

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 153

janeiro/março – 2002

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# A tetradimensionalidade do Direito

## Escoço inicial

Paulo Lopo Saraiva

### Sumário

1. Introdução. 2. O Direito e suas dimensões evolutivas. 3. A Justiça como quarta dimensão do direito. 3. 1. Percepção da Justiça como quarta dimensão teleológica do Direito. 3. 2. Percepção do valor como meio de valoração do fato e da norma, para obtenção da Justiça. 4. Conclusão.

### 1. Introdução

O Direito evolui com a sociedade. *Jus si-cut societas acrescit.*

Ante essa realidade, impõe-se um reexame estrutural com vistas ao reconhecimento de uma nova dimensão jurídica: a Justiça.

Kant constata que os Jurisconsultos (cultores do Direito Positivo) têm dificuldades para responder a esta pergunta “que é o Direito?” (*Quit sit jus*), ainda que possam apontar “o que seja de direito” (*Quid sit juris*), à vista do sistema normativo vigente, numa conjuntura.

Dificuldade símile encontramos ainda hoje para responder a esta outra pergunta “que é a verdade?” (*Quit sit veritas*). De igual modo, continua sem resposta esta questão “que é a justiça?” (*Quit sit justitia*). Mais que conceituá-la ou defini-la, precisamos urgentemente realizá-la.

Com esse objetivo – de concretização jurídica –, desenvolvemos esta pesquisa sobre a Justiça como a dimensão teleológica

Paulo Lopo Saraiva é Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito constitucional pela PUC-SP, Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB e Professor de Direito Constitucional na UFRN e Universidade Potiguar.

do Direito, estabelecendo uma interconexão com a Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, a maior expressão do jusfilosofismo contemporâneo.

No Pós-positivismo, não se é contra ou a favor de algum autor ou de alguma teoria; não se é ante ou anti, mas após, vale dizer: depois de alguém ou de algo. No Pós-positivismo, todas as teorias e todos os autores são válidos, porque contribuíram, cada um por seu método e no seu tempo, para a evolução do Direito.

Ante isso, e *in principio*, deixamos claro que não nos interessa a polêmica, pura e simples, mas o debate evolutivo, que propicie novas soluções hermenêuticas para a realização do Direito.

Defendemos que há uma relação essencial entre o direito e a justiça. E é exatamente essa relação ontológica e epistemológica o objeto da presente análise.

## 2. O Direito e suas dimensões evolutivas

O exame da evolução do Direito, nos dias hodiernos, ostenta uma diversidade ontológica e epistemológica, merecedora de nova interpretação.

Para bem pré-compreender e entender as plúrimas concepções do Direito, impõe-se situá-lo no tempo e no método. Daí concluir-se, com Müller, que a questão do método é uma questão estratégica.

O Direito apresenta quatro dimensões evolucionárias: a histórica, a filosófica, a sociológica e a contemporânea.

As dimensões históricas, também conhecidas como gerações, referem-se ao desenvolvimento jurídico, ao longo das fases cronológicas.

Os direitos civis ou liberdades públicas surgem com a Revolução Francesa de 1789, possibilitando a participação política dos cidadãos, pela derrocada da Monarquia Absoluta. Substituiu-se o slogan *L'État c'est moi* por um outro formalmente democrático: *L'État c'est la loi*. Apesar de muitos avanços,

no campo dos direitos humanos, a prática tem demonstrado que há ainda muito a conquistar.

Ao depois, temos a eclosão dos direitos sociais, com a Revolução Comunista de 1917. Essa dimensão oferece duas fases básicas: a pré-compreensão marxista e a execução leninista. Marx foi o ideólogo, Lênin, o executor. As tentativas de implantação de um “socialismo real” não receberam o *placet* histórico, haja vista não ter sido superado o óbice da simultaneidade convivencial da liberdade política com a igualdade econômica.

Mas a contribuição marxista-leninista para um redimensionamento dos padrões sócio-econômicos transformou-se num legado da mais alta importância para o progresso da humanidade. É impossível negar que, sem a solução dos problemas infra-estruturais, pode-se atingir uma ambiência humana digna. Vale dizer: só a super-estrutura é incapaz de conferir vitalidade democrática aos povos.

Na terceira dimensão, postam-se os direitos advindos do pós-Segunda Guerra Mundial: direitos ao desenvolvimento econômico, direitos de solidariedade, direitos à segurança internacional e à paz mundial.

Esses novos direitos eclodem na África e na Ásia, com a independência de vários países, como bem registrou o professor Étienne – Richard MBaya.

