

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

RENATO CÉSAR TREVISANI

O CONTEÚDO ÉTICO DAS SENTENÇAS

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

RENATO CÉSAR TREVISANI

O CONTEÚDO ÉTICO DAS SENTENÇAS

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na área de Filosofia do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gabriel Benedito Issaac Chalita.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

Aos meus pais, Anésio e Ziza, sempre, porque moldaram o meu caráter.

Para a minha esposa Maria Rita, pela compreensão e parceria.

Aos meus filhos, Nathalia, Leonardo, Ricardo e Murillo, presentes de DEUS.

E para minha netinha Antonella, laço incondicional capaz de unir muitas vidas.

AGRADECIMENTOS

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina”
(Cora Coralina).

Devo a Deus mais esta oportunidade e com certeza, vou aproveitá-la.

Foram muitos os que me motivaram e me auxiliaram nesta empreitada. E nem todos aqui serão citados, entretanto, na condição de amigos que são, cada qual tem ciência da minha gratidão.

Meus sinceros agradecimentos ao meu orientador, Professor Doutor Gabriel Benedito Issaac Chalita, pelo acolhimento amigo e valiosa orientação diante de sua formação cultural e cristã.

Também sou muito grato à Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim, pelas horas e horas de discussões, infinitas sugestões e reflexões.

Pelas críticas objetivas, quando do meu exame de qualificação, registro a minha gratidão e respeito ao Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

Ao Professor Doutor José Carlos Garcia de Freitas, por ter me franqueado a sua biblioteca em conjunto com as conversas travadas no campo filosófico.

Ao Professor Doutor José Renato Nalini, Desembargador e jurista de vanguarda, pelas informações profissionais relacionadas à Magistratura.

Ao Professor Doutor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, de extraordinária cultura, que muito me auxiliou neste campo da filosofia do direito.

Ao meu eterno Amigo e Professor de muitos, Professor Doutor Orís de Oliveira, com quem muito aprendi, não só nesta área do Direito Social, de Cesarino Júnior.

À Laura Jardim da UNESP-Franca/SP e à Vera Mariza Chaud de Paula, da FEI/SP, bibliotecárias, pelos ajustes técnicos deste estudo.

RESUMO

Análise sobre o conteúdo das sentenças e decisões judiciais em conjunto com o uso de elementos fundados no Direito Natural, na Filosofia, na Moral e no Direito Positivo, buscando reduzir as discussões técnicas e ampliar as mais filosóficas ao saber que numa sociedade de valores tão invertidos cabe aos Juízes a nobre função de dizer o que é justo e o que é certo, porque o Juiz ao sentenciar estampa grande parte de sua formação moral. Aclarar a importância e o destaque que a ética, à frente de outros valores, vem conseguindo o que deve resultar na necessidade de estudos e debates mais frequentes entre os Magistrados, considerando que a sentença representa aquilo que o Julgador sentiu. Que a Ética é capaz de reavivar a crença nas instituições e a esperança no futuro de qualquer Nação, sendo que pela condição social que o Judiciário ocupa, todos os seus integrantes estão legitimamente autorizados e convocados para este mister.

Palavras chaves: ética; decisões judiciais; filosofia; moral; direito natural.

ABSTRACT

Analysis on the content of the sentences and judicial decisions along with the use of elements based on Natural Law, Philosophy, Moral and on Positive Law, aiming to reduce the technical discussions and to broaden the most philosophical ones, to know that in a society as of so changed values it is up to the Judges the noble function to say what is fair and what is right, because the Judge when sentencing shows part of his moral background. Clarify the importance and the highlight that ethics, ahead of other values, has succeeded which should turn out in the need for studies and more frequent debates among the Judges, considering that the sentence represents what the Judging person felt. That the Ethics is able to revive the belief in institutions and the hope in the future of any nation, as for the social condition which judiciary holds, all of its members are legitimately authorized and called for this need.

Keywords: éthics; judicial decisions; philosophy; moral; natural law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 1. O DIREITO NATURAL	 17
1.1 Considerações iniciais	17
1.2 O Direito Natural	22
1.2.1 O Direito Natural em Roma	27
1.2.2 A universalidade e imutabilidade do Direito Natural	28
1.2.3 O Século XIX	32
1.3 O Direito Natural e a Justiça	34
1.4 O Justo Natural e o Justo Legal	37
1.4.1 A ideia do Justo Natural	41
1.5 A Filosofia	43
1.6 A Metafísica e a Epistemologia	55
1.7 A Ética e a Moral	57
1.8 O Mito	61
1.8.1 O Mito e os filósofos gregos	64
 2. O DIREITO POSITIVO.....	 66
2.1 Considerações iniciais	66
2.2 O Direito Positivo e a Justiça	69
2.3 O Direito Positivo e o Mínimo Ético	75
2.4 Os Princípios e as Normas	78
2.5 O conceito de Justo Legal	82
 3. DIREITOS HUMANOS	 87
3.1 Considerações iniciais	87
3.2 Direitos Humanos no Brasil	95
3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	97

4. A DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA	100
4.1 Considerações iniciais	100
4.2 Os Fundamentos Ético-Sociais	103
4.3 Ética e Modalidades de Justiça	108
4.3.1 Justiça Distributiva	111
4.3.2 Justiça Comutativa	114
4.3.3 Justiça Social	117
4.3.4 Justiça Social da Igreja	119
4.3.5 Justiça Moderna	124
5. A SENTENÇA JUDICIAL	130
5.1 Considerações iniciais	130
5.2 Procedimento e Processo	131
5.3 Legitimidade e Legalidade	136
5.4 As partes processuais e a Ética	139
5.5 Natureza Ética do Pedido	142
5.6 Natureza Processual do Pedido	145
5.7 Direito ao Pedido na Ação Judicial	151
5.8 Sanção Ética e Sanção Legal	155
5.9 Sentença e Conclusão Ético-Processual	159
5.10 Ética na Sentença Judicial	167
CONCLUSÃO	171
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	173

INTRODUÇÃO

“Se, a princípio, a ideia não é absurda, então, não há esperança para ela.” (Albert Einstein)¹

A justificativa para o uso da frase acima, iniciando este estudo, resulta de uma preocupação acadêmica e profissional desde os bancos de faculdade, fundada na qualidade da prestação jurisdicional, tendo em vista a somatória desenfreada das questões postas em Juízo, o que vem aumentando numa crescente assustadora. Registre-se que se trata de uma preocupação ligada a uma inquietação.

E neste sentido, estão as informações prestadas pelo CNJ² que revelam dados estatísticos alarmantes. Um deles indica que a grande maioria da população brasileira está ou já esteve envolvida num litígio judicial, circunstância que permite compreender o atual número de processos em curso, de quase 95 milhões. Como resultado deste cenário, está a qualidade da aplicação e distribuição da justiça em todos os seus níveis, por saber que há uma cobrança administrativa centrada na produtividade dirigida aos Tribunais e consequentemente aos Juízes, Desembargadores e Ministros.

Desta forma, a atuação do Julgador, quando observada à luz de uma tendência centrada na Filosofia do Direito, resulta numa manifestação influenciada pelas condições sociais, econômicas, psíquicas e religiosas que acabam interferindo, diretamente, na qualidade da prestação jurisdicional ofertada.

Vários são os fatores da mencionada preocupação, aqui objetos deste estudo, cuja ideia nuclear vai ficar sempre anunciada com todas as motivações que levaram a tal empreitada, com destaque especial ao cerne da prestação jurisdicional num contexto geral, o que faz surgir as seguintes indagações: há conteúdo ético nas sentenças? A decisão judicial deve ficar, necessariamente, adstrita à letra fria da lei?

¹ Albert Einstein, físico, teórico alemão, radicado nos Estados Unidos, que desenvolveu a teoria da relatividade geral, um dos pilares da física moderna ao lado da mecânica quântica.

² Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional 45, de 2004.

A formação cultural do Julgador, pode ou deve ser manifestada quando das decisões?

O Juiz do terceiro milênio não pode se portar apenas como intérprete oficial da lei: ele tem que atuar como agente de transformação da sociedade, o que além de ser muito mais satisfatório, faz com que ele abandone a solidão do gabinete.

Neste passo, acreditamos que este projeto guarda uma especial e íntima relação com o cotidiano do Judiciário Trabalhista pátrio, considerado o ramo mais social do sistema jurídico e por isto vislumbramos que será muito útil explorar esta questão acerca da tutela jurisdicional que é dirigida ao autor trabalhador, por saber que o trabalho dignifica o ser humano.

Como máxima de experiência, registre-se que já se tornou comum a constatação reiterada da prática de manifestação judicial exageradamente técnica, com um rigor adstrito à legislação, sendo que nalgumas vezes o jurisdicionado fica sem entender os motivos da decisão, diante de uma preocupação por parte dos manuseadores do direito, notadamente jungida ao positivismo, que resulta num modelo judicial complexo, rígido e inflexível.

É comum o uso constante de autotextos, para embates que se mostram semelhantes, mas não o são. Uma outra questão que também desafia os integrantes do Judiciário está fincada na brevidade e na eficácia da solução judicial. Por isto, este estudo será sustentado, também, por uma análise fundada no nosso sistema jurídico mediante uma criteriosa e detalhada observação de todas as etapas do modelo aplicado à solução das questões judiciais trabalhistas. Nota-se que não há uma busca por melhoras na prestação judicial, especificamente, no que tange à fundamentação da qual se valeu o Julgador. Há, isto sim, uma tímida manifestação de poucos, de forma esparsa, no sentido de se valorar o pactuado, de se observar a real vontade originária das partes e de se destacar a ética em conjunto com o direito natural quando da apreciação dos contratos.

Ainda falando sobre a produtividade do Judiciário, recentemente, O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com sede em Campinas/SP, alcançou 100% de eficiência, conforme o Índice de Produtividade Comparada (IPC-Jus) que foi utilizado para avaliar o desempenho da justiça brasileira pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Pela avaliação, além do Tribunal acima mencionado, apenas mais seis Tribunais atingiram o mesmo índice. Estes sete órgãos conseguiram produzir o máximo possível com os insumos disponíveis, se comparados a outros congêneres.

O IPC-Jus é calculado a partir de parâmetros de produtividade definidos com base em informações dos próprios Tribunais, considerando o fluxo de entrada – número de processos que ingressaram, recursos humanos e financeiros disponíveis, servidores e despesas –, e o fluxo de saída, ou seja, os processos baixados.

O projeto buscou apresentar uma radiografia de todos os ramos da justiça nacional e o resultado trouxe que de 2012 para 2013, significativas melhoras foram observadas. Como exemplo, houve um maior número de entrega jurisdicional do que o ajuizamento de ações. Isso significa que a tendência é de que no próximo ano haja uma redução no total de casos pendentes.

É com base nestes números, também, que este estudo pretende elencar e discutir outros temas relacionados à correspondente questão nuclear fazendo com que os leitores consigam vislumbrar esta proposta. Para tanto, deve ficar claro que não foram necessários tantos experimentos eis que a base capaz de fundamentar esta empreitada está estribada em valores sociais, o que não oferta maiores dificuldades de compreensão, eis que ligada ao patrimônio espiritual de cada indivíduo e ao meio em que este vive.

Todas as contribuições doutrinárias mencionadas ao final foram exploradas sempre fazendo uso da ética e do direito natural. E por saber das limitações humanas, com certeza, os futuros trabalhos neste sentido poderão abordar e contribuir ainda mais, para o aprimoramento da questão individualizada aqui anunciada. Para tanto, o uso constante de elementos fundados na ética, de elementos voltados ao direito, bem como à política, sempre estarão em destaque diante da relevância que apresentam frente a qualquer manutenção de ordem e organização social. Acrescente-se, por oportuno, que na maioria das vezes esta tríade e suas variações resultantes restam desconhecidas e por consequência, não aplicadas. Ainda neste ambiente último, uma conotação diferenciada será dada a outra cadeia formada pelo direito natural, pela filosofia e pelos princípios que também nortearão esta pesquisa, por serem considerados estáveis.

E neste cenário, como maneira de parametrizar as informações extraídas da cadeia acima estabelecida, os elementos a seguir citados também serão explorados, diante da importância que ocupam na regulação do modelo social vigente; são eles: o direito positivo, a sociologia e as normas, mesmo ao saber que, às vezes, se mostram em conflito diante das alterações sociais observadas.

A máxima de se suavizar a norma posta e conhecida sem ferir o preceito, a ideia de se revelar o núcleo da *mens legislatoris*, serão assuntos constantes, tendo em vista que o direito deve servir à realidade, sob pena desta se vingar e não servir ao direito. Neste particular, estão as lições de Wittgenstein, em meados do século passado:

[...] a ênfase no rigor e na pureza linguística por abordagens que privilegiam os contextos. Neste prisma, torna-se necessária uma abordagem sobre o uso da linguagem como resposta do Judiciário procurando estabelecer uma relação entre linguagem e gênero.³

É este um dos motivos pelo qual o direito deve ser estável e não estático, visto que a dinâmica capaz de tudo envolver de há muito desafia uma ruptura com a tradição exacerbada do medo daquilo que é novo. Por isto, a linguagem aqui utilizada será aquela mais habitual e popular por representar a linguagem do direito. Para tanto, sem buscar por marcos históricos ou precedentes legislativos distantes, o ponto de partida está fincado na análise do surgimento da filosofia na Grécia antiga, passando pelo período clássico, pela escola medieval até a forma filosófica mais moderna e contemporânea.

Como institutos integrantes deste estudo que são, a exegese e hermenêutica jurídica também em muito auxiliarão, bem como as modalidades de interpretação judicial na sua aplicação e integração ao mundo jurídico. Diante de sua inequívoca importância, o costume será apreciado em todas as suas variantes. Argumentos doutrinários e jurisprudenciais também farão parte desta obra e serão inseridos nas situações práticas e cotidianas, quando ajustáveis.

³ WITTGENSTEIN, Ludwig Joseph Johann. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni, 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção "Os pensadores"). p. 32.

A constante influência do culturalismo jurídico deverá ser empregada dando conta desta ramificação que justifica a necessidade de, às vezes, desconstruir e imediatamente construir o direito positivo, como afirmado por Miguel Reale:

O mundo jurídico é formado de contínuas 'intenções de valor' que incidem sobre uma 'base de fato', refragando-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do poder. Ao meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*lato sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) uma das vias normativas possíveis. [...] Que é uma norma? Uma norma jurídica é a integração de algo da realidade social numa estrutura regulativa obrigatória.⁴

Serão expostas as noções e as relações entre o mito e filosofia diante, principalmente, da influência e contribuição desta última para o direito, quando observada a sua versão contemporânea. A ideia do justo natural será discutida em conjunto com o conceito do justo legal com o propósito de demonstrar a autonomia e ao mesmo tempo, a dependência entre eles.

A legitimidade será estudada juntamente com a legalidade objetivando ratificar que não são sinônimos, muito menos antônimos, até pelo contrário: dependentes e inter-relacionadas.

Uma parte da prestação judicial envolvendo as figuras do procedimento e do processo será, diante da tentativa de exemplificar como se dá a entrega jurisdicional, a rigor.

A teoria do mínimo ético será anunciada com o propósito de sedimentar a sua contribuição diante da grande importância que direciona, aqui em particular, ao tema proposto.

Por fim e não menos importante, as indagações e reflexões sobre as mais variadas formas voltadas à institucionalização da justiça, representada pela justiça distributiva, pela justiça comutativa, pela justiça social, pela justiça social da Igreja e justiça moderna, considerando a contribuição de cada uma delas para a inequívoca manutenção da efetividade do direito.

⁴ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 122.

Neste passo, diante da variação do objetivo geral em função da natureza do projeto, tornou-se necessária uma identificação clara do problema a ser estudado o que não resultará na delimitação do tema, ratificando a pretensão de caráter geral desta investigação. Por conseguinte, cada capítulo será ao mesmo tempo individualizado e independente, contudo, parte integrante do todo.

O tema deste projeto enseja o uso de uma literatura básica e específica, como se pode ver mais adiante, embora irrestrita na sua quantidade, tendo em vista a correlação entre elas. Para tanto, registre-se a intenção no sentido de fazer uso de uma forma de apresentação bem clara e objetiva, com razões de ordem teórica e prática, todas utilizadas de maneira simples e pedagógica, considerando a relevância social do problema ora investigado e discutido, bem como tendo em vista as contribuições que ele poderá direcionar ao nosso sistema jurídico e assim, registre-se, à sociedade.

E por conhecer o volume processual que se encontra nos Tribunais, nas suas mais variadas formas de pretensões, resta certa a aflição das partes que esperam ansiosas por uma resposta o que desafia a necessidade urgente de mudanças, tarefa para a qual todos os atores sociais, nesta condição inarredável, estão convocados.

A delimitação e descrição de todas as fontes e instrumentos escolhidos para a coleta de dados, tais como a legislação, a doutrina, a jurisprudência, entre outros, foram elaboradas no sentido de despertar no leitor a crítica, qualquer que seja a sua formação e natureza.

Concluindo esta etapa de apresentação, destaque-se que nos dias de hoje nenhuma pesquisa parte da estaca zero, mesmo se considerada de natureza exploratória, isto é, quando da efetiva avaliação de uma situação concreta embora desconhecida por uma parcela da sociedade.

Registre-se, ainda, que pela dinâmica que nos envolve, é certo que alguém ou um grupo de interessados, entre as mais variadas formas possíveis, situado em algum lugar, já deve ter feito pesquisas semelhantes ou próximas, sob os mais diferentes aspectos e objetivos, mesmo que de natureza complementar do que aqui se pretende. Neste passo, como forma de racionalizar e aproveitar esforços, uma busca por fontes documentais, bibliográficas ou jurídicas, torna-se imprescindível

para que não haja eventual duplicação de esforços. Óbvio que a fonte consultada deverá merecer o crédito que lhe é peculiar. Em decorrência, a citação das principais conclusões a que outros autores chegaram permite salientar a contribuição da pesquisa realizada, demonstrar contradições ou, ao mesmo tempo, reafirmar comportamentos e atitudes. Encerrando, deve ser dado realce para as consultas e buscas realizadas por meio eletrônico, com pleno acesso às bibliotecas virtuais dos Tribunais bem como das Escolas Judiciais, o que foi de grande valia, ressalte-se.

1. O DIREITO NATURAL

1.1 Considerações iniciais

De imediato, pretendemos adiantar que o tema acima, diante de sua importância e dimensão, comporta muito mais do que as informações a seguir registradas. Contudo, para que o leitor possa ter uma mínima base do que o assunto supra representa para este estudo, acreditamos que uma superficial ideia, a voos de pássaro, será suficiente para uma sequência ordenada desta proposta.

Uma das concepções que se tem sobre a expressão direito natural (do latim *ius naturalis*) ou jusnaturalismo,

[...] pode ser fundamentada a partir da razão prática com o fim de distinguir o que não é razoável na prática do que é razoável, e, por conseguinte, o que é realmente importante de se considerar na prática em oposição ao que não o é.⁵

Neste ponto, uma característica fundamental e capaz de exteriorizar uma noção do direito natural é o seu próprio projeto. Note-se que ele não se propõe a uma descrição dos assuntos humanos por meio de uma teoria, tampouco procura alcançar o patamar de ciência social descritiva. Pelo contrário, o estudo que envolve o direito natural tem como escopo avaliar as opções humanas com o propósito de agir sempre de modo razoável e bem.

Esta linha de raciocínio abrange uma grande parte da filosofia de Tomás de Aquino, de Francisco Suárez, Richard Hooker, Thomas Hobbes, Hugo Grócio, Samuel Von Pufendorf, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, que influenciou profundamente o movimento do racionalismo jurídico do século XVIII, quando surge a noção dos direitos fundamentais ligada ao conservadorismo, ao desenvolvimento e à *common law*.

⁵ FINNIS, John. **Lei natural: por que chamar de “lei”? por que dizê-la “natural”?** In: CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de ética e filosofia moral**. Tradução de Magda Lopes. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. v. 2. p. 36-42.

Isto foi alcançado através da fundamentação e manutenção de determinados princípios do direito natural que são considerados bens humanos imprescindíveis e evidentes em si mesmos.

Há uma discussão relevante a ser considerada, focada na relação entre o direito natural e o direito positivo que, na maioria das vezes, resulta em dissensões pelo fato de que o direito natural está fundamentado na metafísica, eis que é naturalmente conhecido pela racionalidade inserta no homem, este homem que prima pela criação da regra quando necessária e se coloca como sujeito dela. De outra forma, complementar, os princípios do direito natural podem ser assemelhados aos dogmas da matemática que têm validade e assim subsistem independentes de serem usados ou do transcurso do tempo.

Assim, como conclusão primeira tem-se que o direito natural ampara a existência última e concluída do direito positivado. Como resultado, fica mais compreensível e justificado ainda o seu enraizamento possibilitando ao jurista a faculdade de distinguir o direito na sua latência, considerado autêntico, do direito não disciplinador do homem como ser em suas relações sociais sem qualquer dicotomia, considerado o aspecto jurídico.

Neste sentido a afirmação de que apesar de haver uma história das teorias, opiniões e doutrinas que sustentam a existência de princípios do direito natural, estes por si só, não possuem uma história. Academicamente mais completo seria falar numa trajetória de origens e sucessões do direito natural e suas variantes.

Foram muitas as escolas e seus pensadores que contribuíram para a fixação desta modalidade, considerada imprescindível a qualquer organização social, com destaque em Aristóteles que foi o primeiro autor conhecido por fazer alusão, exatamente, à divisão entre o direito natural e do direito positivo. Entretanto, a expressão “direito natural” não é criação aristotélica, pois já havia sido utilizada pelos sofistas⁶.

Na visão de Aristóteles, o direito natural tem duas características básicas: a primeira é de não se valer das opiniões humanas que em qualquer lugar tem a mesma força; a segunda é que junto dele aparece o justo legal relacionado ao direito

⁶ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Trad Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica de Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF/Martins Fontes. 2008, p. 337.

positivo, sendo próprio desse direito provir da convenção humana, tendo como característica própria ser variável.⁷

Sócrates, Platão e Aristóteles, com o objetivo de afastar uma noção que estava se convencendo entre aquilo que pertencia à natureza em oposição aos costumes, procuraram identificar e assim manter uma forma de justiça natural que resultaria no direito natural. E esta ligação entre o direito natural e Aristóteles foi destacada por Santo Tomás de Aquino.

Com base no direito natural, Aristóteles sustentava que a justiça política tinha sua base na justiça natural, eis que de finalidade distributiva e corretiva. Nesta linha, já pensavam os Estoicos que deram grande contribuição para a transformação de preceitos naturais em direitos naturais, com a justificativa de que o ser humano deveria viver em obediência a esta ordem natural, relacionada com os princípios e a virtude. Esta etapa em que se pensava o direito natural somado à justiça natural dirigiu grande influência aos juristas romanos, o que, por consequência resultou na concepção da teoria do direito.

Já os sofistas buscavam exibir as diferenças entre a ideia resultante do justo natural com as leis peculiares da *polis*, com o propósito de acomodar estas últimas àquela, primeira.

O Apóstolo Paulo de Tarso escreveu em sua Epístola aos Romanos (2:14-15) que:

Os pagãos, que não têm a lei, fazendo naturalmente as coisas que são da lei, embora não tenham a lei, a si mesmos servem de lei; eles mostram que o objeto da lei está gravado nos seus corações, dando-lhes testemunho a sua consciência, bem como os seus raciocínios, com os quais se acusam ou se escusam mutuamente.⁸

Uma conclusão que pode ser extraída da afirmativa acima é no sentido de haver uma grande relação de obediência entre o modo de viver dos pagãos com a lei natural, desta forma defendida, também, por Cícero. Como consequência, tem-se o modo de agir de alguns padres da Igreja, em especial os do Ocidente, quando interpretavam a lei natural por uma perspectiva cristã, com a experiência de que os

⁷ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Trad Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica de Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF/Martins Fontes. 2008. p. 338.

