

*Estas anotações não foram revisadas nem fidedignas às palavras do professor responsável pela disciplina, podendo haver enganos, erros, etc, como quaisquer anotações de caderno.*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO AOS ESTUDOS DE FILOSOFIA JURÍDICA.....	1
DISCUSSÃO TRADICIONAL DA LEGITIMIDADE JURÍDICA: OPOSIÇÃO ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO.....	2
MIGUEL REALE .....	5

2º CD – dia 10.02

## INTRODUÇÃO AOS ESTUDOS DE FILOSOFIA JURÍDICA

### A Filosofia Jurídica como Filosofia do Direito dos juristas Visão inicial geral da matéria Filosofia Jurídica

A Filosofia Jurídica não faz parte da Filosofia. A Filosofia Jurídica é uma parte do conhecimento jurídico desenvolvida por juristas que elaboraram teorias sobre o Direito Positivo vigente na sociedade.

A Filosofia Jurídica foi criada no início do século XIX (tem pouco mais de 200 anos) no campo da investigação sobre o Direito Positivo dialogando com as outras áreas do Direito Positivo (direito constitucional, tributário, administrativo, etc).<sup>1</sup>

Esse diálogo é pautado por uma diferença: enquanto a maior parte das disciplinas jurídicas se preocupa com as respostas que o Direito Positivo oferece para os problemas da sociedade, a Filosofia Jurídica se concentra no estudo das perguntas e dos problemas que o Direito Positivo possui.<sup>2</sup>

Há outras disciplinas que também se concentram nos problemas do Direito Positivo, como a Sociologia Jurídica. No entanto, estas são matérias diferentes (Filosofia jurídica é diferente da Sociologia jurídica). A Sociologia do Direito também trata dos problemas do Direito Positivo, mas se concentra nos problemas que se manifestam diretamente nas práticas sociais ligadas ao Direito. A Sociologia se orienta para a discussão da efetividade do Direito.

A Filosofia do Direito não trata dos problemas do Direito vigente pensando em sua efetividade social. A Filosofia Jurídica trabalha em um grau maior de abstração, os problemas que ela discute são problemas mais abstratos que este. De certa forma, a Filosofia Jurídica se concentra no problema do fundamento último do Direito vigente, ou seja, a Filosofia Jurídica discute principalmente o problema da legitimidade do Direito como um todo na sociedade.

O Direito que a Filosofia Jurídica considera é sempre o Direito posto na sociedade (Direito Positivo). Então a Filosofia Jurídica não exclui a sociedade, mas discute um problema não ligado diretamente a ela. Discute qual o critério a ser considerado para dizer que este Direito mesmo sendo vigente é também legítimo.

<sup>1</sup> Estas disciplinas foram criadas no século XIX, a Filosofia Jurídica também, e para dialogar com elas. Antes disso existiam o direito civil e o penal, mas os demais ramos do Direito foram criados neste período.

<sup>2</sup> A sociedade tem problemas e o papel dos profissionais do Direito é achar as respostas para estes problemas (que são da sociedade). A Filosofia Jurídica parte da premissa que não só a sociedade tem problemas, mas o próprio Direito Positivo tem problemas, por isso, tem que ser investigado.

Como na história da filosofia a legitimidade do Direito sempre foi ligada a uma certa noção de natureza, muitos pensam que o que se discute em Filosofia Jurídica é o debate entre jusnaturalistas e positivistas. No entanto, este debate é historicamente localizado e com o passar do tempo – e especialmente no século XIX – ele foi superado.

Surgem as guerras mundiais e os totalitarismos, e com isso, um debate se mostra muito mais necessário: a proteção do ser humano. Assim, o debate sobre o critério de legitimidade do Direito torna-se de menor importância.

A Filosofia Jurídica passou a ser uma forma de manifestar a proteção da dignidade da pessoa humana dentro do Direito Positivo. A relação entre Filosofia Jurídica e o Humanismo ficou tão próxima que muitos dizem que a Filosofia Jurídica é a própria expressão do Humanismo.

Foi então definido que o Humanismo deve ser praticado pelos profissionais do Direito. Assim, na atualidade, a matéria Filosofia Jurídica foi inserida em concursos para cobrar o Humanismo (Resolução 75/2009 do CNJ). No concurso é cobrado Filosofia Jurídica enquanto noção de formação humanística.

Desta forma, começou a se considerar então que o fundamento último do Direito é noção de dignidade da pessoa humana.

Para que a Filosofia Jurídica se mantenha coerente investigando os problemas do Direito Positivo, ela não só tem que revelar que este fundamento abstrato tem que ser relacionado com a dignidade da pessoa humana, mas também mostrar que o Humanismo também é um problema. Hoje, um dos problemas do Direito Positivo é o questionamento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Direito: Se a natureza também não é um fundamento do Direito, então qual o fundamento do Direito Positivo? Será que ele não tem fundamento? Se ele não tem fundamento ele é legítimo? Se o Direito não tem legitimidade algo pode ser considerado como Direito? Será que o critério último do Direito é a Justiça? Mas, a Justiça é um conceito muito subjetivo, abstrato, não havendo um conceito unitário do termo. Como pode, então, algo indefinido ser fundamento último do Direito?

2º AD – dia 16.03

A filosofia jurídica é parte do conhecimento jurídico que cuida dos problemas do direito positivo (não oferece respostas, mas sim perguntas). A filosofia jurídica discute principalmente o problema da legitimidade do Direito.

