

**REFLEXÕES SOBRE A JUSTIÇA:** uma análise contemporânea a partir da teoria egológica do direito.

**REFLECTIONS ON JUSTICE:** a contemporary analysis from egological theory of law.

*Clara Cardoso Machado Jaborandy<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O tema da justiça instiga reflexões sob diversos ângulos na filosofia do direito. Concebida por muitos como algo transcendental, a justiça, por muito tempo, ficou afastada do fenômeno jurídico, em razão da carência de uma visão ontológica do mesmo. As transformações do direito contemporâneo exigem mudanças significativas na forma de pensar a justiça. O presente artigo tem por objetivo pensar o relacionamento direito e justiça na atualidade a partir das lições de Carlos Cossio. Para tanto, faz uma breve incursão na teoria egológica do direito a fim de se compreender o pensamento do jusfilósofo argentino. Em seguida, trata da axiologia jurídica proposta por Cossio e sua relação com a justiça. Por fim, sustenta a necessidade de contextualizar a teoria egológica ao processo democrático a fim de se compreender o relacionamento justiça e direito na contemporaneidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça; filosofia do direito; teoria egológica do direito; axiologia jurídica; processo democrático.

## **ABSTRACT**

The theme of justice encourages reflections from many angles in legal philosophy. Conceived by many as something transcendental, justice stayed away from the rule of law for a long time, due to the lack of an ontological view. Transformations of contemporary law requiring significant changes in thinking justice. This article aims to think the relationship between right and justice from the lessons of Carlos Cossio. Therefore, it wages a brief foray into the egological theory of law to understand the thought of the Argentine philosopher. Then comes the legal axiology proposed by Cossio and its relationship with justice. Finally, it supports the need to contextualize egological theory of law to the democratic process in order to understand the relationship between justice and right nowadays.

**KEYWORDS:** Justice; legal philosophy; egological theory of law; legal axiology; democratic process.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Pública na UNIDERP. Professora de Direito Constitucional. Advogada.

# 1 INTRODUÇÃO

Pensar a concepção ideal de justiça não é e nunca será tarefa fácil para filosofia, eis que a justiça guarda em si inúmeros paradoxos da existência humana.

A prática da virtude perfeita aristotélica, o imperativo categórico kantiano, as exigências de equidade de Rawls, o princípio de responsabilidade de Hans Jonas, são apenas algumas das várias perspectivas da justiça construídas ao longo da história<sup>2</sup>.

Por certo, cada versão da justiça constitui uma resposta a desafios históricos e intelectuais de todos os que se propõem a esta instigante reflexão. Como o conhecimento filosófico reflexivo não admite um fechamento semântico o conceito de justiça sempre será polissêmico e dependerá das contingências e dos valores de cada sociedade. Dito de outro modo, como todo sentido é fruto de uma historicidade, a ideia de justiça não pode se afastar desta realidade.

O relacionamento justiça e direito também ganhou contornos diversos, admitindo, por vezes, uma enorme aproximação (justiça como finalidade do direito), assumindo, em outras oportunidades, total desvinculação, com base no distanciamento entre direito e moral (justiça como qualidade moral).

A liquidez de valores da sociedade pós-moderna<sup>3</sup>, bem como as nuances do processo democrático, assinalam a necessidade de repensar o imbricamento existente entre direito e justiça, a fim de dar continuidade aos avanços ocorridos ao longo da história, a exemplo das conquistas dos direitos humanos, a redemocratização das sociedades, a inserção de uma carga axiológica nas Constituições, etc.

Como a justiça envolve uma qualidade da conduta humana que consiste no tratamento dado a outros homens, faz-se necessária uma abordagem ontológica do direito. Para tanto, foi utilizada a teoria egológica do direito do jusfilósofo argentino Carlos Cossio, seguida no Brasil, dentre outros, por Antonio Luiz Machado Neto, Marília Muricy, Arnaldo Vasconcelos.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2002; KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: *Os pensadores*. Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980; RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Tradução: Claudia Nerliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003; JONAS, Hans. **O Princípio de Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.

<sup>3</sup> A ideia de liquidez é retirada do pensamento de Zygmunt Bauman (2010, p. 13), para quem “se o fundir a fim de solidificar era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a “perpétua conversão em líquido”, ou o “estado permanente de liquidez”, é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes.

O intuito deste artigo é demonstrar, a partir da teoria egológica, que não há como abstrair a questão da justiça da compreensão do fenômeno jurídico. A partir daí, pretende-se delinear uma visão de justiça que se coadune com as exigências do processo democrático contemporâneo.

## 2 BREVES INCURSÕES NA TEORIA EGOLÓGICA DO DIREITO

*“La teoría egológica no cree que pueda hacerse con provecho una filosofía sobre el Derecho a secas”* (Carlos Cossio, 1964)

Carlos Cossio (1903-1987), jusfilósofo argentino do século XX, conhecido pela teoria egológica do direito, é um dos grandes responsáveis pela ruptura da tendência histórica de polarizar a discussão da filosofia do direito entre jusnaturalismo e positivismo, ao realizar o estudo da ciência jurídica através da lente da epistemologia.

