

KELSEN E REALE: REFLEXÕES SOBRE A TEORIA PURA DO DIREITO E A TRIDIMENSIONALIDADE ESPECÍFICA**

KELSEN AND REALE: REFLECTIONS ABOUT THE PURE THEORY OF LAW AND THE SPECIFIC THREE-DIMENSIONALITY

RESUMO

O presente texto tem por objeto de estudo a contraposição das Teorias de Kelsen e Reale, sob uma perspectiva criticista do segundo em relação ao primeiro. Importa para as Ciências Jurídicas que se debata acerca da visão desses dois filósofos, visto ambos os posicionamentos terem adquirido dimensões internacionais, revelando a necessidade da especulação filosófica ao Direito. Num primeiro momento apresenta-se a Teoria Pura do Direito de Kelsen e, num segundo momento fala-se no posicionamento de Reale e a sua Teoria Tridimensional Específica do Direito contraposta à tese de Kelsen.

Palavras-Chave: Kelsen. Reale. Teoria pura. Tridimensionalidade.

ABSTRACT

This text has the object of study the contrast of Kelsen and Reale theories, under a critical perspective of the second about first. Matter the studies of Law that discuss about the vision of these two philosophers, since both positions have acquired international dimensions, revealing the need for philosophical speculation to the Law. In the first moment, presents the Pure Theory of Law of Kelsen and, subsequently this article presents the positioning of Reale and his three-dimensional specific Theory of Law in opposed to Kelsen's thesis.

Keywords: Kelsen. Reale. Pure Theory. Three-dimensionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto de estudo o cotejo entre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, sob uma perspectiva criticista do filósofo brasileiro em relação ao filósofo austríaco. Sob esse aspecto, trata-se de uma análise de pontos que Reale se contrapõe a

* Indalécio Robson Paulo Pereira Alves da Rocha, acadêmico da 6ª fase do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville – indalecio.rocha@catolicasc.org.br.

* Itamar Luiz Gelain, orientador do presente artigo, doutorando em Filosofia na UFSC e professor no Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville – itamar.gelain@catolicasc.org.br.

Kelsen, tendo em pauta uma discussão estreitamente epistemológica acerca do Direito.

O pensamento kelseniano constituiu forte base para o conhecimento jurídico durante o século XX, sendo reconhecido como um dos juristas de maior relevância até a atualidade. Sua Teoria, muitas vezes interpretada erroneamente, proporcionou aos autores do Direito, subsídios à tentativa de formulação de uma Ciência do Direito. Considerada em função, basicamente, da Norma Fundamental (*Grundnorm*), Kelsen tentou proporcionar ao Direito e ao pensamento jurídico a cientificidade do conhecimento positivista, resultando na Teoria Pura do Direito. Imbuído de preocupação com os aspectos históricos qual vivenciava em sua época, negou o sincretismo metodológico, visando purificar o Direito. Para Kelsen então, a Ciência do Direito tem como objeto de estudo a Norma, desconsiderando seus aspectos ideológicos e atendo-se ao âmbito estrito do dever ser.

Por sua vez, Reale, filósofo brasileiro de renome internacional, reconhecido pela elaboração da Teoria Tridimensional Específica do Direito e que, em âmbito nacional foi apelidado como o pai do atual Código Civil, decidiu contrapor-se ao jurista normativista. Nesse aspecto, suas indagações se deram numa ordem de considerar o Direito sob um aspecto integral, relacionando a norma, o fato e o valor sob o prisma do mundo da vida, ou o *lebenswelt*, termo heideggeriano que dá a Teoria de Reale sua sustentação axiológica.

Refutando a rigidez da Teoria Pura do Direito, Reale reconhece a importância de Kelsen, principalmente no que diz respeito ao papel desempenhado pelas suas colaborações ao desenvolvimento da Ciência do Direito, mais especificamente no campo normativo. Entretanto, Reale observa que no pensamento de Kelsen não existe um movimento dialético complementar ou de polaridades inerente aos campos do ser e do dever ser. Dessa forma, Reale percebe existir em Kelsen tão somente uma tricotomia implícita, qual fora sendo adquirida pelo filósofo durante sua experiência de vida.

Desse modo, num primeiro momento, explana-se a Teoria Pura do Direito, apresentando seus principais aspectos. Num segundo momento, apresenta-

se o pensamento de Reale. Inicialmente, se traçam alguns aspectos que Reale considera pertinentes em relação tanto à Teoria de Kelsen quanto à sua formação acadêmica, estruturação de pensamento e experiência de vida. Em continuidade, demonstra-se a flexibilização que o autor austríaco cedeu ao seu pensamento com o passar do tempo, resultando numa relativa aceitação de outros aspectos do Direito que não somente o normativo. Por fim, mostra-se a diferenciação entre a Tridimensionalidade Específica do Direito, promulgada por Reale, e a tricotomia implícita no pensamento de Kelsen, qual fora observada pelo autor brasileiro.

Substancialmente, o que se propõe é uma reflexão sobre autor brasileiro que deu vozes à filosofia nacional em âmbito internacional, contraposta, de maneira muito contundente, a um dos maiores juristas do Direito, o qual influenciou determinantemente a literatura jurídica.

1 KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO

Inicialmente, cabe ressaltar que Kelsen, ao elaborar sua tese, estava preocupado com duas questões: uma epistemológica e outra dogmática. Epistemológica no sentido de engajar-se na proposta de um objeto da Ciência do Direito, isto é, em criar postulados científicos gerais desse modelo de conhecimento. Dogmática no sentido de engajar-se no desenvolvimento de normas metodológicas adequadas à produção do saber dogmático do Direito (WARAT, 1996).

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo, que na medida em que não se aplica especificamente a nenhuma ordem jurídica, apresenta seu caráter científico, abstrato e geral. Não se pode confundir essa proposta com a que se desenvolve com uma mera interpretação de normas jurídicas nacionais ou internacionais, como assevera Kelsen. A essência é a busca de uma Teoria Geral do Direito que tenha em seu bojo a dissonância com a Política Jurídica. A interpretação que é proposta pela Teoria Pura do Direito é a da Norma (KELSEN, 1998). Apesar de o autor não se referir a Norma em sua obra com nome próprio, utiliza-se aqui dessa forma para ilustrar que a Teoria Pura do Direito procura objetivar não é a simples lei, como muitos pensam.

A Ciência do Direito, como teoria, se preocupa em tentar conhecer o seu objeto. Conforme o próprio Kelsen (1998, p. 1) apresenta, ela tenta responder às questões: “o que é e como é o Direito?”. Não se importa em vislumbrar figuras ideais sobre Direito, bem como não se preocupa com relativismos como a justiça, por exemplo. A Teoria Pura do Direito promove a Ciência do Direito e não a Política Jurídica.

Quando se indica no nome da Teoria o adjetivo puro, significa que Kelsen quer retirar toda a questão que não seja exclusiva e estritamente jurídica da teoria e delinear o objeto da ciência do Direito. Kelsen (1998, p.1) afirma: “quer isso dizer que ela (a Teoria Pura do Direito) pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu principio metodológico fundamental” (grifo meu).

Esse postulado surge principalmente em função dos eventos históricos ocorridos durante a primeira metade do século XX, quando a ciência jurídica tradicional estava longe de propor algo do tipo. A ciência dessa época acabou por confundir a psicologia e a sociologia com jurisprudência (questão factual) e a ética com a teoria política (questão valorativa) (KELSEN, 1998).

