

RECEBIDO EM: 22-03-2017

APROVADO EM: 15-05-2017

O DIREITO A SERVIÇO DO JUSTO E DO LEGÍTIMO OU A TRIDIMENSIONALIDADE AXIOLÓGICA DO DIREITO

*THE LAW IN FUNCTION OF THE FAIR AND THE
LAWFUL OR THE AXIOLOGICAL TRIDIMENSIONALITY
OF LAW*

Luis Lima Verde Sobrinho

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Membro do Grupo de Pesquisa "Estado, Política e Constituição" (CNPq/UNIFOR). Analista Judiciário e Assessor Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O valor justiça; 2 O valor legitimidade; 3 As teorias tridimensionais clássicas do Direito e a Tridimensionalidade Axiológica de Arnaldo Vasconcelos; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O artigo aborda a teoria da Tridimensionalidade Axiológica do Direito, formulada por Arnaldo Vasconcelos, a qual abre nova perspectiva sobre o fenômeno jurídico, colocando a justiça e a legitimidade como instâncias de valor da norma jurídica, situando-as fora desta, como projeção do que o Direito positivo axiologicamente deve ser. Assim, referida teoria alia a característica da juridicidade, ou seja, aquilo que o Direito é (o Direito é a norma que incide sobre o fato valorado), ao que ele deve ser (o Direito deve ser justo e legítimo). Destarte, o artigo aponta a insuficiência das teorias tridimensionais clássicas e, por conseguinte, defende que a teoria da Tridimensionalidade Axiológica é a que melhor qualifica o Direito enquanto ciência, porquanto o papel de uma teoria científica do Direito é dizer como este deve ser, e não apenas como ele é.

PALAVRAS-CHAVE: Juridicidade. Justiça. Legitimidade. Tridimensionalidade Axiológica do Direito. Arnaldo Vasconcelos.

ABSTRACT: The article examines the Arnaldo Vasconcelos' theory about the Axiological Tridimensionality of Law, which starts a new perspective about the legal phenomenon, putting justice and legitimacy as instances of value of the legal norm, placing them outside the norm, as a projection that the positive law axiologically should be. Then, this theory brings together the characteristic of juridicity, that is, what the law is (the law is the norm applied to the valued fact), with what the Law must be (the law must be fair and lawful). Consequently, the article concludes that the three-dimensional classical theories are insufficient and, therefore, argues that the theory of Axiological Tridimensionality better qualifies law as science, because the role of a scientific theory of law is to say how it should be, not just how it is.

KEYWORDS: Juridicity. Justice. Legitimacy. Axiological Tridimensionality of Law. Arnaldo Vasconcelos.

INTRODUÇÃO

Desprezar o que o Direito deve ser, fazendo culto apenas daquilo que ele é, foi o grave equívoco do positivismo e do normativismo jurídicos. Dizia Kelsen¹, já na abertura de sua Teoria Pura do Direito, que à ciência jurídica não importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito, afinal, “é ciência jurídica e não política do Direito”. Assim, ganhou força uma crença fanática na força da lei, à qual foram atribuídas potencialidades que naturalmente não lhe pertenciam. Como consequência, justiça e legitimidade, instâncias metapositivas por excelência, foram injetadas forçadamente no texto legal, numa vã tentativa de difundir a ideia de que o Direito, para ser justo e legítimo, bastaria promanar do Estado, como norma positiva.

A tal crença fanática, que Bobbio² denomina “dogma da legalidade”, tem como principal expoente Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito. O positivismo e o normativismo jurídicos consistem em notas definidoras da Teoria Pura, segundo a qual o Direito emanado do Estado (Direito positivo) é o único Direito válido. Ademais, uma norma apenas pode ser deduzida de outra norma, daí a proposição de uma norma fundamental hipotética (NFH) como critério último de validade e fecho do ordenamento jurídico. Assim, no Direito só existiriam as normas positivas e, acima delas, a NFH³. Para os adeptos desta corrente, predomina aquilo que Bobbio⁴ classificou de “concepção formal da justiça”, apontando que por formalismo jurídico entende-se “certa teoria da justiça, em particular a teoria segundo a qual ato justo é aquele conforme a lei, e injusto, o que é diferente”, ou seja, “o juízo ético consiste em um juízo de conformidade de um ato com a norma”. E concluiu o mestre turinense: “Nossos juristas são, em sua maioria, fiéis a uma teoria formal do direito, que dá uma definição dele em termos de seu caráter imperativo, estatal, coativo [...]”⁵.

