

# DIREITO, ÉTICA E A QUESTÃO DA JUSTIÇA

## SUMÁRIO

I - Introdução. II - Direito; II.I - A problemática da conceituação; II.II - Conceitos de “Direito”; III - Ética; III.I - Conceituação; III.II - O Direito e a Ética; IV - Justiça ou a questão da justiça; IV.I - Definição; IV.II - O Direito e a Justiça; V - Conclusão: Direito, Ética e a Justiça; VI - Referências Bibliográficas.

## RESUMO

Trata-se de artigo destinado a análise dos conceitos de Direito, Ética e Justiça, ou a questão da Justiça, bem como a interação entre eles. Analisar esses conceitos e sua interação permite verificar que não há convergência de opiniões, tampouco conceitos certos ou errados. Todavia, permite concluir que adjetivar um Direito como ético ou justo será sempre uma questão subjetiva.

Palavras-chave: Direito. Ética. Justiça.  
Law, Ethics and the problem of the Justice

Helena Silveira Armando Waitman

## ABSTRACT

This present work analyzes the concepts of Law, Ethics and Justice, or the problem of the Justice, and the interaction between them. Analyzing these concepts and their interaction it is possible to conclude that there is no convergence of views, either right or wrong concepts. However, allows concluding that classify a law as ethical or fair is always a subjective matter.

Keywords: Law. Ethics. Justice.

## I- INTRODUÇÃO

O texto analisa a conceituação – ou a problemática da conceituação – de Direito, Ética e Justiça, conceitos não raramente analisados de forma superficial pelos operadores do próprio direito. Analisamos também a relação entre o Direito e a Ética e o Direito e a Justiça e, ao final, a relação entre os três.

É comum atualmente que a opinião pública, os meios de comunicação e as pessoas em geral analisem as normas e as decisões judiciais – ou seja, o Direito – como morais ou imorais, justas ou injustas.

Mas, de fato, o Direito pode ser analisado sob esses critérios ou adjetivos?

Não pretendemos esgotar o tema, amplamente discutido pelos doutrinadores e certamente controvertido. O objetivo é levantar a discussão sobre a conceituação de Direito, Ética e Justiça e a interação entre eles, para concluir que, ao contrário do que, em regra, pensamos ou acreditamos, o Direito nem sempre reflete a moral, muito menos uma lei ou uma decisão judicial serão consideradas “justas” por todas as pessoas.

## II- DIREITO

### II.1- A PROBLEMÁTICA DA CONCEITUAÇÃO

Não há consenso doutrinário quanto ao conceito do que é “Direito”.

Ensina Marcus Cláudio Acquaviva que direito tem como significado originário *ius*, de *iustum*, o que é por justiça devido a outrem. Nas suas palavras, “é preciso entender que a lei não cria o direito, mas o reconhece e estabelece as condições de exercício dos direitos subjetivos”.

Nas palavras de Dimitri Dimoulis, “o direito faz parte dos conceitos controvertidos porque a sua definição está vinculada a ideias filosóficas que possuem forte carga emotiva e em relação às quais não é fácil obter um acordo”.

Do mesmo ponto de vista partilha Maria Helena Diniz:

Não se tem conseguido um conceito único de direito, não só pela variedade de elementos que apresenta, mas também porque o termo “direito” é análogo, pois (...) ora designa a “norma”, ora a “autorização ou permissão” dada pela norma de ter ou fazer o que ela não proíbe, ora a “qualidade do justo” etc., exigindo tantas definições quantas forem as realidades a que se aplica. De maneira que a tarefa de definir, ontologicamente, o direito resulta sempre frustrada, ante a complexidade do fenômeno jurídico, devido à impossibilidade de se conseguir um conceito universalmente aceito, que abranja de modo satisfatório toda a gama de elementos heterogêneos que compõem o direito.



Miguel Reale, na mesma linha dos doutrinadores citados, destacada que:

Como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas.

Hart destaca a natureza do problema da conceituação:

La especulación sobre la naturaleza del derecho tiene una historia larga y complicada; sin embargo en visión retrospectiva se advierte que se ha centrado en forma casi continua en unas pocas cuestiones principales. Estas no fueron elegidas o inventadas gratuitamente para placer de la discusión académica; ellas se refieren a aspectos del origen a equívocos, de modo que la confusión y la consiguiente necesidad de una mayor claridad acerca de ellos puede coexistir, aún en los espíritus de pensadores profundos, con un firme dominio y conocimiento del derecho.

Complementa as lições de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Os juristas sempre cuidam de compreender o direito como um fenômeno universal. Nesse sentido, são inúmeras as definições que postulam esse alcance. Não é o caso de reproduzir-se numa série, certamente inacabada, os textos que ensaiam esse objetivo. Não só os juristas, mas também filósofos e cientistas sociais mostraram preocupações semelhantes.

(...)

Em geral, o que se observa é que grande parte das definições (reais) do direito, isto é, do fenômeno jurídico em sua “essência”, ou são demasiado genéricas e abstratas e, embora aparentemente universais, imprestáveis para traçar-lhe os limites, ou são muito circunstanciadas, o que faz que percam sua pretendida universalidade. Exemplo do primeiro caso é a afirmação de que o direito é a intenção firme e constante de dar a cada um o que é seu, não lesar os outros, realizar a justiça. No segundo, temos afirmações do tipo: direito é o conjunto das regras dotadas de coatividade e emanadas do poder constituído.

## **II.II- CONCEITOS DE “DIREITO”**

Tendo em vista a dificuldade de conceituação, há uma infinidade de conceitos do que é “Direito” ou o que ele representa.

Dimitri Dimoulis elenca dezoito definições de “Direito”:

- Platão: em sua visão o direito consiste na busca de justiça, ou seja, é definido como regra que indica o justo. O princípio fundamental é dar a cada um aquilo que ele merece. Direito significa, então, dar a cada um aquilo que corresponde à sua natureza e função na sociedade;



- Aristóteles: segundo esse filósofo, o Estado define o que é direito, devendo empregar o critério da justiça. O direito é justo quando protege os interesses gerais da sociedade e, em particular, quando trata de maneira igual as pessoas que se encontram em situação igual. Há duas formas de igualdade. A igualdade aritmética e a igualdade geométrica. A primeira exprime a justiça comutativa (ou sinalagmática); a segunda a justiça distributiva (ou atributiva).

