

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

REGINA VERA VILLAS BOAS

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Regina Vera Villas Boas; Orlando Luiz Zanon Junior –
Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-389-4

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. IV
Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

Prefácio GT – Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico – IV encontro virtual do CONPEDI 13.11.21

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI -, por meio de profícuos Encontros semestrais propiciam a disseminação de pesquisas, enriquecendo o conhecimento em variadas áreas dos saberes. A sua abrangência nacional e internacional alcança inúmeros territórios, culturas diversificadas, enriquecendo o âmbito da Ciência Jurídica e sua interface com as demais Ciências Humanas e Sociais.

O Grupo de Trabalho “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico”, formado no IV Encontro Virtual do CONPEDI, o qual se realizou totalmente on-line, em razão do cumprimento das medidas de distanciamento social decorrentes da pandemia de Covid 19 (Sars-Cov2), ocorreu no dia 13 de novembro de 2021.

Todos os textos, produzidos em forma de artigos científicos, apresentados por seus respectivos autores e coautores no “Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico”, justificam a atualidade e relevância dos tradicionais Encontros do CONPEDI e dos Grupos de Trabalhos formados - enquanto espaço de reflexões e debates que divulgam temas jurídicos e sua interface com as dinâmicas sociais, políticas, ambientais e culturais contemporâneas. Constatou-se verdadeira interação dialética e ininterrupta dessas áreas com o Direito.

As exposições realizadas no “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico”, propiciaram olhares transdisciplinares ao desafiar ricas reflexões envolventes das teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico, todas elas perpassando por âmbitos essenciais da construção do saber jurídico contemporâneo.

As abordagens epistemológicas trazidas pelos pesquisadores expositores, ao renovarem as reflexões, favorecendo reinterpretções de teorias científicas e temáticas conflitantes, regionais e globais, desafiaram doutrinas e teorias clássicas e contemporâneas, entre outras as de Richard Posner, John Rawls, Amartya Sen, Amy Allen e Claudia Leeb.

A partir das temáticas refletidas foram desenvolvidos verticalizados debates, durante o GT, realizando a desejada interação e integração das pesquisas e dos pesquisadores, demonstrando convergência entre os temas abordados e as linhas de pesquisas do grupo de trabalho.

Nesse sentido, os artigos expostos e debatidos no GT trouxeram à baila a necessidade de se adotar visão transdisciplinar das complexidades dos saberes, de maneira a facilitar os diálogos entre os âmbitos refletidos. A expansão do escopo das teorias e doutrinas trazidas aos debates, imiscuindo-se nos desafios do âmbito jurídico - na busca de respostas e soluções atualizadas e compatíveis com as realidades contemporâneas -, mostraram as vulnerabilidades ambientais e humanas, expostas nas sociedades, que vivem tempos de crises sanitária, econômica, ambiental, ética, social e política.

Por derradeiro, imperiosa é a contatação de que as pesquisas expostas no “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico”, estabeleceram diálogos originais, ricos e atualizados envolventes das teorias, entre outras, da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico, proporcionando discussões transdisciplinares, além de propostas de soluções jurídicas inovadoras aos conflitos expostos pelos expositores.

Com satisfação, respeito e carinho, os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma suave e profícua leitura, ao mesmo tempo em que agradecem a honra e a alegria de terem coordenado as reflexões e os debates promovidos pelos pesquisadores, todos extremamente qualificados e conhecedores dos temas trazidos às exposições.

13 de Novembro de 2021.

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. José Alcebíades Oliveira Júnior – Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Orlando Luiz Zanon Júnior – Universidade do Vale do Itajaí

UM ENSAIO PARA O ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DAS DIMENSÕES POSSÍVEIS PARA SUA CONCRETA EFETIVAÇÃO

A ESSAY FOR ACCESS TO JUSTICE FROM THE POSSIBLE DIMENSIONS FOR ITS CONCRETE EFFECTIVENESS

Hamilton da Cunha Iribure Júnior ¹
Douglas de Moraes Silva ²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo central realizar análise acerca da possibilidade de atingir-se a justiça social a partir da imposição de um sistema de normas jurídicas, tendo como premissa as bases conceituais da Teoria da Justiça. Para tanto, adota-se a metodologia analítica documental dedutiva. Uma conclusão possível é a de que a elaboração de uma teoria que justifique a concretização da justiça na ordem social parte de uma ramificada teia conceitual que esbarra na dificuldade de dimensionar elementos como equidade e bem social. Alguns dos principais pensamentos das escolas clássicas são fundamentais para que se tenha êxito nessa missão.

Palavras-chave: Justiça, Acesso, Efetivação, Dimensões, Direito

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this article is to analyze the possibility of achieving social justice through the imposition of a system of legal norms, based on the conceptual bases of the Theory of Justice. For this, the deductive document analytical methodology is adopted. A possible conclusion is that the elaboration of a theory that justifies the implementation of justice in the social order starts from a ramified conceptual web that bumps into the difficulty of dimensioning elements such as equity and social good. Some of the main thoughts of the classical schools are fundamental for this mission to be successful.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice, Access, Effectuation, Dimensions, Law

¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da Graduação e do PPGD, da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Líder Científico do Grupo Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Advogado.

² Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Integrante do Grupo de Pesquisas CNPq SAPERE AUDE. Historiador Arquivo Nacional. Coordenador do Grupo Resgate Histórico de Bueno Brandão /MG.

1. INTRODUÇÃO

Intriga a questão do acesso à Justiça em meio a tantas violações de direitos e garantias fundamentais, além das prerrogativas dos operadores jurídicos, notadamente os advogados. Compreender os mecanismos e parâmetros utilizados para se conceber “direito” e “justiça” pode propiciar instrumental hábil para que se conclua se o combalido “acesso”, aqui trazido, possa ser efetivado qualitativamente e não apenas em números e estatísticas, estes que canalizam a equivocadas conclusões. Nisso reside a problemática central da presente investigação científica.

É factível asseverar 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.

Destarte, as dimensões consideradas para o que se tem por ideal de *justiça* traz consequências importantes na forma pela qual se concebe a estrutura de uma Carta Constitucional num Estado Democrático de Direito. Exemplo disso é a construção do denominado Bloco de Constitucionalidade, mínimo existencial dos Direitos e das Garantias Fundamentais que arrimam os Direitos Individuais numa determinada sociedade.

Em todas as linhas de pesquisa ora desenvolvidas percebe-se a unanimidade na questão de procurar-se caracterizar o direito a partir de uma concepção do que venha a ser *Justiça*. A par de toda a gama de implicâncias conceituais, no presente invoca-se uma abordagem para caracterizar alguns dos diversos critérios que são empregados para entender a possibilidade de se fazer atingir a justiça tendo como ponto de partida a incidência de um sistema jurídico. A seguir algumas dessas considerações de relevo nesse talante.

Em regra, cada escola filosófica adota uma natureza para o direito. Portanto, de plano, pode-se assumir a ideia de que é variável a natureza do direito. No entanto, sem incorrer em impropriedades, destacam-se os *historicistas*, para os quais o direito é um fenômeno historicamente determinado – vertente que tem na Teoria de SAVIGNY sua concatenação e os *naturalistas*, segundo os quais o direito é um fenômeno natural, empiricamente observável – sob a inspiração do pensamento de RUDOLF VON JHERING.

Ainda contribuíram, de modo significante, para o estudo da natureza do direito os *positivistas*, que vislumbraram o direito como uma condição altamente formal de certas atividades humanas, ao esboço da Teoria de KELSEN; os *teólogos*, para os quais o direito segue

uma orientação divina, apta a regular a convivência entre os homens e o entre estes e o meio em que vivem – destacando-se a Teoria de CATHEREIN; os *culturalistas*, abraçando o direito como um fenômeno da cultura, um produto humano, resultante da experiência do homem na sua convivência, vertente expressa nos pensamentos do Professor MIGUEL REALE e, ainda, os *formalistas*, seguidores do entendimento que o direito perfaz uma categoria transcendental da experiência humana, teoria albergada no pensamento de STAMMLER.

Seja, portanto, o direito entendido como uma forma do *querer* tomado como um conceito teleológico, o qual opta por fins e a eles subordina meios ou como um bem cultural – uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores da convivência, havendo sempre no direito uma exigência axiológica –, certo se tem que a partir de sua concepção pode-se construir ideais como os *sistemas de garantias fundamentais*.

Ademais, pode ser entendido que o problema que envolve a natureza do direito encontrar-se fora do âmbito da ciência jurídica, sendo necessário realizar um aporte acerca do que seja a “*expressão linguística*”. Os significados que podem tomar expressões diferentes podem conduzir a caminhos distintos e tornar a interpretação relativa em conformidade com o que se esteja almejando.

Demonstrando essa forma de conceber o direito, tem-se que

toda expressão linguística possui um significado expressivo, que é a manifestação ou sintoma de algo. Isto quer dizer que como um elo num todo psicofísico, a expressão se refere àquela experiência que lhe deu origem. Não importa o que eu diga, minha expressão tem que ter sido causada por circunstâncias emotivo-volitivas que me impeliram a expressar, um impulso para comunicar ideias aos outros ou uma emoção que espontaneamente requer expressão. Certas expressões linguísticas possuem, adicionalmente, um significado representativo, quer dizer, a expressão *indica*, *simboliza* ou *representa* um estado de coisas. Não se trata de uma relação causal, mas lógica (ROSS, 2003, p. 29).

Desse modo, das expressões linguísticas existentes, quais sejam, expressões de *asserção* (com significado representativo), *exclamações* (sem significado representativo e sem intenção de exercer influência) e *diretivas* (sem significado representativo, mas com intenção de exercer influência), somente as últimas aduzem as orações encontradas nas regras jurídicas utilizadas para a formação de um conjunto de direitos e de garantias jurídicas.

A regra jurídica não é verdadeira nem falsa; é, portanto, diretiva, porque, complementa,

as leis não são promulgadas a fim de comunicar verdades teóricas, mas sim a fim de dirigir as pessoas – tanto juízes quanto cidadãos particulares – no sentido de agirem de uma certa maneira desejada. (...) Fica particularmente claro que as regras jurídicas, por seu teor lógico, são diretivas quando notamos que há regras jurídicas que contêm expressões comumente usadas em diretivas. É o caso, por exemplo, de normas penais que expressam que qualquer pessoa sob certas condições “deverão ser punidas” (sic)

de um certo modo, e no direito civil regra que expressam que uma pessoa “tem que” ou “pode” fazer algo (ROSS, 2003, p. 32-33).