Nesse sentido, Kelsen entendendo essa confusão negativa ao Direito, propõe delimitar o objeto de estudo da Ciência do Direito em face destas disciplinas. Nega assim o sincretismo metodológico, sendo também essa negação denominada por alguns autores de corte axiológico (SANTOS 2014). Importante ressaltar que esse sincretismo metodológico é nada mais que a possibilidade de obscuridades e ressonâncias que o Direito pode sofrer por ideologias. Isso porque esses ramos do conhecimento se referem a objetos estreitamente parecidos com o da Ciência do Direito. Dessa forma, corrobora Kelsen (1998, p.2) já nas primeiras páginas de sua obra:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

Percebe-se que há uma preocupação com as ressonâncias ideológicas que as demais áreas do conhecimento podem acarretar para a Ciência do Direito e, dessa forma, Kelsen pretende isolar uma esfera do Direito como sendo a realidade do Cientista Jurídico (que cuidará de estudar a Norma). Importante ainda salientar que, conforme muito bem explícito pelo próprio Kelsen, ele não ignora as conexões que o Direito possui com áreas as quais julga apartada da Ciência Jurídica, mas, foge do sincretismo metodológico, que no seu dizer “obscurece a essência da ciência jurídica” (KELSEN, p.1). Percebe-se que há grande preocupação com a segurança jurídica, pois esse campo de objetividade que Kelsen pretende lançar sobre o Direito é uma resposta às ideologias políticas (correntes de pensamento jusnaturalistas, metafísicas, etc.) vivenciadas em seu tempo.¹

Ao passo que desenvolve sua tese, delimita o objeto de estudo da Ciência do Direito, questionando se o Direito está dentre as Ciências da Natureza ou as Ciências Sociais. Em certa medida, a própria sociedade pode ser considerada inserida numa natureza pelo simples fato que os homens se relacionam nela. Não se relacionam de qualquer forma, mas sim, por atos, que se constituem de dois elementos: “o primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana”, e “o segundo, a sua significação jurídica” (KELSEN, 1998, p.2).

Dessa forma é que se tem um sentido subjetivo e um sentido objetivo do ato. Subjetivo à medida que expressa uma conduta, mas não expressa uma significação jurídica e, objetivo à medida que expressa uma juridicidade. Os atos não podem ser apreendidos por qualidades físico-químicas, como a cor, a dureza, o peso, mas são entendíveis na proporção que podem ser compreendidos por si mesmos. São considerados atuando racionalmente, conectando um sentido que exprime um entendimento nas pessoas. Este sentido subjetivo do ato, aquele que propriamente não possui uma significação jurídica, pode coincidir com o sentido objetivo que o ato

¹ Conforme afirma Warat (1981, p. 5): “ninguém duvida que Kelsen investiu contra a metafísica, mas a sua luta foi parcial. Combateu o jusnaturalismo em nome da objetividade. Poder-se-ia, assim, dizer que Kelsen rebelou-se contra os efeitos da metafísica sobre a ciência, mas não sobre os indivíduos”.

tem dentro da Ciência do Direito (não tendo que necessariamente ser assim). Diz-se então, que um ato subjetivo é um ato qualquer, que será entendido por alguém.

A dimensão objetiva desse ato é a sua possibilidade de se encaixar dentro da perspectiva jurídica ou não, sendo válido tanto para atos proibidos, obrigatórios ou permitidos. Muitas vezes um ato que afirma um juízo, pode não estar ligado objetivamente a uma perspectiva jurídica e, por sua vez, um ato que nega um juízo pode incorrer igualmente. Nesse contexto, o próprio Kelsen (1998, p. 3) apresenta alguns exemplos:

Se alguém dispõe por escrito do seu patrimônio para depois da morte, o sentido subjetivo deste ato é o de um testamento. Objetivamente, porém, do ponto de vista do Direito, não o é, por deficiência de forma. Se uma organização secreta, com o intuito de libertar a pátria de indivíduos nocivos, condena à morte um deles, considerado um traidor, e manda executar por filiado aquilo que subjetivamente considera e designa como uma sentença de condenação à morte, objetivamente, em face do Direito, não estamos perante a execução de uma sentença, mas perante um homicídio, se bem que o fato exterior não se distinga em nada da execução de uma sentença de morte.

Cabe salientar que um ato em sua essência, seja ele falado ou escrito, pode conter sua significação jurídica (auto-explicação). Isso é uma particularidade do material oferecido ao conhecimento jurídico. Essa auto-explicação é nada mais, nada menos que a possibilidade de o próprio objeto do cientista do Direito apresentar sua explicação jurídica. Para ficar mais claro: uma planta ou uma pedra não podem “falar” para o botânico ou o geólogo responsável pela sua pesquisa, que são dotadas de determinadas constituições químicas ou físicas. Entretanto, um ato de conduta humana pode muito bem o fazer, levando consigo uma auto-explicação jurídica.

Sob esse prisma, Kelsen (1998, p.3) apresenta alguns exemplos: “Os indivíduos reunidos num parlamento podem expressamente declarar que votam uma lei. Uma pessoa pode expressamente designar como testamento a sua disposição de última vontade. Duas pessoas podem declarar que concluem um negócio jurídico”. Assim afirma que o conhecimento que a Ciência do Direito se ocupa está contido no próprio material, sendo acessível pela auto-explicação.

Kelsen deixa claro que o objetivo de seu empenho é desenvolver uma nova metodologia para o Direito. Dar uma face menos obscura e independente de ideologias, negando o sincretismo metodológico, fazendo um verdadeiro corte axiológico. Assim sendo, esclarece que o conhecimento que se ocupa o Direito é o da Norma jurídica (lembrando que existem diferenças entre as normas éticas, religiosas, morais com relação às jurídicas). Nesse viés é que se propõem um conhecimento do Direito Positivo Normativista.

A Norma é o que dá sentido ao ato jurídico (lícito ou ilícito). O ato jurídico ocorre num dado fato externo (social) que inicialmente, tem uma significação própria e pode ser observado pelos sentidos, pois é perceptível no tempo e no espaço. Sendo o ato, um fato externo, dessa forma, só ganhará força jurídica pautando-se numa perspectiva do dever ser (que é o essencial da Norma). Caso não seja olhado sob uma perspectiva jurídica, o fato pode ser considerado sobre outras perspectivas e por isso mesmo não é sua factualidade que o transforma em fato jurídico, mas sim o sentido que a Norma lhe confere. Nesse sentido é que se dá a interpretação normativa do fato jurídico.

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação (KELSEN, p.3).

Cabe então diferenciar ato jurídico de fato jurídico. O ato de conduta humana conforme já apontado, pode constituir um ato jurídico e essa significação jurídica é gerada por uma interpretação específica, a saber, aquele visto sob a perspectiva normativa. O ato de conduta é derivado das relações humanas e o ato jurídico é a significação jurídica que o ato recebe.

Quanto ao fato, existe uma interpretação causal (no espaço e o tempo) por detrás de seu sentido, como já fora apontado anteriormente. A causalidade é que identifica o fato externo e basicamente o diferencia do ato jurídico, que não pode ser compreendido por aspectos físicos e químicos como a dureza e a cor, mas sim pela interpretação e compreensão. O ato jurídico dá sentido jurídico ao fato externo

através de uma interpretação normativa, pois a interpretação causal consegue visualizar o fato externo, mas não consegue dar sua significação jurídica.

Trata-se de uma verdadeira operação mental e a isso pode ser chamado de normativismo lógico mental. Kelsen (1998, p.3) apresenta o seguinte exemplo dessa operação, sendo o primeiro com relação ao Direito Penal e o segundo com relação ao Direito Civil:

O que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. Que a supramencionada troca de cartas juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fática cair sob a alçada de certos preceitos do código civil.

A Norma para Kelsen é o ponto de partida para a operação lógico mental, além de ser o objeto científico do jurista. Diferentemente do conhecimento das ciências exatas como a física e a química, o objeto da Teoria Pura contém em si mesmo sua auto-explicação. Por sua vez, Kelsen explora o objeto da ciência jurídica e sua peculiaridade de auto-explicação com juízos de valores. Atenta-se desde já que se trata de um juízo de valor de interpretação, sim, mas um juiz-positivo visto nascer de uma interpretação de confronto do ato ou fato com o regime positivista vigente. Frisa-se importante atentar-se ao termo **valor positivo**.

Esse tipo de verificação para Kelsen é o juízo pelo qual se afirma que determinada conduta está em conformidade com a Norma. Propõe-se nesse contexto que seja do dever ser para o ser (dever ser - ser). Isso porque o juízo de valor avalia se a conduta está de acordo com a Norma, ou não. Se estiver, é um juízo valorativo positivo e positivista. Se não estiver, é um juízo valorativo negativo e também positivista. Como afirma o próprio autor: "O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo" (KELSEN, 1998, p. 12).

