

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser

Hisashi Toyoda¹

Resumo

Este artigo trata da questão do Direito injusto. Volta-se para as fontes clássicas do pensamento, adentrando na cosmovisão juspositivista, tendo como expoente Kelsen. É retomada, também, a questão da justiça e do justo sob o ponto de vista da filosofia contemporânea em sua proposta de resgate da virtude como categoria fundante do Direito e a efetividade da justiça como experiência vivida e não apenas posta como ideal. A pesquisa, em um processo não-linear de pensamento, pelo qual os diferentes pensadores e suas idéias se contrapõem, definiu uma forma de melhor compreender posições contraditórias, realçando a força e contrariedade dos seus argumentos. Este trabalho demonstra a importância do resgate das propostas clássicas de um Direito. Reconhece a intrínseca relação deste com a justiça, enquanto valor máximo, e a necessidade de transpor os limites do rigorismo objetivo e científico. Mostra que esse é o caminho para se apreender o sentido e significado do viver pessoal e coletivo, a partir das cosmovisões que reforçam o caráter pragmático do querer como categoria essencial, construída como prática que conduz à virtude. A partir dela, como ato e produto humano e social, como expressão do querer, a justiça deixa de ser ideal posto, para se tornar parte indissociável do Direito e superação da norma injusta.

Palavras-chave: Direito injusto. Querer. Justiça.

Abstract

This article addresses the issue of unjust law. It turns to the classical sources of thought, stares out into the worldview positive law doctrine, with the exponent Kelsen, and enters the resumption of the issue of justice and fair from the point of view of contemporary philosophy in his proposed bailout of virtue as a basic category of effectiveness of law and justice as a lived experience and not just put up as ideal. The research, in a non-linear process of thought, by which different thinkers and their ideas are opposed, has defined a way to better understand the contradictory positions, highlighting the strength of their arguments and opposition. This study demonstrates the importance of the proposed rescue of a classic law. Recognizes the intrinsic relationship with justice, while the maximum value, and the need to bridge the boundaries of objective and scientific rigor. Shows that this is the way to grasp the meaning and significance of personal and collective life, from the worldviews that emphasize the pragmatic character of will and essential category, constructed as a practice that leads to virtue. From it,

¹ Auditor Fiscal de Tributos Estaduais da Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Integrado de Estudos da Amazônia (CIESA). Especialista em Planejamento Governamental Orçamento Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), e-mail: hisashitoyoda@hotmail.com

and act as human and social product, as an expression of human will, justice ceases to be an ideal position to become an integral part of the law and overcome the unfair rules.

Keywords: Unjust law. Wanting philosophical. Justice.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Direito e justiça: questões preliminares. 3. Sobre a possibilidade da justiça como valor atemporal e absoluto. 4. O direito injusto em face da imanência de uma ontologia do ser enquanto objeto da norma jurídica. 5. Conclusão 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é uma reflexão sobre a possibilidade do Direito injusto. Sua construção se deu a partir da leitura de autores clássicos e contemporâneos, buscando entender as diferentes cosmovisões, como categorias elementares para levantar as questões relativas à compreensão sobre o justo como valor.

Ao revisitar obras e idéias que se firmaram como grandes expressões do pensamento ocidental, este trabalho foi, também, um processo de aproximação com a essência de questões cotidianas, muitas vezes desconsideradas sob a ótica do rigor científico e da pretensão de se debruçar sobre a realidade a partir de complexos e elaborados raciocínios.

Todavia, quando se fala de justo e justiça, percebe-se que se trata de idéias ou valores sempre presentes na vida das pessoas. O anseio do homem comum pela justiça, as notícias em que se destacam as chamadas situações injustas, as polêmicas coletivas sobre decisões políticas, condutas dos agentes públicos, arrazoados judiciais, como searas onde pairam as dúvidas e questionamentos sobre o que é justo ou injusto, são exemplos de um tema que permeia a vida e os corações de todos.

É sem dúvida no âmago dessa relação individual e social com o justo e a busca da justiça que se definiu a escolha do tema abordado neste trabalho. A forma como foi desenvolvido busca situar a questão do Direito injusto enquanto objeto de conhecimento.

Mas não visando desvendar aspectos jurídicos no sentido estrito, e sim concatenar as idéias, de maneira a explorar os sentidos e significados por trás de conceitos, teorias e modos de ver o mundo, como instâncias necessárias para o adensamento da reflexão proposta.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Adotou-se aqui uma abordagem não-linear, uma vez que antigos conceitos e idéias refluem, ainda que sob novas roupagens ao longo da história, e o que ontem era novo, depois se torna ultrapassado, e hoje readquire força e importância.

Em razão disso, entendeu-se ser mais oportuno, para melhor demonstrar a força e contraposição das idéias, e caracterizar o processo dialético de onde emergem novas e substanciais posições, fazer uma exposição que leve em conta as idéias em si, deslocadas de uma necessária seqüência temporal. Daí situarmos neste artigo, lado a lado, Sócrates e Kelsen, por exemplo.

2 DIREITO E JUSTIÇA: QUESTÕES PRELIMINARES

Quando se busca estabelecer o que é a justiça, torna-se necessário considerar uma longa tradição no pensamento ocidental que se debruçou sobre o tema. Pode-se dizer que há uma relação indissociável entre a construção do pensamento e a própria discussão em torno das questões primordiais emergentes das experiências, tradições, elementos culturais primordiais, crenças e princípios fundantes de uma intersecção entre o viver individual e o desenvolvimento da vida em grupo.

Buscando elementos para uma reflexão sobre o tema, é indispensável o retorno às fontes mais antigas do pensamento, no momento em que se passou de um sistema de crenças para a construção de outra via de entendimento do mundo e homem.

Alicerçada sobre a razão como instrumento para desvendar os recônditos do viver humano, o pensamento dos gregos é a fonte originária de onde se pode haurir os primeiros fundamentos de um longo percurso histórico, no qual a justiça ganhou destaque como objeto de debates.

Comentando sobre esses primórdios, Morrison (2006, p. 25) levanta a interessante imanência do questionamento existencial como motor por trás da inquietude grega, reverberando de forma inédita na forma de um entendimento não religioso acerca dos problemas humanos, o que teria grande repercussão para o desenvolvimento de um modo de pensar e de viver marcadamente ocidentais:

A literatura grega e, com o tempo, o desenvolvimento de sua filosofia, parecem refletir divisões fundamentais do espírito humano: divisões entre aceitação e

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

rejeição do *status quo*, entre o desejo de ordem e o de transgressão, entre imanência e transcendência; entre a defesa dos padrões convencionais e o ceticismo diante deles, entre a aceitação do destino/papel de cada um na vida e o desejo de alguma coisa mais, ou outra.

