



O TRIDIMENSIONALISMO DE REALE COMO PONTE PARA O PÓS-POSITIVISMO

Ana Lúcia Maso Borba Navolar
Sílvia Henrique Marques Junior

CAPÍTULO
02

1. Introdução

Muitas das barbáries do Nazismo, e de outros regimes ditatoriais do século XX, estavam legitimadas em lei. Ao despertar desse torpor do estrito legalismo – introduzido pelo positivismo – constatou-se, então, que o Direito não é simplesmente um compilado de normas, assim como seu fim não é somente o cumprimento das leis, deve ser a realização da justiça, com a preservação da dignidade humana.

Uma vez que o positivismo buscava a objetividade aplicada no campo das ciências naturais, o cumprimento frio da lei colaborava para esse ideal, vez que garantia a segurança jurídica e, assim, haveria previsibilidade. No entanto, em 1967, Dworkin constatou que o Direito não se adequava completamente ao positivismo jurídico, vez que o estágio civilizatório observado após a segunda metade do século XX já não comportava mais a separação rígida e estanque entre Direito e Moral, porquanto esta passou a ser recepcionada no âmbito jurídico por meio da força normativa dos princípios. Em razão da superação dos dogmas do positivismo, as ideias de Dworkin passaram a ser categorizadas como pós-positivistas, sendo, com isso, alçado a precursor deste movimento.

Em 1940, em solo pátrio, Miguel Reale tornou pública a teoria tridimensional dinâmica do Direito, expondo que o Direito não é só fato, ou só norma e, tampouco, reduz-se a valores. O conceito mais adequado é aquele que considerou a complexidade das relações humanas em sua integralidade, englobando os três elementos e os relacionam dinamicamente. Nessa conformidade, a moralidade (no elemento valor) também é reinserida na estrutura do Direito, de forma que não seria possível, por exemplo, a aplicação de uma lei que ferisse a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma afetaria um valor caro à coletividade, o que a faria que padecer de aplicabilidade.

Deste modo, o presente artigo se propõe a investigar a influência do tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale para a construção do pós-positivismo no Brasil e, para tanto, utilizou-se do método dedutivo.

2. A Teoria Tridimensional de Miguel Reale: Fato, Valor e Norma

O Direito, assim como o ser humano, é uma complexidade. Miguel Reale (2002, p. 498) expõe que “[...] as vicissitudes da palavra ‘Direito’

acompanham *pari passu* a história do homem ou, diríamos melhor, o processar-se da Humanidade na História”.

No domínio das ciências físicas, as palavras possuem quase sempre sentido claro e preciso, mas o mesmo não ocorre com as ciências humanas, e isso não é sem razão, ensina Nietzsche que “[...] todos os conceitos em que um processo inteiro se condensa semioticamente se subtraem à definição; definível é apenas aquilo que não tem história” (Nietzsche, 2009, p. 63). E apenas tem história aquilo que está relacionado ao ser humano. Nessa linha, Erich Fromm (apud GOMES, 2013, p. 191) explica que “o homem não é uma coisa: é um ser vivo envolvido num processo contínuo de desenvolvimento”, daí porque é tão complexo o conceito de Direito, vez que deriva desta mesma dinamicidade e complexidade inatas à condição humana.

Antes de introduzir os contornos de sua teoria tridimensional, Reale (2002, p. 499 - 508) relembra o leitor que, nas faculdades, o conceito recorrente de Direito é “conjunto sistemático de regras obrigatórias, de normas, de leis, de comandos, que determinam a prática de certos atos e a abstenção de outros”, sendo que essa definição é bastante reducionista. Em seguida, Reale afirma que, em contrapartida, uma pessoa com formação sociológica apreciará o Direito como fato ou fenômeno social, e por fim, que desde os primórdios, o Direito esteve relacionado ao valor Justiça.

A partir disso, conclui o autor que o sentido do Direito deve girar em torno de três elementos fundamentais: fato, valor e norma, “o elemento 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 de conduta, base empírica da ligação intersubjetiva” (REALE, 2002, p. 509). É da concatenação destes três elementos que se captura a ação da seara jurídica em sua integralidade.

No entanto, a grande inovação de Reale não foi a identificação desses três elementos, outros autores já haviam se debruçado sobre eles e construído teorias e, dentre elas, citem-se as teorias tridimensionais abstratas e as estáticas, para, só então, chegar-se à Teoria Tridimensional dinâmica de Reale. Para a primeira vertente tridimensional (a abstrata), o Direito é apreciado segmentarizado:

- a) o Direito como valor do justo, na medida em que é 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;

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 (REALE, 2002, p. 509).

Para esta linha de pensamento, cada ciência apresentada estuda o Direito de forma parcial, “caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato, e ao jurista o da norma” (REALE, 1994, p. 57) dessa forma qualquer conceito de Direito que seja extraído desse modelo será reducionista, visto que não será capaz de apresentar uma visão holística.