A partir de uma reflexão ontológica, influenciado pela fenomenologia da existência de Husserl<sup>4</sup> (teoria dos objetos) e de Heidegger (tempo existencial), a lógica formal de Kelsen e a lógica transcendental de Kant, o filósofo argentino rompe com a perspectiva tradicionalista exegética do direito, enquanto norma jurídica, e desenvolve sua teoria egológica, compreendendo o direito enquanto estrutura da própria existência humana, liberdade.

As noções da fenomenologia existencial de Husserl aplicadas à experiência jurídica fizeram com que Cossio analisasse as quatro regiões ônticas da teoria dos objetos: a) objetos ideais, que são neutros de valor, irrealis, fundados em juízos apodícticos e conhecidos através da intelecção, do método racional dedutivo; b) objetos naturais, neutros de valor, reais, apreendidos por explicação, por meio do método empírico-indutivo; c) objetos culturais, frutos da experiência, submetidos a uma valoração positiva ou negativa do substrato e sentido, conhecidos através da compreensão, do método empírico dialético; d) objetos metafísicos,

---

<sup>4</sup> A fenomenologia da existência de Edmund Husserl é de suma relevância para a teoria egológica pois valoriza o indivíduo enquanto sujeito e objeto de pesquisa, possibilitando o alcance da essência do direito. Consoante Husserl (2006, p. 145): “na orientação fenomenológica direcionemos o olhar para alguns vividos puros, com o intuito de investigá-los, embora, tomados em pureza fenomenológica, os vividos dessa própria investigação, dessa orientação e direcionamento do olhar, devam ao mesmo tempo fazer parte do domínio do que deve ser investigado”.

reais, mas que não se encontram na experiência, apesar de serem passíveis de valoração (COSSIO, 1945 p.19-39).

Quanto aos objetos culturais, tem-se a distinção entre os objetos culturais mundanais e os objetos culturais egológicos. Explica Machado Neto (1958, p. 132):

Mas, nos objetos culturais, Cossio distingue um suporte fático ou substrato e um sentido sustentado por esse suporte, e que é onde reside o caráter valioso ou desvalioso do bem cultural, qualquer que seja ele. Conforme esse suporte seja um objeto físico, como o mármore numa estátua, ou uma conduta humana, como num ato moral, teremos os objetos culturais divididos em mundanais e egológicos, respectivamente.

Infere-se, pois, que o direito, por ser um objeto que integra a cultura imaterial é objeto cultural egológico, eis que seu substrato (conduta humana) e o sentido (vivência) são alcançados através da compreensão do próprio sujeito, que age como protagonista na criação do direito.

Direito é o que o homem faz valorativamente, é conduta humana em interferência intersubjetiva. Insere-se na experiência jurídica a noção de bilateralidade, coparticipação, reciprocidade, eis que a relação jurídica é sempre relação sujeito/sujeito. Consoante Carlos Cossio (1948, p.72).

Esta es la bilateralidad o alteridad que define al Derecho, lo que significa que éste implica dos sujetos desarrollando una conducta compartida. Entiéndase bien: no se trata de que un sujeto sea simplemente el destinatario de la acción del otro, como ocurre en la caridad, donde, por tal razón, no hay deberes y derechos en articulación recíproca repartidos entre ambos sujetos. En el Derecho lo compartido es el hacer mismo, de modo que lo que un sujeto hace se integra con lo que le toca hacer al otro. De ahí que habrá derechos para uno frente a los deberes del otro, en perfecta correspondencia.

Como a vida humana é essencialmente liberdade, dever-ser, potência, a experiência jurídica será construída pelo homem no seu tempo, a partir do círculo dialético sentido/substrato interpretado por ele mesmo quando em interferência com outrem. Com clara raiz heideggeriana, todo sentido que egologicamente se atribui à conduta humana é fruto de um “ser-aí histórico social” (HEIDEGGER, 2009).

Vê-se, pois, que Cossio amplia qualitativamente o processo do conhecimento jurídico, antes restrito ao raciocínio normativista puro de Hans Kelsen.

Convém destacar, todavia, que o jusfilósofo argentino não abandona a lógica jurídica formal kelseniana, pois compreende a norma como elemento formal e necessário para o pensamento jurídico.

Machado Neto atesta que a lógica jurídica formal é o “estilo de pensamento próprio do jurista no enfrentar-se com a conduta em interferência intersubjetiva” (1977, p.52). Na

mesma linha de pensamento, Marília Muricy, esclarece que quando se raciocina juridicamente, tem-se em relevo a conduta humana vista sob a mediação da norma, ou seja, o jurista analisa a conduta humana sob o filtro da norma<sup>5</sup>.