Um interessante ponto advém do raciocínio até aqui desenvolvido. E tal se faz acerca do conteúdo das proposições que são lidas num livro de direito, acerca de sua natureza diretiva ou não. Pelo ora exposto tudo indica que, aparentemente, seja, vez que parece não haver quaisquer diferenças entre orações empregadas pelos escritores de direito e as que figuram nas normas jurídicas, levando-se em consideração que as proposições contidas num livro visam a “*descrever*” e não prescrever.

Analisando as diversas abordagens na contribuição de WITTGENSTEIN, no sentido de construir a linguagem e o mundo a partir de elementos atômicos, observa-se que houve falhas em sua proposição. Isso porque o filósofo não havia tentado para o modo como a linguagem realmente atua. Concluiu, posteriormente, que a linguagem não se deixa analisar de um só modo e que a busca de objetos absolutamente simples representa a busca de um sonho. Tem-se, assim, que

a linguagem é, segundo uma imagem do próprio Wittgenstein, como uma nebulosa constituída de múltiplos locais, regiões, sublinguagens mais ou menos aparentadas entre si, e é nelas e nas transgressões de suas fronteiras internas que o filósofo deve focalizar sua atenção. Mesmo que exista uma unidade geral da linguagem, ela não chega a ser relevante para a investigação filosófica (COSTA, 2002, p. 35).

Sobre a problemática que envolve a natureza do direito e o seu significado, ROSS conclui que o aparente desacordo entre os doutrinadores está na razão de que suas obras se encontram tacitamente baseadas em diferentes conjecturas em relação ao significado do conceito de direito vigente.

Qualquer aproximação, por sua vez, também poderá não representar uma unidade conceitual uma vez que se trata de uma peculiaridade do estudo do direito e não tem paralelo, por exemplo, na psicologia ou nas ciências naturais. Explica, então, porque a natureza do direito constitui o principal problema da filosofia do direito.

Despido de sua formulação metafísica, o problema da natureza do direito é o problema de como interpretar o conceito de direito “*vigente*”, como uma parte construtiva integrante de toda proposição do estudo doutrinário do direito (ciência do direito). A natureza do direito encontra realmente barreiras na sua delimitação vez que a utilização da língua relativiza a abstração de objetos jurídicos, sendo inegável observar que não há como obter definições reais de tais objetos, por mais que a utilização de um termo possa refletir, através da verbalização, a coisa a que se refere.

Observando essa dimensão, pode-se atestar que:

embora não neguem o caráter vago do termo *direito*, que ora designa o objeto de estudo, ora é o nome da ciência (por exemplo: a “Ciência do *Direito*” estuda o “*direito*”), ora o conjunto de normas, ou das instituições (por exemplo: o *direito* brasileiro prescreve pena para o crime de morte, o *direito* não deve mais admitir a pena de banimento) – direito objetivo –, ora é *direito* no sentido dito *subjetivo* (meu *direito* foi violado), todos eles não se furtam à tentativa de descobrir o que é o “*direito* em geral”. E aí entram numa polêmica de séculos, cujas raízes, obviamente, estão, entre outros motivos, em sua concepção de língua (FERRAZ JR., 2003, p. 35).

A crítica à natureza do direito, enquanto busca a definição para o termo (*direito*), que em essência utiliza-se de um elevado número de abstrações e generalidades, com aparência universal e imprestável para contornar os limites necessários para atingir-se um denominador comum. Isso porque a Língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o *uso* (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade.

Em arremate formal, a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra. Se nos atemos ao uso, toda e qualquer definição é *nominal* (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a descrição da realidade depende de como definimos o conceito e não do contrário. Ou seja, a descrição da realidade varia conforme os usos conceituais.

2. PENSANDO A REALIDADE SOCIAL A PARTIR DO CONTEXTO NORMATIVO – POSSIBILIDADES E CONFLUÊNCIAS

Para entender melhor a dimensão que deve ser dada à discussão ligada à concepção do direito como mola propulsora para a formação de um sistema de Direitos e Garantias Fundamentais, deve-se, preliminarmente, avaliar dois contextos: o normativo e o social.

Ao lançar as bases da Teoria Pura do Direito, HANS KELSEN admoestou que a conduta de um indivíduo pode ser considerada em relação a um ou vários indivíduos, mas que isso não se faz necessário. Isso, segundo tal pensamento, para atestar que o indivíduo pode comportar-se de determinado modo em face de outros semelhantes. Essa assunção faz-se tendo em vista a possibilidade do indivíduo comportar-se ante a outros objetos que não sejam seres humanos (plantas, animais, dentre outros).

Como corolário lógico desse pensamento tem-se que uma determinada ordem normativa regula a conduta humana na medida que a mesma está considerada em relação com outras pessoas, sendo denominada de *ordem social*. Dessa forma, a moral e o direito são invocados para a formação de diplomas normativos sociais.

Deve-se entender que a função de uma ordem social está na medida da obtenção de uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem encontra-se subordinado, fazendo com que tal indivíduo omita determinadas ações consideradas como socialmente prejudiciais e que, ao viés, venha a realizar determinadas ações que sejam socialmente úteis.

