

5

A Justiça de Alf Ross: Contemporaneidade, Racionalismo e Pragmatismo

Mariane Romagnollo Menezes da Silva ¹

RESUMO

O presente artigo analisa o conceito de justiça apresentado na obra “Direito e Justiça”, de Alf Ross, e a sua conexão com o direito vigente; buscando demonstrar que a teoria desse autor encontra aplicação nos dias de hoje e pode explicar a origem do chamado ativismo judicial.

Palavras-chave: Justiça. Direito. Racionalismo. Atualidade. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This article analyzes the concept of justice presented in the book “On Law and Justice”, Alf Ross, and his connection with the current law, seeking to demonstrate that the theory of this author finds application today and can explain the origin of the called judicial activism.

Keywords: Justice. Law. Rationalism. Present. Judicial Activism.

¹ Bolsista do CNPq, cursando mestrado em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1. Introdução

Alf Ross, nascido em 1899, foi um filósofo e jurista dinamarquês, considerado um dos criadores do realismo jurídico na Escandinávia, e, portanto, um grande expoente da filosofia e ciência do direito contemporânea.

Sua vertente racionalista se encontra no fato de que ele não acreditava que fosse possível explicar as relações do direito por meio da metafísica, mas sim pelo plano das experiências.

Para o referido autor, o direito se constitui de normas e fenômenos jurídicos, sendo as normas dirigidas à pessoa do juiz, que é quem as interpretará e as aplicará, para solucionar os casos concretos.

É sob esse prisma que o presente artigo irá desenvolver, a seguir, a ideia de justiça e a sua conexão com o direito, na teoria de Alf Ross, demonstrando que essa teoria se aplica na prática do direito atual e pode ser encarada como a origem do chamado ativismo judicial.

2. Direito e Justiça

A ideia de justiça, para o direito natural, na visão de Alf Ross (2003), existe em nossa consciência de maneira simples e evidente, representando uma ideia específica de direito, a qual pode ser refletida em maior ou menor grau de clareza nas leis positivas; sendo a medida de sua correção. Diante disso, ela é caracterizada como o princípio do direito mais preponderante em oposição à moral.

Nessa concepção de princípio do direito, a justiça possui o papel de delimitar e harmonizar os desejos, as pretensões e os interesses em conflito, na vida em sociedade. A partir do momento em que todos os problemas do direito são vistos como problemas de distribuição, postula-se que a justiça equivaleria a uma “exigência de igualdade na distribuição ou partilha de vantagens ou cargas” (Ross, 2003) e, nesse sentido, a justiça seria a própria igualdade.

Tal ideia foi concebida pelos pitagóricos, os quais simbolizavam a justiça por meio de um número quadrado, no qual o igual se unia ao igual. O conceito de justiça significando igualdade, desde então, se apresenta de variadas formas; mas, em todos os casos, a justiça exige uma distribuição igualitária. Exemplo disso se dá na distribuição de cargas e vantagens, como salários, direitos e deveres, impostos e demais prestações sociais e individuais.

Alf Ross (2003) diz que:

A ideia de justiça parece ser uma ideia clara e simples, dotada de uma poderosa força motivadora. Em todas as partes parece haver uma compreensão instintiva das exigências de justiça. As crianças de tenra idade já apelam para a justiça se uma delas recebe um pedaço de maçã maior que os pedaços das outras. Tem se afirmado que mesmo os animais possuem o gérmen de um sentimento de justiça. O poder da justiça é grande. Lutar por uma “justa” fortalece e excita uma pessoa. Todas as guerras têm sido travadas em nome da justiça e o mesmo se pode dizer dos conflitos políticos entre as classes sociais. Por outro lado, o próprio fato da aplicabilidade quase onipresente do princípio de justiça desperta a suspeita de que algo “não anda bem”, com uma ideia que pode ser invocada em apoio de qualquer causa.