Entre a tendência da imobilidade, como conduta própria do agir humano em um mundo de incertezas, no qual era necessário se agarrar a idéias, crenças e formas já acabadas de pensar a si e ao mundo, e o desejo de romper amarras lançando a nau rumo a mares desconhecidos, mas também potencialmente capazes de revelar dimensões ocultas do mundo e da vida, os gregos se destacaram como precursores de um modelo de pensamento original, apto a fornecer as bases de construção de um modo de ser e agir que ainda hoje serve de inspiração.

A idéia da justiça apareceu, desde os primeiros tempos, como uma questão instigante para os gregos. E daí se entende porque, com os filósofos dos valores, como Sócrates, Platão e Aristóteles, ela assumiu uma posição de destaque no conjunto de suas reflexões e debates.

É interessante observar que a emergência de uma filosofia de valores deu-se em contraposição a uma tendência anterior, voltada para a compreensão da natureza. Os filósofos, a partir de Sócrates, abandonaram essa preocupação com o mundo natural.²

Nasceu daí interessante adensamento das questões humanas, num processo dialético em que, na direção oposta aos sofistas, a perspectiva socrática rompia com o antigo modo de pensar lançando novos olhares sobre o mundo e o homem, ao centrar suas atenções sobre ele.

Sócrates considerou a existência de valores atemporais, válidos para todos os lugares, ao contrário do que entediam os sofistas, para os quais o mundo seria marcado pela constante mudança, e por extensão, também os valores seriam mutáveis no tempo e no espaço.³

² A exceção é Aristóteles, notório estudioso dos fenômenos naturais e o primeiro grande sistematizador, arguto observador, legou para a posteridade escritos em que denotou o rigor lógico com que buscou adentrar no campo das observações e de abarcar o mundo físico em sua totalidade num sistema lógico e ordenado.

³ “[...] *los sofistas sostenían el relativismo en el conocimiento y en la moral. Sócrates discrepaba radicalmente en este punto de ellos. Recordamos que para los sofistas no había un criterio universal o patrón con el medir las actitudes morales por lo cual no era posible hallar definiciones precisas de ellas y, en consecuencia, hacer ciencia rigurosa (episteme). Sócrates, por el contrario, pensaba que sí era posible encontrar este patrón utilizando con rigor el razonamiento que nos diera las definiciones precisas de las cada concepto. A través del diálogo, el razonamiento y, por tanto, la comunicación, es posible lograr las definiciones precisas. Sócrates sí cree en un conocimiento ‘epistémico’ sobre los conceptos morales. En este empeño por un saber ‘científico’*”

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Partindo do pressuposto da invariabilidade dos valores, o pensamento socrático lançou as bases da idéia de uma justiça imanente ao homem, para além de sua vontade e arbitrariedade.

Em outras palavras, uma justiça que estava adstrita a formas de pensar e de viver como construtos necessários de valores, existindo estes independentemente do homem e, portanto, a justiça não é noção construída em dado momento em razão de situações particulares, mas um valor superior que extrapola a própria finitude de um modo de vida, de uma cultura, suscetíveis à extinção ou substituição por outros sistemas e modelos no decorrer do tempo.

O pensamento socrático sobre a extratemporalidade da justiça conjuga-se à impossibilidade de um conceito capaz de oferecer uma definição precisa sobre o que ela é, o que não invalida, por outro lado, segundo Sócrates, a necessária compreensão de sua imanência e perenidade como valor a ser considerado em qualquer tempo e em todas as sociedades.

Por oposição, pode-se apontar Kelsen, conhecido por sua posição dogmática. Sem negar a dimensão dos valores, assumiu a pretensão da objetividade para o Direito, o que implicou na recusa de uma justiça absoluta. Justo ou injusto são, em sua teoria, apenas decorrências imediatas da norma posta. Por conseguinte, o que importa é a validade desta na hierarquia do sistema normativo, não cabendo adentrar em questões de valor, que é o campo da Moral, não do Direito.

De modo que, enquanto Sócrates situa a justiça como valor absoluto que pode ser buscado e entendido pela razão, Kelsen desconstrói esta idéia. Mesmo considerando que se trate de um ideal universal, entende que não se pode obter um consenso absoluto sobre o justo, sendo impossível de antemão pretender conhecê-lo. O Direito é, estritamente, norma positivada, e a justiça o que delas emerge na sua aplicação. Uma justiça absoluta não pode ser entendida senão a partir das crenças religiosas, único modo de transcender a impossibilidade do conhecimento racional em atingir o absoluto, próprio da dimensão divina.

sobre cuestiones morales tiene bastante que ver el modelo de saber utilizado, el saber técnico.” (REVISTA FILOSOFIA DE BACHILERATO, 2011).

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Desses dois pontos de vista é possível estabelecer as bases para adensamento dessa questão fundamental aqui posta como elemento fundante de estudo, que remetem às reflexões sobre a possibilidade de um Direito injusto.

3 SOBRE A POSSIBILIDADE DA JUSTIÇA COMO VALOR ATEMPORAL E ABSOLUTO

Como foi exposto, o dever-ser como critério exclusivo em Kelsen exclui previamente quaisquer possibilidades de ponderação na aplicação da norma a partir do foco no ser enquanto objeto de questionamentos valorativos.

O problema é que, ao colocar acima de todas as normas o que chama de norma fundamental, não escrita, ele o faz em um pressuposto, e, por extensão, adentra no mundo metafísico, o que é uma contradição em relação ao fundamento mesmo da obra kelseniana, preocupada e excluir essa dimensão para estabelecer objetivamente o Direito em suas bases positivistas.

Por outro lado, voltando-se para a questão da justiça atemporal e absoluta, é importante recorrer, além do pensamento socrático, a outros pensadores que se debruçaram sobre o tema, reconhecendo-se em primeiro lugar a posição de Platão, em cujas idéias se vislumbra uma concepção de justiça mais em sentido utilitarista, com produto de condutas e práticas sociais.

Falando em educação virtuosa e em um Estado agregando pessoas para a consecução do bem comum, como interesse geral, a justiça aparece então como resultado de leis e homens virtuosos.

Há no pensamento platônico, portanto, um foco no sentido finalístico, na aplicabilidade da justiça, entendida como conceito eminentemente prático e expressão concreta, ou concretizável, daquilo que está no mundo das idéias: os valores imanentes ao viver humano, os quais, uma vez desvendados por intermédio da razão, da boa educação, passam a se materializar na forma de uma sociedade e de homens justos, por assim dizer.

O sentido finalístico é encontrado também em Kelsen, mas em direção oposta. Lançando um olhar sobre seus escritos, onde postula e defende a posição juspositivista, pode-se depreender que o sentido dado ao Direito, enquanto expressão e aplicação da norma positiva, é o da aplicação ao caso concreto.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

O pensamento kelseniano não exclui, nem nega, a existência de normas de conteúdo valorativo, mas refuta sua validade ou relevância para o Direito, do mesmo modo que a justiça não é considerada como a necessária confluência entre o dever-ser e o ser que é posto em causa pela norma positiva. Tampouco se preocupa em questionar se o Direito, extrapolando essa dimensão axiológica ou moral, é injusto.