Diante desse cenário, a teoria da Tridimensionalidade Axiológica do Direito, proposta por Arnaldo Vasconcelos, abre uma nova perspectiva sobre o fenômeno jurídico, colocando a justiça e a legitimidade como instâncias

1 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 1.

2 BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016. p. 104.

3 KELSEN, op. cit.

4 BOBBIO, op. cit., p. 103.

5 Ibidem, p. 122.

de valor da norma jurídica, situando-as fora desta, como projeção do que o Direito positivo axiologicamente deve ser. Assim, referida teoria alia a característica da juridicidade, ou seja, aquilo que o Direito é (o Direito é a norma que incide sobre o fato valorado), ao que ele deve ser (o Direito deve ser justo e legítimo).

Busca-se neste trabalho, portanto, compreender o papel da justiça e da legitimidade frente ao Direito e como estas três qualificações – o jurídico, o justo e o legítimo – relacionam-se na composição da referida teoria trivalente. Assim, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a Tridimensionalidade Axiológica do Direito, elaborada por Arnaldo Vasconcelos. O objetivo específico é abordar os aspectos axiológicos da justiça e da legitimidade, relacionando-os com o Direito positivo, na perspectiva de projetar o Direito ideal ou o ideal de Direito.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, pois explica o problema a partir de referências teóricas; pura quanto ao resultado, porquanto tem por finalidade aumentar o conhecimento do pesquisador, sem implicar transformação da realidade; de natureza qualitativa, dado o caráter subjetivo do ensaio; explicativa no que atine aos fins, na medida em que identifica os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência de fenômenos; e dedutiva no que toca ao método utilizado, partindo de enunciados gerais para chegar a conclusões particulares⁶.

Além desta introdução e das considerações finais, o ensaio contém três seções, nas quais são abordados, respectivamente, o valor justiça; o valor legitimidade; e as teorias tridimensionais clássicas do Direito e a Tridimensionalidade Axiológica de Arnaldo Vasconcelos.

1 O VALOR JUSTIÇA

A busca por um conceito que seja capaz de exprimir o significado de justiça é desafio dos mais antigos. Talvez a complexidade resida na polissemia que envolve o termo e na elevada carga de subjetividade que permeia o sentimento de cada um que pretende extrair-lhe a essência. O que é consensualmente justo hoje, pode não mais sê-lo amanhã, e até numa mesma época, aquilo que se afigura justo para alguns, em outros pode causar a repulsa da injustiça.

6 BASTOS, Núbia M. Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. 5. ed. Fortaleza: Nacional, 2012.

Seja como for, um bom começo para essa compreensão é considerar a justiça como um valor ou fundamento ético norteador do comportamento humano. Aqui já surge o primeiro traço característico: “a justiça é a virtude específica do homem, a virtude humana por excelência”⁷. Todavia, qualificar a justiça como um valor ou fundamento ético norteador do comportamento humano não é tudo. É preciso avaliar ao menos quatro dimensões do justo. Platão⁸, em *A República*, parte da clássica definição, atribuída a Simônides, mais tarde disseminada entre os juristas romanos, segundo a qual a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido. Por esse raciocínio, Platão chega a uma primeira definição da essência da justiça: não devemos fazer aos outros o que não queremos que eles nos façam. Fábio Konder Comparato⁹ aponta que “esse primeiro aspecto do princípio ético da justiça foi também sublinhado em outras civilizações do mundo antigo”, e, assim, exemplifica com o ensinamento contido no Talmud Babilônio, concernente ao grande mestre Hillel, contemporâneo de Jesus na Palestina. Desafiado por um pagão, que lhe prometera se converter, sob a condição de receber toda a lição da Torah enquanto permanecesse equilibrado por um só pé, Hillel então o respondeu: “o que julgares odioso para ti, não o faças a outrem. Toda a Torah se resume a isto; o resto é comentário”. Essa mesma proposição, segundo a qual não se deve fazer ao próximo aquilo que não se deseja para si, pode, e deve, ser também apresentada numa perspectiva ativa: tudo aquilo que desejamos para nós, devemos proporcionar aos outros.

O mesmo ensinamento pode ser encontrado no *Analecto* de Confúcio, o qual, respondendo a um discípulo que o interroga sobre a natureza da sabedoria e como alcançá-la, responde: “O que não quiseres que seja feito a ti, não o faças a outrem”. Pôr-se alguém na pele do semelhante para julgar suas ações é o que Confúcio afirma ser o guia para as ações humanas durante toda a vida¹⁰.

