

Bernardo Montalvão

MANUAL de FILOSOFIA e TEORIA do DIREITO

2ª edição
revista, atualizada e ampliada

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O DIREITO É ALGO UNIVERSAL?

“Parece-nos claro que no enfoque zetético predomina a função informativa da linguagem. Já no enfoque dogmático, a função informativa combina-se com a diretiva e esta cresce ali em importância. A zetética é mais aberta, porque suas premissas são dispensáveis, isto é, podem ser substituídas, se os resultados não são bons, as questões que ela propõe podem até ficar sem resposta até que as condições de conhecimento sejam favoráveis. A dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas e não, como sucede na zetética, as premissas aos problemas”. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão e dominação**. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

SUMÁRIO: 1.1. O QUE SE ENTENDE PELA PALAVRA “DIREITO”?; 1.2. QUAL A ORIGEM DA PALAVRA “DIREITO”?; 1.3. É POSSÍVEL FALAR EM UMA DEFINIÇÃO UNIVERSAL DE DIREITO? O QUE A LÍNGUA TEM A VER COM ISSO?; 1.4. O QUE O DIREITO É DEPENDE DO ÂNGULO DO QUAL É OBSERVADO?; 1.5. QUAL O ENFOQUE DA ZETÉTICA JURÍDICA AO ANALISAR O DIREITO?; 1.6. COMO A DOGMÁTICA JURÍDICA OBSERVA O DIREITO?; 1.7. QUESTÕES DE PROVA.

1.1. O QUE SE ENTENDE PELA PALAVRA “DIREITO”?

O Direito, segundo Thurman W. Arnold¹, citado por Tercio Sampaio Ferraz Jr.², é visto, pelo homem comum, como um sonho, um ideal, o ideal de viver em uma sociedade justa, uma sociedade onde a convivência fosse harmônica³. Ou seja,

1 ARNOLD, Thurman W. *Sociología del derecho*. Caracas: Org. Aubert., 1971, El derecho como simbolismo.

2 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 31.

3 Vale aqui transcrever as palavras de Robles, ao discorrer sobre a relação entre a Teoria do Direito e a Sociologia do Direito, momento no qual ele sustenta que há três níveis de análises da Teoria do Direito, são eles: a Teoria Formal do Direito, a Teoria da Dogmática Jurídica e

o termo direito, da maneira como costuma ser empregado pelo homem iletrado, seria a palavra por meio da qual ele quer se referir às instituições humanas de forma ideal. A palavra direito, portanto, referir-se-ia ao modo excelente de funcionamento das instituições de governo dos homens. E esta forma de se utilizar o vocábulo “direito” em grande medida reflete uma exigência do senso comum (do consenso compartilhado pela maioria da sociedade), a de uma sociedade justa e harmônica assegurada pelo bom funcionamento de suas instituições⁴, independentemente dos indivíduos que delas façam parte.

Mas, se o homem vulgar entende pela palavra direito este sonho de viver em uma sociedade equilibrada e harmônica, garantida pelo bom funcionamento de suas instituições, forçoso é reconhecer, então, que aquilo que, popularmente, é denominado como direito, com muita frequência, é exatamente o oposto da conduta que realmente é adotada pela maior parte dos indivíduos e pelas instituições estatais no dia-a-dia da sociedade. Em outras palavras, entre aquilo que o homem iletrado entende pelo conceito de direito, tomada a palavra em seu sentido ideal, e aquilo que efetivamente acontece, quando se observa o funcionamento das instituições estatais na prática, há um abismo, ou pior, uma grande contradição⁵.