Dai dizer então que, se a conduta (ato jurídico) estiver de acordo com a norma jurídica, ela será "boa". Se não estiver, será "má". A Norma nesse sentido

atua como um juízo de valor (positivo), sendo que se a conduta corresponder à prescrição normativa válida (vigente) será justa e valiosa. Contudo, se determinada conduta não corresponder ao dever ser (ou ao ordenamento vigente), prescrito pela Norma, esta será injusta, não valiosa (OLIVA, 2011). Dessa maneira “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real” (KELSEN, 1998, p.12). Para Kelsen, a dimensão subjetiva dos valores deve ser apartada dos juízos de valores positivos, pois são esses que formatam o conhecimento jurídico produzido pela operação mental lógica. Dessa maneira é que afirma:

Devemos distinguir do valor constituído através de uma norma considerada objetivamente válida o valor que consiste, não na relação com uma tal norma, mas na relação de um objeto com o desejo ou a vontade de um ou de vários indivíduos a tal objeto dirigida (KELSEN, 1998, p.14).

Talvez, seja nesse sentido que se propõe a pureza do Direito em relação às ideologias, nessa diferenciação entre valor objetivo normativo (abstrato) e valor subjetivo de desejo (volitivo). Próximo a esse entendimento é que Losano (1998, p. 10, apud KELSEN, 1998) discorre no texto de introdução ao livro, **O Problema da Justiça** de Kelsen, que “o problema da pureza metodológica é reflexo direto da posição assumida por Kelsen na discussão sobre ausência de juízos de valor nas ciências sociais [...]”. Segundo o mesmo autor citado,² em consequência do caráter normatista e científico-objetivo dado por uma questão de validade das normas escalonadas, a teoria se torna avalorativa:

Partindo desses axiomas, a teoria geral do direito proposta por Kelsen exclui toda consideração acerca do valor [...] por não ser cognoscível

² Segundo Losano (2014, p. 31- 32): “Por questão de brevidade, enuncio alguns axiomas sobre a doutrina pura do direito que considero partilhados pela maioria da comunidade científica. Em primeiro lugar, no contexto das teorias da ciência, a doutrina pura do direito se localiza entre as doutrinas avalorativas, ou seja, as teorias que se propõem a descrever o próprio objeto e não a lhe atribuir um entendimento tido por melhor que outros, propondo-se a fazer ciência e não se apresentando como uma filosofia, um credo, uma ética. [...] Em segundo lugar, no contexto das teorias gerais do direito, a doutrina pura se enquadra entre as doutrinas normatistas e, em particular, legalistas, ou seja, entre as teorias gerais considerando como próprio objeto somente o direito positivamente existente [...] Em terceiro lugar, a visão puramente formal do direito leva Kelsen a excluir toda consideração de conteúdo do estudo científico do direito: sua pirâmide normativa é constituída por proposições prescritivas coligadas entre si apenas por delegação de validade e por proposições descritivas coligadas entre si apenas por regras da lógica”.

cientificamente, por não ser estatuído pelo poder legislativo estatal e por ser objeto de adesão irracional, ou seja, fideística (LOSANO, 2014, p. 32).

Ao escrever sobre fideística, Losano (2014) faz referência direta a uma peculiaridade em Kelsen. Para este, a Ciência do Direito é racional na estreita medida que desconsidera os valores absolutos, ou seja, conhecimentos com base, em última instância, na crença. Valores são relativizados por Kelsen e por isso não podem concorrer com a cientificidade jurídica, pois a segurança jurídica-positivista não pode se basear em questões de fé e crença, que abrem amplo espaço para ideologias. Kelsen quer dar a entender com essa diferenciação é que o valor objetivo da Norma deve prevalecer em um sistema jurídico sobre o valor subjetivo humano, asseverando a segurança jurídica e refutando ideologias.

Seguindo o mesmo raciocínio, chega-se a concepção em que Kelsen praticamente dá sentido à sua Teoria. Para ele, o valor máximo objetivo é a Norma Fundamental ou *Grundnorm*. Essa norma fundamental ou o topo da famosa pirâmide kelseniana é o último juízo de valor objetivo e dele que deve ser feita a derivação das demais normas (ou sub-normas). Importante citar o seguinte trecho qual Kelsen (1998, p. 14) descreve:

Os juízos de valor segundo os quais uma conduta real corresponde a uma norma considerada objetivamente válida e, neste sentido, é boa, isto é, valiosa, ou contrária tal norma e, neste sentido, é má, isto é, desvaliosa, devem ser distinguidos dos juízos de realidade que, sem referência a uma norma considerada objetivamente válida - o que, em última análise, quer dizer: sem referência a uma norma fundamental pressuposta - enunciam que algo é ou como algo é.

A Norma Fundamental Pressuposta é o fundamento de validade das normas jurídicas. Ela não é sequer estatuída através de um ato de vontade legiferante, mas “pressuposta pelo pensamento jurídico” (KELSEN, 1998, p. 16). As normas jurídicas são revestidas de um sentido objetivo de dever ser, baseando-se de forma escalonada em outras normas válidas e não na vontade psíquico-subjetiva de quem as editou.

No caso de uma vontade psíquico-subjetiva, o dever ser ficaria revestido na volitividade do indivíduo, tratando-se assim não de objetividade, mas sim de subjetividade. Não existe nenhuma outra Norma jurídica positiva superior à Constituição, mas tão somente “a Norma Fundamental, um tipo de norma jurídica pensada [...] que serve apenas para “fechar” o sistema, evitando assim a recorrência infinita [...] da pergunta acerca do fundamento de validade das normas jurídicas” (MATOS, 2007).

Kelsen aponta a existência de uma interligação de normas prescritivas e normas sancionadoras. Nota-se isso quando uma norma prescreve determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção no caso de não observância da primeira. Essa sanção é o poder imperativo do Direito. A norma que não possui uma sanção e somente prescreve uma conduta proibida, obrigatória ou permitida, está intimamente ligada à norma sancionadora. A que somente prescreve uma conduta não é uma norma autônoma, pois sua validade depende da sanção da norma que pressupõe o ato coativo estatal. Importante salientar essa diferenciação, pois é nesse quesito que se fará uma das principais diferenciações entre as normas jurídicas e as demais normas culturais, como as éticas, religiosas e morais.

Por mais que nem todas as normas de uma ordem jurídica sejam imperativas, em geral, os ordenamentos jurídicos podem ser caracterizados como ordem de coação (imperativos), dotados tanto de normas não-autônomas (secundárias) quanto autônomas (primárias). Essas normas podem conter uma prescrição de conduta, podem conferir competência legislativa, podem ser permissivas, mas, só terão validade em ligação com uma norma que estatui um ato de coerção. Entende-se coerção não como uma prescrição de conduta, mesmo porque nem todas as normas coercitivas necessariamente prescrevem uma conduta determinada, mas salienta-se que necessariamente a coerção terá que ser em forma de sanção, isto é, uma reação contra uma determinada conduta humana em desacordo com a ordem jurídica vigente. Desta forma, nos dizeres de Kelsen:

Por isso o Direito, ainda por esta razão, não tem caráter exclusivamente prescritivo ou imperativista. Visto que uma ordem jurídica é uma ordem de coação no sentido que acaba de ser definido, pode ela ser descrita em proposições enunciando que, sob

pressupostos determinados (determinados pela ordem jurídica), devem ser aplicados certos atos de coerção (determinados igualmente pela ordem jurídica). Todo o material dado nas normas de uma ordem jurídica se enquadra neste esquema de proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, proposição esta que se deverá distinguir da norma jurídica posta pela autoridade estadual (1998, p. 41).

