

A JUSTIÇA

KELSEN, DEL VECCHIO E RAWLS

Orlando Ferreira de Melo*

A justiça é um tema fascinante. Não pelo que nos diz, mas pelo que esconde. Apesar das múltiplas pesquisas realizadas e de profundas meditações em todas as épocas, continua a ser categoria esquivada, acima de qualquer definição ou conceito que a traga do reino das metáforas, do idealismo, para o substancialismo.

Querer subjugá-la a uma definição exata é pura teoria, o exemplo perfeito da fabulação humana, da metafísica, enfim.

Obstinadamente procurada, autêntica convenção humana, escoa por entre as mentes mais lúcidas,

perde-se nos deltas das conjecturas para desaguar na vacuidade oceânica das fantasias.

Este é o mistério do seu fascínio.

Conhecimento abstrato por natureza, persistem os filósofos na busca para alcançar-lhe seu “eu ontológico”, e aplicá-lo em regras de ação, seja na moral ou no direito.

Isto posto, selecionamos, para essa digressão sobre a justiça, a visão de três pensadores que não se intimidaram em colocar no título de suas obras a palavra *Justiça*. Outros o fizeram, mas será destes que nos ocuparemos diretamente: Hans Kelsen¹, Giorgio Del Vecchio² e John Rawls.³

I. Hans Kelsen

O que é a justiça? Pergunta Kelsen no início de uma de suas principais obras sobre a problemática da justiça⁴, objeto de nossa análise. Kelsen estende-se sobre a mítica das tentativas, de Platão até o presente, de encontrar-se uma definição precisa, aceitável universalmente, da categoria justiça.

“O que superabundam são fórmulas vazias” e dá como principal exemplo uma das mais divulgadas: “justiça é conceder a cada um o que é seu.”

A aplicação desta fórmula é relativamente simples após uma decisão judicial onde ficou arbitrado “o que é de cada um.” Mas este arbitramento teria sido

justo? Teriam todos - autor, réu e juiz - ficado felizes com a solução encontrada?

Entre as “fórmulas vazias” da justiça destaca-se a “regra de ouro” que propõe que cada ação possa ser convertida em lei universal, o que pode resumir-se nesta outra: “O que queres que te façam, faze-o também aos outros.”

Aristóteles é criticado, porque pretende ter encontrado o conceito de justiça absoluta através de um método científico, matemático-geométrico. Mas, apesar da aparente segurança do método, um exame profundo da fórmula mostra seu caráter

*Doutor em Direito e Professor do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI

tautológico, porque o estabelecimento dos pontos extremos - virtude e vício, bom e mau - dentre os quais, de forma equidistante, encontraríamos a virtude ou a justiça, é totalmente arbitrário.

O Direito Natural, pensamento relevante nos séculos XVII e XVIII, pelo seu conteúdo metafísico, seria a expressão da vontade de Deus. Quando a expressão é captada pela razão humana, torna-se racionalista.

Assim, muito da vontade sobrenatural traduzida pela vontade do homem tem tudo do caráter e preconceitos deste, torna-se uma categoria teratológica e, por consequência, inconfiável. Afirmar Kelsen: "Através dos métodos da doutrina do Direito Natural, que se baseiam em um sofisma, pode-se comprovar tudo e, portanto, nada" (p.23).

As pp. 27 a 80 há uma longa digressão sobre a idéia de justiça nas Sagradas Escrituras. Ao término do capítulo escreve: "O resultado do ensinamento de Paulo, que é a base da teoria cristã da justiça, pode ser formulado da seguinte maneira: existe uma justiça humana, relativa, que é idêntica ao direito positivo, e uma justiça absoluta, divina, que é o segredo da fé. Portanto, não existe nessa teologia nenhuma resposta à questão do que é a justiça; uma questão da razão humana que se refere a um ideal não é necessariamente idêntico a todo direito positivo e que pode ser realizado neste mundo." (p.80).

