

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

BERNARDO GONÇALVES ALFREDO FERRNANDES

ILTON GARCIA DA COSTA

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bernardo Gonçalves Alfredo Ferrnandes, Ilton Garcia Da Costa, Vitor Bartoletti Sartori – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-135-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O presente livro aborda temas que, muito embora raramente tratados em conjunto, são de grande relevância na medida em que há possibilidade de uma análise que mostre certa confluência entre os mesmos. As temáticas que permeiam as distintas teorias da justiça, da decisão e da argumentação são muitas e, certamente, é possível tratá-las, até certo ponto, separadamente. No entanto, igualmente válido é observá-las em sua unidade. Temos em conta nesses termos, que um tratamento do Direito que deixe de problematizar a própria prática jurídica (bem como sua fundamentação) é, para dizer o mínimo, insuficiente. Neste sentido, pode-se considerar bastante proveitosa a posição segundo a qual, há uma unidade inseparável entre os textos que compõem o presente livro.

Justamente ao passar por uma grande variedade de temas e de autores, tem-se algo central à teoria do Direito contemporânea: a explicitação do fato segundo o qual qualquer abordagem jurídica envolve, ao mesmo tempo, a apreensão da especificidade do Direito e o modo pelo qual esta última relaciona-se com distintas esferas da sociabilidade, como a moral, a ética, a política, dentre muitas outras, as quais, de modos diversos, são tematizadas aqui.

Para que se ressalte algo, é bom trazer à tona um aspecto que não pode ser deixado de lado: é de conhecimento de todos aqueles que leram com o mínimo de atenção a obra de Hans Kelsen que sua Teoria pura do Direito não é uma teoria do Direito puro (embora seja necessário destacar que, por vezes, falte muita atenção na pesquisa jurídica realizada no Brasil). Por conseguinte, há de se perceber que mesmo um autor normativista, como Kelsen, que não tematiza a todo o momento acerca do processo decisório e da fundamentação das decisões judiciais, não fecha a porta de modo resolutivo à teorização acerca da maneira pela qual pode haver na prática jurídica, e não em uma teoria pura - uma relação necessária, por exemplo, entre o Direito e alguma posição moral, política, filosófica, etc, etc.

Ainda sobre o ponto, pode-se destacar que justamente o capítulo final da obra magna do autor abre um grande espaço para estas questões que, ao fim, aparecem quando se tem em conta a questão da interpretação, bem como de sua relação, a ser vista de um modo ou doutro, com a aplicação.

Certo é que interpretação e aplicação, a rigor, não podem ser retiradas de campo quando se aborda o Direito: tanto as codificações, quanto quaisquer espécies normativas, não dizem nada por si mesmas, não podendo haver uma fetichização do texto, como apontaram os mais diversos autores (muitos deles tratados por aqueles que contribuem para o presente volume).

Neste sentido, não pode deixar de ser interessante tratar dos temas aqui albergados em conjunto (mesmo que eles possam, como mencionamos, ser vistos separadamente também), sendo de bastante relevo para aqueles interessados na teoria do Direito e nas áreas a ela relacionadas a apreensão da especificidade, bem como da indissociabilidade, entre os diversos autores tratados neste volume.

É interessante que mesmo que se parta de Kelsen que pode ser visto como o maior autor do positivismo de cunho normativista, percebe-se que a questão da fundamentação, bem como da argumentação as quais remetem à problemática da justiça não podem ser tiradas de cena ao se tratar do Direito.

A questão, claro, ganha bastante destaque posteriormente ao debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, tendo-se, com este debate, uma problematização explícita tanto das bases filosóficas da teoria do Direito quanto do modo pelo qual, ao final, haveria uma relação entre Direito e moral, seja ao modo de um conceito semântico de Direito em que se tematiza a relação entre a perspectiva interna e externa, como em Hart, seja com uma concepção decididamente hermenêutica como a de Dworkin.

Outra questão a se destacar é que, embora o debate metodológico tenha se passado permeando principalmente a teoria do Direito de talhe anglo-americano, ele influenciou todos aqueles que, posteriormente, trataram do Direito com seriedade. A teoria do Direito alemã, com Alexy principalmente, dentre outras coisas, procurou debater com a concepção de Dworkin acerca dos princípios, trazendo à tona, novamente, questões que remeteram à filosofia e à teoria do discurso.

Neste sentido, é bom que se tenha claro: aquilo a ser conhecido ao se ter em conta as teorias sobre o Direito ganha mais amplitude ainda, sendo necessário ao jurista, por exemplo, averiguar a qual teoria acerca da linguagem adere: Austin? Wittgenstein? Habermas? Apel? Algum outro? Também neste sentido, o modo pelo qual aparecem os diversos textos deste volume (em conjunto) não deixa de expressar a situação particular na qual os estudos sobre o Direito se encontram explicitando-se justamente que uma concepção tecnicista acerca do Direito não é mais possível. Mais ainda: uma concepção tecnicista sobre o Direito, justamente ao não abordar aquilo no que sua argumentação se embasa aceita,

inadvertidamente, posições não explicitamente tematizadas. E justamente a tematização disto parece ser essencial.

Ainda para que se remeta ao modo pelo qual amplia-se o estudo do Direito ao se ter em conta o panorama atual um autor como Roberto Gargarella não deixou de mostrar como uma análise entre a posição de Rawls e de Dworkin poderia ser central e, neste sentido também deve-se destacar que, ao se tratar da teoria do Direito, também se tem uma conexão estreita com a teoria da justiça (embora não só com ela, claro). Ou seja, justamente a conformação do debate em torno do Direito atual propicia uma aproximação entre teorias da justiça, da decisão e da argumentação e, nesses termos, o presente livro talvez possa contribuir, mesmo que de modo modesto.

Poderíamos enumerar vários outros modos pelos quais a questão se delineia no presente livro, apontando, por exemplo, a importância da teoria de Honneth na contemporaneidade, ou as questões ligadas às minorias, ao racismo, ao sexismo e transfobia; poderíamos ainda destacar a importância destas questões passando pelo modo, por vezes apressado, pelo qual elas aparecem nos tribunais superiores no Brasil. No entanto, havendo destacado o cenário geral, passamos a citar os textos aqui trazidos a lume.

O primeiro texto diz respeito a temática entre a Hermenêutica filosófica e a teoria da Argumentação jurídica. Esse tema vem sendo objeto de debate na doutrina brasileira nos últimos anos, entre aqueles que são adeptos da hermenêutica filosófica e entendem que as teorias da argumentação desprezam a hermenêutica, e aqueles adeptos da teoria da argumentação, que entendem que os hermeneutas dão muito peso a hermenêutica e desprezam as técnicas de argumentação que produziriam racionalidade e segurança no processo de decisão do Direito. O texto se intitula: OS JURISTAS SABEM DO QUE ESTÃO FALANDO OU FALAM SOBRE O QUE SABEM? UM DIÁLOGO ENTRE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA; O segundo texto aborda a situação dos refugiados numa interface com a obra de Hans Kelsen e é intitulado A ILUSÃO DA JUSTIÇA POR KELSEN; O terceiro busca trabalhar a questão da fundamentação das decisões e é intitulado ANÁLISE DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO; Já o quarto texto apresenta uma crítica ao art.489 do novo CPC e é intitulado de TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INSUFICIÊNCIAS DO MÉTODO LÓGICO-DEDUTIVO E A PROPOSTA DE UMA RACIONALIDADE PRÁXIS; O quinto texto traz um estudo de Aristóteles, Kant e Sandel e é intitulado JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO; O sexto texto trabalha

