



## Reflexões sobre a justiça e sua possível relação com o direito positivo

### Reflections on justice and its possible relation to the positive law

Wagner Vinicius de Oliveira<sup>1</sup>  
Diego Prado da Silveira<sup>2</sup>

#### Resumo

O presente artigo reúne esforços para perseguir uma antiga questão que a humanidade ainda hoje investiga: a compreensão sobre os conteúdos, os significados e os alcances da justiça. Além disso, averiguar as possibilidades de relacioná-la com o direito positivo. Faz-se uma (re)leitura da gênese platônica, caracterizada pela variabilidade de condutas, passando pelo conceito aristotélico de equidade e também pela perspectiva utilitarista/asceticista de Bentham. A análise dessas concepções será abordada quanto à sua aceção subjetiva e objetiva, formal e material, com o propósito de aplicar em dois dilemas morais. A hipótese central consiste na impossibilidade de utilizar critérios de justiça para a aplicação do direito, haja vista a contingência representada pela indefinição de uma justiça válida para todas as circunstâncias no mesmo tempo e espaço. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa bibliográfico para refletir sobre a aplicação de algumas dessas reflexões a partir de dois casos práticos. De tal modo, os resultados obtidos sugerem que as aceções apresentadas são válidas, porém, são apenas pretensões ou reflexões, que longe de esgotarem o tema, representam um apanhado de tentativas. Percebe-se, por fim, que as atuais discussões sobre justiça caminham na direção de realização da igualdade e da liberdade simultaneamente.

Palavras-chave: Dilemas morais. Filosofia do direito. Justiça. Teoria do direito.

#### Abstract

The present article brings together efforts to pursue an ancient question that humanity still investigates: the understanding of the content, the senses and the scope of justice. In addition, questions the possibilities of relationship with the positive law. Make a rereading of the Platonic genesis, characterized by variability of its concept, passing by the Aristotelian concept of equity and by the utilitarian perspective of Bentham. We are approaching the analysis of these conceptions regarding its subjective and objective meaning, formal and material, with the objective of applying in two problems moral dilemmas. The central hypothesis consists in the impossibility of using criteria of justice for the application of the law because there does not exist an absolute definition of justice valid for all circumstances demarcated in the same time and space. To do so, we use the method of bibliographic research to reflect on the application of some of these reflections from two practical cases. In this way, the results obtained suggest that the meanings presented are valid, however, are only claims or reflections that far from exhausting the subject represent an overview of attempts. We realize, finally, that the discussions about justice go in direction to achieve equality and liberty simultaneously.

Keywords: Moral dilemmas. Philosophy of law. Justice. Theory of law.

---

Artigo recebido em 12 de Agosto de 2016 e aprovado em 15 de Março de 2019

<sup>1</sup> Doutorando em direito pela Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ, mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, advogado. E-mail: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

<sup>2</sup> Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. E-mail: diegoprado.silveira@gmail.com

## 1 Introdução

Propor uma ideia de justiça, revestida da pretensão de universalidade, é tarefa controversa na qual muitas autoras e autores já se detiveram por tempos à fio e, ao que tudo indica, não obtiveram tanto êxito. Na contramão, este artigo pretende colaborar para que essas discussões não se percam no espaço vazio e, assim, (re)produzir divagações metajurídicas incapazes de aportarem elementos para balizarem a compreensão do problema de inegável envergadura jusfilosófica.

Em breves linhas, pretende-se apontar alguns parâmetros mínimos para uma aproximação adequada. Justiça, do latim *iustitia*, é um substantivo abstrato ordinariamente propalado - e até mesmo gritado aos quatro ventos - que possui inúmeras significações e pré-compreensões, por conseguinte, as dificuldades não residem na escassez de definições, mas, ao contrário, na abundância. Geralmente quando se questiona acerca de seu conteúdo, significado e alcance os resultados obtidos demonstram-se quase sempre incompletos ou pelo menos insuficientes.

A principal justificativa encontrada para a escrita de mais um dentre tantos artigos que certamente já trataram sobre a justiça consiste na utilização descontextualizada e, até mesmo, autoritária do termo. Agravada, sobretudo, pelo atual momento de austeridade econômica, de variadas formas de intolerância, de discursos de ódio, de retirada ou de subtração de direitos (sociais e fundamentais), entre outros aspectos, que, num “passe de mágica” são “justificados” quando acobertados pela “justiça”.

E assim permanecerá, enquanto não houver um delineamento mínimo, pois sempre encontrarão espaços para que sua utilização possa ser feita de maneira panfletária, na qual se reduz mais de dois mil anos de filosofia, pelo menos na tradição ocidental, a um mero *slogam* vazio. Justiça não é, portanto, a oscilação pendularia das decisões majoritárias tomadas em praça pública no calor dos acontecimentos. Em igual medida, não há como ser confundida com a preservação das desigualdades historicamente construídas.

Como percorrer, então, nessa estrada sem qualquer tipo de sinalização ou baliza? Precisamente, este é o pano de fundo filosófico e jurídico que se pretende colocar em movimento com a contribuição deste artigo, que, nem de longe, possui a pretensão de tratar a temática exaustivamente.