⁸ Romanos (2:14-15), *apud* Epístola de São Paulo apóstolo aos Romanos (bibliaonline). Disponível em: <http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/pt/kca.htm>. Acesso em: 28 jun. 2012.

homens nos momentos de aflição ou desespero buscavam a salvação nas leis divinas.

Tomás de Aquino, considerado um dos maiores expoentes do direito natural, o relacionava à razão humana, justificando que uma lei somente poderia ser mantida se fosse justa, naturalmente. Desta forma, constata-se que naquela época o direito natural funcionava tanto como avaliador moral das leis existentes bem como determinava o que as leis queriam dizer quando interpretadas, eis que objetivavam a bondade e o justo por estar sempre focado no caráter ético das ações sem se preocupar, tão somente, com as consequências. O conteúdo do direito natural era demonstrado por uma concepção daquilo que pudesse resultar em felicidade, no viver bem, na busca pelo bem maior, fossem estes uma satisfação temporal ou não.

Assim, o Estado, ao observar e aplicar o direito natural, era tido como agente capaz de proporcionar a todos a verdadeira felicidade diante desta aproximação com o justo. Como exemplo, vê-se que no século XVI, a Escola de Salamanca, encabeçada por Francisco de Vitória⁹, atuou firmemente no desenvolvimento da compreensão do direito natural, valendo-se de argumentos filosóficos. Já na Inglaterra, Richard Hooker conseguiu adaptar as noções do direito natural ao Anglicanismo, como defendidas por Tomás de Aquino.

Torna-se fácil notar, também, que o direito natural é tema recorrente do escritor cristão Fiódor Dostoiévski. Em “Crime e Castigo”¹⁰, por exemplo, a sanção de direito positivo é aceita por Raskólnikov para aliviar o grande castigo que sofreu ao descumprir uma norma de direito natural.

Ainda sobre Santo Tomás de Aquino, que preferiu seguir a concepção clássica do direito, ao dividi-lo em natural e positivo, fica claro que ele fala de uma coisa que deve ser adequada ao homem segundo a natureza desta mesma coisa, por onde se deduz que o critério primeiro e fundamental do direito natural reveste-se na

⁹ Considerado o Mestre de Salamanca, contribuiu para a evolução do Direito Internacional Público, graças, sobretudo, à obra *De Indis recenter inventis, relectio prior*. Estudou e lecionou em Paris. OLIVEIRA, Orís de. Contribuição de Francisco de Vitoria ao direito internacional público no de “indis recenter inventis, relectio prior.” *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 68, fasc. 2, p. 361, 1973. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969.

¹⁰ Crime e castigo, de Fiódor Dostoiévski, com tradução de Paulo Bezerra. São Paulo, Editora 34, 2001.

necessidade de que este sirva ao homem, incondicionalmente. De outro lado, nota-se que o jusnaturalismo moderno mostra-se diferente da visão de Tomás de Aquino porque este está estruturado no realismo jurídico clássico e, portanto, trata de coisas naturalmente adequadas ao homem, enquanto aquele está situado no subjetivismo e passa a ver os direitos naturais como direitos subjetivos.

No século XVII, quando o modelo teológico vigente recebia duras críticas, Thomas Hobbes, fundado na noção contratualista do positivismo jurídico, colocou em prática que a busca da felicidade poderia se apresentar das mais variadas formas, com o que a maioria concordava. Por este prisma, o direito natural representaria a maneira pela qual um ser humano, por racional, deveria agir buscando a sua sobrevivência e prosperidade. Na opinião de Hobbes, somente por meio da submissão de todos às ordens do soberano é que o direito natural poderia prevalecer e assim funcionar como elemento definidor. Nesta esteira, já que a fonte última da lei deveria advir do soberano e as decisões deste não precisariam se basear na moralidade, surgiu, então, o conceito do positivismo jurídico que recebeu contribuições posteriores de Jeremy Bentham¹¹. A ideia central ficava adstrita à positivação, sendo que somente por esta é que os conflitos poderiam ser evitados ou resolvidos entre os indivíduos.

Observe-se que, segundo os tratados *Leviatã* e *De Cive*, o direito natural seria:

[...] um preceito ou regra geral, descoberto pela razão, pelo qual a um homem é proibido fazer aquilo que é ruinoso para com a sua vida ou que lhe retira os meios de preservá-la e de omitir aquilo que ele pensa que pode melhor preservá-la.¹²

A ideia que se tinha sobre o direito natural era a de que ele sobreviveria a tudo e a todos. Este famoso argumento, conhecido como *etiamsi daremus (non esse*

¹¹ Filósofo e jurista inglês que apresentou uma forma nova e diferente de ver e entender a moral. Bentham é mais conhecido como o fundador da escola chamada Utilitarista, sendo considerado o primeiro a apresentar o Princípio da Utilidade. É com base nesse princípio que o autor irá desenvolver suas propostas nas diversas áreas do saber. *Apud* OTAVIANI, Márcia Cristina. Jeremy Bentham: prazer e dor: como mensurá-los? *História da Ciência e Ensino: Construindo Interfaces*, São Paulo, v. 1, p. 7-15, 2010. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br>>. Acesso em: abr. 2014.

¹² FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. Oxford: New York, 1980. p. 66 (A segunda edição com revisões da teoria foi publicada pela Oxford em março de 2011).

Deum), que significa “[...] caso fôssemos supor que não haveria Deus”¹³, tornou o direito natural independente da teologia.

John Locke incorporou o direito natural a muitas de suas teorias, como também, ao seu perfil filosófico especialmente na obra *Dois Tratados sobre o Governo*.¹⁴

E com este pensamento sobre o alcance da proteção a ser ofertada pelo direito natural, Thomas Jefferson menciona a expressão “direitos inalienáveis” na Declaração de Independência dos Estados Unidos, como se vê, a seguir:

“Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade.”¹⁵

1.2 O Direito Natural

Para ingressar nesta matéria torna-se necessário um reiterado convencimento extraído de variadas leituras centradas na observação sobre a criação e o funcionamento de civilizações que por muito tempo predominaram tanto pela suas estruturas físicas, abrangência territorial, bem como pelos seus poderes intelectuais.

O direito natural envolve uma questão permanente e que assim desafia o homem teórico a questionar acerca da sua colocação no meio social em que vive. Está fundado na natureza e assim revela-se no campo da abstração dando conta de que é o ordenamento ideal, porque situado num campo superior, além de ser independente do direito positivo, independente de eventuais variações do ordenamento da vida social. O direito natural tem sua constituição lastreada nas necessidades humanas, estas caracterizadas como inegociáveis.

¹³ ALLISON, Henry E. **Idealism and freedom: essays on Kant's theoretical and ractical philosophy**. Cambridge: University Press, 1996. p. 155.

¹⁴ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução, introdução e notas de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006. 410 p.

¹⁵ Thomas Jefferson foi o terceiro Presidente dos Estados Unidos e o principal autor da declaração da independência americana. Disponível em: <<http://www.ushistory.org/declaration/document/index.htm>>. Acesso em: abr. 2014.

Por estar voltado ao homem tem sua origem inserta como essência no próprio homem. Daí a expressão natural.

Como observa De Cicco,

Todos os povos iniciam sua trajetória com a ideia da sacralidade da moral e do direito, sendo este de natureza imutável, enquanto a mutabilidade nasce da contingência histórica. A observação de tal mutabilidade introduz a concepção de um direito natural (por comparação), uma noção de lei superior a ser procurada.¹⁶

No século VI a.C., predominava na Grécia a noção de uma modalidade de justiça resultante da natureza, daí catalogada de natural, por ser originária da ordem cósmica. Entretanto, como já dito, foram os sofistas que deram a primeira roupagem ao direito natural.

Há um pensamento sobre a origem do direito natural como se baseado em preceitos religiosos, ideia que foi refutada tendo em vista que as bases do direito natural guardam relação com o próprio homem, nos termos como aqui afirmados. E em sendo natural, traz como características a universalidade, a imutabilidade além de ser considerado perpétuo.

Platão na sua obra “A República” estampa como poderia ser a cidade ideal, com fundamentos numa organização extraída da natureza. A ideia cuida de um fenômeno resultante da aplicação da justiça, já que a cidade considerada justa e assim ideal fosse uma utopia. Mesmo assim, Platão traça um modelo desta cidade, considerada por ele como ideal, o que poderia ser copiado. Esta obra contempla um dos diálogos mais destacados de Platão e de grande repercussão ao longo da nossa história.

Nota-se uma constante preocupação voltada à solução dos problemas daquela época em conjunto com o julgamento de Sócrates, prestes a ser condenado à morte. Disto tudo é possível extrair uma infinidade de temas filosóficos, políticos e sociais, todos voltados à justiça e sua correspondente aplicação.

¹⁶ DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico da filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48.

Numa outra contribuição, “As Leis”, Platão busca deixar registrado que o direito natural deveria funcionar como origem do direito positivado. Michel Villey, referindo-se às duas obras, afirma que há uma contradição entre elas.

É digno de nota que Platão, tendo partido de tão alto, acabe terminando, no fim das contas, numa espécie de positivismo jurídico bastante grosseiro. É este, com efeito, o defeito dessa doutrina ambiciosa demais, ideal demais. Por ter iniciado alto demais, acaba caindo muito baixo. O direito deveria emanar apenas do filósofo, como não há filósofo, ou, se o filósofo existe, ele não está no governo, entrega-se o direito à ditadura do príncipe.¹⁷

Acreditamos que Platão não se distancia da sua ideia sobre estruturar uma cidade justa com a aplicação do direito natural quando da obra “As Leis”. Ao contrário, ele justifica que o jusnaturalismo pode e deve fundamentar todas as leis assim dirigidas ao homem que tem na sua origem a natureza, sendo que estes registros não se prestam a exterminar o direito natural Platônico observado em “A República”. Em nenhum momento Platão se distancia da sua vocação nuclear voltada à construção da cidade ideal em que as leis pudessem ser fundadas no direito natural.

Em complemento, a Hugo Grócio é atribuída a frase: “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse ou que, existindo, não cuidasse dos assuntos humanos.”¹⁸

Nesta mesma esteira, Celso Lafer traz que

[...] do apelo à razão como fundamento do Direito, aceitável, por isso mesmo, por todos, porque comum aos homens independentemente de suas crenças religiosas.¹⁹

De fácil constatação, vê-se que o direito natural sempre se mostrou muito influente e de forma constante nos grupos sociais. Os registros, guardadas as

¹⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 37.

¹⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 368.

¹⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 121.

épocas de cada observação, dão conta de que ele integrava o dia a dia dos cidadãos regulando a maioria das relações pessoais o que ainda pode ser observado nos tempos atuais, embora de forma muito reduzida.

E é exatamente esta a ideia dirigida à sociedade pelos estudiosos desta modalidade. Entre eles estão os sofistas, os juristas romanos, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Javier Hervada, Michel Foucault e muitos outros, cada qual com suas particularidades e contribuições.

Pela importância que lhe é peculiar, este ramo deve integrar a árvore frondosa do direito pelo fato, também, de sempre ter sido visto como algo inerente à natureza do homem e por isto merecer respeito. O direito natural atua como um modelo de patrimônio espiritual que o indivíduo recebe ao nascer e que se reforça mais ainda na condição de soberano e independente diante das fronteiras territoriais que extrapola bem como por não se contaminar pelos limites temporais que com ele não se comunicam.

Embora perigosa a prática de conceituá-lo, o direito natural pode ser traduzido na existência inequívoca de um direito fundado na origem das coisas. E ele está enraizado na vontade do criador e assim permanece intimamente ligado no direito decorrente daquilo que é justo.

No pensamento grego resta observado como um direito ideal que está acima das regras elaboradas pelo homem, como uma forma integrada por princípios extraídos essencialmente da melhor noção de legitimidade, circunstância que lhe permite constatar e ratificar a legitimidade do próprio direito positivo, assim contribuindo de forma indispensável na construção deste último.

É por este motivo, também, que os princípios que o compõem devem ser compreendidos como rígidos, fixos, absolutos, além de intemporais. Torna-se certo, então, que eventual variabilidade deverá ser precedida de uma apreciação criteriosa ao saber que qualquer adaptação em seu conteúdo guarda estreita relação com os valores da vida, o que não se observa no direito positivo. Por este, ao contrário, não se reconhece senão aquilo que é posto historicamente pelo homem como capaz de regular as relações sociais, em muitas vezes com a negativa da existência ou da manutenção de um direito catalogado de natural. Basta lembrar, para tanto, que o homem foi o seu primeiro legislador.

Neste passo, o direito natural acaba representando a fonte e a medida exata de uma legitimação pertencente a uma sequência ontológica capaz de reunir elementos e propriedades com o fim de transcender a vontade humana mantendo-se como expressão maior daquilo que é justo eis que decorrente da natureza das coisas naturais.

Norberto Bobbio sobre o tema, afirma que:

O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação, O direito natural e o direito estatal não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas a forma de fazê-la valer.²⁰

Para uma concepção mais abrangente do direito natural mister saber que se trata de uma ordem que não provém de uma vontade humana consciente por estar relacionado com a filosofia, esta que torna possíveis os projetos humanos. Destaque deve ser dado para o fato de que o direito natural, em oposição ao direito positivo, nunca esteve em ambiente de crise. Pode haver uma eventual necessidade de adaptação porque se relaciona diretamente aos valores da vida.

Quanto às funções desempenhadas pelo direito natural é de salientar que, em primeiro lugar, atua como fundamento e legitimação do ordenamento jurídico construído pelas necessidades humanas. Em segundo lugar, representa algo que intervém na interpretação e na integração das lacunas e na correção das normas jurídicas, sempre de forma natural, circunstância que o concretiza.

Ao contrário de isolados pensamentos, ele não pode ser visto como embargo ao progresso do direito. Deve, isto sim, ser preservado e considerado como um fator estimulante da renovação e aperfeiçoamento e, sobretudo, um ponto de referência muito importante para o legislador. Lembremos aqui, por muito oportuno e para uma rápida análise, o uso da *mens legis*²¹ e da *mens legislatoris*²².

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 192.

²¹ Pelo uso de uma terminologia legal, significa “o espírito da lei”.

²² Representa “o pensamento, a vontade, a intenção do legislador”.

1.2.1 O Direito Natural em Roma

Diante da influência originária da filosofia grega, os romanos associaram a concepção de direito natural a uma reta razão, como consequência do pensamento dos estoicos, por sustentar que o homem deveria viver em conformidade com a sua natureza, com a sua racionalidade, eis que ambas possuíam um caráter universal.

Segundo as palavras de Cícero em sua obra *De Officiis*, *apud* Paupério:²³

Há, de fato, uma verdadeira lei denominada reta razão, que é conforme a natureza, aplicada a todos os homens, é imutável e eterna. Ela não prescreve uma norma em Roma, outra em Atenas, nem uma regra hoje e outra diferente amanhã. Essa lei eterna e imutável abrange todos os povos e todos os tempos.

Nota-se que o direito primitivo de Roma, conhecido como *ius civile*, era uma modalidade muito rígida com muitas formalidades e de aplicação direcionada apenas aos cidadãos romanos, diante de sua especificidade. E diante desta destinação específica, a base desta forma expressa de direito começou a apresentar deficiências na consolidação do Império Romano, em expansão, o que levou à elaboração de outras regras integradas por direitos que, assim, poderiam ser aplicadas aos estrangeiros. Desta forma, o *ius civile* recebeu adaptações extraídas das novas necessidades, como maneira de aproximá-lo de um formato mais humanizado, sendo que para tal procedimento os juristas romanos recorreram ao direito natural, eis que respeitado de uma maneira global e não apresentava limites temporais.

Neste cenário, os romanos souberam reunir o prático ao metafísico, valorizando o direito natural e assim o incorporando às regras orientadoras do casamento, da família, da boa fé, da legítima defesa, entre outros.

Nesse contexto histórico, o direito natural representava o direito comum (também catalogado, à época, de *ius commune*), em que a razão natural de qualquer um poderia ser imposta entre todos os homens e assim entre todos os povos. Assim funcionou o direito natural como elemento humanizador do direito

²³ Cícero, *De Officiis*. *Apud* PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Introdução ao estudo do direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 74.

posto, mantendo sua característica civilizadora de modo que o direito civil nunca conseguiu alterar nenhum dos direitos naturais muito menos os seus fundamentos. Vê-se, como consequência, que a ideia aristotélica foi mantida intocável quanto à divisão entre o direito natural e o direito positivo.

E como parte da afirmação supra, a relação entre a lei positiva e a lei natural é que se ligam por uma conexão racional e fundamental ao homem e por consequência, à sociedade. Para corroborar ainda mais esta afirmação, cite-se o exemplo pelo qual a lei caracteriza o homicídio como crime, situação que deve aparecer mediante fácil percepção porque a vida humana é um bem e assim a lei positiva impõe que este bem seja elevado a tal condição. Surge, com isto, uma controvérsia defendida por alguns estudiosos sobre a eventual subordinação entre o direito positivo e o direito natural. Óbvio que não se trata de uma derivação lógica entre este e aquele, muito menos se o direito natural decorre de uma razão divina. Além disso e mesmo assim não se pode falar que o direito natural não se situa como um direito coercitivo, pelo fato de se originar de uma moralidade e esta é uma das melhores afirmações, funcionando na condição de máxima justificativa para o homem.

1.2.2 A universalidade e imutabilidade do Direito Natural

Como um direito espontâneo resultante da própria natureza humana, o direito natural agregou a condição de imutável e universal.

O Papa Bento XVI na sua Mensagem para a Jornada Mundial da Paz do ano de 2007 afirmou que:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é vista como uma espécie de compromisso moral assumido por toda a humanidade. Isto encerra uma verdade profunda, sobretudo se os direitos humanos descritos na declaração são considerados como detentores de fundamento não simplesmente na decisão da assembleia que os aprovou, mas na mesma natureza do homem e na sua inalienável dignidade de pessoa criada por Deus.²⁴

²⁴ Mensagem de Sua Santidade o Papa Paulo VI para a celebração do I Dia Mundial da Paz, no dia 1 jan. 2007. (BENTO XVI (Papa). *A pessoa humana, coração da paz*. Vaticano, 8 dez. 2006. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace/documents/hf>. Acesso em: 28 jun. 2012).

No mesmo ano, em discurso aos membros da Comissão Teológica Internacional, Bento XVI disse que:

Hoje, em não poucos pensadores parece predominar uma concepção positivista do Direito. Segundo eles, a humanidade ou a sociedade, ou de facto a maioria dos cidadãos, torna-se a fonte derradeira da lei civil. O problema que se apresenta não é, portanto, a busca do bem, mas a do poder ou, ao contrário, o equilíbrio dos poderes. Na raiz desta tendência está o relativismo ético, em que alguns chegam a ver uma das principais condições da democracia, porque o relativismo garantiria a tolerância e o respeito recíproco das pessoas. Mas se fosse assim, a maioria de um momento tornar-se-ia a fonte última do Direito. A história demonstra com grande clareza que as maiorias podem errar.²⁵

Por muito oportuno, ganha relevo a noção defendida por Aristóteles que acaba representando o ponto principal do Jusnaturalismo, corroborando o pensamento do Santo Papa. Afirma Aristóteles que a exemplo do fogo que queima da mesma forma em todas as partes, o homem é natural como a natureza.

Muitos defensores da teoria do direito natural tiveram destaque cada qual em sua correspondente ideia, área de atuação e época. Entre eles estão Platão, Aristóteles, Heráclito, os mestres do Estoicismo (da Grécia Antiga), Santo Tomás de Aquino, Francisco de Vitória, Domingo de Soto e a Escola de Salamanca, Samuel von Pufendorf, Immanuel Kant, Thomas Jefferson, Gustav Radbruch (este, após 1945), Fiódor Dostoiévski, Santo Agostinho e Leo Strauss.

Lado outro, em posição diametralmente oposta, na condição de críticos, embora também possuidores de prestígio e assim respeitados: o mesmo Gustav Radbruch, contudo, antes de 1945, Hans Kelsen, Karl Barth e Alf Ross.

Acerca do pensamento de Aristóteles, Javier Hervada afirma que:

[...] o Direito Natural e o Direito Positivo são verdadeiros Direitos. Tanto o justo natural como o justo positivo são espécies ou tipos de Direito. Ambos fazem parte igualmente do Direito vigente de uma polis (*politikón díkaion*). É, então, claro que para Aristóteles o Direito Natural é um Direito verdadeiro, um tipo de Direito vigente, junto com outro tipo, que é o Direito Positivo. O Direito Natural não é, portanto,

²⁵ Id. *Discurso do Papa Bento XVI aos Membros da Comissão Teológica Internacional*. Vaticano, 5 out. 2007. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/messages/peace/documents/hf>. Acesso em: 28 jun. 2012).

um princípio abstrato, uma ideia ou ideal, um valor ou coisa semelhante; é simplesmente um Direito (uma coisa devida em justiça), uma espécie ou tipo particular de Direito.²⁶

Não se trata de dois sistemas jurídicos diferentes e paralelos. Só há um sistema jurídico em cada sociedade, qual seja, o sistema vigente. Em relação ao sistema vigente, o direito natural e o direito positivo são partes. Trata-se da concepção clássica e assim mais aceita do direito natural.

Ainda neste sentido, Hervada:

São dois, então, os tipos de Direito que regem a vida dos homens e dos povos: o Direito natural e o Direito positivo. Enquanto o Direito natural é estabelecido pela razão natural, o positivo procede das leis e costumes de cada povo constituído em unidade política superior (*civitas*). Há, portanto, um Direito próprio e peculiar – por consequência variável – de cada povo ou *civitas*, denominado *ius civile* (Direito positivo), e um Direito comum a todos os homens, natural, procedente da *naturalis ratio*. O Direito natural apresenta-se como universal em um duplo sentido: universal por ser comum a todos os homens e povos, e universal porque determina o que sempre é bom e justo. Em contrapartida, o Direito positivo ou *ius civile* refere-se ao útil e, por isso, é peculiar de cada povo e diferente em cada um deles (o útil varia no espaço e no tempo); obedece à idiosincrasia e às diversas circunstâncias de cada nação, de cada *civitas*. Na teoria tomista, a lei natural é aquele conjunto de ditames da razão com retidão que prescrevem aquelas condutas adequadas à natureza do homem e proibem as contrárias. Essa lei é natural porque é produto da razão natural, isto é, da razão enquanto naturalmente capta as condutas exigidas pela natureza do homem e as que são contrárias a ela. Porém, não é uma lei imanente à razão, cuja origem primeira seja a natureza do homem; dada a condição de criatura do homem e entendidos os seres criados como uma participação criada do ser subsistente, a lei natural é, para o Aquinate, uma lei divina, naturalmente impressa no homem por via da participação da lei eterna (a lei divina enquanto está na essência de Deus). Por isso, descreve a lei natural como uma participação da lei eterna na criatura racional, isto é, no homem.²⁷

Vê-se, assim, quanto interessante é compreender a teoria do conhecimento racional que Tomás de Aquino defendeu, com a afirmação de que o homem não tem

²⁶ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF : Martins Fontes. 2008. p. 337.

²⁷ HERVADA, Javier. **Ob. cit.**, p. 340.

conhecimentos inatos. Com isto, ele afirma que quando cada homem começa a existir, seu entendimento é como uma lousa limpa na qual não há nada escrito.