### DISCUSSÃO TRADICIONAL DA LEGITIMIDADE JURÍDICA: OPOSIÇÃO ENTRE JUSNATURALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO

- Oposição entre Direito Positivo X Direito Natural – ponto de partida da Filosofia Jurídica
- Origem da oposição: Jusnaturalismo Moderno
- Desenvolvimento: século XIX; divergências entre Jusnaturalismo e Positivismo Moderno.

A oposição do direito natural ao direito positivo é um produto da sociedade moderna; é a modernidade que produz dentro da cultura européia a idéia de que o direito positivo é legítimo quando se encaixa no direito natural, quando corresponde ao direito natural.

Na sociedade moderna ocorre de um modo geral uma ruptura com o passado. Essa ruptura pode ser entendida como uma rejeição das tradições da cultura clássica e da cultura cristã.

A Reforma deu inicio à sociedade moderna questionando o papel da religião para a união das pessoas em uma comunidade. Até a Reforma, a religião de algum modo cumpria esse papel dentro da cultura européia. Era considerada um fator de união entre as pessoas, para assim formar uma comunidade/sociedade.

A Reforma Protestante introduz uma divisão dentro do cristianismo, defendendo que um dos princípios fundamentais do cristão é a liberdade de interpretar a Bíblia de acordo com sua consciência individual.

Isso gerou além da cisão cristã entre a Igreja Católica e a Igreja Protestante, e com isso liberdade religiosa, fazendo com que a religião, a fé, torne-se uma questão privada, particular, e não mais um elemento unificador da sociedade.

Por isso, para manter a ordem social no mundo moderno a política tem que se diferenciar da religião.

Essa idéia de liberdade religiosa e intelectual encontrará em Galileu Galilei seu primeiro representante. O processo sofrido por Galileu devido à teoria do heliocentrismo é a primeira grande representação dessa sociedade moderna, na qual a religião se enfraquece como elemento político.

A nova física de Galileu, porém, tem outras contribuições para a sociedade moderna, além do heliocentrismo. A teoria de Galileu traz uma nova visão da natureza e também uma nova compreensão da relação entre o homem e a natureza.

Essa nova visão da natureza elimina seu caráter sagrado. O universo não é mais visto como um conjunto de relações de finalidade, cuja harmonia é perceptível na experiência de vida do ser humano.

Na teoria de Galileu a natureza pode ser apresentada sem a noção de finalidade. Assim, o universo é um conjunto de causalidade, que pode ser melhor compreendido pela matemática. Nesse contexto, a harmonia não é mais um dado que o homem apreende por simples observação. A ordem do universo tem que ser reconstruída matematicamente, por meio de experimentos que ocorrem num espaço fechado chamado laboratório.

Toda essa visão do conhecimento traz a idéia de que a natureza existe para ser dominada pelo ser humano. A natureza só tem finalidade quando o homem dá finalidade a ela, e o instrumento desse domínio é a razão. Logo, a principal força no contexto da sociedade moderna passa a ser o racionalismo. Modernidade significa racionalização da vida social. Para a filosofia isso cria as Teorias do Sujeito (Descartes). Para a política, cria uma estrutura racional utilizada para organização administrativa do poder chamada por Weber de burocracia (funcionamento racional das instituições). Além disso, o racionalismo também traz uma nova visão da formação da sociedade civil.

A organização da sociedade não é mais um fenômeno espontâneo, como pensava Aristóteles, ao afirmar que “o homem é um animal político”. A ordem social é produto da razão. Ela está bem constituída quando pressupõe os elementos racionais que estão na natureza humana.

O tratado de Westfália redefiniu o espaço público europeu, organizando as comunidades em países, baseados em três elementos fundamentais: soberania, súditos e território. E é nesse contexto que surge o Direito Positivo, como direito posto pela vontade do soberano e, para dar legitimidade a esse direito, surge a idéia de que ele precisa obedecer ao que é determinado pela razão. A idéia de direito racional é a idéia de direito natural.

A partir da concepção de que direito natural é direito racional que surge o critério de legitimação do direito positivo.

O pensamento jusnaturalista está baseado em duas teses fundamentais: a Tese da Dualidade e a Tese da Superioridade.

De acordo com a primeira tese, existem duas formas humanas de manifestação do direito: por um lado, o direito pode se manifestar pela vontade do soberano (direito positivo); por outro lado, o direito também pode se manifestar pela razão, que todos os homens possuem (direito natural).

De acordo com a segunda tese, o direito que todos os homens percebem por sua razão corresponde ao direito verdadeiro e, portanto, é superior ao direito que varia de acordo com as vontades do soberano. O direito natural é superior ao direito positivo que, somente é legítimo, se estiver de acordo com o direito dado pela razão.

As teorias jusnaturalistas servem de ideologia para os movimentos revolucionários burgueses do século XVIII, mas sua importância não se limita à política. Essas teorias também modificam a própria compreensão do direito da sociedade moderna. A racionalização do direito cria uma distinção que não existia antes: a separação entre direito e moral.

O pensamento jusnaturalista autoriza separar em campos distintos o fundamento jurídico e o fundamento ético das ações. Aquele fica no direito natural, que é dado a todos os homens pela razão. Este está na idéia de bem, que pode variar de pessoa para pessoa e pode até não ser racional. Além disso, o processo de racionalização valoriza tanto o direito natural que gera uma necessidade social de registro público e solene dos direitos dados pela razão. Esse registro aparece sob a forma de um novo tipo de documento jurídico: as declarações de direitos.