No campo do direito, visões reducionistas comprometem-lhe a teleologia, haja vista que essa redução de foco permite-lhe conduzir graves equívocos, vide, por exemplo, o que se sucedeu no período da Alemanha Nazista que, como já mencionado, era um regime legitimado por leis, ainda que desumanas, imorais e antiéticas.

O tridimensionalismo genérico (ou abstrato) é um estágio incipiente, apenas analisa elementos distintos. Reale (2002, p. 536 - 537) cita Roscoe Pound indicando a imprescindibilidade das três formas de interpretação do Direito (fato, valor e norma), no entanto, há que ser solucionada a questão de “qual a relação entre as três, e qual a que cada uma delas e todas em conjunto mantêm com a Ciência do Direito?” Essas são perguntas que os jurisfilósofos do tridimensionalismo específico procuram solucionar.

Observa Reale (2002, p. 539) que “[...] enquanto não se teve clara percepção da essencialidade dos três apontados fatores e de sua correlação na vida do Direito, não se atingiu o cerne do problema”. Outros jusfilósofos tentaram apresentar uma correlação desses três elementos do Direito, tal como Wilhelm Sauer, no entanto, também mereceu a crítica de Reale (2002, p. 542), pois apresenta um conceito tridimensional estático:

a correlação que Sauer estabelece entre os elementos fático e normativo graças às ‘mônadas de valor’ - cujo conceito não chega, aliás, a determinar com a devida clareza - não vai além de uma justaposição de esferas autônomas, no fundo incomunicáveis, como bem observa Renato Cirell Czerna, redundando numa tridimensionalidade estática e, como tal, incapaz de dar-nos a unidade do Direito, reclamada pela teoria tridimensional como sua *‘ratio essendi’*.

Ou seja, uma teoria estática do Direito apresentou-se insuficiente em sua abordagem. “Pode-se dizer que, a rigor, a teoria tridimensional só

se aperfeiçoa quando se firma, de maneira precisa, a interdependência de elementos que fazem do Direito uma estrutura social necessariamente axiológico-normativa” (REALE, 2002 p. 539).

A grande inovação de Reale foi lograr apresentar um conceito dinâmico, adequado à ciência social que é; para o autor, Direito seria a “integração normativa de fatos segundo valores” (GOMES, 2013, p. 185), e mais,

esses elementos [fato, valor e norma] não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram (GOMES, 2013, p. 184).

Ao assumir a dialeticidade, em verdade, Reale propõe que o Direito, em seu movimento interativo, constrói-se diuturnamente.

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 complementariedade (REALE, 1994, p. 57).

Neste ponto, a dialética da complementariedade referida por Reale difere grandemente da dialética marxista-hegeliana, porquanto, para Reale, fato, valor e norma não são opostos que gerarão uma síntese, eles são complementares e possuem uma correlação essencial no conceito e formação do Direito, ou seja, eles se exigem mutuamente (implicação-polaridade) (REALE, 1994, p. 104-105). E para Reale (2002, p. 543), duas são as condições essenciais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta,

uma se refere ao conceito de valor, reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice 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.

Nesse conceito dialético, as normas jurídicas estarão em constante elaboração em razão da incidência de valores que são vivenciados no mundo fático social. A partir da incidência de tais valores, é possível a elaboração de

várias proposições normativas, dependendo da atuação do poder para sua conversão em normas (GOMES, 2013, p. 185), e ainda resume concisamente sua teoria nos seguintes termos, “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, 1994, p. 97).

Diante disso, se fato, valor e norma estão interpenetrados, não devia ser possível a aplicação de uma lei que fira a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma não tem valor (no sentido axiológico). Como exemplo, citem-se hoje os milhares de casos no Judiciário em que o requerente procura afastar determinada norma ou cláusula contratual alegando, na defesa de seus interesses, princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, ou da função social, da boa-fé objetiva etc.

Mesmo que a norma já tenha sido elaborada e seja válida, seu texto ainda ficará sempre sujeito à interpretação, e “esta (interpretação) se faz à luz de novos fatos e também de novos valores que, não raras vezes exigem uma atualização do significado daquelas proposições, por meio da interpretação” (GOMES, 2013, p. 185). Reale (1994, p. 103-104) exemplifica que uma lei, depois de promulgada, passa a ter vida própria, muitas vezes diferente das intenções iniciais daqueles que a elaboraram.

Mas não raro, há vezes em que, diante das mudanças e inovações da sociedade, não basta apenas a interpretação, nesses casos, será necessária a elaboração de novas proposições normativas para adequar o Direito à nova realidade (GOMES, 2013, p. 185).

Dessa forma, o Direito vai se adequando à realidade social através da elaboração das normas submersas nos valores sociais e, após isso, da sua interpretação a partir destes e de novos valores.

Assim, a Teoria Tridimensional possibilita que a Ética e o Direito se posicionem na dimensão prática (GOMES, 2013, p. 173); as normas devem ter esse olhar axiológico, de forma que a referida teoria colabora para a efetivação dos valores caros ao ser humano, tutelando-os na ordem jurídica. Nas palavras do professor Sérgio Gomes, “destarte, esta se apresenta como um conjunto de normas que positivam a tutela de tais valores a fim de que estes se concretizem na vida social” (GOMES, 2013, p. 171). Isso possibilita que os homens, ao menos no que se objetiva de seus sistemas jurídico-normativos, tenham meios de serem mais solidários, de regulamentarem suas condutas com maior alinhamento a valores e princípios universais e, ainda, exerçam alteridade.