Pode-se assim sustentar que o homem justo é aquele que, além de não cometer injustiças, pratica ações justas. “A interface desse princípio ético explica a união indissolúvel das duas grandes categorias de direitos humanos: a dos direitos e liberdades individuais, e a dos direitos econômicos

7 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 525.

8 PLATÃO. *A República*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

9 COMPARATO, op. cit., p. 526.

10 *Ibidem*, p. 526.

e sociais”, salienta Comparato¹¹. Não é possível, pois, separar essas duas faces, menos ainda recusar a aplicação de uma delas sem negar a outra, sob pena de não se alcançar, efetivamente, o valor justiça.

Não obstante, a justiça compreende ainda outra dimensão, consoante indicado por Platão¹². Também n'A República, a justiça é apresentada como a virtude que cada indivíduo deve exercer na pólis. Com isso, Platão sublinha a existência de outra modalidade de justiça, a solidariedade, devendo cada grupo cumprir na sociedade uma função específica. Os fortes devem proteger os fracos; os ricos, socorrer os pobres; os instruídos, educar os ignorantes; e assim por diante. A lei e os governantes devem zelar pela justa distribuição dessas virtudes na pólis, entre todos, de modo que ninguém reste desamparado.

Não é demais lembrar, conforme observa Comparato¹³, “que a mentalidade privatista, própria da civilização burguesa, só enxerga a justiça no sentido contratual ou sinalagmático das relações de intercâmbio entre particulares”, ou seja, dar a cada um o que é seu, ignorando a relevância de se estabelecer na sociedade o princípio da distribuição proporcional de bens, materiais ou imateriais, afinal sempre haverá aqueles que nada tem, e que, a prevalecer o aspecto sinalagmático, nada receberão.

Aristóteles¹⁴, por sua vez, estabelece uma classificação da justiça, dividindo-a entre justiça distributiva e justiça corretiva, tendo por principal fundamento a igualdade, que aqui aparece como terceira dimensão do justo. Na justiça distributiva, os indivíduos estão subordinados ao Estado (verticalidade), que atua como agente de promoção da justiça. Aqui são consideradas as características subjetivas daqueles que disputam bens da vida. Observa-se a desigualdade de fato existente entre os cidadãos, para daí estabelecer-se a igualdade de direito: os que possuem menos devem receber mais, quer seja dos outros, quer da coletividade. Assim, os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na justa medida de suas desigualdades¹⁵, para que ao final haja a igualação de todos pelo

11 COMPARATO, op. cit., p. 528.

12 PLATÃO. *A República*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

13 COMPARATO, op. cit., p. 527.

14 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

15 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 228.

Estado. Seus princípios são a igualdade material e a proporcionalidade. Já a justiça corretiva é aplicada às relações de coordenação entre os indivíduos (horizontalidade). Em casos tais, levam-se em conta as características objetivas dos bens da vida intercambiados. Deve haver igualdade entre esses bens, independente de quem sejam os sujeitos envolvidos (a igualdade entre estes é presumida). Exemplo: pelo serviço contratado, deve haver o pagamento equivalente; pelo pagamento acertado, deve-se prestar o serviço equivalente. Direitos e obrigações são estabelecidos numa relação de reciprocidade. Seus princípios são a igualdade formal e a equivalência. Aristóteles ainda subdividiu a justiça corretiva em comutativa e compensatória. Para a comutativa, deve-se aplicar espontaneamente a igualdade entre o que se dá e o que se recebe: trabalho e salário; custo e benefício etc. Para a compensatória, havendo a transgressão de regras de convivência, deve haver coercitivamente o restabelecimento da igualdade, ou seja, impõe-se a equivalência entre o dano causado e a indenização; entre o ilícito e a sanção; entre o agravo e o desagravo. Busca-se o meio termo entre a perda e o ganho. A igualdade será atingida quando as pessoas não saírem nem com mais nem com menos do que tinham antes. Nesta última subdivisão, a figura do Estado volta a aparecer subordinando os indivíduos.

Por fim, há ainda uma quarta dimensão de justiça, que se manifesta por meio da equidade, assim entendida como a justiça do caso concreto. A justiça da lei é uma régua linear e inflexível, razão por que a justiça do caso concreto, conforme Aristóteles¹⁶, carece da régua de Lesbos, instrumento utilizado pelos construtores para a realização de cálculos sobre superfícies rochosas e imperfeitas. Esta última régua, por ser maleável, exerce na arquitetura aquilo que a equidade deve exercer no mundo jurídico.