A Revolução Francesa cria esse documento como uma Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Já a Revolução Americana, traz esse documento como uma Carta de Direitos (*Bill of Rights*), anexa à Constituição dos Estados Unidos da América. Essas modificações, porém, também trouxeram um problema novo para o pensamento jurídico: o problema da positivação.

Transformando direito natural em direito positivo dificulta a diferenciação entre eles, refletindo-se no tratamento do direito a partir das duas teses jusnaturalistas. Assim, a positivação ao mesmo tempo em que realiza os direitos naturais, mata os direitos naturais acabando com a tese da superioridade, abrindo espaço para uma nova teoria que nega o direito natural, postulando que só existe um tipo de direito: o Positivismo, o direito posto pela vontade do soberano.

Essa situação provoca uma crise para o pensamento jurídico que acaba desenvolvendo uma nova forma de compreender o direito sem as teses da dualidade e da superioridade. Essa nova visão do direito, que defende que todo direito é direito positivo e nega a existência do direito natural recebe o nome de positivismo jurídico.

POSITIVISMO	JUSNATURALISMO
Direito Positivo	Direito Natural + Direito Positivo (dualidade / superioridade)

O positivismo jurídico se caracteriza por três idéias fundamentais a respeito do Direito Positivo:

- 1) O positivismo defende que o direito não vem da natureza (negação do Direito Natural) e sim que o direito é sempre o produto da sociedade.
- 2) O positivista considera a separação entre direito e moral como uma separação entre fatos e valores, de tal forma que o conhecimento jurídico precisa se afastar da moral porque a moral é vista como um conjunto de valores subjetivos, enquanto o direito seria um fenômeno objetivo, um fato social.
- 3) A falta de relação com os valores leva o positivista a separar completamente Direito e Justiça. Logo, para o positivista, na base do direito, não se encontra a razão. Na base do direito está o poder.

2º CN – dia 24.03

Ascensão do jusnaturalismo	Declínio do jusnaturalismo
<p>Século XVI – XVIII</p>  <p>Racionalismo jurídico</p>  <p>1 – Direito Natural = Critério de legitimidade (base para desobediência civil)</p> <p>2 – Separação entre direito natural</p> <p>3 – Declarações de direitos</p>	<p>Século XIX – hoje</p>  <p>Positivismo jurídico</p>  <p>1 – Negação do Direito Natural (o direito é fenômeno social)</p> <p>2 – Separação entre fatos (dir)/ valores (moral) – (Direito é fato objetivo)</p> <p>3 – Direito ≠ Justiça (Direito vem do poder)</p>

Século XVI na Europa: Direito natural é critério de legitimidade do direito (jusnaturalismo).

No entanto, este mesmo contexto que elevou o DN (direito natural) a critério de legitimidade, levou a um problema: as declarações do direito, elas são um momento de ascensão do jusnaturalismo, no entanto, elas positivaram os direitos naturais, transformaram os direitos naturais em positivos.

Com a positivação torna-se difícil defender as duas teses do jusnaturalismo.

Se nos precisamos positivar os direitos naturais para que eles sejam vistos socialmente como direito de verdade, então o que faz com que algo seja direito de verdade? O direito natural não é mais superior ao positivo.

Juristas acabam negando o DN, são os positivistas jurídicos. No momento em que se desenvolve o pensamento positivista, o DN entra em declínio.

A legitimidade fica em segundo plano, não é mais tão importante, outros temas são mais importantes.

O positivista não é a pessoa que confunde o direito com a lei, é aquele que nega o direito natural, nega que existam dois direitos e que o direito natural é superior ao positivo.

Se o direito é positivo, nenhum direito aparece naturalmente. De onde vem o direito? Um jusnaturalista diria, “da razão, da natureza”. O positivista diz: para que um direito apareça, é preciso que a sociedade determine que aquilo é direito, um direito não aparece naturalmente, e sim socialmente. “Os direitos não são dados, eles são todos conquistados”. Nenhum direito é dado (pela natureza, pela razão humana, por Deus, pelo cosmos), ele é produzido pela sociedade. Ser positivista é dizer que o direito é um fenômeno social, e não dizer que o direito é lei, ou está na lei.

Quem separou o direito da moral foi o racionalismo jurídico antes do jusnaturalismo. Os positivistas tratam a moral como se fossem um conjunto de valores que a sociedade estabelece, enquanto o direito não, o direito é um fato, um fato objetivo da sociedade.

Antes a distinção era entre aquilo que está baseado na natureza (DN) e aquilo que está baseado na idéia de bem (moral). Agora a distinção é entre aquilo que está estabelecido de forma objetiva em algum fato social (DP) e aquilo que está pautado em valores subjetivos. Distinção entre direito subjetivo e direito objetivo.

Quer saber o que é direito? Procure o fato social objetivo que faz aquilo ser direito.

Direito que está objetivado em algo, como leis, decretos, etc.

A moral é sempre subjetiva.

Terceira idéia que o positivista coloca no pensamento jurídico:

Juntando as duas idéias anteriores... o direito é desvinculado da concepção de justiça.

Para definir se algo é ou não direito basta olhar para o poder. Direito é aquilo que o poder determina que é direito.

O direito não está baseado na justiça. A justiça é um valor subjetivo. O direito é um fato social objetivo, que aparece quando um poder determina que algo é direito.

