

A NOÇÃO DE JUSTIÇA E A CONCEPÇÃO NORMATIVISTA-LEGAL DO DIREITO

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto*

A Justiça, na filosofia antiga, significava virtude suprema, que tudo abrangia, sem distinção entre o direito e a moral. Segundo este entendimento, é a expressão do amor ao bem e a Deus (ROSS, 2000, p. 313). Considerando as quatro virtudes básicas do sistema de Platão, a Justiça é uma espécie de eixo gravitacional, em torno do qual circundam as outras três: autodomínio, coragem e sabedoria. A Justiça é “a virtude moral que rege o ser espiritual no combate ao egoísmo biológico, orgânico, do indivíduo.” (ADEODATO, 1996).

A Justiça harmoniza as pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade. Uma vez adotada a idéia de que todos os problemas jurídicos são problemas de distribuição, o postulado de Justiça equivale a uma exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas. “No século IV a. C., os pitagóricos simbolizaram a justiça com o número quadrado, no qual o igual está unido ao igual. A idéia da justiça como igualdade, desde então, tem se apresentado sob inúmeras variantes.” (ROSS, 2000, p. 313).

Há que se compreender a igualdade sob um prisma relativo, ou seja, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma forma, como pensada por Aristóteles, na sua obra clássica – *Ética a Nicômaco*. Isto significa que, como um pré-requisito para a aplicação da igualdade, é necessário que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; a exigência de igualdade contida na idéia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos os membros de uma classe determinada por certos critérios relevantes.

Assim, as diversas formulações de Justiça para grupos ou contextos diversos incluem – além da idéia de igualdade – um padrão de avaliação, que deve ser aplicado como um pré-requisito à definição da categoria cujos membros devem ser tratados com igualdade. Portanto, a idéia de Justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade.

Na história do pensamento jurídico foram sustentadas várias teorias da Justiça. Essas teorias distinguem-se com base na resposta que deram à pergunta: qual é o fim último do Direito?

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Pós-graduação em: Teoria da Constituição; Direito do Trabalho; e Direito Civil pelo CESAP – UniCEUB.

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA).

As várias respostas a esta pergunta podem ser divididas em três grupos:

1) A Justiça é ordem. Esta teoria surge do fato de se considerar como fim último do Direito a paz social. Ela sustenta que os homens criaram o ordenamento jurídico para saírem do estado de anarquia e de guerra, no qual viveram no estado de natureza. O Direito natural fundamental que esta teoria deseja salvaguardar é o direito à vida. O Direito como ordem é o meio que os homens, no decorrer da civilização, encontraram para garantir a segurança da vida. Um exemplo desta concepção encontra-se na filosofia política de Hobbes. (BOBBIO, 2000, p. 116).

2) A Justiça é igualdade. Segundo esta concepção, que é a mais antiga e tradicional (deriva de Aristóteles na sua formulação mais clara), o fim do Direito é o de garantir a igualdade, seja nas relações entre os indivíduos (o que geralmente é chamado de justiça comutativa), seja nas relações entre o Estado e os indivíduos (o que é chamado, tradicionalmente, justiça distributiva). O Direito é aqui o remédio primeiro para as disparidades entre os homens, que podem derivar tanto das desigualdades naturais como das desigualdades sociais. Segundo esta teoria, não é suficiente que o Direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja justa e por “justa” entende-se, de fato, fundada no respeito à igualdade. Se imaginarmos a Justiça tendo a espada e a balança, a teoria do Direito como ordem visa ressaltar a espada, e a do Direito com igualdade, a balança. O Direito natural fundamental que está na base desta concepção é o direito à igualdade. (BOBBIO, 2000, p. 117).