Na abordagem positivista do filósofo alemão, a ordem jurídica, como ordem social, pode prescrever uma determinada conduta pela razão de conectar-se à conduta oposta uma desvantagem, como uma privação verdadeira. Isso para atestar que a conduta condicionante da sanção é proibida e a conduta oposta é prescrita e que

a conduta prescrita, não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrito significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser-devida da sanção. A execução da sanção é prescrita, é conteúdo de um dever jurídico, se a sua omissão se torna pressuposto de uma sanção. Se não for esse o caso, ela apenas pode valer como autorizada, e não também como prescrita. Visto não podermos admitir um *regressum ad infinitum*, a última sanção nesta série apenas pode ser autorizada, e não prescrita (KELSEN, 2001, p. 28).

O direito é, sobretudo, uma ordem coercitiva, na medida em que estabelece de imediato uma reação a determinadas condutas humanas e, também, podendo atuar como reação contra situações que não necessariamente representem condutas humanas. Assim, em KELSEN, o ordenamento traduz a ideia de que no caso da conduta humana deve ser aplicada uma sanção, no sentido mais amplo do prêmio ou de pena. Logicamente, que uma teoria que visa estudar o direito, deve determinar, inicialmente, a conceituação do seu objeto, partindo-se do uso da linguagem, ou seja, do significado da palavra no idioma alemão e o correspondente nas demais Línguas.

Nesse ponto é que impera uma segunda via, qual seja, entender que, ao relacionar o direito com a conduta humana, necessariamente deve-se determinar se os fenômenos sociais designados pelo verbete “*direito*” apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes e se tais características são significativas para servirem de elementos de um conceito de conhecimento científico sobre a sociedade.

Tal desiderato leva a crer que uma significativa gama de significados que podem ser advindos da observação do que seja o direito num contexto social, conduz a uma inviabilidade de se obter um conceito comum considerável para uma aplicação normativo-social. Daí a ter-se uma amplitude muito elevada de entendimentos para o que sejam, definitivamente, direitos e garantias fundamentais.

O que percebera é que ao realizar a confrontação entre os objetos, determinados pela palavra “*direito*”, a partir de suas concepções em diferentes povos e em diferentes épocas, restou que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana, vez que uma ordem pode

representar um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.

Daí o agasalho de que uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana e é irretocável que isso somente se aplica “às ordens sociais dos povos civilizados, pois nas sociedades primitivas também o comportamento dos animais, das plantas e mesmo das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens” (KELSEN, 2001, p. 34).

Outra importante constatação do positivismo jurídico é que as ordens sociais são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente nocivas com um ato de coação (com um mal). No entanto o próprio autor adverte que pode haver casos em que esse ato de coação seja visto como um bem por parte daquele que deve sofrer tal coação (alguém que comete um crime para ser condenado e receber habitação e alimentos no sistema prisional).

A Carta Política de uma nação, ao fundar-se em espectros normativos, mormente relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece um conjunto mínimo de ordens valorativas jurídicas a serem observadas, de modo cogente, na relação que deve ser travada entre o órgão estatal e o indivíduo. Contudo, há que se ressaltar que isso não significa, necessariamente na prática que, havendo a previsão expressa de Direitos Individuais, o Estado seja mais ou menos democrático, mas, fundamentalmente, ao contrário, que tais direitos e garantias obrigam ao controle da atividade estatal quando da usurpação de suas funções no trato com o indivíduo.

Corroborando para tal, nessa esteira, alinha-se o pensamento de NORBERTO BOBBIO, para o qual, ao se considerar o direito como um conjunto de normas ou regras de conduta aproxima-se da experiência jurídica e amplia a dimensão dos seus traços característicos, adotando a premissa de que a vida humana se desenvolve dentro de um mundo de normas.

Inevitável disso notar que o ser humano acredita ser livre quando, na realidade, está envolto numa complexa rede de regras de conduta que regem-no desde o nascimento até a morte, sendo que boa parte dessas regras nem mais se percebe de tanto já acostumado a elas. Portanto,

há, indubitavelmente, um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações são caracterizadas

pelos ordenamentos de regras nas quais as ações dos homens que as criaram estão contidas. A história se apresenta então como um complexo de ordenamentos normativos que se sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram. Estudar uma civilização do ponto de vista normativo significa, afinal, perguntar-se quais ações foram, naquela determinada sociedade, proibidas, quais ordenadas, quais permitidas; significa, em outras palavras, descobrir a direção ou as direções fundamentais em que se conduzia a vida de cada indivíduo (BOBBIO, 2003, p. 25).

As lições do filósofo de Turim servem para a conclusão de que as normas jurídicas não passam de uma parcela da experiência normativa, estas que são compostas, em sociedade, de várias outras, tais como normas comunitárias, religiosas, administrativas, políticas, dentre tantas. Embora distintas em vários aspectos, todas têm em comum um traço característico, qual seja, são preposições que têm a finalidade de influir o comportamento dos seres e dos grupos, de dirigir as ações dos mesmos em direção a certos objetivos.