Mas onde encontrar a régua de Lesbos? Pode-se afirmar, indubitavelmente, que na moderação e no bom senso, os quais devem governar o comportamento humano. Nesse sentido, um dos maiores méritos da sabedoria grega consistiu, justamente, em apresentar tais valores como virtudes supremas. “No frontispício do templo de Apolo, em Delfos, uma das inscrições célebres era: nada em excesso. Aquele que exerce o seu direito sem moderação acaba por perdê-lo”, esclarece Comparato¹⁷. Por tal razão é que a reparação excessiva pelo mal sofrido transforma o exercício do direito numa manifestação de vingança, fazendo com que a

16 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

17 COMPARATO, op. cit., p. 528-529.

justiça mude de lado. Disso decorre o conhecido brocardo romano *summum jus, summa injuria*.

O apego excessivo à mera expressão formal da norma conduz, fatalmente, à própria negação da justiça. Daí por que, por exemplo, aquele que comete furto famélico, embora tendo praticado fato típico à luz do Direito Penal (subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel), não deve sofrer a reprimenda da lei, porquanto contraria a justiça punir quem, sem violência ou ameaça, agiu em defesa da sobrevivência. À semelhança, a irrefletida sacralização das palavras que expressam um mandamento religioso pode torná-lo odioso e absurdo, produzindo resultados que, na prática, contrariam o próprio espírito de santidade que o anima.

Com efeito, a virtude da justiça busca sempre o equilíbrio, afastando-se dos extremismos. Não por acaso a deusa Têmis foi representada, no imaginário grego, sustentando uma balança com pratos nivelados. Assim sendo, a consecução da justiça exige, necessariamente, um incansável sopesamento de valores, obrigando-nos a dar sempre preferência ao bem sobre o mal¹⁸. Nessa perspectiva, o Direito positivo deve ser justo, prestigiando as virtudes que animam a justiça. De igual modo, a aplicação do Direito positivado ao caso concreto deve também ser informada por tais valores. Daí que a justiça não deve estar presente apenas no momento de criação do Direito, mas igualmente no de sua interpretação e aplicação¹⁹.

2 O VALOR LEGITIMIDADE

Do ponto de vista axiológico, não basta que a norma seja justa, devendo também ser legítima. Na prática, no entanto, observa Arnaldo Vasconcelos²⁰ que uma coisa não envolve a outra: “a norma pode ser justa, sem ser legítima, legítima, sem ser justa e, ao mesmo tempo, justa e legítima ou injusta e ilegítima”. É que “a noção de legitimidade corresponde à

18 Para os gregos, “o mal estaria relacionado à degradação dos seres inteligentes e o bem à ascensão dos seres inteligentes em direção à sua natureza espiritual” (AGUIAR, 2002, p. 84). Para Santo Agostinho, o bem e o mal seriam escolhas postas ao livre arbítrio do homem: quanto mais perto da dimensão espiritual, mais próximo do bem estaria o homem; quanto mais ligado à matéria, mais vizinho estaria do mal (AGOSTINHO, 1990). Trazendo a discussão para o campo da justiça, dar preferência ao bem sobre o mal significa prestigiar tudo aquilo que eleva a condição humana, fazendo do homem não um meio a serviço da lei, mas um fim em si mesmo, a quem o Direito deve servir.

19 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 246.

20 *Ibidem*, p. 247.

ideia de uma relação harmônica de uma instituição, uma pessoa, um ato determinado, com seu fundamento ético”²¹.

Por mais primitivo que seja, todo grupo social pressupõe organização interna e estrutura de poder, que lhe assegurem a coesão e o desenvolvimento. Todavia, o poder, para impor-se, necessita ter autoridade, isto é, ser legítimo. A legitimidade, portanto, é o consentimento dos governados em relação àqueles que detêm o poder, consentimento este que se manifesta quanto à origem e quanto aos limites desse poder. O poder despido de legitimidade é a força bruta, em razão do que a legitimidade é o fundamento axiológico do poder²².

A questão da legitimidade não passou despercebida aos olhos de Rousseau²³, para quem “o mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever”. A essa altura o pensador genebrino já sabia, perfeitamente, que nem toda ordem jurídica é legítima, pois nem sempre ela se conforma com os princípios superiores ditados pela vontade geral.