Por esse motivo, a Teoria Pura do Direito entende que as normas jurídicas se diferenciam das demais normas (éticas, religiosas, morais etc.) não pelo fato de serem coercitivas, pois estas em certa medida também o são. O que diferenciará é a aplicabilidade externa, coercitivamente estatal, pressuposta em um ordenamento jurídico na forma de uma sanção. Para Kelsen, a Teoria Pura do Direito se ocupa da Norma Jurídica. Por sua vez, a Norma jurídica pressupõe o caráter coercitivo ou coativo. Então, o objeto da Ciência Jurídica é a Norma, essencialmente coercitiva estatal. Conforme Kelsen (1998, p. 50): “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica”. A conduta humana só é considerada juridicamente na medida em que é pressuposta pela Norma jurídica, sendo que a Ciência do Direito não deve se ocupar com condutas humanas ideológicas.

Seguindo o raciocínio é que se diferencia a Teoria Jurídica Estática da Dinâmica. Segundo Kelsen (1998, p. 50): “A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento”.

Determinado o Direito como norma, tendo-se um aspecto estático e dinâmico, cabe distinguir o Direito sob a perspectiva da ciência causal e ciência normativa. Somente dessa forma que se poderá alcançar “um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural” (KELSEN, 1998, p. 54). Como se sabe, a natureza é regida por leis causais. Essas são consideradas como normativas da natureza ao passo que se pressupõe a causalidade de eventos sucessivos naturais. Esse ponto é que diferenciará o Direito

de uma ciência natural, pois a Ciência do Direito é uma ciência normativa (e social) que se pauta no princípio da imputação.

Se na causalidade, A é, B será, na imputabilidade A é, B deverá ser. Dessa forma se diferencia a lei natural da lei normativa. Se as Ciências Naturais se permitem pressupor o princípio da causalidade, a ciência do Direito se permite pressupor o princípio da imputabilidade. Segundo Kelsen (1998, p. 63):

O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser. Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta remeto para a lei já referida que descreve a ação do calor sobre os metais.

Afirmar que a Ciência do Direito lida com o princípio da imputabilidade é afirmar a problemática da liberdade. Kelsen (1998, p. 65) questiona: “A questão moral ou jurídica da imputação põe-se assim: quem é responsável pela conduta em apreço? E esta questão significa: quem deve por ela ser premiado, fazer penitência ou ser punido?”. A problemática não pode ser refletida de maneira simples, por isso não ganha grande forma nesse breve texto, mas, segundo Kelsen (1998), o homem só é livre porque é imputável.

Não é a liberdade, isto é, a não causalidade da vontade (ou indeterminação), mas, ao contrário, a determinação causal da vontade que torna possível a imputação. O homem é determinado a ser livre e isso é a causa da sua vontade. O ser humano não é imputável pela condição de ser livre, mas é livre porque é imputável (ao contrário, seria libertinagem). Nesse estreito sentido imputação e liberdade estão essencialmente juntas e não se excluem. Isso porque é na medida das escolhas livres que o homem, dependendo por qual optar, poderá ou não receber medidas da imputabilidade. Então, essa possibilidade de imputação dá a essencialidade de liberdade humana, seja num campo moral ou jurídico. O homem é livre porque sua conduta é um ponto final de imputação, embora seja causalmente determinada (KELSEN, 1998).

2 A CRÍTICA DE REALE A KELSEN

Reale foi o filósofo que desenvolveu a Teoria Tridimensional Específica do Direito, determinando a essa tese a particularidade da **dialética da implicação ou complementaridade**, que é própria do mundo da vida, ou, conforme o termo husserliano, do *lebenswelt* (REALE, 1994).³ A própria tese de Reale nesse sentido específico que é concebida, é uma contestação direta à Teoria Pura do Direito, de Kelsen. Para ele, o Direito é composto pelas dimensões do fato, do valor e da norma em constante implicação/polaridade entre os âmbitos do ser e do dever ser, refutando a simples individualização didático-tricotômica dessas dimensões.

Em homenagem prestada a Reale pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 1992, o filósofo apresentou a seguinte indagação pessoal ao público, questão essa que era da época de sua juventude: “no fundo dessa divisão pedagógica (tricotomia do Direito), 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?” (grifo nosso) (REALE, 1994, p.118).

Segundo Reale, esse questionamento epistemológico surgiu nos bancos acadêmicos de onde cursou Direito e que provocara seu subconsciente durante longo tempo. Então, em 1934, na publicação do seu primeiro livro, **O Estado Moderno**, surgiu o início do pensamento da futura Teoria Tridimensional do Direito. Foi então em 1940 (seis anos depois) que assumiu a necessidade de se contrapor a forma como tinha sido concebido o Direito pela Teoria Pura de Kelsen, confundindo-o com a Norma (e tão somente esse aspecto).

Com base nessa inquietude juvenil, Reale fez o seguinte discurso naquela mesma fala pública:

Então tive a ousadia de me contrapor ao maior jurista do nosso século, que é sem dúvida Hans Kelsen, a tal ponto que costume dizer que ele representa o meridiano de Greenwich da Jurisprudência. Ocupa-se

³ O mundo da vida ou o *Lebenswelt*: “[...] o mundo histórico-cultural concreto, sedimentado intersubjetivamente em usos e costumes, saberes e valores, entre os quais se encontra a imagem do mundo elaborada pelas ciências. O *Lebenswelt* é o âmbito de nossas originárias formações de sentido, do qual nascem as ciências. Para Husserl, o mundo da vida é um a priori dado com a subjetividade transcendental. O erro do objetivismo foi esquecê-lo ou desvalorizá-lo como subjetivo” (HUSSERL, p. 31-32, 2002).

uma posição no espaço jurídico conforme se está mais perto ou mais longe de Kelsen. Isto se deu em minha tese de concurso à cátedra de Filosofia do Direito, intitulada *Fundamentos do Direito*.

A primeira questão crítica levantada por Reale nessa perspectiva é a de uma rigidez lógico-formal muito grande por parte do jurista austríaco, correspondendo assim, a um relativismo filosófico fundamental irreal. Esse relativismo o qual Reale faz menção é exposto na obra **O Problema da Justiça** de Kelsen, qual afirma não haver um valor absoluto e que, a justiça tendo esse caráter, é relativa.⁴ Dessa forma Reale (1999, p. 457) nota que esse entendimento demonstra “certa incompreensão dos valores da existência concreta, apresentando a sua teoria, rigorosamente travada, um caráter de abstração ou de a-historicidade, que parece ter sido sentida pelo próprio autor na fase mais recente de suas pesquisas fecundas”.

Kelsen trilha seu pensamento num sentido de “determinar melhor a natureza lógica da norma jurídica”. Nesse sentido, sua genialidade fora grande, pois na Ciência Tradicional do Direito, referir-se a norma de Direito era quase sinônimo de legitimação de alguma perspectiva ideológica. Desde o século XIX essas perspectivas vieram dando abertura a insegurança jurídica que fora sentida especialmente durante o século XX. Pensava-se num Direito baseado muito mais numa imposição de poder, numa forma de comando estipulado segundo ideologias. Considera Reale (1999, p. 458):

Quando antes se falava em norma de Direito, pensava-se logo na lei elaborada pelo Estado ou em uma regra posta pela jurisdição e o costume, conforme se pensasse em termos de tradição romanística ou de Direito anglo-americano: em ambos os casos, prevalecia o sentido de uma ordem ou de um comando, mais do que seu significado de “juízo de valor”.

⁴ Justiça: “De fato, muitas e muitas normas de justiça, muito diversas e em parte contraditórias entre si, são pressupostas como válidas. Um tratamento científico do problema da justiça deve partir destas normas de justiça e por conseguinte das representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente se fazem e fizeram daquilo que eles chamam “justo”, que eles designam como justiça. A sua tarefa é analisar objetivamente as diversas normas que os homens consideram válidas quando valoram algo como “justo”. Como ciência, não tem que decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humano, mas descrever aquilo que de fato é valorado como justo, se identificar a si própria com um destes juízos de valor. Pode tentar determinar nas diferentes normas de justiça um elemento comum para assim chegar a um conceito geral de justiça. Este, porém, será [...] pelo que, neste aspecto, se revela completamente vazia de conteúdo” (KELSEN, 1998, p. 16).