Não é por menos que a necessidade de se rever o positivismo jurídico adveio de um momento histórico que demandava esse movimento de humanização do Direito, tendo como estopim o Holocausto. Admitindo

a própria dialética factual, foi o desrespeito ao valor vida humana que levou os povos à consciência da necessidade da proclamação dos direitos humanos (norma), os quais foram positivados em um sem-número de tratados e constituições (GOMES, 2013, p. 194), mas que continuam salvaguardados por princípios altamente carregados de valores os quais prescindem de previsão expressa.

Não é por menos que, ao se proclamar uma declaração de direitos, ao se celebrar tratados de caráter humanitário ou, ainda, quando se promulga uma Constituição, tal como a atual Constituição Brasileira, o fio condutor que delinea a arquitetura protetiva da esfera jurídica são os valores básicos do ser humano, que são traduzidos, por sua vez, em direitos humanos ou em direitos fundamentais.

Nessa breve explicação sobre o tridimensionalismo jurídico de Reale, percebe-se que o debate se mantém atual, porquanto o caráter dinâmico do conceito de Direito, adequado à sociedade contemporânea e, sobretudo, plural, gera um aumento da carga de expectativas de respeito e tutela de valores construídos e reconstruídos em uma dinâmica extremamente acelerada.

3. Pós-Positivismo: Superação do Positivismo

Na transição entre a Idade Média para a Idade Moderna, a sociedade exigia a imposição de limites ao poder concentrado e ilimitado dos reis soberanos. Visava-se, na verdade, impor limites aos arbítrios e desmandos dos absolutistas (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106)

Com o advento dos movimentos constitucionais modernos, cuja origem remonta à Constituição Francesa de 1791 e à Constituição dos Estados Unidos de 1787, surgiu um postulado no sistema jurídico codicista: a lei como premissa de uma atuação legítima por parte dos governantes. Só a lei válida poderia legitimar a limitação dos direitos e impor obrigações aos cidadãos. Nesse contexto, objetivava-se a segurança jurídica e a objetividade do sistema jurídico, sendo que o Direito positivo desempenhou satisfatoriamente essa função (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

É nesse cenário que nasce o positivismo em oposição ao jusnaturalismo. Segundo Barroso (2007, p. 22), o direito natural é levado “para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX”. Portanto, o positivismo surge em contrapartida ao jusnaturalismo com o

intuito de alcançar a objetividade do sistema jurídico e, para isso, diz o citado autor, “equipara o direito à lei” (BARROSO, 2007, p. 22).

Até a Segunda Guerra Mundial, o Ocidente era essencialmente legalista (especialmente na Europa continental), algumas das Constituições Europeias não tinham força normativa e eram vistas apenas como inspiradoras ao legislador, pois os direitos ali previstos (até mesmo de cunho fundamental) só seriam efetivados depois de previstos em lei, ou seja, a lei era a fonte única do Direito e com ele se identificava (SARMENTO, 2009, p. 116). O grande problema de se acatar essa identidade é que a pretensa neutralidade das leis pode criar um descompasso entre a sua aplicação e o que a sociedade pretende com a sua tutela em dado momento, ou pior ainda, o objetivo de uma certa norma pode não direcionar a um regramento baseado em um bem maior, em uma virtude coletiva.

Um exemplo deste segundo tipo de risco adveio com o nazismo, fascismo, comunismo e outros regimes autoritários, nos quais percebeu-se que as elites políticas podem ser cúmplices da barbárie humana. A partir de então, começa um movimento de ruptura com a forma básica de compreensão do Direito – positivismo jurídico –, dominante por boa parte do século XX, a essa nova configuração do pensamento jurídico põe-se o nome de pós-positivismo (MAIA; DINIZ, 2006, p. 650).

Dada a relevância deste conceito para a compreensão do tema aqui abordado, serão apresentadas as características fundamentais do positivismo jurídico explanados por Norberto Bobbio.

A primeira diz respeito ao modo de abordar o Direito: apenas como um conjunto de fatos, fenômenos análogos à natureza. O jurista deve agir como um cientista, abstendo-se de formular juízos de valor. O Direito é avalorado, prescinde de ser um valor ou um desvalor (BOBBIO, 1995, p. 131).

Disto decorre a teoria da validade do Direito ou teoria do formalismo jurídico, “na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal, prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação de validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor” (BOBBIO, 1995, p. 131). Em outras palavras, uma norma é válida desde que seja formalmente válida, o crivo é apenas o processo legislativo.

A segunda se refere à definição do Direito, que, no positivismo, está relacionado à coação, de onde deriva a teoria da coatividade do Direito. Direito, então, “é o que vige como tal numa determinada sociedade, a saber, aquelas normas que são feitas valer por meio da força” (BOBBIO, 1995, p. 131 - 132).