Assim, quando a justiça é vista em um sentido absoluto, independentemente das circunstâncias, todos deveriam estar no mesmo patamar que os demais; no entanto, essa igualdade não é verificável, em virtude das diferenças pessoais e reais de cada indivíduo, como a idade, o estado civil, a situação jurídica dentre outras. Sendo assim, não se pode dar à justiça aquele significado de uniformidade absoluta e Alf Ross afirma que esse também nunca foi o objetivo de ninguém, apenas excepcionalmente, na interpretação da ideia da morte no período medieval.⁴

Então, as distinções a serem feitas para que haja a distribuição de cargas e vantagens, bem como de direitos e deveres, representa um requisito da justiça e não deve ser analisado como injusto. A exigência de que exista igualdade, deve, portanto, ser compreendida no sentido relativo; o que se exige é que os iguais sejam tratados de maneira igual. Consequentemente, será necessário estabelecer um parâmetro para determinar o que será considerado igual para a aplicação da norma da igualdade; ou seja, a igualdade exigida na realização da justiça não se dirige a todos e a cada um de forma absoluta, mas aos membros de determinada classe, qualificada por determinados critérios.

Além da ideia de igualdade, as fórmulas de justiça contemplam critérios de avaliação que permitem estabelecer a qual categoria cada indivíduo pertence e, assim, aplicar a igualdade, em conformidade com os demais membros da mesma categoria. A seguir serão expostas algumas dessas fórmulas:

1. “A cada um, segundo seu mérito”, diz respeito à justiça em vida e após a morte; o critério utilizado é pautado nos

⁴ “Excepcionalmente justiça significa igualdade absoluta que não faz distinções. Assim é quando a morte é, por vezes, interpretada como o destino igual que a todos alcança, sem atender a diferenças mundanas. [...]” in ROSS, Alf. Direito e Justiça. 1ª edição. São Paulo: Edipro, 2003. p. 314.

méritos e valores morais de uma pessoa, havendo a exigência de uma relação proporcional entre mérito e destino.

2. “A cada um, segundo sua contribuição”, é frequentemente sustentada pela teoria política, como por exemplo, no socialismo marxista; e o critério utilizado é o da contribuição que cada indivíduo dá à economia social, por meio da relação entre seu trabalho e a remuneração recebida. Atualmente essa fórmula pode representar a reivindicação feminina de receber salários iguais aos dos homens que exerçam a mesma função que elas.

3. “A cada um, segundo suas necessidades”, essa é a fórmula de justiça apoiada pela teoria comunista, mediante a qual cada um deverá contribuir de acordo com sua capacidade e receber de acordo com sua necessidade; assim, o critério em questão é o da necessidade e não o da quantidade de contribuição. Os indivíduos devem receber em virtude de suas necessidades, independentemente do quanto contribuíram.

4. “A cada um, segundo sua capacidade”, é oposto ao anterior, mas é utilizado para a distribuição de cargas e não de vantagens; a aplicação desse princípio se dá tipicamente na determinação do imposto de renda, diante do qual aquele que tem maior capacidade deve contribuir mais.

5. “A cada um, segundo sua posição e condição”, é um princípio aristocrático, utilizado para justificar as distinções existentes entre as classes sociais (brancos e negros, ricos e pobres, patrões e empregados). Diante dessa fórmula, é justo que pessoas de classes diferentes recebam tratamento diferente, o que ressalta a desigualdade natural entre os homens.

Diante do exposto, podemos perceber que, nas fórmulas de justiça, a exigência formal de igualdade deve ser complementada por um critério material para determinar a aplicação da norma de igualdade de acordo com a classe, sob a pena de tais fórmulas se tornarem apenas princípios vazios; não excluindo, portanto, a necessidade de uma diferenciação entre pessoas que se encontram em situações distintas.

Dessa forma, o único requisito existente é que essa diferenciação deve atentar ao fato de que as pessoas pertencem a classes diferentes, à luz de critérios relevantes, os quais não são informados pelo princípio puro da igualdade. Na medida em que essa questão permanece sem resolução, a exigência da igualdade fica reduzida à exigência de que tal diferenciação dependa de critérios gerais; no entanto, isso não passa da exigência de que se aplique uma regra geral, a qual se entende ser uma diretriz que equivale a certos critérios e características.

Em consequência disso, a ideologia de igualdade se dá pela simples aplicação de uma regra geral; mediante a qual os conceitos e características gerais empregados

na nela irão definir a que classe a pessoa pertence e qual será seu tratamento, em decorrência dela. Pode-se dizer então, que o tratamento igual, dirigido às pessoas de classe igual, apresenta-se como uma consequência necessária à aplicação correta da regra.

Nesse sentido formal, de mera exigência de igualdade ou aplicação de regras, a justiça também pode se apresentar como uma racionalidade; uma vez que as regras dadas, por meio de seus critérios objetivos, devem pré-determinar o tratamento dispensado a determinada pessoa. A aplicação concreta, mediante tal afirmação, se faz independente do indivíduo que tem o poder de decisão; o que resulta uma justiça que se opõe à arbitrariedade. O sujeito que decide a situação concreta não a faz de maneira emocional ou pautada em atitudes subjetivas, a decisão não surge de uma reação espontânea.