3) A Justiça é liberdade. Com base nesta concepção, o fim último do Direito é a liberdade (e entenda-se a liberdade externa). A razão última pela qual os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade, que não seria possível se um conjunto de normas coercitivas não tutelasse, para cada um, uma esfera de liberdade, impedindo a violação por parte dos outros. O ordenamento jurídico justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os membros consorciados possam usufruir de uma esfera de liberdade tal que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade segundo o talento peculiar de cada um, na mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação. Portanto, seria justo somente aquele ordenamento baseado na liberdade. Um exemplo de posicionamento desta concepção, no entender de Norberto Bobbio, é o pensamento jurídico de Emanuel Kant que visou teorizar a justiça como liberdade. (BOBBIO, 2000, p. 117-8).

Para compreender a concepção normativista-legal do Direito temos que, inicialmente, examiná-la à luz do pensamento de seu maior expoente – Hans Kelsen. Este jusfilósofo apresentou a Teoria Pura do Direito como uma crítica às concepções dominantes existentes no início do século XX. Tal Teoria é decorrente da decadência do capitalismo-liberal. Ela é também oriunda de um mundo em que as ideologias totalitárias nascentes e suas primeiras experiências concretas conviviam com um liberalismo democrático em sua fase conservadora.

Hans Kelsen, ao formular uma Teoria Pura do Direito objetivou eliminar do campo da ciência jurídica os elementos sociológicos ou dados da realidade social, estabelecendo que caberia à filosofia do Direito as considerações sobre valores, como a Justiça, o bem comum, etc. Segundo o formalismo kelseneano, teríamos como objeto da ciência jurídica a cognição das normas e não sua prescrição. Para essa concepção, ao operador do Direito não importa o conteúdo ou valor das normas, mas tão-somente sua vinculação formal ao sistema normativo.

Para Miguel Reale (2003), a valorosa contribuição de Kelsen cinge-se na determinação da natureza lógica da norma jurídica. Enquanto para Karl Larenz (1996), o extraordinário mérito da Teoria Pura do Direito foi o de ser o primeiro notável ensaio de uma teoria que visou conferir-lhe cientificidade.

O positivismo jurídico da teoria kelseneana foi marcante para a Ciência do Direito em todo o mundo. A Teoria Pura do Direito considera que o método e o objeto do direito deveriam ter enfoque normativo, desprendido de qualquer fato social ou valor. Em seus ensinamentos, na referida obra, Kelsen admitiu a possibilidade da existência de considerações axiológicas, somente não permitiu que tais aspectos fossem aplicados à Ciência do Direito, e, em sua metodologia jurídica, baseada no axioma da pureza, dispõe, ao lado da Ciência do Direito, uma Teoria da Justiça e uma investigação sociológica do Direito.

É incontestável que a partir de Kelsen houve o surgimento de diversas teorias, ou para se filiarem a essa concepção normativista-legal, ou para se contraporem a ela. Exemplos de teorias opostas à teoria kelseneana são: 1) a teoria sistêmica deduzida por Niklas Luhman, que investiga o fenômeno jurídico a partir do âmbito social, numa perspectiva interdisciplinar; 2) a teoria tridimensional do Direito, que examina o direito sob a óptica do fato, valor e norma, foi consagrada pelo jusfilósofo brasileiro Miguel Reale.

Kelsen entende que o jurista deve caminhar de norma em norma, até a norma hipotética fundamental. Ele considera a estrutura lógica da ordem jurídica como piramidal, ou seja, o legislador, ao elaborar a lei, está aplicando a norma constitucional e o juiz, ao sentenciar, está aplicando a lei. A maioria dos juristas atuais considera que o conceito do direito não pode identificar-se com o de norma, apresentando objeções à Teoria Pura do Direito de Kelsen diante do seu caráter fragmentário e da própria insuficiência da concepção normativista-legal diante da complexidade das mudanças sociais.

O Direito, na atualidade, é visto como uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa. É uma ciência normativa ética. Não há como depurar os aspectos fáticos e valorativos na ciência jurídica, eis que são aspectos significativos da experiência humana que devem ser considerados na argumentação e na fundamentação das decisões. Desta forma, os elementos normativos, sociológicos e axiológicos são essenciais para a interpretação e aplicação do Direito.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Forense, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, 1995.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.