Importante lembrar que Kelsen ao elaborar sua tese, fundamenta a Norma jurídica como uma entidade lógico-hipotética, sendo essa entidade (a *Grundnorm*) capacitada para qualificar, constituir ou dar significado a experiência social (fato social). Essa significação dada pela Norma Fundamental é abrangente, alcançando desde as normas fundamentais das Constituições até os preceitos dos contratos e das sentenças. Trata-se de uma verdadeira escalonagem (termo usado por Kelsen) de normas a partir da Norma Fundamental.

Nesse mesmo entendimento acerca da Norma Fundamental é que se baseia a vigência do Direito. Esse aspecto é muito interessante na Teoria de Kelsen, pois considerando o Direito em sua validade, enquanto validade jurídica lógico-formal (vigência) dependente da validação dada pela Norma Fundamental, normas jurídicas não são coercitivas num sentido psicológico. Não se pensa em alguma força ou preceito que emana ordens por detrás das normas, mas sim enunciados lógicos, manifestados através de uma operação lógico-formal, no plano do dever ser (REALE, 1999).⁵ Importante também lembrar que Kelsen é um neokantiano, isto é, remete-se a filosofia kantiana aplicando-a ao campo da Ciência Jurídica. Sob certa perspectiva sua obra é uma continuação da Escola Técnico-Jurídica aplicada à Teoria Geral do Estado e, numa outra perspectiva sofreu influência da escola de Marburgo, que fora caracterizada por conceber a Filosofia apenas como crítica pura do conhecimento (REALE, 1999).

Tecer essas considerações iniciais é crucial, caso contrário se cai num entendimento vago da doutrina de Kelsen, que muitas vezes acaba sendo ligada tão somente a Escola de Viena. Conforme aponta Reale:

sem se lembrarem essas fontes inspiradoras, não se tem uma noção exata da doutrina kelseniana em seus primórdios, que erroneamente se quer ligar ao neopositivismo da Escola de Viena. Há duas Escolas

⁵ Segundo o normativista: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada. Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. [...] A ‘existência’ de uma norma positiva, a sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe” (KELSEN, 1998, p. 7).

de Viena: — uma, a dos neopositivistas, no campo da Filosofia científica; e outra, a de Kelsen, nos domínios do Direito. Já temos visto, muitas vezes, confusões sobre este ponto, embora se deva reconhecer que, em certas consequências, as duas correntes apresentam, máxime nos últimos anos, crescentes pontos de contato, assemelhando-se por sua tendência antimetafísica e pelo empirismo radical.

Kelsen, sendo um neokantiano ligado à Escola de Cohen, tem em princípio a distinção entre o campo do ser e do dever ser. Essa separação que faz, inicialmente é um tanto irreduzível. Entretanto, ao poucos essa posição em Kelsen vai desaparecendo e vai adquirindo relativa abertura a reflexões, principalmente pelo fato de conviver com a perspectiva jurídica Norte Americana, que se baseava na esfera do ser (Pragmatismo Sociológico ou Jurisprudência Sociológica).

Nessa esteira que Kelsen irá expor duas distintas ciências do Direito, pautadas na necessidade metodológica dos campos do ser e do dever-se. Haverá uma que se ocupará do campo do ser e outra que se ocupa do campo do dever ser, respectivamente, a Jurisprudência Sociológica e a Jurisprudência Normativa. Segundo Reale (1999, p. 460,): “Eis aí a primeira afirmação fundamental de Kelsen: Ciência Jurídica, segundo a Teoria Pura, é uma ciência do dever ser e, assim sendo, sua natureza é puramente normativa”.

A Jurisprudência Sociológica é um conhecimento da ordem do ser, questionando e indagando sobre as conexões que se operam entre os fatos ou comportamentos jurídicos (quando já imbuídos de uma significação jurídica). Por sua vez, a Ciência Jurídica é a que está na ordem do dever ser e se ocupa de descrever as normas que determinam as sanções toda vez que verificar um fato genericamente previsto no ordenamento (REALE, 1999).

Diretamente, normas jurídicas não impõe nenhum comando, pois a Norma é indicativa e de estrutura hipotética. Indicativa ao passo que se limita a indicar (tipificar) o fato condicionante a uma consequência hipotética (sanção), sem mesmo emitir qualquer juízo ideológico sobre essa conexão. Ela apenas ocorre. Dessa forma: “Se a lei natural diz: — se A é, B tem de ser, a lei jurídica declara: — se A é, B deve

ser, sendo que a cópula "deve ser" significa uma forma de conexão inconfundível com a do nexos entre causa e efeito" (REALE, 1999, p. 460).

Essa conexão inconfundível, nos dizeres de Kelsen, é a imputabilidade. Dessa forma é que pode se aplicar uma sanção a uma conduta que é contrária a ordem jurídica estabelecida. Em função disso uma pessoa pode ser imputável. Em suma, é por esse nexos de imputabilidade que o Direito estará no campo do dever ser. Se o princípio que regula o campo do ser é o da causalidade, o que regula o do dever ser é do a imputabilidade.

Quando ocorre a possibilidade de imputação de uma norma a uma conduta contrária a ordem jurídica, isso não se dá de maneira valorativa, considerando boa ou má, mas sim em virtude da vigência da norma. O agir (que está no campo do ser), não pertence ao campo estritamente jurídico, pois quando alguém age ou pratica certo ato, não o faz em virtude de uma força jurídica coercitiva.

Uma mãe não amamenta seu filho porque pode sofrer consequências jurídicas coercitivas pela sua conduta, mas sim porque isso se dá numa ordem de necessidade de alimentação de seu filho (REALE, 1999). Assim, "O Direito não se confunde [...] com o processo psíquico que determina a prática de um ato, nem tampouco se confunde com o conteúdo axiológico [...] que possa induzir o agente a fazer isto ou aquilo" (REALE, 1999, p. 462). Ao cientista jurídico cabe apenas a tarefa de analisar se ao fato ou conduta que se verifica, se atribui uma sanção, por uma simples questão de referência normativa, qualificando-os. Por isso chama-se de primária a norma que estabelece a sanção e secundária a que prescreve a conduta, sendo que a secundária tem dependência de existência em virtude da primeira (KELSEN, 1998).

Nesse ponto é que se identifica o caráter instrumental e técnico da doutrina de Kelsen, pois o que se analisa é tão somente a estrutura normativa e sua aplicabilidade sancionadora, evitando cogitações axiológicas. Se uma obrigação é cumprida em virtude de uma preocupação valorativa, isso não importa, mas se a obrigação não for cumprida, não é pelo fato de a conduta ser boa ou má moralmente

que se aplicará uma sanção, mas sim pelo fato de a conduta ir contra o ordenamento jurídico.

Essa característica, imbuída do princípio da imputabilidade é que põe a Teoria Pura do Direito no campo do dever ser, pois essa Teoria disciplina condutas humanas possíveis, cuja matéria não é jurídica. Nessa perspectiva do Direito, o *dever ser* é sempre uma sanção em virtude do não cumprimento de uma regra jurídica (REALE, 1999). Irreal é, segundo o tridimensionalismo específico, considerar tão somente esse aspecto para a realidade jurídica. Os aspectos social e axiológico estão em polaridade e são extremamente relevantes para integralidade e experiência jurídica, incluindo aí, evidentemente, o aspecto normativo.

2.1 Dialética da complementaridade

Em diversos momentos, Reale ao escrever sobre Kelsen faz uma reflexão no sentido de considerar o pensamento kelseniano inicial um tanto prematuro e o posterior, mais desenvolvido, tecendo cotejos entre eles. No que diz respeito à estática e dinâmica jurídica ocorre o mesmo.

Segundo Reale (1999), se num primeiro momento, Kelsen considerava o dever ser no campo da lógica pura, num segundo momento perderá esse caráter e se desenvolverá numa proposta de cunho metodológico funcional (contraposto à estrutural). Nesse sentido, a postura de Kelsen apresenta uma maior preocupação com a realidade social (pragmática) - para não dizer a realidade fática propriamente dita - do que puramente com a Norma. Isso, pois, com a convivência com a Jurisprudência Sociológica Norte Americana, a maturidade do pensamento de Kelsen vislumbrou a necessidade de rever conceitos e posições quais eram atinentes no início de sua teoria. Nesse sentido Kelsen inicia uma busca pela pureza da Norma, mas, com o passar do tempo se choca com uma necessidade dada numa ordem fática.