### MIGUEL REALE



Reale não reduz o direito a um puro fato objetivo. Para ele o direito também envolve valores e normas, que são aquilo que o poder determina.

Reale diz que não é jusnaturalista no sentido abstrato.

Na medida em que o positivismo jurídico defende que todo direito é posto pelo poder, isso também implica uma outra idéia a respeito do direito: assim como o direito é sempre posto pelo poder ele também pode ser deposto, revogado, alterado pelo poder. Esta é outra consequência da visão positivista do poder: todo direito, portanto, é mutável. Não existe, segundo os positivistas, direito imutável. Todo direito é direito positivo, e ser positivo, significa ser mutável.

Para o positivista jurídico, o direito é aquilo que o poder diz que é direito. Por isso, todo positivista admite que o direito pode ser revogado. O direito pode ser posto, mas também deposto pelo poder. Não existe direito imutável.

E as cláusulas pétreas?

Elas também foram positivadas, pelo poder constituinte originário.

Elas podem ser depostas pelo mesmo PCO. São limite apenas ao PCDerivado. Todo direito, portanto, pode ser modificado.

O positivismo trouxe a idéia de que Direito positivo significa direito mutável.

No jusnaturalismo moderno, o direito natural é o direito que vem da razão, enquanto o direito positivo é o direito que vem da vontade.

Até o século XIX a sociedade muda, mas o direito é a parte da sociedade que tem estabilidade.

Positivismo diz: para organizar uma sociedade instável, precisamos de um direito mutável.

Alemanha, século XIX, Um grupo de civilistas se preocupa em indicar aquilo que sobraria de racional num direito mutável, as formas racionais que permaneciam em qualquer época apesar da mutabilidade da sociedade e do direito. Estes civilistas criam a disciplina do direito romano. O direito romano tem o papel de sugerir que mesmo que o direito varie de acordo com a história, existem formas racionais permanentes, ex: posse, propriedade, contratos, etc.

Temos aula de romanística, uma forma de enxergar o direito criado pelo jusnaturalistas do século XIX para dizer que pelo menos uma parte do direito é imutável.

Reale não pode ser um positivista, ele não exclui valores.

Mas ele também não é jusnaturalista, pois ele mesmo diz que para ele direito é mutável e ele não se considera jusnaturalista neste sentido abstrato.

Reale mostra que o Direito é mutável:

- Processo de variação semântica do direito, processo de variação do significado de algo como direito.
- Casos em que o Direito é mudado.

*“ (...) Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. Ora, o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do Código Civil, por exemplo, sem ter alteração alguma de uma vírgula, passa a significar outra coisa. (...) ”*

“Basta a pena de um legislador para que bibliotecas inteiras vão embora” – percepção da positividade do direito – mutabilidade do direito. Isso traz uma insegurança jurídica muito grande. Até aqui o direito era visto como uma reserva imutável. O mundo está em constante mutação, o direito deve acompanhar a sociedade.

Temos que dar um jeito de preservar...

Direito Romano, que não é história do direito, é uma criação dos juristas alemães do século XIX.

Direito romano é aquilo que os romanos teriam dito se tivessem lido Kant.

O direito romano tem uma função ideológica: existem formas racionais do direito que permanecem, são imutáveis, por traz do direito positivo. Essas formas são superiores.

O direito romano é uma forma de incutir na mente das pessoas de que há coisas que não mudaram, incutir jusnaturalismo no direito positivo.

No entanto, TODO DIREITO É MUTÁVEL.

Por isso toda a monografia tem o capítulo “Histórico”, porque o direito não é da natureza, é da sociedade.

**ESTUDO DO TEXTO DE MIGUEL REALE:**  
**“TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: UMA PALESTRA**  
**SOBRE ELEMENTOS PRELIMINARES PARA SEU ESTUDO”:**

Reale apresenta a teoria tridimensional como uma parte de sua vida. Relaciona a teoria tridimensional com as fases de sua vida intelectual.

Datas: segunda coisa fundamental para entender este texto.

**1934 – Intuição** - Assim começou a teoria tridimensional do Direito, como uma intuição sobre a estrutura da realidade jurídica.

Reale escreveu o livro integralista “o Estado moderno”, neste livro ele apresentou uma intuição do tridimensionalismo.

**INTUIÇÃO: ESTRUTURA DA REALIDADE JURÍDICA.**

Uma coisa é perspectivismo, dizer que uma coisa pode ser vista de vários pontos de vista. Outra coisa é dizer que aquilo É ASSIM.

Os autores em geral falam em terceira dimensão porque aquilo não é dos autores. Toda a teoria tridimensional do Direito nasceu devido a uma preocupação de se entender a realidade do Direito, e não de se ver como as pessoas podem ver o Direito. O problema é quanto a essência do direito, para alcançar a realidade do direito.

Ainda não existia propriamente a Teoria Tridimensional do Direito, e sim apenas uma intuição.

*“A ‘Teoria Tridimensional do Direito’ foi uma intuição da juventude.” Essa intuição apareceu de algumas leituras q Reale fez de textos de filósofos italianos: “Intrigou-me o fato de grandes filósofos do direito italiano coincidirem na divisão da Filosofia do Direito, para fins pedagógicos, em três partes: uma destinada à teoria dos fenômenos jurídicos, outra cuidando dos interesses ou valores que atuam na experiência jurídica e, finalmente, uma terceira relativa à teoria da norma jurídica.”*

Os grandes autores italianos eram: Vanni (positivista), Vecchio (neokantiano) e Ravá.