Também em Confúcio encontramos valiosa passagem que ilustra a importância da harmonia entre legitimidade e poder. Um discípulo pergunta a Confúcio em que consiste governar. O mestre responde: “em cuidar para que o povo tenha víveres suficientes, armas bastantes e para que ele confie nos governantes”. O pupilo então questiona qual das três medidas poderia ser dispensada, ante o que Confúcio lhe responde: “as armas”. Ainda não satisfeito, o atento aprendiz, por fim, indaga em relação às duas outras, qual seria dispensável. Confúcio firmemente arremata: “os víveres. Desde sempre, os homens são sujeitos à morte. Mas sem a confiança do povo, não há ordem política que subsista”²⁴.

Provém do contratualismo absolutista de Hobbes²⁵ a visão do Direito como ordem dada pelo soberano aos súditos. Todavia, o acatamento que se deve ao Direito, ou seja, o cumprimento da obrigação jurídica, não pode

21 COMPARATO, op. cit., p. 593.

22 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 249. Sobre o assunto, ver também COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 594-595.

23 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social. Princípios do Direito Político*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 12.

24 COMPARATO, op. cit., p. 594.

25 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz N. da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ser verticalmente imposto, mas horizontalmente desejado pelas partes, que livremente se comprometeram. “Não advém de subordinação, mas pressupõe coordenação. Por isso [...] o elemento coativo não faz parte do conceito de Direito”, aponta Arnaldo Vasconcelos²⁶. Assim, o poder ilegítimo é aquele que subordina os súditos, enquanto que o legítimo é o que se presta a coordenar os cidadãos, afinal o Direito deve ser, na clássica definição de Vasconcelos²⁷, fundamentalmente, instrumento de compartição de liberdades. Ainda segundo Vasconcelos²⁸, “a norma jurídica objetiva o propósito histórico de conciliar o individual com o social”.

O fundamento do poder, bem assim o do Direito por ele produzido, não deve ser a força, mas o sentimento de livre adesão manifestado pela vontade geral dos governados ou, utilizando-se a expressão de Miguel Reale²⁹, a “adesão racional deliberada dos obrigados”. Ademais, o Direito e o poder devem buscar a legitimidade não apenas na origem (quando da criação da norma ou quando da investidura do governante), mas também, e principalmente, no seu exercício diário, numa constante atualização da vontade geral, mediante aquilo que Renan³⁰ denominou de plebiscito de todos os dias. Nesse horizonte, a legitimidade pode ser concebida como um dinâmico processo de interação entre os delegantes do poder (legitimantes) e os delegados (legitimados), “resultando de um acordo em torno de valores delineados como modelo de vida de uma comunidade”³¹.

Assim, pois, as normas integrantes do sistema não devem ser apenas formalmente válidas, mas também devem conformar-se com valores tidos como necessários para a existência de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo que a legalidade seja sempre informada pela legitimidade. Deve, pois, laborar a legalidade a serviço do livre desenvolvimento da personalidade humana, que é, afinal, o fundamento e o objetivo, o início e o fim do Direito.

26 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 250.

27 Ibidem, p. 12.

28 Ibidem, p. 12.

29 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 112.

30 RENAN, Ernest. O que é uma nação? In: ROUANET, Maria Helena (Org). *Nacionalidade em questão*. Rio de Janeiro: UERJ/Instituto de Letras, 1997, p. 12-43.

31 FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração da legitimidade. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 25-61, maio/ago. 1985. p. 27. Disponível em: <<http://sistema.bibliotecas.fgv.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

O grave equívoco do positivismo foi defender a redução da legitimidade do Direito e do poder à simples posituação de um ordenamento jurídico, ou seja, confundir legitimidade com legalidade, entendendo-se, por um critério puramente formal, que a lei, por ser expressão da vontade soberana, já carregaria consigo, internamente, o fundamento da legitimidade³². Ledo engano. Se as regras formais não espelharem os verdadeiros valores da sociedade, o fato de terem sido emanadas de um parlamento eleito democraticamente não faz delas regras legítimas, visto que a legitimidade situa-se fora da norma, ou seja, além das suas instâncias de validade, no campo que Arnaldo Vasconcelos³³ denomina de instância de valor.