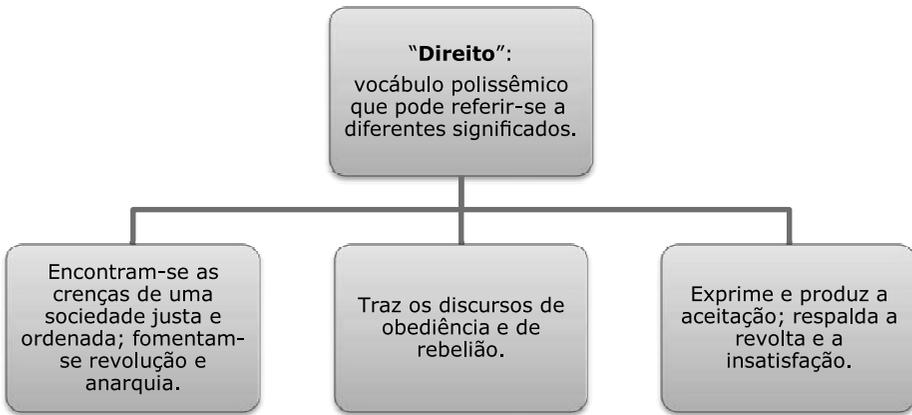
Mas este não é um simples problema de mau funcionamento do sistema jurídico e das instituições que a ele pertence. Afirmar isso seria dizer muito pouco. O que efetivamente pode se depreender a partir desta constatação, é que

a Teoria da Decisão Jurídica. E porque interessa trazer à tona as suas palavras? Porque ele dedica grande atenção, como se fará neste trabalho, à Teoria da Decisão Jurídica. É sobre essa última teoria que ele adverte: “*La teoría de la decisión jurídica estudia el derecho em movimiento, en su aspecto diacrónico, en su poiesis. El derecho genera por médio de procesos de decisión. El concepto central es, evidentemente, el de decisión jurídica, que es una especie del concepto genérico de decisión, por lo cual la teoría de la decisión jurídica debe conectarse con la teoría general de la decisión, entendida como elección racional entre alternativas posibles. Diicha teoría tiene un aspecto matemático importante, y la ciência social que há hecho más uso de ella es la economía. Es aquí donde que situar el problema que tradicionalmente se denomina ‘creación y aplicación del derecho’, pues es precisamente a través de las decisiones jurídicas como se crean y se aplican las normas que componen aquél*”. ROBLES, Gregorio. **Sociología del derecho**. 2ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 74-75.

4 Mais adiante se enfrentará o problema da institucionalização de expectativas comportamentais. No momento, no entanto, cabe, desde já, trazer à baila as palavras de Luhmann sobre o assunto, a saber: “Naturalmente, as expectativas normativas não podem ser indefinidamente expostas a desapontamentos; com mais razão ainda é limitada a tolerância a desapontamentos gerados estruturalmente, continuamente. Em termos gerais, as expectativas normativas têm que ser direcionadas de forma a poderem ser bem sucedidas. Discutiremos o complexo mecanismo que provoca isso através do conceito da *institucionalização de expectativas comportamentais*. Com ele pretende-se delinear o grau em que as expectativas podem estar apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros”, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983, p. 77.

5 FERRAZ JR., 2007, p. 31.

a palavra direito é, no mínimo, um vocábulo polissêmico, o qual pode se referir a diferentes significados. É por esta razão, em parte, que muitas vezes o termo direito é compreendido pelo leigo como algo complicado, como uma palavra que se refere a um universo de paradoxos e coerências. Afinal, em nome do direito tanto se encontram salvaguardadas as crenças em uma sociedade justa e ordenada, quanto se fomentam a revolução e a anarquia. Isto é, a palavra direito traz em si, simultaneamente, tanto os discursos da obediência como o da rebelião, prestando-se, desta forma, tanto para exprimir e produzir a aceitação de certa situação tal como se encontra estabelecida, como também para respaldar a revolta e a insatisfação com a ordem posta⁶.



Mas o problema que cerca a palavra direito não pode ser reduzido a uma mera questão semântica. Longe disso. Este problema, em boa medida, é explicado quando se compreende que o direito é, em realidade, um fenômeno bastante complexo, constituído por muitas e diferentes variáveis. Ora, se assim o é, a tarefa que é dada à palavra “direito” não é uma tarefa nada fácil. Afinal, espera-se que tal palavra tenha a capacidade de exprimir as mil e uma nuances que envolvem este fenômeno complexo que é o direito⁷. E é exatamente por ser esse fenômeno complexo, caleidoscópico, que o direito, “de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação”⁸ e, de outro, “é um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas”⁹.