Nas suas reflexões sobre essa relação entre Direito e Moral, Kelsen deixa evidente o problema de um pressuposto básico, ou seja, de se atingir uma moral ou uma justiça absoluta:

Quando se entende a questão das relações entre o Direito e a Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito e não como uma questão acerca de sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo. Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito – e é este o seu sentido próprio –, tem de pressupor que apenas uma Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor absoluto, podem ser consideradas "Direito". Quer dizer: parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça (KELSEN, 1994, p. 72).

A impossibilidade de se conhecer ou se precisar o que seria a moral absoluta é, para Kelsen, a base de refutação de se ocupar dessa questão quando se trata do Direito. E nesse sentido é que se pode vislumbrar um sentido finalístico, ou seja, o que interessa para ele é a concretude, o fazer valer da norma em sentido objetivo. Por essa via de pensamento, o justo é o possível, concretizado na lei.

Essa objetividade kelseniana, que se firma pela mesma via da razão utilizada por Sócrates e Platão, não busca na transcendentalidade da vida humana uma motivação para se ocupar de valores.

Limita-se ao aqui e agora, aos fatos e homens enquanto elementos objetos do Direito e das suas normas, daí derivando o dever-ser como orientação e determinante de conduta. Não é o possível, enquanto objeto de suposições de caráter axiológico, o fulcro do pensamento kelseniano, mas o real, aquilo que é efetivamente observado, posto e determinado.

As implicações dessa perspectiva positivista são importantes quando se busca determinar se o Direito pode ser injusto. Primeiramente porque conduzem a um

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

entendimento peculiar em relação ao pensamento dos clássicos gregos, sobre uma dimensão valorativa imanente a todos os homens, e reflexa sobre sua vida e sobre o próprio Direito.

Na ótica kelseniana, refutando a força concreta de tais valores enquanto elementos fundantes do Direito, passa-se a desconhecer quaisquer razões que não aquelas que se pode extrair direta e imediatamente da lei enquanto norma positiva.

Kelsen não refuta a justiça como valor, apenas a relativiza, ou seja, não existe uma justiça absoluta, mas aquela que é possível, concretamente, a partir da compreensão dos homens e que se expressa objetiva e concretamente com a aplicação das normas positivas:

Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos (KELSEN, 1994, p. 76).

Kelsen refuta a idéia de valor absoluto antecedendo a realidade, e, por conseguinte, que poderia servir como referência ou fundamento para as condutas e o viver social adentrando como essência ou fundamento do próprio Direito.

Ele vai em direção contrária, ou seja, é da realidade e da norma positiva que se pode definir os valores, o que significa que a justiça é aquela que se pode efetivar a partir do que está objetivamente posto, do que existe concretamente enquanto regra para o viver individual e coletivo.

Kelsen critica assim as inclinações jurídicas para o Direito Natural, posto que não podem ser conciliadas a relatividade da idéia de justiça, inerente à própria diversidade de opiniões e multiplicidade de pessoas, e que se reflete no Direito enquanto produção também humana, e uma dimensão de certeza absoluta da qual nasceria um conceito de justiça atemporal e válido para todos os homens. Isto porque, como ele coloca, não há nenhum caminho racional e objetivo que conduza a tal conceito absoluto, a não ser pela via de uma crença pessoal, como observa esse pensador austríaco:

[...] o sentimento, incluindo o sentimento jurídico, é um fato da ordem do ser; e de um fato da ordem do ser não pode seguir-se nenhuma norma de dever-ser. Nesta

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

nova fundamentação do direito natural trata-se de obter normas, normas de justiça, 'princípios supremos do direito' (KELSEN, 2003, p. 99).

Argumentando contra a idéia de um Direito Natural, Kelsen entende que não sendo possível extrair conceitos ou valores absolutos da realidade, opta-se pela via inversa. O que significa que a idéia de justiça absoluta não pode provir senão da crença, em uma entidade superior, ou Deus. Remetendo às reflexões desse autor:

A norma segundo a qual o homem deve se conduzir da forma como regularmente se conduz a maioria dos homens apenas poderia ser apresentada como de direito natural se pudesse tratar-se de uma maioria de toda a humanidade e se pudesse conferir a esta norma validade absoluta. O primeiro requisito dificilmente será possível e o segundo só é possível sob o pressuposto de se acreditar que é da vontade de Deus que o homem assim se conduza e que, portanto, na conduta regular da maioria dos homens, e apenas nesta, mas não na conduta da minoria, se exprime a natureza do homem, a natureza que nele foi implantada por Deus – que, por conseguinte, a natureza dos homens é em regra boa e só excepcionalmente é má (KELSEN, 2003, p. 84-85).

A posição kelseniana com relação a uma justiça absoluta, portanto, é inflexível e dogmática, negando-a como algo a ser considerado nas questões jurídicas. O Direito pode prescindir da preocupação com o que é a justiça em si, porque não pode se ocupar de ideais, mas da coisa concreta, do real como objeto de sua atenção.

Em Platão não se trata de levantar qualquer dúvida com relação à existência da justiça absoluta como valor, porque o fulcro do seu pensamento está, justamente, em um mundo das idéias, onde também se pode buscar um conceito absoluto para o que é justo.

A concepção platônica de um “domínio das essências puras ou de certezas ontológicas” (MORRISON, 2006, p. 47) conduz a uma justiça imanente, um valor absoluto do qual se irradiam, a partir da razão, possibilidades práticas em termos de condutas e de uma orientação geral para o viver social, expressa esta, segundo Platão, na busca do bem-estar coletivo.

O governante justo, segundo esse filósofo, é aquele que obtém, por meio da razão, um entendimento “da natureza matemática da ontologia do cosmo e de sua concepção dessa ontologia” (MORRISON, 2006, p. 48).

Chegar a tal entendimento não significa, sob o ponto de vista do pensamento socrático, que é possível alcançar o conhecimento ou a verdade absoluta. Mas é pela razão que se pode reconhecer a existência de valores absolutos, como a justiça, e aproximar-se cada vez mais dela por meio de adequado modo de ser, pessoal e social.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Evidente a força do seu ponto de vista, quanto ao fato de que ninguém pode se considerar sábio ou conhecedor da verdade. É a ignorância do homem que serve de ponto de partida para a busca do conhecimento, ainda que a verdade última seja inatingível.

Nessa perspectiva, o pensamento socrático coloca em destaque a importância dos ideais, enquanto forças mobilizadoras do melhor que há no homem.

Como explica Morrison (2006, p. 48):

Sócrates parece argumentar que a polis 'verdadeira', de justiça absoluta, não será nunca encontrada na história real, e que tampouco é possível encontrar a 'verdade' pura; o indivíduo racional não pode afirmar-se em plena posse da verdade, mas apenas de um 'ideal' ou conceito. A pessoa racional que procura a justiça deve voltar-se para o idealismo não por querer fugir ao compromisso político, mas porque precisa de ideais [...] a fim de orientar-se na contingência do empírico [...].