Um eficiente termômetro da legitimidade da norma é a sua eficácia, assim entendida como o respaldo social, externado pelo cumprimento efetivo e consciente do Direito por parte da coletividade. Diferentemente da vigência, que constitui a validade formal da norma, a eficácia simboliza a “validade social”³⁴. O Direito autêntico “não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se”³⁵. A regra de direito deve, por conseguinte, ser “formalmente válida e socialmente eficaz”, ensina Reale³⁶. Sobejam exemplos de leis que, conquanto vigentes, não se convertem em comportamentos concretos, ficando adormecidas na normatividade abstrata dos códigos, por exatamente lhes faltar o critério da legitimidade.

Em lapidar sentença, Arnaldo Vasconcelos³⁷ arremata que “enquanto o Estado se converte em juiz da legalidade, fica o povo como árbitro supremo da legitimidade”. Legítimos, portanto, são somente o Direito e o poder que despertam no povo o sentimento de conformidade e respeito à vontade geral e que espelham os valores que dominam o sentimento popular, sem vulnerar nem oprimir os direitos e liberdades das minorias.

32 KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

33 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b.

34 *ibidem*, p. 246.

35 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

36 *Ibidem*, p. 113.

37 VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 259.

3 AS TEORIAS TRIDIMENSIONAIS CLÁSSICAS DO DIREITO E A TRIDIMENSIONALIDADE AXIOLÓGICA DE ARNALDO VASCONCELOS

Se hoje comumente se estudam teorias tridimensionais do Direito, não custa lembrar que, no passado, ao fenômeno jurídico tentaram-se atribuir feições unidimensionais, ora supervalorizando-se os fatos, ora os valores ou, por vezes, as normas. Tratavam-se, respectivamente, das doutrinas empirista, jusnaturalista e positivista, cada uma extraindo da realidade tão somente o elemento que lhes interessava e desprezando os demais, resultando naquilo que Reale³⁸ denominou de “soluções unilaterais ou setorizadas”.

Nesse horizonte, as teorias tridimensionais surgiram justamente na perspectiva de superar tais visões monoculares do Direito, integrando numa só realidade os três elementos essenciais ao fenômeno jurídico: o fato, o valor e a norma. Assim, num primeiro momento, Gustav Radbruch³⁹ uniu fato e valor para definir o Direito, o qual seria “um facto ou fenômeno cultural, isto é, um facto referido a valores [...], o conjunto de dados da experiência que têm o sentido de pretenderem realizar a ideia de direito”.

Estava lançada, pois, a concepção tridimensional ou trivalente de Radbruch que, segundo Reale⁴⁰, consistia numa “tridimensionalidade genérica e abstrata do direito”, assim compreendida por conceber, abstrata e separadamente, cada um dos três elementos encontrados, fazendo corresponder a cada um deles, “singularmente considerado, respectivamente, um objeto, um método e uma ordem particular de conhecimento: a Ciência integral do Direito seria obtida graças à integração dos três estudos [...]”. É dizer: faltava à teoria de Radbruch o entrelaçamento espontâneo dos três elementos, pois, na sua perspectiva, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma.

Reale⁴¹, então, debruçando-se sobre a temática, analisou o fenômeno jurídico em sua dinamicidade e concretude, integrando os três momentos ou elementos da experiência jurídica, numa correlação dialética, afirmando que “fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do

38 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

39 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 45.

40 REALE, op. cit., p. 25-26.

41 *ibidem*, p. 57.

direito, ou pelo jurista como tal”. A correlação entre tais elementos, disse ele, “é de natureza funcional ou dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo”.

Assim, o Direito resultaria da incidência da norma sobre o fato valorado ($N \rightarrow Fv = D$). “O ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor”, explica Reale⁴². Com base nessa teoria, referido autor conclui que o Direito não é só norma, como pretendem os positivistas; não é só fato, como pregam os marxistas ou os economistas do Direito; nem é principalmente valor, como pensam os adeptos do jusnaturalismo tomista, visto que o Direito é, a um só tempo, norma, fato e valor.

Todavia, ao incidir a norma sobre a realidade fático-valorativa, gerando o Direito, o que se tem aí é um enunciado “meramente descritivo, situando-se na ordem sociológica da pura constatação”⁴³, daí por que não se pode atribuir a denominação de teoria científica a esta concepção trivalente. Para tanto, necessário que se lhe atribua um juízo hipotético, um dever ser, passível de teste, próprio das teorizações científicas. Direito não deve ser fato, valor e norma. Direito é estas três dimensões, e não pode deixar de ser, conclui Vasconcelos⁴⁴, preparando o terreno para lançar sua teoria da Tridimensionalidade Axiológica do Direito.