Continuando, Kelsen nos traz uma visão a respeito dos juízos de valor na ciência do direito, onde dois tipos são encontrados: um refere-se ao direito e, conforme sua adaptabilidade à norma, será lícita (legal, certa) ou ilícita (ilegal, errada); o outro relaciona-se ao produto da norma jurídica, quer dizer, ao legislador, quando o direito pode ser justo ou injusto. Pode-se incluir, ainda, neste segundo tipo, a atividade do juiz, na medida em que atua como criador do direito (p.203).

Essa visão, que nos dirige para o "justo" e o "injusto" são categorias dos "valores de justiça". Ora, este "justo" ou "injusto" só existe na qualificação que se dá à conduta humana nas fases pré-processuais e processuais, pelas próprias partes, advogados e juizes; são colocações axiológicas

humanas, sujeitas a todos os interesses e preconceitos.

Portanto, é a ordem positiva, as fórmulas preconcebidas, que nos darão a noção do legal e do ilegal que se confundem (no sentido jurídico) com o certo e o errado, o justo e o injusto.

Nada é mais incerto que um "juízo de valor" filosoficamente estabelecido.

Portanto, falar de "justiça" na ótica deste valor, é nada dizer quanto ao estabelecimento de uma definição perene e universalizada.

Nem se pode afirmar que o "dever ser", como expressão da vontade do Estado, do povo e do legislador tenha a chancela da verdade, pois a decisão governamental poderá ser correta ou não.

É aí que entra, como fase derradeira das colocações de Kelsen, a distinção entre ciência e política.

A primeira, como função da cognição, cabe explicar, lidar com experiências concretas e com um único critério de valor - a verdade (p.350).

O cientista pode pronunciar com segurança o juízo de que algo é verdadeiro ou falso, podendo comprová-lo. Entretanto, a política orbita em torno do bom e do mau, do certo e do errado, do justo e do injusto, sem medições científicas, sem conhecimento exato da relação "causa-efeito". Trabalhou com juízos-de-valor aleatórios, ao sabor das correntes ideológicas, mutantes, imponderáveis e insusceptíveis de contra-provas.

Kelsen faz distinção entre "regras de direito" e "normas jurídicas". As primeiras são oriundas da ciência do direito e têm função de cognição; as segundas - as normas jurídicas - são emitidas pela autoridade, juízo de valor - o valor jurídico -; são um tipo especial de juízo sobre a realidade.

Insiste, Kelsen, em que o "juízo de que algo é legal ou ilegal deve ser distinguido do juízo de que algo é justo ou injusto."

Refere-se, aqui, à "norma fundamental" cuja função específica "é servir de fonte última do direito, isto é, como razão da validade da continuação de uma ordem jurídica positiva" (p. 363).

Na realidade, Kelsen despre o valor “justiça” de sua majestade mística, de seu poder mítico, para dizer que não é a justiça que dá validade a uma norma jurídica, esta validade é dada pela positividade do direito; “a positividade do direito consiste no fato de que sua validade não depende de sua conformidade com a justiça, mas no fato de que é criada de uma maneira definida, determinada pela norma fundamental, e de que é, de modo geral, eficaz” (pp. 363/4).

No último segmento do livro, Kelsen distingue, com mais detalhes, a “função jurídica” da “função política”, cada uma com função determinada por normas próprias. Condena, no entanto, os casos

do abuso da distinção entre o jurídico e o político, como no caso da aplicação às disputas internacionais.

Ao término do trabalho afirma: “O uso equivocado da distinção entre “jurídico” e “político” é um dos meios mais eficazes, embora não o único, empregados para confundir ciência do direito com a política.

Evitar a fusão dessas duas esferas heterogêneas é tão essencial para a preservação do caráter científico da jurisprudência quanto é vital a separação de ciência e política para toda a existência de toda e qualquer ciência independente”(p.374).

