas e antinomias, integrando o sistema jurídico e compreendendo a realidade social e histórica do direito.

Já na Teoria Pura do Direito, Kelsen consolida o direito como um sistema extremamente legalista, caracterizado por um excesso de formalismo, no qual a tarefa do juiz se restringe apenas à aplicação de um fato a uma norma, livre de qualquer ideologia.

Desta forma, este artigo pretende desenvolver uma reflexão sobre o tema proposto, e demonstrar que, apesar da relevância da teoria positivista e sua notável contribuição para o Direito, ela encontra-se superada diante da apresentação de um novo cenário jurídico caracterizado pelo surgimento de uma nova forma metodológica de raciocínio tornando-se mais adequado para a compreensão do direito.

1 - O POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN

Para Kelsen, o direito deveria ser entendido como norma, estando livre de qualquer concepção social ou valorativa, o estudioso caminha para especificar uma ciência que não se confunda com a psicologia, a sociologia, a política e a moral.

O princípio metodológico fundamental da sua obra Teoria Pura do Direito, é libertar a ciência jurídica de todos os elementos que não lhe são próprios. Sua teoria, então, se baseia no positivismo.

Neste sentido, discorre o autor:

“Quando a si própria se designa como “Pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isso quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos.”¹

Kelsen consegue ver o Direito como sendo apenas um conjunto de normas representadas por prescrições que revelam a categoria do “dever ser” e não da ordem do “ser”, conferindo a determinados fatos o caráter de jurídico ou antijurídico. Assim, vislumbra dizendo que: “Esta significação jurídica não pode ser percebida no ato por meio dos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de um objeto, como a cor, a dureza, o peso”²

Neste contexto, Kelsen observa que a norma é um produto da vontade, elaborada com a finalidade de regular a conduta humana e que funciona como um esquema de interpretação. Kelsen elucida que “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico ou antijurídico é o resultado de uma interpretação, ”³

O autor segue ainda dizendo que “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico ou antijurídico é ela própria produzida por um ato jurídico, que por seu turno, recebe a sua significação jurídica de outra norma.”⁴

¹ KELSEN, Hans. **TEORIA PURA DO DIREITO**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág 1.

² Ibidem pág 3.

³ Ibidem, pág 4

⁴ Ibidem

Desta forma a norma tem validade não pelo sentido de ser justa, mas sim por estar ligada a outra norma considerada superior denominada de norma fundamental. E é justamente com base este conceito da norma fundamental que Kelsen sistematiza toda a ordem jurídica.

A questão da validade é um dos aspectos mais importantes sob a ótica da teoria Kelseniana. A validade da norma decorre sempre da sua ligação à outra norma, sendo a norma fundamental aquela considerada por um ato normativo determinado e hierarquicamente superior.

Nesse contexto, Kelsen avalia se as normas são válidas, legítimas, se foram produzidas por órgãos legislativos competentes, que sejam postas por uma autoridade constitucional, por sua vez que estes órgãos tenham sua competência fundada em atos normativos superiores.

Por ser entendido como uma estrutura de normas válidas e legítimas pode estabelecer sanções. Assim, a norma jurídica é regulada por um princípio retributivo, ou seja, ela liga a norma prescrita ou proibida a uma consequência.

O autor conclui que:

“O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (Vergeltung). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção. No entanto, usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal-a-privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta.”⁵

Como já foi mencionado, a ordem jurídica tem como principal função regular a conduta humana e estabelecer sanções. É justamente no estabelecimento destas sanções que o Direito mostra suas forças.

Neste sentido, diz Kelsen:

⁵ Ibidem,, pág 26

“As ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida que ligam à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares). Quer isto dizer que elas dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção.”⁶

Portanto, o Direito é um conjunto de normas que regulam a conduta humana e essas normas, por sua vez, quando legitimamente válidas podem devidamente estabelecer sanções, pois, em razão da sua estrutura, é caracterizada como uma ordem coercitiva.