Nesse passo, o mencionado autor observa que o papel de uma teoria científica do Direito é dizer como este deve ser, e não apenas como ele é. A função da ciência é projetar o Direito futuro. Em sendo assim, envolve a teoria, de modo necessário, “um juízo conjectural, uma predição ou hipótese, consoante proposição basilar da epistemologia de Karl Popper, construtor de um dos mais respeitados paradigmas científicos do século XX”⁴⁵.

O dedutivismo, desenvolvido por Popper⁴⁶ em oposição ao indutivismo, representa o ideal da refutabilidade como critério de demarcação científica. De acordo com essa visão, o que separa a ciência da não ciência é a possibilidade de uma determinada teoria ser submetida

42 REALE, op. cit., p. 119.

43 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a. p. 31.

44 Ibidem, p. 31.

45 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. 2. ed. revisada e ampliada, Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 212.

46 POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

à refutação, à falseabilidade. Assim, Popper rejeita, simultaneamente, o mito dos dados observacionais, bem como a lógica indutiva. Para o referido filósofo, a ciência é fruto da permanente construção de hipóteses (dever ser) e de seu cotejamento com a realidade (ser). Ademais, o progresso científico não consiste em acumulações observacionais, mas em superação de teorias menos eficazes por teorias mais eficazes. Em razão disso é que Popper afirma: “No meu entender, o conhecimento humano consiste em teorias, hipóteses e conjecturas que nós formulamos como produto de nossas atividades intelectuais”⁴⁷.

A partir daí, Vasconcelos⁴⁸ oferece um relevante contributo à clássica teoria da trivalência do Direito, concluindo que, além da primeira qualificação da juridicidade (F+V+N), o Direito deve ser justo e legítimo. “Pode não ser, sem deixar de ser Direito”, alerta o teórico da Tridimensionalidade Axiológica⁴⁹. Precisamente nessa diferença parece residir a superioridade da teoria de Arnaldo Vasconcelos, afinal, uma teoria vocacionada à cientificidade deve conter um juízo conjectural, uma hipótese, um dever ser. De fato, não basta que seja Direito, que contenha a nota da juridicidade. Para além disso, deve ser justo e legítimo. Direito, justo e legítimo, a um só tempo. Assim, valendo-se de três dimensões, Vasconcelos alia o que o Direito é ao que ele deve ser. A partir da soma destes fatores é que se chega ao produto da tridimensionalidade axiológica: o Direito ideal.

Tal teoria decorre da firme constatação de que a norma de Direito positivo, por si, “não obriga a coisa nenhuma. Não adianta querer torná-la auto-suficiente pela força do imperativo ou pela ameaça da coatividade, as quais carecem das virtudes do sentimento jurídico”⁵⁰. Com efeito, a norma obriga porque contém valor, e não simplesmente porque é válida. “Obriga por ser justa e por ser legítima”, conclui Vasconcelos⁵¹, colocando a coação, diferentemente da doutrina de Kelsen⁵², como elemento meramente accidental do Direito (não essencial), o qual possui como reais características

47 POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986. p. 93.

48 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006a.

49 *Ibidem*, p. 31.

50 VASCONCELOS, op. cit., 2006b. p. 244.

51 *Ibidem*, 2006b. p. 244.

52 Para Kelsen (2012, p. 36), “as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. [...] Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica”.

apenas a bilateralidade atributiva (referibilidade a dois lados – A está para B, como B está para A), a disjunção (possibilidade de prestação ou de não prestação) e a sanção (consequência punitiva ou premial).

Destarte, a norma incide sobre o fato valorado para gerar o Direito. Dado o Direito, deve ser a prestação. Dada a não prestação, deve ser a sanção. Dada a sanção, somente diante do seu não acatamento espontâneo é que deve ser a coação. Logo, a coação pressupõe um Direito já existente. Sendo assim, aquela não integra a essência e o conceito deste. A este Direito, que não se presta à coação, mas à compartição de liberdades, somam-se o dever de justiça e de legitimidade, para formar a trivalência axiológica.