Já no que se refere à razão prática, o inato tem a capacidade de saberes e juízos práticos além de a virtude da *sindérese*²⁸. Como exemplo desta afirmação, está a constatação pela qual o homem capta as coisas, parte delas como boas e outras tidas como más. E ao captar cada preceito da lei natural, nasce um ato de razão que é falível o que pode contaminar a essência deste preceito natural e mesmo sendo universal, a ideia do natural pode restar desvirtuada. Neste passo, os preceitos da lei natural, como frutos da natureza humana, resultam em conclusões especulativas ou teóricas influenciadas pelo momento histórico vivido.

Sobre esta modalidade, Hervada acrescenta que:

Para o jusnaturalismo moderno, precursor da Revolução Francesa e imbuído das ideias racionalistas, o sistema jurídico herdado então vigente – de raízes medievais – constituiria a ordem jurídica – obscurantista e retrograda – do Antigo Regime, que deveria ser substituída pelo sistema jurídico de normas naturais ou Direito Natural, entendendo com isso o sistema jurídico deduzido das luzes da razão, como essa expressão era entendida naquela época. Nasceu assim a ideia dos dois sistemas ou ordens jurídicas paralelas e coexistentes: o Direito Natural ou sistema jurídico deduzido da razão e o Direito Positivo ou legislação vigente. Dois sistemas jurídicos, um destinado a ser exemplar do outro (que deveria ser reformado), cada um com sua obrigatoriedade própria e suas peculiares formas de aplicação. Com isso, o Direito Natural ficava separado da vida do foro e do sistema de garantias, que seriam próprias apenas do Direito Positivo – o oposto do típico da doutrina clássica -, e reduzido a um conjunto de normas mais morais que jurídicas. De fato, o jusnaturalismo moderno, de modo implícito ou explícito, transformou com frequência – há exceções – o Direito Natural em moral e a ciência do Direito Natural em filosofia moral.²⁹

Em complemento, acreditamos que o direito positivo permaneça subordinado ao direito natural por duas razões fundamentais: a primeira delas está definida pela necessidade de forçar as pessoas a agirem de modo mediano e razoável. A outra

²⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1838. p. 1589 s.f. (teologia): estado de contrição, remorso, discrição; bom senso; faculdade de julgar corretamente.

²⁹ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF/Martins Fontes. 2008. p. 353

está voltada para a fixação de um modelo futuro de ordem e coexistência social, existente de há muito. Um detalhe para estas duas colocações está na atenção que deve ser dada para o fato de que ambos argumentos derivam da razão prática.

Neste passo e como consequência, decorre a afirmação que o direito natural nasce a partir do momento que surge o homem, daí a integração inseparável entre estes. Daí, também, a colocação de que o direito natural não experimenta crises.

Como crítica ao direito natural, Hobbes acreditava que esse direito, natural por excelência, só levaria à guerra de todos contra todos e à destruição mútua, sendo necessária a criação de um direito positivo ou um contrato social que poderia ser garantido através de um poder centralizado que estabeleceria regras de convívio e pacificação. Este poder ficaria adstrito ao Estado, na condição de dizer a regra e o direito, ao mesmo tempo.

Este acaba sendo um momento importante do direito natural que a partir de então seria sistematicamente renovado pelos adeptos do positivismo jurídico, restando muito clara e abrangente a postura crítica de Hans Kelsen, neste sentido, em dezenas de escritos. Mesmo assim, o direito natural seguiu seu curso e até hoje continua tendo muitos adeptos.

1.2.3 O Século XIX

Com os alvares do século XIX, nota-se o desaparecimento em grande escala do jusnaturalismo provocado pela influência de Kant associado aos movimentos da Escola Histórica. Entretanto, a tese dos dois sistemas (natural e positivo) defendida por Tomás de Aquino mostra-se presente através de sua doutrina clássica contida no Aquinate³⁰. A necessidade de regras para o indivíduo e a sua coletividade aumentou.

Sobre o Imanentismo³¹ contemporâneo, Hervada leciona que:

³⁰ É o conjunto da obra de Aquino (Santo Tomás), por ampliação: coisas do Aquino, sua obra e os estudos relativos a ela. O mundo de Aquino. A filosofia de Tomás de Aquino, mais os estudos relacionados a ela. (DICIONÁRIO informal. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/aquinate>>. Acesso em: set. 2013).

³¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 918. s. m. Teologia: Doutrina que sustenta ser a fé de uma exigência de profundas necessidades do íntimo do ser e não uma graça provinda de Deus.

Com o século XIX, foi produzida rápida expansão do imanentismo de fundo, que invadiu a filosofia moderna e um bom número de ideologias. Tudo isso influenciou na concepção imanentista do Direito, em geral por meio de várias formas de positivismo jurídico. O imanentismo de Direito foi um fenômeno tão generalizado na cultura ocidental que se chegou a falar de 'a morte de Deus'. Por isso, é impropriedade aqui se deter em uns ou outros autores, e é suficiente fazer constar o fenômeno geral, que abrange a maioria das correntes filosóficas e das ideologias políticas e sociais (liberalismo, socialismo, capitalismo, etc). Por outro lado, é muito comum entre os autores nem sequer propor o tema de Deus, mas omiti-lo. A origem do positivismo deve ser encontrada no abandono da metafísica. O repúdio de qualquer concepção transcendente do homem, da sociedade e do Direito é consequência da rejeição da metafísica.³²

Por sua vez, Michel Foucault, em curso ministrado no Collège de France de janeiro a abril de 1979, quando do nascimento da biopolítica, assim se manifestou sobre o direito natural:

Temos [...] a teoria do Direito Natural e Direitos Naturais que fazem valer como direitos imprescritíveis, que nenhum soberano, como quer que seja, pode transgredir. Se há uma natureza que é própria da governamentalidade dos seus objetos e das suas operações, a consequência disso é que a prática governamental não poderá fazer o que tem de fazer a não ser respeitando essa natureza. Se ela atropelar essa natureza, se não a levar em conta ou se for de encontro às leis estabelecidas por essa naturalidade própria dos objetos que ela manipula, vai haver consequências negativas para ela mesma [...].³³

Ao fim, repetindo que este tema desafiaria um universo bem maior de proposituras, destaca-se uma conclusão de que nem o direito natural nem o direito positivo são sistemas completos por si só. Em cada contexto social, onde se nota um sistema jurídico geral, este é formado tanto pela fração natural como pela fração positiva.

³² HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF : Martins Fontes. 2008. p. 402.

³³ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart; sob direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão de tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 12.

E neste sentido, os críticos do direito natural entendem que, apenas por ele, se torna inviável a criação e manutenção da segurança jurídica. Lado outro, os adeptos do direito natural, fundamentam que a segurança jurídica está baseada exatamente nesta modalidade tendo em vista que esta segurança jurídica guarda relação com a dignidade humana, assegurada independente de previsão constitucional porque é um atributo de todo ser humano. E a dignidade da pessoa humana deve ser vista como um princípio, sempre.

Como máxima, independente de estarem positivados ou não, o certo é que os atributos referentes à natureza humana devem sempre ser respeitados. Por tal afirmativa, a dignidade da pessoa humana e suas vertentes, devem imperar em todas as sociedades e assim sempre foi em todos os tempos. Exemplo típico está na igualdade, na paz, na liberdade, na fraternidade, na solidariedade, eis que fundamentais.

O que se vê, em conjunto, é a positivação dos direitos naturais como forma de reforçar sua juridicidade, mas isso não significa que ele ingressa no mundo jurídico neste momento. Estes direitos sempre existiram independentemente de se converterem à regulamentação pelo fato de que são inerentes ao patrimônio espiritual de cada um.

1.3 O Direito Natural e a Justiça

Pelo fato de já haver, acima, uma exposição superficial sobre o direito natural, o tópico a seguir deve cuidar do sincronismo e íntima relação que ele mantém com a Justiça. Justiça que comporta infinitas definições, mas um único sentimento extraído daquilo que o homem recebe quando concebido. Desta forma, iniciamos acreditando que a expressão justiça está relacionada ao respeito mútuo, à igualdade de todos os cidadãos, tendo em vista que tem como princípio básico a finalidade de manter a paz e a ordem social através da manutenção de direitos e a obediência aos deveres. Numa outra ideia, a Justiça se mostra como um termo de caráter abstrato que está ligado ao respeito e observância aos direitos de terceiros.

A Justiça pode ser implementada tanto através de procedimentos voluntários quando observadas as relações entre indivíduos, ou pela interferência estatal,

representada pelos tribunais. Em Roma, a justiça trazia a imagem da Deusa Themis, que se mostrava de olhos vendados com o propósito de demonstrar que não via ninguém, mas, tão somente o direito a ser utilizado e que todos eram iguais perante esta lei, destacando a noção de igualdade para todos e entre todos. Themis traz numa das mãos uma balança indicando que a justiça deve sempre buscar o equilíbrio e a equidade.

Tratando-se, pois, como já afirmado acima, de um conceito abstrato que mantém uma íntima relação aos termos morais torna-se de difícil definição, entretanto, mesmo assim, a maioria das pessoas consegue compreender, com o uso do direito natural, o seu significado sem poder explicá-lo de uma maneira precisa.

Depois de algumas leituras, acreditamos que uma das formas mais pedagógicas de se buscar a compreensão da expressão justiça centra-se na tentativa de lembrar que ela é aplicada desde a antiguidade e que o seu uso vem dando certo. Por exemplo, vê-se que na bíblia os governantes de muitos povos eram juízes que, nesta condição, estudavam as causas dos conflitos e assim aplicavam as leis. É certo que o modelo acima utilizado aparenta cunho religioso, entretanto a base da justiça acaba sendo a mesma em toda a evolução do homem. E apesar de todas as noções sobre a justiça representarem um ideal a ser alcançado, tem-se que a modalidade trazida por Platão é a que, provavelmente, mais se mantém atualizada. O filósofo ateniense que viveu entre 427 a 347 a.C, já naquela época, preocupou-se em fundamentar a ideia de justiça.

Nesta esteira, está Thomas Hobbes, considerado um dos filósofos que, ao buscar formas de compreender as necessidades em conjunto com a razão humana, contribuiu mais para o universo jurídico do que para o lado filosófico, ao sustentar que as leis deveriam ser instrumentos responsáveis pelo tão sonhado convívio harmônico, mantendo a paz entre os homens. Para Hobbes o conceito de justiça tem de ser entendido com a única forma de se garantir à obediência às leis postas. Ele defendia, ainda, que a justiça deve ser um constante valor na razão humana por dever obediência ao Estado, na condição de mantenedor da estabilidade de todas as modalidades de tratos feitos entre os homens.

E após a análise supra da maneira pela qual se dá a intervenção estatal torna-se mais fácil constatar a necessidade da presença da justiça, o que somado a

alguns critérios jusfilosóficos, possibilita visualizar a certeza de que esta filosofia hobbesiana destinou muita influência aos juspositivistas.

A afirmação acima decorre da experiência cotidiana observada no aumento do número de demandas que está sobrecarregando os tribunais brasileiros. O jurisdicionado aciona o Judiciário porque não confia mais no seu contratante, deixou para um segundo plano o que foi pactuado, não respeita o trato feito que exteriorizou a sua vontade ou necessidade, porque assim estão se portando os seus iguais. E como o acesso ao Judiciário foi em muito facilitado, às vezes o que se observa é mais uma aventura jurídica do que a busca por uma pretensão subjetivamente resistida. Esta é uma questão de muito estudo e reflexão tendo em vista que a ideia que se forma sobre este cenário encontra resposta nos dilemas éticos e morais em que estamos vivendo.

No livro *A Rebelião de Toga*³⁴, José Renato Nalini entende e assim defende que a sobrecarga de demandas que vive o Judiciário é resultado não apenas da facilidade de acesso e do despertar da cidadania, mas, sobretudo, ela reflete, também, uma crise de valores. Nalini afirma que não se respeita mais o que foi ajustado entre as partes e assim propõe a necessidade de conciliar, de um lado, a cooperação pacífica e a afirmação pessoal e de outro, a conduta individual e o bem-estar coletivo que impregna os conflitos, destacando que estes temas precisam ser encarados de maneira progressista.

Diz mais:

Não existem certezas nesse campo minado em que a Justiça deve atuar – tanto para pacificar quanto para sinalizar o que é correto. Temos de aprender a viver sem garantias.³⁵

Como conclusão, José Renato Nalini ratifica que toda sentença judicial deve ter um conteúdo ético, claro, assim exposto às partes, ao afirmar que:

³⁴ NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

³⁵ Informações dadas durante encontro de Ministros e Desembargadores do Tribunal Superior do Trabalho. (FEIJÓ, Carmem. *Curso para Magistrados discute a ética em tempos de ambiguidade moral*. 13 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br/?p=1880>>. Acesso em: out. 2013).

Restringir a sentença a uma técnica asséptica e pretensamente neutra é trilhar o caminho da indiferença, da insensibilidade, da omissão e do descompromisso para com os valores fundamentais. O excessivo formalismo, a opção pelo procedimentalismo estéril, a procrastinação deliberada, a desatenção quanto aos aspectos extrajurídicos de cada processo não é senão desconsideração a esses comandos constitucionais.³⁶

Estas lições, com muita propriedade, rumam no sentido daquilo que hoje se encontra nas barras do Judiciário. De fácil constatação, estamos vivendo num período de descrença da ética, do esquecimento dos valores, do uso da falsa palavra o que resulta na busca por soluções judiciais capazes de contemplar um ato praticado, alheio ao caminho da retidão de conduta. Exemplo comum está fincado na aplicação do instituto prescricional para o que acrescentamos a máxima de “quem deve, deve pagar”. Infelizmente, para muitos ainda vigora o período de se levar vantagem em tudo, de manobras sub-reptícias, do uso da malandragem e de se valer de expedientes legais inteiramente desatualizados.

No sentido de valoração da ética, esta que pode em muito auxiliar as questões contemporâneas e por muito oportuno, há um movimento iniciado pelo Tribunal Superior do Trabalho com o propósito de direcionar a todos os Juízes, incluindo os que estão sendo formados, noções de ética, de princípios filosóficos, para que evitem construções puramente técnico-jurídicas, eis que o Juiz é um do povo, veio do povo, para resolver os conflitos deste povo.

1.4 O Justo Natural e o Justo Legal

De plano, aproveitamos uma antiga lição de Aristóteles que se firmou ainda mais com Santo Tomás de Aquino³⁷ e, mais adiante, com a escolástica das Espanhas, afirmativa que dá conta da divisão do justo político em justo natural e

³⁶ NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 417.

³⁷ Tomas de Aquino partiu de alguns pontos básicos do aristotelismo e os modificou. Uma tarefa difícil, pois Aristóteles acreditava em preceitos gregos da seguinte ordem: o mundo era eterno e não produto de criação; o primeiro motor, que poderia ser Deus, conhecia sua própria perfeição e era indiferente aos humanos de modo a nem saber da existência destes; a alma não era imortal, o objetivo da vida era a felicidade; o orgulho como uma virtude e a humilhação como um vício. (GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. Santo Tomás de Aquino: do anti-nominalismo ao problema da fé versus razão). Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/filosofia/aula10ghiraldelli.html>>. Acesso em: jun. 2014.

justo legal (ou justo positivo), cuja referência básica encontra-se fundada na obra “*Ética a Nicômaco*”³⁸, na qual a justiça política é de duas espécies: uma, natural, a outra, legal. É natural aquela que, tem em toda parte a mesma força e não depende desta ou daquela opinião; legal é aquela que, à origem, pode ser indiferentemente isto ou aquilo, mas que, uma vez estabelecida, impõe-se.

Santo Tomás aprofunda essa lição e numa outra passagem ratifica a ideia da divisão do justo como da forma supra:

[...] o direito ou o justo é algo adequado a outro, conforme a certo modo de igualdade. Mas uma coisa pode ser adequada a um homem de duas maneiras. Primeira, atendida a natureza mesma da coisa; por exemplo, quando um dá tanto para receber outro tanto; e isto é Direito Natural. Segunda, por convenção ou comum acordo, é dizer, quando alguém se manifesta satisfeito com receber tanto; por convênio privado, como o que se constitui mediante um pacto entre pessoas particulares; ou por convenção pública, v.g., quando todo o povo consente que algo seja considerado como adequado ou ajustado a outro, ou quando o ordena assim o príncipe que tem a seu cargo o cuidado do povo e representa sua pessoa. E isto é Direito Positivo.³⁹

Torna-se fácil a compreensão de que a partir da concepção do justo político e das características que o envolvem, resultam outras duas formas de justo: o legal e o natural. O natural é aquele que por si só tem razão de ser, autossustentável, ele independe de um complemento, independe de uma positividade para que se torne necessário, pois ele assim já o é. Está garantido em todos os lugares da mesma forma e com a mesma intensidade e potência, variando, apenas, por fatores naturais à exceção de qualquer outra interferência.

Lado outro, o justo legal mostra-se como a tentativa de se atingir a prosperidade social por meio de leis postas que buscam regular as relações entre todos em proveito de todos. E assim, dá-se a positivação daquilo que os legisladores

³⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araújo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999. GEREMEK, Bronislaw. El marginado. In: LE GOFF (Dir.). *El hombre medieval*. Madrid: Alianza, 1991. EDLA, 1981-1134, promulgada el 16/03/81.

³⁹ Suma Teológica, IIa.-IIae., Q. LVII, art.2º, *respondeo* (apud DIP, Ricardo Henry Marques. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico — alvará para matar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 734, p. 519, dez. 1996). Ricardo Henry Marques Dip, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo; Membro da Academia Paulista de Direito.

entendem como o valor do justo para a convivência política por meio do juízo deles, ou seja, daquela matéria suscetível de variabilidades. A instituição destas regras como forma de justiça visa atingir o fim último para o qual ela oferece os meios.

Estes preceitos legais instauram-se a partir de uma modalidade genérica que envolve um processo legislativo. Todavia, este processo deve se adequar ao caso real da maneira como ele for e assim deve levar em consideração especificidades deste caso até atender todas as exigências humanas para o bem viver. E para tal adequação existem as sentenças e os decretos que ajustam a regra ao meio onde deverá ser exigida. Tal adequação acentua o caráter não natural dos preceitos legais demonstrando que estes apenas existem por força de convenção.

Esta variação é uma característica do justo legal pelo fato de se igualar às demais convenções feitas pelos homens que variam de um local para outro e de época em época. Contudo, num outro universo dos que identificam o justo político com a modalidade legal com possibilidade de mutabilidade, há aqueles crentes na existência de algo que vai além da simples compreensão da qual se vale o legislador, que não deixa de ser o justo natural, amparado pela natureza com aceitação e validade universais.

Desta forma, enquanto se vê a justiça legal apontando para a multiplicidade, de outra banda a justiça natural assim o faz para a unidade de tratamento de uma matéria reputada de grande importância para a coletividade. Enquanto as respostas apresentadas pelo justo legal são muitas, dependentes do modelo de cada constituição política que se analisa, a resposta oferecida pelo justo natural sempre é única e homogênea.

Esta aparente dicotomização entre o justo natural e o justo legal é observada pelos sofistas que vislumbravam as leis como um simples resultado do esforço do legislador, portanto, de natureza variável e por isto não possuíam nenhum caráter natural.

Nesta linha, Aristóteles afirma que o homem é um ser naturalmente político, circunstância que não expressa a convicção de que uma ordem de subordinação política é natural ao homem, mas a de que, pelo contrário, o homem foi naturalmente feito para exercer uma autoridade política e instituir assim a ordem que responde ao fim último de toda associação, qual seja o bem estar, o estar bem. Por este ângulo, a

justiça, considerada legal, tem de ser confeccionada valendo-se da justiça natural, eis que em função da sociedade.

Há uma grande relação entre os termos *aequo* e justo, porém não se pode identificá-los, na totalidade. Antes mesmo, eles devem ser diferenciados naquilo que lhes peculiariza. O *aequo* é algo para além do justo e por isso mais desejável. De certa forma a justiça (o justo) é tudo o que o bom cidadão prescreve quando está à frente da cidade. Assim, a justiça antes de ser na política uma qualidade das leis é a virtude do bom legislador; o homem justo serve ao interesse de uma comunidade porque suas outras virtudes poupam-lhe as consequências de uma imperfeição pessoal. O *aequo*, por sua vez, é a capacidade do Julgador de transferir a justiça da lei para a realidade concreta, com evidências de que a diferença entre a estaticidade das leis e a variabilidade da práxis humana, a equidade é, pois, a correção dos vícios da lei. Ela se torna necessária a partir da percepção de que, se do contrário fosse, ocorreria uma situação injusta, decorrência da não capacidade da lei abranger todos os casos possíveis.

Assim sendo, a equidade resulta numa virtude que nasce no seio do homem, observada na aplicação da lei ao caso concreto. Ela funciona como a prudência sendo que nas relações privadas ela representa a excelência do homem altruísta.

Ainda na teoria aristotélica, o Julgador acaba funcionando como mediador de todo o processo, a quem incumbe colocar os indivíduos considerados desiguais em situação de igualdade pela aplicação da justiça. Igualdade absoluta.

Pode o Juiz servir-se ou não de seu arbítrio ou de seus interesses, mas deve, sempre, valer-se do que está convencionado e assim determinado na legislação. A posição do Juiz, principalmente do Juiz do terceiro milênio, deve ser de completa imparcialidade de um lado e de outro, a personificação da justiça porque o Julgador não é um convidado de pedra.

Daí a afirmação de que a função maior da justiça é buscar pelo equilíbrio e pela coexistência social, conduzindo as partes ao *status quo ante*, quando a situação assim o permitir, ou da manifesta participação e imposição no caso de arbitramento relacionado àquilo que seja o objeto da pretensão subjetivamente resistida, entre as partes. Cumprido ao Juiz na sua função maior, por representar o Estado-Juiz, diante do monopólio que este detém de distribuir a justiça, exercitar a

correção de uma situação social, inclusive com o uso da equidade no julgamento que se firma na lei, no sentido de, realmente, como já dito, personificar a justiça.

Pelos capítulos que se seguem, diante das modalidades de justiça que lá serão tratadas, deverá haver uma melhor acomodação da ideia nuclear de justiça.

1.4.1 A ideia do Justo Natural

Ao depois de já registradas acima as noções sobre o direito natural e seus desdobramentos, fixando a relação de dependência que este empresta ao direito positivo, não há necessidade de trasladar frases ou expressões já anunciadas. Para tanto, iniciamos trazendo que há um pensamento moderno que distingue o significado da palavra ideia quando confrontada com a palavra conceito. Como exemplo, tem-se que a liberdade e a igualdade são ideias e que, desde Kant, fundamentam o conceito de justiça. Assim, essa ideia centrada na justiça objetiva se consolidar no mesmo ritmo do desenvolvimento material e espiritual da humanidade. Observa-se, com isto, que Kant pretendeu delinear o ideal do direito, na tentativa de padronizar qualquer forma de legislação que, assim, pretendesse ser considerada justa, na íntegra, mesmo sabendo que nenhuma legislação conhecida tenha conseguido esse ideal.

Com este pensamento, vislumbra-se que esta ideia de justiça acaba correspondendo a momentos de inserção no “logos”⁴⁰ da sociedade política.

O jusnaturalismo representa uma doutrina pela qual a existência de um direito natural (*ius naturale*), representa um sistema de normas de condutas intersubjetivas distinto, embora de grande influência. De um modelo constituído pelas regras postas resultantes da atuação estatal que deve sempre ser levado à condição superior a qualquer outra modalidade, qualquer que esta seja.