A exigência formal dessa racionalidade ou regularidade é o que decorre do elemento da exigência pura da igualdade, relatado acima e presente nas fórmulas de justiça. Essa exigência formal, no entanto, não é capaz de justificar que uma regra seja preferível à outra, e a regularidade se satisfaz, independentemente do conteúdo da norma; embora a pretensão das fórmulas de justiça seja de orientar o legislador para que ele escolha a regra “correta”.

Quando tais regras apresentam um conteúdo, esse conteúdo não pode ser derivado do princípio da igualdade, mas sim do outro elemento formador das fórmulas da justiça: os critérios materiais de avaliação, anteriormente mencionados. É dito que a justiça surge em nossa consciência como uma necessidade imperativa, primeiramente, mas é difícil afirmar que junto a ela surjam postulados evidentes que nos façam aplicá-la de modo a relacionar a remuneração com a quantidade de trabalho executado, por exemplo. Assim, o valor dessas regras deve ser justificado, a partir de suas consequências práticas, e apresentá-las como uma

exigência da justiça lastreada pela ideia de igualdade resulta em dar a evidência ilusória de pertencer à ideia de igualdade, aos postulados práticos que são determinados pelo interesse.

Alf afirma que as palavras justo e injusto, originadas de “reto” e “não reto”, apresentam sentido quando utilizadas para caracterizar a decisão tomada pelo juiz ou por qualquer pessoa que deve aplicar um determinado conjunto de regras; de maneira a dizer que uma decisão é justa quando ela tiver sido tomada com base em um sistema de normas vigentes, de maneira regular. Uma conduta, assim, é denominada “reta” quando pautada e em harmonia com essas regras, morais ou jurídicas; no entanto, as palavras justo e injusto carecem de significado e não tem nenhum significado descritivo, se utilizadas para caracterizar regras gerais ou um ordenamento.

Por ser impossível extrair da igualdade formal uma exi-

gência quanto ao conteúdo de uma regra ou de um ordenamento, a justiça não é uma orientação para o legislador e uma pessoa que julga uma norma como justa ou injusta não faz mais do que demonstrar sua impressão, sua emoção sobre aquela regra. Não é possível se discutir a justiça racionalmente com quem não argumenta, mas apenas diz que é contra determinada regra porque ela é injusta; o que esse indivíduo deveria dizer é que tal regra é injusta por ele ser contra ela. A justiça, discutida ideologicamente, sem argumentos e racionalidade, gera conflitos e intolerância; e em decorrência disso, Alf Ross acredita que “a ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses” (Ross, 2003).

De acordo com o citado filósofo, é possível advogar a favor de qualquer postulado, em nome da justiça, por ela não possuir significado, ao ser encarada como a “estrela polar” para a orientação política-social. Isso, conforme já foi dito anteriormente, explica os conflitos e guerras sociais travados em nome da justiça ao longo da história; uma vez que ela se apresenta como uma hábil ferramenta ideológica de convencimento, a qual é capaz de impulsionar políticos e cidadãos, dando-lhes esperança, mesmo que ilusória.

Como ilustração do que foi afirmado, no parágrafo anterior, podemos analisar a ideia de justiça a partir de algumas fórmulas da ideologia política, exemplificadas a partir de teorias mais desenvolvidas da filosofia do direito. Por tudo que foi exposto anteriormente, fica claro que os filósofos que acreditavam na ideia da justiça como uma norma suprema para a criação do direito positivo, enfrentaram um problema: conservar a ideia de justiça como algo que acontece a priori, por meio da sua vinculação à ideia de igualdade pura, o que era totalmente abstrato e carecia de conteúdo; ou dar a esse princípio abstrato um conteúdo real, afastando-se da preservação da evidência.

Essa incompatibilidade resultou em uma formulação, de certo modo, despojada de significado de princípio e na inclusão de postulados de origem político-jurídica; então, o que carecia de significado, adquiriu um conteúdo aparente, o qual acabou por adquirir uma evidência também aparente. Os romanos expressavam a justiça a partir da fórmula *suum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*, a qual apresentava uma aparência de algo óbvio, mas na verdade não dizia nada; pois afinal, “dar a cada um o seu” não pressupõe que se saiba o que é devido a cada um como “seu”, não possuindo significado algum.