Para delimitar o conceito de direito, dessa forma, antes, deve ser retomado o conceito de sociedade, vez que não há sociedade sem que nela se manifeste o fenômeno jurídico. Também deve ser excluído cada elemento que conduza ao arbítrio puro ou à força material, invocando, para tanto, a ideia de ordem social, aceitando que o direito pressuponha a sociedade ou, ainda, que seja o resultado da vida social, todavia, não é salutar concluir que a sociedade como um todo seja jurídica.

3. UMA COMPREENSÃO EPISTEMOLÓGICA MUITO ALÉM DA BASE DE CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO

É sempre uma árdua missão estudar o conceito e a classificação do direito, devido à variedade metodológica que pode ser invocada nessa empreitada. Um raciocínio satisfatório, no entanto, é encontrado quando da análise acerca da teoria do ordenamento jurídico proposta por BOBBIO, o qual assume que uma definição satisfatória do direito só se faz possível se realizada do ponto de vista do citado ordenamento. Caso se admita a norma isolada, pode-se frustrar a caracterização do direito tendo em vista ser este entendido num todo e nunca numa unidade isolada.

Um dos eixos observados na teoria do ordenamento jurídico indica a existência de quatro critérios como sendo avaliáveis para uma tentativa de caracterizar o direito através de algum elemento da norma jurídica, quais sejam: o formal; o material; o critério do sujeito que põe a norma; e o critério do sujeito ao qual a norma se destina.

Em relação ao critério formal, deve ser entendido este pelo qual a definição do direito se faz através de qualquer elemento estrutural constante nas normas que comumente são

denominadas de *jurídicas*. O critério material é aquele capaz de ser extraído do conteúdo das normas jurídicas, ou seja, das normas reguladas. O filósofo entende serem ambos os critérios inconcludentes, vez que possuem campo muito vasto em relação ao que pode ser regulado.

Quando quer se referir à teoria que considera as normas postas pelo poder soberano como jurídicas, aduz ao critério do sujeito que põe a norma. Tal critério parece ser eficiente para o filósofo, vez que quando o direito é definido através do conceito de soberania, o que vem em primeiro plano não é a norma isolada, mas o ordenamento. E conclui que

aquele que está em condições de exercer a força para tornar eficazes as normas é justamente o poder soberano que detém o monopólio do exercício da força. Portanto, a teoria do Direito como regra coativa e a teoria do Direito como emanção do poder soberano são convergentes. (...) Se é verdade que um ordenamento jurídico é definido através da soberania, é também verdade que a soberania em uma determinada sociedade se define através do ordenamento jurídico. Poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos que se referem um ao outro. (...) dizer que norma jurídica é a emanada do poder soberano equivale a dizer que norma jurídica é aquela que faz parte de um determinado ordenamento; caracteriza a norma apenas enquanto ela é considerada como parte do ordenamento (BOBBIO, 1999, p. 25-26).

Em relação ao critério do sujeito ao qual a norma é destinada, podem ser aferidos dois destinatários: o súdito ou o juiz. Nesse diapasão, admite-se que a norma jurídica é seguida da crença na sua obrigatoriedade, ou seja, em caso de violação há uma interferência do Poder Judiciário com a provável aplicação de uma sanção. Sob o ângulo de ser o juiz o destinatário, entende-se que este é o responsável pela atribuição da sanção após uma decisão, devendo-se abandonar a norma para agasalhar o ordenamento como uma aplicação de direito.

Das premissas lançadas pela teoria ora em comento, tendo em vista um ponto comum na amplitude dos critérios utilizados para a caracterização do direito, percebe-se que caso se apreenda como adequada a hipótese de ser o direito uma característica de certos ordenamentos normativos, muito mais do que de certas normas, necessita-se definir o que seja um ordenamento normativo, para que se galgue êxito no resto do raciocínio. Com o disposto na teoria do ordenamento jurídico é plausível admitir que o vocábulo “*direito*” está associado a uma concepção de direito objetivo e indica um tipo de sistema normativo e, não, um tipo de norma jurídica.

Uma das orientações aqui defendida é a de que o direito pressupõe, necessariamente, a existência do ser humano e da atividade por ele desenvolvida. O ordenamento jurídico brasileiro ampara o ser humano desde o momento em que ocorre sua concepção. E assim, após o seu nascimento acompanha-o até o momento de sua morte (produzindo reflexos para além). O direito considera o homem também como parte de uma congregação maior, que se denomina

sociedade. Nessa razão é que sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir um sem o outro.

Um dos iniciais corolários postos indica que a origem do direito parece estar na própria natureza do homem, este havido como um ser social e criado à semelhança de Deus. Nesse aspecto misturam-se direito e ser, sendo isso indissociável para muitos dos estudiosos do direito. Como o equilíbrio almejado por todos os estudiosos sociais está na harmonia que deve pautar o cotidiano dos seres humanos, o direito procura estabelecer uma proporção tendente a criar e a manter tal equilíbrio.

É inegável que, nos dias atuais, o direito age como uma equação que visa estabelecer direitos e deveres aos indivíduos, poderes ou faculdades, organiza instituições, enfim, atua na harmonização social. Para o professor VICENTE RÁO é imperativo avaliar o direito em relação frente a cada um, entendendo sempre, ao final, o todo. Isso porque “*o limite do direito de cada um é o direito dos outros e todos estes (sic) direitos são respeitados, por força (sic) dos deveres, que lhes correspondem. (...) Constitui, pois, o direito, o fundamento da ordem social*” (RÁO, 1952, p. 40-41).