6 FERRAZ JR., 2007, p. 31.

7 FERRAZ JR., 2007, p. 31.

8 FERRAZ JR., 2007, p. 31.

9 FERRAZ JR., 2007, p. 31-32.

Sendo assim, é muito difícil definir rigorosamente o direito. Primeiro, porque a própria ideia de definição já é, em si, complicada. Isto porque definir, em alguma medida, implica delimitar, demarcar um determinado sentido, como se este fosse um território. Mas um dos problemas que aparecem no momento em que é feita esta demarcação é: o que está contido, ou não, neste território? Em outras palavras, quais os sentidos que estão inseridos, ou não, em um determinado conceito? Não, não tente responder depressa a esta pergunta. Até porque, lembre-se de novo, o direito é um fenômeno complexo¹⁰, e, se é assim, defini-lo torna-se uma tarefa ainda mais espinhosa. Afinal, como compatibilizar a ideia de definição, a qual implica em selecionar sentidos e descartar outros, com a natureza complexa do direito? Eis o primeiro problema de uma definição do direito, o problema da sua complexidade¹¹.



Não bastasse o primeiro problema que cerca qualquer tentativa de definir o direito, ela, a definição do direito, é também dificultada pela circunstância de que o termo direito se refere, a um grande número de símbolos e ideais reciprocamente inconciliáveis. Esta circunstância, por sinal, é facilmente notada pelo

10 Acerca da complexidade, Luhmann escreve: “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

11 FERRAZ JR., 2007, p. 32.

homem não iniciado nas letras jurídicas quando ele é uma das partes de um processo judicial: mesmo que ele se sinta seguro dos direitos que possui, o só fato de existir a parte contrária, questionando os direitos que ele entende possuir, produz nele, no mínimo, um receio¹²: o de que ele possa não ter a sua pretensão deferida pelo magistrado.

Dito de outro modo, entre a pretensão deduzida pela parte autora na sua inicial e a sentença do magistrado que acolhe a referida pretensão, há uma grande angústia, a de conviver, até o final do processo, com a expectativa¹³¹⁴ em torno de qual será decisão. E é este o segundo problema de uma definição do direito, o problema de seu caráter ambivalente. Isto porque tanto é direito o manejo de uma ação judicial para provocar a jurisdição com o objetivo de deduzir uma pretensão, como também o é, a oportunidade de resistir à pretensão deduzida pela parte contrária. E é isso que angustia o homem comum. Como alguém que não tem direito, suponha-se o réu, pode ter o direito de ir a juízo questionar o direito de quem tem certeza que o direito está ao seu lado? Não é isso que pensa o leigo quando oferece uma ação judicial?

O direito é complexo (admite diferentes possibilidade de sentido) e ambivalente (implica em consequências positivas e negativas).

O direito é **complexo** (admite diferentes possibilidade de sentido) e **ambivalente** (implica em consequências positivas e negativas).

Mas, apesar disso, o direito não perde a condição de um dos mais relevantes fatores de estabilidade social¹⁵, vez que ele toma como pressuposto a existência de um cenário compartilhado pela maioria dos atores sociais. Um cenário em que as mais diversas pretensões podem encontrar uma aprovação e uma ordem. Em outras palavras, o direito pressupõe que entre os indivíduos que convivem

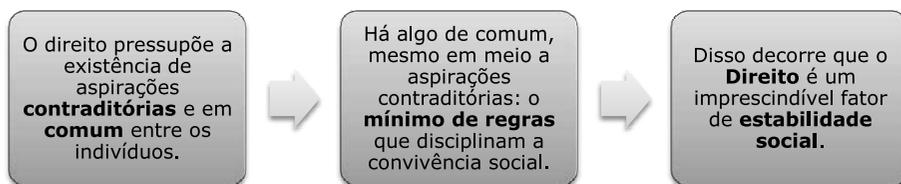
12 FERRAZ JR., 2007, p. 32.

13 Sobre a questão da expectativa, vale assinalar que Luhmann fala em dois tipos de expectativa, a saber: expectativas cognitivas e normativas. A primeira, própria do universo das ciências naturais. A segunda, típica da Ciência Jurídica. Dito de outro modo, expectativas cognitivas são alteradas, uma vez os resultados de determinados experimentos não confirmem a expectativa que se tinha. Por outro lado, a expectativa normativa é o tipo de expectativa que não é afetada por mais que o comportamento não corresponda à expectativa prevista pela norma jurídica. “Sendo assim, as normas são *expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência, na medida em que a vigência é experimentada e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma”, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983, p. 57.