com Rawls e Dworkin tendo como base as teorias da justiça desses autores do liberalismo norte-americano e é intitulado A EQUIDADE EM UMA DEMOCRACIA: ANALISE COMPARATIVA ENTRE RAWLS E DWORKIN; O sétimo versa também sobre Dworkin, mas pela ótica da jurisdição constitucional e é intitulado CONTRIBUICOES DE RONALD DWORKIN A JURISDICAÇÃO CONSTITUCIONAL; O oitavo texto discute novamente a teoria da justiça pela ótica do embate entre o liberalismo e o comunitarismo e é intitulado IGUALDADE E DIFERENÇA: O CONCEITO DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A PARTIR E ALÉM DO COMUNITARISMO E DO LIBERALISMO; O Nono texto volta a temática de Ronald Dworkin e a sua teoria da justiça a partir da ótica do planejamento e tem como título JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RONALD DWORKIN E A OBRIGACÃO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAR; O decimo texto trabalha com as teorias da justiça e é intitulado de LIBERALISMO, LIBERAL-IGUALITARISMO OU COMUNITARISMO?; O decimo primeiro ensaio trabalha a temática da relação entre a liberdade e a justiça, tendo como pano de fundo a perspectiva marxista, e é intitulado de LIBERDADE VERSUS JUSTIÇA SUBSTANTIVA: TEORIAS ACERCA DAS (DES)IGUALDADES E (NÃO)LIBERDADES NA VISÃO DE ROUSSEAU E MARX. TERA SIDO MARX INFLUENCIADO PELAS IDEIAS DE ROUSSEAU E ATÉ QUE PONTO?; O decimo segundo texto aborda a questão das normas de direito internacional na interface com a Corte Internacional de Justiça e é intitulado de NORMAS PROCESSUAIS E NORMAS SUBSTANTIVAS: A PRIMAZIA DAS NORMAS DE JUS COGENS E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA; O decimo terceiro texto trabalha a questão da fundamentação das decisões e é intitulado de O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS FRENTE A IDEOLOGIA DA TEORIA POLÍTICA; O decimo quarto ensaio versa sobre a perspectiva pragmatista na teoria da decisão e é intitulado de MODELO PRAGMATISTA DE DECISÃO NO DIREITO: DO MENTALISMO INSTRUMENTAL À INTERSUBJETIVIDADE COMUNICATIVA; O decimo quinto ensaio trabalhou a obra do professor Humberto Ávila pela ótica da interpretação do direito e é intitulado de OS POSTULADOS NORMATIVOS NA DOUTRINA DE HUMBERTO ÁVILA E SUA APLICAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EM CASOS DIFÍCIS; O decimo sexto texto trabalha a obra do professor de Kiel Robert Alexy e é intitulado de RACIONALIDADE DADA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY; O decimo sétimo ensaio trabalha a questão do pluralismo jurídico na teoria da decisão e é intitulado de AS FONTES PLURAIS DO DIREITO, A ATUAÇÃO DAS PARTES NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE LEGITIMAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL; O Decimo oitavo texto trabalha a obra do professor Axel Honneth e a crítica do mesmo as tradicionais teorias da justiça e é intitulado de AXEL HONNETH E A RECONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA: UMA TENTATIVA DE SUPERACÃO DO PARADIGMA DA DISTRIBUIÇÃO; O decimo nono

texto trabalha a obra de Paul Ricoeur e é intitulado de A TEORIA DA JUSTICA NA CONCEPCAO DE PAUL RICOEUR EM FACE DA INTERGERACIONALIDADE DO IDOSO BRASILEIRO; O vigésimo texto desse livro aborda a obra de David Trubek e é intitulado de A TEORIA SOCIAL DO DIREITO NA CONCEPCAO DE DAVID M. TRUBEK; Logo em seguida temos o importante tema da justiça de transição abordado no texto DAS DIVERSAS FORMAS DE JUSTICA E DA JUSTICA DE TRANSICAO; O vigésimo segundo texto trabalha os precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos e é intitulado de OS PRECEDENTES DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE REFINAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS HUMANOS: DECISAO JUDICIAL E NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ADSCRITA/DERIVADA; O próximo ensaio trabalhou a obra de Amartya Sen na interface com o processo civil e é intitulado A IDEIA DE JUSTICA EM AMARTYA SEN E A RAZOAVEL DURACAO DO PROCESSO; Novamente temos o professor Amartya Sen como marco teórico, agora no tocante a questão do gênero no texto A IDEIA DE JUSTICA DE AMARTYA SEN: UM ENFOQUE SOBRE A IGUALDADE DE GENERO; O vigésimo quinto texto trabalha os conflitos intergeracionais e é intitulado de MORTOS, VIVOS E NAO NASCIDOS: CONFLITOS INTERGERACIONAIS LIGADOS AO PROGRESSO E AO RETROCESSO NAS DEMANDAS CONSTITUCIONAIS; O vigésimo sexto texto apresentado envolve o intenso e atual debate europeu sobre o multiculturalismo e a xenofobia e é intitulado de MULTICULTURALISMO, TOLERANCIA E XENOFOBIA: UMA CRITICA DO RECENTE CONTEXTO EUROPEU; O vigésimo sétimo texto aborda a questão da transexualidade e é intitulado de JUSTICA?! O NOME, O SEXO E A LIBERDADE TRANS; O vigésimo oitavo ensaio volta a questão da transexualidade a partir da ótica das teorias do reconhecimento e é intitulado TRANSEXUALIDADE E TEORIA DO RECONHECIMENTO: DE UM MODELO PATOLOGIZANTE A UMA NOVA MANEIRA DE PENSAR ATRAVES DA CONTRIBUICAO TEORICA DE NANCY FRASER.

Os organizadores convidam a todos a lerem os textos, que como já externalizado, guardam uma interface entre as teorias: da justiça, da argumentação e da decisão.

JUSTIÇA EM ARISTÓTELES, KANT E SANDEL: UM ESTUDO COMPARADO
JUSTICE FOR ARISTOTLE, KANT E SANDEL: A COMPARATIVE STUDY

Líria Kédina Cuimar de Sousa e Moraes

Resumo

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a concepção de justiça para grandes mestres no assunto. São eles: Aristóteles, Kant e Sandel. A razão da escolha desses especialistas é que como cada um viveu em épocas bem diferentes, seus pontos de vista servem de paradigma para o presente estudo. Em Aristóteles será explorada a concepção de justiça em *Ética a Nicômaco*, onde se busca caracterizar uma compreensão do sentido de justiça enquanto virtude estritamente humana mediante análise interpretativa; em Kant, na doutrina do direito em *Metafísica dos Costumes*; e, finalmente, Michael J. Sandel, na obra *Justiça o que é fazer a coisa certa*.

Palavras-chave: Justiça, Virtude, Moral, Liberdade

Abstract/Resumen/Résumé

This work intends to show the conception of justice for great masters in this subject. They are Aristotle, Kant e Sandel. The reason of the choice of these specialists is that each one lived in different ages, so, their point of view serve as a paradigm to this study. In Aristotle it will be explored the conception of justice in *Ethic to Nicomachean*, where it searches to characterize an understanding of the meaning of justice as a virtue strictly human by interpretative analyses.; In Kant, the doctrine of law in *Metaphysics of Morals*; and, finally, Michael J. Sandel, in the work *Justice - what is the right thing to do*.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Virtue, Moral, Liberty

INTRODUÇÃO

Por ser a justiça um tema elementar das ciências jurídicas, mas que até hoje suscita dúvidas sobre as suas diversas teorias apontadas desde a Antiguidade até os dias de hoje, deixando um questionamento basilar acerca de sua aplicabilidade no mundo real, induz aos curiosos perscrutar o tema da mais alta indagação: o que é Justiça?

