



UMA COMPREENSÃO DO DIREITO PARA ALÉM DAS RELAÇÕES DE PODER

HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JUNIOR

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação e do Curso de Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Doutor e Mestre em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Engenharia Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC Rio. Especialista em Direito Processual Civil da Universidade de Cuiabá - UNIC. Líder do Grupo de Pesquisa SAPERE AUDE. Advogado.

Resumo: O comportamento ético do indivíduo releva uma inegável chance de atingir-se a justiça, como recompensa por isto. Não paira dúvidas que as atividades humanas desenvolvidas dentro de uma sociedade devem ser separadas em atitudes boas e atitudes nocivas. Na visão proporcionada por Aristóteles, a justiça é entendida como a excelência mais completa, uma vez que sintetiza outras formas de excelência, podendo constituir-se, simultaneamente, sob dois eixos: individual e coletivo. O direito tende à proteção e ao aperfeiçoamento do homem, não podendo considerá-lo individualmente para esse fim. Vislumbra o ser em estado de comunhão com os seus semelhantes, aceitando-o como parte do todo social ao qual pertence. Destarte, encontra-se a origem do direito na própria natureza do ser humano. Neste aspecto, confundem-se direito e vida. O alcance da justiça somente é possível quando da completude dos ideais estabelecidos na verdadeira dimensão ofertada ao direito.

Palavras-chaves: direito; poder; justiça.

Abstract: It has been understood that the one who acts following the ethic principles, being fair, deserves the own justice as a reward. It is undeniable that human activities in a society must be separated in good and injurious ones. In a vision had by Aristoteles, the justice is understood as an excellence more completed, once that it resumes another ways of excellence, that can be, simultaneously, two main pivots: the individual and the collective. The right has a tendency to protection and improvement of the human, not considering him individually for this. It gleams the human in communion status with his similar, accepting him as a part of a social unity where he belongs. So, it finds the beginning of right in the own essence of the

human. In this aspect, it mixes right and life. The true justice is only reachable when it turns possible to complete the established ideal with the true dimension given to the right.

Keywords: right; force; justice.

Breves linhas introdutórias

Qualquer abordagem que tenha por meta o estudo do direito deve levar em conta duas certezas: a necessidade do comportamento ético do indivíduo e a dificuldade que se tem para dimensionar um provável conceito para a justiça.

Nisso, parece certo que a história do desenvolvimento humano sempre fora analisada sob o ângulo das atividades que o indivíduo exerce em sociedade. Daí surgirem os conflitos, os confrontos entre grupos determinados dentro do mesmo território e, até mesmo, em territórios distintos.

Tais atividades, de plano, podem ser analisadas sob o prisma de sua exteriorização, esta que, por sua vez, ocorre com relação aos seus semelhantes ou de acordo com sua ação sobre os bens, materiais ou imateriais que lhe proporcionam os recursos de conservação e de desenvolvimento.

Em análise inicial, o direito deve sempre pressupor a existência do indivíduo e da atividade por ele exercida quando em vivência social. A finalidade primordial a ser invocada é a própria coexistência do ser. Há uma inegável tendência a invocar o direito como um conjunto de parâmetros que em sua essência destina-se a proteger e a aperfeiçoar o indivíduo. Para tanto, não pode o indivíduo ser considerado isolado.

A problemática na conceituação e entendimento do que seja o direito é tão intensa que sempre perturbava o homem desde os tempos mais remotos. À guisa de exemplo cita-se a representação da justiça para os gregos e os romanos de então.

A deusa grega possuía os olhos abertos. Os dois sentidos mais intelectuais para os antigos eram a audição (para mostrar o valor das coisas práticas, o saber como se comportar) e a visão (para buscar a sabedoria, o conhecimento). Dessa forma a deusa grega com os olhos abertos apontava para um conceito mais abstrato e geral, anterior ao saber prático.

A deusa romana possuía os olhos fechados. Isso demonstrava que sua concepção do direito estava antes ligada a um saber-agir, denotando um equilíbrio entre o mundo concreto e o imaginário (abstração).