O terceiro ponto é quanto às fontes do Direito: a legislação como fonte preeminente do direito, quase como fonte exclusiva. Exemplificando, Bobbio ensina que inclusive o costume, para ser fonte do Direito, deveria ser *secundum legem* e eventualmente o *praeter legem*, sendo descartados os costumes *contra legem* (BOBBIO, 1995, p. 132).

O quarto ponto diz respeito à teoria da norma jurídica:

o positivismo jurídico considera a norma como um comando, formulando a teoria imperativista do direito, que se subdivide em numerosas 'subteorias', segundo as quais é concebido este imperativo: como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo, como técnico ou ético (BOBBIO, 1995, p. 132).

Como quinta característica, o positivismo jurídico sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico, significando, primeiramente, que em um mesmo ordenamento não podem existir simultaneamente normas contraditórias; ademais, o positivismo exclui as lacunas do direito, uma vez que o juiz, para resolver um caso, pode sempre extrair uma *regula decidendi* dentro das normas explícitas ou implícitas contidas no ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 132 - 133).

O penúltimo ponto diz respeito ao método da ciência jurídica: o positivismo sustenta a teoria da interpretação mecanicista, ou seja, considera o jurista “uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica” (BOBBIO, 1995, p. 133).

O sétimo e último ponto diz respeito à teoria da obediência, apesar desse tema não ser pacífico, ensina Bobbio que “há um conjunto de posições no âmbito do positivismo jurídico que encabeça a teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal”, concluindo que se sintetiza no aforismo “lei é lei” (BOBBIO, 1995, p. 133).

Observando-se essas características, é possível perceber porque tal mecanismo possibilitou a ocorrência de muitas atrocidades legitimadas apenas pelo apego formalista da lei, esvaziando-se, de certa forma, seu conteúdo se confrontado ao que a lei permitia. As leis, sendo neutras, podem servir a qualquer fim, se desconsiderado o aspecto axiológico. Podem, inclusive, ferir valores muito caros ao ser humano, como a sua própria dignidade. A partir de então, começa um movimento de ruptura com a forma básica de compreensão do Direito, o positivismo jurídico, dominante por boa parte do século XX; a essa nova configuração do pensamento jurídico põe-se o nome de pós-positivismo (MAIA; DINIZ, 2006, p. 650).

No entanto, também é importante pontuar que isso não significa uma ruptura absoluta com toda a estrutura do positivismo, permanecem denominadores comuns capazes de garantir sua coerência. Houve contribuições importantes dos juristas positivistas, tais como a preocupação com a certeza, objetividade, clareza e segurança jurídica, qualidades estas que não devem ser descartadas (MAIA; DINIZ, 2006, p. 651).

Não se pode negar que o positivismo trouxe vantagens ao criar fundamentos para o Direito se estabelecer como ciência e, também, para a efetivação da segurança jurídica e da objetividade do sistema jurídico, bem como para garantir a liberdade dos cidadãos frente aos desmandos dos reis absolutistas (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 106).

Tendo isso em mente, explica Albert Casalmiglia (1998, p. 210) que pós-positivismo não significa antipositivismo, são atacados apenas alguns aspectos, entre eles, os mais destacados são os problemas dos limites do Direito e a conexão entre direito e moral.

Na mesma linha, Willis Santiago Guerra Filho (apud GOMES, 2021, p. 217) aponta que o termo “pós” indica a ideia de ultrapassagem, e não de combate, ou seja, não significa antipositivismo, e o professor Sérgio Gomes (2021, p. 217) explica:

Assim, quando se fala em pós-modernidade – não se trata de lançar ideias ‘antimodernas’. Para o jusfilósofo cearense, ‘fazer isso seria colocarmo-nos em uma posição anterior àquelas defendidas na modernidade e pelo positivismo, quando na verdade se pretende buscar o que está mais para além de ambos’.

Portanto, pós-positivismo “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética”. (BARROSO apud GOMES, 2021, p. 217) E isso decorre de um processo histórico, em que se verificou que o Direito não se adequava completamente ao positivismo jurídico; o estágio civilizatório depois da segunda metade do século XX não comportava mais a separação rígida entre Direito e Moral, no entanto, explica Barroso (2020, p. 242) que “seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva”, o pós positivismo é a superação do conhecimento convencional de até então. E o Ministro ainda resume que nesse modelo se guarda deferência ao ordenamento positivo, mas com a reintrodução das ideias de justiça e de legitimidade (BARROSO, 2020, p. 242).

4. Nova Etapa: O Pós-Positivismo

Nesta nova etapa, não há mais a rígida separação entre Direito e Moral, como expunha Hart, em sua obra, as fronteiras entre eles agora são permeáveis, não são mais tratados de forma segmentarizada.

Sobre essa nova visão, Antônio Diniz e Cavalcanti Maia (2006, p. 651) expõem que a razão jurídica deixa de se identificar exclusivamente com a racionalidade formal, passando a incorporar também a razão prática, o que inclui o estudo da ética, e em seu fim a realização da justiça.