Certamente, tal fato aproxima, em alguma medida, a teoria egológica da teoria pura do direito, não obstante as profundas transformações feitas por Cossio no pensamento de Kelsen ao compreender a norma enquanto juízo disjuntivo, ao revalorizar o direito subjetivo, ao introduzir a valoração como elemento da experiência jurídica, etc. Ademais, conforme já registrado, o objeto da ciência jurídica para a teoria egológica não é a norma, mas a conduta humana.

Desta última afirmação é possível observar uma posição oposta da teoria egológica para a teoria pura de Kelsen, para quem a ciência jurídica deve dedicar-se, exclusivamente, ao estudo da norma. Na realidade, a teoria egológica aperfeiçoa a perspectiva kelseniana. Na linha deste raciocínio, ilustra Arnaldo Vasconcelos (2003, p. 72):

Outra colaboração recebida por Kelsen para ampliação e aperfeiçoamento da teoria pura veio de Carlos Cossio, seu mais próximo discípulo sul-americano, ele mesmo autor de uma expressiva Teoria Egológica do Direito, de feição fenomenológica-sociológica. Cossio, ao tempo em que se emparelha ideologicamente com Fritz Sander, discípulo rebelde de Kelsen, marca ele próprio, através dessa postura, sua divergência fundamental com o mestre. Enquanto para Kelsen a ciência jurídica deve dedicar-se ao estudo do Direito entendido exclusivamente como norma, para Cossio a conduta humana em interferência intersubjetiva é que lhe constitui o objeto. Demais, Cossio altera a ordem lógica dos elementos da estrutura normativa idealizada por Kelsen, colocando o juízo do lícito em primeiro plano e o do ilícito, em segundo. Com a alteração, Cossio quis privilegiar o momento jurídico da liberdade, enquanto Kelsen pretendeu destacar a importância ímpar do ilícito como uma única via de acesso ao Direito. Como se pode observar, são posições diametralmente opostas, tendentes a antes a afastar seus defensores, do que a aproximá-los.

Além da lógica jurídica formal, a teoria egológica trabalha com a lógica jurídica transcendental, que vislumbra a norma como conceito, uma estrutura de dever ser, essencialmente dúctil, para integrar-se à realidade. Nas palavras de Machado Neto (1977, p.54) “no plano gnosiológico da lógica transcendental ela é um conceito que pensa a conduta em sua liberdade fenomenizada, em seu dever ser”.

Essa transcendência do juízo normativo, que envolve a questão da liberdade, gera a necessidade de uma estrutura lógica da norma com a flexibilidade necessária para integrá-la à realidade, o que aponta para a natureza dinâmica do conhecimento jurídico.

Reside aí um enorme avanço para ciência do direito, principalmente no campo da interpretação jurídica, eis que a ductibilidade da estrutura normativa permite a atualização do

---

<sup>5</sup> Aula ministrada no âmbito da disciplina Filosofia do Direito no Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia – 2013.1.

sentido conferido à norma a partir do contexto em que ela está inserida. Interpreta-se a conduta através da norma. A norma é ao mesmo tempo sua textualidade e seu significado construído na circularidade dialética substrato/sentido.

O último elemento da experiência jurídica, de suma relevância para a teoria egológica é a axiologia jurídica pura. Por ser um objeto cultural, o direito será compreendido pelo método empírico dialético que é o ir e vir incessante do substrato (conduta humana) ao sentido (vivência) até se considerar satisfeita a compreensão. Para isso, será necessária a valoração, elemento ínsito ao objeto cultural.

Eis, em linhas gerais, e com as escusas pelos riscos nos quais se incorre quando a exposição é sumária, algumas incursões no pensamento de Carlos Cossio que servirão de base para analisar uma de suas apreensões sobre a justiça.

### **3 A JUSTIÇA NA AXIOLOGIA JURÍDICA PURA**

Partindo-se da compreensão de que para Cossio direito é um dado da realidade, ou seja, conduta humana em interferência intersubjetiva, e que se alcança o sentido da conduta humana através da interpretação, a axiologia jurídica pura assume enorme relevância para sua teoria, eis que a conduta, por si só, é resultado de uma valoração. Nas palavras de Carlos Cossio: “a conduta vale em razão da valoração que contém e que transparece na norma que a representa” (COSSIO, 1954, p.80-81).

Através de uma reflexão ontológica, entende-se que a valoração é elemento da própria conduta humana, é o “momento vivo da interpretação” que faz com que o direito alcance sua finalidade (COSSIO, 1956, p.96).

Com base na plenitude lógica do ordenamento jurídico, Cossio (1954) afirma que a axiologia jurídica é totalitária no sentido que não existe fenômeno jurídico que escape ou fique alheio à valoração. Segundo o jusfilósofo “*en la experiencia jurídica, la valoración jurídica se ofrece con la doble característica de ser um contenido necesario, dentro de la estructura normativa y junto con las determinaciones contingentes*” (1954, p. 90)

É a partir da valoração das circunstâncias do caso, de acordo com o ato interpretativo que o direito é constantemente atualizado<sup>6</sup> e que se pode alcançar a justiça, através das decisões judiciais com força de convicção.