1.1 - A QUESTÃO DO VALOR NA TEORIA POSITIVISTA

De acordo com a teoria positivista, conforme foi visto, a questão da validade do Direito não está condicionada a valores, dentre os quais a realização da justiça. Na concepção Kelseniana a realização de justiça é representada como um valor relativo, tal como os valores morais, políticos, culturais e religiosos que sofrem transformações com o decorrer do tempo.

Kelsen afirma que a realização da justiça está amparada na idéia de ver o direito como norma, válida e adequadamente produzida, conforme as regras de produção normativa de um ordenamento.

Segundo Kelsen o sistema normativo pode ser um tipo estático e um tipo dinâmico, segundo a natureza do fundamento de validade. As normas do tipo estático determinam diretamente a conduta dos indivíduos por força do seu conteúdo, ao passo que as normas do tipo dinâmico, sevem para determinar como devem ser criadas as normas gerais e individuais de um ordenamento.

⁶ Ibidem, pág 36

Para ele, a fundamentação da validade das normas é um princípio dinâmico, tendo em vista que quem pode determinar a norma é uma autoridade jurídica. Assim, a norma vale porque foi devidamente imposta pela autoridade qualificada para atender tal finalidade.

Kelsen vislumbra o Direito como uma prática apta a produzir e aplicar normas jurídicas.

1.2 - A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DO DIREITO E O SEU ASPECTO DECISÓRIO

Na concepção Kelseniana, aplicar o Direito é interpretá-lo.

Nesta senda:

“Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.”⁷

Na visão do autor a interpretação das normas refere-se à dedução das normas gerais, ou seja, das leis para aplicar a um fato concreto.

Outro importante aspecto do ato da aplicação do direito vislumbrado pela Teoria de Kelsen é que a determinação da relação entre as normas de um escalão superior e de um escalão inferior nunca é completa. Em suas palavras “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada.”⁸

Neste cenário, Kelsen reconhece que existem algumas circunstâncias externas, que ficam à margem de serem apreciadas por aquele

⁷ Ibidem, pág 387

⁸ Ibidem, pág 388

encarregado de aplicar ou executar o Direito. Daí resulta sua idéia que “todo ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução é em parte determinado pelo Direito e em parte indeterminado.”⁹

Kelsen também já previa que para todos estes casos indeterminados são oferecidas várias possibilidades para a aplicação da norma jurídica. Desta forma, conclui que o Direito a aplicar serve como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação.

Agora a questão de saber dentre as possibilidades para a aplicação do Direito, qual é a mais correta, para o autor não é uma questão dirigida ao direito positivo ou a teoria do direito, mas sim um problema de política do direito.

A este respeito:

“A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica a tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.”¹⁰

Sobretudo, vale lembrar também que o conceito de interpretação jurídica, na concepção Kelseniana é rigorosamente distinto quando feito pela ciência jurídica e quando realizado pelos órgãos jurídicos.

Kelsen considera que a interpretação feita pelos órgãos aplicadores do direito é sempre autêntica, ao passo que quando feita pela ciência jurídica é considerada não - autêntica, tendo em vista que envolve uma atividade cognoscitiva.

⁹ Ibidem

¹⁰ Ibidem, pág 395

Do ponto de vista do autor, não podem ser vistas como determinações que emanam do Direito Positivo toda atividade que resulte de uma interpretação que envolve a questão da moral, da realização da justiça ou qualquer juízo de valor que considere sua função social, designadas com o objetivo de atender ao bem comum, ao interesse do Estado, etc.

Observa-se que as bases teóricas lançadas pelo autor vienense e a sua mais pura teoria jurídica contribuíram e continuam contribuindo até hoje para o desenvolvimento da ciência jurídica. Em que pesem inúmeras críticas lançadas sobre suas idéias, a sua contribuição para o Direito é imensurável, pois não há como falar em Direito sem se falar em Hans Kelsen.

2 - A TEORIA TRIDIMENCIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE

Embora reconheça a imensa contribuição de Hans Kelsen para o Direito, Miguel Reale aponta uma teoria jurídica distinta lançando outras bases teóricas com inovadas perspectivas para a ciência do Direito.