A justiça comutativa deve ser aplicada em caso de contratos ou danos. Este é o princípio da igualdade aritmética (“um por um”).

A justiça distributiva é uma forma mais elevada de justiça. Fundamenta-se na proporcionalidade e aplica-se na distribuição dos ofícios e das honrarias objetivando determinar a posição social das pessoas. Critério de justiça distributiva é o valor pessoal, que é diferente para cada indivíduo. Por isso, o resultado da justiça distributiva é a desigualdade social. Cada um deve ter uma posição correspondente ao seu mérito e valor.

Na ótica de Aristóteles, o direito se confunde com a justiça. Mas, por haver duas formas de justiça, deve ser decidido em cada caso se se aplica a justiça comutativa ou a distributiva, sendo os resultados muito diferentes;

- Estoicos: os estoicos consideravam que o direito não estava ligado ao Estado, mas decorria da natureza. O ser humano, como parte da natureza, deve viver conforme as leis que resultam dessa última e são necessariamente iguais para todos, independentemente da época, do lugar e da condição social. Nessa ótica, o estudo da natureza humana permite deduzir as regras que constituem o direito, sendo válidas mesmo quando o Estado ou os homens não as respeitam;

- Celso e Ulpiano: Ulpiano afirma que direito é o mesmo para todos. Há um direito natural (*ius naturale*), que a natureza ensina a todos os animais, incluindo os seres humanos. Há também um “direito das gentes” (*ius gentium*), aplicável especificamente aos seres humanos. Ao contrário do direito natural que trata todos os seres humanos da mesma forma, o direito das gentes pode dar um tratamento diferenciado a determinados grupos, distinguindo segundo a origem e a condição social da pessoa.

A mais famosa definição do direito é atribuída a Celso. O direito constitui a arte do bem e do justo: “*ius est ars boni et aequi*”.

A definição de Celso indica que o direito vincula-se à busca pela justiça (o bem e o justo), isto é, aos princípios que permitem ordenar corretamente a sociedade. Indica também que o direito não oferece respostas claras e definitivas. O direito é uma “arte” que permite dar diferentes soluções, dependendo do momento, das pessoas envolvidas, da situação social e política e das opiniões dos juízes. Considerar o direito como arte significa introduzir em sua definição a idéia da política, da ponderação de interesses e da contínua mudança. Podemos dizer que em sua visão a finalidade do direito é a realização da justiça, mas para tanto existem inúmeros caminhos. O direito seria uma “arte” em perpétua transformação;

- Tomás de Aquino: ensina que as leis são mandamentos da boa razão, formulados e impostos por aquele que cuida do bem da comunidade, isto é, pelo Monarca.

Trata-se do direito estatuído e escrito, do *ius positivum*. Porém, o príncipe não possui plena liberdade na criação do direito. Deve respeitar os mandamentos divinos, que



constituem a lei eterna. Essa lei eterna encontra-se nos ensinamentos da Igreja Católica e inclui o direito natural;

- Thomas Hobbes: em sua opinião, o direito é imposto pelo Estado. Antes da criação do Estado existem os direitos naturais das pessoas: cada um pode fazer aquilo que corresponde aos seus desejos e interesses, o que gera conflitos e guerras. Por essa razão, os homens reúnem-se criando sociedades organizadas. Abdicam de seus direitos naturais, entregando todo o poder a uma autoridade central, ao Estado. Cria-se, assim, um contrato social, cujo objeto é a submissão de todos ao Estado. Em virtude desse pacto, o Estado deve distribuir direitos e obrigações, garantindo seu respeito mediante a ameaça de punições.

Hobbes situa o direito positivo em posição de superioridade com relação ao direito natural;

- Samuel Pufendorf: o soberano que cria leis contrárias ao direito natural e à vontade divina comete um pecado. Isso, porém, não é motivo para resistência. Os súditos devem respeitar a vontade dos governantes, que é legitimada pelo contrato de criação do Estado. O direito positivo estabelecido pelo Estado garante a paz, a segurança e o bem-estar, punindo os desvios e possibilitando o desenvolvimento da civilização. O Estado é absolutamente soberano e suas leis prevalecem sobre aquelas do direito natural;

- Baruch Spinoza: para ele, direito significa força, poder, potência. Cada pessoa possui um determinado poder e direito é aquilo que corresponde ao seu poder. Os governantes podem criar leis conforme seus interesses porque possuem um poder maior que o poder dos demais.

Spinoza considera absurdo acreditar que o direito depende do Estado ou da justiça. Ele pensa que o direito indica somente uma relação de forças. O direito é o poder de cada um;

- Jean-Jacques Rousseau: o direito deve expressar a soberania do próprio povo e garantir a ordem e a segurança sem abolir a liberdade dos membros da sociedade. Em outras palavras, o direito deve resultar de decisões da própria coletividade e defender seus interesses.

O direito aparece, assim, como produto de uma vontade política de mudança e deve garantir a harmonia social e a igualdade;

- Immanuel Kant: para ele, direito é o conjunto de regras estabelecidas pelo Estado para garantir a liberdade de todos os indivíduos e não somente sua sobrevivência, como dizia Hobbes. O direito positivo é aceitável somente quando respeita a regra de outro e preserva a liberdade de todos;

- Georg Wilhelm Friedrich Hegel: afirma que não é possível dar uma única definição do direito. Cada época elabora um direito com finalidades e características diversas. O direito moderno é o mais elaborado de todos, porque exprime os valores supremos do gênero humano. Isso é devido ao fato de ser produto do Estado e não simplesmente de acordos entre indivíduos. O Estado exprime o interesse geral, garante a aplicação dos princípios morais e realiza a liberdade humana;



- Friedrich Carl von Savigny: define o direito como produto histórico decorrente da consciência coletiva de cada povo, que se manifesta em suas tradições e costumes. O espírito do povo revela-se no direito costumeiro que é sistematizado nos trabalhos dos juristas nacionais (“direito científico”). O legislador estatal pode ser um dos veículos de expressão do direito do povo, mas não pode ser o único, nem podemos excluir que determinadas leis entrem em conflito com o espírito do povo;

- Karl Magnus Bergbohm: na opinião do autor, uma norma que regulamenta a atividade humana converte-se em direito positivo quando seu conteúdo é expresso por meio da “forma jurídica”. Disso resulta que: “todo direito é positivo e somente o direito positivo é direito”.