II. Giorgio Del Vecchio

Del Vecchio inicia seu livro mostrando certas incongruências entre conceitos de justiça e de lei, “donde a necessidade de uma investigação que se impõe à nossa consciência, e que, além disso, constitui o escopo supremo da Filosofia do Direito”.

Após criticar o sentido amplo e um tanto vago do pensamento de Leibniz (p.1), toma como base aceitável da sua pesquisa uma expressão de Dante, ou seja, que a justiça, no sentido próprio, “é o princípio de coordenação entre seres subjetivos” (p.2).

Ao dissertar sobre a justiça como atributo da divindade, na antiguidade (imagens míticas) e na cultura hebraico-cristã, onde “a prática da justiça consistia total e indistintamente na observância das vontades da divindade” (p.5), Del Vecchio incursiona nas doutrinas platônicas e aristotélicas, na patrística e na escolástica (pp. 17-39).

Do conceito platônico, nos traz a justiça como “virtude universal”; de Aristóteles, dá-nos o justo identificado como “igual”, ou seja, com a medida que representa o meio ou a equidistância entre o “demasiado e o pouco.” Das doutrinas patrísticas e escolásticas retira a noção de “justiça como virtude geral”. Retomando a Leibniz, mostra-nos a distinção entre jurisprudência divina, humana e civil - o que mostra os vínculos de subordinação do homem

com Deus, com o gênero humano e com o Estado.

Após criticar as teorias acima, Del Vecchio reconhece que, em Aristóteles, consta um mérito definitivo: o haver logrado focalizar o significado básico e específico da justiça: a alteridade. O conceito de alteridade é exaustivamente examinado por Del Vecchio nas explicações do que seja o “eu” e o “não eu”, a distinção entre “continente” e “conteúdo” e entre “pensante” e “pensado.”

Se o sujeito em si é o “eu”, para o outro ele é o “não eu” e assim para as demais categorias. “Deste modo a idéia de alteridade (ou de posição objetiva do eu) brota necessariamente dos elementos essenciais da consciência”(p.73).

Del Vecchio crê - e aqui, supomos, está o cerne de sua filosofia - que existe uma forma específica de consciência, a qual dá o nome de consciência “transubjetiva”. Corresponderia ela a mais profunda natureza do homem, “a uma verdadeira e necessária vocação do nosso ser”(p. 74).

Ela é a base de aspectos essenciais da ética. Existe não só como “idéia”, mas como “sentimento” imperioso e insuprimível, “idéia e suprimimento que tem a mesma raiz, e que podemos igualmente denominar *Justiça*, dado que é precisamente este o

peculiar significado do comportamento fundamental da consciência”(p. 74).

Nos capítulos seguintes, muito diversificados, é desenvolvida a idéia de que a essência da justiça “está, pois, em poucas palavras, na posição objetiva da subjetividade e na coordenação intersubjetiva daí resultante”(p.76).

Passa, então, a abordar, neste e nos capítulos seguintes, entre outros temas, os elementos lógicos da justiça, a experiência histórica, a justiça civil e penal, a noção formal e experiência absoluta da justiça, a antítese entre justiça e direito, o conteúdo ideal da justiça, o Estado e os aspectos concretos da justiça.

Chegamos às suas conclusões. Não encontramos, nas poucas páginas que as registram (160-162),

nenhuma definição formal de justiça.

Para o Autor, trata-se de uma idéia necessária e abstrata que, da investigação por ele feita, “logramos tirar a limpo alguns ensinamentos teóricos e práticos.” Exorta todos a observarem a legalidade - este é o verdadeiro culto da justiça - mas não incondicionalmente, pois, “se a política corrompe a justiça, a justiça é uma boa política”.

O exercício do nosso espírito de justiça poderá nos levar a ultrapassar a ordem estabelecida. Tal fato jamais será provocado por mero arbítrio ou interesse individual, “mas só em atenção a uma outra lei, mais alta e, portanto, mais severa, que se admita já como vigente, e da qual, por esse motivo, se aceitam e cumprem os mais graves e duros deveres” (p.161).