14 GOLDSCHMIDT, James. *Estudios de filosofía jurídica*. Traducción: Roberto Goldschmidt y Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1947, p. 52.

15 FERRAZ JR., 2007, p. 32.

em uma dada sociedade não há apenas aspirações contraditórias, mas, também, pretensões em comum. Mas não apenas isso. O direito vai além. Mesmo que as aspirações destes indivíduos sejam muitas vezes contraditórias, ainda assim, há algo em comum entre elas, todas elas não abrem mão de um mínimo de regras disciplinando a convivência social. Logo, o algo em comum entre as aspirações contraditórias é o reconhecimento de que o direito é um imprescindível fator de estabilidade social¹⁶. Porém, esta circunstância ocasiona um novo problema para definir o que é o direito: o problema da autoridade. Quem define o que é o direito?



Antes de tentar responder esta pergunta, o que será feito mais adiante, em outra oportunidade, e já voltando à questão da definição do direito, talvez uma boa indicação de como intentar elaborar esta definição, ainda que não muito específica, mas apenas com o objetivo de que ela se aproxime ao máximo do fenômeno jurídico, seja refletir sobre a origem desta palavra, direito¹⁷. Ou seja, talvez esteja no estudo da etimologia da palavra, de como ela surgiu, um bom rastro que o jurista, como se fora um caçador, deva se utilizar para alcançar a sua presa, no caso, uma boa definição do direito. Cabe agora, então, seguir este vestígio.

16 “Os *sistema sociais* utilizam um outro estilo de redução. Eles estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais ‘as’ pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma de dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado e etc. O importante é que se consiga uma simplificação através de uma redução generalizante. ‘Horário de visitas: domingos entre 11 e 12:30 horas’ – essa regra é anônima e impessoal, ou seja, tem uma validade independente de quem espera ou não espera. Ela é estável no tempo, aplicável de domingo a domingo sem necessitar de certificações renovadas, e ela é objetivamente tão abstrata que pode compatibilizar a expectativas recíprocas de visitantes e visitados com uma mais ou menos grande amplitude de modos comportamentais. Ela não serve apenas, e nem mesmo principalmente, para tornar os comportamentos previsíveis – quem saberia se alguém virá e a quem visitará? – mas também para regular a expectativa sobre expectativas: sabe-se, escudado nessa regra, que se pode fazer visitas (mesmo que só para deixar um cartão-de-visitas); pode-se esperar um comportamento correspondente por parte dos visitados, ou pelos menos esperar que eles esperem essa expectativa de expectativas – ou seja que eles não perguntem ao mensageiro que traz um cartão-de-visitas o que isso significa, que eles não vejam o mensageiro como o próprio visitante, que eles não façam o mensageiro ir buscar o visitante propriamente dito, e assim por diante”, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983, p. 52.

17 FERRAZ JR., 2007, p. 32.

Como exemplo, têm-se as normas que estabelecem competências, as normas que conferem direitos, ou, ainda, a *permissão* que as partes têm, no contrato de compra e venda, para deixar a fixação do preço ao arbítrio de um terceiro (art. 485 do Código Civil).

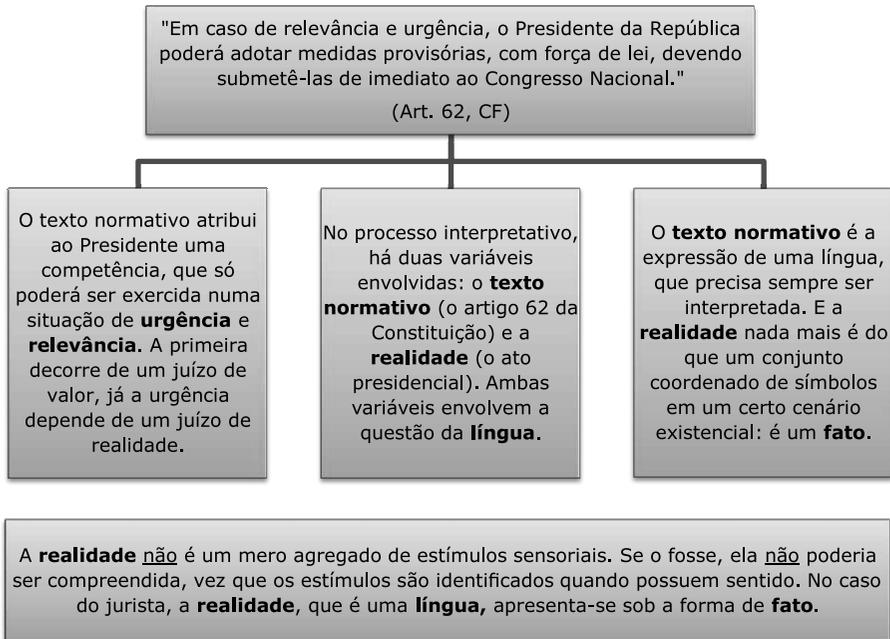
CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS SEGUNDO TERCIO FERRAZ JR.