Antes de tudo, serão citados três exemplos que foram marcantes na escolha do tema dessa pesquisa.

O primeiro: certa vez, uma criança de apenas cinco anos, ao ouvir um pequeno debate entre a autora deste artigo e sua mãe, estudante de direito, sobre justiça, perguntou: “o que é justiça?”. De pronto, a resposta foi: “você sabe que até hoje ninguém sabe ao certo o que é justiça?”. Ela retrucou sem pestanejar: “Mas minha mãe sabe!”.

O segundo: a discussão numa sala de aula em que o professor Vicente Barretto pergunta aos seus alunos doutorandos da Universidade Estácio de Sá: “o que significa aquele ‘Pede Deferimento’ ao final das petições em juízo?”. Muitos responderam que a intenção era de que o peticionário queria ver atendido o seu pedido, ao que o mestre discordou de todos, afirmando que o que se pede é que a justiça seja feita e não o atendimento do pleito.

O terceiro: ao ler Radbruch (1974, p. 416-417), para quem justiça significa “julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro”.

A partir desses episódios narrados nasceu a vontade de fazer um estudo acerca da concepção¹ de justiça (“*justitia*” vem de “jus”, direito). Para isso, foram escolhidos grandes e respeitados filósofos, *mutatis mutandis*, que viveram em diferentes épocas: Aristóteles, Kant e Sandel.

Assim, a pesquisa foi dividida em três itens, sendo que no primeiro deles apresenta-se Aristóteles, o grande filósofo, e sua concepção de justiça extraída da obra “Ética a Nicômaco”, onde se busca caracterizar uma compreensão do sentido de justiça enquanto virtude estritamente humana mediante análise interpretativa. No segundo item o estudo é voltado para Kant e sua visão de justiça como Doutrina do Direito, considerando, principalmente, sua obra “A Metafísica dos Costumes”. No terceiro, Michael J. Sandel, moderno filósofo político da Universidade de Harvard, onde são expostos seus pontos de vista contundentes sobre justiça, tendo em vista a sua obra principal que tem circulado desde o Ocidente até o Oriente, causando desconfortos entre os mais atuais estudiosos

¹ Ronald Dworkin (2002, p. 134) chama a atenção para a diferença entre conceito e concepção construída pelos filósofos e nem sempre percebida pelos teóricos do Direito. Para o autor, recorrer a um conceito é buscar o significado daquele conceito, sem que haja interferência de um ponto de vista. Formular uma concepção significa atribuir um sentido ao conceito, ou seja, trazer o próprio ponto de vista.

de filosofia, mesmo porque ele usa Kant e Aristóteles para ilustrar suas ideias de justiça. Nesse item, faz-se um desdobramento, verdadeiro paralelo, sobre os três pensadores, tendo por objetivo final demonstrar as teorias de justiça para Kant e Aristóteles vistas por Michael J. Sandel.

No que diz respeito à sistemática, deve-se ter em mente que a pesquisa foi trabalhada dentro de limites precisos, isto é, voltados à pesquisa bibliográfica documental qualitativa, dentro dos quais foi adotado o modelo crítico dialético.

1 A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Aristóteles, responsável por muitos ensinamentos relevantes na sua época e que são extremamente atuais, é um dos filósofos escolhidos para o presente estudo. Do rol de suas obras, foi selecionada “Ética a Nicômaco”², especificamente o capítulo V, onde aborda a Justiça e seu universo de relações, relações estas sobre as quais o filósofo grego se debruçou após a formulação de seus quatro livros anteriores, que ele objetivamente estudara como núcleo: a ética, o bem, a felicidade e a virtude.

A justiça corresponde à predileção do sujeito justo, que é um legítimo probo, um ser proporcional e inviolável à lei, em termos modernos, homem que não se corrompe. Mas, quem seriam o homem justo e o injusto para Aristóteles?

Sendo os atos justos e injustos aqueles que descrevemos, um homem age de maneira justa ou injusta sempre que pratica tais atos voluntariamente. Quando os pratica involuntariamente, ele não age nem injusta nem justamente, a não ser por acidente (ou seja, fazendo coisas que resultam em justas ou injustas). E o que determina um ato justo ou injusto é o caráter voluntário ou involuntário do ato (ARISTÓTELES, 2004, p. 118-119).

Aristóteles (2004, cap. V, 1, 1129 a, 6. p. 81) inicia o capítulo V revelando um pouco de sua forma de pensar sobre justiça. Para ele, tanto a justiça quanto a injustiça têm natureza de disposição de caráter, quando diz:

A virtude é uma disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo: e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto.

No capítulo citado, pode-se deduzir que Aristóteles apresenta várias concepções acerca da justiça. Seriam elas: Justiça universal; Justiça particular; Justiça legal; Justiça especial; Justiça total; Justiça distributiva; Justiça mediania; Justiça proporcional; Justiça corretiva; Justiça social; Justiça natural; Justiça positiva.

² Filiação: Nicômaco e Féstias.

Uma das distinções conceituais mais relevantes na perspectiva de Aristóteles está entre a Justiça universal e a Justiça particular. A primeira, também chamada de total ou integral, é o gênero do qual a segunda é a espécie. A Justiça universal relaciona-se à legalidade. Enquanto a Justiça universal fixa seu conteúdo na legalidade, a Justiça particular tem seu parâmetro na igualdade. Assim, a justiça particular é menos abrangente do que a primeira, pois “tudo que é desigual é ilegal, mas nem tudo que é ilegal é desigual” (ARISTÓTELES, 1979, Cap. V 1, 1130b, p. 13).

Ao dispor a existência de uma Justiça universal e uma particular, aduz que a lei é criada abstrata e genericamente para ser aplicada a todas as situações, universalmente. Porém, há casos particulares em que a aplicação de uma lei pode causar a injustiça. Em outras palavras, pode haver lei que não pratique a justiça, ao que denomina de Justiça particular, devendo a equidade corrigir essa lei, visto que não seria correta sua previsão em certos casos particulares. Nesse particular, ele agrega no mesmo conceito a Justiça legal e a Justiça universal quando afirma que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal de que seja ela correta em certos casos particulares.

Percebe-se, aqui, a preocupação do mestre sobre o que de fato acontece até hoje. Como a lei não pode prever todas as situações, ao se deparar com uma situação de ausência de previsão legal, deve ser invocada uma lei particular ou especial, ou seja, a integração do direito por meio da equidade, como sendo a correção da Justiça legal.

Vale ressaltar que, muito embora a legislação brasileira estabeleça no art. 4º que, na ausência de disposição expressa de lei, o juiz utilizará a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, a equidade, por não estar expressa no texto legal, deve ser vista como subentendida no art. 5º, em que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais aos quais ela se dirige e às exigências do bem comum (BRASIL, 1942).

Não obstante a falta de texto escrito, a legislação tributária brasileira “lembrou” da equidade quando estabelece, no art. 108 do Código Tributário Nacional:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I** - a analogia;
- II** - os princípios gerais de direito tributário;
- III** - os princípios gerais de direito público;
- IV** - a equidade. (*sic*) (BRASIL, 1966).