Direito é simplesmente aquilo que o Estado impõe como direito em determinado momento, utilizando para tal efeito a forma jurídica. As qualidades ou vícios do direito não influenciam sua validade;

- Eugen Ehrlich: destaca a origem social e não estatal do direito. Há um direito vivo criado, aplicado e transformado pelo povo. O direito vivo não se manifesta nos códigos ou nos tribunais. Encontra-se nos costumes que são seguidos pelas pessoas em suas relações;

- Hans Kelsen: define o direito como organização da força ou ordem de coação. As normas jurídicas são obrigatórias e aplicam-se mesmo contra a vontade dos destinatários por meio do emprego de força física. O direito vigora em determinado território porque consegue ser politicamente imposto e reconhecido pela maioria da população;

- Yevgeniy Bronislavovich Pachukanis: sustentava que o direito é um fenômeno específico da sociedade burguesa, que não existiu antes do capitalismo nem existirá após sua abolição;

- Robert Alexy: considera que o direito está estritamente vinculado aos preceitos morais vigentes em determinada sociedade.

Isso significa, em primeiro lugar, que as normas “extremamente injustas” não são válidas, mesmo que as autoridades do Estado as apliquem.

Em segundo lugar, o ordenamento jurídico não compreende somente as normas explicitamente criadas pelo legislador, mas também os princípios morais aceitos pela sociedade. Tais princípios devem guiar a aplicação do direito, satisfazendo as exigências da moralidade e da justiça. Em outras palavras, o direito não possui somente uma “dimensão real” (normas criadas pelo legislador). Possui também uma “dimensão ideal” que lhe dá sentido enquanto conjunto de normas que objetivam satisfazer as exigências da justiça; e

- Eros Roberto Grau: segundo seu entendimento, o legislador não pode estabelecer qualquer tipo de direito. A própria sociedade gera um “direito pressuposto”, que é determinado pelo modo de produção (sistema econômico) e pela correlação das forças políticas. O direito pressuposto determina os principais conteúdos de cada sistema jurídico, ou seja, oferece as bases para a criação do “direito posto” elaborado e aplicado pelo Estado. O “direito posto” apresenta um grau de autonomia com relação ao direito pressuposto e constitui um instrumento necessário para o funcionamento do



sistema econômico.

O doutrinador aponta as convergências nas definições acima : a) a relatividade histórica do direito: a definição do direito não pode ser válida para toda a humanidade e para todos os tempos; b) o direito como dever social: o direito é composto de normas que regulamentam o comportamento das pessoas na sociedade. O direito é um conjunto de regras que indicam aquilo que devemos (ou não devemos) fazer. Em outras palavras, o direito estabelece sempre um dever ser, uma série de mandamentos que devem ser seguidos pelos destinatários; e c) direito e coerção: a aplicação do direito depende da imposição de penalidades. Os indivíduos, a comunidade e o próprio Estado devem respeitar os mandamentos incluídos nas normas jurídicas, existindo mecanismos de coerção dos transgressores. O direito é, então, um dever ser, cuja aplicação é garantida pela ameaça de penalidades, aplicáveis pelas autoridades estatais.

A partir dessa análise, Dimitri Dimoulis define o “Direito” (no sentido do direito objetivo) das sociedades modernas como sendo “um conjunto de normas que objetiva regulamentar o comportamento social” e atribui a essas normas seis características:

- a) são criadas, aplicadas, modificadas e extintas por autoridades que possuem a competência para tanto;
- b) são escritas e veiculadas em publicações oficiais a cargo do Estado;
- c) objetivam a manutenção da estrutura social, mesmo se, muitas vezes, promovem interesses dos mais fracos;
- d) são, geralmente, respeitadas nas relações sociais, possuindo um grau satisfatório de eficácia social;
- e) sua eficácia social é garantida pela ameaça de coação, ou seja, por meio da possível imposição de sanções; e
- f) são reconhecidas como vinculantes pela maioria da população que acredita na legitimidade do direito estatal.

Miguel Reale define “Direito”, ainda que de forma incompleta:

Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas como regra ou comando, concebeu-o antes como “realização de convivência ordenada”.

E completa :

No mundo moderno, outros pensadores renovaram o assunto como, por exemplo, Grócio, que foi o consolidador do Direito Internacional e, depois, Leibniz, que, além de



grande matemático, cientista e filósofo, deixou escritos notáveis sobre problemas jurídicos. No mundo contemporâneo, especialmente a partir das últimas décadas do século XIX, é que o conceito voltou a adquirir nova profundidade, prevalecendo como critério distintivo fundamental, como resulta da doutrina de Rudolf Stammler sobre o Direito como “forma de querer entrelaçante, heterônomo e inviolável”.

Segundo Maria Helena Diniz:

Não é da alçada do jurista elaborar o conceito geral ou essencial do direito, porém ante o princípio metódico da divisão do trabalho, é imprescindível a decomposição analítica do direito, que é objeto de várias ciências.

Destacados tantos conceitos e opiniões diferentes, conclui-se, sem uma definição do conceito de “Direito”, com o ensinamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

A ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e da previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente.

### **III- ÉTICA**

#### **III.I- CONCEITUAÇÃO**

Os estudos histórico e etimológico do termo “ética” revelam que éthos está revestido de ambiguidade: éthos (grego, singular) é o hábito ou comportamento pessoal, decorrente da natureza ou das convenções sociais ou da educação; éthe (grego, plural) é o conjunto de hábitos ou comportamentos de grupos ou de uma coletividade, podendo corresponder aos próprios costumes.

A ética corresponde ao exercício social de reciprocidade, respeito e responsabilidade. A ética, enquanto exercício de humanidade, nos confirma em nossa condição de seres produtores de valores. Compreender e dispor-se à intersubjetividade é um traço fundamental da ética.