Contemporaneamente, contata-se uma última dimensão jurídica, o direito de quarta dimensão: a democracia.

O Mestre Paulo Bonavides, com seu peculiar brilhantismo, anuncia pioneiramente essa nova dimensão jurídica:

“A democracia neste fim de século, mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou uma forma de vida, tende a se converter ou já se converteu no mais novo direito dos povos e dos cidadãos. É direito de qualidade distinta, direito que eu diria da quarta geração”.

No plano jusfilosófico, o direito aparece nas esferas jusnaturalista, juspositivista, jus-sociológica e jus-estruturalista.

O direito natural é a primeira noção jurídica que recebemos. Aprendemo-lo na comunidade primigênia, que é a família.

Vale transcrever, aqui e agora, a lição de Mário Bigotte:

“A inexistência do direito natural é atestada por múltiplos factores, de diversa natureza, nomeadamente: a) experiência interna, consistente no testemunho de consciência sobre a vigência de uma lei não escrita, reguladora de conduta humana em conformidade com a própria dignidade do homem; b) o reconhecimento expresso, por várias legislações, da validade de normas de direito natural; c) consagração pelas modernas declarações de direitos, constitucionais e internacionais, de direitos humanos, que, bem entendidos, constituem verdadeiros direitos naturais, anteriores e superiores ao direito positivo; d) o frequente apelo, por parte de autores que se não reclamam de jusnaturalistas, a princípio de um direito suprallegal (por ex., o caso já referido de Radbruch) ou, inexplicitamente, de ‘direito natural’ (recorde-se Hart)” (1998, p. 141-142).

O Juspositivismo jurídico tem como corifeu Hans Kelsen, da Escola de Viena.

Para Kelsen, o direito é somente uma ordem coativa, situada em dois campos: o do ser (*sein*) e o do dever-ser (*sollen*). No sistema kelseniano, as normas ordenam-se num escalonamento hierarquizado (*Stufenbau*), que tem como ponto alto a Constituição.

A norma é produto da vontade humana e tem seu fundamento de validade, sem levar em conta qualquer prejuízo de valor (norma justa ou injusta), numa outra norma que lhe dá supedâneo normativo (*stufenbau*).

Todo o ordenamento se baseia numa norma fundamental hipotética (*hypotestische Grundnorm*), que ele, depois, nominou de norma de ficção.

As normas primárias disciplinam o ato de coerção (ou seja, a possibilidade de apli-

car a sanção) e as normas secundárias regulam a conduta delituosa, condição de existência para o exercício da coação, vale dizer: da aplicação da sanção.

Por fim, Kelsen construiu uma Teoria Pura de Distrito (*Reine Rechtslehre*), expungindo-o de toda influência extranormativa. O Direito, na miragem kelseniana, é estatal (*alles recht ist Staatsrecht*) e puro (*Reinheit*). Enfim, no sistema kelseniano, Direito, Estado e Norma confundem-se.

No campo sociológico, interessa ao intérprete examinar a eficácia normativa, observando o real cumprimento da disposição legal. O Direito é o evento natural, a partir de que se possibilita o exercício da valoração jurídica.

Relembre-se, por conveniente e oportuno, que o direito tem sua origem no fato social, *jus oritur ex facto*. Sem a correta valoração do fato – e é essa a primeira a ser empreendida na operação hermenêutica –, com certeza ocorrerá o *desvio judicial*, ou seja, o desvio no atingimento da Justiça, quando da aplicação do direito, sobretudo do direito-norma.

Eugen Ehrlich, um dos prógonos da Sociologia do Direito, afirmou: “o centro de gravidade do desenvolvimento jurídico não se encontra na legislação, nem na ciência jurídica, nem na decisão judicial, mas na sociedade humana mesma” (1936).

De outro bordo, Recasens Siches, outra grande expressão do sociologismo jurídico, prelecionou: “a mera existência do direito positivo, assim como a existência de convenções e crenças sociais concretas, implica outra crença mais radical, a crença em que há valores, entre eles, valores que devem reger e inspirar o Direito” (1956, p. 248).

De grande importância, portanto, a análise sociológica para a verdadeira percepção do Direito e, em consequência, da justiça.

Por fim, na linha jusfilosófica, temos a dimensão Jus-Estruturalista, operacionalizada pela Teoria Estruturante do Direito, do Professor Friderich Müller, da Universidade de Heidelberg.