Para tanto, a axiologia jurídica pura irá considerar, em primeiro plano, o caráter social da verdadeira justiça sobre a base existencial de que a vida humana é coexistência e, em segundo plano, o caráter racional da verdadeira justiça sobre a base, também existencial, de que a verdade une-se sempre à essência e à existência do ser. (COSSIO, 1964)

A discussão sobre a justiça não ocorre na abstração, mas na forma em que se dá a experiência jurídica. O direito vivido se manifesta em alguma forma de ordem, segurança, poder, paz, cooperação e solidariedade.

O jurista deve recorrer a esses valores e, através do método empírico dialético, percorrer de modo sucessivo o substrato e o sentido até chegar à compreensão do direito.

Como o ato de interpretar é atávico ao ser humano em sua existência, a fundamentação desses valores será determinada pelo intérprete e variará de acordo com sua compreensão e historicidade.

Vê-se, portanto, a influência de Ortega y Gasset<sup>7</sup> no pensamento de Carlos Cossio, pois traduz a ideia de que a circunstância do ser humano é sua liberdade e o mundo que o circunda. Como parte dessa circunstância está integrada pelos demais seres humanos com quem é necessário conviver, surge a circunstância coexistencial em que se insere a análise jurídica aberta à compreensão a partir da experiência de cada homem (COSSIO, 1964)

Há para Cossio a confluência do ser com o dever ser, que conecta o direito ao campo da ética. Pontua Marília Muricy (2006, p. 15):

[...] o simples fato de estarmos vivos, nos põe em contato com o outro, em que nos reconhecemos, que nos confere identidade. E é na reciprocidade do conhecimento mútuo que, simultaneamente, afloram, entrelaçadas, duas indagações. A primeira: o que devemos fazer? A segunda: em que é válido acreditar. Não há, entre eles, dualidade, senão aparente. Pois, se a primeira se refere à ação que deve ser, a segunda indaga sobre a qualidade intrínseca daquilo que deve ser. Aí reside a

---

<sup>6</sup> Consoante Miguel Reale (2002, p. 702): “sendo o Direito um *bem cultural*, nele há sempre uma exigência axiológica atualizando-se na condicionalidade histórica, de maneira que a objetividade do vínculo jurídico está sempre ligada às circunstâncias de cada sociedade, aos processos de opção ou de preferência entre os múltiplos caminhos que, como vimos, se entreabrem no momento de qualquer realização de valores. Põe-se, assim, no âmago da experiência jurídica a problemática do Poder, que procura assegurar por todos os modos, inclusive pela força física, a realização do Direito”.

<sup>7</sup> Jose Ortega y Gasset (1960, p. 96), ao tratar da vida humana circunstancial esclarece: “Que a circunstância nos apresenta sempre diversas possibilidades de fazer, portando: de ser. Isso nos obriga a exercer, queiramos ou não queiramos, a nossa liberdade. Somos livres a força. Graças a isso a vida é permanente encruzilhada e constante perplexidade. Temos de escolher em cada instante se, no instante imediato, ou em outro futuro, vamos ser aquele que faz isto ou aquele que faz outra coisa. Portanto, cada um está escolhendo o seu fazer; portanto: o seu ser, - incessantemente”.

unidade da existência, este ser peculiar que, nas palavras de Cossio, é um “ser que deve ser”; aí, também, desautoriza-se desconectar, do campo ético, a questão da verdade, bem como estabelecer barreira rígida entre esta última e o mundo da vida comum.

Além disto, a questão dos valores jurídicos ideais ganha enorme relevo para Cossio, pois reflete a verdade e a justiça. Das leituras do jusfilósofo argentino fica evidente que na vivência humana com o outro, que é coexistência, sempre haverá um valor de autonomia, que envolve expansão da liberdade, e um valor de heteronomia, que restringe a liberdade. Tais valores devem encontrar um equilíbrio a para alcançar a justiça.

O caráter ontológico essencial da coexistência para a teoria egológica é que em toda coexistência há uma dose de autonomia e uma dose de heteronomia, porque coexistir significa limitar-se reciprocamente.

Apenas a título de exemplo, tem-se que o poder é um valor de heteronomia<sup>8</sup>, que deve ser controlado pela paz, que é valor de autonomia. Coexistindo com a paz, o poder encontra o equilíbrio e não cai no seu desvalor que é a opressão.

Carlos Cossio (1964) assinala que a paz é a coexistência em seu valor de autonomia, enquanto a discórdia é a coexistência em seu desvalor de autonomia. Ocorre que, como a convivência é conflituosa poderá haver discórdia. A alternativa existente na valoração da paz e da discórdia é o poder enquanto valor jurídico heterônomo. O poder dá ao indivíduo um elemento de defesa contra a discórdia, seja exercido diretamente ou por um terceiro.