A análise da ética demanda do agente: a) conduta livre e autônoma: a origem do ato ou da conduta parte da livre consciência do agente; b) conduta dirigida pela convicção pessoal: a decisão deve ser individual; e c) conduta insuscetível de coerção: a conduta só é feita eticamente se por livre convencimento do agente dentro das regras e costumes sociais.

Nesse sentido, define Miguel Reale:





A imperatividade de uma norma ética, ou seu dever ser não exclui, por conseguinte, mas antes pressupõe a liberdade daqueles a que ela se destina. É essa correlação essencial entre o dever e a liberdade que caracteriza o mundo ético, que é o mundo do dever ser, distinto do mundo do ser, onde não há deveres a cumprir, mas previsões que têm que ser confirmadas para continuarem sendo válidas.

Um bom critério para distinguir ação moral das demais, aponta Eduardo Bittar, é considerar que a ética tem relação com a solução de conflitos intrasubjetivos e intersubjetivos. Tomando o sujeito perante si e, ao mesmo tempo, perante outro, os conflitos surgidos podem ser gerenciados eticamente.

Os conceitos que definem “ética” são normalmente sujeitos à ambiguidade, à vaguidão, à valoração. Os conceitos fluidos e indetermináveis de modo único e absoluto são o núcleo dos estudos éticos. Como parte das ciências humanas a ética decorre da variedade dos aspectos humanos contidos nos valores subjetivos e sociais.

O espaço dos conceitos fluidos e indetermináveis (bom, justo, correto, etc.) é o espaço necessário para que os indivíduos, ante a ação e a prática, deliberem com liberdade (caso a caso, conforme suas histórias de vida, conforme seus padrões morais, etc.) o que é bom ou mau, certo ou errado, justo ou injusto, etc. Na ação mora o fim de toda ética.

Em todas as correntes e orientações éticas reside uma constante preocupação: orientar a conduta humana para “o melhor”.

Todavia, o que seria “o melhor” varia de acordo com inúmeras valorações e tendências, não havendo como existir uma forma única e homogênea de se pautar a conduta ética. A expressão “o melhor” (áriston, para o grego) é semanticamente aberta, de modo a determinar entendimentos diversos quanto ao que seja realmente “o melhor”.

### **III.II- O DIREITO E A ÉTICA**

Inicia-se esse estudo da relação entre o “Direito” e a “Ética” com as ponderações de Hart:

No sólo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales.

Complementa Ross:

El problema de la relación entre el derecho y la moral no puede ser planteado como si se tratara de una comparación entre dos sistemas de normas análogos. En lugar de ello, hay que mostrar cómo está relacionado el sistema institucional del derecho con las actitudes morales individuales que predominan en la comunidad jurídica. Es obvio



que tiene que haber um grado considerable de armonía entre uno y otras. Porque uno y otras están arraigados en valoraciones fundamentales comunes, en la tradición de cultura de la comunidad. El orden jurídico y las actitudes morales se hallan también em relación de cooperación recíproca. Las instituciones del derecho constituyen uno de los factores del medio ambiente que conforman las actitudes morales individuales. Las últimas, a su vez, son parte de los factores prácticos que, a través de la conciencia jurídica morale, contribuyen a conformar la evolución del derecho.

Destaca Miguel Reale:

O mais notável dos estudiosos desta matéria foi o jurista alemão Thomasius, que escreveu a sua obra mais importante entre 1700 e 1705. Esse mestre, que gozava da admiração de outro grande vulto da época, Wilhelm Leibniz, voltou a sua atenção para o problema, procurando apresentar uma diferenciação prática entre o Direito e a Moral, de maneira a tutela a liberdade de pensamento e de consciência, com uma delimitação entre o que chamou “foro íntimo” e “foro externo”.

O Direito, dizia ele, só deve cuidar da ação humana depois de exteriorizada; a Moral, ao contrário, diz respeito àquilo que se processa no plano da consciência. Enquanto uma ação se desenrola no foro íntimo, ninguém pode interferir e obrigar a fazer ou deixar de fazer. O Direito, por conseguinte, rege as ações exteriores do homem, ao passo que as ações íntimas pertencem ao domínio especial da Moral. A Moral e o Direito ficavam assim totalmente separados, sem possibilidade de invasão recíproca nos seus campos, de maneira que a liberdade de pensamento e de consciência recebia, através da doutrina engenhosa, uma tutela necessária.

Criticando referido pensamento, analisa o doutrinador:

Em primeiro lugar, não é possível separar a ação dos homens em dois campos estanques. Ela é sempre una e concreta, embora possa ser examinada em dois momentos, sem se decompor, propriamente, em parte. Por outro lado, se é certo que o Direito só aprecia a ação enquanto projetada no plano social, não é menos certo que o jurista deve apreciar o mundo das intenções.

(...)

Deve-se, todavia, observar que a doutrina da “exterioridade do Direito” contém um elemento de verdade, no sentido de que pressupõe um fato inegável, por nós já salientado, isto é, que o Direito jamais cuida do homem isolado, em si e de per si, mas sim do homem enquanto membro da comunidade, em suas relações “intersubjetivas”, até mesmo quando o que se quer tutelar é a subjetividade individual.

Após outras considerações, Miguel Reale divide a Ética em três campos distintos, a moral, o direito e o costume. Os três campos possuem em comum a característica da bilateralidade. Todavia, somente o direito e o costume possuem a característica da heteronomia - validade objetiva que se põe acima das pretensões dos sujeitos em uma relação -, sendo que somente o direito possui, além das duas características, a coercibilidade - direito é a ordenação coercível da conduta humana - e a atributividade - surge quando o costume se converte em norma jurídica consuetudinária.



Segundo ele, as normas jurídicas distinguem-se das normas morais, como dito acima, sobretudo em função da imperatividade que as caracterizam. As normas morais possuem autonomia com relação ao direito e vice-versa, o que não significa dizer que não possuam influências. De maneira fundamental, a relação entre direito e ética, entre normas jurídicas e normas morais, é estreita, não obstante se possam identificar nitidamente as diferenças que se marcam entre eles.