Porém, apesar de citada expressamente no CTN, a prática mostra outra realidade. Durante anos de atividade no campo tributário, todas as vezes que se viu alguém solicitar a aplicação da equidade, a resposta sempre era a mesma: falta de disposição legal para sua aplicação.

Aristóteles (1979, Cap. V, 1, 1130b. p. 35) continua a sistematização indicando as subespécies da Justiça particular: a Justiça distributiva e a Justiça corretiva. Ambas diferenciam-se

na medida em que a primeira “se manifesta nas distribuições das honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição”, enquanto a segunda “desempenha papel corretivo nas transações entre indivíduos”, como justo meio entre perda e ganho. É quando é necessária a intervenção dos juízes no restabelecimento da igualdade.

A justiça distributiva, para Aristóteles, deve ser ao mesmo tempo “intermediária, igual e relativa”. Intermediária porque deve encontrar-se entre certas coisas. Igual porque envolve duas coisas. E, finalmente, relativa, ou seja, para certos destinatários.

Para ele, a reciprocidade deve-se fazer de acordo com uma proporção e não na base de uma retribuição igual e é pela retribuição proporcional que a cidade permanece unida.

Aristóteles discorre sobre um sistema econômico de avaliação de preços e valores de diversas atividades, que o dinheiro é um denominador comum de todos os bens e serviços, afirmando que o dinheiro mede todas as coisas, bem como o excesso e a falta, constituindo, também, um justo meio passível de comparar todas as coisas existentes.

A Justiça natural tem a força em todos os lugares e não existe em função de pensarem os homens desta ou daquela forma, enquanto que a Justiça positiva são as prescrições por decreto.

Ao colocar algumas dificuldades em relação à Justiça, levanta um questionamento: O homem pode ser injusto consigo mesmo?

O filósofo destaca o caráter voluntário de ser injusto, porque, segundo ele, ninguém sofre uma injustiça voluntariamente e também porque o justo e o injusto sempre envolvem mais de uma pessoa, ao que ele chama de último obstáculo em relação à injustiça.

Por ser o homem um ser que naturalmente deseja o seu próprio bem, entende que o mesmo não pode ser injusto consigo e, em assim sendo, se, por ventura, o homem comete suicídio, e se vislumbrasse uma injustiça em tal ato, essa não seria consigo mesmo, mas contra a sociedade, ou seja, uma verdadeira afronta aos outros homens da Polis, que, em desespero, rejeita a ajuda que a comunidade poderia lhe oferecer.

Aristóteles defende, também, a justiça como sendo a maior das virtudes, encontrando, ainda, outras vias de explicitação, além de remarcar que a justiça é a rainha das virtudes “não absolutamente, mas na relação com outrem”; “é a justiça perfeita porque é a prática da justiça perfeita, perfeita porque quem a possui pode usá-la para com outro”. É completa, pois um homem não a usa só para si, mas, também, com os outros. Muitos são capazes de usar a excelência em assuntos próprios, mas são impotentes para fazê-lo na sua relação com outrem. A justiça comparece como uma virtude que, presente no homem, é um bem que também pertence ao outro, pois pela ação do justo a justiça produz o que é de interesse para outro (seja superior ou igual). É possível

afirmar que, pelo traço da comum referência e implicação do outro, presente em todas as virtudes éticas, todas as virtudes são uma forma de justiça.

Aristóteles apresenta a justiça como um autêntico grego, algo inerente ao homem, algo que se encontra presente na natureza humana. O homem, como um animal político e lógico, é possuidor de conhecimentos dos quais almeja desvelar, aprimorar e utilizar na construção e bem viver da Polis. A justiça, como a mais completa das virtudes, segundo o filósofo, comporta a solução para as mais diversas necessidades da cidade e de seus cidadãos, sendo detentora, por excelência, dos bons comportamentos, das escolhas e vontades e norteadora das ações, além de possuir um caráter inteiramente moral e legal, o que assegura a harmonia da cidade.

Para Aristóteles (2004, p. 127), nem sempre o justo é o melhor para a justiça, como nem sempre a lei é o melhor para a legalidade, mas compreende o filósofo grego, nas relações de justiça e de injustiça no homem, que apesar de “metafórico e em razão de certa analogia, há uma espécie de justiça no homem, não em relação a ele mesmo, mas entre certas partes suas”.

Enfim, o sentido de justiça se afigura como um dos termos mais importantes no contexto do pensamento ético de Aristóteles, pois é nela que concentra todo o sentido verdadeiro da virtude estritamente humana. Não é à toa que Aristóteles dedica o livro V de “Ética a Nicômaco” ao tratamento da justiça.

2 A JUSTIÇA EM KANT

Kant (1724-1804), considerado o maior filósofo da época moderna, era filho de seleiro e de família muito fervorosa na fé cristã, razão pela qual a convicção religiosa foi um elemento muito importante para a base de seu pensamento filosófico.

A filosofia tinha chegado num ponto de divergência entre racionalistas e empíricos, mas Kant conseguiu encontrar uma saída para o impasse, já que conhecia muito bem tanto os racionalistas quanto os empíricos. Para os racionalistas, a base de todo conhecimento humano estava na consciência do homem. Os empíricos queriam derivar das impressões dos sentidos todo conhecimento do mundo. Kant acreditava que todos tinham um pouco de razão.

Nesse sentido, assevera Vicente Barretto (2013, p. 41):

No século XVIII, Immanuel Kant promoveu uma revolução copernicana na filosofia ocidental, ao libertá-la do paradigma teológico e metafísico na qual se encontrava prisioneira, desde o ocaso do Império Romano. A filosofia kantiana, ao libertar-se da tradição metafísica, estabeleceu os princípios filosóficos da Modernidade.

[...]

A revolução kantiana, do ponto de vista moral e político, consistiu, assim, em reconhecer que os problemas centrais da filosofia – os problemas clássicos da metafísica, as provas da

existência de Deus e a fundamentação da moral – não encontravam respostas adequadas na tradição filosófica. O filósofo escocês David Hume (1711 – 1776), juntamente com Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), foram os dois pensadores que tiveram influência determinante no pensamento filosófico e moral de Kant. O pensamento de Hume serviu para a sua incursão no campo da filosofia teórica, tendo sido, como reconhecia Kant, responsável, em suas palavras, por tê-lo “acordado do sono dogmático e dado uma nova direção nas minhas investigações no campo da filosofia especulativa”. Rousseau, cujo retrato era a única decoração do escritório de Kant, foi marcante no campo da filosofia prática.

Para ele, ao contrário dos jusnaturalistas, não há direito natural como regra extraída da natureza, mas explicável através da razão e obrigatório ao ser humano para que este possua liberdade, por ser este um direito natural básico, nos quais os direitos de igualdade e de propriedade devem derivar dessa liberdade.

Contrapõe-se ao positivismo por este não encontrar seu fundamento de validade última em si mesmo ou no arbítrio do legislador, mas na razão, ou em última palavra, na liberdade, o único direito natural.

Kant demonstra sua preocupação com o que é justo ao propor o seguinte questionamento: *Quid jus?* (O que é direito?), pergunta que os juristas não conseguem responder há séculos e que, segundo Barretto (2013, p. 58-59), "Kant diz que quando os juristas procuram compreender o que é direito eles caem na tautologia – *jus est quod justum est*, o justo é aquilo que é justo – ou definem o direito como sendo as leis existentes".