O mesmo ocorre com determinações como “não causar dano a outrem” e “viver honestamente”, pois o primeiro só tem o significado de que não se deve violar os direitos do outro, e o segundo de que se deve viver em conformidade com a lei; mas não apresenta as medidas, as maneiras de realizar esses princípios na prática. O que é causar dano? Quais as condutas classificadas como danosas ou não danosas? Da mesma forma, o que é viver honestamente?

Quais as condutas classificadas ou não como honestas?

De acordo com Alf Ross (2003), uma das formulações mais famosas do princípio supremo do direito é a de Kant: “um procedimento é lícito se a liberdade para realizá-lo é compatível com a liberdade de todas as outras pessoas, segundo uma regra geral”.

Tal ideia expressa que a restrição à liberdade de ação só pode ser justificada pela necessidade de tal restrição à liberdade dos outros, se a mesma norma for aplicável a todos. Dessa maneira, conclui-se que, nessa fórmula de Kant, a exigência de igualdade é igual à exigência de uma regra geral; no entanto, se não há como saber qual é o teor dessa norma geral, o critério continua a ser escasso de significado, e o pensamento todo se move de forma circular.

Pela utilização da consciência moral geral e jurídica, Ross (2003) acredita que Leonard Nelson sustenta a ideia de justiça de uma maneira mais penetrante, ao dizer que ela tem como significado o igual equilíbrio de todos os interesses afetados por uma determinada decisão.

Nelson afirma que a norma suprema de ação, que determina o dever humano, se caracteriza por ser restritiva, ou seja, ao invés de ordenar, ela coloca limites à liberdade; esse limite consiste na exigência de que os interesses dos outros sejam considerados na busca da realização dos interesses próprios, e que essa consideração seja pensada como se fosse com si mesma. Da união desses três pontos é que nasceu a formulação da norma de justiça: “Nunca ajas de tal maneira que não aprovasses tua ação, se todos os interesses afetados fossem os teus”.

Essa fórmula faz com que o juiz aja praticamente em causa própria e exige dele uma imparcialidade, não diferenciando os interesses próprios dos alheios; sendo capaz de harmonizar os conflitos de interesses. No entanto, ela requer um exame mais crítico. Conforme o estudo de Alf Ross, o conteúdo da lei de Nelson pode ser analisado por meio de dois elementos: imaginar que os interesses afetados por uma ação são próprios do agente dela, e investigar se o agente aprovaria essa ação; a qual seria considerada legítima, se de fato houvesse essa aprovação.

Diante dessa investigação, percebe-se que seria impossível considerar o interesse alheio como próprio e o que deveria ocorrer é que o agente ponderasse todos os interesses sem diferenciar os seus próprios dos das outras pessoas, em conformidade com o peso de cada um em si. Mediante isso, Alf Ross apresenta duas objeções: 1ª) Nelson se equivoca ao acreditar que é possível extrair a suprema norma de ação de uma ponderação de interesses dados, por meio de um conteúdo determinável, pois a limitação definida de interesses determinados pressupõe a existência de um ordenamento jurídico, para que seja possível distinguir os interesses que estão justificados e os que não estão; 2ª) ao falar do interes-

se como sendo determinado pelo valor objetivo dos benefícios correspondentes, a ponderação se torna uma ponderação de benefícios relativa a um padrão objetivo de valores predeterminados e não realiza seu papel de medir as forças entre os interesses próprios e alheios.

Evidencia-se, então, que o princípio de Nelson é um engano, pois o seu conteúdo real não consiste na “igual ponderação”, mas em “pressuposições ocultas referentes à justificação dos interesses e ao peso de seu valor objetivo, isto é, nos postulados materiais que, por seu caráter, pertencem ao direito natural e à filosofia de valores. O caráter desses postulados fica oculto sob a aparente evidência da ideia da igualdade. A ideia de justiça dificilmente poderia encenar seu baile de máscaras de maneira eficaz” (Ross, 2003).

Conforme foi visto, “a ideia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral. A justiça é a aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade” (Ross, 2003). Portanto, a justiça não pode ser reduzida a um padrão jurídico-político ou a um critério para julgar uma norma. Ademais, reputar uma norma como injusta é apenas expressar a emoção, em face de uma reação desfavorável a ela; pois essa é uma análise vazia de argumentação, e a ideia de justiça não se atem a um exame racional do valor das normas.