O direito imoral, apesar de contrariar a sociedade, ainda assim é um direito exigível, que obriga, que deve ser cumprido. Assim, o direito imoral é tão válido quanto o direito moral. Este último, no entanto, é mais desejável, pois em sua base de formação se encontra o consentimento popular, ou seja, o conjunto de balizas morais de uma sociedade.

Sobre o tema, fundamental transcrever as lições de Ross:

Quando la palabra “moral” es usada para designar aquellas normas de conducta que son aprobadas por el individuo en su conciencia, no es posible hablar de “la moral” como fenómeno objetivo de la misma forma en que es posible hablar de “el derecho”. Cuando em el uso corriente del lenguaje se habla de “la moral” como si fuera um sistema objetivo de normas análogo a “el derecho”, se paga tributo a una interpretación metafísica de la conciencia en tanto que revelación de principios a priori, autoevidentes, de la razón.

Destaca-se, ainda, os ensinamentos de Eduardo Bittar:

Pode-se concluir que o fundamento ético do Direito advém da responsabilidade social sobre o outro, decorrente da própria condição humana. O dasein (estar-no-mundo) heideggeriano é o liame que determina a identidade de compartilhar a dimensão da condição de homem no mundo, e, exatamente por isso, o fundamento ético para que as liberdades convivam quando se principiam a atritar. Esta ética existencial da responsabilidade é o que permite explicar o porquê do Direito intervir nas relações sociais.

Entende, no mesmo sentido, Ross:

El derecho y la moral difieren considerablemente em cuanto a sus efectos en la vida social. Puesto que el derecho es un fenómeno social, un orden integrado común que busca el monopolio de la fuerza, es siempre un orden para la creación de una comunidad para el mantenimiento de la paz. En cierto sentido puede decirse que el propósito del derecho es la paz, en la medida en que todo orden jurídico, cualquiera sea su contenido, es productor de paz, aunque no sea más que la paz de la prisión. La moral, por su parte, es um fenómeno individual y con la misma facilidad puede arrastrar a los hombres al conflicto o a unirlos. Las ideas morales encontradas pueden ciertamente constituir una fuente de discordia del tipo más profundo, más peligroso y menos controlable.

Consoante ensina Dimitri Dimoulis, há cinco teses sobre a relação entre direito e moral:



Destaca-se, nesse passo, os ensinamentos de Miguel Reale sobre a teoria do mínimo ético:

A teoria do “mínimo ético” consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.

Assim sendo, o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas.

A teoria do “mínimo ético” pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico”.

Criticando referida teoria, complementa Miguel Reale:

Começemos por observar que fora da Moral existe o “imoral”, mas existe também o que é apenas “amoral”, ou indiferente à Moral. Uma regra de trânsito, como, por exemplo, aquela que exige que os veículos obedeçam à mão direita, é uma norma jurídica. Se amanhã, o legislador, obedecendo a imperativos técnicos, optar pela mão esquerda, poderá essa decisão influir no campo moral? Evidentemente que não.

(...)

Há, portanto, um campo da Moral que não se confunde com o campo jurídico. O Direito, infelizmente, tutela muita coisa que não é moral. Embora possa provocar nossa revolta, tal fato não pode ficar no esquecimento. Muitas relações amorais ou imorais realizam-se à sombra da lei, crescendo e se desenvolvendo sem meios de obstá-las. Existe, porém, o desejo incoercível de que o Direito tutele só o lícito moral”, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, apesar de todas as providências cabíveis, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo Direito.

Há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações - de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes, - a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral.

A solução para conflitos oriundos do desentendimento humano pode dar-se ou por força da ética ou por força do direito. É certo que o direito intervém para pacificar relações humanas, inclusive com recurso à sanção, tendo em vista a inabilidade humana para lidar com soluções éticas para conflitos.

A solução jurídica dada a um caso, em regra, pressupõe julgamento por terceiro e imposição de uma vontade / decisão.



Representa a solução ética o avesso desta, pois pressupõe que a decisão se origine das próprias partes envolvidas, o que se alcança com consenso e sensatez, dispensando-se a autoridade. A solução ética é aquela que se extrai de forma pacífica entre as partes, pela real disposição de, por meios informais, alcançar a plenitude do meio-termo necessário para dar fim a uma pendência interpessoal.

Conclui-se com a sábia colocação de Hart:

Las teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación del derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir, em último término, uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos. Estas son por lo menos tan importantes como las semejanzas y convergencias que también podemos hallar. Así, la afirmación de que “una norma jurídica injusta no es una norma jurídica”, suena tanto exageración y a paradoja, si no a falsedad, como “las leyes no son derecho”, o “el derecho constitucional no es derecho”. Es peculiar de la oscilación entre extremos, que caracteriza a la historia de la teoría jurídica, que aquellos que han visto em la estrecha asimilación entre el derecho y la moral nada más que una inferencia equivocada del hecho de que uno y otra comparten um vocabulario común de derechos y deberes, hayan protestado contra ello em términos igualmente exagerados y paradójicos. “Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que entiendo por derecho”.

## **IV - JUSTIÇA OU A QUESTÃO DA JUSTIÇA**

### **IV.I - DEFINIÇÃO**

Dispõe o artigo 133 da Constituição Federal do Brasil:

O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei.

Mas, afinal, o que é “justiça”?

Ensina Hans Kelsen:

A justiça é uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos. Em primeiro lugar, de um indivíduo. Diz-se que um indivíduo, especialmente um legislador ou um juiz, é justo ou injusto. Neste sentido, a justiça é representada como uma virtude dos indivíduos. Como todas as virtudes, também a virtude da justiça é uma qualidade moral; e, nessa medida, a justiça pertence ao domínio da moral.

Mas a qualidade ou a virtude da justiça atribuída a um indivíduo exterioriza-se na sua conduta: na sua conduta em face dos outros indivíduos, isto é, na sua conduta social. A conduta social de um indivíduo é justa quando corresponde a uma norma que prescreve essa conduta, isto é, que a põe como devida e, assim, constitui o valor justiça. A conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve



uma determinada conduta. A justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. Podemos designar esta norma como norma da justiça. Como as normas da moral são normas sociais, isto é, normas que regulam a conduta de indivíduos em face de outros indivíduos, a norma da justiça é uma norma moral; e, assim, também sob este aspecto o conceito da justiça se enquadra no conceito da moral.