Essa notável e original teoria jurídica começa a ganhar espaços no Brasil, em face da presença constante do mestre alemão nos meios universitários brasileiros. O Professor Müller tem atendido a convites do Conselho Federal da OAB, sendo comparsa das suas últimas Conferências, bem assim a convites regulares de várias universidades e organizações sociais relevantes.

Müller, mais que um comentador da norma, é um construtor. A sua teoria viabiliza a hermenêutica da concretização e não apenas da descrição da norma. É essa a diferença fundamental entre a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, e a Teoria Estruturante do Direito de F. Müller.

Vejamos: na miragem mülleriana, o direito positivo é uma norma-texto (*input*), um enunciado jurídico, que será operacionalizado pela norma-programa (esfera da hermenêutica), norma-âmbito (esfera do fato social). A interconexão dessa norma produzirá a norma jurídica, genérica e abstrata, de conseguinte, impotente para a realização jurídica.

Somente após a decisão política, surge a norma de decisão (*output*), essa sim concretizadora do direito, portanto, realizadora da justiça, de vez que a finalidade do Direito é realizar a justiça. “Ao Juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça” (Luiz Fernando Coelho apud NEVES, 1993).

Um exemplo prático clarifica melhor essa abordagem. A Constituição brasileira prescreve: “A educação é direito de todos e dever do Estado”.

Temos aqui, inicialmente, uma norma-texto, um *input* do sistema jurídico.

Ao interpretarmos essa norma por meio da norma-programa, à vista do fato social, v.g. a educação para Pedro, norma-âmbito, construiremos a norma jurídica, genérica e abstrata: TODOS TÊM DIREITO À ESCOLA. Pedro, no entanto, continua sem escola, porque não existe a escola, não há professores ou ele não pode adquirir material escolar. A norma jurídica, *per se*, não realiza direito algum.

No instante em que o administrador toma uma decisão política, produz a norma de decisão, ao inaugurar a escola, equipada com o material necessário e provida do quadro docente próprio; nesse exato momento, realiza-se para Pedro, sujeito da destinação normativa, o direito de estudar. A concretização da norma é sempre um ato individual. A norma concretiza-se em cada caso, *per se*.

Lembramos que Müller tem razão ao proclamar: “O Direito é uma forma especial de política”. *De vero*, sem decisão política, jamais haverá eficácia, efetividade e eficiência jurídica.

Por fim, o Direito apresenta uma dimensão contemporânea, adequada às radicais mudanças ocorridas nos últimos anos.

Na versão de Boaventura Santos, professor de Coimbra, três movimentos realinham o constitucionalismo contemporâneo: a regionalização, materializada pela União dos Estados, com objetivos desenvolvimentistas, o cosmopolitanismo ético, ensejado por um sistema universal de proteção aos direitos humanos, inclusive com a superação do vetusto princípio penal da territorialidade, e, finalmente, a Globalização, provocadora da circulação de bens e capital transnacional, no mercado mundializado (apud VIEIRA p. 15-16).

O Professor José Eduardo Faria, em conferência pronunciada no XXVIII Encontro Nacional de Faculdades de Direito, realizado em Porto Alegre, no período de 25 a 27 de outubro de 2000, sob o tema “As metamorfoses do Direito na reestruturação do Capitalismo”, suscitou oito tendências, que têm modificado as relações jurídicas no mundo hodierno.

A primeira tendência relaciona-se com a reformulação do formalismo processual, abolindo-se procedimentos dispensáveis, com redução de recursos e solução rápida dos conflitos jurídicos, a exemplo do que já realizam os Tribunais Especiais.

Afirma o mestre paulista: “Com o desenvolvimento da informática, a revolução de microeletrônica e o avanço das telecomunicações, esse processo decisório é cada vez

mais instantâneo. Ou seja, o tempo na economia globalizada não respeita fusos horários. É o tempo real dos fluxos financeiros, o tempo da simultaneidade das decisões comerciais, o tempo do aqui e agora dos meios de comunicação, repercutindo de modo quase instantâneo fatos e acontecimentos nas percepções coletivas” (Anais... 2000, p. 89).

A segunda tendência propugna pela substituição dos padrões formais do direito romano-germânico, como o nosso, pelos do direito anglo-saxônico, valorizador da formação jurisprudencial. Veja-se a existência, entre nós, das Agências Reguladoras, nos campos das telecomunicações e do petróleo.