Para Vasconcelos, fica evidente que os valores justiça e legitimidade situam-se fora das instâncias de validade da norma jurídica (juridicidade, positividade, vigência e eficácia), pois, do contrário, inexistiria escolha, vale dizer, o Direito seria sempre justo e legítimo, bastando estar positivado, de modo que o Direito absolutista, o Direito escravista, o Direito ditatorial, o Direito nazista e o Direito do apartheid seriam justos e legítimos, porquanto vigentes e eficazes. Na verdade, justiça e legitimidade apresentam-se como instâncias de valor da norma jurídica, inseridas no campo da metafísica, e não da física, ou seja, “a perspectiva gnosiológica já não pode ser a científica, senão a filosófica, entendida esta em seu mais elevado sentido”⁵³.

Em síntese, a teoria da Tridimensionalidade Axialógica não se limita a descrever o fenômeno jurídico, indo além de aspectos meramente observacionais da realidade. Projeta-se, por meio da referida construção teórica, um Direito vocacionado para um ideal metafísico. Tem-se, pois, uma teoria com bases fincadas em três alicerces: Direito, humanismo e democracia, cada um relacionado à tríade juridicidade, justiça e legitimidade, respectivamente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo de uma teoria científica do Direito é dizer como este deve ser, e não apenas como ele é. Nesse passo, além da qualificação da juridicidade, o Direito deve ser justo e legítimo. Justiça e legitimidade são, portanto, valores que devem ser incessantemente perseguidos pelo Direito. Com efeito, não basta que seja Direito, que contenha a nota da juridicidade (norma incidente sobre fato valorado). Para além disso, deve ser justo e legítimo.

53 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006b. p. 243.

A justiça, entendida como valor ético norteador do comportamento humano, possui ao menos quatro dimensões que interessam ao estudo do Direito: a justiça no sentido sinalagmático (dar a cada um o que é seu), no sentido solidário (cada grupo deve cumprir na sociedade, juntamente com o Estado, uma função específica, promovendo a distribuição proporcional de bens materiais e imateriais entre todos), no sentido isonômico (os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na justa medida de suas desigualdades) e no sentido da equidade (justiça do caso concreto, que repele os excessos).

A legitimidade, a seu turno, é o consentimento dos governados em relação àqueles que detêm o poder, consentimento este que se manifesta quanto à origem e quanto aos limites desse poder. Legítimos, portanto, são somente o Direito e o poder que despertam no povo o sentimento de conformidade e respeito à vontade geral e que espelham os valores que dominam o sentimento popular, sem vulnerar nem oprimir os direitos e liberdades das minorias. Assim, pois, a legitimidade pode ser concebida como um processo dinâmico de interação entre legitimantes e legitimados, ou seja, entre os delegantes e os delegados do poder.

Consequentemente, justiça e legitimidade devem estar antes e depois do Direito. Antes, no ato de criação normativa. Depois, no ato de interpretação e aplicação da norma. Só assim pode haver a confluência do trinômio Direito, humanismo e democracia, noções elementares à teoria da Tridimensionalidade Axiológica, de Arnaldo Vasconcelos, que qualifica o Direito a partir das perspectivas da juridicidade, da justiça e da legitimidade. Mediante a soma destes fatores é que se chega ao Direito ideal, produto da tridimensionalidade axiológica.

Destarte, a teoria da Tridimensionalidade Axiológica ostenta sinais evolutivos em relação às clássicas teorias tridimensionais, na medida em que as três dimensões propostas por aquela aliam o que o Direito é ao que ele deve ser. O que ele é? Um instrumento de coordenação social, e não de coação social. E o que ele deve ser? Justo e legítimo, valores que constituem o suporte infalível do sentimento de obrigatoriedade.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *O livre arbítrio*. Tradução de Antônio Soares Pinheiro. Braga: Faculdade de Filosofia, 1990.

AGUIAR, Odilio Alves. A propósito da problemática do mal em Hannah Arendt. *Revista de Psicologia*, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 82-88, jul./dez. 2002.

Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12586/1/2002_art_oaaguiar.pdf>. Acesso em: 8 maio 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BASTOS, Núbia M. Garcia. *Introdução à metodologia do trabalho acadêmico*. 5. ed. Fortaleza: Nacional, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FARIA, José Eduardo. A crise constitucional e a restauração da legitimidade. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 25-61, maio/ago. 1985. Disponível em: <<http://sistema.bibliotecas.fgv.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz N. da Silva e Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PLATÃO. *A República*. Tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

_____. *Autobiografia intelectual*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RENAN, Ernest. O que é uma nação? In: ROUANET, Maria Helena (Org). *Nacionalidade em questão*. Rio de Janeiro: UERJ/Instituto de Letras, 1997

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Princípios do Direito Político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do Direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. 2. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: GZ, 2010.