(...)

A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. A conduta, que é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser. O resultado é um juízo exprimido que a conduta é tal como – segundo a norma de justiça – dever ser, isto é, que a conduta é valiosa, tem um valor de justiça positivo, ou que a conduta não é como – segundo a norma de justiça – deveria ser, porque é o contrário do que deveria ser, isto é, que a conduta é desvaliosa, tem um valor de justiça negativo. Objeto da apreciação ou valoração, é um fato da ordem do ser. Somente um fato da ordem do ser pode, quando confrontado com uma norma, ser julgado como valioso ou desvalioso, pode ter um valor positivo ou negativo. Por outras palavras: o que é avaliado, o que pode ser valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo é a realidade.

Os doutrinadores indicam que há mais de dez formas de definição da justiça. Diante dessa dificuldade de conceituação, alguns autores consideram impossível especificar o conteúdo da justiça.

Segundo os ensinamentos de Dimitri Dimoulis, pode-se definir justiça como a determinação dos direitos e deveres que devem reger as relações entre os membros de uma comunidade. Mas a determinação desses direitos e deveres pressupõe a existência de critérios do que é justo.

Nesse sentido, há três correntes de pensamento: a) os partidários da justiça absoluta: vislumbram alguns valores fundamentais que indicam o justo. Estes valores vigoram em todo tempo e em toda sociedade; coincidem com os mandamentos do direito natural e devem nortear a vida social; b) os partidários do historicismo consideram que, apesar da contínua mudança das mentalidades e dos valores sociais no decorrer do tempo, a maioria dos membros de cada sociedade aceita certos valores que devem servir como critério para a determinação das condutas justas; c) os partidários do relativismo insistem na impossibilidade de identificar os valores “justos”. Cada pessoa possui seu senso de justiça, sendo impossível avaliar qual deles é o “melhor” ou o “certo”.

Com exceção da primeira corrente, que não encontra adeptos na atualidade, as demais correntes concordam que os valores da justiça dependem de três fatores: tempo, espaço e social.

Essa constatação indica o paradoxo da justiça. O conceito apresenta-se como absoluto, impondo-se a todos e inclusive ao legislador. Mas, ao mesmo tempo, é um conceito



relativo, que varia conforme a época, o lugar e a opinião das pessoas.

Nesse ponto, destaca-se o entendimento de Dimitri Dimoulis:

Se algo pode ser considerado justo e injusto dependendo do momento histórico e das características de um sistema social, a justiça torna-se vazia, relevando que é impossível definir ou avaliar o direito por meio da justiça. A justiça só serve para avaliar determinada decisão ou conduta se ajusta ao próprio sistema jurídico que, por sua vez, deve ajustar-se à situação social.

Sobre a questão, fundamental destacar novamente o entendimento de Hans Kelsen, em outra obra:

A aspiração da justiça é – encarada psicologicamente – a eterna aspiração da felicidade, que o homem não pode encontrar sozinho e, para tanto, procura-se na sociedade. A felicidade social é denominada “justiça” (...) é impossível determinar a essência da idéia ou da coisa-em-si, também no conhecimento científico, isto é racional, dirigido à experiência, é impossível responder, por essa mesma via, à pergunta “em que consiste a justiça?”

Todas as experiências semelhantes, até hoje, só levaram a fórmulas completamente vazias, tais como: “Faze o bem e evita o mal”, “A cada um o que é seu”, “No meio está a virtude” e assim até o “imperativo categórico” é totalmente sem conteúdo.

(...)

Justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este só se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele.

Por fim, importante ressaltar que a justiça é um valioso ideal, pelo qual as pessoas lutam. Mas a justiça é “só” isso: um ideal abstrato, fluido e mutável. A “Justiça” não possui textos que a definam, nem há autoridades que possam falar em nome da justiça. A justiça é de todos e de ninguém. É um ideal que nunca será atingido pelo direito positivo, como mostra o filósofo Jacques Derrida, reiterando teses de Hans Kelsen sobre a justiça como um “sonho” da humanidade.

## **IV.II - O DIREITO E A JUSTIÇA**

O termo “Direito” vincula-se etimologicamente com o reto (“direito”), o correto, o adequado (do latim: directum). Em paralelo, o termo “Justiça” (do latim: justitia) se relaciona diretamente com o direito (em latim: jus). Essa vinculação entre o direito (ius) e a justiça está clara em vários termos atualmente utilizados em português: juiz, jurídico, jurisdição, jurista, dentre outros.

Ensina Dimitri Dimoulis que a vinculação da justiça com o direito tem uma longa tradição, destacando que Santo Agostinho (354-430 d. C.) indagava em sua obra *De civitate Dei* qual o elemento que distingue um Reino de um bando de criminosos. Santo Agostinho afirmou que o traço peculiar dos Reinos é a busca e a realização da



justiça: sem justiça o poder estatal torna-se um bando de criminosos. Essa resposta foi adotada pelos juristas na Idade Média, que repetiam o brocardo: *justicia fundamentum regnorum* (a justiça é o fundamento dos reinos) e continua presente em obras apologéticas.

Citando os ensinamentos de Aristóteles e de outros filósofos sobre a diferenciação entre “Direito” e “Justiça”, destaca Miguel Reale:

A propósito da virtude da Justiça, afirmava que ela se diferencia das outras por ser *proportio ad alterum*, uma virtude objetiva, porquanto sempre implica a relação de dois sujeitos. É própria do Direito essa nota de “alteridade”. *Alteritas*, de *alter*, outro, é uma expressão bastante significativa. O Direito é sempre “alteridade” e se realiza sempre através de dois ou mais indivíduos, segundo proporção. Falava Tomás de Aquino em *alteritas*, que, segundo Del Vecchio, corresponde, exatamente, à moderna palavra “bilateralidade”.

Entende Hans Kelsen:

Para ser “direito”, ensina-se, deve a ordem positiva estatal ter alguma participação na justiça, seja realizando um mínimo ético, mesmo que se trate de uma tentativa, seja – embora de modo insuficiente – um direito justo; para ser um “direito”, o direito positivo deve corresponder, de algum modo, mesmo que modesto, à idéia de direito. Sobre a mesma questão, ensina Hart:

Hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos: es la mismo tiempo una virtud especialmente adecuada al derecho y la más jurídica de las virtudes. Hablamos de “justicia de acuerdo con el derecho”, y también de la justicia o injusticia de las normas de derecho.