Nos estudos basilares de Sócrates e de Platão percebe-se que o homem recebe motivação fundamental para o seu agir na busca e no entendimento do bem. Assim, a noção ética de bem é a que envolve a ideia de conveniência, de utilidade e de justiça. Pode-se imaginar que seres racionais e irracionais estejam ligados à noção do bem, à medida que a natureza é harmônica e proporciona o equilíbrio a todo e qualquer objeto ou ser vivente.

É, portanto, indissociável o conteúdo da busca do bem através do que pode ser entendido por “*justo*”. E nas hastes de uma sociedade regada por normas de conduta, o direito intercepta a noção de justiça.

2. *Compreendendo a Justiça numa perspectiva ontológica*

As principais obras especializadas em filosofia identificam o vocábulo justiça como a conduta daquele que se ajusta a uma norma. Destaca-se um primeiro entendimento de justiça na obra de Nicola Abbagnano.

Em geral, a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem. Podem-se distinguir dois significados principais: 1º. Justiça como conformidade da conduta a uma norma; 2º. Justiça como eficiência de uma norma (ou se um sistema de normas), entendendo-se por *eficiência* de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens. No primeiro significado, esse conceito é empregado para julgar o comportamento humano ou a pessoa humana (...). No segundo significado, é empregado para julgar as normas que regulam o próprio comportamento.¹

A associação do que venha a ser justiça com os ideais de felicidade parece que sempre foram pauta dos filósofos estudiosos do tema.

Aristóteles diz: “As leis promulgadas sobre qualquer coisa visam à utilidade comum a todos ou à utilidade de quem se destaca pela virtude ou por outra forma; desse modo, com uma só expressão definimos como justas as coisas que propiciam ou mantêm a felicidade ou parte dela na comunidade política”.²

Percebe-se que para os sofistas a Justiça foi identificada com a utilidade como forma de expressão máxima do objeto envolvido. Tal pensamento fora corroborado por Hume.

A utilidade e o fim da justiça é propiciar a felicidade e a segurança, mantendo a ordem na sociedade. A redução da justiça à utilidade, e não à felicidade, tem a característica de eliminar o caráter de fim último ou valor absoluto, levando a considerá-la como solução (às vezes a menos pior) de determinadas situações humanas. É o que pensa Hume, corrigindo nesse aspecto o jusnaturalismo

¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad.: Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 593-594.

² *Ibid.*, p. 595.

racionalista de Grócio, que à justiça atribuía valor absoluto, e às normas que a garantem, absoluta racionalidade, pois para ele “as relações mútuas de sociedade” possibilitadas por tais normas eram fins em si mesmas, porque objeto último do desejo.³

A aproximação da noção de justiça com a de liberdade fora realizada com maestria por Immanuel Kant. Para essa posição, registra-se que o Iluminismo é o pressuposto que poderá eliminar os entraves que se opõem à liberdade do indivíduo.

A tarefa suprema da natureza em relação à espécie humana” é uma sociedade em que a liberdade sob leis externas esteja unida, no mais alto grau possível, a um poder irresistível, o que é uma constituição civil perfeitamente justa (...). Segundo esse ponto de vista, o iluminismo é a condição que derivará da progressiva eliminação dos obstáculos opostos à liberdade da espécie humana..⁴

Um dos critérios utilizados para a caracterização da justiça de um ordenamento jurídico é a paz. Nesse sentido destaca-se Thomas Hobbes para quem a paz é a única forma de aproximar os homens afastando os conflitos e constantes estados de guerra.

Esse parâmetro foi introduzido por Hobbes: para ele, é justa a ordenação que garanta a paz, afastando os homens do estado de guerra de todos contra todos, em que vivem no “estado natural”. De fato, para Hobbes a primeira lei da natureza, a primeira das normas que permite afastar o homem do estado de guerra é a que prescreve perseguir a paz. “Para a igualdade de forças e de todas as outras faculdades humanas, os homens que vivem no estado natural, isto é, no estado de guerra, não podem pretender que sua conservação seja duradoura”.⁵

Nas considerações do professor Franco Montoro, o conceito de justiça apresenta uma certa variedade de significações. Assinala duas significações fundamentais para o conceito de justiça, quais sejam: uma de cunho subjetivo e outra de cunho objetivo.