Diante disso, cumpre lançar algumas reflexões sobre a justiça e, principalmente sua possível relação com o direito. Para tanto, lança-se mão do método de pesquisa bibliográfico para que se possa refletir sobre essa questão. Além disso, será realizada a aplicação de algumas dessas reflexões a partir de dois dilemas morais (casos práticos). Conforme já se disse, o objetivo central consiste em compreender os atuais contornos de uma decisão jurídica que dialogue frontalmente com a tradição filosófica ocidental.

A inquietação com o assunto possui relevância de dimensão social ou comunitária, pois, apenas há que se falar em justiça diante das interações com outros indivíduos e isto tem por objeto a própria vida social. Bem como provoca distintas repercussões de ordem intelectual, acadêmica e jurídica.

Inclusive, no próprio calendário pátrio existe um dia especialmente reservado para sua homenagem, isto é, a Lei n. 1.408/1951, criou no dia 08 de dezembro o dia da justiça, feriado nacional. Contudo, persiste desprovido de substância. Outra tentativa fornecida pelo dicionário da língua portuguesa Bueno (2007, p. 457), que conceitua a justiça como a “Conformidade com o Direito; virtude de dar a cada um o que é seu; faculdade de julgar segundo o Direito e a melhor consciência; alçada; magistratura; conjunto de magistrados judiciais e pessoas que servem junto deles; o pessoal de um tribunal.”

O conceito exegético acima transcrito é insuficiente para traduzir, não apenas para os(as) iniciantes, mas, também para iniciadas e iniciados, as possibilidades que o substantivo feminino compreende. Ao contrário de explicar enseja várias dúvidas, como por exemplo: será a justiça apenas o produto da jurisdição estatal? Ou uma virtude pessoal? Um dever-ser? Um desígnio a ser perseguido, sem, contudo, ser alcançado? Uma construção? Dentre outras possibilidades.

Incumbe, de melhor sorte, à teoria do direito, mais especificamente à filosofia do direito, expressar-se acerca do tema. Por falar nisso, registra-se que algumas das reflexões que serão apresentadas foram inspiradas nas aulas desta disciplina ministradas pelo professor Dr. Luiz Augusto Lima de Ávila, durante o curso de graduação em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas, *campus* Barreiro, no segundo semestre (julho a dezembro) de 2014.

No decurso histórico, por vezes, o direito e a justiça foram considerados ora de lados antagônicos, ora do mesmo lado. O primeiro ocorre quando os ideais de justiça não encontram guarida na ordem jurídica positiva e por essa razão não são observados

durante a aplicação; a confluência, por seu turno, ocorre quando a ideia de justiça é respalda pela ordem positiva (regras e princípios) e pela adequada interpretação.

Distinguir os antagonismos e as parcerias é, sem dúvidas, um desafio. Inicialmente, o direito pode ser compreendido como um conjunto de normas que regulam a convivência em sociedade (positivadas ou não), com expectativa de pacificação social pela resolução dos conflitos que são levados a apreciação judicial. Mas, e a justiça, como poderia ser definida? Possui alguma importância para o ordenamento jurídico positivo? Essas são algumas das respostas que serão perseguidas.

Feitas as apresentações, este artigo está estruturado em sete tópicos sequenciais. Excetuada esta introdução, serão examinadas a gênese do conceito de justiça na República de Platão, enquanto as primeiras tentativas de conceituação. Em seguida, realiza-se uma aproximação da justiça aristotélica, na modalidade justiça particular, como outra tentativa.

Ato contínuo, trabalha-se a corrupção do conceito de justiça na perspectiva de Bentham. A partir de então inicia-se a fase de justificação e de aplicação das reflexões sobre a justiça nos dois dilemas morais propostos. O ponto a ser notado no sexto tópico serão justamente a possível (contingente) áreas de contato entre o direito e a justiça. Por último, serão apresentadas as considerações finais.

## **2 Gênese do conceito de justiça na República de Platão: primeiras tentativas**

Da obra, *A República*, de Platão (balizado nas narrativas de Sócrates) é possível extrair alguns conceitos inaugurais para a discussão proposta. Serve-se, basicamente, do primeiro livro da sobredita obra que norteará este tópico inaugural, em especial, por versar sobre a tentativa de definição de retidão.

As reflexões sobre a questão da justiça na vida política e social, conforme os diálogos entre Sócrates e Céfalo, perpassam pela variabilidade de conduta demarcada pela predicação atribuída aos “[...] homens moderados e cautelosos” (PLATÃO, 2004, p. 09); a qual Sócrates concorda com predicação diversa (perfeito juízo), porém, em confluência de sentido.

Uma racionalidade prática sustentada pela “virtude de justiça”, consistente em [...] restituir o que se tomou de alguém, ou podemos dizer que às vezes é correto e outras vezes incorreto fazer tais coisas?” Tais questões, para Platão (2004, p. 09), não serão decididas sem antes avaliar as especificidades do caso concreto, pois, “[...] se

alguém, em perfeito juízo, entregasse armas a um amigo, e depois, havendo se tornado insano, as exigisse de volta, todos julgariam que o amigo não lhe as deveria restituir, nem mesmo concordariam em dizer toda a verdade a um homem enlouquecido.”