Ao se preocupar com critério de justiça, Kant afirmou que o justo ou o injusto não pode ser encontrado numa análise empírica do direito positivo, mas tão somente na razão, a partir do princípio da liberdade.

Para Kant (2003, p. 407), que formula na obra “A metafísica dos costumes” uma introdução à doutrina do direito, “o direito é o conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar em acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade”.

Assim, Kant assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o Direito. Ressalte-se que quando Kant emprega a palavra “moral” se refere tanto à doutrina do direito ou quanto à doutrina da virtude ou a ambas.

De um modo geral, é possível afirmar que a justiça em Kant é uma conformidade a leis externas, sejam estas leis naturais externas (princípios racionais *a priori*), sejam leis positivas. Com a ideia de justiça, Kant entrona os parâmetros racionais no fundamento da ordem política e jurídica, e o faz fornecendo especial relevância ao trabalho dos cientistas jurídicos, que devem cultivar-se na via do esclarecimento para, mediante o uso público da sua razão, alumiar mudanças na sociedade em direção a uma sociedade civil que administre universalmente o direito, a fim de proporcionar a

máxima liberdade e resguardar os limites desta liberdade, garantindo que a humanidade desenvolva plenamente as suas melhores disposições.

A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação, quando a mesma não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais. Considera injusta a ação que viola a liberdade de uma pessoa. Significa que a pessoa é a legisladora de sua liberdade, segundo a existência de uma lei universal do direito. Kant aponta, assim, o princípio e a lei universais do direito. O princípio universal é que qualquer ação é conforme o direito quando, por meio dela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um puder coexistir com a liberdade de todos os outros, segundo uma lei universal. A lei universal do direito, por seu turno, seria a seguinte: “age externamente, de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.

Em relação à equidade, reconhece Kant (2003, p. 51) que o direito estrito é uma injustiça. Contudo, afirma que essa injustiça não pode ser corrigida por meio do direito, por mais que se refira a uma questão de direito, “porque a reclamação que se funda na equidade somente tem força no tribunal da consciência, ao passo que a questão de direito é discutida no tribunal civil”.

Já na fundamentação da metafísica dos costumes, Kant indica que a moralidade é a condição exclusiva para que um ser racional possa constituir um fim em si. Dessa forma, segundo Kant, somente a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, pode ter dignidade. Porém, afirma Kant que nada mais tem valor além daquilo que a lei estabelece, mas a legislação da qual deriva todo o valor deve, justamente por essa razão, ter uma dignidade, ou seja, uma validade incondicionada e incomparável, em relação à qual somente o respeito constitui a expressão adequada da estima que um ser racional deve tributar-lhe.

De fato, segundo Kant, o direito é a forma universal de coexistência dos árbitros. É o limite à liberdade de cada um, de maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal. O direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma em uma não-liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruírem de uma liberdade igual à dele. O Direito procura realizar a liberdade na plenitude, na medida em que torna possível seu exercício externo, limitando o arbítrio dos indivíduos de forma igual, no sentido de tornar possível o pleno exercício, em sociedade, do maior de todos os bens do homem: a liberdade.

Sem dúvida, para Kant o direito é estritamente ligado à coação. O direito exerce função limitadora dos excessos da liberdade, ele limita a liberdade de um para que ela não atrapalhe a liberdade do outro, de maneira igual, assim promovendo o pleno gozo da liberdade por todos.

O direito estrito fundamenta-se, sem dúvida, na consciência da obrigação de cada um adequar-se à lei; [...] esse direito apóia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coerção externa que possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo as leis gerais (KANT, 2003, p. 407).

Assim também são as lições de Norberto Bobbio:

É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença de liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém transgrida os limites que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera da liberdade do outro, torno-me uma não-liberdade para o outro. Exatamente porque o outro é livre como eu, ainda que com liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade. Pelo fato de que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta se apresenta como ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro e, portanto – uma vez que duas negações se afirmam –, como um ato restaurador da liberdade (BOBBIO, 1997, p. 125).

A coação é um remédio contra a não-liberdade, para garantir a liberdade. Por mais que possa parecer contrária à liberdade, a coação garante a liberdade pelo fato de ser aplicada em casos em que uns transgridem a liberdade de outros. Ela coage os atos atentatórios contra a liberdade, assim garantindo a liberdade. “Direito e faculdade de obrigar significam, portanto, uma coisa só” (KANT, 2003, p. 409).

Para Kant, o conceito de Justiça está relacionado ao agir de forma a conviver com a liberdade dos outros. Agir, assim, é atuar de forma justa. Injusto é a ação do outro que me impede de praticar minha liberdade.

Daí pode-se concluir que tudo que impede a liberdade é injusto e tudo que afasta o obstáculo à liberdade é justo. A coação que alguém exerce contra a ação justa de outro é um obstáculo à liberdade. Assim, como a liberdade é o bem maior, o obstáculo ao obstáculo à liberdade é critério para definir o que é justo.

“Uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal” (KANT, 2003, p. 407).

Nesse sentido são as lições de Joaquim Salgado (1995, p. 280):

Preservada a esfera (liberdade) do outro, cumpre-se o ético do direito, e ainda que não se tenha cumprido o da moral (forçar-se a fazer o certo interiormente). O ético do direito está justamente nisso: preservar a esfera da liberdade do outro, realizando todo o ético na sua esfera.

Conforme Kant (*apud* Barretto, 2013, p. 59), a questão "*qui juris?*" somente poderá ser respondida quando se procurar conhecer as condições que tornam justas as normas prescritivas de uma ordem jurídica, de acordo com um "princípio universal de direito".

Santos, em sua pesquisa sobre a justiça em Kant, apresenta que este classifica a justiça em Justiça protetiva, Justiça comutativa e Justiça distributiva. "A vontade unida do povo estabelece o

que é justo (justiça protetiva), o que é jurídico (justiça comutativa) e o que é de direito (justiça distributiva)" (SANTOS, 2011, p. 212).

Trata-se da divisão dos deveres jurídicos representada por Kant no item Divisão da Doutrina do Direito, da obra "A Metafísica dos Costumes".

A justiça protetiva responde que a forma do comportamento justo se evidencia quando cada pessoa trata a outra ao mesmo tempo como fim, jamais como mero meio; e também quando a própria pessoa não se coloca como mero meio aos outros, sendo para eles ao mesmo tempo um fim.

A justiça comutativa prescreve que a matéria é legalizável quando a posse é conforme ao direito, quando não é gerado um dano ao direito do outro. Se na posse do objeto o ato resultar em um dano, tal objeto não é suscetível de posse; por exemplo, a posse resultante do furto, do estelionato ou da fraude não são exteriormente legalizáveis porque violam a justiça comutativa.

A justiça distributiva é aquela que garante aquilo que é de cada um contra atos de outros, onde a violação ocasiona a manifestação jurisdicional pela sentença de um juiz que distribui a justiça ao caso concreto, protegendo e reparando a violação à posse (SANTOS, 2011, p. 213).

No ensinar de Barretto (2013), Kant concebe a existência de um direito estrito e um direito amplo. O estrito é caracterizado pela faculdade de uma coerção recíproca, de acordo com a lei universal, enquanto o amplo, também chamado de direito equívoco, assume duas formas: a equidade³ e o direito de necessidade⁴. A máxima da equidade é que o direito mais estrito é a maior injustiça, e que, ainda que seja uma questão jurídica, ela não pode ser resolvida pelo direito, pois se situa no espaço da consciência.