Muitas vezes falamos da justiça como uma qualidade da pessoa, como virtude ou perfeição subjetiva. Fulano é um homem justo. O senso de justiça é fundamental ao magistrado. É nesse sentido que nos referimos à “justiça”, à prudência, à temperança e à coragem como virtudes humanas. Outras vezes, empregamos a palavra justiça para designar objetivamente uma qualidade da ordem social. Nesse sentido, falamos da justiça de uma lei ou instituição. A circunstância de ser o conceito de justiça utilizado por juristas e moralistas explica essa diferença. Ocupando-se da atividade pessoal do homem, o moralista vê na justiça uma qualidade subjetiva do indivíduo, o exercício de sua vontade, uma virtude. O jurista tem outras preocupações; interessa-lhe fundamentalmente a ordem social objetiva. Por isso, ele vê na justiça, em primeiro lugar, uma exigência da vida social.⁶

Assevera Franco Montoro, ainda, que a palavra justiça pode ser empregada no sentido extensivo para realçar o Poder Judiciário e seus órgãos, incumbidos de dar solução

³ Id.

⁴ Id.

⁵ Id.

⁶ MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 125.

justa aos casos que lhe sejam submetidos, assim como se estende também ao sentido de legislação.

O sentido fundamental do conceito de justiça para Franco Montoro deve partir de um conceito análogo, ou seja, por analogia de relação ou atribuição, não deixando de esquecer que em sentido próprio e direto a justiça significa a virtude, a vontade constante de dar a cada qual aquilo que parece ser o seu direito. Nesse sentido, para o filósofo, somente as ações humanas podem ser justas ou injustas.

Mas o sentido fundamental é o de virtude. E a razão é importante. A justiça, como o direito, não é uma simples técnica da igualdade, da utilidade ou da ordem social. Muito mais do que isso, ela é virtude da convivência humana. E significa fundamentalmente, uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens. Nas relações com outros homens, podemos ter uma atitude de “dominação”, como fazemos com os animais e demais seres inferiores, ou de “respeito”, como se impõe entre pessoas humanas. Esta última é a que caracteriza a justiça. (...) Definida como vontade ou disposição do espírito, a justiça exige uma atitude de respeito para com os outros, uma presteza em dar ou deixar aos outros aquilo que tenham o direito de receber ou conservar. “Este elemento intersubjetivo na ideia de justiça é de caráter verdadeiramente universal e válido de modo geral”.⁷

Não há como existir justiça sem que o ser humano venha a se libertar das amarras do egoísmo, vez que ao reivindicar o que seja seu, como bens por exemplo, o indivíduo egóico afeta a órbita de interesses de outrem. O querer para si demonstra a intenção de estar à frente do próximo.

Destaca Franco Montoro que a justiça se opõe ao egoísmo, exigindo que sejam respeitados os direitos e as pretensões das demais pessoas. Não se atinge os fins da justiça sem a vontade de ser equânime, sem se preocupar com o semelhante.

Assumindo a justiça como vontade ou disposição do espírito, a justiça exige uma atitude de respeito para com o próximo. Assim, a justiça não é o sentimento que cada qual tem do seu próprio bem-estar ou felicidade, mas, se trata do reconhecimento de que cada qual deve respeitar o bem e a dignidade dos outros, implicando um valor absoluto do indivíduo. Não paira dúvidas quanto a isso.

Aristóteles associa a justiça à virtude, ou seja, à prática das boas ações. Destaca que a justiça é a forma perfeita de excelência moral uma vez que ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita.