A segurança, enquanto signo axiológico, é a coexistência em seu valor de autonomia, assim como a insegurança é a coexistência em seu desvalor. Na segurança, minha autonomia e a autonomia alheia se complementam como proteção. Ocorre que por trás do horizonte da segurança, a convivência traz riscos porque os riscos decorrem de sua própria circunstância. Consoante Carlos Cossio (1964), o limite da segurança depende da valoração do caso porque possibilita uma nova alternativa sobre a base de um valor conexo. A alternativa está entre o risco e sua superação. Nesse contexto, surge a ordem enquanto valor jurídico, que se traduz em previsibilidade.

---

<sup>8</sup> Hanna Arendt (1988, p. 18-19) explica que o poder “corresponde à habilidade humana de não apenas agir, mas de agir em uníssono, em comum acordo. O poder jamais é propriedade de um indivíduo; pertence ele a um grupo e existe apenas enquanto o grupo se mantiver unido. Quando dizemos que alguém está “no poder” estamos na realidade nos referindo ao fato de encontrar-se esta pessoa investida de poder, por um certo número de pessoas, para atuar em seu nome. No momento em que o grupo, de onde originara-se o poder (*potestas in populo*, sem um povo ou um grupo não há poder), desaparece, “o seu poder” também desaparece”.

Uma vez existente o risco o valor jurídico ordem permite uma previsão de superação do risco. A ordem faz circular a vida por um procedimento antecipado que permite prever ou se esquivar do risco, assegurando a eficácia de uma defesa. (Cossio, 1964, p. 571)

Tecidas algumas ilustrações dos valores jurídicos de autonomia e de heteronomia (paz e poder; segurança e ordem), compreendidos como raio do plexo axiológico jurídico a partir do axioma ontológico da liberdade, passa-se a análise da justiça que é a referência axiológica que liga todos os valores jurídicos.

Cossio (1964) adverte que a compreensão clássica de justiça (“dar a cada um o que é seu”) não serve para entender a justiça em sua concretude. Na teoria egológica a justiça em encontra seu substrato na própria coexistência, e resulta da realização dos valores jurídicos, ordem ou segurança, poder ou paz, cooperação ou solidariedade.

A justiça funciona como um vetor para valoração jurídica e para racionalização do Direito. Para Cossio (1964) a falha na definição clássica de justiça reside no fato da ausência de referência à justiça enquanto razão suficiente para todos os demais valores.

*La idea egológica del plexo de la justicia, es decir, el descubrimiento de que el problema de la justicia se proyecta y se despliega en un plexo de valores y precisamente en el plexo que acabamos de analizar, no puede ser debidamente sopesada en su importancia dogmática y en sus consecuencias prácticas (...).*  
(COSSIO, 1964, p.613)

Com o intuito de discorrer sobre a justiça enquanto razão suficiente do direito, Cossio relata a construção do sentido histórico de justiça pelos filósofos. Para o jusfilósofo argentino a primeira sistematização dos valores como problema da vida moral foi feita por Platão, ao conceber que a justiça é o fundamento da totalidade ética. Esse papel totalizador da justiça significava simplesmente viver segundo sua consciência. O autor critica esse sentido de justiça por não haver fundamentação e por estar vinculada a ideia de unidade da vida moral. Segundo Cossio (1964, p. 614): “*en su Estado ideal no hay reglas de Derecho; los magistrados son filósofos y resuelven las controversias de acuerdo a los dictados de su sabiduría personal con suprema potestad*”.

Aristóteles, por sua vez, descobriu na justiça sua alteridade ao tratar da justiça enquanto virtude particular que não se referia à conduta de um indivíduo isolado, mas tinha relação com a conduta de várias pessoas. Aristóteles tratava da justiça como valor específico do Direito, mas não conseguiu tratar da alteridade jurídica autêntica da conduta, pois para ele a alteridade se definia finalisticamente considerando o destinatário da ação como pessoa diversa do sujeito ativo. (Cossio, 1964, p. 614)

A subordinação do Direito à Moral na escolástica dificultou ainda mais a análise da justiça enquanto valor jurídico, eis que a estrutura axiológica da justiça (bilateral) é diferente das demais virtudes morais (unilateral) para a teoria egológica.

Ademais, na escolástica a valoração jurídica se dá a partir do sentido platônico de “viver a consciência” que fundamenta a justiça enquanto virtude particular, fato que também é criticado por Cossio (1964, p. 617).

*En la concepción egológica, en cuanto la justicia toma a la coexistencia como fundamento axiológico, la justicia está dando razón en todo el plexo jurídico; pero en la concepción tradicional, en cuanto la justicia es una virtud especial, está, al revés, recibiendo razón de lo que fundamenta la unidad del mundo moral.*

Para o jusfilósofo argentino, a justiça não pode ser confundida com a retidão do comportamento moral, pois é razão suficiente do Direito que incide ontologicamente sobre a coexistência.