A terceira tendência volta-se para a esfera da “progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo”. Sem dúvida, os processos de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização têm retirado do ordenamento jurídico tradicional aquela “função dirigente”, com queda de imperatividade, inclusive no âmbito constitucional.

A quarta tendência é a da “reprivatização do direito”. Há uma espécie de renascimento do direito privado, à vista da principiologia neoliberal. Impõe registrar que esse renascimento efetiva-se à margem do Estado. Nessa tendência, a tutela estatal é substituída pela livre negociação. É um retorno ao individualismo jurídico-social.

Por essa tendência, a concepção de Constituição apresenta nova imagem. Segundo o autor citado (Anais... p. 92),

“Ela deixa de ser um estatuto organizatório definidor de competências e regulador de processos no âmbito do Estado, passível de ser visto como ‘norma fundamental’, e reconhecido como centro emanador do ordenamento jurídico. E assume a forma de uma certa identidade política e cultural, atuando como um centro de convergência de valores em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências fundamentais. Do ponto de vista substantivo, os direitos de cida-

dania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção de mecanismos neutralizadores, de soluções uniformizantes e medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada. Do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, das regras jurídicas estáveis, claras e acatadas por todos os atores”.

A quinta tendência atinge o Direito do Trabalho, enfraquecendo-lhe os princípios e normas, conquistados por lutas históricas. Aqui valem os conceitos de “empregabilidade”, “renda”, “flexibilização legal”, entre outros.

A sexta tendência milita no campo do Direito Internacional Público, com modificações paradigmáticas. Há uma espécie de retorno à *lex mercatoria*, com perponderância do Direito da Produção. Sem dúvida, nesse aspecto, constata-se uma prevalência do Direito Comunitário sobre o Direito Internacional Público e sobre o Direito Nacional. Em verdade, não se opera apenas uma internacionalização jurídica, mas uma transnacionalização legal.

A sétima tendência caminha no sentido da regressão dos direitos humanos e, entre esses, dos direitos sociais. Como bem acentua o autor, já indicado, “na prática, em outras palavras, o enxugamento do Estado-nação implica a diminuição dos direitos humanos e, por conseqüência, da própria cidadania” (Anais... p. 95).

*In fine*, apresenta-se a oitava tendência, com vistas a modificar os paradigmas do direito penal. Anota o Professor José Eduardo Faria:

“Para obter maior eficiência no combate às novas formas de criminalidade, os Estados passaram a reformular seus esquemas de controle e prevenção de delitos, seja ampliando extraordinariamente o caráter punitivo-repressivo de suas normas penais, seja esvaziando o processo penal de

suas feições garantistas, seja assinando tratados internacionais para uma atuação conjunta em termos continentais (como é o caso do Acordo de Shengen, de 1992) (Anais... p. 96).

### 3. A Justiça como quarta dimensão do Direito

#### 3.1. Percepção da Justiça como dimensão teleológica do Direito

Em tudo há uma finalidade. A atividade humana tem começo, meio e fim.

Com efeito, em se tratando de estrutura jurídica, não poderá ser diferente. O Direito, como todas as outras realidades humanas, tem um fim.

Não se nega que o Direito é uma combinação ontológica e espiemológica, sob o ponto de vista hermenêutico, mas, também, não lhe pode negar uma finalidade, uma dimensão teleológica.

Essa dimensão é a Justiça. Desde os primórdios da humanidade que se tenta perceber o significado da Justiça.

No mundo greco-romano, a intuição inicial de justiça teve um significado ético-religioso, com uma visão mítica. Nesse mundo antigo, as deusas Themis e Diké representavam a idéia de justiça, numa miragem simbólica.

Preleciona o mestre Miguel Reale:

“Pode-se dizer que o Direito, de envolta com as demais expressões do viver coletivo, foi antes vivido como um fato, e, ao mesmo tempo, como um fato a que o homem atribua a força inexorável e misteriosa dos enlaces cósmicos, talvez inspirado inicialmente, como sugere Cassirer, pela visão dos astros, cuja ‘ordem’ terá sido a primeira a ser arrancada do caos das impressões, dos desejos e das vontades arbitrárias”<sup>1</sup>.

Com Aristóteles inicia-se a fase científica da análise do conceito de justiça. O Estagirita proclama: “a justiça é um fenômeno

político (estatal), sendo o Direito o ordenamento da comunidade estatal. Esse Direito é também o critério justo” (BIGOTTE, 1998, p. 25). O filósofo grego já sinalizava que o Direito tem uma finalidade justa, em termos contemporâneos, que o Direito é sempre um ato de justiça.