Sob o ponto de vista do elemento constitutivo do direito, conferido pelo poder público, a proteção (que também é coerção) assume conotação jurídica e pode implicar numa intervenção eventual da força para assegurar-se a ordem social efetiva, mediante a manutenção das faculdades atribuídas aos indivíduos e aos deveres impostos.

É inerente, dessa feita, que a proteção nessa visão assume o condão de elemento essencial do direito objetivo, com o destaque para o seu caráter coercitivo. Dessa forma, observa-se que o direito não pode contentar-se somente com a comunhão humana. Sua finalidade está mais relacionada ao aperfeiçoamento social mediante o aperfeiçoamento do indivíduo.

Esse raciocínio está evidente na grande preocupação social de ALF ROSS, o qual enverga esforços no sentido de verificar as dimensões do impacto que as normas causam quando de sua utilização (efetivação) na sociedade. Demonstra isso de forma clara ao indagar a tarefa legislativa e judiciária para tanto, esclarecendo que

mesmo quando o conhecimento sociológico jurídico dos efeitos das medidas legislativas sobre a sociedade é valioso para o legislador (...), sua decisão depende também de seus objetivos imediatos e de sua filosofia social como um todo, ou seja, das metas e valores últimos que o legislador reconhece como padrões para a vida social e a atividade criadora de direito dele. O mesmo é verdadeiro também em relação ao juiz na medida em que direito novo é criado através da prática dos tribunais. A expressão “política jurídica” é introduzida para designar a atividade criadora de direito do legislador ou do juiz e a discussão racional dessa atividade (ROSS, 2003, p. 48).

A inegável essência de ordem social que está intrínseca na compreensão do direito está no fato de ser este considerado como um compartimento da vida social. Traduz uma tentativa de realizar a justiça num determinado meio social, escolhendo uma determinada metodologia que seja aplicável ao contexto em que se aguardam os resultados da análise desenvolvida.

4. COMO SE FOSSE POSSÍVEL UM IDEAL DE JUSTIÇA

As principais obras especializadas em filosofia identificam o vocábulo justiça como a conduta daquele que se ajusta a uma norma. No tratado do italiano NICOLA ABBAGNANO, observam-se dois sentidos diretos e principais para a justiça, quais sejam,

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 (ABBAGNANO, 1998, p. 593-594).

A associação do que venha a ser justiça com os ideais de felicidade parece que sempre foi pauta para os filósofos estudiosos do tema. Aristóteles sempre propugnou pelo emprego das leis como pano de fundo para que a felicidade seja plenamente satisfeita e que a ordem política pudesse ser também restabelecida. Para os sofistas a justiça foi identificada com a utilidade, como forma de expressão máxima do objeto envolvido. Isso representaria não somente a felicidade como, também, a segurança e a ordem.

A aproximação da noção de justiça com a de liberdade fora realizada com maestria por IMMANUEL KANT. Em seus apontamentos registra que o Iluminismo é o pressuposto que poderá eliminar os entraves que se opõem à liberdade do indivíduo. Ora, isso se deve à tarefa suprema da natureza em relação à espécie humana, apontando para 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”* (ABBAGNANO, 1998, p. 595).

Avalia-se que o conceito de justiça esteja intimamente relacionado com duas acepções: uma de ordem subjetiva e, outra, objetiva. É aqui que se traça uma concepção de justiça não somente ao de resultado (um fim justo), mas, também aos meios com os quais se alcança um resultado justo. O conceito de justiça apresenta uma variedade de sentidos, sendo que:

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 (MONTORO, 2000, p. 125).

Daí é possível assegurar que a palavra “*justiça*” possa ser empregada no sentido extensivo para realçar o Poder Judiciário e seus órgãos, incumbidos de dar solução justa aos casos que lhe sejam submetidos, assim como se estende também ao sentido de legislação. O sentido fundamental do conceito de justiça, no pensamento acima posto, 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. Logo, ao se posicionar como tal, somente as ações humanas podem ser avaliadas sob o prisma de justas ou injustas.

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. Observa-se 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, ela 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 pairam 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. O filósofo macedônio assegurava que “*justiça*” e “*excelência moral*” eram expressões tautológicas, as quais se apartavam somente quanto à sua essência, reafirmando 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 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 (ARISTÓTELES, 2001, p. 92).

5. CONTORNOS E CORRELAÇÕES APLICÁVEIS A UMA BASE EPISTEMOLÓGICA DA TEORIA DA JUSTIÇA

Avaliando a temática na angulação de ser acertado ou não o estabelecimento de uma Teoria da Justiça, para fins de uma segura aplicação do feixe de Direitos Individuais previstos numa Carta Política, tem-se que tal teoria poderia ser entendida como um dos pilares fundamentais não só do estudo da Ciência Jurídica como da consagração de uma ordem jurídica, cuja noção capilar do que seja justo e um dos modos pelos quais se alcança o significado do vocábulo “*direito*” seja o de considerá-lo como exigência da justiça, muito embora haja a ressalva da esboçada visão de KELSEN restringindo o direito a um sistema de normas positivas que regem a vida de determinada comunidade.