Norberto Bobbio afirma que esta doutrina que sustenta o jusnaturalismo é:

⁴⁰ Logos significa, inicialmente, a palavra escrita ou falada - o verbo. Mas a partir de filósofos gregos como Heráclito, passou a ter um significado mais amplo. Logos passa a ser um conceito filosófico traduzido como razão, tanto como a capacidade de racionalização individual ou como um princípio cósmico da ordem e da beleza. (Logos. *In*: <www.philosophy.pro.br/logos.htm>. Acesso em: abr. 2012).

[...] antiética à doutrina do positivismo jurídico, segundo a qual há apenas um direito, aquele estabelecido pelo Estado, cuja validade independe de qualquer referência a valores éticos.⁴¹

A ideia de igualdade, desde a Grécia clássica, sempre se mostrou como o principal esteio da sua congênere, a ideia de justiça, ao passo que na Grécia pré-socrática, esta mesma justiça era vista como uma ordem natural a que o homem deveria se submeter. Diametralmente oposta, estava a injustiça, representada pela inversão desta primeira observação, resultado que se derivava da subjetividade ou particularidade de cada indivíduo.

Dessarte, à medida que a ordem natural tornava-se passível de julgamento esta deixava de funcionar como medida transcendental do homem. E é sempre bom e prudente lembrar que a ideia do justo natural surge com o nascimento do pensamento, porque o justo natural sempre tem a mesma força e em todos os lugares, não ficando a mercê do pensamento variável dos homens e de sua correspondente aplicação. Também não depende de validade, de força e sua aceitação se dá de forma universal diante do respaldo que encontra na natureza humana, por não depender da vontade do legislador. Por oportuno, registramos, novamente, que o homem foi o seu primeiro legislador.

De outra banda, tem-se como justiça legal aquela que pode ser determinada observando as mais variadas formas de sociedade, dependente de posteriores prescrições e de decretos. O justo legal está representado por meio das leis escritas e direcionadas aos particulares. Essa divisão do direito é discutida desde os sofistas até os dias atuais. Alguns dizem que o natural engloba o legal, outros dizem que o legal é aplicação do natural, que por ser fictício assim permanece enquanto não for positivado.

O direito natural justifica sua origem e existência em decorrência de um direito fundado na natureza das coisas o que atrai e sempre se relaciona com a presença divina. Como já afirmado, desde os primeiros pensadores gregos, o direito natural é entendido como suprapositivo, aquilo que é ideal tendo em vista que resulta do que é essencialmente justo. Por este raciocínio, correto e fácil concluir que o direito

⁴¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1983. p. 656.

natural, por sua origem e essência permite outorgar ou não a legitimidade ao direito positivo. A sua fixação no meio social dá-se pela inequívoca aplicação imediata eis que absoluto e intemporal, mesmo observadas as diferentes culturas e épocas. É que ele carrega todos os valores essenciais da vida.

Ao contrário, o positivismo não reconhece senão aquilo que o lastreia, ou seja, o direito posto. E pelo fato de ter sido, desta forma, determinado pelo homem, ele nega a existência e os resultados de um direito natural, diante da subjetividade que sempre o acompanha.

O liame entre o direito natural e a natureza das coisas o legitima na sua aceitação e prática. Esta aceitação resulta ao saber que ele não se origina na vontade controlada do homem. Ao contrário, funda-se no fato de que ele possibilita a concretização dos projetos de cada indivíduo dentro do grupo social, por ser universal, imutável e cognoscível, características que são capazes de acolher todos os homens, em todos lugares e épocas.

Relativamente às funções que o direito natural desempenha, ele se destaca como fundamento universal, responsável pela legitimação do regramento jurídico posto, funcionando como auxiliar constante que assim intervém na interpretação mais apropriada e desta forma na integração e eventual correção quando observadas as lacunas nas normas jurídicas.

Assim, ao contrário do que pensam alguns, o direito natural não deve ser interpretado como um embargo ao progresso do direito, quando conhecidas e compreendidas as suas origens e finalidades. Antes, até de outro modo, deve, isto sim, ser elevado à condição fundamental de auxiliar e estimular o legislador, funcionando como importante ponto de referência quando da busca e manutenção de valores humanos.

1.5 A Filosofia

Óbvio que o tema supra, a exemplo de outros, também comporta infinitas proposições e indagações, tendo em vista a sua dimensão e alcance. Entretanto, faremos uma modesta apresentação para que o leitor consiga seguir adiante, numa interpretação e convencimento concatenados.

Entre as muitas concepções encontradas sobre a Filosofia, acreditamos que frente à proposta deste estudo a que melhor se encaixa nesta contextualização é aquela que expressa o amor à sabedoria, a relação com o conhecimento, com a existência e com os princípios.

Uma outra forma própria da Filosofia centra-se no fato de que ela não se vale, a rigor, de estudos e procedimentos empíricos quando de suas investigações. Entre seus métodos, estão a argumentação lógica, a análise conceitual, as experiências de pensamento entre outros métodos.

O destaque deste tema vai ficar dirigido à Sócrates, Platão e Aristóteles, pois assim considerados os autores mais completos da Filosofia na modalidade antiga diante da influência que exerceram. Com relação à Sócrates, destaca-se entre os seus poucos relatos, que:

Os primeiros filósofos gregos, geralmente chamados de pré-socráticos, dedicaram-se a especulações sobre a constituição e a origem do mundo. O principal intuito desses filósofos era descobrir um elemento primordial, eterno e imutável que fosse a matéria básica de todas as coisas. Essa substância imutável era chamada de *physis* (palavra grega cuja tradução literal seria natureza, mas que na concepção dos primeiros filósofos compreendia a totalidade dos seres, inclusive entidades divinas).⁴²

Sócrates, na condição de inquiridor implacável, sustentava a ideia de que a virtude era o conhecimento e as faltas morais provinham da ignorância.

Que o indivíduo que adquirisse o conhecimento perfeito seria inevitavelmente bom e feliz.⁴³

Platão não considerava as ideias como construções psicológicas e por este argumento, veementemente, as rebatia. Por isto, ao lhes atribuir realidade objetiva ele sustentava este convencimento, afirmando que:

⁴² BORNHEIM, Gerd. (Org.). **Os filósofos pré-socráticos**. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 13.

⁴³ STONE, Isidor F. **O julgamento de Sócrates**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1988. p. 61.

[...] elas integram um mundo suprassensível, uma dimensão por poucos percebida, captada apenas com o uso do íntimo da razão.⁴⁴

Esta, em síntese, é a famosa teoria de Platão que recaía sobre as ideias, por ele ilustrada na obra Alegoria da Caverna. Nesta obra, Platão se vale de um cenário representado por uma caverna na qual se encontram vários prisioneiros amarrados de forma que só conseguem ver a parede ao fundo desta caverna. No fundo, nas costas dos prisioneiros, existe um muro com a altura de um homem médio. Atrás desse muro, algumas pessoas transitam portando estátuas de formas diversas – estátuas que são réplicas de coisas que estão no nosso dia a dia (pessoas, árvores, pássaros etc). Neste cenário, ainda, há uma grande fogueira que fica atrás desse muro e dos carregadores. A projeção da luz da fogueira faz com que as sombras das estátuas sejam lançadas sobre o fundo da parede. As conversas entre os carregadores em conjunto com outros sons ecoam ao fundo da caverna, representando os prisioneiros que são resultados das sombras que eles veem. Por essa situação imaginária, restam aos prisioneiros presumir que as sombras e os ecos representam tudo o que lá existe, diante do fato de que eles nunca puderam ver nada além das sombras projetadas na parede da caverna, circunstância que faz com que acreditem que apenas as sombras são reais.

Entretanto, se um dos prisioneiros se libertasse, passaria a saber que as estátuas estavam atrás dos prisioneiros e seriam mais reais do que as sombras projetadas. E ao deixar a caverna, a luz natural seria um incômodo inicial, entretanto, já estaria livre e com ela se acostumaria. Para esta libertação do prisioneiro, Platão atribuiu a libertação do filósofo com um trajeto voltado à busca da razão, num processo lento e programático em direção ao conhecimento.

Para Aristóteles, discípulo de Platão, a hipótese de uma realidade separada e independente, constituída apenas por entidades

⁴⁴ O Mito da Caverna, ou Alegoria da Caverna, foi escrito pelo filósofo Platão e está contido em “A República”, no livro VII. Na alegoria narra-se o diálogo de Sócrates com Glauco e Adimato. (CARNEIRO, Pablo Fabiano Barbosa. **Mito da caverna: uma reflexão atual**. Revista Filosofia, São Paulo: ed. 23, 2010. Disponível em: <<http://filosofia.uol.com.br/filosofia/ideologia-sabedoria/23/mito-da-caverna-uma-reflexao-atual-178922-1.asp>>. Acesso em: mar. 2013).

inteligíveis, era uma duplicação do mundo absolutamente desnecessária.⁴⁵

É que na visão de Aristóteles, o conteúdo de uma determinada coisa não consiste apenas numa modalidade suplementar e individualizada, mas, ao contrário, numa forma que lhe é imanente e que sustenta a matéria, propiciando, no caso dos organismos vivos, o seu desenvolvimento de acordo com a sua essência. Como conclusão, tem-se que na filosofia platônica impera uma certa dose de desconfiança relacionada ao saber extraído dos sentidos, sendo que na filosofia aristotélica o conhecimento absorvido da visão, da audição, do tato etc, resta catalogado como o ponto de início para o empreendimento científico.

Aristóteles foi um pesquisador infatigável e seus interesses abarcavam praticamente todas as áreas do conhecimento. Foi o fundador da biologia e o criador da lógica como disciplina. Fez contribuições originais e duradouras na metafísica e teologia, na ética e política, na psicologia e estética. Além de ter contribuído nas mais diversas disciplinas, Aristóteles realizou a primeira grande sistematização das ciências, organizando-as conforme seus métodos e abrangência. Em cada uma das disciplinas que criou, ou ajudou a criar, Aristóteles cunhou uma terminologia que até hoje está presente no vocabulário científico e filosófico. Como exemplos, as palavras substância, categoria, energia, princípio e forma.⁴⁶

Na transição do século IV para o século III a. C., durante o período helenístico, formam-se duas escolas filosóficas cujos ensinamentos representam uma clara mudança de ênfase em relação à Academia de Platão e à escola peripatética de Aristóteles. Sua preocupação é principalmente a redenção pessoal. Tanto para Epicuro (341-270 a. C.) e seus seguidores como para Zenão de Cítio e demais estoicos o principal objetivo da filosofia deveria ser a obtenção da serenidade de espírito. As duas escolas também se assemelham na crença de que esse objetivo passa por uma espécie de harmonia entre o indivíduo e a natureza, mas divergem quanto à forma de se realizar essa harmonização. Para Epicuro, a sintonia com a natureza supõe a aceitação das necessidades e desejos naturais e dos prazeres

⁴⁵ MORENTE, Manuel Garcia. **Lecciones preliminares de filosofía**. In: *Obras completas*. Barcelona: Anthropos; Madrid: Fundación Caja de Madrid, 1996. v. 1. p. 87.

⁴⁶ DURANT, Will. **A história da filosofia**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 75.

sensoriais. Dessa forma, ele preconiza a fruição moderada dos prazeres e a comedida gratificação dos desejos.⁴⁷

Os estoicos, por outro lado, sustentavam a crença de que o cosmos e os seres humanos partilhavam de uma mesma origem, divina. O ideal filosófico de vida seria, na concepção dos estoicos, a adesão à necessidade racional da natureza e o desenvolvimento de uma absoluta imperturbabilidade (ataraxia) em relação aos fatos e eventos do mundo.

A antiguidade tardia viu ainda o florescimento de uma nova interpretação do platonismo, de acentuada tendência mística – o chamado Neoplatonismo. Seu principal representante, Plotino (205-270), defendeu que o princípio fundamental e divino do universo seria o Uno e que desse princípio fundamental emanavam novas realidades, de diferentes graus de perfeição. O universo material e sensível – o “mundo das sombras” da alegoria platônica – seria uma emanção distante do Uno, e, por isso, apresentaria os traços de imperfeição e inconstância que o caracterizam.⁴⁸

É a busca da causa das causas, a busca da origem das origens.

Nota-se um período que envolveu a idade antiga e a idade média, no qual a filosofia teve uma abrangência sobre quase todas as áreas relacionadas à investigação teórica, com destaques às disciplinas completamente abstratas, em que o objeto nuclear fundava-se no ser enquanto ser, além de envolver, também, pesquisas acerca de outros assuntos mais complexos e específicos, entre os quais a queda dos corpos e a catalogação de todos os seres vivos. Já a partir do século XVII, especificamente, vários ramos do conhecimento começaram a se desvencilhar da filosofia passando desta forma a se constituírem em ciências independentes com técnicas e métodos próprios priorizando, sobretudo, a observação e a experimentação.⁴⁹

Ainda neste sentido:

Apesar disso, a filosofia atual ainda pode ser vista como uma disciplina que trata de questões gerais e abstratas que sejam relevantes para a fundamentação das demais ciências particulares

⁴⁷ REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga: os sistemas da Era Helenística**. São Paulo: Loyola, 2008. p. 214.

⁴⁸ COOPER, David E. **Filosofias do mundo**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 167.

⁴⁹ MORENTE, Manuel García. **Fundamentos de filosofia: lições preliminares**. São Paulo: Mestre Jou, 1980. cap. 1. p. 23.

ou demais atividades culturais. A princípio, tais questões não poderiam ser convenientemente tratadas por métodos científicos.⁵⁰

Depois de uma interpretação sistemática que envolve este assunto, surge o convencimento de que, por razões de conveniência acadêmica e especificidade, os problemas filosóficos foram agrupados em diferentes subáreas temáticas, merecedoras de estudos mais profundos e detalhados.

O que aqui nos cabe registrar, de forma resumida, é que:

A admiração é a verdadeira característica do filósofo. Não tem outra origem a filosofia.⁵¹

A Filosofia, é diferenciada das demais ciências porque, ao contrário das outras:

[...] os problemas tipicamente filosóficos não podem ser resolvidos por observação e experimentação.⁵²

Foram várias as alterações e restrições que o conceito de filosofia sofreu e ainda vai sofrer, todas dependentes das escolas e correntes filosóficas, circunstância que desautoriza a tentativa de elaborar uma definição que possa ser aceita universalmente.

O sociólogo e filósofo alemão Georg Simmel⁵³ ressaltou esse ponto ao dizer que:

⁵⁰ HUISMAN, Denis; VERGEZ, André. **Curso moderno de filosofia: introdução à filosofia das ciências**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1980. p. 155.

⁵¹ PLATÃO. **Teeteto**. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Ed. Universidade Federal do Pará, 1973. p. 37.

⁵² MAGEE, Bryan. **História da filosofia**. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 7.

⁵³ Georg Simmel é reconhecido como um dos fundadores da sociologia alemã, ao lado de Max Weber e Ferdinand Tönnies. De ascendência judia, nasceu em Berlim e viveu de 1858 a 1918, época conturbada e instigante da história alemã e mundial. Pensador fascinante e aventureiro, suas múltiplas preocupações levaram-no a temas aparentemente díspares, como a vida urbana, o dinheiro, a prostituição, a arte, o estilo de vida moderno e as religiões. *Apud* RIBEIRO, Jorge Cláudio. George Simmel, pensador da religiosidade moderna. **Revista de Estudos da Religião - REVER**, São Paulo, n. 2, p. 109, 2006 (Professor titular do Depto. Teologia e Ciências da Religião/PUC-SP, pesquisador, editor da Olho d'Água e escritor. Endereço eletrônico: editora.olhodagua.com.br. (. Disponível em: <www.pucsp.br/rever/rv2/_2006/p_ribeiro.pdf>. Acesso em: mar. 2014).

[...] um dos primeiros problemas da filosofia é o de investigar e estabelecer a sua própria natureza. Talvez a filosofia seja a única disciplina que se volte para si mesma dessa maneira. O objeto da física não é, certamente, a própria ciência da física, mas os fenômenos óticos e elétricos, entre outros. A exemplo, tem-se que a filologia ocupa-se de registros textuais antigos e da evolução das línguas, mas não se ocupa de si mesma. A filosofia, no entanto, move-se neste curioso círculo. Ela determina os pressupostos de seu método de pensar e os seus propósitos através de seus próprios métodos de pensar e propósitos. Não há como apreender o conceito de filosofia fora da filosofia; pois somente a filosofia pode determinar o que é a filosofia.⁵⁴

E complementa:

A filosofia medieval pode ser considerada, em parte, como prolongamento da filosofia greco-romana. Assim, pode-se dizer que houve filosofia nessa época porque houve continuidade e sobrevivência da filosofia antiga: os medievais se preocuparam em assimilar, à medida que lhes foi possível, a prática e o saber das gerações anteriores.⁵⁵

Por isto, a afirmação de que a filosofia no período medieval, etapa que durou mil anos, aproximadamente, restou representada pela filosofia da Europa Ocidental e do Oriente Médio. A Idade Média carregou por muito tempo o epíteto depreciativo de “idade das trevas”⁵⁶, atribuído pelos humanistas renascentistas. E a filosofia desenvolvida nessa época sofreu do mesmo desprezo. No entanto, essa era de aproximadamente um milênio foi o mais longo período de desenvolvimento filosófico na Europa e um dos mais ricos.

Jorge Gracia defende que:

[...] em intensidade, sofisticação e aquisições, pode-se corretamente dizer que o florescimento filosófico no século XIII rivaliza com a época áurea da filosofia grega no século IV a. C.⁵⁷

⁵⁴ SIMMEL, Georg. **On the nature of philosophy**. In: WOLFF, K. H. (Ed.). *Georg Simmel, 1858-1918: a collection of essays with translations and a bibliography*. Columbus: The Ohio State University Press, 1959. p. 282.

⁵⁵ RAMÓN GUERRERO, Rafael. **Historia de la Filosofía Medieval**. Madrid: Ediciones Akal, 1996. p. 10.

⁵⁶ A expressão “idade das pedras” é uma periodização histórica que enfatiza as deteriorações culturais e econômicas que ocorreram na Europa conseqüentes do declínio do Império Romano.

⁵⁷ GRACIA, Jorge. **Medieval philosophy**. In: BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, Eric P. (Ed.). *The Blackwell Companion to Philosophy*. Malden: Blackwell Publishers, 2003. p. 619.

A transição da Idade Média para a Idade Moderna foi marcada pelo Renascimento e pelo Humanismo.⁵⁸

Nesse período de transição, a redescoberta de textos da Antiguidade contribuiu para que o interesse filosófico saísse dos estudos técnicos de lógica, metafísica e teologia e se voltasse para estudos ecléticos nas áreas da filologia, da moralidade e do misticismo. Os estudos dos clássicos e das letras receberam uma ênfase inédita e desenvolveram-se de modo independente da escolástica tradicional. A produção e disseminação do conhecimento e das artes deixam de ser uma exclusividade das universidades e dos acadêmicos profissionais, e isso contribui para que a filosofia vá aos poucos se desvincilhando da teologia. Em lugar de Deus e da religião, o conceito de homem assume o centro das ocupações artísticas, literárias e filosóficas⁵⁹.

De grande influência na filosofia moderna, o cientista, matemático e filósofo francês René Descartes que “redirecionou o foco da discussão filosófica para o sujeito pensante. O projeto de Descartes era o de assentar o edifício do conhecimento sobre bases seguras e confiáveis”.⁶⁰

Para tanto, ele acreditava ser necessário um procedimento prévio de avaliação crítica e severa de todas as fontes do conhecimento disponível, num procedimento que ficou conhecido como dúvida metódica. Segundo Descartes, ao adotar essa orientação, constatamos que resta como certeza inabalável a ideia de um eu pensante: mesmo que o sujeito ponha tudo em dúvida, se ele duvida, é porque pensa; e, se pensa, é porque existe. Essa linha de raciocínio foi celebrizada pela fórmula “penso, logo existo” (*cogito ergo sum*).⁶¹

No projeto cartesiano estão presentes três pressupostos básicos: (1) a matemática, ou o método dedutivo adotado pela matemática, é o modelo a ser seguido pelos filósofos; (2) existem ideias inatas, absolutamente verdadeiras, que de alguma forma estão desde

⁵⁸ SCHMITT, Charles; SKINNER, Quentin (Ed.). **The Cambridge history of renaissance philosophy**. Cambridge University Press, 1988. p. 5.

⁵⁹ COPENHAVER, Brian P.; Schmitt, Charles. **Renaissance philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 24.

⁶⁰ RUSSELL, Bertrand. **History of western philosophy**. London: Routledge, 2004. p. 511.

⁶¹ DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Ed. Unesp, 1999. pte. 4. p. 24.

sempre inscritas no espírito humano; (3) a descoberta dessas ideias inatas não depende da experiência – elas são alcançadas exclusivamente pela razão. Esses três pressupostos também estão presentes nas filosofias de Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) e Baruch Spinoza (1632-1677), e constituem a base do movimento filosófico denominado racionalismo.⁶²

Por isto, o conjunto dos seres humanos, sua história, sua arte, sua ciência e sua religião formavam as manifestações desse espírito absoluto numa marcha dinâmica rumo ao auto conhecimento. E como comparação, enquanto na Alemanha o idealismo apoderava-se do debate filosófico, na França, Augusto Comte retomava uma orientação mais próxima das ciências e inaugurava o positivismo e a sociologia.

Na visão de Comte:

[...] a humanidade progride por três estágios: o estágio teológico, o estágio metafísico e, por fim, o estágio positivo. No primeiro estágio, as explicações são dadas em termos mitológicos ou religiosos; no segundo, as explicações tornam-se abstratas, mas ainda carecem de cientificidade; no terceiro estágio, a compreensão da realidade se dá em termos de leis empíricas de “sucessão e semelhança” entre os fenômenos.⁶³

Ainda,

[...] a plena realização desse terceiro estágio histórico, em que o pensamento científico suplantaria todos os demais, representaria a aquisição da felicidade e da perfeição.⁶⁴

Nesta mesma etapa, no campo da ética, os filósofos ingleses Jeremy Bentham e John Stuart Mill elaboravam os princípios fundamentais do utilitarismo.⁶⁵ Para eles, o valor ético não é algo intrínseco à ação realizada. Este valor deve ser mensurado conforme as consequências da ação, pois a ação eticamente recomendável é aquela que maximiza o bem-estar na coletividade. John Stuart Mill

⁶² MAGEE, Bryan. **História da filosofia**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 83

⁶³ COOPER, David E. **Filosofias do mundo**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 371.

⁶⁴ RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**. São Paulo: Ediouro, 2004. p. 442.

⁶⁵ HEGENBERG, Leônidas. **Filosofia moral: ética**. Rio de Janeiro: E-papers, 2010. v. 1. p. 22.

destacou-se por sua vertente filosófica centrada na busca pela felicidade voltada à sociedade.

Com um grande destaque de cunho filosófico no século XIX, por não ser de autoria de um filósofo, está a evolução das espécies por seleção natural de Charles Darwin que até hoje predomina.

Ainda no século XIX alguns filósofos colocam em debate a influência da razão com destaque aos elementos da vontade e da emoção do indivíduo. Entre eles, Arthur Schopenhauer, Soren Kierkegaard e Friedrich Nietzsche.

De forma breve, eis que estes filósofos citados merecem uma atenção muito superior, iniciamos por Schopenhauer que teve como ponto central a filosofia fundada em Kant que se referia ao mundo dos fenômenos como um ambiente representado por ideias que representavam meras ilusões.