Para Aristóteles, a justiça é uma *proportio ad alterum*, na terminologia de Santo Tomás de Aquino, e pode ser comutativa, obedecendo a uma relação absoluta, numérica ou aritmética e distributiva, ou seja, corretiva, com o escopo de oferecer a cada pessoa aquilo que lhe é devido (BIGOTTE, 1998, p.25).

Sob o ponto de vista etimológico, o termo IUS deu origem a várias palavras da língua portuguesa, *verbi gratia*: justiça, juiz, jurisdição, jurisconsulto, jurisprudência, jurista, jurídico, jurisdicional, etc.(BIGOTTE, 1998, p. 25).

Mas, sob a mira ôntica e semântica, o termo IUS se deriva da palavra *iustitia*.

Afirma o Ulpiano, no Digesto (1, 1, 1, pr.): “*iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum, nam ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi*” (convém que aquele que vai se dedicar ao Direito conheça primeiramente de onde procede o termo *ius*. É chamado assim por derivar de *fustitia*: porque, como elegantemente definiu Celso, o direito é a arte do bom e do justo).

Para os gregos, o direito (*to díkaion*) é objeto da justiça (*dikaioyne*), ou seja, a coisa justa, que é atribuída a outrem.

De outro bordo, a palavra direito, e as suas derivadas, provém de DIRECTUM, participio passado do verbo DIRIGERE, que se compõe de DI+regere (reger, governar). Há outros que defendem a origem do verbo *regere*, de RAGA (hebraico), com significado de governar os povos (BIGOTTE, 1998, p. 22).

Da palavra *rectum* originam-se *Recht* (o direito), *recht* (direito e reto), *gerecht* (justo), *Gerechtigkeit* (justiça), *richtig* (justo) e *right* (direito).

Ulpiano já proclamara: “*iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cui que*

*tribuendi*”(Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu).

No seu Evangelho, Cristo pregou: “NO-LITE JUDICARE SECUNDUM FÁCIEM, SED JUSTUM JUDICIUM JUDICÁTE” (não julgueis pelas aparências, mas conforme a Justiça) (S. João. 7, 14, 31).

Para não ir mais longe na história, examinemos a opinião dos contratualistas.

Começemos por Kant. O Filósofo de Königsberg defendeu uma “sociedade justa”, com a convivência de homens livres, cada um no exercício de sua autonomia.

Escreveu Kant: “se a justiça desaparecesse, não valeria mais a pena que os homens vivessem sobre a terra”.

Hegel apresenta o ideal de justiça como produto do *Volksgeist* (espírito do povo), ou seja, a realização de um Estado de Justiça Social, nos moldes da existência de uma justiça possível.

Se para ele “o que é real é racional” e “o que é racional é real”, não há diferença entre o jurídico (o direito que é) e o justo (o direito que deve ser), não se contrapondo, destarte, o direito real ao direito ideal<sup>2</sup>.

De grande importância para a nossa pesquisa a análise, posto que sucinta, do pensamento neojusracionalista, predominante nas três subescolas neokantianas de Marburgo, liderada por Rudolf Stammler; a de Baden, protagonizada por Gustav Radbruch e a de Viena, com expressão maior em Hans Kelsen.

Stammler (1856-1938) sustentou “a possibilidade de um direito objetivamente justo em seu conteúdo”, com a admissão de “um direito natural de conteúdo variável”, regras jurídicas que, sob condições reais, pudessem produzir um direito teoricamente justo. É o direito natural de conteúdo progressivo (JACQUES, 1968, p. 237).

Radbruch (1878-1949) desenvolveu uma teoria axiológica do Direito, a *Wertphilosophie* (Filosofia dos Valores), composta de três partes: a Lógica, a Moral e a Estética.

Nessa linha de raciocínio, afirmou o jurista de Heidelberg:

“o direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores. O conceito de direito não pode, pois, ser determinado, nem definir-se de outra maneira que não seja esta: o conjunto de dados da experiência que tem SENTIDO de pretender realizar a idéia do direito. O direito pode ser injusto (*summum jus summa injuria*), e, contudo, não deixa de ser direito, na medida em que o seu SENTIDO vem a ser precisamente este: o de realizar o justo”<sup>3</sup>.

Esse mestre alemão o estatua na diferença entre o valor e a realidade. O valor é produto da valoração; a realidade pertence ao reino da natureza.

Por fim, a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, já comentada, que definia a justiça como “um ideal irracional”.