O conteúdo axiológico da justiça, vislumbrado pelos jusnaturalistas, também não superou as lacunas dos conceitos abertos de “bem comum” ou de “dar a cada um o que é seu”. A justiça continuava a ser vista na abstração e subjetividade.

A ruptura do paradigma jusnaturalista no século XX com o apogeu do positivismo jurídico alterou completamente a noção de justiça. O critério de justiça deixa de ser valorativo e passa a ter como centro a verdade jurídica posta.

O purismo científico do direito afastou por muito tempo a discussão sobre a justiça. Preocupado com a lacuna ontológica da teoria pura, Cossio reconheceu a inafastabilidade da justiça para o direito, por ser sua razão suficiente. Na trilha de Marília Muricy (2009, p. 15):

*Em alguns casos, a justiça é vista como ideologia, algo externo ao direito e insuscetível de avaliação objetiva (Kelsen). Outros, como Cossio, entendem-na como inerente ao direito, desempenhando, como seu valor matriz, papel tão fundamental que a decisão proferida pelo magistrado, com fundamento em lei que considera injusta, constitui “vivência de contradição”, vale dizer, um estado que opõe o sujeito a suas próprias crenças, sendo intolerável para a prática judiciária.*

Cossio (1954) atribui ao juiz o protagonismo de valorar a conduta humana em interferência intersubjetiva fim de alcançar a verdade jurídica. Assim, a decisão só será dotada de força de convicção se for justa e revelar sua legitimidade. Muito embora se reconheça a importância do tema, não se discorrerá sobre a justiça como decisão do juiz com força ou sem força de convicção na teoria egológica, em face do corte epistemológico deste artigo.

Sinteticamente, pode-se concluir que a perspectiva da justiça vista sob a lente da axiologia jurídica pura indica que a justiça é a síntese do plexo de valores existentes em uma sociedade.

#### 4 RELACIONAMENTO JUSTIÇA E DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE

Desde a crise da modernidade, o processo de transformação por que vem passando a teoria do direito é realidade inafastável. O reconhecimento da força normativa dos princípios, a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, a reformulação da teoria da interpretação, a defesa da conexão necessária entre direito/moral, retratam apenas algumas questões discutidas com frequência como forma de resgatar as promessas da modernidade.

Numa análise político-histórica, a hipertrofia do positivismo normativista, calcada na eliminação de quaisquer juízos de valor, gerou inúmeras polêmicas na teoria do direito, mormente ao justificar barbáries como as impostas nos regimes nazistas e fascistas sob o manto da legalidade. Diante disto, era necessário transcender os limites formalistas do positivismo e considerar aspectos da realidade subjacente. Neste sentir, em meados do século XX, os valores voltaram a fazer parte das discussões jurídicas. Corroborando esta assertiva, ensina Pablo Lucas Verdu (1998, p. 33):

Frente ao agnosticismo, relativismo e formalismo, se produziu, após a Segunda Guerra Mundial, um retorno aos valores, à dimensão axiológica da Constituição. (...) O fato é que partindo da tese de Smend sobre o conteúdo axiológico dos direitos, sustentou-se energicamente, que os direitos não são liberdades básicas que giram ao redor das leis, mas o contrário. Proclamou-se a dignidade humana como princípio lógico, ontológico e deontológico de todos os direitos. (...) Estabelece-se o Estado de Direito como um Estado *Social* de Direito, distinguindo-se lei e direito frente as posturas positivistas. Tradução nossa (VERDU, Pablo Lucas. *Teoria de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Dykinson, 1998, p. 33).

Assiste-se a um período de reaproximação do direito com valores morais, éticos e políticos. Não se pretende com isso, o renascimento do jusnaturalismo, mas, busca-se, em teorias críticas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito (teoria da argumentação, teoria do discurso habermasiano, metódica estruturante de Muller, hermenêutica filosófica etc.), a superação do positivismo normativista pós kelseniano<sup>9</sup>.

É o que se convencionou chamar virada kantiana do neopositivismo, que defende, em linhas gerais, a reinserção da justiça no estudo do fenômeno jurídico, a reaproximação do direito à moral, a reintrodução dos valores, a defesa da concretização de direitos, a limitação à discricionariedade judicial, etc.

Ora, numa análise contemporânea da teoria egológica, vê-se que a defesa neopositivista encontra respaldo nas lições de Carlos Cossio, ao defender a inafastabilidade dos valores no fenômeno jurídico, o círculo hermenêutico substrato/sentido conduzido pelo

---

<sup>9</sup> Nesse sentido conferir STRECK, Lênio. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (hércules, júpiter e hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

método empírico-dialético que permite a compreensão/interpretação da conduta e a realização do direito, a convivência do direito com a moral etc.

Em face dos limites propostos por este artigo não será possível aprofundar tais questões. No entanto, parece correto defender que o resgate da teoria egológica, se contextualizada com as exigências políticas democráticas, é uma alternativa para os desafios da justiça na pós modernidade<sup>10</sup>.