(...) considera-se que a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o “bem dos outros”; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade. O pior dos homens é aquele que põe em prática a sua deficiência moral tanto em relação a si mesmo quanto em relação aos seus amigos, e

⁷ Id.

o melhor dos homens não é aquele que põe em prática sua excelência moral em relação a si mesmo, e sim em relação aos outros, pois esta é uma tarefa difícil.⁸

O filósofo macedônio entende que justiça e excelência moral são a mesma coisa, tendo distanciamento somente quanto à sua essência.

A diferença entre a excelência moral e a justiça nesse sentido é óbvia diante do que já dissemos: elas são a mesma coisa, mas sua essência não é a mesma; a disposição da alma que é a justiça praticada especificamente em relação ao próximo, quando é um certo tipo de disposição irrestrita, é a excelência moral.⁹

3. Direito e a força de um sistema normativo

Para o professor André Franco Montoro a teoria da justiça é entendida como um dos pontos fundamentais do estudo da Ciência Jurídica. Entende que o pilar fundamental de apoio da ordem jurídica é a noção do justo. Para o professor Montoro, um dos modos pelos quais atinge-se o significado do vocábulo direito é o de considerá-lo como exigência da justiça, muito embora ressalve que a visão de Kelsen restringe o direito a um sistema de normas positivas que regem a vida de determinada comunidade.

Os latinos o chamavam jus e não o confundiam com lex. Nesse sentido, direito é propriamente aquilo que é “devido” por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade: o respeito à vida é direito de todo homem, a educação é direito da criança, o salário é direito do empregado, a habitação é direito da família, o imposto é direito do Estado. A essa acepção corresponde a expressão clássica “dar a cada um o seu direito”.¹⁰

Norberto Bobbio atesta que não há teoria da justiça que não analise alguns dos critérios mais comuns de justiça, que habitualmente são apresentados como especificações da máxima “dar a cada um o que é seu”.

Embora a escolha desse ou daquele critério seja em parte determinada pela situação objetiva, depende frequentemente – e, por vezes, em última instância, ainda que nem sempre conscientemente – das diversas concepções gerais da ordem social, como é plenamente demonstrado por disputas ideológicas (...). Nas situações concretas, os vários critérios são frequentemente temperados uns com os outros (...).¹¹

No sentido de evidenciar algumas críticas na relação entre direito natural e justiça, o pensamento esboçado por Alf Ross aduz que

O direito natural insiste que em nossa consciência reside uma ideia simples e evidente, a ideia de justiça, que é o princípio mais elevado do direito em oposição à moral. A justiça é a ideia específica do direito. Está refletida em maior ou menor

⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad.: Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 92

⁹ Id.

¹⁰ MONTORO, André Franco. Op. cit., p. 123-124.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Direito e igualdade*. 2. ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2003. p. 19-20.

grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção.¹²

O filósofo dinamarquês destaca que na filosofia antiga o significado da justiça significou a virtude suprema que abrangia a qualquer coisa, não sendo possível, assim, diferenciar direito e moral. Perfazia o seu conceito o amor a Deus e ao bem. No caminho de seu pensamento, registra que por volta do século IV a.C. a justiça identificou-se com a igualdade. Princípio então formulado pelos seguidores de Pitágoras.

Como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a ideia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado de justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas. A justiça é igualdade. Esse pensamento foi formulado no século IV a.C. pelos pitagóricos, que simbolizaram a justiça com o número quadrado, no qual o igual está unido ao igual. A ideia da justiça como igualdade, desde então, tem se apresentado sob inúmeras variantes.¹³

Para Norberto Bobbio o conceito e o valor da igualdade mal conseguem distinguir-se do conceito e do valor da justiça em boa parte de suas acepções. A aproximação de ambas está diretamente relacionada à similitude que as identifica com a expressão liberdade e igualdade. Constrói o seu amplo entendimento a partir dos ideais de justiça aceitos por Aristóteles e, desse modo, formula o encadeamento de sua lógica, sempre tendo por base os preceitos de igualdade.