É o que Sérgio Gomes (2021, p. 212 - 213) apresenta como “novo-antigo”, vez que essa forma conecta o Direito aos valores, dando sentido às normas jurídicas positivadas, e explica,

A expressão “novo-antigo” é empregada para se chamar a atenção sobre algo que a consciência que vem se formando à luz de um novo modelo jurídico-epistemológico em construção, denominado pós-positivismo, percebe como fundamental: o resgate de uma racionalidade adequada a se lidar com as questões humanas, como são aquelas adjetivadas de “jurídicas”. Já os pensadores clássicos haviam alertado que tais questões não se sujeitam, adequadamente, ao raciocínio matemático, do exato, da certeza absoluta, de modo que a solução de uma delas represente uma resposta universal a ser simplesmente transposta, copiada (...) automaticamente para outra. (...) Assim, no pós-positivismo, retomase a Retórica, a Argumentação, a Lógica do razoável, os valores éticos encampados por declarações de direitos, pactos internacionais de direitos humanos e textos constitucionais (...).

Outra forma de demonstrar o “novo-antigo” é através da trajetória dos grandes jusfilósofos do que hoje se chama de pós-positivismo. Apenas a título de contextualização, em meados do século XX (1967), o norte-americano Dworkin foi o primeiro autor do direito recente a apresentar os princípios jurídicos opostamente ao positivismo, lançando explicitamente em sua obra um ataque contra o positivismo; do mesmo modo, um pouco mais tarde, na Alemanha (1979), Robert Alexy formula sua teoria dos direitos fundamentais também na mesma linha de Dworkin (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 113). Ambos em seu tempo – e com resquícios que o Direito herda ainda hoje – foram entendidos como revitalizadores do jusnaturalismo, principalmente pela oposição ao positivismo e do protagonismo concedido aos direitos fundamentais e princípios suprapositivos. No entanto, a grande diferença – e que faz suas ideias se enquadrarem também como “novo-antigo” é o fato de que não se lança mão de construções metafísicas para justificar os princípios, Maia e Diniz (2006, p.

652) apresentam que Dworkin

toma por base o construtivismo rawlsiano e, por meio de uma reconstrução teórica, emprega a noção de equilíbrio reflexivo como uma forma de relacionar nossas intuições morais em um conjunto articulado de proposições que poderiam integrar nossas teses em um todo coerente, dando-lhes sentido e racionalidade.

Assim, há o resgate dos valores morais, mas sem a base metafísica, o que implicaria em mero resgate do jusnaturalismo. Mas, não é o caso. Entendem Diniz e Cavalcanti (2006, p. 651) que a mola-mestra da atividade jurídica deve ser orientada por uma aspiração moral, uma pretensão de justiça, e não pela obtenção de vantagem ou êxito. E essa reorganização da moral no âmbito do direito vem através dos princípios.

Carlos Nino (apud DINIZ; MAIA, 2006, p. 653), expoente do pós-positivismo na América Latina, esclarece que tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas não conseguem entender a real natureza do Direito, isso porque, os primeiros priorizam excessivamente a influência da moral sobre o Direito, enquanto os positivistas negligenciam esse aspecto, ou seja, ambos têm visões míopes e antitéticas.

Uma das grandes inovações do pós-positivismo, portanto, é dar aos princípios o status de norma, tal como as regras, mas com fundamento prático, não metafísico.

Para Robert Alexy (apud GOMES, 2021, p. 220),

tanto as regras quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas do mandado, da permissão e da proibição. Os princípios, da mesma forma que as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas.

Sobre isso, Diniz e Maia (2006, p. 653) explicam que a proposta pós-positivista dá especial relevância à normatividade dos princípios, tornando-os normas primárias de todo o sistema. Há uma reaproximação entre Direito e Moral através do manejo dos princípios, e complementam afirmando que “já não se trata de ver nos princípios teoremas racionais abstratos, metafísicos e desprovidos de eficácia, como na fase jusnaturalista, nem tampouco o caráter meramente subsidiário e supletivo [...] positivista”.

Ou seja, coloca-se em primeiro plano a proclamação da eficácia

normativa dos princípios, Dworkin (2002, p. 36) denomina de princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Além dos princípios serem vistos como normas basilares, o princípio da dignidade humana ganha protagonismo na ordem internacional, sendo previsto em um sem-número de documentos, estabelecendo-o como fundamento e finalidade maior do Estado Democrático de Direito (GOMES, 2021, p. 226).

Essa nova sistemática foi essencial no estágio evolutivo pelo qual passou o Ocidente, após as barbáries “legalmente legitimadas” do século XX, levando à superação do mero formalismo dado que o fim do Direito passa a ser a concretude da Justiça e não somente a aplicação da letra fria da lei.

Ademais, também havia o receio de que normas justas que estivessem asseguradas (os direitos que são, essencialmente, previstos em lei) pudessem ser alterados pela simples vontade do legislador, esvaziando-se quaisquer conquistas obtidas unicamente em termos legais (SARMENTO, 2009, p. 116).