A reflexão sobre a justiça a partir da axiologia jurídica pura, por exemplo, assume importância capital no contexto jurídico contemporâneo. Com efeito, a justiça é a qualidade de uma conduta humana intersubjetiva e deve constituir o valor síntese do plexo de valores de uma sociedade<sup>11</sup>.

Justiça não é uma concepção metafísica, é uma característica da própria experiência jurídica que se visualiza nas relações sociais e no desejo contínuo de efetividade de direitos. As gerações de direitos fundamentais que foram inseridas nas Constituições ao longo da história refletem esse anseio social.

Ao compreender o direito enquanto objeto cultural vê-se que não há como dissociar a experiência jurídica do valor justiça, síntese do plexo axiológico valorativo existente.

Como todo valor, a justiça se caracteriza pela bilateralidade, ou seja, refere-se ao comportamento intersubjetivo. Assim, não se confunde com a interferência subjetiva do indivíduo (moral), muito embora guarde grande conexão. Por certo, em uma sociedade contingencial<sup>12</sup> não se admite mais a desvinculação direito e moral, justiça e ética. Na trilha de Marília Muricy (2009, p. 16-17):

Como parte expressiva do mundo ético, não o esgota; não se confunde com valores unilaterais, mandatos da consciência individual, embora com eles mantenha íntima relação, sendo infrutífera a desvinculação tratada pelo positivismo entre direito e moral. Provas evidentes da vinculação (diferente identidade)são, de um lado, a circunstância que muitos dos valores jurídicos, que compõem o conjunto da justiça, são positivados na sua incorporação ao texto constitucional; de outro, que, nas sociedades arcaicas, a chamada “norma indiferenciada”, fundia direito e moral,

---

<sup>10</sup> Ao discorrer sobre a pós modernidade, Zygmunt Bauman (2011, p. 42) esclarece: “A pós modernidade é moderna o suficiente para viver de esperança. Ele perdeu pouco do truculento otimismo da modernidade (...) A pós modernidade tem suas próprias utopias, embora haja desculpas por não se reconhecer nelas aquilo que se foi treinado a procurar encontrar nas utopias que moveram, a base da espora e chicote, a impaciência moderna com as eternamente imperfeitas realidades do presente”.

<sup>11</sup> Segundo Marília Muricy (2009, p. 17): “a justiça também desempenha o papel de valor/síntese dos valores fundamentais, que podem ser tidos como seus desdobramentos. Ela é, portanto, como eixo em que se situa a dignidade humana, síntese da liberdade, da igualdade, da paz, da segurança e todos os demais valores que inspiram a utopia de uma sociedade de paz”.

<sup>12</sup> Nas palavras de Zygmunt Bauman (2011, p. 40): “A sociedade não finge mais ser um escudo contra a contingência. Na ausência de poderes fortes e obstinados o suficiente para tentar domesticar a fera selvagem da espontaneidade, a própria sociedade toma o lugar do caos – o campo de batalha e/ou área de pastagem para os rebanhos, cada um em busca de sua própria rota, embora estejam todos na mesma busca de alimento e abrigo seguro”.

distinção que somente veio a ocorrer quando a complexidade das sociedades modernas criaram, para o direito, regras formais de existência e funcionamento.

Demais disso, o valor justiça também é revelado quando se analisa seu desvalor correspondente, a injustiça. Note que o desvalor para Cossio manifesta a existência de um valor latente. Dito de outro modo, pode-se afirmar que a vivência da injustiça faz com que se busque a justiça. Apenas a título de exemplo, a inserção da dignidade da pessoa humana nas Constituições foi uma resposta ao totalitarismo.

Por certo, seguindo mais uma vez a doutrina de Marília Muricy (2009, p. 18):

Essa natureza bipolar da justiça reforça o entendimento de que não se pode pensá-la, descolando-a da vida histórica, em todas as suas dimensões. Daí que, na realidade cruel da vida contemporânea, a justiça se configura como oposta às mais diferentes formas de violência associadas à desigualdade, desde a exclusão dos oprimidos, que lhes veda o acesso aos bens econômicos, culturais e políticos indispensáveis à plenitude de sua condição humana, até as manifestações pulverizadas da desigualdade e que se manifestam na criminalização de movimentos sociais, no extermínio policial de negros e pobres e outras tantas formas de agressão à solidariedade, base de uma Justiça.

Cumprido destacar ainda que a justiça é imanente à política e, a partir desta relação, é possível alcançar a legitimidade do poder Estatal. Consoante Marília Muricy (2009, p. 18) “de onde se afasta a justiça, legitimidade não há. Portanto, o uso, pelo Estado, de seu aparato de força e a juridificação do exercício do poder por si só não levam a um direito legítimo”.

Certamente, a questão do poder e da legitimidade do direito ensejam discussões que extrapolam os limites deste artigo. No entanto, a linha de raciocínio que parece mais coerente com o que aqui se defende é a de Jürgen Habermas (2002), ao sustentar que a legitimidade do direito deve estar vinculada ao princípio democrático, corolário do consenso através da formação discursiva e da vontade dos cidadãos.