Dos dois significados clássicos que remontam a Aristóteles, um é o que identifica *justiça* com *legalidade*, pelo que se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei (não importa se leis positivas ou naturais), justo o homem que observa habitualmente as leis, e justas as próprias leis (por exemplo, as leis humanas) na medida em que correspondem a leis superiores, como as leis naturais ou divinas; o outro significado é, precisamente, o que identifica justiça com *igualdade*, pelo que se diz justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade.¹⁴

Os dois significados de justiça (como ação e como lei) não são facilmente distinguidos, observa Bobbio.

(...) uma ação seria justa quando conforme a uma lei e uma lei seria justa quando conforme ao princípio de igualdade: tanto na linguagem comum como na técnica, costuma-se dizer – sem que isso provoque a menor confusão – que um homem é justo não só porque observa a lei, mas também porque é equânime, assim como, por outro lado, que uma lei é justa não só porque é igualitária, mas também porque é conforme a uma lei superior.¹⁵

¹² ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad.: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2003. p. 313.

¹³ *Ibid.*, p. 313-314.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 14.

¹⁵ *Id.*

O referencial que une justiça e igualdade é o sentido de ordem, ou equilíbrio, ou harmonia, ou concórdia das partes de um todo. A representação de justiça está figurada na virtude (o reino da harmonia no universo).

Assim, a instauração de uma certa igualdade entre as partes e o respeito à legalidade são as duas condições para a instituição e conservação da ordem ou da harmonia do todo, que é – para quem se coloca do ponto de vista da totalidade e não das partes – o sumo bem. Essas duas condições são ambas necessárias para realizar a justiça, mas somente em conjunto é que são também suficientes. Em uma totalidade ordenada, a injustiça pode ser introduzida tanto pela alteração das relações de igualdade quanto pela não-observância das leis: a alteração da igualdade é um desafio à legalidade constituída, assim como a não-observância das leis estabelecidas é uma ruptura do princípio de igualdade no qual a lei se inspira.¹⁶

Bobbio deixa claro que a igualdade representa um patamar desejado pelo homem, na medida em que é considerada como justa, ou seja, como uma ordem a instituir, um parâmetro de harmonia das partes de um todo. A ideia do todo está intrinsecamente ligada à durabilidade. De nada adianta a harmonia passageira. Preza-se pelo caráter duradouro desse equilíbrio.

Para o filósofo de Turim a relação entre liberdade e justiça contorna valores supremos a serem conquistados pelo ser humano. O primeiro, liberdade, deve ser entendido como um bem individual. O segundo, justiça, um bem social, ou seja, considerado frente às partes de um todo que deve ser harmônico.

(...) a liberdade é o valor supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto de partes. Em outras palavras, a liberdade é o bem individual por excelência, ao passo que a justiça é o bem social por excelência (...) Se se quer conjugar os dois valores supremos da vida civil, a expressão mais correta é *liberdade e justiça* e não *liberdade e igualdade*, já que a igualdade não é por si mesma um valor, mas o é somente na medida em que seja uma condição necessária, ainda que não suficiente, daquela harmonia do todo, daquele ordenamento das partes, daquele equilíbrio interno de um sistema que mereça o nome de justo.¹⁷

A igualdade não pode ser tomada no sentido absoluto, ou seja, no sentido de que todos, independente das circunstâncias que os cerquem, devem ser tidos exatamente na mesma posição que os demais. A relativização do sentido de igualdade é o desiderato do que se entende geralmente por justiça. Nesse sentido, Alf Ross.

Tal falta de reconhecimento de todas as diferenças reais significaria de fato que todos ocupariam uma posição jurídica idêntica, sem considerar a idade, o estado civil, se cometeu um assassinato ou não, se celebrou um contrato ou não. Está claro que ninguém jamais pretendeu atribuir esse significado àquela ideia.¹⁸

¹⁶ Ibid., p. 15.

¹⁷ Ibid., p. 16.

¹⁸ ROSS, Alf. Op. cit., p. 314.