Mas apesar de diferentes, todos faziam a mesma coisa para fins pedagógicos: divisão dos estudos filosóficos sobre direito em 3 partes/dimensões. Uma hora tratavam do direito como fenômeno (fato), outra hora como conceito (norma), outra hora como idéia (valor).

De tanto ler isso, Reale fez uma pergunta a si mesmo:

*“Pois bem, minha pergunta foi esta: no fundo dessa divisão meramente pedagógica, não se esconde um problema essencial quanto à estrutura da experiência jurídica? Não é necessário ir além de uma discriminação metodológica para se alcançar a realidade jurídica em si?”*

A tripartição dos filósofos italianos é meramente pedagógica, metodológica, ou ela diz algo sobre a estrutura da realidade jurídica? Essas 3 dimensões no fundo n são a estrutura da realidade jurídica?

**Assim começou a Teoria tridimensional do Direito, como uma intuição sobre a estrutura da realidade jurídica.**

Ao estudar o Direito ele sempre quis entender a estrutura da realidade jur. Falar em tridimensionalidade é falar em realidade, é falar q a realidade do Direito é tridimensional.

Mas como Reale passou da intuição para a teoria? Isso aconteceu em 1940.

O livro “O estado moderno” era parte da teoria política integralista. O primeiro livro de doutrina integralista, em 1934.

Em 1940 ele fez uma tese para ser titular d filosofia jurídica na SanFran. Então ele teve que desenvolver essa intuição sob a forma de teoria.

**1940 – A intuição começou a virar teoria em 1940. Teoria crítica a Kelsen (teoria crítica ao normativismo da teoria de Kelsen) - Direito é integração normativa, e não apenas um conjunto de normas. 1ª fase do pensamento do Reale. Teoria meramente negativa.**

*“(...) foi só em 1940 que, na realidade, pensei que o Direito não pode ser concebido à maneira de Hans Kelsen, como uma simples norma. Então, tive a ousadia de me contrapor ao maior jurista do nosso século (século XX).*

*(...)*

*Se alguém perguntasse a Kelsen o que é Direito, ele provavelmente responderia: “Direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma”. Muito bem, eu preferi dizer: “Não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção; o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor”. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro Fundamentos do Direito, eu comecei a elaborar a concepção da tridimensionalidade do direito.”*

O Direito não é apenas um simples conjunto de enunciados. A norma jurídica é mais que um simples enunciado, ela é a indicação de um caminho.

Em 1940 nasce o tridimensionalismo do Direito como teoria, quando Reale usa essa intuição para elaborar uma crítica à Kelsen, mais exatamente ao aspecto puramente normativo da teoria de Kelsen. Critica do normativismo, positivismo de Kelsen, na qual ele defende que a norma é um processo de integração normativa. A norma não é ma coisa, é um processo, um processo de integração normativa. O Direito é feito de um processo de integrações normativas.

A norma que está no Código é um momento de integração normativa de fatos segundo valores.

Reale usa a tridimensionalidade jurídica para elaborar uma teoria que critica Kelsen (o direito não é um mero conjunto de enunciados) e diz que o Direito é a integração entre fato, valor e norma.

*"Direito não é só norma, como propunha Kelsen. O Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. E, pela primeira vez, na introdução do livro Teoria do Direito e do Estado, disse aquilo que generosamente um dos maiores discípulos de Kelsen, o internacionalista Josef Kunz, qualificou de "fórmula realeana": "o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores". Essa é a fórmula que Josef Kunz chamou de "fórmula realeana". O Direito, repito, é uma integração normativa de fatos segundo valores."*

O Direito não é norma, é integração normativa de fatos segundo valores. É neste momento que a tridimensionalidade deixa de ser uma intuição e vira uma teoria, uma teoria anti-kelseniana. A norma é resultado de uma integração normativa, integração normativa de fatos segundo valores. O direito é um conjunto de integrações normativas de fatos segundo valores.

**1953 – 2ª fase da teoria:** Reale percebe que não basta usar a tridimensionalidade para criticar o Kelsen, esta é uma atitude apenas negativa, só criticar e não propor nada. A teoria tridimensional do Direito deixa de ser apenas uma crítica a Kelsen para ser também uma teoria sobre o conhecimento jurídico. Reale mantém a idéia de que Direito é um processo de integração normativa, mas em 1953 ele diz que esse processo de integração normativa de fatos segundo valores é um processo dinâmico e convergente. A teoria de Reale agora não é mais apenas uma crítica a Kelsen, é agora uma teoria do conhecimento jurídico, gnoseologia (expressão que vem do grego e significa “conhecer”) jurídica.

No entanto, Reale não queria explicar o conhecimento jurídico, e sim a realidade jurídica. Mas isso ele só chega em 1968.

*"(...) em 1953, outra intuição apareceu na minha experiência. Essa idéia foi a dialeticidade dos três elementos, conforme expus na 1ª edição de minha obra chamada Filosofia do Direito. Os três elementos não se correlacionam apenas. Eles se implicam e se dialetizam. Há uma dialética de implicação e polaridade, uma dinamicidade integrante e convergente entre esses três fatores, de tal maneira que podemos apontar três ordens de integração dialética."*

Além de pensar que a norma é um momento no qual se integram fatos e valores, penso que para entender os fatos preciso partir das normas e passar pelos valores, assim como para entender os valores é preciso partir dos fatos e passar pelas normas. As normas somente são compreendidas através da idéia de integração dinâmica convergente, os elementos se implicam mutuamente. O processo te uma dialética de complementariedade. Este modo de compreender as coisas é o modo como pode-se estudar o Direito.