Isso implica diretamente na concepção kelseniana de ser e dever ser. Se ao iniciar a Teoria Pura do Direito, Kelsen propõe rígida divisão entre os campos, posteriormente essa rigidez sofrerá relativa flexibilização. Não é possível dizer que a

Teoria Pura do Direito passa a ser totalmente flexível a considerar os valores em extrema ascendência por considerar o aspecto social. Pode-se falar muito mais numa Teoria Pura do Direito menos rígida do que anteriormente, aberta a dimensão fática do Direito.

Nesse ponto é que se propõe uma das mais incisivas críticas de Reale que ganha base diretamente na Tridimensionalidade do Direito, consubstanciada na dialética da implicação, polaridade ou ainda, complementação. Essa dialética é diferente daquela proposta por Hegel e Marx, pois aqui não necessariamente se contrapõem antítese e tese vislumbrando uma síntese. Ao contrário, na dialética de implicação, as realidades do ser e do dever ser se implicam de tal modo que se complementam. Assim sendo,

Reale insere o conceito de dialética na relação entre fato, valor e norma, a partir do sentido da expressão “mundo da vida” (Lebenswelt), que exprime o complexo de noções, opiniões, regras, valores etc., ou seja, uma vida cultural em constante acontecer, o lugar de nossas originárias formações de sentido. O direito está, portanto, inserido nessa fervilhante experiência do mundo da vida. (OLIVEIRA; TROTA, p. 113, 2013).

Se Kelsen concebe uma separação forte entre ser e dever ser, Reale o contrapõe ao passo que consegue desvelar essa polarização de realidades, sendo a norma, o fato e o valor complementares uns aos outros. Importante salientar que não existe uma tricotomia metodológica na visão de Reale, visão esta que se apresenta em diversas outras doutrinas de esteira parecida. O seu diferencial é considerar as realidades jurídicas implicadas.⁶

⁶ Paralelamente ao pensamento de Reale, é interessante citar o seguinte trecho de um artigo do professor Warat (1995, p.1), que demonstra essa integralização de realidades, num cotejo entre ciência, arte e subjetividade: “Temos que falar do final de uma visão da história, determinista, homogênea, totalizante, e do surgimento crescente de um ponto de vista que sustenta a descontinuidade, a fragmentação, a falta de linearidade e a diferença. Junto com a necessidade dos encontros, a autonomia e a criatividade como dimensões operativas da construção das realidades em que vivemos. Outras metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade. Um espaço estético-criativo para as verdades e a experiência. As implicações sociais, políticas, ecológicas e subjetivas da transmodernidade ocupando o centro de qualquer discussão, sem ficar relegadas a saberes ou discursos particulares. A vida quotidiana e a vida teórica; as ações sociais políticas e poéticas, todas mutuamente implicadas por mudanças nos paradigmas éticos, estéticos, científicos e terapêuticos. Intensidades que se cruzam organizando espaços de trânsito livre entre as tradicionais distinções da ciência e arte, a objetividade e a subjetividade, o mundo da cientificidade e o da filosofia. Estamos, cada dia mais imersos em um

Sob esse prisma, quando um jurista se propõe a especular sobre questões e problemáticas do Direito, indaga acerca do fato e do valor, tendo como ponto de chegada a norma, e no mesmo sentido o sociólogo o fará, partindo da norma e do valor, tendo como ponto de chegada o fato. O filósofo, por sua vez, parte do fato e da norma, tendo como ponto de chegada o valor (REALE, 1994). Essa dialética que é própria do *lebenswelt*, conceito apropriado da filosofia husserliana, é que dá a entonação criticista de Reale à Kelsen e a objetividade da Teoria Pura do Direito.

O conceito de “mundo da vida” serve a Husserl para uma crítica radical das ciências, cuja idealização já é resultado de métodos de conhecimento fundados em nossa experiência imediata, tais como o espaço exato da geometria, o tempo exato da física ou ainda a causalidade exata. É claro que Husserl quer questionar as certezas ingênuas das ciências. Embora argumente apenas de maneira sistemática, sua teoria do mundo da vida, na perspectiva da história da ciência, prepara o solo, uma vez que a questão da gênese de certos paradigmas científicos só encontra solução histórica. Husserl chama a atenção para experiências pré-científicas não menos legítimas que a aceitação de modelos de conhecimento científico. A rigor, como instâncias de fundamentação última, tais experiências até são mais importantes (ZILLES, p. 220, 2007).

A Norma considerada por Kelsen, que é o objeto de estudo da Teoria Pura do Direito, representa a visão metodológica monista de sua tese. Mantém-se o jurista adverso a um entendimento que resultasse numa compreensão dialética da realidade jurídica, a qual implica a objetividade do dever ser abstendo-se da relação com o ser. Para ele, a atualização e renovação do Direito, que para Reale se dá nessa perspectiva dialética, acontece em virtude do poder. A dinâmica do Direito ocorre em função do poder estabelecido que emita o ponto de partida jurídico da conduta humana, ou seja, a ordem jurídica. A emissão do ponto de partida é o que Kelsen chamará de **ato de vontade**.

Com o passar do tempo, Kelsen foi dando abertura a uma diminuição da rigidez de sua teoria e assim sendo, delineou melhor as teorias da estática e da dinâmica jurídica. Na concepção kelseniana, o Direito só se realiza em virtude de um

período que começa a reclamar a convergência e novos traços de integração e dependência na organização dos sentidos e das realidades em que vivemos”.

ato de vontade, ou seja, através de um poder estabelecido que, pelo seu ato de vontade, formaliza normativamente a concepção jurídica e que vigera enquanto for dinamicamente atualizada.

Para não incorrerem equívocos, o filósofo normativista esclarece melhor a estática e dinâmica jurídica. Para ele a primeira será a parte da Teoria Pura do Direito que sistematizará e objetivará as normas determinantes de atos de conduta. A estática jurídica por sua vez, será correspondente aos atos de conduta humano determinados por normas (aspecto estruturalista). Ambas incorrendo num dever ser, a primeira **em abstrato** (objetivamente), e a segunda **em concreto** (subjetivamente).

Diminuindo a rigidez de sua teoria, Kelsen começa a apresentar relativa preocupação com a questão do fato no Direito. Influenciado pela Jurisprudência Sociológica, abrandando a questão de sua tese e a respectiva rigidez, começa a relacionar numa questão de necessidade, juízos normativos (dever ser) e a conduta social (ser). Nesse ponto Reale (1999, p. 472) corrobora:

Outra consequência dessa maior atenção dedicada às exigências fáticas é o crescente emprego de expressões como "Técnica social" ou "Técnica de organização coercitiva da conduta", para caracterizar o Direito, exacerbando os motivos tecnicistas ou instrumentalistas implícitos em sua antiga posição vienense.

Influenciado pelo *Common Law*, contraposta a sua formação no *Civil Law*, Kelsen começa dar preferências a questões que ocupavam menor importância em suas cogitações. Dessa forma, o filósofo faz importante distinção entre a Ciência do Direito e a Teoria Pura do Direito. A primeira tem como objeto de estudo a norma jurídica, ou seja, aquilo que **deve ser** enquanto prescrição normativa estatuída por uma autoridade (ato de vontade). A segunda estuda a proposição jurídica, que tem por finalidade descrever o **dever ser** da norma.

Mesmo propondo um melhor delineamento entre a dinâmica e a estática jurídica, refletindo numa distinção o que condiz a sua elaboração epistemológica, Kelsen não consegue conceber como Reale, uma dialética da complementaridade. Apenas demonstra um interesse meramente didático ou tricotômico (contraposto a tridimensional), qual se verá mais adiante.