Kierkegaard, por sua vez, lançou uma condenação dirigida a todas as formas de elaborações sistemáticas e abstratas da filosofia. Como consequência, é considerado um precursor do existencialismo ao enfatizar que as questões fundamentais da vida humana só poderiam ser superadas por meio de uma atitude religiosa intensa.

Nietzsche anunciou que “Deus estava morto”, o que resultou, diretamente, numa declaração de falência total das concepções éticas, políticas e culturais que tinham na doutrina cristã seu sustentáculo. Diante desta manifestação, como recomendação capaz de substituir a ideia antiga e assim por ele combatida, Nietzsche lança um novo modelo de vida destinada aqueles considerados mais capazes e mais criativos - em suma,

[...] àqueles em que fosse mais forte a vontade de potência.⁶⁶

No século XX, a filosofia se tornou uma disciplina profissionalizada e assim foi aplicada nas universidades, semelhante às demais disciplinas acadêmicas então existentes. Desse modo, tornou-se também menos geral e mais especializada. Na opinião de um proeminente filósofo:

⁶⁶ RAEPER, William; SMITH, Linda. **Introdução ao estudo das idéias: religião e filosofia no passado e no presente**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 20.

A filosofia tem se tornado uma disciplina altamente organizada, feita por especialistas para especialistas. O número de filósofos cresceu exponencialmente, expandiu-se o volume de publicações e multiplicaram-se as subáreas de rigorosa investigação filosófica. Hoje, não só o campo mais amplo da filosofia é demasiadamente vasto para uma única mente, mas algo similar também é verdadeiro em muitas de suas subáreas altamente especializadas.⁶⁷

De fato, a Filosofia tem ocupado um espaço que sempre lhe pertenceu em todas as áreas, com destaque ao mundo jurídico quando observadas as mais variadas manifestações judiciais contemporâneas.

O filósofo, segundo Aristóteles,

[...] conhece, na medida do possível, todas as coisas, embora não possua a ciência de cada uma delas por si.⁶⁸

Destacamos que o cristianismo exerceu grande influência na moldagem e compreensão da Filosofia. Assim, as definições de Filosofia elaboradas durante a Idade Média foram coordenadas aos serviços que o pensamento filosófico poderia prestar à compreensão e sistematização da fé religiosa; e, desse modo, a filosofia passa a ser concebida como “serva da teologia” (*ancilla theologiae*)⁶⁹.

Segundo São Tomás de Aquino, por exemplo,

[...] a filosofia pode auxiliar a teologia em três frentes: (1) ela pode demonstrar verdades que a fé já toma como estabelecidas, tais como a existência de Deus e a imortalidade da alma; (2) pode esclarecer certas verdades da fé ao traçar analogias com as verdades naturais; e (3) pode ser empregada para refutar ideias que se oponham à doutrina sagrada.⁷⁰

⁶⁷ SOAMES, Scott. **Philosophical analysis in the twentieth century**. Princeton: Princeton University Press, 2003. v. 2. p. 463.

⁶⁸ ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Abril, 1973. (Coleção “Os Pensadores”). L. 1. cap. 2. p. 213.

⁶⁹ FERRATER-MORA, José. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. t. 2. p. 1044-1050.

⁷⁰ LINDBERG, David. **The beginnings of western science**. Chicago: University of Chicago Press, 2007. p. 242.

A história da filosofia ocidental traz uma interpretação constante centrada nas questões essenciais para o homem no sentido de sempre oferecer soluções aos problemas que predominavam em cada época. Neste sentido, para Francis Bacon - um dos primeiros filósofos modernos:

[...] a filosofia não deveria se contentar com uma atitude meramente contemplativa, como queriam os antigos e medievais; ao contrário, deveria buscar o conhecimento das essências das coisas a fim de obter o controle sobre os fenômenos naturais e, portanto, submeter a natureza aos desígnios humanos.⁷¹

Para Descartes, a filosofia, na qualidade de metafísica, é a investigação das causas primeiras, dos princípios fundamentais. Esses princípios devem ser claros e evidentes, e devem formar uma base segura a partir da qual se possam derivar as outras formas de conhecimento. É nesse sentido, entendendo-se a filosofia como o conjunto de todos os saberes e a metafísica como a investigação das primeiras causas, que se deve ler a famosa metáfora de Descartes.⁷²

Assim, a Filosofia é uma árvore, cujas raízes são a Metafísica, o tronco a Física, e os ramos que saem do tronco são todas as outras ciências.⁷³

Edmund Husserl, considerado o fundador da fenomenologia, afirma que:

[...] a filosofia é uma ciência rigorosa dos fenômenos tal como nos aparecem, ou seja, tal como é a nossa consciência deles. Para descrevê-los, o filósofo deve por entre parênteses todas as suas pressuposições e preconceitos (até mesmo a certeza de que os objetos existem) e restringir-se apenas aos conteúdos da consciência.⁷⁴

⁷¹ Ver o aforismo III do *Novum Organum*: "Ciência e poder do homem coincidem, uma vez que, sendo a causa ignorada, frustra-se o efeito. Pois a natureza não se vence, se não quando se lhe obedece. E o que à contemplação apresenta-se como causa é regra na prática." (BACON, Francis. *Novum organum*, ou, verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza; nova Atlântida. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Pensadores).

⁷² René Descartes estabeleceu diante do rigor matemático em suas "longas cadeias de razão" várias regras tidas como verdadeiras. (MADJAROF, Rosana. *Mundo dos filósofos: filosofia moerna: René Descartes*. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/descartes.htm>>. Acesso em: mar. 2013).

⁷³ DESCARTES, René. **Princípios da filosofia**. Lisboa: Edições 70. p. 22.

⁷⁴ HUSSERL, Edmund. **A idéia da fenomenologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990. cap. 2, p. 25.

No início do século XX, parte entre os filósofos passaram a considerar a filosofia como uma forma simples de se analisar conceitos. Para Wittgenstein,

[...] os problemas filosóficos tradicionais são todos resultantes de confusões linguísticas; e a tarefa do filósofo seria a de esclarecer o modo como os conceitos são empregados a fim de explicitar tais confusões. Numa abordagem mais positiva sobre a atividade filosófica, Strawson considera que a filosofia é análoga à gramática: assim como os estudiosos da gramática explicitam as regras que os falantes inconscientemente empregam, a filosofia explicitaria conceitos-chave que, na construção de nossas concepções e argumentos, adotamos sem ter plena consciência de suas implicações e relações.⁷⁵

Como conclusão da assertiva acima, nota-se, hodiernamente, que

[...] os problemas considerados clássicos da filosofia representam uma gama de assuntos alusivos que não se curvaram à metodologia indutiva e experimental das ciências.⁷⁶

Entretanto, tal afirmativa não resulta na concepção de que a filosofia atual funcione como simples resíduo do processo de evolução e firmamento da ciência moderna. Ao contrário, ela tem sido considerada como elemento formador de opiniões que se sustentam como balizadoras de cultura, eis que tem uma tradição segura, além de milenar. Concluindo, ratificamos o pensamento de Platão pelo qual a verdadeira característica do filósofo é a admiração. Verdadeira e única.

1.6 A Metafísica e a Epistemologia

Diante da estreita relação com a filosofia, objeto acima apresentado de forma superficial, a Metafísica e a Epistemologia aqui serão apresentadas com destaque à integração de ambas no mundo jurídico-social.

⁷⁵ STRAWSON, Peter. **Filosofia como gramática conceptual**. Tradução de Pedro Santo. Disponível em: <http://criticanarede.com/fil_analysis.html>. Acesso em: out. 2013. Texto retirado de *Analysis and Metaphysics*. Oxford University Press, 1992. p. 5-8.

⁷⁶ RUSSELL, Bertrand. **Os problemas da filosofia**. In: POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1994. cap. 15. p. 33.

A primeira delas, corresponde à parte mais central de todo estudo filosófico que procura o princípio e as causas capazes de fundamentar a existência e o motivo das coisas, quando a questão envolver o que não pode ser confirmado por experiências diretas. É tida como o ponto de partida da filosofia, com registros desde 50 a. C., aproximadamente, por experiência de Andronico de Rodes (século I a. C.), ao organizar obras de Aristóteles

O perfil histórico dá conta de que a metafísica (o prefixo meta aqui significa além) significa tudo aquilo que transcende à física, tudo aquilo que a física não consegue justificar ou fundamentar, como os exemplos contidos nos estudos de Aristóteles que observam e assim examinam a natureza do ser em geral, como gênero.

Quanto à Epistemologia, também conhecida como teoria do conhecimento também pertence à Filosofia, na sua forma que cuida dos problemas filosóficos relacionados ao conhecimento e à crença. Assim, ela estuda a estrutura, a origem, o empirismo, os métodos de validade do conhecimento, guardando estreita relação com a metafísica e com a lógica. Também definida como a corregedoria da ciência sendo que vai ao encontro das fontes de informação.

Assim, tem-se uma afirmação baseada no seccionamento da filosofia em sub áreas de investigação dedicadas ao esclarecimento de questões específicas, consideradas tradicionais da filosofia em que atuam as modalidades do tópico: a metafísica e a epistemologia.

Não é demais reforçar com afirmação de que a primeira volta-se ao estudo e elaboração de teorias que se relacionam com a natureza das coisas, a realidade fundamental, capaz de dirigir uma visão mais completa do mundo.

Também merece destaque a assertiva centrado no fato de que a metafísica contempla uma outra variante, a ontologia.

Nesse sentido,

[...] a ontologia buscaria identificar as entidades básicas ou elementares da realidade e mostrar como essas se relacionam com

os demais objetos ou indivíduos - de existência dependente ou derivada.⁷⁷

A epistemologia - conhecida também como teoria do conhecimento - é aceita como o espaço da filosofia que se volta ao estudo da natureza do conhecimento, de sua origem e seus limites.

Mas, há ainda quem acrescente uma terceira versão neste contexto, qual seja, a lógica. Esta que opera com as bases estruturais relacionadas ao raciocínio, procurando manter e assim justificar a verdade estampada nas suas premissas.

Na lógica são estudados, portanto, os métodos e princípios que permitem distinguir os raciocínios corretos dos raciocínios incorretos.⁷⁸

Como elementos integrantes deste estudo, tanto a metafísica como a epistemologia serão anunciadas noutras ocasiões diante da relevância e contribuição que mantêm com esta nossa proposta.

1.7 A Ética e a Moral

Há um pensamento geral de que ética e moral são sinônimos. Exemplo comum pode ser extraído quando da constatação da existência de um problema ético ao mesmo tempo considerado um problema moral, circunstância que, de pronto, faz surgir um juízo de valor sobre aquela conduta: se aprovável ou não.

Contudo, ética e moral não podem ser consideradas sinônimos. A ética é parte da filosofia e assim considera concepções naturais, concepções de fundo, repleta de princípios e valores capazes de orientar pessoas e sociedades. Neste plano, uma pessoa pode ser considerada ética quando se orienta por princípios e convicções livres. Diz-se, então, popularmente, que ela apresenta caráter e boa índole.

⁷⁷ SOLOMON, Robert C.; HIGGINS, Kathleen. M. ***The big questions: a short introduction to philosophy***. 8th. Belmont: Wadsworth, 2010. Disponível em: <<http://www.amazon.com/The-Big-Questions-Introduction-Philosophy/dp/0495595152>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

⁷⁸ COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 19.

Lado outro, a moral representa a parte da vida concreta das pessoas quando se expressam valendo-se de costumes, de hábitos e de valores aceitos socialmente. Constata-se a aplicação da moral quando alguém age de acordo com os costumes previamente estabelecidos e assim conhecidos, costumes estes que podem ser, eventualmente, questionados pela ética, diante do fato em que uma pessoa praticando atos atrelados à moral por seguir determinados costumes, distancia-se da ética por não obedecer a princípios.

Estas definições, entretanto, apesar de úteis a qualquer estudo, resultam no campo da abstração por não preencherem completamente o processo como a ética e a moral, efetivamente, surgem. Para este caso, buscando a mais completa compreensão sobre o tema, a melhor fonte de consulta são os gregos por que eles sempre partem de uma experiência de base, considerada válida. Usam como exemplo o conjunto das relações entre o meio físico e as pessoas, titulada de morada a que, também, chamam de *ethos*. Contudo, para que esta morada possa ser habitável, há necessidade de se organizar o correspondente espaço físico (quartos, sala, cozinha) em sintonia com o caráter humano, este representado pelas relações dos moradores entre si e com seus vizinhos, observando critérios, valores e princípios para que tudo esteja a contento. Isso deve atribuir características peculiares tanto a casa como às pessoas. Nesta morada os seus habitantes têm costumes, maneiras de organizar os encontros, as refeições, as formas de relacionamentos.

Desta forma, diante do que está escrito acima, a conclusão é no sentido de que esses costumes (moral) formam o caráter (ética) das pessoas. Foi neste sentido que Sigmund Freud se dedicou às relações familiares como forma de parametrizar o caráter de um grupo de pessoas. Estas pessoas serão éticas, ou seja, terão princípios e valores, se tiverem tido uma boa moral resultante de relações harmoniosas e inclusivas, dentro da morada.

Ainda sobre moral, tem-se que os medievais usavam o termo moral tanto para representar os costumes como para o caráter. Desta forma, observa-se uma constante confusão que se dá entre as expressões moral e ética o que existe há muitos séculos. É que a origem destes vocábulos, por si, resulta em dissensão tendo em vista que a etimologia da palavra ética encontra respaldo no termo grego “*ethos*”

que representa a forma de ser, sendo que a palavra moral tem origem latina, de “mores”, o que significa costumes. Um esclarecimento mais completo acerca dos dois temas, pode ser adotado trazendo a moral como um apanhado de normas reguladoras do comportamento humano frente aos seus iguais, sendo que estas normas são obtidas do convívio social em decorrência da educação, da tradição e do cotidiano coletivo.

A palavra ética foi definida por Motta como um

[...] conjunto de valores que orientam o comportamento do homem em relação aos outros homens na sociedade em que vive, garantindo, outrossim, o bem-estar social.⁷⁹

Ou seja, ética é a forma que o homem deve se comportar no seu meio social.

Há uma certeza de que a moral sempre existiu, tendo em vista que todo ser humano possui registros na consciência que o levam a distinguir o bem do mal no contexto em que vive. O reforço de que ela se fixou quando o indivíduo passou a viver em coletividade se justifica quando do aparecimento das sociedades primitivas. A ética teria surgido com Sócrates, por exigir um maior grau de cultura para sua constatação, eis que ela investiga e explica as normas morais, pois leva o homem a agir não só por hábito ou tradição, mas, primordialmente pelo uso da inteligência e convicção.

Sánchez Vásquez aponta que:

[...] a Ética é teórica e reflexiva, enquanto a Moral é eminentemente prática. Uma completa a outra, havendo um inter-relacionamento entre ambas, pois na ação humana, o conhecer e o agir são indissociáveis.⁸⁰

A necessidade que as pessoas têm de viver em coletividade faz com que os atos praticados sejam aceitos socialmente porque em obediência àquilo que está previamente estabelecido e aceito. Noutras palavras, trata-se a moral de um complexo sistema de normas e valores que norteiam as relações entre os

⁷⁹ MOTTA, Nair de Souza. **Ética e vida profissional**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984. p. 66.

⁸⁰ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 83.

integrantes de uma determinada coletividade, normas estas adotadas de forma livre e consciente.

Na obra “Ética e Moral: a busca dos fundamentos”⁸¹, o teólogo e filósofo Leonardo Boff aborda as questões éticas e morais como bases para as relações humanas vislumbrando o desenvolvimento da sociedade o que inclui as relações do ser humano com o meio ambiente. Neste prisma, o autor põe em pauta o caminho da humanidade e que diante de tantos acontecimentos antiéticos e imorais, questiona qual será o destino dessa sociedade: se abismo ou apogeu, sendo que os efeitos serão experimentados por todos.

Ainda neste estudo, Boff destaca que para a busca e obtenção do desenvolvimento, o ser humano deverá se valer de alguns cuidados para obter e manter suas conquistas num ambiente que não dirija malefícios às relações humanas, destas com o universo e com o ser supremo. Relata, por oportuno, que há de se cuidar daquilo que conquistamos para que dure muito mais. Dá como exemplo que o ser humano necessita resgatar as essências espirituais e assim agir com um mínimo de ética, preservando a si, bem como as gerações futuras.

O Autor também torna mais aclarada a crise mundial de valores pela qual uma grande parcela da humanidade tem dificuldade em distinguir o que é certo ou errado, tendo em vista uma constante competição na busca pela superioridade, o que vem atropelando estes valores, sejam eles, éticos ou morais. Ele se mostra preocupado e adverte sobre o destino da humanidade, no todo. Diante dos acontecimentos últimos, considerados antiéticos e imorais, ratifica que o fim está voltado ao abismo e alcançará todos.

Destaca que a solidariedade está esquecida por muitos, ou nem mesmo é conhecida. Chama atenção a afirmativa feita pelo autor de que nos últimos cinquenta anos houve mais mudanças na sociedade do que desde a Idade da Pedra. Assim, ele acredita que a sociedade precisa e deve rever seus valores, pois são estes que darão capacidade de orientação ao ser humano para a manutenção e gerência do bem comum. Adverte que o consumismo, da forma que está sendo gerado pelo capitalismo, pode levar o planeta à falência.

⁸¹ A obra é do ano de 2003 e foi lançada pela Editora Vozes, Petrópolis-RJ.

Concluindo o seu trabalho, Boff destaca que o ser humano deve resgatar seus valores éticos e morais, que o induzirão às três virtudes mais importantes: o bem comum humano e de toda a comunidade de vida, a autocontenção e a justa medida. Isto representa o maior antídoto contra a apatia, o cinismo, os conflitos e as guerras que ainda assolam perigosamente a humanidade.

Com efeito, as lições acima dão conta de que a ética e moral representam os maiores valores do homem considerado livre porque significam o pleno respeito e veneração à vida. Este mesmo homem que com o seu livre arbítrio tem a oportunidade de formar o seu meio ambiente ou destruí-lo. E deste modo, a ética e a moral se juntam numa mesma realidade, porque se a moral está ligada ao conjunto de normas seguidas pelos indivíduos de modo a agirem de acordo com o que é considerado bom ou correto, por sua vez, a ética resulta numa reflexão sobre as condutas e as normas que as regem.

Ao fim, como reflexão, destacamos que se a ética permanece associada ao pensamento por refletir a legitimidade das condutas e desta forma é pensada, a moral está intimamente relacionada com esta própria conduta das pessoas porque assim é vivida.

1.8 O Mito

“O mito é o berço da filosofia.” (informação verbal)⁸².

Originalmente, a expressão grega *mythos* significava simplesmente palavra ou fala⁸³, mas o termo remetia também à noção de uma palavra proferida com autoridade.⁸⁴ As histórias épicas de Homero, permeadas de intervenções sobrenaturais, ou a teogonia de Hesíodo eram *mythos* no sentido de serem anúncios revestidos de autoridade, dignos de crédito e reverência. Gradualmente, o termo foi assumindo outro sentido e já à época de Platão e Aristóteles o *mythos* era

⁸² Expressão usada pelo Professor Doutor José Carlos Garcia de Freitas nas aulas do Mestrado, UNESP- FHDSS-Franca/SP, no ano de 2007, disciplina “Filosofia do Direito”, como matéria opcional.

⁸³ COUPE, Laurence. **Myth**. 2nd. ed. London: Routledge, 2009. p. 9.

⁸⁴ MORGAN, Katheryn. **Myth and philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 17.

empregado para caracterizar histórias fictícias ou absurdas que se afastariam do logos - isto é, do discurso racional.⁸⁵

Aristóteles, por exemplo, considerava a filosofia como um empreendimento intelectual completamente distinto das elaborações mitológicas. Na *Metafísica*, ao tratar do problema da incorruptibilidade, Aristóteles menciona Hesíodo e, logo em seguida, descarta peremptoriamente suas opiniões, pois, segundo ele

[...] não precisamos perder tempo investigando seriamente as sutilezas dos criadores de mitos.⁸⁶

O mito é uma narrativa que objetiva explicar, com o uso de simbologias, a origem das coisas, entre as quais, o mundo, o homem, o amor, os animais etc. A expressão mito acaba sendo utilizada de maneira equivocada quando não pejorativa e se associada às crenças populares, aquelas sem nenhuma fundamentação objetiva ou científica. O mito não pode ser considerado tão somente como um acontecimento histórico ou uma lenda, dependente da representatividade que têm para uma determinada coletividade, embora sejam muitas as comunidades hodiernas que ainda se valem do mito, como por exemplo, a mitologia grega, a mitologia romana, a mitologia cristã e a mitologia islâmica.

Por muito tempo o mito e a filosofia foram considerados antagônicos, sem nenhum liame quanto à origem e atuação de cada um deles. Hoje, contudo, o que se percebe é que integram uma mesma vertente voltada à busca pelo saber. A filosofia, por sua vez, como forma de procura pelo saber, restou como uma maneira racional para se contrapor ao modelo mítico desenvolvido na Grécia Antiga e que serviu como base de sua *Paideia* (educação). Como já dito acima, a palavra mito representa algo que pode ser narrado, explicado, fazendo que o proferidor da fala ou da explicação, seja assim reconhecido.

⁸⁵ VERNANT, Jean-Pierre. **Myth and society in ancient Greece**. London: Methuen, 1982. p. 187. “[...] o conceito de mito peculiar à antiguidade clássica tornou-se, assim, claramente definido pela oposição entre *mythos* e *logos*, desde então vistos como termos separados e contrastantes.”

⁸⁶ ARISTÓTELES. *Metafísica III*, 4. **Anais de Filosofia Clássica**, Rio de Janeiro, v. V, nº. 9, 2011. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Trad. Natalia Nunes e Oscar Mendes. Rio de Janeiro: Nova Aguiar, 1995. p. 1998.

Neste campo, estão Homero (em *Ilíada* e *Odisseia*) e Hesíodo (em *Teogonia*) que são vistos como os educadores da Grécia associados aos rapsodos, estes que representavam os atores, os cantores e assim eram tidos como portadores de uma verdade incontestável sobre a formação de muitas coisas, o que incluía o universo.

O que era primitivo passou a ter lugar de destaque na formação das culturas.

As noções de civilização e progresso foram sendo substituídas gradativamente pela diversidade cultural. E quando da análise dos textos de Platão, tanto pela ótica conceitual, quanto pela visão dramática, resulta a compreensão de que o uso do mito às vezes é necessário nas situações em que a palavra e a razão não conseguem atingir seu objetivo.

Se a ciência está catalogada como uma forma de saber, assim adquirida ao longo da história, sua validade prática depende de como foi construída ao longo dos tempos. Sendo a filosofia o amor pelo saber, pela busca do conhecimento, nunca poderá ser confundida com ciência, esta que é a posse de um saber determinado por condições do seu tempo. Como consequência, mito, filosofia e ciência mantêm entre si uma relação harmônica, de complemento e não de exclusão ou hierarquia.

Como já dito, o homem desde o início sempre buscou indagar a origem do universo, a origem da natureza, enfim, de todas as coisas o que incluía a guerra e a paz, a bonança e a tempestade, a saúde e a doença, o nascimento e a morte.

Entre os povos que guardam seus mitos estão os persas, os egípcios, os assírios, os babilônios, os hindus, os chineses, os romanos e os gregos, sendo estes últimos os que mais se destacam na ordem e riqueza, o que possibilita reafirmar que a mitologia grega é o berço da filosofia. Resultante do mito estão duas interpretações: o mito-verdade e o mito-fábula.