Há uma diferença fundamental entre Sócrates e Aristóteles, no que tange à relação entre norma jurídica e justiça. O primeiro entende ser indispensável a obediência à lei, mesmo sendo injusta. E assim o faz porque, para ele, as normas jurídicas são produtos da razão humana, com uma finalidade essencial, que é assegurar a coesão social e a perenidade da pólis.

O que importa não é questionar se a lei é ou não justa, mas se a conduta de cada um é adequada em relação aos ditames essenciais dos quais depende a existência da polis, ou seja, o essencial é agir em obediência à lei. Sem atenção a essa regra fundamental, é impossível a continuidade do viver social, instalando-se o caos.

Em Aristóteles, todavia, se a lei é injusta, é admissível a não-obediência. O pensamento aristotélico situa o Estado como ente social que deve buscar o bem estar geral. Portanto, se não o faz, por meio de norma injusta, não deve ser obedecido, não atingindo esta o fim precípuo que deveria. É evidente aqui a diferença de entendimento em relação a Sócrates.

Portanto, o pensamento aristotélico traduz a idéia de justiça construindo-a partir do foco no indivíduo, e não no Estado. Pode-se afirmar que o justo em Aristóteles está na relação que cada um mantém com todos os demais. Por isso considera a justiça como a principal das virtudes.

É importante, para o adensamento dessa reflexão, estabelecer o que seriam virtudes no entendimento aristotélico. Trata-se, conforme Aristóteles, de hábitos consumados, que se solidificam na forma de condutas individuais e sociais, direcionadas à consecução do bem.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

De modo que não basta apenas ao indivíduo desejar ser virtuoso, no sentido de uma apreensão racional do que é o bem e de como deve ser buscado, como entendiam Sócrates e Platão.

Como explica o eminente Miguel Reale (2001, p. 123):

Com efeito, ao procurar determinar as bases estáveis da polis, ou seja, da organização política, Aristóteles parte da idéia de natureza (*Physis*) na qual enquadra a natureza humana, ponto de partida imediato de sua concepção. No seu entendimento, o ser humano é, em si e por si mesmo, um ente que é o que é (visão ontológica) e que, ao mesmo tempo, implica o que tem de ser (visão deontológica). É, em suma, uma realidade diferente das dos demais seres, por ser-lhe imanente um fim a realizar. Esse fim que ele denomina bem é o objeto da Ética, que se desdobra em estudo do bem individual e em estudo do bem social ou político. Nesse quadro valorativo é que surge a idéia de **justiça** como **conformidade ao bem**, tanto individual como social ou político, uma vez que, até então, não houvera sido feita a distinção entre o social e o político (destaque do autor).

É indispensável, para ser virtuoso, viver em uma sociedade virtuosa. E esta, por sua vez, não pode existir senão num Estado virtuoso. Por conseguinte, o que ganha importância não é a vontade estatal expressa na norma, mas no resultado que a obediência a ela traz, o qual deve ter relação com o que é efetivamente de interesse geral. Se a norma é imposição única da vontade e interesse pessoal do governante, de um grupo ou do Estado genericamente falando, não está revestida das condições que lhe conferem esse caráter de lei justa.

Isto porque, para Aristóteles, o caráter da norma é essencialmente ontológico, ou seja, não pode estar dissociada da alteridade, que é reconhecer naquele que deve cumpri-la, no cidadão, a sua condição de ser cuja essência é fazer parte de uma totalidade, a *polis*. Desta emanam os fundamentos do que deve ser entendido como vontade ou interesse maior, daí emergindo o que deve ser o objeto de todas as leis, o bem geral.

No pensamento aristotélico, “[...] negar o outro, é negar a possibilidade de que a vida coletiva conduza a *polis* a buscar o maior de todos os bens: a *autárkeia*”⁴ (MOCHI, 2009, p. 3.050).

A *polis* traduz a imanência do viver humano, pois como afirma Aristóteles, o homem é um ser social por natureza. Em decorrência, a vida em sociedade, representada coletivamente pela *polis* é a existência indissociada de princípios que traduzem não mais

⁴ O termo, conforme Chauí (2002, p. 496) refere-se à “[...] auto-suficiência e independência para existir, agir e julgar. É o ideal mais alto da ética e da política porque significa liberdade. É livre quem encontra em si mesmo o princípio de sua existência e de sua ação e possui por si mesmo o poder para agir e julgar”.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

uma vontade pessoal, objetivos subjetivamente considerados, mas desígnios dessa coletividade que dá sentido ao viver de cada homem. Por conseguinte,

[...] o que implica o sistema da *polis* é primeiramente uma extraordinária preemência da palavra sobre todos os outros instrumentos de poder. Torna-se o instrumento político por excelência, a chave de toda autoridade no Estado, o meio de comando e de domínio de outrem (VERNANT, 2002, p. 53).

A relação essencial entre o ser individualmente considerado, e o ser em um sentido social, não está em fazer parte da *polis*, mas de existir enquanto homem com participação ativa na sua manutenção.

Em outros termos, a virtude se adquire com a prática, e para Aristóteles isso significa atuar politicamente. Essa é a condição maior para se considerar efetivamente um cidadão. Daí afirmar que a cidadania é a “[...] capacidade de participar na administração da justiça e do governo” (ARISTÓTELES, 1998, Livro I, 1275-a 20).

Essa era a expressão de uma razão prática, dissonante da razão teórica, abstraída do real enquanto ideal, nos termos em que a justiça havia sido considerada pelo pensamento platônico.

Ainda no espaço do pensamento clássico, entre os romanos a idéia de justiça se confundiu com o Direito. É preciso considerar que o *nomos* grego (significando norma/palavra) não tem o mesmo sentido para os romanos, onde a lei (*legis*) não se confunde com a palavra (*verbis*). A norma em si é mais do que aquilo que está expressamente escrito. Portanto, não dissocia a dimensão idealística da concretude da norma positiva.

Como observam os juristas romanos, o Direito, embora se aparte da moral, das regras costumeiras ou das determinações religiosas, passando a definir um campo próprio de regulação da vida coletiva, continua a manter vínculos com elementos substanciais de caráter axiológico. Segundo Paulo (Digesto, 50, 17, 1), a regra “[...] é a que expõe brevemente a coisa, tal qual é. O direito não se toma da regra, senão que é a regra que se faz do direito” (DEL CORRAL, 2004).