Critérios sintáticos (normas em relação a normas)	Critérios semânticos (normas em relação ao objeto normado)	Critérios pragmáticos (normas em relação a sua função)
<p>Segundo a relevância: normas primárias (de conduta) e secundárias (de organização).</p> <p>• Segundo a subordinação: normas-origem (estabelecem os poderes de determinado órgão para legislar) e normas derivadas (editadas de acordo com as normas-origem).</p> <p>• Segundo a estrutura: normas autônomas (esgotam a disciplina que estatuem) e dependentes (exigem outra norma para completar seu conteúdo).</p>	<p>Segundo os destinatários: normas gerais (destinadas a uma generalidade de pessoas) e individuais (regulam o comportamento de apenas uma pessoa ou grupo).</p> <p>• Segundo a matéria: normas gerais-abstratas (descrevem uma situação de fato genérica), especiais (disciplinam a regra de forma adaptativa) e excepcionais (exceções ao tipo genérico).</p> <p>• Segundo o espaço: esse critério refere-se ao limite espacial de incidência da norma.</p> <p>• Segundo o tempo: normas permanentes e provisórias (ou temporárias).</p>	<p>• Segundo a força de incidência: normas imperativas (cogentes ou injuntivas) ou dispositivas (só atuam na hipótese de omissão dos sujeitos em regular a situação ou quando estes as invocam).</p> <p>• Segundo a finalidade: normas de comportamento (ou de conduta) e programáticas (expressam intenções, diretrizes, objetivos).</p> <p>• Critério funtor: normas preceptivas, proibitivas e permissivas.</p>

4.7. CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS JURÍDICAS

A norma jurídica possui quatro características principais: estrutura proposicional, heteronomia, atributividade e forma.

5.1.4.). É dizer, a realidade não é um mero agregado de estímulos sensoriais, até porque, se o fosse, ela não seria compreendida, uma vez que os estímulos só são identificados quando possuem algum sentido. Ora, no caso do jurista, a realidade, que é uma língua (realidade-língua ou língua da realidade – LR), apresenta-se sob a forma de *fato*. Por isso, no caso da medida provisória, diz-se que “é fato que” houve uma urgência e que “é fato que” o Presidente da República expediu o ato normativo. Mas, o que se pode entender pela expressão “é fato”?²⁰³



Para responder a tal pergunta, é preciso distinguir, de forma clara, o *fato* do *evento*. O fato não é um acontecimento empírico perceptível sensorialmente. Esse é o evento. O fato é o relato elaborado a partir do evento e que, porque é expressão de uma língua, a realidade, presta-se a organizar o evento, a situação existencial, dando-lhe um sentido. Logo, quando se diz que algo é fato, o que se está a dizer é que, tendo ocorrido um certo evento, a partir de uma certa língua, foi possível conferir *realidade ao evento*²⁰⁴. Isto é, ao dizer que algo é fato, certifica-se a ocorrência de um evento, dando-lhe o status de realidade, ao mesmo tempo em que se dá sentido a ele, organizando-o de determinada forma a partir da língua-realidade. O que já permite concluir que o mesmo evento pode ser objeto de diferentes relatos (ou fatos).

203 FERRAZ JR., 2015, p. 232.

204 FERRAZ JR., 2015, p. 232.

A IDEIA DE DIREITO: A JUSTIÇA COMO IGUALDADE (JUSTIÇA COMUTATIVA) – JUSTIÇA E EQUIDADE

“Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”. KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3ª edição. Tradutor: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1.