Todavia, na Teoria Geral das Normas, sua obra póstuma, o Mestre de Viena admite um estudo complementar entre Moral e Direito.

Como visto, o pai do monismo jurídico, um sábio, como era, descobriu e chegou a aceitar a possibilidade de uma referência à axiologia jurídica.

Relembre-se, por conveniente e oportuno, que todas essas teorias antecederam ao advento da Tridimensionalidade do Direito, do mestre Miguel Reale.

Uma das teorias mais modernas sobre justiça, a de John Rawls, sintetiza-se nesses princípios:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (1997, p. 64).

O Professor de Harvard busca oferecer à igualdade uma base concreta, não deixan-

do claro, no entanto, se sua teoria é de natureza “liberal” ou “social-democrata”.

Inegavelmente, o esforço de John Rawls em oferecer uma nova visão sobre a justiça, no caso, “justiça real”, é louvável e abre novas e alvissareiras perspectivas para o exame dessa complexa temática.

Almeida Garret, citado pelo Mestre Paulo Bonavides, enfatiza: “a justiça é a única virtude primordial em que todas as outras se contivessem”. E continua “Justiça é tudo, justiça é as virtudes todas, justiça é religião, justiça é caridade, justiça é sociabilidade, é respeito às leis, é lealdade, é honra, é tudo enfim”. E adita o Mestre de Fortaleza: “Justiça neste País é, também, o respeito e a concretização de todos os princípios superiores da ordem constitucional” (BONAVIDES, 1999, p. 130).

Em roboração à idéia que pioneiramente defendemos – *hic et nunc* –, atesta o Professor Luiz Fernando Coelho (apud NEVES, 1993, p. 29): “posso acrescentar que o papel do jurista não é manter os conteúdos normativos estabelecidos pelo poder, mas substituí-los por outros conteúdos mais condizentes com as exigências da justiça e voltados para a realidade social. Ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, MAS FAZER JUSTIÇA” (grifo nosso).

Na reflexão de Rudolf Ihering, a luta pelo Direito nada mais é do que a luta pela justiça.

Como afirmou Petrone, o direito positivo é “o precipitado histórico da idéia de justiça”.

Garcia Maynes completa: “todo direito positivo representa um ensaio, desgraçado e feliz, de realização de justiça”.

Nilzardo Carneiro Leão adita: “Porém, sendo a legalidade vigente a expressão objetiva do Direito e a Justiça a sua meta ideal, a nossa luta se consubstancia em atitude crítica com relação à legalidade vigente, pela defesa indormida da dignidade da pessoa humana e de seus direitos naturais, e pelo aprimoramento das instituições. Isso tudo exige, evidentemente, o ambiente da democracia, que, na definição perfeita de Jacques

Maritain, ‘é uma organização racional das liberdades fundadas sobre a lei e onde a ordem, digo, encontra sua garantia na Justiça’”(1974).

Não resta a menor dúvida de que a dimensão teleológica do direito é a justiça.

Finalizando essa parte relativa à nova percepção da justiça, citamos o Mestre da Universidade de São Paulo, Miguel Reale, cuja asserção retira qualquer indício de dúvida sobre a condição da justiça, como finalidade do Direito.

Eis o que ensina o mestre paulista: “Vê-se, pois, que o conceito do direito implica, outrossim, nos elementos do Poder (donde dizemos que é uma realidade ordenada, ou, por outras palavras, uma ORDENAÇÃO), assim como no de sociedade; é o direito VINCULAÇÃO BILATERAL-ATRIBUTIVA DA CONDUTA HUMANA PARA A REALIZAÇÃO ORDENADA DOS VALORES DA CONVIVÊNCIA. Temos, assim, a sociedade como condição do Direito, A JUSTIÇA COMO FIM ÚLTIMO, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o Poder como garantia de sua atualização” (grifo nosso)<sup>4</sup>.

### 3.2. Percepção do valor como meio de valoração do fato e da norma, para obtenção da Justiça

No esquema que imaginamos, o valor apresenta dupla funcionalidade: a valorativa e a finalística.

No plano valorativo, o valor funciona como meio de valoração, isto é, como norma-programa, para usar a linguagem *mülleriana*.

Valorar significa submeter o fato e a norma a uma tábua de valores. O valor, nessa hipótese, é um elemento hermenêutico. É o instrumento de interpretação do fato e da norma.

Hans Georg Gadamer, citado por Juarez Freitas, ensina:

“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocor-

re com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra, por sua vez, sujeito à lei, exatamente como qualquer outro objeto membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem jurídica supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do todo” (GRAU; GUERRA FILHO, 2001, p. 229).