O jurista Ulpiano, citado no *Digesto* de Justiniano, expressa sua visão acerca da relação intrínseca entre justiça e Direito sob a ótica romana, informadora de todo o conjunto normativo dessa codificação clássica;

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Se se quiser entender a matéria jurídica, é preciso, antes de mais nada, saber donde vem a palavra direito (*ius*). Ora, essa palavra provém de justiça (*iustitia*): com efeito, como definiu limpidamente (*elegantemente*) Celso, o direito é a arte do bom e do eqüitativo. E nós (juristas) podemos, com razão, ser chamados os sacerdotes do direito, pois de fato praticamos a justiça, procuramos dar e conhecer o que é bom e eqüitativo, com a separação entre o justo e o injusto, a distinção entre o lícito e o ilícito; pretendemos que os homens de bem conduzam não apenas por temor do castigo, mas também pelo desejo de recompensa, e esforçamo-nos, sinceramente, por alcançar, salvo engano, uma filosofia verdadeira (DIGESTO, I, I, 1 apud DEL CORRAL, 2004).

Os romanos mantiveram a idéia de um fundo imanente ao homem e à sua existência, que estaria na idéia grega de uma ordem natural, metafísica, de onde emerge o significado e sentido para todas as coisas, ideais ou materiais.

Essa “cosmovisão”, como a denomina o jurista Miguel Reale, não está desvinculada do mundo dos homens, ou seja, não exclui a vontade, intencionalidade e escolha, daí afirmar que o conceito de justiça romano expressa a idéia de que é “[...] resultante de nosso poder de querer, o que era próprio de um povo voluntarista como o romano” (2001, p. 123).

Essa é importante distinção entre o pensamento grego e romano em relação ao Direito. O querer, para os romanos, é elemento indispensável para transpor a apreensão do que se entende por justo, para a concretude, num processo de mobilização necessário do pensamento para a prática. A *práxis* romana é, por excelência, o próprio Direito e a possibilidade de efetividade do justo na vida da cada cidadão.

Interessante excerto da autora Marguerite Yourcenar (1980, p. 222), em biografia sobre o imperador Adriano⁵, revela bem esse espírito prático dos romanos frente aos “idealistas” gregos:

Sim, Atenas continuava bela e eu não me lamentava ter imposto as disciplinas gregas à minha vida. Tudo o que em nós é humano, ordenado e lúcido provém delas. Mas acontecia-me dizer a mim mesmo que a seriedade um tanto pesada de Roma, seu sentido de continuidade, seu gosto pelo concreto, haviam sido necessários para transformar em realidade o que permanecia na Grécia um admirável conceito do espírito, um belo impulso da alma. Platão escreveu *A República* e glorificou a idéia do Justo; éramos nós, porém, que, instruídos por nossos próprios erros, nos esforçávamos penosamente por fazer do Estado uma máquina apta a servir os homens, correndo o menor risco de esmagá-los

É compreensível, nesse contexto, como a cosmovisão romana depara-se com a questão das dimensões ontológica e metafísica, e da norma escrita que representa o Direito objetivamente posto. Os romanos fazem a sua síntese no Direito, que é, ao

⁵ *Publius Aelius Traianus Hadrianus* (76-138 d.C.), imperador romano.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

mesmo tempo, o instrumento do dever-ser a orientar a conduta dos homens, como seres concretos, vivendo em sociedade, e a via pela qual a razão objetiva extrai elementos de ordem metafísica, do mundo dos valores, igualmente essenciais pela necessidade de se atender a uma ordem natural que coexiste e permeia o mundo físico.

A citação acima do *Digesto* demonstra que, para Ulpiano, a justiça não é abstração, mas possibilidade concretizável no Direito através da norma, desde que corresponda a um agir justo, ou, nos termos de Cícero (1967): "É então claro que o termo 'lei' implica a capacidade de distinguir aquilo que é justo e conforme ao direito" (*De Legibus. Op cit. 2, 5*).

Em comentário a essa dimensão axiológica indissociada do Direito na ótica romana, a justiça pode ser concebida como concretude, realizável a partir da razão objetiva que dá forma ao Direito, efetivando-se na vida dos homens pela norma justa.

A idéia do Direito como produto superior da razão é encontrada em Aristóteles, quando fala que "A soberania da lei equivale [...] a soberania de Deus e da razão, a soberania do homem equivale a do animal: porque a cobiça e as paixões pervertem até os melhores quando estão no poder. Enquanto que a lei é a inteligência sem paixões" (*Política, I, 2* apud SANTOS, 1985, p. 109).

Por isso entende Cícero (1967) que a *lex romana* era uma *lex iusta*, pois consubstanciava a força imanente da natureza e estava amparada na razão, instrumento de conexão entre o homem e o mundo dos valores emergentes dessa "ordem natural superior".

Assim, o referido orador romano identificava no Direito a expressão concreta da justiça, na medida em que representava a "[...] aplicação ideal dos princípios e das normas legais" (BRITO, 1967, p. 21).

Por essa linha de raciocínio, o Direito é em si justo; as normas, individualmente consideradas, podem não sê-lo, o que não invalida a intrínseca relação entre o Direito e a justiça em razão dessa natureza fundante do ordenamento jurídico, enquanto produto da razão e da transcendência dos valores que se dá por intermédio do Direito objetivamente posto.

A justiça não está apenas associada à norma justa, mas à conduta ou ação correta dos homens, os que a criam e os que devem observá-la. Nesse sentido, encontra-se em

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Cícero posição equivalente a Aristóteles, ao afirmar que “A virtude é uma razão perfeita; não há dúvida de que sua base é natural” (*De Legibus*, I, 15-18).

Ação, prática, hábito cultivado, pessoal e socialmente, correspondem à conduta virtuosa, caminho para a racionalidade objetiva que permite apreender a dimensão maior, não material, do mundo valorativo onde se encontra a justiça. Esse é o sentido do querer, a *voluntas*, dos romanos.

Stammler apud Reale (1991, p. 338) apropria-se dessas idéias, ao tratar do querer jurídico, categoria fundante para apreensão do justo. Na exposição deste último insigne jurista:

O querer jurídico, portanto, é um querer entrelaçante e autárquico, que se põe objetivamente acima do querer empírico de fulano ou beltrano. A objetividade do querer é uma das características do querer do Direito. Esta objetividade é de tal ordem que está sempre garantida, munida dos meios e processos para que sua atualização se imponha, inclusive pela força, se necessário pela violência.

Não se trata de uma vontade direcionada a determinados sujeitos ou situações, mas considerando a generalidade dos indivíduos, como é próprio do Direito como conjunto normativo cujo fim é responder a propósitos de ordem coletiva. O ato jurídico é intrinsecamente finalístico, ou seja, não é criado aleatória ou arbitrariamente, mas em função de uma realidade social, de modo que se trata de um “querer preciso, uniformemente determinado em razão dos fins humanos”. Em decorrência, “Não se estabelece uma regra jurídica para cada caso, mas uma regra para a totalidade dos casos da mesma espécie, o que exclui o privilégio e o arbítrio” (REALE, 1991, p. 338).