No entanto, isso não quer dizer que não exista conexão entre a ideia de justiça e o direito vigente; pelo contrário, dentro dessa ideia, podemos distinguir dois pontos: a exigência de uma norma que fundamente uma decisão e a exigência de que essa decisão se dê por meio da correta aplicação de uma norma, o que, de acordo com Alf Ross, ensaja que o problema seja visto de duas maneiras distintas.

A saber:

a) Sendo a ideia de justiça compreendida como uma exigência de que a realização das normas jurídicas ocorra com base em critérios objetivos, de maneira que as decisões sejam o mais distante de subjetividade e parcialidade possível, qual é o papel desempenhado pela ideia de justiça na formação do direito positivo?;

b) Na medida em que, a partir da ideia de justiça, exige-se que uma decisão do caso individual aplique corretamente o direito em vigência, qual o papel desempenhado por essa ideia na administração de justiça?

Quanto à primeira indagação, Alf afirma que aquela exigência resulta de uma ordem social e institucional, e que seria impossível falar de uma ordem jurídica sem um mínimo de racionalidade; o que pressupõe a possibilidade de interpretação das ações humanas como coerentes e previsíveis. À ideia de justiça, então, no sentido de regularidade e racionalidade, pode-se atribuir a qualificação de “constitutiva” do conceito do direito.

Além disso, a racionalidade formal é um ideal do direito, também no sentido de ser desejável o máximo de racionalidade, em harmonia com determinadas valorações, presentes

na criação do direito nas civilizações ocidentais. Tal valoração é, provavelmente, tem base nos efeitos sociais do império do direito; o qual é uma condição de segurança e possibilidade de cálculo nos assuntos da vida em comunidade, para os cidadãos, e é uma condição de controle do comportamento dos cidadãos para as autoridades.

A regularidade objetiva, ou racionalidade formal, é experimentada como um valor, em si mesma, sendo oposta à subjetividade e, apesar de ser ideia fundamental em todo direito, não é a única. As normas, estabelecidas em categorias e determinadas por critérios objetivos, apresentam-se como valorações formalizadas; entretanto, uma norma jurídica formalizada nunca pode expressar todas as circunstâncias e considerações relevantes.

Enquanto, por um lado, existe uma predominância da decisão em consonância, com os critérios objetivos (justiça formal), por outro lado há a tendência à individualização e à decisão, pautada em apreciações e valorações subjetivas (equidade concreta). Isso demonstra que existe um conflito determinando todo direito e toda administração de justiça, na qual se verifica tal conflito pelo contraste entre o estilo restrito e o estilo de interpretação livre.

Já na legislação, essa distinção vem ao mundo no grau de liberdade que as regras deixam a critério do juiz; por meio de termos vagos, o legislador mantém a ilusão de ter criado uma regra, mas dá ao juiz a liberdade de uma apreciação subjetiva do seu significado, exercendo seus critérios. Esse método de criação de leis é chamado de “método dos padrões jurídicos”.

Conforme demonstrado na história, o formalismo estrito se desenvolveu, originando uma dimensão cada vez maior à sentença individualizadora, tanto na legislação quanto na administração de justiça. Ademais, a discórdia entre o direito formal e a cobrança de equidade se torna mais evidente na ocorrência de um desenvolvimento social, sem a realização de um ajuste de leis; nascendo, assim, a necessidade de decisões com caráter de equidade, não acatando regras dadas, e sim apreciações intuitivas da situação concreta, contrárias ao direito formalizado.

Com a prática de tais decisões pelos tribunais, surge uma nova doutrina, na qual serão pautadas as próximas decisões, e, em consequência disso, há o retorno da racionalidade formal e a perda do caráter de equidade. Alf Ross afirma que o common law inglês é um bom exemplo do desenvolvimento da equidade; na medida em que o desenvolvimento de um novo direito – direito de equidade – passou a ser interpretado como um sistema jurídico especial, de complementação ao direito ordinário. Por outro lado, para a Europa Continental,

não existe diferenciação entre direito e equidade, pois ela é considerada parte do direito e não se opõe a ele; o que decorre do papel desempenhado pela legislação e, em parte, à liberdade de interpretação dos juízes.