SUMÁRIO: 1.1. A IDEIA DE DIREITO: JUSTIÇA EM SENTIDO AMPLO; 1.2. A JUSTIÇA COMO IGUALDADE: A JUSTIÇA EM SENTIDO ESTRITO; 1.2.1. OBJETO OU PROCESSO?; 1.2.2. IGUALDADE, SEMELHANÇA, EQUIPARAÇÃO; 1.2.3. OS TIPOS DE JUSTIÇA; 1.3. JUSTIÇA E EQUIDADE; 1.4. EXEMPLO: A PENA JUSTA; 1.5. QUESTÕES.

1.1. A IDEIA DE DIREITO: JUSTIÇA EM SENTIDO AMPLO.

O que se deve entender por ideia de Direito? Será ela algo real ou apenas ideal? Será ela um axioma, uma hipótese, uma norma fundamental, um princípio regulativo ou uma condição transcendental do Direito? Para Arthur Kaufmann, com quem concordamos, não se deve pensar na ideia de Direito como “algo demasiado alto, e sim compreendê-la como ‘modelo’ da ideia de Homem na sua tripla configuração”¹.

1 KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 4ª edição. Tradução: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 225.

SINTESE SOBRE A IDEIA DE DIREITO

A ideia de Direito deve ser pensada como um “modelo”, o modelo da ideia de Homem na sua tripla configuração.

E qual é essa tripla configuração? A ideia de homem, com a qual a ideia de Direito está vinculada, pode ser concebida a partir de três diferentes perspectivas, a saber: a) o homem como ser autônomo (ou seja, como aquele que cria o Direito); b) o homem como o fim último do seu mundo (sendo possível concluir, então, que ele, o homem, é o fim último do Direito); e c) o homem como ser heterônimo (isto é, o homem como um ser subordinado ao Direito)².

QUAL É A TRIPLA CONFIGURAÇÃO DA IDEIA DE HOMEM?

- a) o homem como ser autônomo (ou seja, como aquele que cria o Direito);
- b) o homem como o fim último do seu mundo (sendo possível concluir, então, que ele, o homem, é o fim último do Direito); e
- c) o homem como ser heterônimo (isto é, o homem como um ser subordinado ao Direito).

Portanto, é possível perceber que o mais importante no Direito não é a ideia de Direito, mas, sim, a ideia de homem. De todo modo, há um consenso difundido de que a ideia do Direito é o mais elevado valor do Direito. E este mais elevado valor é a Justiça. O que será então a Justiça?³

O QUE É MAIS IMPORTANTE NO DIREITO?	O QUE É MAIS IMPORTANTE NO DIREITO?
Não é a ideia de Direito, segundo Arthur Kaufmann, mas, sim, a ideia de Homem.	Para o consenso difundido, a ideia de Direito é o valor mais importante do Direito. E este valor é a Justiça. Logo, a ideia de Direito é a mesma coisa que a Justiça.

O que vem a ser a Justiça não é algo que se possa dizer – e menos ainda o que seja o conceito de direito – em uma precisa e definitiva definição. O que se pode dizer, inicialmente, é que a Justiça é um conceito fundamental, absolutamente irreduzível, da ética, da filosofia social e jurídica, bem como da vida política, social, religiosa e jurídica. No entendimento filosófico e teológico em geral, a Justiça surge como a segunda das quatro virtudes cardinais, são elas: prudência,

2 KAUFMANN, 2010, p. 225.

3 KAUFMANN, 2010, p. 225.

justiça, coragem e temperança (observe-se, desde já, que as virtudes seguintes pressupõem, necessariamente, as antecedentes)⁴.

O QUE É A JUSTIÇA?	O QUE É A JUSTIÇA?
Não é possível dar uma definição definitiva sobre a justiça. O máximo que se pode dizer é que ela é um conceito fundamental, irredutível, da ética, da filosofia social e jurídica.	No entendimento filosófico e teológico em geral, a Justiça surge como a segunda das quatro virtudes cardinais, são elas: prudência, justiça, coragem e temperança.