III. John Rawls

No prefácio de sua obra (3), Rawls alerta: o livro é longo e que, para facilitar a tarefa do leitor, fará algumas observações como guia (p.22).

Seguiremos estas observações, pois, assim nos será possível utilizar o que mais se adapta ao escopo deste artigo.

Vamos, então, diretamente, ao parágrafo n. 1 do capítulo I, onde expõe as idéias intuitivas fundamentais da teoria da justiça.

“O papel da justiça é de ser a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é para o pensamento” (p. 27).

É inaceitável que a liberdade de uma pessoa possa ser violada em nome da justiça que nem o bem-estar social. Este não pode sobrepujar aquela. “Numa sociedade justa, as liberdades entre cidadãos são iguais; os direitos sustentados pela justiça, se não estão sujeitos a barganhas políticas ou cálculos de interesses sociais”(p.28).

Para que uma sociedade esteja em ordem, duas condições devem ser observadas: quando

desenvolver o desejável para seus membros e quando estiver perfeitamente regulada por um conceito público de justiça. E isto só ocorrerá quando “primeiro, cada um aceita e sabe que os outros também aceitam os mesmos princípios de justiça e, segundo, que as instituições sociais básicas satisficam estes princípios e sejam conhecidas como tais” (p. 28).

Depreende-se que, para Rawls, o importante é se estabelecer um conceito público de justiça. E qual será este conceito? Será exatamente aquele transcrito acima e inscrito na p. 28. Há justiça quando não existir distinções arbitrárias entre as pessoas na determinação dos direitos e deveres básicos e quando as regras estabelecerem um equilíbrio entre as reivindicações de vantagens na vida social (p.29) mesmo que as pessoas mantenham concepções pessoais e diferentes de justiça.

Parece-nos bem claro que, para Rawls, sempre existirá divergências quanto à noção de justiça, mas isto pouco representa perante o estabelecimento de uma justiça social para estabelecer uma comunidade humana viável. Os planos individuais precisam

ser ajustados uns aos outros, em benefício do plano global, pois este envolve coordenação, eficiência e estabilidade.

O caráter determinante para aceitarmos um princípio de justiça sobre outro será a gama mais ampla de conseqüências consideradas desejáveis.

Aliás, Rawls deixa bem claro que não está pesquisando o justo e o injusto segundo as atitudes e inclinações das pessoas, mas sim da justiça social. "Para nós, o principal tema da justiça é a estrutura da sociedade ou, mais exatamente, a maneira pela qual as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a partilha dos benefícios da cooperação social (p.30).

Fixado este parâmetro, Del Vecchio declara-se satisfeito, caso possa "formular um conceito razoável de justiça para as estruturas básicas da sociedade, sendo este conceito concebido para um dado momento numa sociedade isolada das outras" (p.31).

Dando prosseguimento às suas cogitações, desdobra a teoria do castigo, a doutrina da guerra justa, a oposição a governos injustos, da desobediência

civil à resistência militante pró-revolucionária e rebeliões (p. 31).

Como se nota, não há fórmulas fixas, mágicas, universais. Del Vecchio satisfaz-se em bases distinguindo alguns conceitos de justiça: 1) um equilíbrio próprio entre reivindicações concorrentes; 2) um conjunto de princípios que identifiquem os elementos relevantes que determinem tal equilíbrio; 3) parte de um ideal social; 4) equidade, pois os princípios de justiça são estabelecidos numa situação inicial que é eqüitativa.

Toda esta teoria exige desdobramento detalhado, o que é feito, com análise percuciente, no decorrer de toda a obra.

É importante registrar que, ao término do livro, capítulo n. 87 - Observações finais sobre justificação - (p. 418) Del Vecchio afirma: "Poder-se-ia dizer que a própria harmonia das convicções ponderadas se modifica constantemente, variando de uma sociedade para outra, ou de uma parte desta para outra. Alguns dos chamados pontos fixos na realidade não são fixos e nem todos aceitarão os mesmos princípios para preencher as lacunas em seus juízos existentes."