Diante da interpretação voltada ao mito na condição de ser uma verdade, ele resta com uma representação fantasiosa que, assim, pretende significar uma verdade, desta forma aceita. Já na sua vertente de fábula, o mito passa a ser uma narração imaginosa despidido de caráter teórico. Para a primeira forma de interpretação, o mito acaba sendo a única explicação daquilo em que a humanidade, desde os seus primórdios, sempre acreditou. Para a outra modalidade, o mito funciona como representações fantasiosas nas quais ninguém jamais acreditou, o que inclui os seus criadores.

1.8.1 O mito e os filósofos gregos

Os filósofos gregos são os primeiros a considerarem os mitos na condição de simples fábulas. Ao depois, parte das pesquisas aqui realizadas, dão conta que os padres da Igreja, os escolásticos e uma grande parcela dos filósofos modernos passaram a integrar esta corrente. Numa ordem cronológica, outros estudiosos da história das religiões, da psicologia, com destaque à Freud, da filosofia, por Heidegger, da antropologia e da teologia, passaram a apoiar esta interpretação do mito como sendo uma verdade, eis que a humanidade primitiva sempre procurou explicar para si mesma os fenômenos como a vida, a morte, o bem, valendo-se dos mitos. Assim sendo, nota-se que os mitos são considerados por muitos estudiosos contemporâneos como a resposta a muitos problemas desde as etapas primitivas.

Como dito, dos estudos que se têm sobre esta afirmação, principalmente dos pesquisadores hodiernos, resulta a conclusão que o mito desenvolveu três tarefas principais, entre as civilizações que nos antecederam: religiosa, social e filosófica.

Nesta esteira e como consequência, o mito exerce uma função que se observa na filosofia, por representar a maneira de se entender o modelo de vida dos povos primitivos. Mostra-se como uma forma pela qual é possível conhecer o ambiente do homem primário, valendo do ambiente à época das civilizações antigas.

E apesar de o mito mostrar-se denso e repleto de significados, tanto no campo religioso como na esfera filosófica e social, não pode ser equiparado à filosofia, mesmo sabendo que esta se volta a objetivos semelhantes, qual seja o de fornecer uma explicação exaustiva e suficiente das coisas e que procura trabalhar apenas com a razão, rígida e crítica, impulsionada por motivações racionais e rigorosas, lastreadas em valores que foram experimentados e aceitos.

A mitologia foi uma forma encontrada para se compreender o mundo e assim entender coisas que, para aquela época, era quase impossível. O que era a terra? Por que ela existia? Como explicar a vida e a morte? Estas indagações, entre muitas outras, eram comuns e constantes.

E a mitologia conseguia dar respostas para elas. Eram respostas infundadas, mas satisfaziam a curiosidade das pessoas. Aliás, muitas das perguntas acima não têm resposta até hoje.

Havia um temor profundo e reverencial aos Deuses, com pensamento parcial de que eles não gostavam dos humanos. Isto se justificava para a compreensão da morte, das doenças, do sofrimento e da dor.

Os mitos foram muito importantes para toda a sociedade daquela época, pois sempre foi essencial para o homem saber suas origens e a origem do mundo. A mitologia sempre buscou por respostas em todas as variantes da vida, tanto na Grécia como em Roma, porque era o que mais se aproximava da realidade vivida.

A ideia de que os Deuses eram, em grande parte, parecidos com os homens, dava um conforto a todos diante da superioridade infinita representada por estes últimos. Na ocorrência de qualquer catástrofe, epidemias, fenômenos meteorológicos, de pronto, reinava o sentimento de que os Deuses estavam descontentes com os humanos. Na época, como eram poucos os recursos, o conhecimento ficava jungido às passagens mais aceitas e assim anunciadas.

Com os mitos, houve um grande avanço no campo social. Segundo Hesíodo, para os gregos, o poema Teogonia revelava o começo de tudo: desde o caos até a formação da terra. Óbvio que os mitos representavam uma explicação irracional do mundo, eis que os gregos passariam a ter noção do racional somente quando da separação, pelo homem, entre o espírito e a razão.

Desta forma, os mitos auxiliaram na integração das pessoas pela igualdade que criou entre elas. Assim, as leis e as regras tinham como base os mitos e o temor aos Deuses era uma preocupação de todos porque sabiam que eventual castigo seria para toda a comunidade. Os registros dão conta de que até as mulheres e os escravos, que não participavam da *polis*, se preocupavam em manter posição de respeito e obediência aos mitos.

Registramos que os mitos sofriam variações entre as cidades, circunstância que funcionava como um obstáculo para que as pessoas deixassem a sua coletividade de origem.

2. O DIREITO POSITIVO

2.1 Considerações iniciais

Entre os múltiplos significados da palavra Direito, o mais estreitamente ligado à teoria do Estado ou da política é o do Direito como ordenamento normativo. Esse significado ocorre em expressões como "Direito positivo italiano" e abrange o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder, também chamadas de relações políticas, e ainda a regulamentação dos modos e das formas através das quais o grupo social reage à violação das normas de primeiro grau ou a institucionalização da sanção. Essas normas têm como escopo mínimo o impedimento de ações que possam levar à destruição da sociedade, a solução dos conflitos que a ameçam e que tornariam impossível a própria sobrevivência do grupo se não fossem resolvidos, tendo também como objetivo a consecução e a manutenção da ordem e da paz social. Se se juntar a isto, conforme ensina a tendência principal da teoria do Direito, que o caráter específico do ordenamento normativo do Direito em relação às outras formas de ordenamentos normativos, tais como a moral social, os costumes, os jogos, os desportos e outros, consiste no fato de que o Direito recorre, em última instância, à força física para obter o respeito das normas, para tornar eficaz, como se diz, o ordenamento em seu conjunto, a conexão entre Direito entendido como ordenamento normativo coativo e política torna-se tão estreita, que leva a considerar o Direito como o principal instrumento através do qual as forças políticas, que têm nas mãos o poder dominante em uma determinada sociedade, exercem o próprio domínio.⁸⁷

Acreditamos que a lição acima de Norberto Bobbio é a que melhor se enquadra nesta proposta, com ênfase ao fato de que o direito positivo pode recorrer, em última instância, à força física para receber o devido respeito. De fato, a modalidade coercitiva do direito posto tem sido a tônica da sua manutenção, porque assim disposto. E isto se observa em todas as áreas do direito, notadamente como resultante do caráter punitivo que funciona mais como intimidação do que correção.

Buscando por uma melhor compreensão entre os demais assuntos aqui exibidos e suas correlações com as demais matérias, adiantamos que não haverá

⁸⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 349.

uma cansativa explanação sobre a origem e o significado da expressão acima, acreditando que esta forma pedagógica deverá propiciar ao leitor um entendimento mais completo desta proposta, diante da sistemática eleita.

Como o objeto nuclear deste estudo é demonstrar se as sentenças e decisões judiciais recebem conteúdo ético, a disposição dos assuntos buscou uma ordem de fácil compreensão. Assim, já falamos sobre as figuras do direito natural, da ética e da moral e diante do sentido metafísico do direito, resta discorrermos sobre o direito positivo por estar relacionado, intimamente, às normas.

Aproveitando mais uma vez os ensinamentos de Norberto Bobbio quando se manifesta sobre os critérios pelos quais Aristóteles distingue o direito natural do direito positivo, Bobbio afirma que

[...] o Direito Natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia (para tanto, o filósofo grego emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto que o Direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto. E que o Direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns e má a outros. Prescreve, pois, ações, cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O Direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro, mas uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário), que sejam desempenhadas do modo prescrito em lei. Aristóteles dá este exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha, e não duas cabras, não por que esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira.⁸⁸

E como já registrado, o direito natural sempre influenciou as civilizações nos momentos de decisões. Historicamente, o direito natural sempre esteve presente no dia a dia dos cidadãos e assim continua presente nos dias atuais. Atua na condição de uma técnica que visa regular comportamentos humanos partindo de uma razão

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito, compiladas por Nello Morra**; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E Rodrigues – São Paulo: Icone, 1995, p. 16.

considerada prática objetivando distinguir aquilo que é razoável do que não é, atribuindo a cada ato a importância que deve merecer.

O direito positivo também pode ser entendido como um conjunto de normas jurídicas escritas e não escritas vigentes numa delimitada região territorial, num determinado período da história. Embora esteja registrado desde os primórdios da civilização ocidental, o direito positivo recebe maior destaque e assim se firma como modelo de segurança jurídica a partir do século XIX. Diante da sua importância e representatividade para a humanidade, este conjunto de normas, por estampar um regramento objetivo e definido, com uma estrutura e natureza culturalmente construídas, direciona a certeza de que apenas um sistema de regras e princípios pode ordenar e assim administrar uma coletividade.

Como analogia, voltamos ao direito natural (ou *jusnaturalismo*) por saber que ele implica, necessariamente, num dualismo: qualquer que seja a posição hierárquica ou nível de distinção, ele deve conviver com o direito positivo, ora como seu fundamento, ora como seu complemento. Já o direito positivo (ou *juspositivismo*) é concebido de forma diametralmente oposta e de caráter exclusivo, pelo qual a formação positivista tem como estrutura o monismo que sustenta o direito posto como único. Desta forma, a concepção positivista está fundada na exclusividade, circunstância que afirma que o único direito existente é o positivo.

As leituras sobre os conceitos de igualdade e justiça dão conta de que estas duas modalidades foram se ajustando ao processo histórico, observada uma gradual construção cultural a exemplo da inadmissibilidade do trabalho escravo, da subordinação da mulher ao homem e neste mesmo passo, como preocupação social mais recente, o fim do trabalho infantil.

O que se nota é que predomina uma relação de compatibilidade extremamente necessária entre direito positivo e justiça, haja vista que a imposição de uma norma injusta resulta como um exercício arbitrário do uso da força. E esta situação mais se acentua ao saber que a sociedade nem sempre produz normas justas, ou noutra universo, acaba produzindo regras que tendem a se tornar injustas com o tempo. Neste caso, outra solução não há senão a busca pela adequação entre o direito posto e o direito natural.

Diante das reflexões supra, surge uma conclusão lastreada na comparação pela qual o direito positivo é posto pelo Estado quando o direito natural é pressuposto e sempre superior ao Estado. Que o direito positivo vige por determinado período numa base territorial delimitada ao contrário do direito natural que possui validade universal além de imutável e assim, observado em todos os tempos. Há mais: que o direito positivo possui como sustentáculo a equidade e estabilidade, com vistas à manutenção da ordem social, enquanto o direito natural mantém um liame com princípios fundamentais, de natureza abstrata correspondente a uma ideia e não a um conceito rígido de justiça.

2.2 O Direito Positivo e a Justiça

Embora já registradas observações sobre a justiça e sobre o direito positivo, pretendemos aqui destacar que estas duas vertentes mostram-se, às vezes, nas mesmas linhas e noutras ocasiões, em posições diametralmente opostas. É por isto que os doutrinadores usam as figuras do sincronismo e antagonismo para elas.

O primeiro deles, o sincronismo, pode ser constatado quando a justiça encontra completo abrigo na norma positivada. Noutro universo, o segundo resta observado, sem maiores dificuldades, quando a ordem regrada não ampara a justiça. Esta dicotomia ganhou a atenção dos estudiosos da filosofia do direito o que aqui tem lugar garantido eis que muito nos interessa.

Sabe-se, no entanto, “que ambas as expressões mantêm a mesma origem, qual seja a palavra *ius*”, como escreve Michel Villey⁸⁹. Afirmo o filósofo que “esta origem comum, pelo modelo etimológico resulta num consenso de fiel relação entre as duas expressões”, o que se encontra também afiançado pelo Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior.⁹⁰

De há muito se observa este antagonismo entre as expressões, como está relatado na obra *Antígona*⁹¹. Os romanos, a sua época, também já firmaram

⁸⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 56.

⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 24.

⁹¹ SÓFOCLES. **Trilogia Tebana** – Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona. Trad. Mário da Gama Kury. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 214.

convencimento de que nem sempre o justo era direito, o que lhes atribuía razão, tendo em vista que nos tempos atuais não é diferente.

Se o direito pode ser representado por um rol de regras que servem para manter a coexistência social e a paz, por sua vez, a justiça, nalgumas vezes, é a consecução de tal procedimento. Tal afirmação possibilita, novamente, ratificar que é o direito natural, quando considerado na sua transcendência, que mais se aproxima do conceito de justiça. E é a filosofia que se mostra como ciência que mais estuda a noção de justiça e neste sentido tem contribuído de forma intensa na busca de interpretações e entendimentos. Observe-se Platão ao afirmar que:

[...] a justiça é posta como virtude subjetiva, é a saúde da alma, o caminho para o reto viver, para a felicidade do indivíduo e do Estado.⁹²

Aristóteles também dá sua contribuição quando sustenta:

[...] que a justiça consistia “como se um termo médio - aquilo que se encontra entre os vícios do excesso e da escassez”.⁹³

Ainda em Aristóteles nota-se a ideia de que a equidade representava umas das formas de justiça que funcionava como uma solução mais adequada. Ele dá como exemplo a comparação com a régua de chumbo usada nas construções lésbias, que, por não ser rígida, se adaptava às formas irregulares das pedras. Esta régua era chamada de “Régua de Lesbos”⁹⁴. Enquanto que a justiça é a uma medida abstrata, a equidade dirige-se à concreção do fato.⁹⁵

⁹² PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 342.

⁹³ ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea. Ética Eudemia**. Trad. Julio Palli Bonet. 1. ed., 4. reimp. Madrid: Editorial Gredos. 1998, p. 238.

⁹⁴ Por isso, Aristóteles comparava a equidade à Régua de Lesbos, régua especial de que serviam os operários para medir certos blocos de granito: por ser feita de metal flexível podia ajustar-se às irregularidades do objeto: “a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos” (Aristóteles). Flexível como a régua de Lesbos, a equidade não mede apenas aquilo que é normal, mas, também as variações e curvaturas inevitáveis da experiência humana. (fonte: ARISTÓTELES. **A Política**. [Tradução: Torrieri Guimarães]. São Paulo, Martin Claret, 2002. p. 34.

⁹⁵ ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea. Ética Eudemia**. Trad. Julio Palli Bonet. 1. ed., 4. reimp. Madrid: Editorial Gredos, 1998. p. 264.

Com esta assertiva surge a noção de que a justiça deveria ser vista como uma virtude tendo em vista a relação que mantinha com a alma de cada um, moldando-se em consonância às características de cada indivíduo.

De muita valia para este capítulo, a frase de Cícero reproduzida por Ulpiano em que:

*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuend.*⁹⁶

Santo Tomás De Aquino inova com a afirmação:

[...] de que as concepções de justiça anteriores deveriam ser tratadas sempre juntas, tanto como virtude subjetiva, como elemento social em conjunto com o que pensavam os romanos, circunstância que resultou em três modelos de justiça: comutativa ou sinalagmática, como sendo aquela direcionada às relações entre os particulares; a distributiva, aplicável ao particular pela coletividade e a justiça social, geral ou legal, como aquela a ser prestada pelo particular em proveito da coletividade.⁹⁷

Em Kant, a noção de justiça resulta aclarada pela frase "age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza".⁹⁸ Desta maneira, tem-se que a autonomia da vontade é livre, mas dependente de regramento, o que caracteriza uma visão nitidamente individual do princípio da justiça.

Hans Kelsen, por sua vez, procurou inovar os conceitos de Kant neste particular, acreditando que não havia uma justiça absoluta quando do emprego da máxima "*summum jus, summa injuria*". Desta forma, ele trouxe a ideia de que o homem ao buscar pela felicidade, esta que era intrínseca de todos, acabava praticando a melhor forma de justiça.

⁹⁶ Digesto de Justiniano – Liber Primus. Trad. Hécio Maciel França Madeira. Edição bilíngüe, 3. ed. São Paulo: RT e Centro Universitário FIEO, 2002. p. 21. A tradução é que "A justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito".

⁹⁷ TOMÁS DE AQUINO. **Tratado da Justiça**. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, s.d., p. 63.

⁹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 52.

Por ser um conceito abstrato que se refere a um estado ideal de comportamento e interação social onde deve haver concessões recíprocas e um equilíbrio razoável e imparcial entre os interesses, a justiça se relaciona com outras vertentes que também integram a coletividade, entre as quais a filosofia, a ética, a moral e a religião.

O direito positivo, embora já discutido em tópicos anteriores, recebe de um dos expoentes brasileiros, Pontes de Miranda, a ideia de que deveria ser simplesmente regra com o modelo de pacificação social. O autor citado fundamenta esta posição afirmando que era o Estado que formalizava o direito depois de ouvir as necessidades da coletividade. Em confronto com a noção de justiça, Pontes de Miranda exemplifica trazendo que a injustiça aparece quando não é aplicada a regra jurídica ao caso concreto, de forma moldada.

John Rawls inicia e assim conserva o seu pensamento na doutrina aristotélica da igualdade, valendo-se da equidade em conjunto com as ideias de Locke, Rousseau e Kant. Rawls traça uma série de princípios que deveriam lastrear a justiça. Começa falando que cada pessoa terá direito a gozar das liberdades de forma mais extensa que seja compatível com a liberdade similar a dos demais. Depois, afirma que:

[...] as desigualdades sócio-econômicas são justificáveis desde que sejam vantajosas a todos e que sejam vinculadas a posições e funções acessíveis a todos.⁹⁹

Ainda sobre o direito positivo, Habermas apresenta uma outra modalidade voltada à justiça, por acreditar que o cumprimento de direitos e deveres fundados em modelos legítimos é o suficiente para a prática da justiça.¹⁰⁰

Chaim Perelman auxilia ao identificar algumas formas de manifestação da justiça. Ele traz neste campo, como modelos de justiça, que:

⁹⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 64 et seq.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** – Entre Facticidade e Validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 45.

[...] a cada qual a mesma coisa; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades, a cada qual segundo sua posição e a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.¹⁰¹

Detalhando as proposições acima, a primeira delas – a cada qual a mesma coisa – mostra-se de inequívoco caráter formal pelo qual o tratamento deve ser o mesmo a todos os indivíduos, sem distinção. Exemplo disto está contido na máxima: “*Ex aequo et bono*”, ou seja: o que é igual para todos é bom.

O segundo modelo - a cada qual segundo seus méritos – dá conta de que as necessidades de cada um ficarão dependentes do mérito e esforço de cada um. Ou seja, o indivíduo será analisado e assim merecedor por aquilo que fizer de si mesmo, tão somente.

Já na terceira ideia – a cada um segundo suas obras – vê-se que está intimamente lastreada e dependente da ação de cada um em relação aos demais. Quem mais fizer, quem mais se preparar receberá este resultado. O autor traz como exemplos, os concursos públicos e as competições.

Na quarta noção – a cada um segundo suas necessidades – tem-se uma valorização com o próximo que se assemelha ao assistencialismo e à caridade. Há nesta modalidade uma grande dose de que os desiguais devem ser tratados de forma desigual para que se obtenha a igualdade, modelo que se observa no comunismo.

O quinto critério – a cada qual segundo a sua posição – deixa nítida a figura do protecionismo, modelo combatido e em completa dissensão quando o assunto aqui tratado é a justiça. A sexta e última forma – a cada um segundo o que a lei lhe atribui – traz como fundamento a ideia de Cícero¹⁰², tomada por Ulpiano¹⁰³, aqui já

¹⁰¹ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 67.

¹⁰² Marco Túlio Cícero (em latim, Marcus Tullius Cicero), filósofo, orador, escritor, advogado e político romano. Cícero é visto como uma das mentes mais versáteis da Roma antiga. Apresentou aos Romanos as escolas da filosofia grega e criou um vocabulário filosófico em Latim.

¹⁰³ Eneo Domitius Ulpianus, jurista romano, tem como expoente jurídico o princípio contido no ditame: “Tais são os preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)”. Ainda foi reconhecido como importante político e estudioso, sendo considerado um dos maiores economistas de seu tempo.

mencionada, em que "a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito".

Perelman considera e acredita que todas as versões acima são capazes de promover e manter a justiça, cada qual na sua mais adequada aplicação.

Em complemento ao que acima está registrado, acreditamos que a fala de Alf Ross aqui é muito oportuna, quando afirma que:

[...] a justiça é conduta contrária à arbitrariedade e que haverá justiça toda vez que uma regra for aplicada corretamente, com a advertência de que a justiça é intra-sistêmica.¹⁰⁴

Ao que tudo mostra, o filósofo Ross justifica que um ato arbitrário não pode encontrar guarida em nenhuma das modalidades de justiça, como em algumas daquelas elencadas por Perelman, vg: "a cada um segundo o que a lei lhe atribui" e "a cada um segundo seu mérito". Entenda-se a primeira delas no caso de uma legislação favorecer determinado grupo de pessoas de forma injusta. Citamos aqui, os grandes investidores. A outra forma, que envolve o mérito, para que não esbarre na justiça deve tratar o mérito como algo obtido pelo indivíduo com suor e lágrimas, jamais pela sua posição social, filiação ou compleição física.

A conclusão que se obtém depois destas várias leituras sobre o tema é que foram muitos os critérios adotados para construir os pensamentos que aí estão sobre a justiça. E como visto, a ideia de justiça na condição de princípio basilar de toda coletividade acaba por receber inúmeras observações filosóficas quando da sua aplicação. Contudo, o que mais nos interessa é a clara opção pelo gênero justiça quando do confronto com outra modalidade de garantir a paz e a coexistência social. Exemplo típico: na dúvida entre a aplicação da justiça ou do direito deve prevalecer, sempre, a justiça.

Ou ainda, quando da aplicação da justiça pelos seis exemplos acima de Perelman acima, se instalada a dissensão, uma elementar solução está em

¹⁰⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000, p. 313.

Aristóteles quando anuncia a figura da equidade, representada pela Régua de Lesbos, já citada, que tem a propriedade de se amoldar ao corpo que está medindo.

Por fim, torna-se salutar lembrar que mesmo tendo a justiça e o direito origens em comum, o que se nota, entretanto, é uma separação construída ao longo dos tempos. Há de haver uma sempre interação entre eles tendo em vista que a justiça proporciona a humanização do direito.

E o direito deve funcionar como instrumento da justiça.

2.3 O Direito Positivo e o Mínimo Ético

Como matéria de grande importância para o desfecho deste estudo, a teoria do mínimo ético, por envolver a figura nuclear da ética, vai funcionar como elemento auxiliador para esta nossa proposta, eis que a ética deve nortear todos os integrantes do sistema judiciário pátrio. Não apenas os Magistrados, mas também, os senhores advogados e os representantes do Ministério Público, tripé em que se sustenta a mais lúdima distribuição e exteriorização da justiça.

Desta forma, a teoria do mínimo ético, aos olhos de Jeremy Bentham e Georg Jellinek, dá conta de que o direito deve ser o mínimo de moral considerado obrigatório e assim posto a uma determinada coletividade no sentido de se manter a coexistência social. Observado por um outro ângulo, o direito e a moral têm o mesmo fundamento porque tudo o que é direito é moral, embora o círculo da moral quando comparado com o círculo do direito mostra-se maior.

Esta ideia de círculos concêntricos é proveniente de Bentham, que restringe o direito àquele círculo onde se aplicam penas materiais, salientando que estas só devem existir para os casos em que o bem resultante, quando da aplicação delas, for maior que o mal que as mesmas possam provocar.

Iniciando uma dissensão, Fichte realça que as normas jurídicas e as normas morais são contraditórias, salientando que as normas morais exigem, categoricamente, o cumprimento dos deveres, enquanto as normas jurídicas permitem, mas não impõem, que se cumpra o próprio dever, acrescentando que se as leis morais proibem o exercício de um direito, ele não deixará, por isso, de ser direito.