A teoria desenvolvida por Miguel Reale contrapõe a concepção de Kelsen em reconhecer o Direito como um sistema de normas. Para este autor não há como compreender o Direito sem levar em conta os fatos e os valores. Dentro desta sistemática que é concebida a sua teoria tridimensional, levando-se em conta a norma e associando a esta alguns contextos fáticos e axiológicos.

Nesta perspectiva, Reale vislumbra a importância de se buscar a essência das normas considerando o seu contexto histórico e social.

Nos dizeres de Miguel Reale:

“Nada é mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os

valores que determinam os preceitos jurídicos e os fatos que o condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação.”¹¹

A análise crítica do autor é desenvolvida para combater as bases teóricas lançadas por Kelsen em que o direito é visto apenas como norma. Deste modo, o autor contribui para que a norma seja interpretada buscando alcançar o seu sentido por meio de um processo valorativo, tendo por base a realidade dos fatos e seu contexto social.

Assim na concepção tridimensional de Miguel Reale, “é em função da íntima tensão fato-valor que se põe a norma”.¹²

Para o positivismo jurídico a norma é configurada como uma espécie de moldura, caracterizada pela mera subsunção de um fato a uma norma, mas para Reale ela deve ser entendida como um “modelo funcional”, devendo ser interpretada conforme o tempo e os valores de determinadas sociedades.

No pensamento do autor “as leis permanecem graficamente as mesmas, mas se lhes acrescentam outras valências ideológicas, condicionando-lhe a aplicação”.¹³

Sob esta perspectiva Reale concebe o Direito como norma, o que denomina de “situação normada”, ou seja, ele traz para o campo do Direito um suporte ideológico.

Vale ressaltar que o autor não desconsidera a norma como uma estrutura lógica do ordenamento, porém o que o autor sustenta é que o direito não pode ser compreendido apenas em seu aspecto lógico formal.

2.1 - A BILATERALIDADE DO DIREITO

¹¹ Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1998, pág 495

¹² Ibidem, pág 500.

¹³ Ibidem, pág 498

O aspecto da bilateralidade é um dos elementos da teoria de Miguel Reale. Neste sentido o autor compreende que as relações jurídicas sempre unem as pessoas em razão de pretensões mútuas, evidenciando-se assim o caráter bilateral do Direito.

Para o autor esta bilateralidade é atributiva em razão de implicar sempre dois sujeitos. Por esta razão observa Reale que:

“Da atributividade decorre a exigibilidade e desta a coercibilidade. A coercibilidade é um elemento resultante da bilateralidade, um seu corolário imediato. *Em suma, o Direito é coercitivo, porque é exigível, e é exigível porque bilateral atributivo*”. (grifo do autor) ¹⁴

Neste contexto, Miguel Reale afirma que o Direito une sempre as pessoas por meio de pretensões e exigibilidades mútuas, situando-se em um plano axiológico objetivo, transcendendo da subjetividade.

Para tanto reconhece que o comando do Direito tem natureza objetiva, porque ordena e, ao mesmo tempo, assegura o poder de exigir que seus comandos sejam obedecidos.

2.2 - HERMENÊUTICA DA ESTRUTURA TRIPARTIDA

Conforme já foi mencionado, a palavra Direito para Miguel Reale desdobra em três sentidos: “como valor do justo”, “como norma ordenadora da conduta” e “como fato social e histórico”.¹⁵

¹⁴ Ibidem, pág 692

¹⁵ Ibidem, pág 509

Na concepção de Reale, o Direito é visto como prática social, sendo produto de relações concretas estabelecidas pelos homens.

Sob esta perspectiva, o autor assegura que “a norma representa para o jurista uma integração dos fatos segundo os valores, ou em outras palavras, é a expressão de valores que vão se concretizando na possibilidade dos fatos históricos sociais”.¹⁶

No plano da teoria tridimensional do Direito, os valores devem ser concebidos como experiência jurídica. Na expectativa do autor, o aspecto da historicidade do direito é avaliado como experiência sempre renovada de valores. Assim, o mundo do direito só pode ser compreendido através de juízos de valor.

Para Miguel Reale, toda norma tem valor. Neste contexto, o autor menciona que o jurista não pode se contentar com uma vaga compreensão do que seja este valor, devendo necessariamente tentar atingir o plano da sua compreensão racional.