Várias definições de “Direito”, já transcritas anteriormente, incluem a questão da justiça ou do justo, tais como:

- Aristóteles: segundo esse filósofo, o Estado define o que é direito, devendo empregar o critério da justiça. O direito é justo quando protege os interesses gerais da sociedade e, em particular, quando trata de maneira igual as pessoas que se encontram em situação igual. Há duas formas de igualdade. A igualdade aritmética e a igualdade geométrica. A primeira exprime a justiça comutativa (ou sinalagmática); a segunda a justiça distributiva (ou atributiva).

Na ótica de Aristóteles, o direito se confunde com a justiça. Mas, por haver duas formas de justiça, deve ser decidido em cada caso se se aplica a justiça comutativa ou a distributiva, sendo os resultados muito diferentes;

- Platão: em sua visão o direito consiste na busca de justiça, ou seja, é definido como regra que indica o justo. O princípio fundamental é dar a cada um aquilo que ele merece. Direito significa, então, dar a cada um aquilo que corresponde à sua natureza e função na sociedade;





- Celso: o direito vincula-se à busca pela justiça (o bem e o justo), isto é, aos princípios que permitem ordenar corretamente a sociedade. Podemos dizer que em sua visão a finalidade do direito é a realização da justiça, mas para tanto existem inúmeros caminhos;

- Immanuel Kant: a diferença entre a moral e o direito está no fato de que o direito ameaça com coação em caso de descumprimento da norma e não se interessa pelos motivos da ação dos indivíduos, mas somente pelos seus resultados; e

- Robert Alexy: considera que o direito está estritamente vinculado aos preceitos morais vigentes em determinada sociedade. Em outras palavras, o direito não possui somente uma “dimensão real” (normas criadas pelo legislador). Possui também uma “dimensão ideal” que lhe dá sentido enquanto conjunto de normas que objetivam satisfazer as exigências da justiça.

Problematiza a questão sobre a relação entre o Direito e a Justiça o doutrinador Dimitri Dimoulis:

Coloca-se aqui o problema da definição objetiva da justiça. Se perguntarmos os legisladores e a maioria dos aplicadores do direito, assim como os juristas apologetas, todos dirão que as leis são “justas” e a justiça constitui finalidade dos processos legais e do sistema jurídico em geral. Mas essas afirmações são vazias enquanto não há critérios objetivos para comprovar o caráter justo de uma decisão.

(...)

O exame de vários aspectos da problemática da justiça em sua relação com o direito positivo conduziu-nos a resultados negativos. O conceito da justiça é extremamente controvertido e não parece possível dar uma definição que permita operacionalizá-la para avaliar o caráter justo ou injusto do direito em vigor. Diante dessa situação, a persistência da doutrina em reivindicar a vinculação do direito positivo com a justiça revela-se como tentativa para legitimar ou deslegitimar determinados regulamentos mediante o apelo emocional à justiça.

Ainda tratando dos dois temas, Direito e Justiça, diferencia-os Marcus Cláudio Acquaviva:

É necessário compreender que o direito subjetivo é uma faculdade ou um poder moral essencialmente vinculado ao justo objetivo, e depende deste. É indispensável ter presente que no Estado não reside a fonte única das normas de direito, pois há na sociedade política, em correlação com os grupos ou corpos intermediários que a constituem, uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. Ora, o justo objetivo é inerente à ordem natural, por isso a lei só é justa se conforme a essa mesma ordem. E os direitos subjetivos fundam-se na própria natureza humana, na dignidade pessoal do homem, na liberdade do ser racional, no seu destino transcendente e eterno. Conseqüentemente só poderá haver Estado de Direito desde que haja respeito ao direito natural, respeito à ordem superior, à vontade dos detentores do poder e dos que fazem a lei. Então, o Estado de Direito, na plenitude do seu significado, será um Estado de Justiça.

Complementa Miguel Reale ao explicar que “certo é que toda norma enuncia algo que “deve ser”, em virtude de ter sido reconhecido um valor como razão determinante de



um comportamento declarado obrigatório. Há, pois, em toda regra um “juízo de valor””.

Ainda sobre a questão da análise das normas sob o enfoque da justiça, ensina Hans Kelsen:

Isto parece estar em contradição com o fato de a justiça – assim como a injustiça – ser também afirmada como qualidade de normas, com o fato de também as normas serem apreciadas como boas ou más, justas ou injustas, quando falamos de um direito positivo bom ou mau, justo ou injusto. Parece, com efeito, que ao proceder assim comparamos as normas do direito positivo com uma norma de justiça, que, portanto, avaliamos uma norma através de outra norma e, por essa via, elaboramos um juízo segundo o qual a norma do direito positivo é justa quando corresponde à norma de justiça – na medida em que estatui o que a norma de justiça prescreve – ou segundo o qual ela é injusta quando não corresponde à norma de justiça – na medida em que estatui o contrário do que a norma de justiça prescreve.

(...)

É sobretudo do ponto de vista da doutrina do direito natural, por força da qual o direito positivo apenas é válido quando corresponde ao direito natural constitutivo de um valor de justiça absoluto, que se opera um juízo de apreciação do direito positivo como justo ou injusto. Se pressupomos um tal direito natural, então uma norma do direito positivo que o contradiga não pode ser considerada válida. Somente podem valer as normas do direito positivo que estejam de acordo com o direito natural. E, se a norma de um direito positivo vale apenas na medida em que corresponde ao direito natural, então o que vale na norma do direito positivo é apenas o direito natural. É esta efetivamente a consequência da doutrina jusnaturalista que, ao lado ou por cima do direito positivo, afirma a validade de um direito natural e, ao proceder assim, vê neste direito natural o fundamento de validade do direito positivo. Isto, porém, significa que, de acordo com esta teoria, só o direito natural pode, na verdade, ser considerado válido, e não o direito positivo como tal. E, em outra obra, arremata referido doutrinador, “deve-se entender “justo” e “injusto” por consoante ou contrariamente ao direito, no sentido do que está em acordo ou em desacordo com uma ordem jurídica positiva”.