Na mesma linha de raciocínio, pondera Eros Roberto Grau: “O que incisivamente deve ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen, é o fato de a moldura da norma ser, diversamente, moldura do texto, mas apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura dos fatos. O intérprete interpreta também os fatos, necessariamente além dos textos, ao empreender a produção prática do Direito. Isso reclama do intérprete a efetiva consideração, em cada caso, não apenas dos textos (de todo o Direito, a partir da Constituição), mas também dos fatos, até porque desse enlace é que resulta (a produção da) a norma. A interpretação de ambos, textos e fatos, dá lugar à norma: (decisão) aplicável ao caso” (2001, p. 262).

Na verdade, para a razoável interpretação e aplicação do Direito, com o escopo de realização da Justiça, impõe-se a correta valoração do fato e da norma, sob pena de cometimento inevitável do “desvio justicial”, vale dizer: do desvio de justiça.

Como bem lembra Cabral de Moncada, repetindo o pensamento de J. Hessen, “os valores estão referidos à realidade; são referenciais ao real, à ordem do real (*Wirklichkeitsbezogen*).” Protendem a realidade. Querem tornar-se reais. Aspiram a sair da sua própria esfera, que é a do ideal. Têm como que fome de existência”, conclui o mestre de Coimbra (1966, v. 29).

A Axiologia jurídica renasce, nos tempos atuais, em face da falência do normativismo puro, que supedaneou os regimes autocráticos do século XX. A vida em sociedade implica a cultura e a preservação dos va-

lores. Como sabiamente afirmou Jasper, ser é sempre “ser-com outro” (*sein ist mitsein*).

Os valores são apreendidos de duas maneiras: pelo emocionalismo e pelo intelectualismo. Essas vias devem ser consideradas simultaneamente. De fato, o valor é, *in limine*, um sentimento, para, ao depois, transformar-se em realidade.

Há valores espirituais e valores vitais e materiais. O importante, no contexto contemporâneo, é transformar os valores espirituais em valores vitais. O conhecimento axiológico permite-nos contemplar o belo, buscar a justiça e materializar os princípios constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988 é uma constituição principiológica, portanto, valorativa. Diferente das outras três constituições e quatro cartas, até hoje promulgadas e outorgadas no Brasil, a atual Constituição inicia-se com a pauta dos Princípios Fundamentais e não com a organização do Estado, como as anteriores. Essa mudança topográfica impõe uma mudança, também, ôntica e epistemológica. Todos os protagonistas do Direito são obrigados a valorar o fato e a norma, para obtenção da Justiça.

Tomemos como exemplo a prática de um homicídio.

Recebida a *notitia criminis*, o Delegado é a primeira autoridade a tomar conhecimento do fato delituoso. Ele será, também, o primeiro agente de justiça a operacionalizar a valoração do fato, supostamente delituoso, e da norma a ser aplicada. A estatuição de um correto juízo de valor repercutirá em todo o *iter* processual, quer na via administrativa (policial), quer na via judiciária.

Em seguida, o Promotor de Justiça, de igual modo, realizará a sua valoração acerca do fato e da norma. A denúncia, na nossa visada, não poderá apenas ater-se ao Inquérito Policial, deverá ir mais além, deverá ser produto de uma valoração autêntica por parte do Ministério Público.

Por fim, o juiz valorará (o fato e a norma), quando for prolatar a pronúncia. Novamente, exige-se autonomia e independên-

cia, pois está em jogo um valor inestimável como a liberdade humana.

A segunda dimensão valorativa que indicamos é a finalística. Em outras palavras, a realização de um valor – a justiça – é a concretização do direito. Assim, afirmamos que o direito é a realizabilidade da justiça.

Mais uma vez retornamos ao ensinamento do Mestre Miguel Reale, que roborava:

“Onde, pois, há uma norma de direito, há sempre um problema axiológico pressuposto ao intérprete. Dessa asserção resultam quatro conclusões que será sempre necessário ter presentes, especialmente por suas consequências de ordem prática, a saber:

- Toda norma, por ser sempre representação de um valor e objeto de volição, jamais pode deixar de ser interpretada, não podendo haver norma que dispense interpretação (essencialidade do ato interpretativo).

- Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa (essencialidade axiológica do ato interpretativo).