Nesta senda:

“É próprio do jurista pensar em termos de segurança e de certeza, com aquilo que se costuma chamar forma. O Direito exige “estrutura formal”, racionalidade, distinção e clareza, sem o que seria absurdo declarar-se obrigatório este ou aquele comportamento.”¹⁷

Desta forma, concluímos que a apreciação dos elementos axiológicos é um trabalho de ordem racional.

2.3 - A LINGUAGEM JURÍDICA COMO NOVO PROCESSO INTEGRADOR DA CIÊNCIA JURÍDICA

¹⁶ Ibidem, pág 510

¹⁷ Ibidem, pág 545

A Teoria Clássica do Direito trabalha com o Direito considerando apenas seus aspectos lógicos e formais. Ocorre que o século XX é marcado por uma nova concepção filosófica, onde novas perspectivas são contempladas para se compreender e aplicar o Direito, conferindo assim uma maior autonomia e amplitude para o juiz ao interpretar e integrar a norma jurídica.

Neste sentido, novas práticas jurídicas vão se concretizando com o movimento chamado de giro lingüístico. É a partir daí que a linguagem jurídica passa a ser entendida sob um novo ângulo, redefinindo alguns conceitos do sistema jurídico.

Para este modelo lingüístico, o que importa não é o sentido literal e concreto da norma jurídica, mas sim a possibilidade das dimensões sintáticas e semânticas se complementarem com as funções pragmáticas.

A consideração desta função pragmática consiste na possibilidade de serem apreciados pelo juiz os conteúdos e sentidos das normas, analisando suas circunstâncias históricas e sociais. Esta nova maneira de entender a aplicação das normas jurídicas provocou uma grande modificação na maneira de compreender o Direito.

Justamente em razão de todo este processo evolutivo, deve-se incorporar o conceito do valor à norma jurídica, adequando sua aplicação com os fatos sociais e históricos que Miguel Reale constrói na sua teoria, e entendendo que a tarefa de interpretar o direito é resultado de um raciocínio axiológico.

Assim, os valores compreendidos por uma sociedade em determinada época podem logicamente influenciar na aplicação das normas jurídicas e, sobretudo nas decisões judiciais.

Neste contexto, Miguel Reale, como fiel representante da concepção culturalista, vai construindo as bases da sua Teoria Jurídica, trabalhando os conceitos do Direito integrando o fato, valor e norma, sob a expectativa de trazer para a ciência jurídica fundamentos de origem histórica e social.

CONCLUSÃO:

Observa-se que a Teoria do Direito Positivo de Hans Kelsen, apresentou uma imensurável contribuição para a ciência jurídica, a arquitetura do seu modelo jurídico esboçado na sua obra Teoria Pura do Direito é de uma complexidade surpreendente. Entretanto sua concepção extremamente formalista, por entender que a lei seja a maior expressão de realização do direito, resultou em numerosas críticas.

Apesar de todas as críticas, não podemos deixar destacar que Hans Kelsen e suas obras deixaram um marco fundamental para a Teoria do Direito Contemporâneo.

A concepção de Miguel Reale na Teoria Tridimensional do Direito reflete criticamente sobre as bases jurídicas lançadas por Kelsen.

No campo jurídico a sua Teoria Tridimensional resulta da compreensão do Fato, Valor e Norma associando os seus componentes fáticos e axiológicos. Ao contrário da Teoria Positivista de Kelsen que vê o direito apenas como norma ignorando seus conteúdos e o contexto social.

Miguel Reale, busca compreender o Direito como instrumento eminentemente voltado para a sociedade, trabalhando com importantes aspectos da realidade jurídica.

Neste contexto, o presente estudo buscou propiciar uma singela análise do Positivismo Jurídico e Hans Kelsen e a sua enorme contribuição para a ciência jurídica, enfatizando que seus fundamentos teóricos jurídicos marcados pelo domínio de formalismo, foram superados pela Teoria Jurídica Contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAFFÉ, Mara. **Psicanálise e Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. In: **Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

_____. **A Ciência do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.