Em relação à segunda indagação, sobre qual o papel que a ideia de justiça desempenha na administração de justiça, diante da exigência de aplicação correta da lei em uma decisão, Ross afirma que a justiça concebida como um ideal do juiz é uma ideia poderosa na vida em sociedade, representando o que se espera de um bom juiz, e é aceita por ele próprio como um padrão profissional. Nesse contexto, decisão injusta é aquela que possui um erro e não foi dada de acordo com o direito; dizer que o juiz cometeu uma injustiça significa dizer que ele se deixou levar por interesses próprios, ou por amizade a uma das partes, ou pelo desejo de agradar aos poderosos, ou por outra imparcialidade que o afastou do ordenamento legal.

Todavia, é muito difícil delimitar mais precisamente qual é o significado da palavra “injustiça” e determinar quando é que uma decisão aplica a lei de maneira “correta”. Nas palavras de Alf Ross (2003):

Talvez a única maneira de responder a questão seja por meio de uma referência ao típico e normal na aplicação efetiva da lei. Decidir com objetividade é fazê-lo da forma típica, normal; decidir subjetivamente é incorrer em desvios excepcionais. A decisão é objetiva (justa em sentido objetivo) quando cabe dentro de princípios de interpretação ou valores que são correntes na prática. É subjetiva (injusta em sentido objetivo) quando se afasta disso. As palavras subjetividade e injustiça expressam precisamente o sentido de que a decisão emana da individualidade ou subjetividade de um juiz particular, em contraste com o que é típico dos juízes em conjunto.

Isso posto, fica claro que a exigência de que todos sejam tratados da mesma maneira, apenas significa que tal tratamento deve seguir regras gerais. Se o direito autoriza a exigência de igualdade, é uma questão de interpretar se ela é uma formulação ideológica e juridicamente vazia, ou se ela possui algum significado, com base no fundamento histórico; se essa exigência se apresenta na doutrina, deve ser trabalho crítico evidenciar sua vacuidade, verificar o que ela quer dizer; e por fim, se tal exigência possui conteúdo especial, como a igualdade entre sexo e raça, ela tem o significado de proibir que leis regentes da posição jurídica de um indivíduo sejam determinadas por critérios de sexo e raça.

Nesse último caso, existem algumas situações em que podem ocorrer problemas de interpretação, referentes ao alcance da proibição, como, por exemplo, no caso das Constituições que determinam que “todos os cidadãos são iguais perante a lei”, diante das quais, tal cláusula aparenta não possuir significado ou conteúdo específico; parecen-

do que ela possui somente os significados de ser aplicada, sem ser levada em consideração a pessoa a quem se aplica, ou que a lei não deve se lastrear por diferenças ou características consideradas irrelevantes ou causadoras de injustiça. Isso, no entanto, não passaria de mera expressão emocional e não poderia ser definida por critérios objetivos.

Segundo Ross (2003), no entanto, se a exigência de igualdade é qualificada por critérios definidos, os quais não podem ser usados para introduzir discriminações; a cláusula possui um significado tangível, sendo capaz de excluir a presença de tais critérios em legislação ordinária; como na Constituição Italiana de 1947, a qual dispõe que “todos os cidadãos são iguais perante a lei, sem consideração de seu sexo, raça, língua, religião[...]”.

Outro exemplo para ilustrar situações em que ocorrem problemas de interpretação ocorre na doutrina do direito internacional, na qual a igualdade abstrata aparece na forma dos direitos fundamentais dos Estados. A proibição de que tais Estados sejam discriminados, em virtude de seu tamanho e outras regras, como a imunidade dos Estados, estão ocultas na exigência dessa formulação, que a primeira vista parece carecer totalmente de significado.

Ainda, na doutrina da expropriação, a qual afirma que o critério da igualdade determina o limite entre a expropriação das restrições e o domínio sem compensação, fica óbvio que o princípio da igualdade se apresenta tão carente de significado quanto em outros casos. Isso, pois, toda cláusula descrita por meio de conceitos gerais se refere de forma igual a todas as propriedades do mesmo tipo; no entanto, não diz como determinar quais são os objetos do mesmo tipo, sob os quais recairão as restrições. Nesse exemplo, a palavra fazenda definiria um grupo de objeto do mesmo tipo, mas isso acontece também com qualquer outra definição conceitual (fazenda com mais de cem cabeças de gado, granjas com população de mais de cem cabeças de animais, etc.).