Haver distinções entre seres, situações, posições de domínio, por exemplo, são requisitos da justiça, de modo a vislumbrarem-se direitos, deveres e obrigações levando-se em conta as circunstâncias que nos condicionam.

O requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa. A exigência de igualdade deve ser compreendida, portanto, num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como um pré-requisito para a aplicação da norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na ideia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros de uma classe determinados por certos critérios relevantes.¹⁹

Destarte, o filósofo dinamarquês pretende que as diversas formulações de justiça voltada para grupos ou diversos contextos deve incluir um padrão de avaliação, além da igualdade, que deve ser aplicado como condição para a definição da categoria cujos membros devem ser tratados com igualdade.

Isso mostra que a pura exigência formal de igualdade não significa em si muito, mas o conteúdo prático da exigência de justiça depende de pressupostos que estão localizados externamente ao princípio da igualdade (critérios que determinam as categorias às quais se deve aplicar a norma de igualdade). Ainda cita outros critérios, tais como: a cada um segundo seu mérito; a cada um segundo sua contribuição; a cada um segundo suas necessidades; a cada um segundo sua capacidade; a cada um segundo sua posição e condição, dentre outros tantos.

A consciência do homem é um parâmetro avaliável no sentido que se deve ter por justiça. Para o professor Gabriel Chalita “*enganar o outro é enganar a sociedade*”. Lembra do contrato que existe para que haja harmonia no mundo.

Por isso, em sentido mais elevado, a justiça é a disposição da alma que conduz as ações do indivíduo segundo as formas mais completas da excelência moral. Toda ação virtuosa, afinal, é necessariamente justa, e a justiça poderia ser o nome que damos à prática costumeira e firme de realizar tudo conforme o meio-termo de nossas disposições interiores. Sem exageros. Sem excesso. A prática da excelência moral é sobretudo um processo individual, uma prática que estabelece os limites da vida e das ações de cada pessoas. É uma atitude frente a todas as ocasiões, os desafios que a vida apresenta. É ação ou omissão. E apequena ou engrandece a natureza humana, dependendo da disposição do agente. No caso de justiça, o valor é vislumbrado fundamentalmente nessa busca da excelência moral voltada para o bem do próximo.²⁰

¹⁹ Ibid., p. 315.

²⁰ CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. p. 308.

Nessa visão admite-se que não há possibilidade do homem ser feliz sem ser justo. São realidades indissociáveis. A justiça é exercitada à medida que se praticam descobertas na relação com o outro ser. Percebe a relação existente entre o bem social e a ética frente ao conceito de justiça. E nisso parece que a disciplina é um parâmetro fundamental para o êxito.

O bem social se relaciona intimamente com o conceito de justiça, assim como a ética, mas a busca por essa finalidade é exercitada de forma diversa. Em termos gerais, a justiça social é promovida pelas leis, que determinam as condutas individuais e grupais da comunidade e definem, assim, o que é justo e o que é injusto. Embora possamos dizer que o objetivo de todas as leis seja estabelecer uma convivência equilibrada e igualitária entre todas as pessoas, o bem (e a justiça) que elas podem promover não ocupa o mesmo lugar do bem e da justiça na ética.²¹

E conclui numa clareza de doer os olhos ao associar o bem ao semelhante com o maior sentido de justiça que “*Uma disposição da alma em fazer o bem ao próximo recebe o nome de justiça; se esta disposição é irrestrita, generalizada e perene, ela é a própria excelência moral. É o caminho e o encontro com a felicidade*”.²²

4. O emprego do Direito como instrumento de manipulação/justificativa do poder

O bem é tido, de modo genérico, como um parâmetro que atrai todas as coisas para a realização da natureza destas, possuindo um primeiro significado físico, nesse contexto. Para o homem, em específico, o bem é a motivação fundamental na prática de suas ações. Já se tem relacionado a prática do bem a um fundamento de ética.