Fato – valor – norma – ciência/dogmática

Valor – normas – fato – sociologia

Fato – norma – valor – filosofia

Os modos que utilizamos para conhecer o Direito variam de acordo com os vários modos de integração normativa.

**Agora a teoria de Reale não é apenas uma crítica a Kelsen, é uma forma de explicar o Direito, uma teoria do conhecimento jurídico, uma gnoseologia jurídica.**

**1968 – 3ª fase da teoria: Teoria existencial do Direito.** É aqui que sabemos se Reale é positivista ou jusnaturalista.

Ampliação do conceito de dialética, que já era dialética de complementariedade e agora se insere no conceito de realidade jurídica, graças ao conceito de Edmund Husserl.

Teoria da realidade jurídica. Reale aplica a dialética da complementariedade na realidade jurídica. Então, na 3ª fase o Reale continua dizendo o que dizia antes (o Direito não é apenas norma, é integração normativa dinâmica e convergente) e acrescenta que o processo de integração normativa é um processo existencial, ele é parte do desenvolvimento do ser humano. Neste sentido Reale diz que o dever estabelecido pelas normas é sempre expressão do ser, do ser humano. O Direito é produto do ser humano, é integração normativa de fatos segundo valores, porque antes de tudo ele é resultado do ser humano.

Os deveres do Direito vêm do ser humano, mas Ser humano, porém, não é um simples fato. Ser humano é também um valor. Ser humano não é simplesmente SER humano, ser humano é SER HUMANO como os outros. O homem não é apenas a fonte de todos os valores (justiça, liberdade, igualdade, segurança, utilidade...) que serão reconhecidos no processo jur. ele também é ele próprio um valor, o valor fonte de todos os valores.

Com isso, a teoria tridimensional do Direito se torna uma teoria sobre a realidade jur. O ser do Direito aparece, o ser do Direito é o ser humano. Entender o Direito é entender o ser humano.

*"(...) ampliação do conceito de dialética – que já era dialética de complementariedade – inserindo-a na noção de experiência jurídica, graças ao conceito de *Lebenswelt* ou "mundo da vida", recebido da Filosofia fenomenológica de Edmund Husserl. Correlacionando os estudos de Husserl com os estudos do grande jusfilósofo italiano Giuseppe Capograssi sobre a experiência jurídica, apresentei a experiência jurídica sob o prisma tridimensional, aplicando a dialética de complementariedade desde as formas primitivas da realidade jurídica, a qual está sempre inserida na globalidade da *Lebenswelt* ou mundo da vida comum."*

*(...)*

*"(...) o direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, por que também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas, o Direito é, antes de tudo, uma dimensão da vida humana. O direito acontece no seio da vida humana. O direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade."*

Reale é positivista?

Ele entende que o Direito é simples fruto do poder?

Que o Direito é norma?

Que o Direito é dos valores subjetivos?

O ser humano é um valor em si mesmo, um valor objetivo.

Reale é um crítico do positivismo desde o inicio de sua obra. Cada vez mais foi se afastando deste positivismo.

A grande questão é saber se Reale é jusnaturalista...

2º CN – dia 31.03

### **Filosofia jurídica de Miguel Reale**

1934 – Intuição: tridimensionalidade = estrutura da realidade jurídica

1940 – Teoria contra Kelsen: Direito = integração normativa

1953 – Teoria do conhecimento jurídico → dialética de complementariedade

1968 – Teoria existencial do Direito → Culturalismo

→ Nomogênese

→ Humanismo

A teoria de Reale é apenas uma das teorias que diz que direito é fato, valor e norma. Esta teoria diz isso com algumas peculiaridades.

A realidade do direito não é o enunciado, é todo o processo de integração que inicia com fato, passa por valor e termina com a norma (processo de integração normativa de fatos segundo valores).

Na década de 50 Reale continua com estas mesmas idéias. E mais, diz que a integração normativa não ocorre apenas num único sentido.

Pode se dar de vários modos:

Norma – Valor – Fato

Norma – Fato – Valor

Fato – Valor – Norma

Fato – Norma – Valor

Valor – Norma – Fato

## Valor – Fato – Norma

De tantos modos que o processo de integração normativa se dá, a melhor maneira de representar o processo de integração normativa, é com o triângulo, no qual o processo se mostra de todas as formas.

Se os processos de integração ocorre de vários modos, é possível explicar com a noção de integração normativa é possível explicar as diversas formas de conhecimento jurídico.

Tradicionalmente o conhecimento jurídico é estudado sob 3 prismas:

Ciência – estuda normas – é possível dizer que existem varias ciências jurídicas, pois existem vários tipos de normas (civis, penais, trabalhistas, etc)

Sociologia – estuda fatos

Filosofia – estuda valores

Reale, com sua visão de integração normativa ampliada.

Dentro da visão tridimensional do direito, visão de integração normativa, todos estudam tudo.