Partindo da premissa, entende Miguel Reale:

A lei pode ser injusta e iníqua mas, enquanto não for revogada, ou não cair em manifesto desuso, obriga e se impõe contra a nossa vontade, o que não impede que se deva procurar neutralizar ou atenuar os efeitos do “direito injusto”.

Finaliza-se com as considerações de Dimitri Dimoulis:

Afirma-se que “ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, mas fazer justiça” (Coelho, 2004, p. 388). Temos aqui uma clara expressão do conflito entre o direito e a justiça. Mas antes de perguntar se está correto pedir ao juiz não aplicar “a lei”, devemos saber como se define a “justiça”.

(...)

Mas as pessoas não concordam sobre seu conteúdo. Os estudiosos indicam que há mais de dez modos de definição da justiça, e um recente estudo analisou o problema



da justiça a partir de oito perspectivas totalmente diferentes.

Diante dessas dificuldades, alguns autores consideram impossível especificar o conteúdo da justiça e limitam-se ao uso de uma retórica vazia: a justiça seria a “forma jurídica do amor” (Mastronardi, 2001, p. 270), um “valor” sem definição do seu conteúdo (Coelho, 2004, p. 389-397).

Uma outra proposta é definir a justiça como a determinação dos direitos e deveres que devem reger as relações entre os membros de uma comunidade (Koller, 1997, p. 295). Mas a determinação desses direitos e deveres pressupõe a existência de critérios de justiça, que devem, por sua vez, decorrer de valores aceitos como “justos”. Como encontrá-los?

(...)

Por essas razões, podemos concluir que a vinculação do direito à justiça constitui uma opção ideológica que objetiva fortalecer ou enfraquecer a legitimidade do direito positivo, avaliando-o em termos de justiça, que, por ser um conceito emocionalmente forte, pode mobilizar a opinião pública a favor ou contra determinados regulamentos.

(...)

Isso significa que os operadores e estudiosos devem analisar o direito na sua realidade, tentando entender suas funções sociais: “O direito como ele é, é expressão dos mais fortes não dos mais justos” (Bobbio, 1991, p. 67).

## **V - CONCLUSÃO: DIREITO, ÉTICA E A JUSTIÇA**

Como demonstrado no presente trabalho, não há convergência doutrinária sobre a definição ou a conceituação de “Direito”, “Ética” ou a “Justiça”, muito menos sobre a interação entre eles.

É clara a necessidade de se questionar acerca do posicionamento da moral, da justiça e do direito. Isso porque se todo direito deve possuir conteúdo moral, e tem seu surgimento da moral, parece decorrência lógica que a justiça seja definida a partir dessa pertinência.

Ensina Hart sobre a interferência ou confluência dos três campos no decorrer da história:

El derecho es entendido mejor como una “rama” de la moral o de la justicia y que es su congruencia con los principios de moral o justicia, y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas, lo que hace a su “essencia”. Esta es la doctrina característica no sólo de las teorías escolásticas del derecho natural sino de cierta teoría jurídica contemporánea que critica al “positivismo” jurídico heredado de Austin.

Complementa-se com a visão de Ross:

Hay diferencias típicas que traen como resultado que sea difícil hacer una comparación real entre el derecho y la moral. Las reglas jurídicas tienden a quedar fijadas en conceptos dirigidos a alcanzar certeza y objetividad em la administración de justicia. Éste es un aspecto de la idea de justicia. Pero las actitudes morales resultan de la



reacção del individuo en situaciones concretas.

Para Hans Kelsen, a diferenciação entre os campos da moralidade e da juridicidade decorre de uma preocupação excessiva com a autonomia da ciência jurídica. Argumenta Kelsen que, se se está diante de um determinado direito positivo, deve-se dizer que este pode ser um direito moral ou imoral. É certo que se prefere o direito moral ao imoral, porém, há de se reconhecer que ambos são vinculativos da conduta.

Finaliza-se, sem pretender esgotar um assunto certamente inesgotável, com os ensinamentos de Eduardo Bittar:

Em poucas palavras, um direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça, nem por isso deixa de ser válido. Então, o direito positivo é o direito posto (positum – posto e positivo) pela autoridade do legislador, dotado de validade, por obedecer a condições formais para tanto, pertencente a um determinado sistema jurídico. O direito não precisa respeitar um mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do direito, para ser garantida em sua construção, não requer nada além do valor jurídico. Então, direito e moral se separam. Assim, é válida a ordem jurídica ainda que contrarie os alicerces morais. Validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos, portanto (uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta).

O que de fato ocorre é que Kelsen quer expurgar do interior da teoria jurídica a preocupação com o que é justo e o que é injusto. Mesmo porque, o valor da justiça é relativo, e não há concordância entre os teóricos e entre os povos e civilizações de qual o definitivo conceito de justiça. Discutir sobre a justiça, para Kelsen, é tarefa da ética, ciência que se ocupa de estudar não normas jurídicas, mas sim normas morais, e que, portanto, se incumbe da missão de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto. E muitas são as formas com as quais se concebem o justo e o injusto, o que abeira este estudo do terreno das investigações inconclusivas. Enfim, o que é justiça?

## **VI - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Teoria Geral do Estado. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. Curso de Ética Jurídica. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FERRAZ, Tercio Sampaio Junior. Introdução ao Estudo do Direito. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

HART, H. L. A. El Concepto de Derecho. 2ª Edição. Buenos Aires: Editora Abeledo Perrot, 1968.

KELSEN, Hans. A Ilusão da Justiça. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. 5ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Editora óEudeba.

Escrito por HELENA WAITMAN  
helena.waitman@francoadv.com



## SÃO PAULO

55 11 5052.0571  
Alameda dos Maracatins,  
780 | 14º andar | Moema  
São Paulo | SP | CEP 04089-001  
contato@francoadv.com

## PORTO ALEGRE

55 11 3026.4488  
Rua dos Andradas, 1001  
Conj. 1601 | 16º andar | Centro  
Porto Alegre | RS | CEP 90020-015  
contato@francoadv.com

[francoadv.com](http://francoadv.com)