Por seu turno, a ética também se encontra extremamente vinculada à noção de justiça. Enquanto seres minerais, vegetais e animais irracionais buscam o bem e tendem a realizá-lo, somente ao homem é proporcionado realizar o justo. Parece que a relação entre bem e justiça é inconteste e, nessa esteira, tem-se que “*o vínculo entre a moral e o direito é a justiça. Através da justiça – do bom-porque-justo – ligam-se um ao outro os dois grandes domínios do agir humano: o moral (interior) e o jurídico (exterior)*”.²³

Ao analisar os patamares que se entrelaçam no tema direito e justiça, o professor Montoro indaga aos seus leitores até que ponto o direito pode identificar-se com o que seja justo? Até que ponto seria possível sustentar que todas as exigências do direito sejam baseadas nos critérios de justiça? Sustenta em seu trabalho que para alguns autores, como

²¹ Ibid., 109.

²² Ibid., p. 111-112.

²³ MATA-MACHADO, Edgard de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito (para os cursos de introdução ao estudo do direito)*. 3. ed. Belo Horizonte/MG: UFMG, 1986. p. 30.

Carnéades e Epicuro, o direito é simples convenção não tendo relação nenhuma com os ideais de justiça.

Já para os seguidores do positivismo jurídico, firma-se o entendimento de que o direito está reduzido a uma imposição de força social enquanto que a justiça é considerada como um elemento estranho à sua formação e validade.

Cita Kelsen, para o qual os critérios de justiça são simplesmente emocionais e subjetivos, sendo que sua determinação deve ser reservada para a religião ou metafísica. Nesse sentido percebe-se um nítido distanciamento entre a justiça e os parâmetros do sentimento humano.

A justiça pode ser vislumbrada como a prática de um hábito, o modo de ser justo, de assumir a justiça o caráter social, de cunho comunitário. Assume contornos visíveis de ser um valor, um ideal.

Com a virtude, o valor, o ideal de justiça, dá-se uma singularidade: o seu objeto não se refere à pessoa que a pratica, mas ao *outro*. Justo é quem dá o seu a seu dono, é quem dá a cada um o que lhe é devido. Este seu que incumbe à justiça e a quem a pratica dar a outro, essa COISA-DEVIDA que importa por justiça, que seja dada “a quem de direito”, segundo se diz na linguagem vulgar, esse *seu*, esse *debitum* (o-que-é-devido) constitui, precisamente, o que chamamos direito.²⁴

Hans Kelsen ao analisar a envergadura da justiça frente aos questionamentos sociais, firma o pressuposto de que a justiça tem que significar uma virtude dos indivíduos. Enquadra a justiça como pertencente ao domínio da moral. Para tanto, estatui que a qualidade ou virtude da justiça atribuída a um indivíduo ganha materialidade quando da conduta do mesmo frente aos demais indivíduos. Destarte, pode-se falar em conduta justa ou injusta.

A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça. A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. A justiça de um indivíduo é a justiça a sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, nesse sentido, ser justa.²⁵

Entende o filósofo alemão que a norma de justiça é uma norma moral e considera como norma de justiça somente aquela que prescreva um determinado tratamento de um indivíduo por outro indivíduo. E destaca como tal o tratamento dos indivíduos por parte do legislador ou do juiz.

A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual

²⁴ Ibid., p. 32.

²⁵ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad.: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3.

uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração de conduta.²⁶

Kelsen traz à baila uma problemática pautada na contradição que pode haver com o fato de a justiça (ou injustiça) ser também afirmada como uma qualidade de normas, com o fato de também as normas serem apreciadas como boas ou más, justas ou injustas, ao afirmar-se que o direito positivo pode ser bom ou mau, justo ou injusto.

Parece, com efeito, que ao proceder assim, comparamos as normas do direito positivo com uma norma de justiça, que, portanto, avaliamos uma norma através de outra norma e, por essa via, elaboramos um juízo segundo o qual a norma do direito positivo é justa quando corresponde à norma de justiça – na medida em que estatui o que a norma de justiça prescreve – ou segundo o qual ela é injusta quando não corresponde à norma de justiça – na medida em que estatui o contrário do que a norma de justiça prescreve.²⁷

Para o mestre alemão, há aqui uma pressuposição de que a norma de justiça e a norma do direito positivo sejam consideradas como simultaneamente válidas e isso não é possível, se as duas normas estão em contradição, ou seja, entram em conflito uma com a outra. Pelo raciocínio esboçado, claro está que somente uma das duas normas pode ser considerada válida. Remete o conceito de validade.