IV. Conclusão

Tentaremos traçar um rápido paralelo entre as concepções de justiça nos três pensadores estudados, expressos nas obras que se tornaram padrão nesta temática do direito.

O que primeiro ressalta é que nenhum dos três registrou, como permanente e universal, uma definição ou conceito de justiça - como já o fizera Aristóteles e tantos outros - preferindo dissertar sobre a impossibilidade de fazê-lo, com apropriadas justificações, sem fugir, entretanto, de certas aproximações.

Kelsen critica com veemência qualquer tipo de padronização, de Platão a Kant, a que chama de "fórmulas vazias", mas não se furta de afirmar que um dos sentidos de justiça é a observância das regras do direito positivo. O autor da Teoria Pura do

Direito não tomaria outro caminho, em face da repulsa, nela demonstrada, ao chamado Direito Natural.

A concepção de justiça adotada por Kelsen é a do atendimento à lei, uma vez que esta esteja apoiada em lei maior, ou dela derivada, até atingir a norma fundamental, valor jurídico, que regula a criação de todas as outras normas (pirâmide jurídica). Isto nos faz pensar: não seria a norma fundamental um paradigma da justiça?

Del Vecchio, idealista, nos apresenta o problema como uma questão de consciência, o que corresponde a mais profunda natureza do homem, uma verdadeira vocação do ser. O realce de uma doutrina da justiça está na alteridade, quer dizer, na coordenação entre seres subjetivos.

Kelsen preocupa-se com a segurança jurídica: o respeito às leis; Del Vecchio exalta a consciência humana, o ser no seu mais entranhado recôndito.

Rawls tem outra mensagem: sua teoria da justiça está adstrita à categoria “público”. “A justiça é a primeira virtude das instituições sociais.”

A justiça pressupõe o fato social, respeita a vida de relação, donde a sua alteridade e bilateralidade, como ocorre com o direito.

Segundo Rawls, o conceito público de justiça não admite que certas medidas governamentais possam trazer bem estar a determinados cidadãos enquanto outros ficam alijados dessas vantagens (hoje denominados “os excluídos”). Quem acompanha a implantação de certas medidas em bloco - conhecidas como “pacotes” -, sociais, econômicas ou tributárias, e a frustração causada pelos seus funestos resultados, pode avaliar como é difícil, se não impossível, atingir as metas

teóricas expostas por Rawls.

E, finalmente, todos os conceitos de justiça trazidos por Kelsen, Del Vecchio e Rawls, perpassando desde o Antigo Testamento aos filósofos atuais, caem num profundo abismo de incertezas, contradições e arbitrariedades. Devemos, por isso, desistir de procurar o que seria o verdadeiro conceito de justiça, deixar de traçar nossa vida por caminhos retos e seguros? Não. Se não pudermos chegar ao que seja a justiça pela estrada da metafísica, pelas concepções abstratas, pelo sentido absoluto, todos equívocos, sigamos a direção prática e ajamos de modo a provocar os menores danos individuais e sociais possíveis.

Nossa consciência se aquietará e o desfile das teorias, fabulações e tautologias alimentará nossos serões filosóficos, ocasião em que esboçaremos um sorriso irônico e superior, cômicos de já havermos optado por alguma teoria e decidido por soluções práticas.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **KELSEN**, Hans. **O que é a justiça?** Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 404 p.
2. **VECCHIO**, Giorgio del. **A justiça.** Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Edição Saraiva, 1960, 276 p.
3. **RAWLS**, John. **Uma Teoria da Justiça.** Trad. Vamirel Chacon. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, 461 p.
4. Uma relação das principais obras de Hans Kelsen sobre os problemas da Justiça encontra-se às pp. 120-122 do livro **O problema da Justiça**, Trad. João Baptista Machado, 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, 149p.