- Toda interpretação se acha condicionada por um complexo de situações fáticas, a começar cronologicamente por aquela que havia condicionado originariamente a objetivação da norma (essencialidade da condicionabilidade fática do ato interpretativo).

- Toda interpretação tem como pressuposto o caráter necessariamente lógico da proposição normativa, não obstante possa ter sido o resultado de fatores alógicos (essencialidade lógica do ato interpretativo).

No que se refere a esses enunciados, cabe observar que os valores, que formam a razão ou o conteúdo das

normas, aparecem nesta por meio de um ato volitivo. A norma jurídica é, pois, sempre determinação racional e objetiva de valores, na medida e em função de meios idôneos à sua realização, na dependência ou em função dos fatos ou circunstâncias em que a valoração e a volição ocorrem”.

Quando a valoração é mal elaborada, cometem-se os *desvios justiciais*, ou desvios de justiça. Esses desvios podem ser máximos (injustiça – *summum jus, summa injuria*); médios, (injusto parcial), ou mínimos (*praeter justum*).

Somente a prática jurídica poderá indicar, em cada caso, a concreção desses exemplos. É sempre uma situação casuística.

#### 4. Conclusão

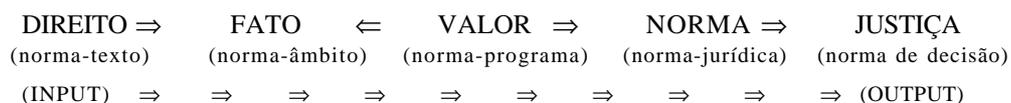
O presente tema é inconcluso, mas, para suscitar inferências prévias, podemos concluir que:

- A justiça é a dimensão teleológica do direito. Não há direito injusto. Há manifestação injusta do Direito, por meio de norma, de contrato, de convenção, de decreto, de medida provisória ou de outros meios jurídicos.

- O valor consignado no esquema Fato, Valor e Norma tem a nosso sentir, em primeiro lugar, uma funcionalidade hermenêutica, ou seja, é um instrumento de valoração do fato e da norma, como expusemos.

- Embora o esquema jurídico seja imantado pelo valor justiça, este só se realiza, como fim do direito, quando ocorre a concretização da norma jurídica, da lei ou de outro ato normativo. De conseguinte, a justiça é a quarta dimensão do direito, ou seja, a sua dimensão finalística.

- Numa interconexão com a Teoria Estruturante do Direito, o novo esquema de análise jurídica apresenta esta estrutura:



Em verdade, não se deve confundir justiça valor com Poder Judiciário. A Justiça é a *ratio ultima* do Direito. O Judiciário congrega a ordem dos magistrados. O texto constitucional vigente é muito claro nesse aspecto.

Quando o art. 133 da Constituição Federal estatui que o Advogado é indispensável à administração da justiça, está tratando da justiça como dimensão do direito e não como Poder Judiciário. De igual modo, a Lei Maior refere-se às funções essenciais à justiça – novamente justiça como valor e não Poder Judiciário. O Ministério Público, *verbi gratia*, é essencial à justiça-valor e à função jurisdicional do Estado (art. 127 da Constituição Federal), do mesmo modo que a Defensoria Pública (art. 134 da Constituição Federal).

Por fim, relembro o pensamento de Bernard SchWartz, para quem “a qualidade da justiça depende mais da qualidade dos homens que aplicam a lei do que do conteúdo da lei aplicada”.

#### Notas

<sup>1</sup> Reale, Miguel. Op cit., p. 10

<sup>2</sup> Reale, Miguel. Op. cit. p. 20

<sup>3</sup> Jaques, Paulino. Op. cit., p. 238, In Rawls, Jonh. Uma Teoria da Justiça, São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 64.

<sup>4</sup> Op. cit. p. 242-243.

#### Bibliografia

BIGOTTE, Mário. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 1998. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 1999.

EHRlich, Eugen. *Fundamental principles of the sociology of laws*. [S. l.]: [s. n. ], 1936.

ENCONTRO NACIONAL DE FACULDADES DE DIREITO, 28., 2000. Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: [s. n.], 2000.

GRAU, Eros; GUERRA FILHO, W. S. (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

JACQUES, Paulino. *Curso de introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MARITAIN, Jacques. *A luta pela justiça: discurso de paraninfo*. Recife: [s. n.], 1974.

MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do direito*. Coimbra: Coimbra, 1968. v. 29.

NEVES, Antônio Castanheira. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1993.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RECANSÈS SICHES, Luís. *Nueva filosofia de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1956.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, [19--?].