No dizer de Santos (2011), Kant enfrenta dificuldade ao trabalhar a justiça no direito estrito quando diz respeito ao direito equívoco, onde a existência da equidade e do estado de necessidade comprometem a cientificidade do direito.

Por fim, a ideia de justiça para Kant na vontade livre dos homens visa a assegurar o crescimento moral da humanidade.

3 A JUSTIÇA EM SANDEL

Michael J. Sandel, o filósofo político da Universidade de Harvard, é como um astro do rock na Ásia e pessoas na China, Japão e Coreia do Sul compram ingressos com ágio para ouvi-lo. Há quem diga que não se trata de apenas um curso, mas do início de uma era. Mas, o que se vê mesmo é que Sandel está tocando em algo profundo desde o Ocidente até o Oriente. Entretanto, o que torna tão atraente suas palestras é a forma como Sandel usa exemplos da vida real para ilustrar filosofias de pensadores como Aristóteles, Immanuel Kant e John Stuart Mill.

³ Equidade – uma ação justa que não recebe a proteção do direito.

⁴ Estado de necessidade – uma ação injusta que não é punida pelo direito.

Sandel explora questões práticas e atuais do tipo: “É justo David Letterman ganhar 700 vezes mais do que um professor escolar?”; “Nós somos moralmente responsáveis por corrigir os erros da geração de nossos avós?”; “O trabalho de cambista é justo ou injusto?”; “É justo aumentar o preço das pás de neve após uma nevasca?”; “É justo leiloar as matrículas universitárias para quem pagar mais?”; “É justo um super astro do esporte ter que dar boa parte do que ganha ao governo?”; “É certo que as universidades estabeleçam cotas raciais ou sociais para admissão de alunos?”; “Um homem convocado para a guerra pelo Exército pode pagar para outro ir em seu lugar?”; “Como julgar um ato rotulando-o como justo ou injusto?”.

Aristóteles já havia levantado questões com o mesmo sentido em “Ética a Nicômaco”. Mas a História revela que, até hoje, não se conseguiu respostas adequadas a todas essas perguntas. Contudo, são questões como essas que fazem os estudantes aprenderem a pensar e praticar a argumentação jurídica, desmontando pensamentos filosóficos instrumentalistas e materialistas.

Depois de mais de 20 anos ministrando aulas sobre justiça decidiu colocar suas ideias no livro “Justiça – o que é fazer a coisa certa”. Ele aborda o tema justiça de modo restrito à concepção de liberdade, bem-estar e virtude, cada uma analisada sob os pontos de vista de filósofos clássicos e modernos, ao que se limita nesse breve estudo a Aristóteles e Kant.

Sandel destaca três tipos de abordagens sobre justiça, as quais denomina de ideologias, respectivamente, nos capítulos 2, 3 e 4: a primeira, a justiça dos *utilitaristas*, que diz que se deve definir justiça e determinar a coisa certa a fazer perguntando-se o que maximizará o bem-estar ou a felicidade da sociedade como um todo; a segunda associa *justiça e liberdade*, cuja distribuição justa de renda e riqueza é aquela que tem origem na livre troca de bens e serviços, em um mercado sem restrições e que regular esse mercado seria injusto porque violaria a liberdade individual de escolha; a terceira é que a justiça seria dar às pessoas o que elas moralmente merecem, alocando bens para recompensar e promover a equidade.

A primeira grande linha teórica relevante discutida no livro é o *utilitarismo*, representado por Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Para Bentham, o maior objetivo da moral é maximizar a felicidade, visando a assegurar a hegemonia do prazer sobre a dor, enquanto que Mill reformulou o utilitarismo rigoroso de Bentham em bases humanas e menos calculistas.

Segundo Sandel (2012), Mill foi o filósofo mais humano e Bentham o mais consistente. Um fato curioso sobre Bentham: pouco antes de morrer, aos 84 anos, perguntou a si mesmo sobre a utilidade de um homem morto, ao que respondeu ser útil ao estudo da anatomia, mas no caso de corpo de um grande filósofo morto, melhor preservar a presença física para inspirar futuras gerações de pensadores e desse modo deixou em testamento, tanto que até hoje seu corpo sentado e meditativo recebe visitas em Londres. Mas não conseguiram embalsamar a cabeça, sendo usada

uma de cera no lugar. A verdadeira, por algum tempo, foi exposta em uma bandeja entre seus pés, mas os estudantes roubaram-na e exigiram resgate para uma obra de caridade. Ao que Sandel satiriza, afirmando que, mesmo depois de morto, Bentham promoveu o bem maior para o maior número de pessoas (SANDEL, 2012).

A segunda é a ideologia libertária (cap. 3). Segundo Sandel, algumas das mais calorosas disputas políticas atuais ocorrem entre dois campos rivais — o do *laissez-faire* e o da equidade. No campo *laissez-faire* estão os libertários do livre mercado que acreditam que a justiça consiste em respeitar e preservar as escolhas feitas por adultos conscientes. No campo da equidade estão teóricos de tendência igualitária, que argumentam que os mercados sem restrições não são justos nem livres. De acordo com o seu ponto de vista, a justiça requer diretrizes que corrijam as desvantagens sociais e econômicas e que deem a todas as oportunidades justas de sucesso.

Acerca dessa ideologia, Sandel (2012) informa que ao refletir sobre o que é certo ou errado em situações como mães de aluguel na Índia e o soldado que contratou outro para ir à guerra em seu lugar, vê-se que são duas questões que dividem concepções antagônicas de justiça: 1) Até que ponto nossas escolhas no livre mercado são realmente livres?; 2) Há certas virtudes e bens de natureza tão elevada que transcendam as leis do mercado e o poder do dinheiro?

A terceira, a teoria que vê a justiça intimamente associada à virtude e a uma vida boa, ou seja, "justiça é dar às pessoas o que elas moralmente merecem, alocando bens para recompensar e promover a equidade" (SANDEL, 2012, p. 138).

Quando Sandel (2012, p. 18) afirma que as teorias de justiça antigas partem da virtude, enquanto as modernas começam pela liberdade, e conclui ser “profunda a convicção de que justiça envolve virtude e escolha: meditar sobre justiça parece levar-nos inevitavelmente a meditar sobre a melhor maneira de viver.”, ele estava se referindo a dois grandes defensores dessas teorias: Aristóteles e Kant.

Segundo Sandel (2012), Kant repudia a ideologia ou teoria de justiça número um (maximização do bem-estar) e a número três (valorização da virtude) pelo fato de que elas não respeitam a liberdade humana.

A terceira teoria de justiça refere-se à de Aristóteles, abordada por Sandel no capítulo 8, objeto do tópico seguinte. Assim, em seguida, serão expostos os pensamentos e opiniões de Sandel sobre Aristóteles e Kant.

3.1 A VISÃO DE ARISTÓTELES SOB A ÓTICA DE SANDEL

Sandel (2012, p. 17) aponta um grande dilema da filosofia política: "Uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos? Ou a lei deveria ser neutra quanto às concepções concernentes à virtude, deixando os cidadãos livres para escolher, por conta própria, a melhor forma de viver?".

Nos capítulos 8, 9 e 10 de "Justiça – o que é fazer a coisa certa", Sandel aborda o critério de merecimento e Aristóteles (231-256); o que devemos uns aos outros? Dilemas de lealdade (259-301); e a justiça e o bem comum (305-334).