De uma forma toda especial, por exemplo, a Democracia está muito vinculada à forma fundamental da Justiça. E como isso se dá? Por meio do princípio da igualdade enquanto sua mais elevada ideia diretiva. Ou seja, a igualdade é o *ethos* da democracia. Para demonstrar isso, basta pensar nos clássicos do pensamento democrático, *Pérgles, Sólon, Tocqueville...*⁵

HÁ UMA LIGAÇÃO PRÓXIMA ENTRE DEMOCRACIA E JUSTIÇA?	QUAL A RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA E DEMOCRACIA?
Sim, ambas estão fortemente ligadas à ideia de Igualdade.	A justiça, por vezes, se confunde com a ideia de igualdade. E a igualdade, por sua vez, é o <i>ethos</i> da democracia. Ou seja, justiça é igualdade, mas não é só igualdade. E a democracia se orienta a partir do valor da igualdade.

Segundo a tradição, distingue-se dois tipos de justiça, são elas: a) *justiça objetiva* considerada como o mais elevado princípio de justificação das ordens normativas, das instituições e sistemas sociais (Direito, Estado, Economia, Família...); b) *justiça subjetiva* enquanto virtude já expressa na fórmula do direito romano e de Cícero: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuens*” (A justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu)⁶. A seguir, na sequência, se tratará primeiro da ideia de Justiça Objetiva.

4 KAUFMANN, 2010, p. 225.

5 KAUFMANN, 2010, p. 225-226.

6 KAUFMANN, 2010, p. 226. Esta fórmula é encontrada tanto na obra de Ulpiano quanto nos escritos de Cícero, e também mencionada por Tomás de Aquino.

VAMOS LER ARISTÓTELES? A EQUIDADE, SEGUNDO ARISTÓTELES.

“Temos, a seguir, que nos referir à *equidade* e ao equitativo e à relação destes com a *justiça* e com o que é *justo*, respectivamente, pois quando examinadas afigura-se que a equidade não são nem absolutamente idênticas nem genericamente diferentes. Por vezes, é verdade que louvamos a equidade e o homem equitativo a tal ponto que chegamos a empregar a palavra *equitativo* como um termo de aprovação de outras coisas além do que é justo e a empregarmos como equivalente de *bom*, querendo dizer com *mais equitativo* meramente que uma coisa é melhor. A origem da dificuldade em distingui-las, é que a equidade, embora justa, não é *justiça legal*, porém retificação desta. A razão para isso é que a lei é sempre geral; entretanto, há casos que não são abrangidos pelo texto geral da lei (ou por esta ou aquela regra legal geral). Em matérias, portanto, nas quais embora seja necessário discursar em termos gerais, não é possível fazê-lo corretamente, a lei toma em consideração a maioria dos casos, embora não esteja insciente do erro que tal coisa acarreta. E isso não faz dela uma lei errada, pois o erro não se encontra na lei e nem no legislador, mas na natureza do caso, uma vez que o estofa das questões práticas é essencialmente irregular”⁶⁵.

A EQUIDADE, EM GUSTAV RADBRUCH.

“Todavia, na luta de poder pelo direito, a *equidade* concorre com a *justiça*. Já naquele famoso capítulo da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles se preocupa com o dilema de que a equidade deveria ser melhor que a justiça, não podendo ser algo que se contrapõe a ela, senão uma de suas espécies. O próprio Aristóteles apontou a solução: justiça e equidade não são valores distintos, mas caminhos diferentes para alcançar o valor uno do direito. A justiça vê o caso singular do ponto de vista da norma geral; a equidade busca no caso singular a sua própria lei que, por fim mas também, precisa se deixar converter em uma lei geral – pois, tal qual a justiça, a equidade é, em última instância, de natureza generalizada. Dessa maneira, na diferença entre justiça e equidade, manifesta-se a distinção metodológica, já apontada anteriormente, entre uma evolução *dedutiva* do direito justo a partir de princípios fundamentais e universais, e um conhecimento *indutivo* do direito justo, segundo a “natureza da coisa”. A equidade é a *justiça do caso singular*, e portanto a sua consideração não nos obriga a alterar algo em nossa fórmula: *o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça*”⁶⁶.

65 ARISTÓTELES, 2009, p. 172.

66 RADBRUCH, 2004, p. 51.

social (justiça legal) delimitando e modificando (pode se deixar de lado a ideia de intimidação). A tutela de bens jurídicos, que está fundamentalmente sempre presente na pena estatal, não é um fim autônomo ao lado dos outros três. Por conseguinte, ela não é um aspecto parcial da pena, sendo antes o resultado duma articulação ótima entre os três fins da pena⁸⁴. Repita-se, a tutela de bens jurídicos é o resultado duma articulação ótima entre os três fins da pena.