Stammler apud Reale (1991, p. 339) vincula o querer genérico, que abarca a totalidade dos seres sujeitos à normatização do Direito, à idéia do justo, entendendo que “A sociedade que se ordena de maneira tal que o querer entrelaçante da lei coincida com o querer dos indivíduos e dos grupos, é uma sociedade justa”.

A idéia implícita nesse querer jurídico, portanto, conduz a uma necessária vinculação entre o Direito e o justo, que se dá por intermédio da aproximação entre o viver concreto e temporal dos homens e os valores imanentes que se podem extrair das suas experiências, aspirações, delineando uma dimensão concreta, não somente idealística, na medida em que representam parte do seu querer individual e que transcende para o coletivo.

Daí afirmar Stammler apud Reale (1991, p. 339) que “[...] uma forma histórica de Direito que desatender aos pressupostos formais da liberdade das pessoas e de sua

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

igualdade, por sujeitar uma ao arbítrio da outra, ou dar a uma o que à outra se recusa, deverá ser considerada injusta.”

A relevância do pensamento de Stammler está em vislumbrar nas experiências históricas material essencial para se definir elementos objetivos e, ao mesmo tempo, aptos à apreensão do que é justo ou não, coincidindo com a cosmovisão apontada por Reale, no sentido de ser a justiça um construto cultural.

A variabilidade dessa idéia de justiça, por essa via de entendimento, em razão das transformações temporais que levam os homens a novas formas de interpretação de si e do mundo, não inviabiliza a possibilidade de uma essência mais profunda e permanente, como referência elementar sobre o que seria a justiça, constituindo o que Reale (1991, p. 340) chama de “categorias lógicas fundamentais do querer, que condicionam as realizações sociais no sentido do ideal do justo.”

São essas categorias que operam no sentido de possibilitar que o Direito mude ao longo do tempo, permitindo-lhe se aproximar do querer individual e social, e destes se apropriando para estabelecer o seu campo de atuação, com a normatização necessária para responder a essa realidade imediata imanente aos seres em sentido subjetivo e coletivo.

Não se vislumbra no juspositivismo de Kelsen a idéia de uma transformação histórica condicionada a categorias não objetivas, que não sejam nascidas do próprio Direito, entendendo que a justiça possível é aquela que se inscreve no campo objetivo da norma positiva. Não é possível inferir dessa realidade objetiva elementos ontológicos. Não questiona a relação do Direito com os indivíduos na condição de “seres dotados de vontades”. A categoria subjetiva é reconhecida Kelsen, mas apenas enquanto relação pessoal com um desejo de justiça, que tem uma natureza “emocional”, não sendo assim objetiva para ser apropriada pelo Direito. Como afirma o pensador austríaco:

O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional. A resposta às questões que aqui se apresentam é sempre um juízo, o qual, em última instância, é determinado por fatores emocionais e possui, portanto, um caráter subjetivo. Isso significa que o juízo só é válido para o sujeito que julga, sendo, nesse sentido, subjetivo (KELSEN, 2001, p. 5).

Não se pode esquecer que as idéias de Kelsen, como de resto dos juspositivistas, também representam uma cosmovisão, inerente a um momento histórico onde se

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

materializam idéias, produto de síntese e oposição de conceitos, concepções, perspectivas, daí resultando, nesse processo dialético dos contrários, uma nova produção, sob a forma de um modo específico de conceber o Direito e as questões a ele inerentes, dentre elas a justiça.

Nesse ponto de vista, é compreensível, em plena era da afirmação da razão objetiva, que Kelsen refutasse que a dimensão axiológica fosse inerente, pelo menos de forma imediata, ao campo do Direito.

Excluindo-a, pretendeu estabelecer bases científicas que considerava próprias para a apreensão do real sentido e significado da ordem jurídica, posta como sistema, no viver individual e social. Não se ocupando, porém, de questões de valor, mas apenas da relação entre a materialidade da norma, como dever-ser, e suas conseqüências imediatas, concretas.

Isso, porém, não leva a uma necessária apreciação da possibilidade de um Direito injusto, como será demonstrado, pelas razões a seguir apontadas, em especial por excluir o querer, pessoal e coletivo, como categoria imanente à própria razão de ser do Direito, que a objetividade kelseniana deixou de considerar por entender desnecessária a apreciação que não fosse objetiva e relativa ao sistema jurídico como ciência.

4 O DIREITO INJUSTO EM FACE DA IMANÊNCIA DE UMA ONTOLOGIA DO SER ENQUANTO OBJETO DA NORMA JURÍDICA

Apesar da força das idéias, em especial por reforçar a importância da objetividade para a construção da ciência jurídica, a diluição do fundo axiológico nessa pretensa objetividade dos juspositivistas não foi absoluta e definitiva.

Kelsen argumenta que não nega a existência dos valores e a necessidade de considerá-los para que se possa construir uma sociedade democrática, mas deles não se ocupou por pretender estabelecer bases isentas e adequadas ao rigor científico pretendido para o Direito.

Ainda que justifique a sua isenção, no intuito de conduzir seu pensamento por uma via alternativa, permitindo-lhe atingir um conhecimento objetivo sobre o Direito e sua atuação na sociedade, isso não impede uma perspectiva crítica acerca das bases sobre as quais Kelsen construiu o seu pensamento.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Considerando a já comentada questão da cosmovisão, como expressão representativa do pensamento, e a sua força, em termos de influência sobre as condutas e relações entre os homens, nenhum modo de interpretar a realidade pode ser entendido como isento.

Pelo contrário, certas determinações se fazem sentir na tessitura social, em especial quando se trata de construir elementos de cognição ou interpretação na seara jurídica, sabendo-se a repercussão não somente para os que buscam compreender o homem e a sociedade, mas também para os que atuam na dimensão objetiva e imediata, como é o campo do Direito.

Por isso Arendt (1989) critica o juspositivismo kelseniano, particularmente em relação às repercussões de um dogmatismo travestido em objetividade científica, o que pode ser também desconstruído à luz das críticas ao modernismo e sua pretensão de eliminar quaisquer resquícios de interpretação não-lógica e objetiva do mundo e do homem.

A autora evidencia a incongruente posição firmada por Kelsen, quanto à pretensão da objetividade jurídica que deve exsurgir da atenção estrita ao direito positivo. Para Arendt (1989), a construção de um sistema totalitário, como os que modelaram grande parte do século XX, esteve ligada a essa superação do indivíduo na lei. A supremacia da lei tornou-se o instrumento pelo qual se justificou a desconstrução da subjetividade, entendida como necessária para a construção de uma ordem coletiva.

Não se está aqui afirmando que Kelsen foi causa ou motivo para a edificação desses sistemas totalitários. Até porque sua posição foi, justamente, manter-se à distância de questões políticas, tanto quanto morais, para fundamentar sua cientificidade jurídica.