A leitura dos pensamentos dos autores que estudaram o direito e a moral resulta num dos problemas mais difíceis e ao mesmo um dos mais belos da filosofia jurídica que é estabelecer a diferença entre a moral e o direito. As duas formas não devem ser confundidas, nem tampouco, separadas. Como dito por Miguel Reale,

[...] a verdade consiste em distinguir as coisas, sem separá-las.¹⁰⁵

Nota-se que muitas são as teorias sobre as relações entre a moral e o direito, sendo que mesmo assim é possível traçar limites para alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico.

Miguel Reale afirma que ambas têm o mesmo eixo diretor e ratifica que é necessário armar de forças determinados preceitos éticos, pois nem todos podem ou querem, de maneira espontânea, cumprir as obrigações morais, sendo estas indispensáveis à paz social. Dessa forma, não é o direito algo diverso da moral, mas é uma parte desta, como já dito, preenchida por garantias específicas.

Seja qual for a forma utilizada para a explicação da teoria do mínimo ético sempre haverá um espaço para discussões e assim divergências doutrinárias. Pensando bem é melhor que seja assim porque o direito é uma ciência aberta e social que deve comportar sempre boas discussões e sempre dar lugar ao bom combate. Uma eventual unanimidade neste campo acerca da conceituação e sua aplicação restaria isolada e sem nenhum proveito acadêmico.

Buscando por uma mais completa forma acadêmica de compreensão, a teoria do mínimo ético pode ser esboçada valendo-se de dois círculos concêntricos, sendo que o maior representa a moral e outro, menor, inserido no primeiro, representando o direito. De fácil compreensão, a forma acima exposta dá conta de que haveria um campo de atuação comum a ambos, como uma intersecção. Daí os questionamentos: seria correto dizer que tudo o que é direito é moral, mas nem tudo que é moral é jurídico? Ou que tudo o que não é direito, é imoral? Ainda, que todas as leis são morais?

E como exemplos são interessantes para se compreender esta teoria, ainda em Miguel Reale que cita o caso judicial no qual um casal estava enfrentando

¹⁰⁵ REALLE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

problemas para comprar remédios e alimentos, apesar de serem os pais de um cidadão muito rico. Após muitas tentativas para convencer o filho a ajudá-los, não houve outra alternativa senão partir para uma ação judicial que resultou na obrigação, leia-se imposição judicial, pela qual o filho foi obrigado a fornecer uma pensão mensal aos seus genitores. Destaca o professor que nesse caso houve a aplicação do direito, mas não houve a aplicação da moral. O filho só agiria de acordo com a moral ao se convencer de que a pensão alimentícia não deveria ser obrigação, mas sim, uma ajuda aos pais. Diante do exemplo, o professor está convencido de que há uma parte do direito que não é comum à moral.

Para este modelo, entra em cena a Teoria dos Círculos Secantes, elaborada por Du Pasquier, segundo a qual direito e moral possuiriam uma faixa de competência em comum e ao mesmo tempo, uma área de particular independência.

Seguindo essa linha, também, uma outra teoria, a dos Círculos Independentes, elaborada por Hans Kelsen, pela qual a norma representa o único elemento fundamental ao direito, com a afirmativa de que a validade da norma não pode ficar a mercê do conteúdo peculiar da moral. Tem-se, com este pensamento, a existência de dois círculos independentes, funcionando como sistemas isolados.

Neste passo, a teoria do mínimo ético defendida no mundo jurídico pelo alemão Georg Jellinek, dá conta de que o direito consiste num estreito conjunto normativo que estabelece regras morais para a sobrevivência da sociedade. É assim que as normas devem estabelecer os preceitos éticos para a convivência harmoniosa de toda a sociedade, sendo o direito parte integrante da moral, contudo, dotado de garantias específicas.

Este debate acerca do mínimo ético sempre se dá de uma forma multilateral. Aceitar a teoria fica muito à mercê do subjetivismo do leitor ou do construtor do direito tendo em vista o relativismo cultural de cada um. Neste sentido, o parágrafo 5^o¹⁰⁶ da Declaração de Viena de 1993, com 171 nações signatárias, entre as quais o

¹⁰⁶ “Todos os direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.” Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodesestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em: abr. 2014.

Brasil, dá conta de uma mais completa adaptação a ser feita quando da aplicação do preceito.

São muitos os doutrinadores que defendem a ideia de que o subjetivismo não pode tomar o lugar da dignidade humana a ser considerada em todo o planeta e assim esta proteção devesse ser delineada pela concepção do que seria “o mínimo ético irreduzível”¹⁰⁷.

Mas não seria de todo recomendado padronizar, rigidamente, a aplicação do direito positivo em relação ao mínimo ético, de uma forma geral diante da variação cultural que se constata. Como exemplo a figura penal do erro de tipo¹⁰⁸ observada entre as duas Alemanhas, mesmo depois da divisão.

Por fim, nota-se que a teoria do mínimo ético deverá contribuir para que este estudo seja mais facilmente compreendido eis que representa a forma mais adequada capaz de sustentar o liame existente entre o direito e a moral, ratificando que todas as normas devem conter um mínimo de preceitos morais, circunstância que deve levar o legislador a uma apreciação minuciosa do campo da moral quando na elaboração de leis.

Por esta forma tem-se que o direito resulta como a norma capaz de regular as ações do homem na sua vida social, normas estas criadas por uma organização legítima e soberana e assim dirigidas à observância de todos.

2.4 Os Princípios e as Normas

Entre as várias modalidades que buscam a explicação do primeiro termo, princípio pode ser entendido na condição de ter vindo antes, desde o começo, aquilo que está na origem e faz parte dela. Por outro lado, pode ser compreendido, também, como os valores mais caros e inarredáveis de determinada pessoa ou grupo de pessoas. É comum, no meio popular, dizer que alguém tem bons princípios ou que é uma pessoa de princípios. Desta forma, utilizado como adjetivo dirigido,

¹⁰⁷ Caderno de Direito Constitucional da EMAGIS, Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª região, por Flávia Piovesan. 2006. p. 9

¹⁰⁸ “É o que faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisitos da norma permissiva.” JESUS, DAMÁSIO E. *Direito Penal – Parte Geral*. 25ª ed. v.1 – Editora Saraiva, São Paulo – 2002. p. 309.

presume-se que uma pessoa tem atributos éticos e morais que se destacam e por isto elevam a sua conduta como ser humano no meio em que está. Por uma outra ênfase, os princípios podem, também, se equiparar a linhas mestras pelas quais alguém se locomove, sendo que uma pessoa considerada sem princípios não tem respeito ao próximo e às coisas, mostra-se ávida na busca de vantagens a qualquer custo e por qualquer meio.

Por esta simples introdução não fica difícil notar que os princípios têm uma função de muita importância, sobretudo para a vida em coletividade. Como consequência, então, se os princípios são valores reconhecidos pelos demais, valores estes que estão ligados a um comportamento ético, justo e moralmente correto, fica justificado afirmar que eles estão ligados ao respeito pelas pessoas e assim permitem a obtenção e busca da tão sonhada paz social.

Cada indivíduo põe em prática os valores internos que carrega. E exemplificando, determinados valores podem conduzir uma pessoa dedicar eternamente a sua vida a Deus, sujeitando-se ao celibato ou a se recolher enclausurado num mosteiro, como fazem os padres franciscanos. Pode, ainda, se voltar à criminalidade.

Neste passo, apesar de difícil defini-los, os princípios jurídicos podem ser explicados como um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico de cada sociedade. Afirmar que os princípios são normas tem se mostrado de difícil aceitação, principalmente, entre os estudiosos do direito para quem isto representa um constante dissenso. Restam identificadas ao menos duas teses acerca da natureza da distinção entre princípios e normas. A primeira delas repousa num aspecto lógico e a outra se deve a um aspecto de grau de generalidade.¹⁰⁹

Para alguns teóricos, a diferença entre princípio jurídico e regra apresenta um caráter lógico, apenas.¹¹⁰ Contudo, de acordo com esse ponto de vista, tanto os princípios quanto as regras são conjuntos de padrões que apontam para decisões

¹⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais. 2003, p. 609.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 24.

particulares acerca das obrigações legais, mas diferem no tipo de direção que indicam.

Por sua vez, a regra tem uma única dimensão exteriorizada: a da validade. Se a regra for considerada válida, ela deverá ser aplicada integralmente, na sua totalidade, ou pode não ser aplicada.¹¹¹ Esse aspecto da regra é também chamado de “tudo ou nada”¹¹² ou a regra é totalmente aplicada, ou não. Não existem diferentes graus de aplicação para tal modalidade.

Voltando aos princípios, restam capazes de apresentar a dimensão de peso ou importância, não fazendo nenhum sentido versarem sobre a validade deles. A prática recomenda que na existência de diversos princípios aplicáveis a um determinado caso, será eleito e assim utilizado o que estampar o melhor ajuste e maior peso em relação aos demais quando da análise geral da situação. Nesse contexto, faz de todo sentido a pergunta: qual princípio é o mais importante nesse caso? Assim, será escolhido aquele que for eleito como sendo mais relevante e mais pertinaz. Como consequência, tem-se que o princípio eventualmente deixado de lado, ou não aplicado àquele caso naquele momento, continuará existindo e poderá ser evocado em outro momento, sem qualquer tipo de consequência a sua existência e ao conteúdo.

Já no caso de se observar conflito entre regras, o resultado é no sentido de que uma prevaleça sobre as demais, podendo se dar a exclusão do ordenamento, ou rejeição, apenas. Uma outra situação pode se dar em casos de maior ambiguidade entre elas, quando deverá prevalecer aquela que apresentar um maior perfil regulador da questão posta. O critério de desempate, diferentemente da situação de colisão de princípios, não se dá por uma regra superar a outra em virtude de seu maior peso.

Em outras palavras, pode-se afirmar que as regras são comandos definitivos, enquanto princípios são requisitos de otimização.¹¹³ Se a regra é válida e aplicável, há de ser observada, na íntegra. Já os princípios exigem que algo seja realizado em

¹¹¹ SILVA, Virgílio Afonso. **Ob. cit.** p. 610.

¹¹² DWORKIN, **Ob. cit.** p. 25.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90-91.

seu maior nível possível, dadas as condições do caso em estudo, contendo assim uma ideia de gradação.

Uma outra abordagem a respeito da distinção entre regras e princípios é aquela que apenas vê diferença em termos de grau de generalidade. Para os adeptos dessa linha, os princípios se diferenciam das regras por apresentarem tão somente um maior grau de abstração.

Mesmo com os apontamentos acima sobre princípios e regras há quem critique as diferenças anotadas. Citamos, por oportuno, José Reinaldo de Lima Lopes e Neil MacCormick.

O primeiro sustenta que:

[...] tanto regras quanto princípios defrontam-se com classificação ou interpretação. Haveria regras mais específicas e regras menos específicas, mas sempre é necessário verificar (realizar um juízo de classificação) a pertinência do caso. Tanto as regras como os princípios dependem também de determinações de sentido que não se podem dar senão em circunstâncias específicas. Esse processo de tensão entre as normas, por definição (e não por acidente) genéricas, e os fatos, por definição (e não por acidente) específicos, faz com que o sentido das regras se defina ao longo de sua aplicação. Esse processo dá-se com qualquer norma, ou seja, tanto no caso de princípios quanto no caso de regras. Assim, o recurso aos princípios não elimina o trabalho mental exigido para a aplicação das regras. E as regras não se aplicam tão claramente da forma tudo-ou-nada. Uma regra pode perfeitamente ser válida, ser levada em consideração pelo Julgador e ser afastada em um caso concreto porque os fatos – as circunstâncias – que são transformados em premissa menor não se consideram do tipo ou da classe prevista na regra. Isso mesmo pode acontecer quando se tratar de princípios: são os fatos e suas circunstâncias que vão determinar se um princípio é o adequado para a solução do caso. Para este autor, uma única diferença entre princípio e regra pode, porém, ser estabelecida quando se afirma que os princípios são as regras superiores, das quais outras regras dependem. Somente nesses termos poder-se-ia aceitar a diferença de princípios e regras.¹¹⁴

Na condição de autor positivista, Neil MacCormick estampa argumentos no mesmo sentido acima, quando diz que às regras se aplica a figura do “tudo-ou-nada” sendo que os princípios são aplicados por ponderação. Registre-se que ele usa a

¹¹⁴ LOPES, Jose Reinaldo de Lima. **Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras**. Brasília nº 40 out./dez. 2003. p. 33.

palavra ponderação de forma meramente metafórica, eis que para ele os princípios são apenas regras mais gerais.

Como conclusão, defendemos, porque acreditamos, que os princípios estão ligados à ética e à filosofia, de um lado, se relacionando com o patrimônio espiritual que cada indivíduo mantém, com uma ideia fixa que não experimenta crises, que é intemporal e se encaixa em qualquer coletividade, porque resultante da natureza que é universal. Do outro, estão as regras em associação e dependência da moral e da sociologia, matérias que são temporais e delineadas por determinada coletividade e que carece de transformações e ajustes. Com isto, pela relação que se mantém explicável entre estes dois grupos, torna-se mais fácil compreender os efeitos de cada um dos elementos do tópico aqui em estudo.

2.5 O conceito de Justo Legal

De forma acadêmica, o vocábulo "conceito" tem origem no latim "*conceptus*" (do verbo "*concupere*") significa "coisa concebida" ou aquilo "formado na mente"¹¹⁵. Assim, a palavra conceito resulta como aquilo que se concebe no pensamento sobre algo ou alguém. Representa uma determinada forma de pensar sobre algo, fundado num tipo de apreciação através de uma opinião que se forma. Ainda, é um procedimento individualizado cuja noção, abstrata, é formada mediante a cultura daquele que observa o algo ou o alguém.

A história revela que há muito, desde Aristóteles, destaca-se uma tentativa de atribuir à lei a definição exata do que é justo e por consequência do que é injusto. Assim, fácil seria catalogar o justo como aquilo que está autorizado ou defeso na lei previamente definido. Entretanto, uma significativa parcela dos filósofos doutrinadores assegura que este pensamento, por si só, não se sustenta e o exemplo para tanto se funda no período pós-fascismo que revelou o que é possível fazer de uma sociedade usando do poder legislativo com a edição de regras, de forma injusta. Não custa destacar que o fascismo ficou conhecido como uma forma de radicalismo político autoritário nacionalista.

¹¹⁵ FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1838 ps., p. 445.

A interpretação é que precipita a tensão entre o justo e o legal.¹¹⁶

Esta abstração quando considerada num sentido mais amplo leva os casos de dissensões às barras do Poder Judiciário, na condição de mediador ou divisor de águas. Em Roma, a justiça era representada por uma estátua que tinha os olhos vendados com uma espada à mão e que visava seus valores máximos pelos quais todos eram iguais perante a lei e todos tinham iguais garantias, estipuladas de forma legal ou natural. Ou melhor ainda, onde todos tinham iguais direitos. A justiça, assim, devia buscar e manter a igualdade entre todos os cidadãos.

Tem-se, portanto, que a justiça legal e a justiça natural devem se interagir sempre, eis que buscam o mesmo fim. Isto explica a distinção feita por Aristóteles entre o conceito de justo legal e a ideia de justo natural ao se valer da afirmação de que o primeiro guarda relação com as prescrições derivadas do *nómos*¹¹⁷, ou seja, de que todas as regras em vigência e observadas pelos cidadãos políticos tenham fundamento na própria natureza.

A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente.¹¹⁸

A justiça legal encontra seus fundamentos na lei, entendida como uma definição a critério do legislador diante de necessidades de uma determinada parcela de indivíduos num delimitado espaço temporal. Esta se torna uma convenção de origem não natural, embora soberana entre os indivíduos integrantes de uma mesma coletividade, estampando obrigatoriedade por todos ao cumprimento. De outro lado:

¹¹⁶ VIANNA, Luiz Werneck - **O legal e o justo**: a propósito do diálogo entre dois juízes e um cientista político. CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade – Boletim/março 2007, Rio de Janeiro, p. 3.

¹¹⁷ Na mitologia grega a expressão *nómos* representava os estatutos e as normas. Era a materialização da lei humana na Grécia antiga. Os sofistas acreditavam que o *nomos* não era necessariamente superior na Grécia, mas que era intermediário e diferente entre as culturas.

¹¹⁸ ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 103.

[...] a justiça natural representa a reunião e a base de tudo aquilo que reúne força e validade, de aceitação universais. Assim pode-se definir o justo natural como sendo parte do justo político que encontra respaldo na natureza humana, e não depende do arbítrio volitivo do legislador, sendo por consequência, de caráter universalista.¹¹⁹

Portanto, a justiça natural tem uma força que rompe com as barreiras políticas, sendo que transcende a vontade humana e são imutáveis, e tem a mesma forma em todo lugar, “como o fogo que queima aqui e na Pérsia”¹²⁰.

Funcionando o legislador como construtor de rotinas e comportamentos, em atendimento às peculiaridades de cada povo, nem sempre se dá a construção de regras que conseguem abranger todas as nuances sociais. Aí atua a noção particularizada de cada um, embora mediana, sempre fundamentada pelo patrimônio espiritual que cada indivíduo herda.

Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.¹²¹

Não é difícil acrescentar que o justo legal representa uma tentativa voltada à obtenção da felicidade, da prosperidade, diante de uma perfeita sintonia entre os atores sociais sujeitos às regras reguladoras de condutas, sempre em proveito de todos.

O justo legal e suas consequências ficam a mercê da reação da sociedade que é mutável. Daí a máxima de que algumas leis no Brasil não pegam, entre outras, como a exigência de se guardar distância entre os veículos.

A dicotomia entre a *mens legis* e a *mens legislatoris* encontra eco quando da apreciação dos elementos que contribuíram para a formação do legislador. Lembrando Jean Paul Sartre, como integrante do pensamento existencialista na França, acompanhado por sua esposa, Simone de Beauvoir, “o importante não é aquilo que fizeram do homem, mas, sim, o que ele fez daquilo que fizeram dele”.

¹¹⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 145.

¹²⁰ ARISTÓTELES. **Ob. cit.** p. 206.

¹²¹ Ibidem. p. 213.

Ainda sobre o justo legal, Aristóteles diz que:

Portanto, enquanto a justiça legal aponta para a multiplicidade, a justiça natural o faz para a unidade de tratamento de determinada matéria reputada de relevo para a sociedade; enquanto as respostas apresentadas pelo justo legal são muitas, de acordo com cada constituição política que se analisa, a resposta oferecida pelo justo natural é única e homogênea, apesar de mutável.¹²²

Há uma grande relação de domínio repartido entre os termos *aequo* e justo, eis que o primeiro se fundamenta naquilo que não vai além do justo, de efeitos gerais a todos os integrantes de uma mesma porção social, sendo por isto mais aceitável. Por seu turno, o justo acaba representado, parcialmente, por tudo aquilo que cidadão considerado de bem pratica na posição de legislador, enquanto preocupado com as necessidades sociais, buscando sempre pela melhor solução. A equidade pode se valer também do exemplo quando da atuação do Julgador ao transferir a letra da lei para a realidade concreta.

Como exemplos desta afirmação, fundadas no cotidiano trabalhista, estão as mais variadas questões que envolvem o trabalhador de um lado, sempre, e do outro o tomador dos seus serviços, ao saber que o dispêndio de energia quando da prestação do trabalho não retoma o seu *stato quo ante*. Entretanto, não são postas em Juízo apenas as questões que envolvem a contraprestação resultante desta modalidade de trato. Se de um lado está o trabalhador com a obrigação de fazer do outro está o beneficiário dos seus serviços com a obrigação de dar ou melhor, de entregar coisa certa. Em decorrência, diante da *vis attractiva*¹²³, todas as questões controvertidas e assim resultantes deste contrato são de inequívoca competência da Justiça do Trabalho.

Aproveitamos, aqui, para traçar uma linha divisória entre aquilo que foi dito linhas atrás entre o direito natural e o direito positivo, fazendo uso da figura centrada na prescrição: “*no omne quod licest est*” (nem tudo que é lícito é honesto). É que pelo direito positivo está autorizado o devedor de dívida prescrita, a invocar e assim

¹²² ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 221.

¹²³ O termo *vis* significa força e quando em conjunto com o vocábulo *attractiva* acabam representando a força de atrair. Num outro significado e para este estudo, a relação de trabalho é o motivo que torna o Judiciário Trabalhista competente para apreciar e julgar todas as demais controvérsias resultantes desta relação, nos termos do inciso IX do artigo 114 da CRFB/88.

fazer uso do instituto relacionado com esta modalidade de defesa processual. Contudo, pelo direito natural, este mesmo devedor sabe que toda e qualquer dívida tem de ser paga, independente do tempo transcorrido. Tem-se, com isto, o uso de norma legal em confronto com princípios de ordem natural, reforçando o exemplo acima como enriquecimento de alguém em detrimento de outrem, melhor dizendo: a instauração da odiosa figura do locupletamento sem motivo, ilícito.

No campo do direito laboral é comum a incidência da prescrição, como questão prejudicial do exame do mérito, fundada no *actio nata*¹²⁴, porque desconhecida por grande parte dos trabalhadores.

O artigo 7º da CRFB de 1988, no seu inciso XXIX traz o instituto da prescrição¹²⁵, claro no sentido de que o trabalhador, a rigor, terá o prazo de dois anos após o distrato para ajuizar eventual ação pretendendo verbas e valores devidos e não pagos durante o trato que manteve com seu empregador.

¹²⁴ Princípio pelo qual a prescrição de se valer da proteção judicial se inicia com o surgimento da pretensão subjetivamente resistida por outrem ou de inequívoca lesão.

¹²⁵ São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000).

3. DIREITOS HUMANOS

3.1 Considerações iniciais

O tema acima tem lugar garantido neste estudo por acreditarmos na sua inequívoca influência sobre as relações humanas.

Deste modo, a concepção exteriorizada da expressão supra deve resultar, para o homem médio, sempre em paralelo com uma distribuição de justiça para todos fundada na equidade, da maneira que contemplada por Aristóteles. E assim, como poderá ser visto a seguir, a ideia sobre direitos humanos foi ganhando destaque ao longo da história mundial. No início, registre-se, de forma tímida, entretanto, depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹²⁶ o ser humano passou a ser observado com mais importância e significado eis que, inequivocamente, representava a base de toda e qualquer sociedade.

Traz o mencionado documento que os direitos humanos devem representar os direitos e as liberdades básicas de todos os seres humanos que, assim, compõem uma coletividade. De fato, o conceito de direitos humanos estampa uma ideia de liberdade de pensamento e de expressão além da igualdade perante a lei.

No seu primeiro artigo, a declaração supra, afirma que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Nota-se que o cerne deste artigo guarda íntima relação, de cunho filosófico, com o direito natural, porque resultante da vontade divina. Com isto, alguns estudiosos mantêm posição fundada no fato de que não há nenhuma diferença entre os direitos humanos e os direitos naturais e, assim, veem um mesmo fim, uma mesma ideia e por consequência a mesma proteção, embora diferente a nomenclatura entre eles. Como este entendimento não é uníssono, há argumentos

¹²⁶ Carta de princípios, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a 10 de dezembro de 1948, onde se afirma a preocupação internacional com a preservação dos direitos humanos e se define quais são esses mesmos direitos. A Declaração surgiu como um alerta à consciência humana contra as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos do Homem enuncia os direitos fundamentais, civis, políticos e sociais de que devem gozar todos os seres humanos, sem discriminação de raça, sexo, nacionalidade ou de qualquer outro tipo, qualquer que seja o país que habite ou o regime nele instituído.

em dissensão dando conta de que é necessário atribuir termos e conceitos em separado como forma de se eliminar eventual associação entre o direito natural e os direitos humanos, estes últimos de cunho mais abrangentes e de maior autonomia. E nesta linha, John Locke ocupa um dos primeiros lugares a desenvolver esta teoria.