Após a constatação de que havia direitos que não poderiam ser dispostos, em franco retrocesso ético, tal como a proteção da dignidade humana, houve o fortalecimento das novas Constituições com mecanismos eficientes e eficazes de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do próprio legislador. Expõe o professor Sérgio Gomes (2021, p. 280) que, “após o holocausto, viu-se que o formalismo jurídico, apesar de todo seu instrumental normativo, quando não comprometido com valores éticos que respeitem a dignidade humana pode se colocar a serviço de qualquer finalidade, inclusive do terror totalitário”. E complementa, os carrascos do nazismo “agiram como seres não dotados de consciência moral [...]. Parece que acreditavam no valor da pura legalidade, desvinculado de quaisquer preocupações éticas”.

Hannah Arendt (apud GOMES, 2021, p. 281, nota) faz seguinte observação sobre essa miopia coletiva, “nem é preciso acrescentar que a parafernália legal resultante, longe de ser um mero sintoma do pedantismo ou empenho alemão, serviu muito eficazmente para dar a toda a coisa a sua aparência de legalidade”. Ademais, a filósofa alemã espantou-se com a falta de consciência humana, inclusive na criação de normas, visto que:

[...] a lei dos países civilizados pressupõe que a voz da consciência de todo mundo dita ‘Não matarás’, mesmo que o desejo e os pendores

do homem natural sejam às vezes assassinos, assim, a lei da terra de Hitler ditava à consciência de todos ‘Matarás’, embora os organizadores dos massacres soubessem muito bem que o assassinato era contra os desejos e os pendores normais da maioria das pessoas (ARENDT apud GOMES, 2021, 281, nota).

Por isso se observou que, sem a inclusão dos valores no âmbito jurídico, o Direito se preenche de normas sem conteúdo, “neutras”, passíveis de qualquer conteúdo, inclusive daqueles que objetificam o ser humano; e ao objetificar o ser humano, viola-se sua dignidade, tal como apresentado na doutrina clássica de Kant (2017, p. 82):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.

Não sem razão, na caótica Alemanha pós-Segunda Guerra, a inviolabilidade da dignidade humana foi prevista no art. 1º da Lei Fundamental de Bonn – promulgada em 1949, e convertida na Constituição da República Federal da Alemanha após a reunificação das Alemanhas em 1990. Ademais, também foi estabelecido no art. 1º que os direitos fundamentais previstos na Constituição “vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial” (apud GOMES, 2021, p. 151). A partir de então, inúmeros países seguiram o exemplo alemão e adotaram o princípio da dignidade humana em suas Constituições.

Nesse contexto histórico, supera-se o positivismo ao constar que o Direito não se reduz à esfera normativa – ela existe, mas o Direito não se restringe a ela – uma visão completa do fenômeno jurídico abrange também seu aspecto axiológico e fático, tal como apresentado por Miguel Reale, na Teoria Tridimensional do Direito.

5. O Tridimensionalismo Jurídico de Miguel Reale como “ponte” entre o Positivismo e o Pós-Positivismo

Em razão de uma sequência cronológica lógica, levanta-se a hipótese

de que a teoria tridimensional de Miguel Reale serviu como uma “ponte” entre o Positivismo Jurídico e o pós-positivismo.

Como já mencionado, enquanto imperou o positivismo, era possível a aplicação de leis injustas e cruéis, porém formalmente válidas, em razão da inexistência de abertura axiológica no sistema jurídico para a interpretação e a aplicação da norma.

Assim, à luz do positivismo, autoridades públicas podiam praticar atrocidades sob o pálio da legalidade, o que, especialmente após a Segunda Guerra, levou a um descontentamento geral do modelo positivista. Assim, foi necessário repensar como interpretar e aplicar o Direito segundo parâmetros morais de justiça, haja vista a constatação de que a utilização de critérios meramente formais, por si sós, eram insuficientes (e potencialmente injustos).

Nesse fragilizado momento histórico, Dworkin (2002, p. 56-57) sustentou que o Direito não devia ser compreendido apenas como um conjunto (amontoado) de regras formalmente válidas, mas também de princípios, e incorporou a vinculação de valores morais ao direito, especialmente diante da aplicação de postulados principiológicos, ou seja, a moral é inserida no ordenamento através de princípios. Em essência, a ideia de Dworkin é tornar porosas as fronteiras entre o Direito e a Moral, opondo-se abertamente ao positivismo.

Em razão dessas ideias, Dworkin (nos Estados Unidos) e Alexy (na Alemanha) são considerados os precursores do pós-positivismo. Pontuam Fernandes e Bicalho (2011, p. 113, nota) que,

O primeiro trabalho de Ronald Dworkin sobre o tema foi *The model of rules* publicado em 1967. Sua teoria foi aprimorada no texto *Taking rights seriously* de 1977. [...] Robert Alexy foi posterior; seu primeiro trabalho sobre a temática foi publicado em 1979, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, trabalho que foi incorporado à obra *Theorie der Grundrechte*.