Por “validade” deve entender-se aqui validade objetiva. Dizer que uma norma do direito positivo, isto é, do direito posto por meio de atos humanos, “vale” significa que o sentido subjetivo do ato – sentido segundo o qual as pessoas devem conduzir-se de determinada maneira – é interpretado como sendo também o seu sentido objetivo.²⁸

Quando Kelsen considera o direito natural, aduz que o direito positivo somente pode ser válido quando estiver em consonância com o jusnaturalismo. Isso leva a uma incongruência, conclui o mestre, a de que somente o direito natural pode assumir o contorno de validade. O direito positivo não.

Se a pragmatização da norma do direito positivo corresponde à norma de justiça, logo o valor jurídico constituído pela norma do direito positivo coincide com o valor de justiça estatuído pela norma de justiça. Daí a falar-se que a norma de direito positiva é justa.

No caso de haver contrariedade entre a estatuição da norma do direito positivo com a norma de justiça, os dois valores não coincidem (valor de justiça e valor jurídico). Conclui Kelsen que a norma de direito positivo somente pode ser injusta sob esse ângulo. Aí há que se diferenciar o ato de sua qualidade. A justiça e a injustiça ponderadas devem ser consideradas como qualidades do ato e não como qualidades da norma.

²⁶ Ibid., p. 4.

²⁷ Ibid., p. 5.

²⁸ Ibid., p. 6.

Se, por exemplo, uma norma de justiça pressuposta como válida preceitua que todos os homens devem ser tratados igualmente, então um ato legislativo pelo qual sejam postas normas que prescrevam um tratamento desigual dos indivíduos, estatuinto que os tribunais apenas devem punir aqueles que cometeram um delito e não os outros e que devem punir os ladrões com a privação da liberdade ao passo que os assassinos devem ser castigados com a privação da vida, e os atos dos tribunais que aplicam a lei são injustos. (...) a norma geral da lei e as normas individuais das decisões judiciais que aplicam a lei são injustas. A sua injustiça reside no fato de os atos que as estabelecem contradizerem uma norma de justiça, quer dizer, no fato de, segundo esta norma, não deverem ser postas.²⁹

Ao percorrer esse campo de raciocínio, percebe Kelsen que se houver orientação segundo o campo do direito positivo, a norma geral da lei e as normas individuais que compõem as decisões judiciais que aplicam a lei, e tidas por injustas, devem ser consideradas. E questiona como algo deva ser e não deva ser ao mesmo tempo.

Quando está em questão a validade de uma norma do direito positivo, temos de abstrair da validade de uma norma de justiça que a contradiga; quando está em questão a validade de uma norma de justiça, temos de abstrair da validade de uma norma do direito positivo que se oponha a ela. Não podemos considerá-las simultaneamente válidas. (...) Por isso, nem de um ponto de vista nem de outro pode valer uma norma injusta do direito positivo.³⁰

Ademais e pautado nesse entendimento, para o filósofo alemão quando se afirma que uma norma do direito positivo é justa ou injusta isso somente pode significar que o ato cujo sentido subjetivo é esta norma, é justo ou injusto conforme corresponda ou não à norma de justiça.

Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad.: Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad.: Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BOBBIO, Norberto. *Direito e igualdade*. 2. ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

²⁹ Ibid.. p. 9.

³⁰ Ibid.. p. 9-10.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad.: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MATA-MACHADO, Edgard de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito* (para os cursos de introdução ao estudo do direito). 3. ed. Belo Horizonte/MG: UFMG, 1986.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad.: Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

Data da submissão: 19/11/2020

Data da aprovação: 11/12/2020