Derradeiramente, sobre a exigência de igualdade no direito vigente, Alf Ross conclui que:

Se diz-se que a exigência de igualdade não deve ser tomada em sentido formal, mas que o fato decisivo é se a limitação ocorre de acordo com características distintas que estejam bem fundadas, que sejam razoáveis ou justas, isto quer dizer que a ideia de igualdade desvanece, para ser substituída por uma referência ao que se considera justo, segundo uma opinião subjetiva e emocional. Tal princípio não é um princípio autêntico, mas o abandono de toda tentativa de análise racional. (grifo nosso)

Há de se fazer, por fim, algumas observações a respeito dessa teoria de Alf Ross. Para ele, a norma jurídica constitui-se por uma diretiva e, por esse motivo, é que ela se dirige a alguém, mais especificamente, o juiz. Anali-

sando o termo “juiz”, em *Direito e Justiça*, Ramón Capella (1968), um autor espanhol, afirma que “juiz”, nessa acepção de Alf Ross, deve ser compreendido no sentido amplo, como entes jurídicos-administrativos, na medida em que uma norma poderá ser medida pela aplicação do juiz.

Em decorrência disso, Tércio Sampaio Ferraz (1994) nos ensina, em seu artigo *A validade das normas jurídicas*, que a validade das normas para Alf Ross se vincula diretamente a sua aplicação. Ou seja, uma norma só terá validade quando ela tiver sido aplicada nos tribunais e essa aplicação for embuída de consciência de obrigação. Dessa forma, a validade de uma norma decorre de uma relação entre o signo e o seu objeto.

Isso posto, norma válida, na teoria de Ross, segundo o autor italiano Vittorio Villa (2004), será aquela que apresenta um caráter psicológico na mente do juiz, fazendo com que ele tenha a obrigação social de aplicá-la.

3. Conclusão

A partir do estudo da noção de justiça e a sua relação com o direito, por meio da visão pragmática de Alf Ross, em *“Direito e Justiça”*, apresentada nesse artigo, concebemos que a justiça vigente na atualidade, concenterente ao âmbito do direito, possui o papel de delimitar e

harmonizar os desejos, as pretensões e os interesses em conflito na vida em sociedade; sendo capaz de nortear o direito na solução dos litígios, a partir do momento em que os problemas do direito são vistos como problemas de distribuição.

Sendo assim, a obra de Ross apresenta um caráter totalmente contemporâneo e aplicável, ainda nos dias de hoje, uma vez que se apresenta de maneira bem pragmática: a justiça realizada pelos magistrados por meio da aplicação e interpretação das leis. Para o autor em questão, o cerne do direito é a sua aplicação nos tribunais; uma vez que tal direito se origina e acontece por meio da aplicação das normas pelos juízes.

Ademais, podemos dizer que o problema do direito vigente, segundo a teoria de Ross, está na interpretação das leis vigentes, e essa é uma das grandes preocupações dos juízes da atualidade; o que demonstra mais uma vez a contemporaneidade de tal teoria.

É a partir dessa preocupação com a interpretação das leis, por parte dos magistrados e da acepção de Ross, de que o direito nasce a partir da aplicação das leis pelos tribunais, que surge uma situação fortemente em voga no cenário do direito brasileiro: o ativismo judicial.

Diante da inércia do Poder Legislativo e da necessidade de ruptura dos limites do Poder Judiciário, pelas

decisões dos magistrados e tribunais, tem se discutido cada vez mais, no direito brasileiro, sobre esse ativismo judicial ou criacionismo jurídico; o que se enquadra perfeitamente na relação entre a justiça e o direito apresentados por Ross na obra estudada neste artigo.

Isso posto, ao tratar da justiça como fruto da atividade dos juízes e tribunais, na aplicação do direito e suas normas, demonstrando a amplitude de uma decisão judicial na interpretação e prática do seu direito, a teoria de Alf Ross encontra respaldo na prática do direito atual e pode servir de base para se estudar as origens e razões do ativismo judicial, como já dito anteriormente.

Bibliografia

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. A validade das normas jurídicas. Revista 28: ano 15. 1994.

RAMÓN CAPELLA, Juan. El derecho como lenguaje. Barcelona: Ariel, 1968.

ROSS, Alf. Direito e Justiça. 1ª edição. São Paulo: Edipro, 2003.

SCHIAVELLO, Aldo. Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica. Torino: Giappichelli, 2004.

VILLA, Vittorio. Il positivismo giuridico. Metodi, teorie e giudizi di valore. Torino: Giappichelli, 2004.