2º CN – dia 06.04

### 1 - Origens: ética personalista → discurso da dignidade

1.1 - Pensamento cristão: Boécio e Tomás de Aquino

1.2 - Pensamento do renascimento

1.3 - Pensamento moderno: Kant e Hegel

### 2 - Importância político-jurídica: após 1945

### 3 - Limites: a crise contemporânea da idéia de “fundamento absoluto”

A teoria tridimensional do Direito de Reale é uma manifestação jurídica do pensamento humanista, na medida em que defende a idéia de que o poder que estabelece o Direito só é legítimo quando respeita o ser humano como fonte de todos os valores.

Reale certamente reconhece que o Direito depende do poder. Mais do que isso, ele reconhece que o Direito é completamente mutável porque varia de acordo com o poder. Isso aproxima a teoria tridimensional do positivismo jurídico. No entanto, existe um limite para essa importância do poder, o limite é o ser humano, que tem importância própria, superior à importância de qualquer outro fenômeno social. O poder é importante, mas muito mais importante é o ser humano, que tem dignidade, valor em si mesmo, ele é valor fonte de todos os valores que surgem/que são criados ao longo da história. Reale está admitindo que os valores são criações do ser humano. Se a propriedade, a liberdade, a igualdade são valores, esses valores são criações do ser humano, liberalista, moderno, etc. No entanto, existe um valor que não é criado, um valor que é intrínseco, absoluto. Este valor absoluto é o valor da própria humanidade. Por isso o Direito positivo só tem sentido quando respeita a dignidade humana. Os deveres jurídicos só tem sentido quando se reconhece que a fonte de todo dever-ser é o ser humano. Daí vem a famosa e repetidíssima frase de Reale: nesta idéia de que o dever-ser só tem sentido quando tem como base o ser humano, o direito só é legítimo quando se reconhece que o ser humano é o único ser cujo ser é o seu dever-ser (o ser humano é o único ser cujo seu ser é em si mesmo um valor). Quando se aponta um ser humano se aponta um fato e ao mesmo tempo um valor, um valor objetivo. Este é um valor completamente objetivo, o valor do ser humano. A humanidade não é um valor subjetivo, é um valor que é uma realidade objetiva. O Direito só é legítimo quando trata os seres humanos não como meros fatos, mas como valores em si mesmos.

O discurso da dignidade existe na teoria tridimensional de Reale. Este discurso, porém, não foi criado por Reale.

Todo este discurso colocado por Reale em termos de fatos e valores, ser e dever-ser, é na verdade bastante antigo, faz parte da tradição da filosofia moral ocidental. O discurso da dignidade é uma manifestação de uma espécie de doutrina ética, de uma das formas de doutrina ética, chamada ética personalista. Com sua teoria tridimensional Reale insere na filosofia do direito mais uma forma de ética personalista.

Esta ética personalista não existia na antiguidade greco-romana. A principal manifestação da ética entre os antigos foi a ética das virtudes, segundo a qual uma ação é correta se manifesta alguma virtude e afasta algum vício. Aquiles em Tróia não é um herói, merece respeito, porque é um ser humano simplesmente. Não! Ele merece respeito e é herói porque manifesta virtudes. A manifestação de virtude valora Aquiles. O valor está na habilidade, no afastamento de vícios.

Não havia o conceito de pessoa como conceito ético central, entre os antigos gregos e romanos a filosofia moral era guiada pelos vícios e virtudes. Para os antigos gregos e romanos havia a idéia de “persona”, uma simples máscara, um personagem. O conceito pessoa era o de um personagem, com sentido dramático, e não ético.

Somente com o cristianismo, o conceito de pessoa se torna um conceito ético central. O pensamento cristão não abandona completamente a ética das virtudes (por isso mesmo temos no cristianismo o santo, que são aqueles que mostraram virtudes, são equivalentes aos heróis na cultura antiga). Contudo, existe no cristianismo uma nova concepção de liberdade, a concepção de livre-arbítrio (liberdade de escolha). De acordo com essa concepção o ser humano não é livre apenas na ação (apenas enquanto age), todo ser humano dentro de si tem a possibilidade de escolher entre o bem e o mal, possibilidade esta que foi dada por Deus apenas aos homens na medida em que a criatura humana seria a única criatura feita a imagem e semelhança do criador.

Toda essa compreensão da liberdade traz a idéia de que o ser humano não pode ser equiparado às outras coisas, aos outros seres. O ser humano é uma criatura superior, na ordem do universo, por ter valor próprio, atribuído por Deus. Assim nasceu a idéia de que todo ser humano é pessoa e o fundamento da noção de pessoa foi ligado ao discurso da dignidade.

De certa forma o que Reale apresenta no texto remonta a este pensamento cristão, que afirma que nenhum ser humano é coisa, todo ser humano é pessoa (por isso não é possível escravos), pois foi criado por Deus com algo a mais que os outros seres/coisas, que é a dignidade. Neste contexto nasceu a ética personalista, que defende que a ação correta não é a ação virtuosa, é ação correta aquela pela qual se respeita as pessoas. Se a pessoa fez algo errado, você deve perdoá-la, simplesmente porque ela é pessoa.

Esta ética personalista tem como principais representantes na Id. Média, Boécio e Tomás de Aquino. Boécio criou o conceito filosófico de pessoa, como: “substantia individua rationalis natura”, ou seja, substância individual de natureza nacional.