Ao empreender autonomia ao pensamento jurídico estudando as diversas formas de conceber a justiça, BOBBIO atesta que não há teoria da justiça que não analise alguns dos seus critérios mais comuns, os quais habitualmente são apresentados como especificações da máxima “*dar a cada um o que é seu*”, ressaltando que

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 (...) (BOBBIO, 2000, p. 19-20).

Levando-se em conta a possibilidade de avaliar um conceito de justiça a partir do pensamento escoimado no direito natural, ROSS estabeleceu seriadas críticas no sentido de evidenciar uma nítida distinção entre o que é o ideal de justiça tendo como parâmetro o direito natural e, na mão oblíqua, como base o direito específico, aduzindo 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 grau de clareza ou distorção em todas as leis positivas e é a medida de sua correção (ROSS, 2003, p. 313).

Ao longo do raciocínio aqui esboçado é coerente observar que na filosofia antiga o sentido empreendido para a 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. Nota-se, ainda, que por volta do século IV a.C. a justiça identificou-se com a igualdade; princípio então formulado pelos seguidores de Pitágoras, os quais buscavam acrescer ao ideal

de justiça o predicado de harmonia entre os desejos e pretensões da vida social numa determinada comunidade.

Em arremate a esse encarte histórico, nota-se que uma vez assimilada a ideia de que todos os conflitos de ordem jurídica são problemas de distribuição de direitos e/ou deveres, então uma teoria que procure estudar a justiça acata a exigência de haver igualdade na distribuição de ônus ou vantagens, fundamentalmente numa Carta Política.

Os estudos que confrontam justiça e igualdade partem de várias premissas. Aproximando os dois elementos, BOBBIO é agudo ao advertir que 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 ambos está diretamente relacionada à similitude que as identifica com a expressão *liberdade e igualdade*. Pavimenta o seu raciocínio a partir da grande visão de justiça empreendida por Aristóteles, o qual, por seu turno, associou justiça com dois eixos: legalidade e igualdade.

Esse entendimento pode ser justificado a partir dos ideais de justiça aceitos por ARISTÓTELES, conectado às bases preceituadas para a igualdade. Na associação com a legalidade é, portanto,

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 (...) é justa uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade (BOBBIO, 2000, p. 14).

Parece inconteste que o referencial que une justiça e igualdade é o sentido de ordem, ou equilíbrio, ou harmonia, ou concórdia das partes de um todo, sendo que a representação de justiça encontra-se figurada na virtude. Dessa forma, ao admitir-se que há certa igualdade entre os homens e que a sociedade respeita a legalidade, acatam-se duas condições para que se atinja (e se conserve) a harmonia dos sistemas sociais. Logo, diante se está das necessárias condições para que se realize a justiça.

Infere-se, ainda, 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.

É de bom alvitre ressaltar que 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. 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 pelas quais são condicionados.

O requisito de aproximação da justiça com a igualdade serve basicamente para atender aos reclames da impossibilidade de que alguém seja submetido a um tratamento diferente, discriminante, de exclusão, sem que, para tanto, haja um mínimo de tolerância legal (social) e que não seja um único caso frente a todos os seus pares. Assegura-se 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.

A proposta que vislumbra uma aproximação entre direito e justiça tem como escopo que a consciência humana seja um parâmetro avaliável no sentido que se deve ter por justiça. O homem como ator social está inserido nas constantes demandas que acabam por gerar conflitos. Ora, por essa perspectiva não há como admitir-se a possibilidade do homem alcançar a felicidade sem atuar com justiça. E isso se faz com atos, através de comandos moralmente aceitos.

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 ideia 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 incontestável. Isso mostra 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)”* (MATA-MACHADO, 1986, p. 30).

Conforme aduzido, 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. Em KELSEN observa-se que 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. A singularidade da justiça está na razão em que 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 (MATA-MACHADO, 1986, p. 32).

6. UM ALICERCE POSSÍVEL EM BUSCA DO IDEAL DE JUSTIÇA SEMPRE RETORNA AO COMANDO NORMATIVO

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 deste, frente aos demais indivíduos.

Destarte, pode-se falar em conduta justa ou injusta. É *justa* quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça, ao passo que é tida por *injusta* quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta. Destarte, 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*” (KELSEN, 2003, p. 3).

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. Isso bem caracteriza a problemática envolta 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.

Corolário lógico dessa problematização, está o fato de que haveria a possibilidade de serem considerados, sob o prisma de justos ou injustos, os Direitos e as Garantias Fundamentais encartadas no Bloco de Constitucionalidade de uma Carta Política. Indo mais adiante, também se realça a condição de ser tal angulação (*justo* ou *injusto*) aplicável para entender o critério,

extremamente (e exclusivamente) político, para se alçar um determinado direito à condição de “*fundamental*” e o mesmo se diga com relação à garantia.

Inegável está a pressuposição de que a norma de justiça e a norma do direito positivo sejam consideradas como simultaneamente válidas e isso não será possível, se as duas normas estiverem em contradição, ou seja, entrarem em conflito uma com a outra. Em derradeiro, claro está que somente uma das duas normas pode ser considerada válida.

Mais uma vez se socorrendo da doutrina positivista aduz-se a importante noção de validade normativa, sendo esta entendida no aspecto objetivo ou seja, assegurar que uma norma de direito positivo (direito posto por meio dos atos humanos) tem validade, pode ser utilizada para assegurar Direitos Fundamentais 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*” (KELSEN, 2003, p. 6).