No entanto, como apresentado no primeiro capítulo deste artigo, em 1940, Miguel Reale já relacionava o fenômeno jurídico a valores, em suas próprias palavras:

[...] a Teoria Tridimensional do Direito e do Estado, tal como a venho desenvolvendo desde 1940, muito embora não empregasse então aquele termo, distingue-se das demais de caráter genérico ou específico, por ser concreta e dinâmica, isto é, por afirmar que: a) Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o 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 de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade) (REALE, 1994, p. 57).

Aliás, Miguel Reale, em sua obra *Fundamentos do Direito*, de 1940, (apud REALE, 1994, p. 58), ao afirmar que o Direito “não é puro fato, nem pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente, segundo uma ordem de valores”, deixa clara a permeabilidade das fronteiras entre a Moral e o Direito.

Cumprе salientar que, na visão realeana, os elementos componentes da trilogia fato, valor e norma se inter-relacionam e não podem ser examinados separadamente. Segundo Tércio Ferraz Jr., para Reale, há a necessidade, ainda, de demonstrar a qualidade experimental desta estrutura (experiência jurídica). O “fato” deve ser considerado “aquilo que já existe num dado contexto histórico” (FERRAZ JR., 2003, p. 70). A “norma” não é um *a priori*, dado antes do caso concreto, mas é um “modelo funcional”, que contém em si o “fato” (FERRAZ JR., 2003, p. 70). O Direito não é um *a priori* formal da vida social, mas é o resultado de um processo, este devendo ser entendido como a “opção axiológica”, conforme diz Reale, já que todo o valor, inerente à norma, é escolhido. (FERRAZ JR., 2003, p. 73)

Assim, na visão de Miguel Reale, a norma não está posta simplesmente para passar pelo simples processo de subsunção, mas leva consigo valores (aspecto axiológico) que deverão ser considerados pelo intérprete e aplicador da lei, de forma que não seria possível, por exemplo, a aplicação de uma lei que ferisse a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma não teria valor.

Por isso, para Reale, o Direito deve ser entendido na sua visão tríade: fato, valor e norma. E tais elementos se complementam e não podem ser vistos de maneira separada, dissociados entre si, mas como complementares, possuindo uma correlação essencial no conceito e formação do Direito, ou seja, eles se exigem mutuamente (implicação-polaridade) (REALE, 1994, p. 104 – 105), de maneira que o direito não pode ser reduzido à norma, como no positivismo, havendo outros dois elementos igualmente relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico.

Portanto, o citado autor, através de uma visão ampliativa do fenômeno jurídico, passou a advogar a ideia de que o Positivismo não mais se sustentava, porque tinha a concepção reducionista de que o direito se resumia à lei formalmente válida, não sendo analisado o viés material da norma, especialmente os valores inseridos na sua base de composição. Passasse, a partir daí, a compreender a necessidade premente de aproximação do direito aos valores sociais, da realidade jurídica, acoplando a tese de Reale aos contornos pós-positivistas.

Acerca da superação do reducionismo positivista, leciona Luiz Fernando Barzotto (apud GOMES, 2021, 216 - 217):

Uma das razões do fracasso do projeto positivista [...] foi a tentativa de propor um conceito unidimensional do direito, tentando reduzi-lo à esfera normativa. Já se tornou um patrimônio do pensamento jurídico universal a ideia de que o direito é um fenômeno complexo, que envolve não somente normas, mas fatos e valores [...]. O desafio do pensamento jurídico atual consiste em incorporar a reflexão positivista sobre a validade, articulando-a com as categorias de justiça e eficácia, para obter um conceito de direito positivo que dê conta das dimensões políticas e morais do seu objeto.

Tendo como base a citação de Luiz Barzotto, a hipótese de que a teoria tridimensional de Reale serviu como uma ponte para se chegar ao pós-positivismo ganha corpo, vez que Reale ultrapassa qualquer reducionismo do positivismo; na dialética de Reale, fato, valor e norma interagem e se exigem mutuamente, o que impede que o Direito seja analisado de forma singela: apenas como fato, ou como valor, ou norma; em outras palavras, Miguel Reale, com sua teoria, não despreza o positivismo, mas o supera, apresentando uma visão complexa do Direito, adequado às ciências sociais.

Com efeito, é inegável que o Pós-Positivismo proporcionou uma abertura valorativa do sistema jurídico, principalmente através de constituições democráticas, tanto que não só regras, como também princípios passaram a ser considerados normas jurídicas. Valores passaram a ser observados na difícil arte de interpretar e aplicar a norma jurídica. Da simples subsunção do fato à lei, começou-se a utilizar em casos de difícil solução, não previstos em normas-regras, critérios de interpretação como a ponderação de valores, a proporcionalidade e vários outros princípios assentados no arcabouço normativo, ou seja, verdadeiras normas-princípio.