Reale, em seu texto “Teoria tridimensional do Direito: uma palestra sobre elementos preliminares para seu estudo”:

*“Em primeiro lugar, se é possível afirmar que se deve ao Cristianismo a plena tomada de consciência do valor da pessoa humana, não me parece que se encontre na doutrina tomista a formulação exemplar e definitiva no ‘personalismo’, assente na conhecida definição de ‘pessoa’ deixada por Boécio: ‘substantia individua rationalis natura’.”*

São Tomás de Aquino partiu dessa definição para elaborar uma nova ética baseada não apenas nas virtudes, mas principalmente, na igualdade entre os seres humanos, em sua liberdade; ser justo não é agir de modo virtuoso, é a vontade de dar a cada um o que é seu.

Para São Tomás de Aquino, a Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada ser humano o que é seu, reconhecendo cada ser humano, antes de tudo, como pessoa.

Essa doutrina ética sofreu transformação no Renascimento. Neste período a noção de dignidade foi retirada do campo teológico. Ela deixou de ser entendida como um atributo dado por Deus à criatura humana. Agora o próprio ser humano é visto como criador. Esta é a grande contribuição histórica do renascimento, transformar o ser humano, de criatura, em criador. História do Frankenstein – imagem do homem moderno é de criador, e não criatura. Com isso, a dignidade passa a ser a própria natureza humana, como possibilidade de organizar o mundo à sua imagem e semelhança, fazendo de si mesmo o

**que quiser como pessoa.** Este é um outro sentido de dignidade. No cristianismo, dignidade é um valor próprio do ser humano, dado por Deus, na medida em que ele fez do homem a sua imagem e semelhança e, um ser dotado de dignidade e razão. Na obra de Michelangelo, criador e criatura, os dedos não se tocam, pois este foi u espaço deixado por Deus para deixar o homem com livre-arbítrio e dignidade. Já o Renascimento diz que o homem é o criador, inclusive de si mesmo. Você é aquilo que você faz da sua vida, este é o mundo moderno.

Esta nova visão de dignidade cria condições de novas éticas personalistas, nas quais a noção de pessoa continua sendo o conceito central, mas a base deste conceito não é mais religiosa. O valor do ser humano está em elementos do próprio mundo humano, da própria natureza humana, e não de Deus.

Na teoria de Kant o valor do ser humano vem da razão. Todo ser pode ter um preço, mas o ser racional não tem preço, ele tem dignidade, na medida em que, todo ser racional é um fim em si mesmo, e nunca um meio útil para realização de desejos e arbitrariedades.

Reale insere sua teoria tridimensional na ética personalista. Esta ética se liga ao pensamento de Boécio e São Tomas de Aquino. Porém, Reale não é tomista, pois sua teoria se liga a outros pensamentos também. Liga-se a Kant, pois todo ser humano tem valor, dignidade, mesmo que Deus não exista, pois cada ser humano tem dignidade simplesmente por ser humano, na medida em que criamos o mundo. Isso modifica a ética personalista, não mantendo as bases tomistas. Temos também que repensar o que é pessoa, não é mais o conceito de Boécio. A pessoa é um fim em si mesmo, de acordo com Kant. Nesta nova dignidade, sem ligação com Deus, ser pessoa é ser um fim em si mesmo, não podendo ser tratada jamais como coisa útil para nada. Kant é anti-utilitarista total. Ser pessoa para Kant é ser um fim em si mesmo, nunca podendo ser usado como meio para outras coisas. Essa visão, porém, tem caráter individualista. A ação ética seria simplesmente reconhecer o outro como pessoa (como fim) e reconhecer-se a si mesmo como pessoa.

No entanto, Reale também não segue a teoria de Kant, pois para Reale, fica faltando na perspectiva kantiana a reciprocidade, sendo também importante que o outro me reconheça como pessoa. Esse reconhecimento social da dignidade aparecerá apenas na teoria de Hegel, que indica com essa reciprocidade que a dignidade é um produto da comunidade (ela não é um atributo do indivíduo), que reconhece a dignidade das pessoas dentro de sua história.

A dignidade não vem de Deus, ela vem do próprio homem, mas não como razão individual, vem do homem como racionalidade histórica, ela é um atributo construído dentro da história. A ética kantiana e hegeliana são considerados os principais exemplos de ética personalista no homem moderno.

Essas teorias ganham importância jurídica e política no século XX, quando após a Segunda Guerra Mundial se utiliza do discurso da dignidade para rejeitar os Estados totalitários (Alemanha nazista, URSS) e os governos ditatoriais (diversos no mundo, inclusive Brasil). O principal marco político-jurídico do discurso da dignidade aparece logo após o fim da guerra com a doutrina dos direitos humanos, presente na carta da ONU de 1945 e na Declaração universal dos direitos humanos de 1948.

A teoria de Reale é uma consequência filosófica desta incorporação do discurso da dignidade ao campo do Direito sob a forma de direitos humanos. A teoria tridimensional de Reale tem as características de uma ética personalista moderna contrária aos governos ilegítimos. Contudo, a teoria também tem os problemas de qualquer ética personalista. Ela também pretende apresentar um fundamento absoluto, irresistível, não relativo, inegável, inquestionável para a legitimidade. Isso é muito difícil no mundo contemporâneo, pois as idéias fundamentais dentro de um contexto histórico se tornam sempre vagas, variáveis, heterogêneas e conflituosas (antinônicas, de acordo com Bobbio).

Texto do Bobbio: Os direitos humanos não são direitos absolutos, são vagos, variáveis, conflituosos. Há varias interpretações para tudo pois tratam de conceitos indeterminados.

Os direitos não se somam, eles entram em conflito. Como se pode dizer que todo o direito está baseado na dignidade da pessoa humana?

Não existe consenso.