O que se pretende demonstrar, porém, são as repercussões práticas dessa objetividade jurídica, inerente aos modelos totalitários amparados, justamente, na força da norma posta, desvinculando-se o Direito de quaisquer sentidos ou questões de valor.

É nesse sentido que se encontra em Arendt (2007) uma posição importante para demonstrar que a virtude dos romanos não era apenas uma base axiológica, mas contraponto essencial ao Estado, de modo que, para além do exercício do poder, havia uma dimensão valorativa e, ao mesmo tempo, atuante, na forma de condutas que buscavam nos antepassados, num processo vigoroso de formação de princípios para o viver pessoal e social, elementos informadores da conduta presente.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Na modernidade, em que se inscreve a racionalização de todo ato, seja no campo privado ou público, a partir de um Direito pretensamente científico e objetivo, e de um sistema sócio-cultural prestigiando a razão pura, em detrimento do sentimento ou do subjetivo como dimensão inerente ao ser, não é possível promover essa construção da virtude como hábito nascido e alimentado pelo sujeito e pela sociedade da qual faz parte.

É interessante essa análise da referida autora, levando em conta o que foi abordado sobre a relação entre o justo e a virtude como ação e hábito construído pelo sujeito de forma consciente, como entendiam os gregos e, sobretudo, como vivenciavam os romanos sendo para estes, segundo a autora, a base para a longa continuidade de seu império.

Virtude esta como expressão do querer individual e social, mobilizando-se para fins não pessoais, de onde emerge não somente a força das instituições políticas, mas também do Direito enquanto instrumento de solução dos conflitos, dirigido não pela vontade do Estado, mas pela idéia de uma ordem natural superior a ser considerada na resolução de cada caso. Essa é a direção que se vislumbra nos escritos de Ulpiano e Paulo, aqui citados, como expoentes de um corpo de juristas.

A questão do direito injusto não está, portanto, no Direito em si, mas na norma, e mais especificamente naquele que a cria. A virtude dos romanos significa uma conduta reta ou justa e, por extensão, a possibilidade de superação do injusto. O Direito em si não é injusto, porque consubstancia em sentido amplo a virtude ou os valores do justo. Em outras palavras, a meta ou fim do Direito é a justiça.

Apesar disso, não se pode ficar alheio à questão do injusto. Querer abstrair-se dela, na pretensão de buscar uma objetividade, e de relativizar a justiça a partir dessa visão objetiva e isenta, pode ser produto de argumentos racionais e lógicos, como fez Kelsen, mas nem por isso fora do alcance da crítica. Nesse particular, é interessante o comentário feito por Alexy (1997, p. 6):

El derecho y la justicia no se encuentran a disposicion del legislador. La concepcion seglin la cual un legislador constitucional puede ordenar todo lo que quiera' significa una recaida en la actitud intelectual de un positivismo legal valorativamente neutro, superado desde hace tiempo en la ciencia y en la praxis juridicas. Justamente la epoca del regimen nacionalsocialista em Alemania ha enseñado que tambien el legislador puede imponer lo injusto' (BVerfGE 3, 225 (232)). Por ello, el Tribunal Constitucional Federal há afirmado que hay que negar a las disposiciones 'juridicas' nacionalsocialistas la validez como derecho porque contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaria noderecho en vez de derecho.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

Ainda no Direito alemão pode-se buscar importantes elementos de reflexão, particularmente com relação ao que Radbruch (1976) apud Rocha Júnior (2011) chama de injustiça legal *versus* supralegalidade da justiça.

Em seus comentários, depois de superar uma visão positivista dogmática, reconheceu, em face das alegações dos membros do nazismo, no pós-guerra, de que haviam seguido estritamente a lei e nada mais, a necessária consideração de um valor fundamental, o justo, que não pode ficar apenas como condição de um dever-ser hipotético, mas presente e atuante na vida dos homens a partir das normas jurídicas:

O positivismo deixou [...] desarmados aos juristas alemães ante as leis de conteúdo arbitrário e injusto. [...] Com isso se ficava sem a possibilidade de estabelecer a validade jurídica das leis. É certo que o positivismo pensa haver provado a validade de uma lei pelo fato de ter a força suficiente para lhe impor. [...] É certo que, independentemente do seu conteúdo, toda lei positiva leva consigo um valor: porque sempre será melhor que a total ausência de leis, ao dar lugar à segurança jurídica. Mas a segurança jurídica não é o único, nem sequer o valor decisivo que tem de realizar o Direito. Ao lado da segurança jurídica, há outros dois valores, que são o da utilidade e o da justiça. A hierarquia destes valores assinala o último posto para a utilidade com respeito ao bem comum. De nenhum modo se há de admitir que é Direito 'tudo o que é útil ao povo', mas que ao povo é útil [...] tão-só o que é Direito, o que traz segurança e tende à justiça. A segurança jurídica, que corresponde a qualquer lei já pelo fato de sua mesma positividade, ocupa um lugar intermediário entre a utilidade e a justiça; a exige, por um lado, o bem comum, e por outro, a justiça (RADBRUCH, 1976 apud ROCHA JÚNIOR, 2011, p. 1).

O autor conclui suas reflexões, postulando que

Quando há um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre uma lei que falha em seu conteúdo, mas que é positiva, e um Direito justo, mas que não adquiriu a consistência da lei, estamos realmente frente a um conflito da justiça consigo mesma, um conflito entre a justiça aparente e a verdadeira (RADBRUCH, 1976 apud ROCHA JÚNIOR, 2011, p. 1).

Admitindo uma “justiça verdadeira”, é possível depreender das palavras desse autor um “Direito autêntico”, que não é aquele imediatamente posto, expresso nas normas, mas um Direito que se encontra com o valor maior, que é a justiça. Em outras palavras, é Direito em sentido amplo aquilo que é, também, justo, no sentido de albergar um valor fundamental enquanto essência do viver humano.

De certo modo, retorna-se, com esse pensador alemão moderno, ao conceito romano de “*ius*” como Direito e justiça, duas faces da mesma moeda, duas dimensões que, em si mesmas, expressam uma única realidade, perene ao longo do tempo e em todas as

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

sociedades: a realidade humana, a despeito das diferenças essenciais que permeiam sua expressão no pensamento, na cultura e nas formas sociais de existência.

É interessante, para concluir, que não se trata de um retorno pura e simplesmente a uma metafísica que se encerra em si mesma, mas o resgate de uma concepção clássica sobre o justo e o injusto, a partir da qual pode ser mais claramente compreendida a justiça como algo mais do que uma abstração ou ideal.