A discussão sobre mérito inicia com a menção do fato de uma aluna que tinha paralisia cerebral e usava cadeira de rodas, da Andrews High School, ter sido expulsa da torcida organizada porque ela teria que treinar e se submeter à rigorosa rotina de exercício, incluindo as acrobacias e *splits* que as demais animadoras de torcida faziam.

Essa história levantou duas questões: será que ela deveria fazer ginástica com as demais para ser animadora de torcida (problema da equidade)? Será que a honra que a cadeirante recebe como animadora de torcida é indevida (problema da indignação)?

Na visão de Sandel, as práticas sociais necessitam, ao que parece por esse caso, de justificativas vinculadas à finalidade da ação. Uma animadora de torcida deve realizar determinadas ações específicas, próprias ao desempenho social. Ela responde tanto a um propósito instrumental (animar a torcida), como a um propósito honorífico (honrar as animadoras de torcida, suas qualidades específicas).

É nesse momento que ele invoca a teoria de justiça na perspectiva de Aristóteles, afirmando que as duas concepções centrais da filosofia política de Aristóteles estão presentes no caso da cadeirante.

1. A justiça é teleológica. Para definir os direitos, é preciso saber qual é o *télos* (palavra grega que significa propósito, finalidade ou objetivo) da prática social em questão.
2. A justiça é honorífica. Compreender o *télos* de uma prática – ou discutir sobre ele – significa, pelo menos em parte, compreender ou discutir as virtudes que ela deve honrar e recompensar (SANDEL, 2012, p. 233).

Sandel ensina que as teorias modernas de justiça tentam separar as questões de equidade e direitos das discussões sobre honra, virtude e mérito moral. Elas buscam princípios de justiça que sejam neutros, sendo que, para Aristóteles, a justiça não pode ser neutra, ela é parte da discussão sobre honra, virtude, natureza de uma vida boa. Justiça e vida boa, na compreensão de Aristóteles, estão vinculadas. Isso significa que, para ele, ser justo é agir de acordo com o mérito de quem vive na cidade, e busca viver melhor.

Sandel explica que se deve procurar entender os motivos que levaram Aristóteles a acreditar que justiça e vida boa devem estar ligadas, porque isso ajudará a entender o que está em jogo no esforço para dissociá-las.

Aristóteles foi categórico ao afirmar que justiça significa dar às pessoas o que elas merecem e para determinar quem merece o quê devem ser estabelecidas quais as virtudes são dignas de honra e recompensa.

Isso significa que cada atividade possui suas virtudes específicas, e ser justo é ter como critério que os melhores em cada função executem da melhor maneira esta função. O exemplo da melhor flauta auxilia na compreensão. Se o objetivo das flautas é produzir música, o da melhor flauta, melhor música, apenas ao melhor flautista ela se destina. A justa distribuição de um bem deve seguir o propósito desse bem.

Aristóteles argumenta que, para determinar a justa distribuição de um bem, tem que procurar o *télos*. Sandel ensina que não se deve rejeitar o raciocínio teleológico na ciência porque se estaria rejeitando também na política e na moral.

Aduz que, atualmente, nenhum cientista que lê os trabalhos de Aristóteles sobre Biologia ou Física os leva a sério, mas isso não acontece com quem estuda ética e política, que continua a ler, a ponderar sobre filosofia moral e política de Aristóteles⁵.

De acordo com Sandel (2012, p. 295), Aristóteles

[...] não acredita que os princípios de justiça possam ou devam manter a neutralidade com respeito à vida boa. Ao contrário, ele sustenta que um dos propósitos de uma Constituição justa é formar bons cidadãos e cultivar o bom caráter. Ele não acha que se possa deliberar sobre justiça sem deliberar sobre o significado dos bens – cargos, honrarias, direitos e oportunidades – proporcionados pela sociedade.

Por fim, Sandel (2012) não concorda nem discorda das ideias de Aristóteles sobre justiça, deixando para os leitores decidirem o que pensar. Apenas rechaça que não pode ser possível ou mesmo desejável deliberar sobre justiça sem deliberar sobre a vida boa.

3.2 A VISÃO DE KANT SOB A ÓTICA DE SANDEL

Michael Sandel (2012) utiliza o capítulo 5 de seu livro para explorar Immanuel Kant e adverte que a filosofia de Kant não é fácil de estudar, mas que nem por isso deve-se deixar de estudá-la, porque o esforço vale a pena e as implicações são enormes.

⁵ Exemplo vivo dessa afirmação é este breve estudo.

Segundo Sandel (2012), Kant repudia a primeira (maximização do bem-estar) e a terceira (valorização da virtude) abordagem por não respeitarem a liberdade humana. Mas, Kant é grande defensor da abordagem número dois.

Quem considera que existem direitos humanos universais, em geral, não tem tendências ao utilitarismo. Acredita que a vida humana não é mero instrumento. A defesa dos direitos humanos poderia ser feita pensando no benefício que traria a longo prazo para a sociedade. Porém, esta defesa não seria a partir do valor dos direitos humanos em si, nem a partir dos direitos dos indivíduos enquanto tais. Ora, se não é porque a maioria das pessoas ficará feliz que se defende os direitos humanos, por que se age assim? Para os libertários poderia se dar pelo fato de cada um ser dono de si mesmo. Porém, isso é problemático: como aceitar um mundo no qual inexistissem redes de segurança coletivas, em que cada um, em especial, como agentes do mercado, fosse dono absoluto de “seus” direitos? Nem Locke aceita uma liberdade absoluta resultante da propriedade (de si), e invoca Deus como fonte dos direitos inalienáveis. Todavia, num mundo plural essa invocação pode não ser plenamente aceita.

A questão dos direitos e deveres é muito complexa, mas Sandel vê nas ideias de Kant (1724 – 1804) uma proposta alternativa para essa questão.

A perspectiva kantiana tem como tema central a liberdade humana. Justiça e moralidade estão associadas à liberdade. Porém, liberdade para Kant vai além da livre opção. Não se trata, apenas, de poder decidir entre duas mercadorias qual se considera a mais apetecível, qual se deseja e quer. Por isso, a liberdade para Kant não equivale ao modelo utilitarista de liberdade – ou ao modelo libertário.

Para Kant, há uma distinção entre inclinação e liberdade. Há decisões que são tomadas entre prazer e dor. Pode parecer liberdade. Porém, nesse caso, estaria sempre agindo por meio de uma determinação exterior – como se afirma na propaganda da Sprite; obedeça sua sede. Trata-se de optar por um desejo o qual não se escolheu ter. Para essa distinção não importa se a determinação é biológica ou cultural, qualquer determinação é uma não-liberdade. Qual a diferença? Ser livre é agir com autonomia. Agir com autonomia é agir de acordo com a lei que imponho a mim mesmo (SANDEL, 2012).

Uma das formas de compreender autonomia é compará-la com o seu oposto, heteronomia. Toda determinação exterior é heterônoma. Uma bola de bilhar que cai do alto de um edifício e atinge a cabeça de alguém não tem nenhuma autonomia, ela não cai livremente. Na verdade, segue as determinações da lei da gravidade. O mesmo aconteceria com uma pessoa que, ao cair de um alto edifício, atingisse alguém e esta pessoa atingida morresse: não houve liberdade, logo, inexistente

responsabilidade do agente. Agir livremente é decidir o que deve ser realizado, escolher o fim em si, uma escolha que os seres humanos podem fazer, as bolas de bilhar não (SANDEL, 2012).