Ademais, o professor Sérgio Alves Gomes (2021, p. 280) também apresenta a teoria tridimensional como uma superação dos reducionismos

comuns do positivismo, a ver:

Por isso é fundamental que se refutem os conceitos reducionistas do Direito, como, por exemplo, o que vê no fenômeno jurídico apenas as normas – consoante fez Hans Kelsen na “Teoria Pura do Direito” – sem levar em conta o que há de mais importante ao ser humano: os valores, pois são estes que dão sentido à existência humana. E é para salvaguardá-los que se produzem normas. Nesta temática, destaque-se a contribuição de Miguel Reale, que, ao longo de sua vigorosa produção filosófica-jurídica, supera unilateralismos (v.g. normativismo jurídico, sociologismo jurídico, eticismo jurídico) e propõe uma visão tridimensional do direito que liga fatos, valores e normas, por meio da dialética por ele denominada de implicação-polaridade, na qual nenhum destes elementos se reduz ao outro, mas os três interagem, dinamicamente, na nomogênese (produção de normas jurídicas em razão da tensão entre valores e fatos) da qual resultam os modelos jurídicos.

Assim, é possível entender as ideias de Reale, especialmente no Brasil, como uma ponte entre os modelos positivistas e pós-positivistas. Isso porque, apesar da teoria tridimensional exigir a vertente axiológica, a lente de aproximação do direito aos valores só resultou maximizada a partir do surgimento do pensamento jusfilosófico do pós-positivismo iniciado por Dworkin, “consagrando a importância do homem e a sua função como norte axiológico de todo o ordenamento jurídico e demandando a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.” (MINELLI; GOMES, 2019, p. 155) já que, de início, buscou demonstrar a importância não só de regras, mas também de princípios e valores para a interpretação e aplicação da lei,

6. Conclusão

Certo é que o positivismo jurídico buscava a objetividade igual das ciências naturais, e o cumprimento frio da lei colaborava para esse ideal; este cenário propiciou um ambiente adequado às atrocidades perpetradas pelos regimes ditatoriais do século XX, visto que a lei deveria ser obedecida simplesmente por ser lei, independentemente de seu conteúdo. Em razão disso, pós Segunda Guerra, o descontentamento em face desse modelo jurídico era patente.

Foi necessário repensar como interpretar e aplicar o Direito segundo

parâmetros morais de justiça, visto que a lei, na forma como estava organizada, vazia de conteúdo axiológico, poderia estar a serviço de qualquer propósito (justo ou não).

Em 1967, Dworkin publicou sua teoria contrária ao positivismo, reduzindo a separação entre Direito e Moral; reinserindo a Moral no ordenamento jurídico através dos princípios e em razão disso é considerado o precursor do pós-positivismo.

Por sua vez, em 1940, Miguel Reale já elaborava a teoria tridimensional dinâmica do Direito, expondo que o Direito não é só fato, ou só norma ou só valor, o conceito adequado à complexidade das relações humanas é o que engloba os três elementos e os relacionam dinamicamente; nessa conformidade, a moralidade (no elemento valor) também é reinserida na estrutura do Direito, de forma que não seria possível, por exemplo, a aplicação de uma lei que ferisse a dignidade humana, visto que apesar de ser norma, tal norma não teria valor.

Ou seja, o tridimensionalismo jurídico de Reale, em sua versão ainda incipiente, publicado em 1940, supera os dogmas do positivismo e propõe a inserção dos valores na estrutura do Direito, razão pela qual este pensador ultrapassa o reducionismo positivista antes mesmo da primeira teoria pós-positivista (oficial) ter sido escrita.

Uma vez que o tridimensionalismo jurídico dinâmico admite a penetração do elemento axiológico (valores) na compreensão do direito, isso possibilitou a criação do berço do pós-positivismo: a reinserção da moral no ordenamento através dos princípios jurídicos, evoluindo também para outros critérios de interpretação pós-positivistas, como, por exemplo, o da aplicação de normas-princípios, da ponderação de valores, e o do reconhecimento de direitos fundamentais, tais como o da dignidade humana. Assim, é possível entender as ideias de Reale, especialmente no Brasil, como uma ponte entre os modelos positivistas e pós-positivistas.

Referências:

AGUIAR, Roger Silva. **O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro**. In: MELLO, Cleyson M. Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**

contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo. 2007, Ano 23. p. 20-49.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Revista Eletrônica Doxa**, Alicante, 1998, nº 21, vol. I, p. 209 – 220. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>. Acesso em 05 de dez. 2021.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-positivismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília. Janeiro-Março/2011. Ano 48. Nº 189, p. 105-131. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/ril_v48_n189.pdf. Acesso em: 27 de jan. 2022.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Filosofia do Direito no Brasil e o Papel de Miguel Reale**. In: História do Direito Brasileiro. Leituras da Ordem Jurídica Nacional. Org.: BITTAR, Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

GOMES, Sérgio Alves Gomes. **Hermenêutica Constitucional. Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

GOMES, Sergio Alves. **A Teoria Tridimensional do Direito Segundo Miguel Reale: Por um Humanismo Jurídico Comprometido com a Justiça**. In: ANDRESSA Junior, Gilberto; AMARAL, Leticia Mary Fernandes do. *Novos Rumos do Direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

MINELLI, Daiane Schwabe; GOMES, Sérgio Alves. A desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo. **Revista do Direito Público**, Londrina, 2019, p. 151-167, v. 14.

NIETZSCHE, Friedrich. **A genealogia da moral**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In.*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.