Nesse sentido, convém citar Mangabeira Unger apud Morrison (2006, p. 560), prolífico pensador contemporâneo, destacado teórico do *Critical Legal Studies*, que encaminha a questão com objetiva reflexão:

Boa parte da ciência social foi criada como um baluarte contra a metafísica e a política. Fiéis à perspectiva produzida pela revolta moderna contra a filosofia antiga, os teóricos sociais clássicos estavam ansiosos por libertar-se, primeiro, das ilusões da metafísica, e depois, da aparente arbitrariedade dos juízos políticos. Eles queriam criar um corpo de conhecimentos da sociedade que não vivesse à mercê da especulação metafísica ou da controvérsia política, e até certo ponto foram bem-sucedidos. Hoje, porém, vemos que para evitar seus próprios dilemas, a teoria social deve, em certo sentido, tornar-se novamente metafísica e política. Deve posicionar-se sobre questões da natureza humana e do conhecimento humano para os quais nenhuma elucidação 'científica' é, ou poderá vir a tornar-se, possível.

É pelo mesmo caminho que MacIntyre define sua opção pela construção de um pensamento que retorna a Aristóteles, no sentido de recolocar a virtude como base para um homem e uma sociedade mais justa. Assim o fazendo, ele distingue entre a opção esvaziada de uma cosmovisão lógico-científica modernista, centrada na individualidade, e uma concepção clássica a ser revalorizada como única alternativa possível na encruzilhada moral do homem moderno.

Para esse pensador escocês (apud MARQUES, 2011, p. 5):

A atual ética individualista ignora um fato extremamente importante que Aristóteles lembrou há 24 séculos: o Homem é uma entidade funcional, com uma natureza essencial e uma finalidade essencial. Na *Ética a Nicómaco*, Aristóteles toma essa característica como ponto de partida do inquérito ético e afirma que a relação do Homem com a vida boa é análoga à do harpista face ao tocar bem harpa. Esta concepção funcional do homem é ainda mais antiga do que Aristóteles e não deriva apenas da sua biologia metafísica. As suas raízes podem encontrar-se nas formas de vida social expressas nas obras dos filósofos e poetas da tradição clássica grega.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

A ética das virtudes de MacIntyre revela que a justiça e o Direito se encontram na compreensão de que é preciso contemplar os problemas humanos a partir não de uma visão utilitarista, imediatista e individual, mas de práticas sociais, heranças e aprendizados que conduzem a um querer pessoal e social como virtude construída por cada um, direcionada a propósitos que encerram em sua essência o sentido e o significado do justo.

A virtude é, nesse sentido, um caminho individual e coletivo para a superação do problema da norma injusta, resgatando o sentido originário, já compreendido na Antiguidade clássica, do Direito enquanto justiça concreta e não apenas possível.

5 CONCLUSÃO

À questão “é possível um Direito injusto?”, a resposta pode ser buscada tanto no juspositivismo kelseniano, como no pensamento aristotélico e do Direito romano. Embora um retorno às fontes clássicas possa ser vista como retrógrado e inconcebível frente ao intelectualismo moderno e os avanços no pensamento científico, não se pode deixar de fazer interessante contraponto, como foi desenvolvido neste trabalho.

Seguindo essa linha de raciocínio, foram extraídas algumas conclusões importantes. A primeira delas é que não há um porto seguro para a ancoragem do pensamento no racionalismo puro, erigido em dogma na pretensão de superar supostos idealismos inconsistentes.

Não se buscou aqui desconstruir a figura e o trabalho de Kelsen, um dos grandes expoentes do pensamento jurídico, mas demonstrar que a cosmovisão juspositivista encerra contradições que destituem seu mérito enquanto caminho objetivo e científico para compreender questões fundamentais do Direito.

No que se refere à justiça, a singularidade do pensamento clássico, em especial de Aristóteles, e por via transversa, a forma de pensar o Direito elaborada magistralmente pelos romanos como instrumento pragmático para a construção de uma *urbe* universal, aparece como o caminho mais adequado no propósito de refletir sobre o que é justo ou injusto.

Do que foi exposto, ficou evidente que uma visão ontológica da questão, colocando o ser em si como objeto da compreensão da justiça e do Direito, é o melhor caminho. O

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

querer, enquanto categoria individual e social, expresso no desenvolvimento da conduta virtuosa, é a possibilidade concreta da justiça, pois não representa uma expressão da subjetividade individualista, no sentido dado pela modernidade valorizadora da razão pura.

Como produto de processo histórico, de cosmovisões carregadas de humanidade, é esse querer pessoal e de grupo que pode reconduzir a sociedade ao mundo transcendente dos valores, não no sentido da simples especulação do pensamento, mas da sua vivência concreta. E assim tornar efetiva, no plano das relações pessoais e sociais, mediadas pelo Direito, a justiça como seu valor maior.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

_____. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. **Política**. Lisboa: Veja, 1998.

BRITO, Otávio T. de. Introdução. In: CÍCERO. **Das leis**. São Paulo: Cultrix, 1967.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Aristóteles. V. I. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CÍCERO, Marcus Tullius. **Das leis**. Tradução de Otávio T. de Rito. São Paulo: Cultrix, 1967.

DEL CORRAL, Idelfonso G. **Cuerpo del derecho civil romano**. Valladolid: Lex Nova, 2004.

JUSTINIANO. **Corpus Iuris Civilis**. Comp. Paulus Krueger e Theodor Mommsen. Berolimi: Weidmannos, 1954.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é Justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Da possibilidade de um direito injusto em face do querer como categoria fundante e ontológica do ser
DOI 10.12957/dep.2011.1533

LIVONESE, André Gustavo. A finalidade do ser e o ideal de justiça. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 285-301, jul./dez. 2006.

MARQUES, Ramiro. **A ética de Alasdair Macintyre**. Disponível em: <http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica_pedagogia/A%20%C3%89TICA%20DEALASDAIR%20MACINTYRE%5B1%5D.pdf> Acesso em: 20 abr. 2011.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOCHI, Cássio M. Felicidade e a justiça em Aristóteles: a possibilidade de uma visão literária. **Anais**, XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 04-07 nov. 2009.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PIMENTA, Leonardo G. **Direito e religião no direito romano antigo**. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/16_ProfLeonardoGoulart2.pdf> Acesso em: 17 abr. 2011.

REVISTA FILOSOFIA DE BACHIRELATO. **Los sofistas y Socrates**. Disponível em: <http://tema2.com/secundaria/filosofia/sofistas_socrates.htm> Acesso em: 18 abr. 2011.

REALE, Miguel. Problemática da justiça. **Revista CEJ**, Brasília, n.14, p. 121-126, mai./ago. 2001.

_____. **Filosofia do direito**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROCHA JÚNIOR, José J. **Atravessando o ‘umbral da injustiça’**: direito e moral em Gustav Radbruch. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/5a-edicao/atravessando-o-umbral-da-injustica-direito-e-moral-em-gustav-raddb-ruch/>> Acesso em: 18 abr. 2011.

SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. **Poder jurídico e violência simbólica**: problemas do poder, na obra póstuma de Hans Kelsen, “*Allgemeine theorie der normen*”. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

VERNANT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. 12. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

YOURCENAR, Marguerite. **Memórias de Adriano**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.