As proposições utilizadas no exemplo acima assumem o caráter particular (afirmativo ou negativo), pelo qual se admite a possibilidade do contraditório, ou seja, ora se reconhece a probabilidade de ser justo e ora injusto, a depender da adjetivação (perfeito juízo ou insanidade) atribuída ao sujeito. A justiça não decorre, portanto, de um tratamento rigorosamente igual para pessoas que se encontram em situações distintas.

Eis que surge Polemarco, filho de Céfalo, o qual sobrevém o pai no diálogo com Sócrates e assume um posicionamento diametralmente oposto ao até então consolidado. Polemarco, por sua vez, afirma de modo peremptório que o correto será sempre dizer a verdade e restituir o que lhe é devido e, entende que a justiça consiste em atribuir “[...] benefícios aos amigos e prejuízo aos inimigos.” (PLATÃO, 2004, p. 11).

Redunda numa proposição universal afirmativa, capaz de generalizar as condutas de sempre devolver as coisas e igualmente falar a verdade, exclui, portanto, a possibilidade de atribuir o valor verdade para outras hipóteses. Nesse sentido, inexistente correlação entre a justiça e a prudência. Este argumento é falacioso, precisamente por considerar necessária a afirmação que todo o justo é “dar a cada um o que lhe é devido”, mesmo se prejudicar a outrem e, assim, estabelece uma relação conflituosa que passará a enfrentar.

A falha lógica provém do modal utilizado para elaborar sua proposição, isto é, ao se valer do modal universal afirmativo (todo) ou universal negativo (nenhum), exclui a possibilidade, bastante verossímil, de assumir outras hipóteses: particular afirmativa (algum) e particular negativa (algum não). Equivoca-se, também, ao lançar proposições particulares (afirmativa ou negativa), no tocante a beneficiar os amigos e prejudicar aos inimigos.

Portanto, confere o mesmo valor verdade para proposições contrárias, que, por sua vez, redunda no problema filosófico da indução (generalização indemonstrável de uma situação particular), pois, se ambas as sentenças são verdadeiras, tanto é justo fazer bem aos amigos quanto é igualmente justo, fazer mal aos inimigos.

Ao desconsiderar ou não conferir o devido valor à complexidade que sustenta a dúvida acerca do agir prático (fundamental para a proposição afirmativa contrária), cunha uma situação arbitrária. O *modus* mais aceitável em tais situações deveria ser,

“algumas vezes” e não “todo justo” é dar a cada um o que é seu. Nesta situação estaria condicionado a fazer o mal ao inimigo ou ao não amigo, pois, isto seria sempre justo.

Por esta afirmação, Polemarco admite que os supostamente justos podem prejudicar os amigos “quando privados da razão”. Para contrapor o engano e satisfazer as hipóteses ignoradas tanto seria injusto fazer o mal a um amigo, quanto fazer o bem a um inimigo. De sorte que a oscilação entre restituir e não restituir e entre dizer e não dizer a verdade aponta para a justiça como uma percepção particular da realidade momentânea.

No decurso do livro, Platão adensa em outras questões, como o caráter racional da justiça, sua finalidade, essência e atributos, que não serão analisadas. Todavia, a construção da ideia de justiça iniciada com Platão é contundentemente criticada por Kelsen (2000, p. 289-290), que a classifica como uma “oca tautologia” e sustenta que assim permanecerá “[...] enquanto não se definir o que é injusto.”

Segundo o autor austríaco, para o qual a justiça é uma ilusão, “[...] a afirmação de que a justiça é a ordem ou a observância das leis significa tão pouco quanto dizer que a justiça é a saúde da alma, ou que cometer uma injustiça é algo ruim.” (KENSEN, 2000, p. 298). Pondera ainda que a imprecisão conceitual da obra de Platão incorre em erro “[...] substituindo a lógica pela ética metafísica” (KENSEN, 2000, p. 412).

“De fato, precisamente em seu ponto decisivo”, sustenta Kelsen (2000, p. 490), “a doutrina platônica é uma autêntica mística, pois a visão do que há de mais elevado é inexprimível, ou seja, algo intrasferível, uma experiência intransferível pela via racional.” Logo, se trata de um entendimento para além da cognição. Não comporta, neste artigo, realizar a defesa de quaisquer das teorias acima apresentadas, pois, tal acolhimento não integra os objetivos elencados. De outra sorte, realizar alguns apontamentos pertinentes.

Do exposto, sintetiza-se que “[...] não é adequado a um homem justo prejudicar seja a um amigo, seja a ninguém, mas é adequado ao seu oposto, o homem injusto.” Do exame das particularidades conclui-se que “[...] a verdade é bem outra: que não é lícito fazer o mal a ninguém e em nenhuma ocasião.” (PLATÃO, 2004, p. 16-17).

Por derradeiro, Platão não sustentava numa definição estanque de justiça, conforme já se disse, são as circunstâncias do caso concreto que indicarão para a resposta adequada, ao mesmo tempo, trata-se de um atributo conferido pela racionalidade e uma virtude pessoal construída com prudência e comedimento que determinam o viver honesto (*honeste vivere*).