Coisas são instrumentos e meios, pessoas não. Para Kant, as decisões morais (éticas) são decisões sobre relações entre pessoas, e pessoas possuem dignidade especial. Se a decisão é sempre em função de um resultado, de algo que se pretende conseguir, essa ação não é ética. Para Kant, o respeito à dignidade humana exige que se trate as pessoas como fins em si mesmas que empurrar um homem gordo nos trilhos a fim de parar o bonde seria usá-lo como um meio, e não respeitá-lo como um fim em si mesmo. Sim, um utilitarista poderia recusar-se a empurrar o homem em função da felicidade a longo prazo. Porém, esse seria o motivo errado para decidir. Assim, para Kant, o que importa é o motivo (SANDEL, 2012).

Para Kant, o valor moral de uma ação consiste na intenção com a qual a ação é realizada. Se a coisa é certa é ela que deve ser realizada, e por isso que ela deve ser realizada, por ser a coisa certa. Uma boa ação não necessariamente realiza os fins que poderia realizar na sua execução. Contudo, a bondade da ação está dada porque não resta alternativa diante dela. O motivo que confere valor moral a uma ação é o dever. Se ao invés do dever agir-se a partir do interesse próprio, a ação não terá valor moral (SANDEL, 2012).

Preservar a vida parece um dever. Porém, vários atos de preservação da vida, como usar o cinto de segurança do carro ou controlar o colesterol, são atos de prudência, antes que atos morais. Kant oferece um exemplo no qual a preservação da vida seria uma atitude moral. Uma pessoa muito infeliz, desesperançada, que ainda assim preservasse a própria vida por dever, agiria moralmente. No caso da preservação da vida para manter-se feliz, ou o que seja, se não for por dever, não é uma ação ética (SANDEL, 2012).

Ajudar o próximo é uma questão difícil para Kant. Quem age por compaixão, por exemplo, como diz Kant, não age por dever, por motivo moral, mas por inclinação. Apenas quem não ama o próximo por nenhuma compaixão ou simpatia, mas por puro dever, somente esse age por motivo moral. Ora, um altruísta não é ético? Se ele agir por dever, age eticamente. Ou seja, o que interessa é o motivo. Ele pode ter prazer com a ação, mas a ação tem que ser realizada por dever e não pelo prazer (SANDEL, 2012).

Ainda sobre a moral de Kant, Sandel apresenta quatro perguntas a ele e, obviamente, as responde com base no que escreveu Kant. São elas:

Questão 1: O imperativo categórico de Kant ensina-nos a tratar todos os indivíduos com respeito, como um fim em si mesmos. Não seria isso praticamente a mesma coisa que a Regra de Ouro? ("Faça aos outros o que deseja que os outros façam a você.")

Questão 2: Kant parece sugerir que cumprir um dever e agir com autonomia são exatamente a mesma coisa. Mas como isso pode ser? Agir de acordo com o dever significa ter de obedecer a uma lei. Como pode a obediência a uma lei ser compatível com a liberdade?

Questão 3: Se autonomia significa agir de acordo com uma lei que criei para mim mesmo, o que garante que todas as pessoas escolherão a mesma lei moral? Se o imperativo categórico é produto da minha vontade, isso não significa que pessoas diferentes terão imperativos categóricos diferentes? Kant parece crer que todos seguimos a mesma lei moral. Mas como ele pode ter certeza de que pessoas diferentes não raciocinarão de maneira diferente, o que ocasionaria uma diversidade de leis morais?

Questão 4: Kant afirma que, se moralidade significa mais do que uma questão de cálculo prático, ela deve seguir os padrões do imperativo categórico. Mas como podemos saber se a moralidade existe independentemente do exercício do poder e dos interesses? É possível ter certeza de que somos capazes de agir com autonomia e liberdade? O que aconteceria se os cientistas descobrissem (por meio de exames de imagem do cérebro, por exemplo, ou pela neurociência cognitiva) que, na verdade não temos liberdade de escolha? Isso refutaria a filosofia moral de Kant? (SANDEL, 2012, p. 157-159).

Sandel responde a essas perguntas baseado no dizer de Kant: "Negar a liberdade é tão impossível para a mais abstrusa filosofia quanto para a mais simples razão humana" (SANDEL, 2012, p. 161).

Sobre a teoria política de Kant, Sandel ensina que, não obstante não haver escrito trabalhos importantes sobre teoria política, como fez Aristóteles, mas apenas alguns ensaios, ainda assim a concepção de moralidade e liberdade que emerge de seus escritos sobre ética contém poderosas implicações para a justiça.

A primeira característica da teoria política de Kant é seu repúdio ao utilitarismo, não apenas como uma base para a moralidade pessoal, mas, também, como uma base para a lei, afirmando que a utilidade não pode ser a base da justiça e dos direitos. A segunda característica sobre a teoria política de Kant é que ela fundamenta a justiça e os direitos em um contrato social, mas num contrato imaginário, que ele não disse como seria esse contrato ou a que princípios de justiça ele daria origem⁶ (SANDEL, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a proposta aqui pretendida, podem-se formular algumas considerações sintetizadas, tendo em vista que neste trabalho buscou-se demonstrar, de modo simples, a complexidade que existe quando se trata do tema justiça, seja nas teorias que surgiram desde a Antiguidade até os dias de hoje. Para tanto, foi feita uma explanação acerca do que pensam alguns mestres no assunto.

Chegou-se à conclusão que, se analisarmos cada um dos pensadores citados neste trabalho, todos têm um pouco de razão à concepção acerca do tema, e que todas são de grande relevância para o momento atual.

⁶ Somente quase dois séculos depois o filósofo americano John Rawls tentaria responder a essas perguntas.

Nesse pequeno debate pôde ser observado que a liberdade é o único direito natural reconhecido como igual para todo homem. A liberdade externa de todos os indivíduos é limitada por um princípio de igualdade, no sentido de compatibilizá-la e tornar a sociedade organizada. A lei que realiza a liberdade no sentido de autonomia, ou seja, a lei que cada vez mais se aproxima do princípio de racionalidade, criando uma legislação jurídica universal, é justa. Portanto, nenhuma autoridade ou força deve se sobrepor à liberdade e à justiça.

O que legitima a atividade do legislador é justamente a sua obediência ao direito natural do homem, à liberdade. A equidade, independente das diferentes concepções, serve tanto à hermenêutica e à aplicação do direito. Pena que no Brasil não seja comumente aplicada.

Sandel, ao abordar Aristóteles e Kant, leva o leitor a uma jornada de reflexão moral e política. O seu objetivo não é o de mostrar quem influenciou quem na história do pensamento político, mas de convidar os interessados a submeter-se às suas próprias perspectivas sobre a justiça ao exame crítico – para que compreendam melhor o que pensam e porquê.

Como se verificou do texto, há amplitude na concepção do que seja Justiça. Não obstante, não se conseguiu encontrar posicionamentos certos ou errados, visto que se entende que cabe ao aplicador do direito estabelecer sua própria pauta valorativa, o que somente pode ser feito através de uma clara opção ideológica.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. In: **Os Pensadores**. Seleção de textos por José Américo Motta Peçanha, São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. Martin Claret: São Paulo, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Publicado no DOU de 09.09.1942, retificado no DOU de 08.10.1942 e no DOU de 17.06.1943.

_____. **Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. **Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério**. Trad Nelson Boeira. 1 ed. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. A doutrina do direito e a doutrina da virtude. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Coimbra: Armenio Amado Editora, 1974.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **A moral e a justiça em Immanuel Kant**. 2011. 230 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2011.