Ao passo que Kelsen volta-se com maior preocupação a realidade fática do Direito, certas questões como, por exemplo, o poder enquanto condição de existência de normas particulares acaba também ganhando novas perspectivas. Agora, o poder passa a ser apreciado num sentido pragmático e empírico imprevisto, deixando de lado o plano estático e abstrato.

Ganha maior força sendo focalizado como um elemento essencial ao processo de criação do Direito, a tal modo que nem todo juízo de dever ser é norma. Entretanto, aquilo que é posto, no curso do processo legislativo, pelo ato de vontade de indivíduos investidos da qualidade de agentes da comunidade, como autoridades legais competentes, tem a legitimação do poder. Dessa forma, o jurista enuncia proposições jurídicas (regras de direito) ao passo que essa autoridade (pelo ato de vontade) é que estabelece normas de direito.

Ora, dizer que "as normas jurídicas como objeto da Ciência do Direito são função das autoridades jurídicas competentes ou, por outra, função da comunidade jurídica", e, desse modo, distingui-las das regras jurídicas graças tão-somente à sua referibilidade ao Poder, significa, ao que parece, que a Teoria Pura abandona a sua originária posição lógico-transcendental (REALE, 1999, p. 473).

Certo que Kelsen diminui sua posição contundente quanto ao Direito ser considerado somente em função de normas logicamente escalonadas, e começa a especular mais sobre sua aplicação prática. Dessa forma é Kelsen que começa a colocar paralelamente o fato ao lado da norma, revelando uma preocupação tanto fática quanto histórica. Entretanto, não concebe a dialética da polaridade, mesmo porque o fator axiológico não foi considerado tão intensamente quanto o normativo e, posteriormente, o fático.

2.2 Tridimensionalidade específica e genérica

Fora considerado no subtítulo anterior que Kelsen, com o passar do tempo, acabou por aliviar a postura rígida de sua tese, abrindo possibilidades à dimensão factual. Entretanto, como afirma Reale (1999, p. 474), "não há dúvida que o elemento axiológico ainda se conserva subentendido ou até mesmo absorvido pelo momento lógico normativo".

Nesse sentido, a literatura de Kelsen está imbuída de três perspectivas, sendo exaltada a dimensão normativa, mas não rejeitando totalmente a factual e a valorativa. Entretanto, adverte-se! Conforme já vem sendo explicitado no texto: trata-se de uma exposição tricotômica. Fala-se em exposição tricotômica, pois tem sentido tão somente de exposição didática, sendo muito importante ressaltar o termo “**tricotômico**”, pois esse está contraposta ao termo “tridimensional”, que é utilizado por Reale.

Além de exaltar a dimensão normativa e reconhecer a dimensão factual, Kelsen, implicitamente apresenta uma relativa observância da esfera valorativa em seus trabalhos, demonstrando, no olhar de Reale, que existe uma implícita tricotomia do Direito (norma, fato e valor). Evidentemente, a realidade axiológica não é intensamente considerada, visto a base de suas especulações fora refutar essa dimensão.

Se por um lado Kelsen refuta o sincretismo metodológico tentando se afastar de ideologias, afirmações metafísicas transcendentais e ou jusnaturalistas, por outro, se percebe que toda a sua sistematização obedece a um ponto de emanção do poder. Isso porque não há como conceber, na doutrina kelseniana, a Norma sem ser estabelecida por uma ideologia do poder, sem excluir a manutenção da dinâmica jurídica por esse mesmo poder.⁷ De tal maneira, “como se pode concluir, Norma Fundamental pressuposta pela Ciência do Direito é a condição de validade de todas as normas componentes da ordem jurídica, mas não de seus conteúdos” (COELHO, 2001, p. 16).

⁷ Muito importante não confundir essa afirmação feita aqui com a de que a Teoria Pura do Direito depende de uma ideologia. O presente texto não se refere à Teoria em si, mas sim a norma jurídica. Isso porque, em simples palavras, a norma jurídica é uma estrutura sem conteúdo, qual será preenchida por uma emanção do poder. Faz-se claro nas palavras de Reale: “Para Kelsen, tanto é Direito a norma constitucional como as regras particulares contidas em uma sentença. A vida jurídica é uma “Stufenbau”, isto é, uma construção escalonada, que vai desde a hierarquia das normas constitucionais até às simples convenções entre os indivíduos. Essas normas, no entanto, quer resultem do poder legislativo, de um golpe de Estado, ou de uma multiplicidade de atos de vontade, são válidas, porque inseridas na ordenação lógica de um sistema (“o Direito é a ordenação coercitiva da conduta humana” e “a técnica da ordem social”); elas significam somente que, dada determinada conduta, está previsto o advento de determinadas consequências, por um nexó lógico de imputabilidade, e que, seguindo-se a conduta contrária, evita-se a coação. A Teoria Pura independe, pois, da “ideologia do Poder” de que emana a norma.

Nesse sentido, poder-se-ia muito bem ser considerada a tese de Kelsen sob uma ótica de imposição do poder e foi o que aconteceu com as acusações que a doutrina de Kelsen erroneamente sofrera com relação aos regimes totalitários do século passado.⁸ Acontece que, se a postura da Teoria Pura do Direito é a-valorativa e anti-ideológica, destituída de conteúdo, por consequência, a sua estrutura formal estará pronta para ser dotada de conteúdos estipulados por um poder estabelecido.⁹

Apesar de Kelsen tentar, em suas incitações teóricas, estabelecer uma rígida separação entre Direito e Moral, vê-se que é impossível conceber doutrinas de Direito sem o aspecto moral, mesmo porque o próprio autor, ao propor como essência da Teoria Pura do Direito o dever ser, conseqüentemente insere um elemento moral no Direito. Essa distinção rígida entre dever ser e ser é uma das mais importantes objeções a Kelsen que o próprio Reale aferi quando estabelece a dialética da complementaridade. Interessante a observação de Larenz (1997, p. 98):

A mais importante objeção que tem de consentir a teoria pura do Direito, é a de que Kelsen não consegue manter a disparidade absoluta entre ser e deve ser, que toma como ponto de partida. O que não seria objeção alguma se Kelsen pensasse dialeticamente, no sentido da filosofia hegeliana, ou seja, se as distinções que faz se viessem com distinções transitórias, destinadas a ser transcendidas pela progressão do pensamento para a unidade concreta. Nada é mais alheio a Kelsen do que isto. Para ele trata-se exclusivamente de estabelecer linhas divisórias que inalteravelmente se mantenham e cujo menosprezo lhe merece sempre a censura de sincretismo metodológico.

Vê-se que a dialética de Reale é diferente da de Hegel e Marx, como já apontado. A dialética da complementaridade busca uma integração sistemática da norma, do fato e do valor, não concebendo rígida distinção entre o campo do ser e o dever ser, mas sim, implicação, polaridade ou complementaridade entre eles.

⁸ Segundo Ferraz Júnior, em prólogo do livro de Ulhoa Coelho (2001, p. 17) a legitimidade da Norma Fundamental de Kelsen regulava que “todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta valida e legítima o direito que dela decorre. Esta posição de Kelsen custou-lhe até mesmo a crítica não merecida de ter servido, ainda que indiretamente, ao regime nazista.

⁹ Conferir, conforme aponta Reale (1999) em seu texto, L. LEGAZ y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del derecho*, cit., pág. 108. Cf., do mesmo autor, *Filosofía dei Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1961, págs. 119 e segs.

Segundo Reale, existem dois sentidos para a expressão dever ser, sendo um moral ou ético e outro puramente lógico. Nessa perspectiva, o que Kelsen faz é estudar o dever ser sob a ótica lógica, sem se preocupar com as questões ônticas inerentes aos problemas desse campo, e, sob esse prisma, tendo postura inalterável no decorrer de sua vida.

O dever ser lógico se diferencia do dever ser ético ao passo que o primeiro é hipotético e o segundo se preocupa com o conteúdo da norma. Aqui talvez resida uma das peculiaridades do normativismo de Kelsen, pois ao se preocupar com o dever ser lógico, assume severa posição puramente normativista, apartando-se até mesmo no campo do dever ser, de interferências morais. Conforme Reale (1999, p. 478):

Daí a distinção entre o eticismo e o normativismo lógico: — os eticistas também concluem que o Direito é norma, mas norma que vale pelo conteúdo do comportamento que prescreve; os normativistas puros sustentam que a norma jurídica obriga, mas apenas em virtude de seu enlace lógico na totalidade do sistema, e não pelo sentido moral de seu comando.