Nas partes finais do primeiro livro, há uma imbricação entre justiça e os termos como vantagem, útil, “os bens que a justiça proporciona” (PLATÃO, 2004, p. 31), bom, sábio, “mais felizes” (PLATÃO, 2004, 37), capaz de estabelecer uma relação dual entre justiça e injustiça. Para especificar a noção de justiça e compreender sua correlação com a ideia de felicidade passa-se aos tópicos que sucedem.

### 3 Aproximação aristotélica da justiça particular: outra tentativa

Para o filósofo Aristóteles (2001, p. 96), que igualmente não desconsidera o reconhecimento das variáveis que permeiam a apreciação do caso concreto, “[...] se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais)”.

No entanto, cabe acrescentar que o estagirita inicia pela ideia, predominante na antiga Atenas, da “natural” desigualdade entre os seres humanos, vale dizer, considerava a existência dos chamados lugares naturais. Um problema da episteme clássica que, em certo sentido, perpassa pelos tempos modernos e contemporâneos. Para fins didáticos, a justiça é divisível em justiça total, política e particular. Este tópico, cuidará de fração da justiça particular, que tratava da divisão dos bens e oportunidades na *polis*.

A justiça particular, que compreende uma ação de distribuição, exige a virtude de estabelecer o que é devido a cada um. Esta, por sua vez, é composta pela justiça distributiva e pela justiça corretiva. Na primeira, adotava-se um critério aritmético de divisão igualitária, na segunda, a divisão diferenciada das oportunidades baseada na eleição de algum critério de correção, no caso em questão, no mérito pessoal.

Para Aristóteles (2001, p. 99), “O justo, portanto, é em certo sentido um meio termo entre o ganho e a perda nas ações que não se incluem entre as voluntárias, e consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação.” A justiça não é, pois, uma substância, que se acrescenta ou subtrai nas relações cotidianas, mas, o justo corresponde a uma relação de proporcionalidade, inclusive uma das origens etimológicas do justo (*dikaion*) deriva daquilo que é dividido ao meio (ARISTÓTELES, 2001, p. 98).

O buscar o justo meio entre pessoas e coisas, a “distribuição de riquezas, benefícios e honrarias. Apresenta-se como a mais alta ocupação da justiça, e também a

mais sensível” (MASCARO, 2018, p. 79). O critério será o mérito pessoal e o “agir de acordo com a reta razão” do qual Aristóteles falava (2001, p. 36), produz o tratamento isonômico entre os pares.

Cabe distinguir a ação justa (que não exige qualquer predicado do agente) de um cidadão virtuoso, posto que uma pessoa poderia ser considerada injusta ao praticar uma ação, ainda que involuntariamente. Mas, ao cidadão virtuoso sempre é dado fazer o justo. Há uma imprecisão terminológica para a justiça que, por vezes, pode ser entendida desde um predicado, uma reputação, um sentimento nobre do qual algumas pessoas ostentam, entretanto, para Aristóteles (2001, p. 92) “O justo, então, é aquilo que é conforme a lei e correto, e o injusto é o ilegal e iníquo.”

A lei revela um tratamento proporcional ao considerar todos de forma igualitária, seja ao distribuir, seja ao retribuir. Assim, para Mascaro (2018, p. 84) “A injustiça é excesso e falta, no sentido de que ela leva ao excesso e à falta [...] proporcionalidade pode ser violada em uma direção ou na outra. No ato injusto, ter muito pouco é ser tratado injustamente, e ter demais é agir injustamente”.

Contudo, a questão da justeza encerrada no enunciado normativo “[...] não pode ser a mera concordância com a lei positiva.” Segundo escreveu Gomes (2004, p. 64), “Isto porque, sendo a equidade (*sic*) o justo do caso concreto, vai além da lei positiva e demonstra que a justiça em Aristóteles não pode ser mera concordância com ela, significando, pois, a concordância com a lei natural.” Sem embargo, ao aproximar a justiça da lei, assim o faz por acreditar que a lei era a representação do direito natural.

Assim, para o encadeamento das ideias, afasta-se do equívoco provocado pela ideia de que a justiça se encontra contida exclusivamente no enunciado legal. A partir dessa premissa, prossegue a análise da justiça institucionalizada, em seu caráter objetivo, com isso, abre-se mão de trabalhar seu aspecto enquanto virtude pessoal, ou seja, acolhe-se provisoriamente a legalidade como um dos fundamentos da justiça.

De certo modo, o caráter abstrato, geral e imparcial da lei já se fazia presente em Aristóteles (2001, p. 109-110), que igualmente considerava as possibilidades de adaptação hermenêutica do enunciado normativo face as situações indefinidas. Por isso, entendia “[...] quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.”

Em sentido metafórico, explica que a justaposição entre o justo geral e o justo particular ocorre pelo processo chamado de justiça no caso concreto (*epieikeia*), que traduz a ideia de adequação ou mensuração realizada pela norma abstrata abarcando a generalidade das situações possíveis. Reconhece-se o primado da lei, como sinônimo de institucionalização da justiça, mas, também, apresenta pontos de convergência para as peculiaridades.