Se a decorrência direta desse pensamento é assumir que o direito positivo somente possa ser válido quando estiver em consonância com o jusnaturalismo, então poderá incorrer-se num preceito muito perigoso, segundo o qual somente o direito natural pode assumir o contorno de validade e, por inferência final, o direito positivo não. Ademais, se a estatuição 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 o predisposto na norma do direito positivo com a norma de justiça, os dois valores não coincidem (valor de justiça e valor jurídico). Forçoso é concluir 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.

Em derradeiro, assumindo na integralidade esse pensamento de direito e justiça, não é de todo errado concluir que deve ser considerado, sob o ângulo de *justo* ou *injusto*, o ato conforme corresponda ou não à norma de justiça.

Rebatendo todo o encartado até então ao plano de validade dos Direitos e das Garantias Fundamentais, se aceita que o caráter da validade da norma jurídica é proporcionada por uma vontade exclusivamente política, a mesma que, ao içar um direito ao patamar de “*fundamental*”, cria um feixe articulado de obrigações e limitações ao Poder Estatal, ou melhor, à forma pela qual o Estado realiza suas atividades no contexto social. Do plano de validade da norma jurídica, portanto, brotam os Direitos e Garantias Fundamentais.

7. CONCLUSÃO

A preocupação central de todo arrazoado remonta no relevo e a dimensão do conceito e aplicação da justiça social a partir da formulação dos ideais de um sistema jurídico e como tal deságua na formulação do rol dos Direitos Individuais, para que tal viabilize os ideais de acesso à Justiça. Isso tem despertado os mais elevados valores de questionamento acerca da própria razão de viver do ser humano.

Conceitos como ser “*justo*”, ser “*honesto*”, liberdade, igualdade, além é claro das variantes conceituais para direito e justiça, permeiam a doutrina jurídica e as obras filosóficas antigas e contemporâneas. Estudar o direito é, sem sombra de dúvidas, estudar a justiça. Das mais diversas lições extraídas para a elaboração do vertente raciocínio, importantes pontos imergem de um verdadeiro oceano de conhecimentos, frutos de árduos trabalhos de pesquisa e das experiências de vida dos seus autores. Cumpre destacar alguns pontos em conclusão.

Parece não haver dúvidas que o direito pressupõe necessariamente a coexistência social, ou seja, a própria atividade do ser humano que se exterioriza através de suas relações com os seus semelhantes. E nisso é forçoso admitir que a origem do direito está na própria natureza do homem, havido como ser social. A razão de ser do direito é a própria razão de ser da humanidade; não simplesmente o direito como um conjunto de regras.

A justiça, por seu turno, é admitida no seu núcleo como a excelência moral, a mais completa, vez que sintetiza outras excelências. A justiça pode ser avaliada tanto individual como coletivamente, defendendo-se a máxima de que a justiça deveria definir o arcabouço legislativo, e não o contrário. Com Aristóteles pode-se assumir que é na justiça que se resume toda a excelência, a perfeição.

É também plausível identificar a justiça com a virtude da convivência humana. Trata-se de uma atitude subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens, de respeito no trato com o semelhante. É muito pouco reduzir o sentido de justiça para ordenamento ou órgãos do Poder Judiciário.

Já a dimensão que pode ser dada a partir da definição do “direito” está na razão de caracterizar o significado nominal e real do termo. O primeiro, em proporcionar o verdadeiro sentido para o vocábulo. O segundo, em atestar o que na realidade significa o mesmo. O conceito do direito é, portanto, análogo.

Deve-se entendê-lo como norma, à medida que corresponda à regra social obrigatória. Como faculdade, quando designe poder. Como justiça quando há uma obrigatoriedade e resultado pré-existentes. Como ciência quando há o caráter da epistemologia. E, finalmente,

como fato social, quando se revela um fenômeno da vida coletiva. Os critérios são didáticos e vislumbrados na prática.

O direito é muito árduo em delimitações conceituais. Qualquer tentativa pode pecar por desprezar alguns dos elementos necessários para sua aproximação com a realidade. Vislumbra-se, na prática, uma imponente visão de que o direito é proporcionar a alguém aquilo que lhe seja de direito. Aqui coadunam, ao mesmo tempo, um conceito aberto e uma restrição de objeto.

Em relação à problemática trazida quando das considerações de justiça, percebe-se que o ponto crucial está no quociente havido entre direito positivo e justiça. Uma vez que a justiça pertence ao domínio da moral e o direito positivo representa a expressão de um desejo humano, como representar através das normas a justiça?

Ao que tudo aponta, um indicativo de resposta está no imperativo de que somente normas que prescrevam o tratamento dos indivíduos por parte de um legislador ou juiz podem ser consideradas como normas de justiça. Seguindo esse raciocínio desenvolvido admite-se o preceito de que a justiça absoluta não seja cognoscível pela razão humana. Destarte, o ideal de justiça absoluta não está na razão, nem tampouco deve ser tratado num plano de consideração subjetiva.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

COSTA, Cláudio Ferreira. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Elementos da teoria geral do direito (para os cursos de introdução ao estudo do direito)*. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

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

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.