Complexo e difícil separar totalmente o Direito da Moral, mesmo porque o Direito, em última instância, trata-se de um conhecimento que parte e volta para o ser humano. Não há como conceber o Direito ou mesmo a Ciência do Direito como uma matemática, uma física ou uma química. Parece que o próprio Kelsen com o passar do tempo fora reconhecendo essa problemática.

Assim sendo, entende-se o motivo pelo qual Reale concluiu que existe sim uma tricotomia implícita em Kelsen, mas de forma apenas didática. Conforme afirma o filósofo brasileiro:

Na realidade, porém, a compreensão total do Direito, na doutrina de Kelsen, não exclui, mas antes tem implícita uma tricotomia. Como observa Kunz, essa tricotomia está na base da obra kelseniana, que abrange uma Teoria Pura do Direito ao lado de uma Teoria da Justiça e de uma Sociologia Jurídica, como distintas apreciações da experiência jurídica, respectivamente sob os prismas lógico, filosófico e sociológico. São três perspectivas fundamentalmente distintas, mas, como vimos, por mais que Kelsen pretenda ser normativista, nos

domínios da Ciência do Direito como tal, ele jamais se liberta de enfoques fáticos e axiológicos (REALE, 1999, p. 480).

Obviamente, Kelsen enfatiza a dimensão normativa e isso é explicável em função do período histórico que vivenciou. Entretanto, a tricotomia kelseniana não leva em consideração as implicações da dialética da complementaridade que propõe Reale, havendo por parte do filósofo austríaco, mera explanação metodológica ao passo que o filósofo brasileiro aprofunda-se nas questões ontológicas e fenomenológicas da problemática.

A essa tricotomia implícita o filósofo brasileiro denomina “Tridimensionalidade Genérica do Direito”. Essa observação proporcionou a Reale a autoria da Tridimensionalidade Específica do Direito, pelo qual ficou reconhecido mundialmente, dando vozes à filosofia brasileira em plano internacional

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, num aspecto geral, há estranhamento ao verdadeiro aspecto que Kelsen propõe a sua Teoria. Por vezes, mal entendida, redundando em críticas que não se sustentam, pois são mal formuladas. Não é o caso de Reale, o qual conseguiu de maneira contundente apresentar uma crítica consolidada pelo fato de ter compreendido o pensamento do filósofo austríaco em sua integridade.

Reconhecendo e atribuindo a Kelsen a importância de suas contribuições, a proposta realeana se mostra muito mais palpável de ser comparada com a vida do Direito. Nitidamente, ainda mais em tempos hipermodernos, nada se concebe isoladamente. Como na fala de um sociólogo polonês, as atitudes de um oriental interferirão na vida de um jovem garoto paulista. O mundo jurídico necessita enfrentar essa realidade, considerando-a, para que possa no mesmo patamar responder aos problemas apresentados. Reale, já demonstrou essa preocupação ao se opor a normatividade jurídica como única realidade a ser encarada pelos estudiosos do Direito.

Não há como conceber algo apartado dos valores da vida. Kelsen sentiu isso em sua tese e ao longo de sua vida fora aderindo a percepções quais não

compreendia sua Teoria no começo de seu pensamento. Entretanto, sua postura enquanto normativista se fixara inabalável, pertencendo suas considerações, ao que parece, até o fim da vida, numa ordem do dever ser puro e lógico, como fora apontado no texto.

Incita-se no presente e breve trabalho, que Kelsen, em essência, tinha preocupações por uma necessidade de apresentar, uma solução para o contexto em que viveu. Como se o pensamento jurídico tradicional fosse dependente de algum tipo de droga e tivesse que ser tratado, de tal forma que fosse inicialmente desintoxicado. Fora a purificação do Direito pela Teoria Pura o antídoto ao sincretismo metodológico. Desde então a estrutura jurídica vem evoluindo de forma contínua ensejando que, em tempos atuais, se considere outros aspectos a evoluir igualmente.

No aspecto normativista, Kelsen foi genial e não é por coincidência que, além do Brasil, diversos regimes jurídicos do globo adotaram a estrutura escalonada jurídica, partindo da premissa kelseniana da Norma Fundamental. Não há dúvidas que sua contribuição para o desenvolvimento da técnica jurídica foi essencial ao Direito.

Se as críticas foram principalmente à sua rígida distinção entre os campos do ser e do dever ser, cabe então rever esses aspectos e promover buscas para que se possa conceber uma teoria paralela a toda evolução do normativismo kelseniano estrutural. O aspecto normativista de Kelsen, com adendos, fora muito bem elaborado. O que não se pode conceber é esse isolamento teórico, pois a realidade do Direito não a concebe dessa forma.

Nesse contexto, Reale dá maiores subsídios para a compreensão jurídica. Estabelecendo parâmetros epistemológicos de estruturação de ramos de conhecimento para o estudo do Direito, quais fugiram o presente texto, a forma de entendimento de Reale é a mais condizente com o atual cenário histórico, social e cultural. Isso porque o Direito está inserido num contexto histórico-social de extrema complexidade qual se apresenta o século XXI.

A integralização das realidades jurídicas é de crucial importância, caso contrário se cai numa ingênua visão do mundo jurídico. Em verdade, não somente da realidade jurídica, mas na vida como um todo, pois a fenomenologia de Husserl é compreendida sob uma ótica total da vida. Nessa mesma esteira segue o pensamento de Reale.

Em suma, percebe-se que a integralização das realidades jurídicas é de fundamental importância para a vida jurídica. Aos que refutam isso, resta um discurso por vezes incompleto, afastando do mundo jurídico e não poucas vezes, conceitos e princípios axiológicos que norteiam sua formulação, pautando-se a fala somente numa normatividade ingênua. A Tridimensionalidade Específica do Direito deveria ser mais estudada pelos próprios nacionais, pois fora pensada em âmbito brasileiro e fora reconhecida em âmbito internacional. Sua relevância é irrefutável.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr.** 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

HUSSERL, Edmund. **A crise da humanidade europeia e a filosofia; introd. e trad. Urbano Zilles.** 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3ª Edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G.. O valor da justiça na obra de Kelsen. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, [S.l.], v. 59, n. 2, p. 31-45, ago. 2014. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/37561/22988>>. Acesso em: 19 Mar. 2015. doi:10.5380/rfdufpr.v59i2.37561.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Para Compreender a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.** São Paulo: Jornal Carta Forense, 2007. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/para-compreender-a-teoria-pura-do-direito-de-hans-kelsen/869>. Acesso em: 19 de set. de 2014.

OLIVA, Liana Brandão de. **O Direito e a Moral com Enfoque nas Perspectivas de Hans Kelsen e Ronald Dworkin**. 2011. 17 f. Artigo de Conclusão da Matéria Teoria Geral do Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

OLIVEIRA, Clara Maria C. Brum de; TROTA, Willington. A Crítica Realeana ao Normativismo Lógico de Kelsen. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n. 61, p. 108-114, set/dez. 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. Ver. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994

SANTOS, Jarbas Luiz. **A Importância da Compreensão do Pensamento de Hans Kelsen**. São Paulo: Carta Forense, 2014. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-importancia-da-compreensao-do-pensamento-de-hans-kelsen/13627>. Acesso em 19 de set. de 2014.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. Tradução de Gisele Cittadino. **Revista Sequencia N.º 4**, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, Ano 2 - Dezembro de 1981 - p. 107-115.

WARAT, Luis Alberto. Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade. Tradução de Álvaro Augusto Casagrande. **Revista Sequencia N.º 30**, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, Ano 16 – Junho de 1995 - p. 1 – 10.

WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

ZILLES, Urbano. Fenomenologia e teoria do conhecimento em Husserl. **Revista da Abordagem Gestáltica** – XIII (2): 216-221, jul-dez, 2007.