Como a justiça carece de objetividade descritiva, o foco deve estar na atividade interpretativa, pois, se o justo é ambíguo, o injusto também será. De certo, o pressuposto da aplicação da justiça é a imparcialidade somada ao fato de que a própria atividade jurisdicional, possui como premissa a primazia da lei, posto a existência de um brocardo latino: “ninguém é juiz sem lei” (*nemo iudex sine lege*). O legado aristotélico não é a perfeita subsunção do legal (em sentido jurídico) e do justo (no sentido filosófico), mas a interpretação na aplicação destes conceitos.

Não obstante as indagações formuladas por Lenza (2001, p. 405-406), ao questionar se “[...] o conceito de justiça somente pode ser apreendido sob a perspectiva dogmática, ou seja, dado A, deve-ser B e, em sendo B, ter-se-á a justiça? Será que, no fundo, o que o julgador considera justo realmente o é?”. Deve-se sopesar que a dita dogmática, diferentemente da zetética, é idônea a proporcionar um mínimo de certeza (ainda que provisória e refutável), sobre o qual se funda a argumentação jurídica.

Parcela dessas afirmações podem ser confrontadas com os pensamentos do jurista dinamarquês Ross (2000, p. 320), para o qual a justiça em termos formais remete a conformidade com o direito. “A justiça não é uma orientação para o legislador, já que na verdade é impossível, como vimos, extrair da ideia formal de igualdade qualquer tipo de exigência relativa ao conteúdo da regra ou do ordenamento”.

Pois, aquela ou aquele que invoca a justiça, geralmente o faz, prescindindo de fundamentação racional e intersubjetiva, quase sempre se limita a demonstrar numa “[...] expressão emocional. Tal pessoa diz: ‘sou contra essa regra porque é injusta’. O que deveria dizer é: ‘esta regra é injusta porque sou contra ela’”. Conclui que “Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: [...]” (ROSS, 2000, p. 320), ou seja, mera convicção subjetiva.

Assim, o uso indiscriminado e desprovido de definição reduz a justiça a um jargão vazio de significado, a simples alegação de justiça ou de injustiça, não se justifica em si mesma. Para Ross (2000, p. 326), um “raciocínio circular” que produz

insegurança jurídica devido a sua obscuridade e inconclusão, por sua vez, define que “A justiça é a aplicação correta de uma norma, como coisa oposta a arbitrariedade.”

Distinta, portanto, de um padrão moral, político, filosófico para julgar uma conduta, prevalecendo o critério jurídico submetido ao crivo da racionalidade e regularidade. Destarte, o espanto deve (ou deveria) permanecer restrito as áreas filosóficas e literárias. Em síntese, a igualdade perante a lei, hipotética, genérica e abstrata, “[...] encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa” (ROSS, 2000, p. 315).

Entretanto, olvida-se, que a problemática reside não na ideia de justiça em si, mas naquelas e naqueles que a evocam sem se dar ao trabalho de fundamentar. Assim, a argumentação jurídica pauta-se por critérios racionais aptos a proporcionarem o conhecimento dos princípios metodológicos que orientam sua aplicação no caso concreto.

Assim, a legalidade opera, em tese, como limitadora do arbítrio, caso contrário, os procedimentos da “justiça” seriam caracterizados pelo hermético processo, ausente de finalidade e previsibilidade, pelo qual, ao menos uma das partes, é submetida. Equipara-se ao drama experimentado pelo personagem central, Josef K, da obra: *O processo*, de Kafka (2002).

Contudo, mais uma vez, cabe ressaltar que não se trata de uma defesa extremada do enunciado normativo, de outra sorte, conjugar o enunciado normativo com o reconhecimento do outro e de si. E, assim, contrapor a situação demonstrada teoricamente na alegoria “o senhor e o escravo” de Hegel (1980), cujo enfoque central repousa na ideia de alienação, quer dizer, na dificuldade de passar (ultrapassar) do eu para o outro com reconhecimento.

Juridicamente tem-se que a dignidade da pessoa humana (entendida como o máximo respeito a pessoa humana em si mesma considerada) norteia as relações públicas e privadas. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade somado a indeclinabilidade da apreciação judicial e ao devido processo legal, todos positivado na Constituição da República de 1988, em certo sentido, harmoniza-se com o exposto até agora.

#### **4 A corrupção do conceito de justiça na perspectiva de Bentham**

A partir das ideias desenvolvidas pelo jusfilósofo inglês Jeremy Bentham, que focam no raciocínio binário, segundo o autor, correto seria aquilo capaz de proporcionar a maior quantidade de prazer (felicidade) e errado aquilo que produz infelicidade. Condição inalterável determinada pela natureza que subjugou a humanidade sob os domínios do prazer e da dor, mediante os referidos princípios, resulta no sistema utilitarista e asceticista respectivamente.

O utilitarismo é uma teoria empírico-normativa suportada pela ideia de que os atos e as intenções pessoais não são retos ou errados por si, mas, devem ser mensurados pela utilidade que é a essência constitutiva de qualquer coisa ou conduta capaz de proporcionar prazer tendente a produzir benefícios ou vantagens, portanto, a felicidade é a causa finalística de toda conduta humana.

Segundo Bentham (1979, p. 40), “Face a tudo que acabamos de expor, conclui-se que não existe nenhuma espécie de motivos que seja má em si mesma, como tampouco, existe motivo algum que seja em si mesmo exclusivamente bom.” Por conseguinte, a norma (moral ou jurídica), possui como finalidade última a utilidade endereçada para os agentes envolvidos.