[...] Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres enquanto participantes de processos legislativos regidos de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. (HABERMAS, 2002, p. 242-243)

Com efeito, deve-se reconhecer que, apesar da enorme contribuição da teoria egológica para a ciência do direito, nos tempos atuais, uma ontologia não funciona à deriva do debate político. Assim, como a questão da justiça tem que ser analisada em sua historicidade, é necessário fazer a leitura do relacionamento direito e justiça a partir do processo democrático. Para tanto, é mister a participação dos cidadãos nos debates políticos e nos

processos decisórios, a fim de que a justiça seja realmente visualizada a partir da experiência humana em sociedade.

Habermas (2002, p. 278) pontua que:

[...] A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse procedimento democrático cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados universais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação lingüística.

Inevitavelmente, a validação discursiva da justiça é uma exigência do processo democrático. Com efeito, o atendimento das reivindicações individuais ou de grupos pelo Estado deve passar por esse critério para alcançar a legitimidade da decisão. Destarte, quando se fala em políticas públicas ou ação do poder estatal para garantia de direitos das minorias o debate político se faz necessário para obter uma escolha política justa.

Depreende-se, por conseguinte, que a reflexão sobre a justiça na contemporaneidade passa necessariamente pelo debate político e pela legitimidade discursiva do Estado Democrático.

## **5 CONCLUSÃO**

O resgate da perspectiva egológica do direito é extremamente importante para a reflexão contemporânea sobre a justiça, pois contempla as contingências sociais a partir da experiência ontológica da liberdade, permitindo a concretude do direito e, conseqüentemente, a realização da justiça.

A discussão sobre a justiça não ocorre na abstração, mas na forma em que se dá a experiência jurídica, eis que direito é conduta humana em interferência intersubjetiva. Assim, o direito vivido se manifesta em alguma forma de ordem, de segurança, de poder, de paz, de cooperação e de solidariedade. Da síntese deste plexo valorativo tem-se o valor justiça para a axiologia jurídica de Cossio.

Numa análise contemporânea da teoria egológica, vê-se que a defesa neopositivista encontra respaldo nas lições de Carlos Cossio, ao defender a inafastabilidade dos valores no fenômeno jurídico, o círculo hermenêutico substrato/sentido conduzido pelo método

empírico-dialético que permite a compreensão/interpretação da conduta e a realização do direito, a convivência do direito com a moral etc.

Ocorre que nos tempos atuais, uma ontologia não funciona à deriva do debate político. Assim, urge contextualizar a visão egológica da justiça de modo a acrescer a teoria discursiva de Habermas como forma de conferir legitimidade o direito (e, conseqüentemente, à justiça) no processo democrático.

Consoante sublinhado na introdução, não se pretende com este artigo esgotar o tema da justiça, mesmo porque não existe ponto final para discussões filosóficas.

Entrementes, a reflexão que se alcançou até o momento, a partir da base doutrinária utilizada, é que a justiça está inserida na experiência jurídica concreta dos homens e constitui o valor síntese de uma sociedade, alcançada a partir da valoração, e legitimada pelo debate político no processo democrático.

## **REFERÊNCIAS**

ARENDT, Hannah. **Da violência**. São Paulo: Ática, 1988.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. Bauru: Edipro, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos: Sobre a ética pós-moderna**. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011

COSSIO, Carlos. **La teoria egologica del derecho y el concepto juridico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1964.

COSSIO, Carlos. **Teoria de la verdad jurídica**. Buenos Aires : Losada, 1954.

COSSIO, Carlos. **La valoracion juridica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayu, 1954.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires :G. Kraft, 1945.

COSSIO, Carlos. **Panorama de la teoria egologica del derecho**. Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá, 1948.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução: Marco Antonio Casanova. Revisão da tradução: Eurides Avance de Souza; revisão técnica: Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: *Os pensadores*. Kant (II), Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980

MACHADO NETO, A.L. **O problema da ciência do direito**. Salvador: Progresso editora. 1958.

MACHADO NETO, A.L. **Compêndio de Introdução à ciência do direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 1977.

MURICY, Marília. **Senso Comum e Interpretação Jurídica**. 2006. 148 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

MURICY, Marília. Breve reflexão sobre a justiça. In. **Mediação popular**: uma alternativa para a construção da justiça / Organização por Marília Lomanto Veloso, Simone Amorim e Vera Leonelli; Revisão por Eliane Pinheiro. – 1. ed. – Salvador, 2009.

ORTEGA Y GASSET. **O homem e a gente**. Nota introdutória e tradução de J. Carlos Lisboa. Rio de Janeiro: Livro Ibero Americano, 1960.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Tradução: Claudia Nerliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2002

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito : repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. **Teoria de La Constitución como Ciencia Cultural**. 2. ed. Dykinson, 1998.