A TUTELA DE BENS JURÍDICOS

É o resultado duma articulação ótima entre os três fins da pena.

Uma, dentre tantas possíveis, numerosas consequências político-criminais que resultam do que foi dito, refere-se à pena de prisão perpétua. O problema principal é o de saber se uma pena, que do ponto de vista da prevenção especial nunca se justificaria, pode *ainda* ser considerada como defensável em nome da estabilização da sociedade. Talvez a resposta tenha que ser no sentido afirmativo *rebus sic stantibus* (mantido o mesmo estado das coisas), ou seja, no quadro de relações atualmente existente. Mas certamente chegará o dia em que a sociedade mantenha o seu equilíbrio, mesmo sem reagir ao homicídio com a pena de prisão perpétua. Também a “pena justa” tem uma *medida histórica*. Ela tem de ser constantemente redefinida⁸⁵. Contudo, sem um ponto de orientação cai-se facilmente no efêmero e no desvinculado.

1.5. QUESTÕES.

1ª QUESTÃO - XI EXAME OAB – Considere a seguinte afirmação de Aristóteles: “Temos pois definido o justo e o injusto. Após distingui-los assim um do outro, é evidente que a ação justa é intermediária entre o agir injustamente e o ser vítima da injustiça; pois um deles é ter demais e o outro é ter demasiado pouco.” (Aristóteles. Ética a Nicômaco. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.329.) De efeito, é correto concluir que para Aristóteles a justiça deve sempre ser entendida como:

- a) produto da legalidade, pois o homem probo é o homem justo.
- b) espécie de meio termo.
- c) relação de igualdade aritmética.
- d) ação natural imutável.

GABARITO – B (Consulte o item: 1.3. JUSTIÇA E EQUIDADE).

84 KAUFMANN, 2010, p. 241.

85 KAUFMANN, 2010, p. 241.

2ª QUESTÃO) TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AL. CARGO: MAGISTRATURA. Considerando as alusões à equidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, revela-se importante identificar a posição dessa figura em face do quadro das fontes do direito. A respeito dessa relação, é correto afirmar que a equidade:

- a) não se revela como fonte do direito, pois a autorização de seu emprego apenas permite ao juiz criar normas para o caso concreto com base em preceitos de justiça.
- b) não se revela como fonte do direito, pois a autorização de seu emprego apenas permite ao juiz aplicar ao caso concreto normas gerais de justiça previamente positivadas no ordenamento.
- c) não se revela como fonte do direito, pois a autorização de seu emprego apenas permite ao juiz buscar uma melhor compreensão hermenêutica das normas particulares que se aplicam ao caso concreto.
- d) se revela como fonte do direito, pois ela se compõe de um conjunto de valores e normas preexistentes ao ordenamento positivo, os quais incidirão sempre que autorizadas por este.
- e) se revela como fonte do direito, pois ela prescreve parâmetros para a decisão judicial que não se apoiam nas normas positivadas no ordenamento.

GABARITO – A (Consulte o item: 1.3. JUSTIÇA E EQUIDADE).

3ª QUESTÃO: PROVA: FCC - 2010 - DPE-SP - DEFENSOR PÚBLICO DISCIPLINA: FILOSOFIA E SOCIOLOGIA DO DIREITO | ASSUNTOS: FILOSOFIA DO DIREITO; Ao comentar a doutrina aristotélica da justiça, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, em sua obra *Estudos de Filosofia do Direito*, indica aquele que seria o “preceito básico do direito justo, pois só por meio dele a justiça se revelaria em sua atualidade plena”. Este preceito, que também pode ser definido como “uma feliz retificação do justo estritamente legal” ou ainda “o justo na concretude”, é denominado

- a) dignidade.
- b) vontade.
- c) equidade.
- d) piedade.
- e) liberdade.

GABARITO – C (Consulte o item: 1.3. JUSTIÇA E EQUIDADE).

Q301604; APLICADA EM: 2013; BANCA: CESPE; ÓRGÃO: DPE-TO; PROVA: DEFENSOR PÚBLICO.

Com relação ao conceito de justiça, assinale a opção correta.