Nessa linha de pensamento, a norma, em sentido amplo, não é um fim em si mesma e, deve ser interpretada levando em consideração seus efeitos cujo fundamento é a utilidade individual e coletiva. O raciocínio relativista é o ponto de partida, pelo qual se busca a felicidade, haja vista, ser a utilidade o princípio regente tanto das ações individuais quanto das ações comunitárias.

Assim, o princípio da ação humana, conforme já se disse, orientado pela busca do prazer ou pela eliminação da dor, estabelece vínculo causal entre o prazer do agente individual e a ação, ao qual o autor denomina intenção ou motivação em sentido subjetivo. A problemática reside na maleabilidade desse princípio que termina por esvaziar os bens juridicamente tutelados.

Em razão de sua amplitude satisfaz ao mesmo tempo uma série de interesses, contrários e contraditórios entre si, além de não demonstrar concretamente como a suposta soma dos interesses individuais se concretizam na maximização da felicidade de determinada comunidade. O princípio utilitarista pode atuar tanto como limitador da autonomia da vontade privada, quanto seu garantidor.

Assim, o agente moral seria responsável pela eliminação das formas de sofrimento identificadas na convivência social, pois, em larga medida a felicidade

individual depende da coletiva. Deste modo, o motivo do enunciado normativo, para Bentham (1979, p. 16), é propiciar o máximo prazer uma das razões pelas quais é a conveniência que compreende seu valor.

Pela adulteração do mote de justiça na ótica utilitarista a negação do fundamento da norma com felicidade, reduzir ao extremo ou eliminar o cômputo geral da felicidade dos agentes envolvidos nas relações sociais. Refutar a felicidade, individual ou coletiva, sob a égide exclusivamente ascética, tornaria a convivência social insustentável, seria a própria negação da justiça, pois, o bom, tal qual o justo, é aquilo capaz de acarretar maior felicidade.

A doutrina do utilitarismo manuseia inúmeras controvérsias que se complexificam ainda mais quando retratadas nas questões de direitos e garantias fundamentais, éticas ou morais tensionadas por questões econômicas, conforme será visto no próximo tópico. Nesse sentido, sob o discurso sedutor de aumentar a felicidade diversos temas precisam ser trabalhados, dentre outros, a ideia de construção de sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988).

## **5 Finalidade e aplicação da justiça: dois dilemas morais**

A fim de ilustrar algumas das reflexões apresentadas, propõe-se a aplicação no problema prático apresentado por Galuppo (2001, p. 67-68). No texto, baseado nas reflexões de Lawrence Kohlberg, o autor trabalha o dilema que envolve a conduta de Heinz que se vê compelido ao cometimento de um delito para a aquisição de um remédio para sua esposa. Isto porque, ela estava muito debilitada quase ao “ponto de morrer de um tipo muito raro de câncer.”

No entanto havia um medicamento feito à base de Rádio (Ra), um elemento radioativo obtido a partir de urânio, descoberto recentemente, que seria capaz de salvá-la. Para que se tenha efetivamente um dilema moral deve-se considerar que Heinz não possui o dinheiro necessário para a aquisição lícita do remédio e o farmacêutico/inventor exigia uma quantia expressiva de dinheiro para entregar uma pequena dose. Além disso, estava irreduzível quanto ao valor do medicamento.

No final das contas, Heinz conseguiu metade da quantia exigida e solicitou um desconto ou parcelamento do valor exigido, contudo, o farmacêutico/inventor permanecia inarredável de seu intento de lucrar com seu invento. Assim, esgotadas as

tentativas de auto composição do conflito de interesses, deve Heinz furtar ou roubar o remédio?

De pronto, rejeita-se a hipótese, precipitada da subtração ilícita do remédio. Pseudo solução, desarrazoada que além de afrontar direitos fundamentais produz instabilidade social. O dilema possui relevância devido a incompatibilidade imposta pela situação fática enfrentada por Heinz, que o impossibilita de harmonizar o fornecimento do remédio necessário ao tratamento de sua esposa e o respeito à propriedade alheia. O justo será cumprir as duas situações simultaneamente, atuando em conformidade com o direito.

Pela imposição do princípio do terceiro excluído, ou seja, duas proposições com o mesmo sujeito e predicado, uma afirmativa e outra negativa, sendo necessariamente uma verdadeira e a outra falsa, inexistem, portanto, terceira possibilidade (ou  $A \text{ é } x$  ou  $\text{não-}x$ ), no mesmo tempo e espaço. Existe, portanto, o contraste entre bens juridicamente tutelados, vida e propriedade, não sendo possível ao indivíduo realizar a totalidade das ações.

Além disso, a emergência do remédio e a inflexibilidade do farmacêutico/inventor no tocante ao preço praticado, potencializa o dilema moral. O arbítrio colocaria termo a questão, sem, contudo, a solucioná-lo, com base na economia, na moral, no costume, na política etc. Os princípios do terceiro excluído e da não-contradição colaboram com as discussões por aspectos que correspondam à justiça, pois tal solução enseja tratamento equitativo, igual para outras situações (segurança jurídica).

Porém, ao analisar a situação concreta, em particular o remédio, deve-se avaliar critérios objetivos, tais como os custos de fabricação, pesquisas, investimentos, equipamentos, margem razoável de lucro etc., e delimitar uma solução para a questão. De sorte a compatibilizar interesses contrapostos para observar bens juridicamente tutelados (vida e propriedade privada), evidenciados na narrativa do dilema.

O enunciado legal traz em si, ou pelo menos deveria, a síntese de uma conduta (positiva ou negativa) justa, abstrata, genérica e de observância obrigatória. Não como um ponto de chegada - certo e pré-determinado - mas, perfaz-se em autêntico ponto de partida, cujo cerne está em um imperativo de conduta legalmente convencionalizado (minimamente definida), a fim de viabilizar a justiça pela via da igualdade.

Atualmente, compete ao Estado-juiz, na apreciação do caso concreto dirimir o conflito, em regra, abstendo as partes de praticar a autotutela. O Estado avoca para si a discussão sobre o justo, ora restringindo a autonomia privada (lucro do farmacêutico),

ora subsidiando o valor, para “solucionar” os conflitos por via pacífica e observar o bem comum, sem, contudo, prejudicar outrem.

Nesse exemplo extremado, vê-se, com efeito, as implicações práticas da denegação do acesso ao judiciário, ou de uma decisão adequada as particularidades do caso concreto. Existem outros aspectos que poderiam igualmente ser destacados, mas, por razões de espaço não serão apreciados.

O outro dilema, desta vez apresentado por Ávila (2014, p. 43-45), ilustra a querela entre Sodot e Meugnin. Nesse caso, Sodot “lecionava a arte das alegações nos tribunais” e Meugnin “queria aprender, mas, como não podia pagar por seus estudos”. Diante disso, foi celebrado um pacto entre ambos, que basicamente consiste em permitir que o aluno realizasse o curso e somente fizesse o pagamento depois que “ganhasse seu primeiro caso no tribunal.”

Após o término dos estudos Meugnin postergava excessivamente o pagamento sob o argumento de que não havia ganhado sua primeira causa. Insatisfeito, Sodot ajuizou ação de cobrança contra Meugnin, este tratou de realizar sua própria perante o tribunal, alegou a inexigibilidade da dívida, pois, não havia ocorrido a situação originária da obrigação creditícia.

O dilema repousa sobre o pagamento (ou não) pelos serviços educacionais de Sodot prestados a Meugnin e, possui lastro no contrato celebrado sob condição suspensiva “ganhasse seu primeiro caso” e não com o termo final da prestação do serviço. O motivo da narrativa demonstra-se no momento em que Sodot postula ação judicial de cobrança em face do devedor sob a alegação de que este procrastinava demasiada e injustificadamente o pagamento.

O dilema é aparente, pois a fundamentação das proposições particulares (afirmativa e negativa) que envolvem o pagamento, possuem como substrato duas premissas contratuais: a condição suspensiva do negócio jurídico e o fato de que os acordos são celebrados para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Nos termos do contrato, não foi realizada a condição suspensiva, portanto, a dívida a época da propositura da ação ainda não era exigível, também, não tem como falar em enriquecimento ilícito por parte do devedor, posto que este não exercitava a atividade argumentativa perante os tribunais. Destarte, em termos jurídicos, impossível a satisfação da pretensão pleiteada em face do ex-aluno, de sorte que, o evento futuro e incerto ainda não se realizou, logo, o pedido deverá ser julgado improcedente.

Inicialmente o devedor seria vitorioso pela decisão judicial, ou seja, indevida a satisfação da avença, pelo não preenchimento da condição do direito material (condição suspensiva), não poderia ser concedido um direito inexigível. Entretanto, logo após a prolação dessa sentença, realizada estaria a mesma condição que outrora a impedia, sendo, exigível desde então a quantia requerida pelo autor.

Nessa hipótese, as partes exercitam suas possibilidades segundo o direito positivo e na apreciação do caso concreto deverá atrair o princípio da economia dos atos processuais, por não trazer qualquer prejuízo aos litigantes.

A satisfação da prestação devida pelo ex-aluno deverá possuir como fundamento não a sentença em si, mas, a realização de uma condição suspensiva, posterior a sentença de mérito, posto que se concretizou o aforisma que o advogado ao defender seu próprio caso tem por cliente um néscio, assim, não há como desobrigar Melgnin do pagamento contratual, que atuou como causídico de si próprio.

Das situações distintas apreciadas, retira-se a conclusão de que o enunciado normativo positivado apresenta num primeiro momento o conteúdo de uma decisão justa, porém, nem todos os casos levados à apreciação do Judiciário possuem uma decisão legislativa prévia. Nessas hipóteses, compete as magistradas e aos magistrados atenderem as particularidades do caso concreto em observância ao bem comum. Esta é uma hipótese vaga e imprecisa que, caso não seja devidamente fundamentada, pode soar como se pudesse decidir desvinculado de qualquer princípio jurídico ou filosófico.

## **6 Possível relação entre o direito e a justiça: necessidade ou contingência?**

A ideia de justiça, especialmente quanto ao seu conteúdo, sentidos e alcances, é fundamental para a compreensão da filosofia do direito. Embora de improvável conceituação fora dos limites do caso concreto, a justiça que se apresenta de forma intrínseca a decisão precisa ser exteriorizada.

Essas questões ultrapassam inclusive as discussões acerca da justiça ou da injustiça da lei, que em parte possuem aspectos apontados na parte introdutória desse artigo. Devido ao alto grau de abstração filosófica sobre as questões de justiça, embora, até certo ponto, seja discutível, tem-se a constituição federal como ponto de partida, aqui entendida como o ideal de vida boa - orientada pela supremacia do interesse público (sentido primário) sobre os interesses privados e harmonizada com a autonomia individual.

Aplica-se o termo justiça no sentido objetivo, ou seja, indica uma ordem jurídica e social que os atos de justiça constituem, com isso, não se defende a tese de que a justiça se reduz à realização do bem comum e os fins sociais, entendidas como finalidade estatal. Mas, por certo, perpassa por aí.

Confundir o significado dos termos justiça e direito é desconsiderar que aquela é mais ampla que o direito. O princípio da justiça é comumente interpretado como sinônimo de justiça distributiva, dada a inexistência ou insuficiência de justa distribuição de oportunidades nas sociedades complexas.

A noção do justo mostra-se como o ideal do ordenamento jurídico; direito ético, diriam alguns, pelo qual se busca orientar a justa aplicação do direito. Ao se admitir a hipótese de contingência, que pressupõe em algum grau a separação entre direito e justiça, esta passa a ser entendida como elemento externo ao direito. Isso, contudo, não equivale a sua negação, mas, compreender que a justiça, assim como a constituição é objeto de disputas por distintas matrizes teóricas e filosóficas.

Sob pena de atrair as críticas que Sen (2009, p. 320) oferece a confusão entre ciência jurídica e aprovação popular (democracia), cabe ponderar que o conjunto das regras e princípios jurídicos apoiados pela exigibilidade e coerção social deve, no mínimo atentar-se para o fato de que o exercício democrático do direito, em última instância, configura uma manifestação da justiça.

Embora, um ou outro exemplo pontual possa ser levantado como exemplo de uma conexão necessária, cabe acrescentar que a contingência admite alguns pontos de contato, mas, não coloca como condição de validade para o direito positivo. Portanto, os resultados obtidos pela realização da pesquisa sugerem que as acepções filosóficas são válidas, porém, são apenas pretensões ou reflexões, que longe de esgotarem o tema, representam um apanhado de tentativas.

## **7 Considerações finais**

Apesar de não poder apresentar uma definição capaz de satisfazer a amplitude que o termo polissêmico exige, alcançou-se alguns entendimentos que serão (re)afirmados. A justiça pode inicialmente ser compreendida como uma virtude pessoal conquistada pela prudência e pela razão. O arremate, fica por conta do entendimento de que atualmente a ideia de justiça reside na concretização da igualdade e da liberdade.

Existem dificuldades que impedem uma definição de justiça válida para todas as situações demarcadas no mesmo tempo e espaço. Deve-se admitir a oscilação, obviamente dentro de um respaldo legal e racional, que culmina na variabilidade das respostas, ao final, satisfazer as condições de justiça no caso concreto (*epieikeia*) poderia até mesmo soar como uma percepção particular da realidade momentânea.

Sua deturpação ocorre quando a soma das infelicidades ultrapassa o bem proporcionado. Em vista disso, sua finalidade última seria a maximização da felicidade (ideal de vida boa), o problema recai sobre os perigos que daí advém, como a equivocada ideia de que o maior número de pessoas “satisfeitas” seria equivalente ao ideal de justiça, ainda que, resulte “desprazer” para alguns membros da sociedade.

Por fim, a ideia de justiça faz não possui conteúdo normativo suficientemente apto para orientar a aplicação do direito positivo. Por outro lado, a justiça pode ser entendida como um ideal a ser perseguido e disputado pelas distintas visões teóricas e filosóficas. A construção proporcionada por estas reflexões, como o título sugestiona, é que a justiça ou injustiça por si, não se justificam. Contemporaneamente, exigem a devida fundamentação feita por critérios que possam ser revisitados intersubjetivamente para que sejam acolhidos ou refutados.

## Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kuri. 4. ed. Brasília: UNB, 2001.

ÁVILA, Luiz Augusto de. **Meugin é odapluc, mas será ele odanednoc?** O caráter contíguo dos contos de imaginação implicados com as teorias da argumentação jurídica. A dúvida e a devida fundamentação das escolhas que fazemos ou das decisões que tomamos. Belo Horizonte: FUMARC, 2014.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Braúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os pensadores).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de documentação, 2018.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. A virtude da justiça. **Extensão**: cadernos da Pró-reitoria de Extensão da PUC Minas, Belo Horizonte, v. 10/11, n. 33/34, p. 67-78, dez. 2000/abr. 2001.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A fenomenologia do espírito**. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz. São Paulo: Abril Cultural, 1980 (Os pensadores).

HOFFE, Otfried. **O que é justiça?**. Tradução de Peter Neumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 3. ed. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. E por que não a justiça? **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 55/56, p. 403-420, jan./dez. 2001.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edison Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000.

SEN, Amartya. **Uma ideia de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.