De fato, o propósito deste estudo é pretender fixar a noção de direitos humanos, como espécie, que está inserida na ideia de direito natural, esta como gênero e neste sentido, nota-se que predomina um importante debate sobre a origem cultural desta nova modalidade. A maioria dos estudiosos insiste na afirmação de que esta figura retirou suas raízes da cultura ocidental moderna. Contudo, outras posturas trazem afirmações diferenciadas, como, por exemplo, a influência da proclamação da Carta de Mandén, em 1222.¹²⁷ Entretanto, os que defendem a primeira posição sustentam que o termo direito não encontra nenhum registro no idioma japonês muito menos no sânscrito clássico. Apenas depois das primeiras manifestações da cultura ocidental é que se vai notar a presença da palavra direito no ambiente oriental, já que as tradições orientais sempre colocaram um peso destacado nos deveres, o que se observa até hoje.

Uma outra posição está no sentido de que não foi o ocidente que criou a ideia muito menos o conceito do direitos humanos, ainda que se mostre como o pioneiro da maneira concreta de ordená-los e sistematizá-los, valendo-se de uma progressiva adaptação.

Há ainda e é bom destacar, uma terceira teoria, seguida por poucos, que traz a ideia de direitos humanos universais assim entendidos como aqueles particularizados de cada continente.

Por fim, existem outras posições intermediárias sobre o assunto, fundadas em documentos que trazem declarações de direitos humanos elaboradas por organizações internacionais regionalizadas e que por isto acabam valorando determinados direitos em observância à trajetória histórica de cada região. Como exemplo, a Organização da Unidade Africana que proclamou em 1981 a Carta Africana de Direitos Humanos e de Povos que reconhecia os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e adicionava outros que

¹²⁷ Declaração Fundacional do Império de Mali, em que, registre-se, inobstante, nem em japonês nem em sânscrito clássico, por exemplo, existiu o termo "direito" até que se produziram contatos com a cultura ocidental, já que culturas orientais colocaram tradicionalmente um peso nos deveres.

tradicionalmente tinham sido negados à África, como o direito de livre determinação dos povos ou o dever dos Estados de eliminar todas as formas de exploração econômica estrangeira.

Em 1992, com a edição da Declaração de Túnez, com forma de manifestação dos Estados africanos que firmaram posição no sentido de que este documento não poderia estipular parâmetros valendo-se do âmbito universal, porque assim, desconsideraria costumes, culturas, o que estava intimamente ligado às realidades históricas e as tradições de cada povo. O mesmo se observa quando da edição da Declaração de Bangkok, cuja origem é atribuída aos países asiáticos, em 23 de abril de 1993, em conjunto com o Documento de Cairo de mesma época.

Neste sentido, ainda, a visão ocidental-capitalista dos direitos humanos, centrada nos direitos civis e políticos, como a liberdade de opinião, de expressão e de voto, que se opôs, durante a Guerra Fria, ao bloco socialista que privilegiava a satisfação das necessidades elementares, porém com a supressão da propriedade privada, da possibilidade de discordar, e de eleger os representantes com eleições livres de múltipla escolha.¹²⁸

Assim, de uma forma geral, tem-se que os direitos humanos, denominados por uma ala acadêmica, como direitos coletivos, representam aquilo que foi sendo adquirido ao longo da história porque assim foram debatidos e ajustados por muitos atores sociais, com destaque, em especial, aos filósofos e juristas.

No curso do aperfeiçoamento e da fixação da ideia dos direitos humanos, está registrada a influência da religião, por ocasião do Cristianismo, durante a Idade Média, como resultado da afirmação que defendia a igualdade entre todos os homens. E um destaque deve ser dado para a participação dos matemáticos cristãos que aprimoraram a teoria centrada no direito natural pela qual o indivíduo estava situado no centro de uma ordem jurídica e social considerada justa. E nesta ordem a lei divina sempre deveria se sobrepor à lei dos homens.

¹²⁸ Adotada pela 18ª Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados Africanos membros da Organização de Unidade Africana, em Nairobi, Quênia (Junho/81). Entrada em vigor na ordem internacional: 21 de Outubro de 1986, em conformidade com o artigo 63.º. Fonte: <http://www.gddc.pt/Direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/carta-africa.html>

Um registro que deve ser feito diante do tema, ocorreu por volta dos séculos XVII e XVIII, em plena Idade Moderna, quando um movimento encabeçado pelos racionalistas buscou reformular as teorias existentes acerca do direito natural, na tentativa de demonstrar que todos os homens seriam livres e possuidores de direitos que não poderiam ser desprezados, sob nenhuma hipótese. Acredita-se que esta foi a base nuclear que resultou no atual sistema de proteção dos direitos do homem, observado internacionalmente.

Neste mesmo passo e como mostra deste pensamento, embora noutra época, a Magna Carta de 1215¹²⁹ ao dar garantias contra a arbitrariedade da Coroa influenciou, sobremaneira, outros documentos como o *Acto Habeas Corpus* de 1679¹³⁰, esta considerada como a primeira manifestação de impedir as detenções ilegais.

A própria Declaração Americana de Independência, de 4 de Julho de 1776, trouxe os direitos naturais do ser humano como de caráter inegociável e assim deveria ser respeitado pelo poder político. Esta Declaração Americana tem como base principal a Declaração de Virgínia¹³¹ proclamada a 12 de Junho de 1776, onde já estava consignada a importância dos direitos individuais.

A história dá conta de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹³², proclamada na França em 1789 em conjunto com todos os movimentos

¹²⁹ A Magna Carta (significa "Grande Carta" em latim), cujo nome completo é *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês), é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo.

¹³⁰ Sua origem remonta à *Magna Carta Libertatum*, de 1215, imposta pelos nobres ao rei da Inglaterra com a exigência do controle legal da prisão de qualquer cidadão. Este controle era realizado sumariamente pelo Juiz, que, ante os fatos apresentados, decidia de forma sumária acerca da legalidade da prisão. O writ de habeas corpus, em sua gênese, aproximava-se do próprio conceito do devido processo legal (due process of law). Sua utilização só foi restrita ao Direito de locomoção dos indivíduos em 1679, através do *Habeas Corpus Act*.

¹³¹ *In* Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. Liberdades Públicas São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

¹³² Documento que se tornou um clássico para as democracias do mundo contemporâneo, foi aprovado em agosto de 1789, pela Assembléia Constituinte, no contexto inicial da Revolução Francesa. Seus princípios iluministas tinham como base a liberdade e igualdade perante a lei, a

no sentido de firmar a liberdade e valorização do homem observadas nos séculos XIV e XV, possibilitou uma fixação ainda maior da ideia dos direitos humanos. Entretanto, traz esta mesma história que o momento mais importante na trajetória dos direitos humanos é observado entre 1945-1948, quando da 2ª Grande Guerra Mundial.

Com este trágico episódio as nações se conscientizaram dos resultados das atrocidades resultantes da guerra, ocasião em que foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) com a finalidade de promover e manter a paz mundial. Com a elaboração da Carta das Nações Unidas, de 20 de Junho de 1945¹³³, ficou definido o compromisso de todos em preservar as futuras gerações dos males trazidos pela guerra, manter os direitos fundamentais do homem voltados à dignidade e à igualdade de cada um.

Como já afirmado linhas atrás, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (período pós-guerra) foi de fundamental importância para a nossa sociedade tendo em vista que a maioria dos direitos humanos nela está contido o que foi seguido por outras Cartas. Contudo, mesmo diante da importância que ocupava, o manifesto acima não obrigava todos os Estados ao seu cumprimento, circunstância que tornou necessária a elaboração de documentos específicos para tal fim.

Assim, a junção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, com os dois pactos efetuados em 1966, nomeadamente, O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como os dois protocolos facultativos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (que em 1989 aboliu a pena de morte), resultaram na Carta Internacional dos Direitos do Homem. Entretanto, mesmo com os citados documentos e suas consequências ao longo da história, existe uma afirmação sustentada por filósofos e historiadores de que, ainda assim, não se observa a prática e o respeito aos direitos humanos, hodiernamente, no Ocidente. Eles afirmam que sempre houve uma prevalência da aplicação das normas voltadas à coletividade em detrimento do ser humano, na sua

defesa inalienável à propriedade privada e o direito de resistência à opressão.

¹³³ A Carta das Nações Unidas foi assinada em junho de 1945, ao término da Conferência sobre a Organização Internacional das Nações Unidas, e tornou-se lei em 24 de Outubro de 1945. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça é parte integrante desta Carta.

individualidade, eis que a sociedade mantinha seu foco apenas nos grupos, quando muito nos pequenos modelos, como a família ou nas aglomerações profissionais.

Adotando a ideia pela qual os direitos humanos sempre se mostraram como uma constante ao longo da história, ao exhibir que suas raízes estão fincadas desde o início dos tempos e neste curso passou pela afirmação do cristianismo, conclui-se que o homem demorou a ocupar o seu lugar, o que ainda nem sempre é respeitado por muitos povos. Com esta ideia, um dos documentos mais antigos que fez alusão aos direitos humanos é representado pelo cilindro de Ciro que traz uma manifestação do rei persa Ciro II ao depois de ter conquistado a Babilônia no ano de 539 a.C.. Um outro exemplo está no Código de Hamurabi. Ainda nesta mesma linha, no século XVI, está a conquista da América pelos espanhóis o que trouxe à tona um movimento no qual a discussão central voltava-se aos direitos humanos em toda a Espanha.

Já na Inglaterra, em plena revolução, a burguesia se voltou às arbitrariedades da coroa e conseguiu impor limites aos poder dos reis, como já afirmado, quando da proclamação da Lei *Habeas Corpus*¹³⁴, em 1679. Em sequência, no ano de 1689, o Parlamento dirigiu restrições a Guilherme III, pelas quais os monarcas não podiam mais legislar ou decidir.

Obedecendo a evolução, como referência mundial, regressamos ao nascimento da Organização das Nações Unidas em 1945, em que resta clara a noção de direitos humanos e que assim por ela se universalizou e está fixada. De lá para cá muitos tratados internacionais foram aprovados visando a promoção e manutenção dos direitos humanos, a exemplo dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966¹³⁵.

Em seguida, no ano de 1979, como resultado de uma conferência voltada aos direitos humanos, foi proposta uma classificação dividida em gerações, inspirado no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

¹³⁴ A figura do *Habeas Corpus* já existia na Inglaterra bem antes da Magna Carta, como mandado judicial em caso de prisão arbitrária, mas sem muita eficácia em virtude da falta de normas adequadas. A Lei de 1679, cuja denominação oficial foi "uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar", trouxe as garantias processuais que criaram direitos.

¹³⁵ Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Por este modelo, restou definido que os direitos humanos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, o que compreenderia os direitos civis, os direitos políticos e as liberdades clássicas. Os direitos humanos de segunda geração ou direitos de igualdade, seriam constituídos pelos direitos econômicos, sociais e os culturais. Já como direitos humanos de terceira geração, também chamados direitos de fraternidade, ficariam representados pelo direito ao meio ambiente, por uma saudável qualidade de vida, pelo progresso e paz, além da autodeterminação dos povos entre outros direitos difusos.

Em seguida, decorrente dos avanços observados no campo da tecnologia surgiu uma outra geração de direitos, a quarta delas, tendo como base os direitos tecnológicos que contemplava, entre outros, o direito de informação e biodireito.

Uma conclusão que pode ser feita até aqui é a de que tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos devem buscar pela manutenção e proteção da dignidade da pessoa humana, da forma que registrada em nossa Carta Maior atual. Assim, o nosso sistema jurídico divide os direitos fundamentais em espécies: os direitos individuais, os coletivos, os sociais, os direitos de nacionalidade e direitos políticos. E esta divisão não se afasta da máxima de que os direitos fundamentais devem ser discutidos quando observados os momentos históricos de cada uma deles. Estas dimensões, também tituladas de gerações, trazem que os direitos acima mencionados devem estar situados no campo da coexistência sem se falar na predominância de um sobre o outro, muito menos sobre a substituição entre eles.

De forma superficial, os direitos fundamentais catalogados como de primeira geração, estão ligados à liberdade e assim devem ser compreendidos, historicamente, ao se observar as revoluções liberais no final do século XVIII.

Nesta etapa, tem-se uma pressão do sistema absolutista que fez crescer as lutas pela liberdade. Conforme Lenza:

Mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, civis e políticos ao traduzirem o valor de liberdade.¹³⁶

¹³⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007. p. 694.

Já os direitos de segunda geração guardam relação ao valor estampado pela igualdade. Não é aquela modalidade de igualdade formal, mas, sim, a de igualdade material, seguindo os ensinamentos de Aristóteles e Rui Barbosa.

Lenza afirma ainda que:

[...] a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.¹³⁷

Vê-se que o autor se vale do momento histórico quando da revolução industrial do século XIX, período em que o proletariado lutava pelo direito de igualdade. Por fim, deixa claro que o ser humano está inserido numa coletividade e assim passa a ter, também, direitos de solidariedade.

Já os direitos fundamentais de terceira geração estão ligados à fraternidade e por isto a melhor doutrina acredita que a divisão existente entre os países ricos e pobres foi o fator histórico que levou ao surgimento destes direitos, pela forma que catalogados. Tais direitos referem-se a ideia de solidariedade. Trata-se do direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito, ao meio ambiente, etc. E desta forma estão disciplinados do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Quanto à liberdade em conjunto com a igualdade, nota-se que estão presentes no *caput* do artigo 5º. Por sua vez, a fraternidade não se apresenta expressa em nenhum dos artigos constitucionais, contudo por estar intimamente ligada à suas congêneres citadas acima, sempre terá lugar garantido.

Estes direitos de terceira geração estão associados, intimamente, à dignidade da pessoa humana. E a dignidade da pessoa humana não pode ser visualizada como um direito, tão-somente. Trata-se, isto sim, de um patrimônio natural de todo ser humano que independe de qualquer condição, porque se mantém como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Está inserto no centro de um modelo de garantias em torno do qual podem ser observados os direitos fundamentais.

¹³⁷ LENZA, Pedro. **Op cit.** p. 695.

3.2 Direitos Humanos no Brasil

Diante da extensão continental que tem o Brasil decorre uma infinidade de desigualdades sociais e econômicas, o que, a rigor, presume-se, podem ser atenuadas com a promoção de diversificadas ações regionalizadas voltadas à defesa e assim manutenção dos direitos humanos.

A sociedade brasileira tem ciência inequívoca de que precisa participar desta tarefa de promover a cidadania relevando a dignidade da pessoa humana, como elemento indispensável a tanto. Contudo, ainda existe uma barreira posta para muitos cidadãos, intransponível no campo civil, na esfera social, na vida econômica, política e cultural.

As pesquisas dão conta de um elevado índice de pessoas que ainda se encontram em dificuldades quando da busca pelo pleno exercício de cidadania e da garantia dos seus direitos fundamentais. Como já dito, a nossa Constituição Federal ao promover e assim proteger a dignidade da pessoa humana, torna fortalecidas as figuras da liberdade, da igualdade e da fraternidade eis que indissociáveis entre si.

Historicamente, tem-se que as primeiras manifestações e referências sobre a dignidade da humanidade está registrada na Bíblia Sagrada, tanto no Antigo como no Novo Testamento, com a afirmação de que “o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus”.

Se é um direito do indivíduo a observância da dignidade humana ao mesmo tempo é do Estado o dever de assim o assegurar, da forma que está registrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 1º, III.

Ingo Wolfgang Sarlet traz que

[...] a dignidade é um caráter inerente ao ser humano, não podendo se distanciar dele, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la. Acredita-se que o viés filosófico vê na figura da dignidade uma posição social do homem perante os seus pares, posição intimamente relacionada ao reconhecimento que este indivíduo tem frente aos demais iguais, integrantes de mesmo grupo social.¹³⁸

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 33.

O fato é que, indubitavelmente, o conceito de dignidade esta “intimamente ligado à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo - o Homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino”.¹³⁹

Deve ficar registrado que a dignidade está fincada numa condição inafastável e ao mesmo tempo irrenunciável do ser humano, independente da sua conduta, como dizia Rui Barbosa.

A Constituição Brasileira de 1988, observada uma sequência crescente de preocupação com o ser humano, estabeleceu um rol de direitos com uma variação e amplitude ainda não vista na nossa história político-social.

A inovação trouxe aspectos no campo dos direitos sociais, políticos, civis, econômicos e culturais, em somatória a um minucioso conjunto de garantias constitucionais, o que, notadamente, representou um considerável avanço que se destina à promoção e manutenção dos direitos humanos. Como exemplos na condição de matérias integrantes deste estudo, estão o livre acesso ao Judiciário, a ampla defesa, a valorização do trabalho etc

Diante da sua inequívoca importância, o tema foi ganhando proporções consideráveis. Tanto é que em 1995, diante de uma recomendação feita pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos (Viena, 1993), o Brasil promoveu uma consulta à população com ênfase aos direitos humanos considerando que a ideia era de que cada Estado Membro desenvolvesse um programa peculiar acerca desta matéria. Assim, tem-se o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)¹⁴⁰, concluído em 1996.

Como conclusão, em decorrência de todas as manifestações históricas fundadas na busca pelos direitos humanos, tem-se que, a partir da implementação no campo constitucional desta modalidade, está fixado e assim mantido, um novo arcabouço legal e sistemático de direitos dirigidos ao ser humano, de cunho irrenunciável e intransponível, representando um compromisso de todos com a chancela da administração federal, passando a integrar o rol dos elementos

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Ob. cit.** p. 35.

¹⁴⁰ Programa do Governo Federal, criado com base no art. 84, inciso IV, da Constituição, pelo Decreto nº 1904 de 13 de maio de 1996, "contendo diagnóstico da situação desses direitos no País e medidas para a sua defesa e promoção, na forma do Anexo deste Decreto". Já existem três versões do PNDH.

integrantes da política pública, nos exatos termos recomendados pela Conferência de Viena, acima já mencionada.

3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Nas lições de André Gustavo Corrêa de Andrade, ao citar José de Oliveira Ascensão¹⁴¹, vê-se que:

Por isso, é auspiciosa a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da nossa Constituição Federal. Significativa, mesmo, é a inclusão do princípio no pátio da Constituição como fundamento da própria República Federativa do Brasil, como símbolo do compromisso assumido pela Constituição Federal com os valores mais caros ao homem. A expressão dignidade aparece, ainda, em outros dispositivos da Constituição Federal. Assim é que o art. 226, § 7º, estabelece que o planejamento familiar é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; o art. 227, *caput*, institui que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade; o art. 230, *caput*, comete à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade.

Ainda:

O princípio da dignidade está contido, ainda que sob roupagem diversa, em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 3º, que estabelece, dentre os objetivos fundamentais da República Brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I). Liberdade, justiça e solidariedade são valores que estão vinculados, indissociavelmente, à dignidade humana, porque constituem condições para a sua efetivação. O mesmo dispositivo constitucional indica, como outro objetivo fundamental, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Consagra-se, aqui, princípio ético já mencionado, qual seja, o da igual consideração de interesses. Todos são merecedores de igual consideração por parte do Estado e de seus semelhantes. Neste ponto, cabe observar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é representativo de um direito à dignidade. A dignidade não é algo que alguém precise postular ou reivindicar, porque decorre da própria condição humana. O que se pode exigir não é a dignidade em si – pois cada um já a traz consigo –, mas respeito e proteção a ela. Com razão, portanto, Ingo Sarlet, ao observar que: quando se fala – no nosso sentir

¹⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52.

equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna.¹⁴²

Como já explanado anteriormente, a nossa Carta Maior atual restou catalogada de Constituição Cidadã porque foi a primeira de nossa história que contemplou no seu núcleo um título intimamente ligado ao que se chamou de princípios fundamentais destinados ao homem. A doutrina, desta forma, elabora comentários dando conta de que o legislador constituinte mostrou-se preocupado e assim deixou sua manifesta intenção em destinar aos princípios fundamentais uma posição maior, traduzindo-se tal afirmativa no primado antropológico pelo qual o homem deve ser considerado o centro das atenções e o destinatário final de todas as preocupações com o bem estar. Contudo, mesmo registrada como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana não se encontra elencada no artigo 5º que versa sobre os direitos e as garantias fundamentais. Vê-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está registrado no artigo 170, *caput*, quando da alusão à ordem econômica, esta última que deve servir de condição indispensável ao bem estar de todos.

Como sabido, foi somente após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal da ONU de 1948 que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida e assim registrada nas diversas constituições. Daí a ideia de que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo e não como instrumento para alguma coisa a ser obtida. Ou seja, genericamente falando, o homem deve ser o destinatário e não apenas a origem.

E mesmo se o legislador não tivesse alçado a dignidade da pessoa humana ao patamar constitucional, ela não deixaria de ser um atributo exclusivo do ser humano, eis que integrante do mundo do direito natural, como já está ratificado, linhas atrás.

Dessarte, por esta ligação que também envolve a filosofia e os princípios naturais, não há como tentar um conceito exato para os direitos humanos. O mesmo vale para outras figuras aqui em estudo, como a liberdade ou a justiça, diante da

¹⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55.

formação individualizada de cada um. O que mais nos interessa é despertar a necessidade de fixar os valores acima como integrantes indispensáveis à toda e qualquer ordem social.

O tema em tela não tem sido explorado e valorado como deveria ser por quem de direito, em especial, pela mídia. Muito menos tem recebido a devida atenção por parte da administração pública. Exemplos típicos estão fincados no modelo de justiça com as próprias mãos praticado no Rio de Janeiro, passando pela completa ausência de proteção aos índios, esbarrando na questão que leva à escolha quanto à opção sexual, questão última definida pelo Supremo Tribunal Federal quanto se manifestou acerca do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Como assunto integrante deste estudo, registramos que o trabalhador brasileiro é considerado como um dos mais mal pagos da América Latina. Neste contexto, a seguridade social que é ofertada a ele não é suficiente e capaz de mantê-lo em condições dignas, por saber que esta seguridade contempla, constitucionalmente, a assistência, a previdência e a saúde.

Em resumo e ao fim, todas as questões que envolvem os direitos humanos devem ser debatidas usando argumentos de base racional, pela qual não há interferência ou contribuição de experimentos ou de regras ou fórmulas inflexíveis, porque cuidam do homem.

4. A DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA

4.1 Considerações iniciais

Com este assunto, está a pretensão, embora de forma genérica, de revelar o que a sociedade mantém a título de reserva ética, diante da afirmação de que a conduta humana constantemente se encontra afetada por duas tomadas diferentes entre si, de origens diferenciadas. Uma de natureza interna que está contida dentro de cada um, como um modelo espiritual que recebemos desde o nascimento e uma outra, que se origina do meio ambiente em que vivemos. A primeira acaba representada pelas nossas próprias necessidades e manifestações sendo a outra formada pelas circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais que nos envolvem.

Para corroborar esta assertiva eis que se volta ao relacionamento entre os iguais, a regra de ouro tem sempre lugar garantido: “não faça aos outros aquilo que não quer que façam a você”.

E neste prisma, no momento em que se tornam conhecidas as pessoas que nos rodeiam, uma primeira análise se dá bastando para tanto que troquemos com elas de lugar, como forma de avaliar as nossas ações bem como as nossas necessidades, quando nesta nova posição. Por falar em necessidades, elencamos aquelas consideradas básicas e de observação geral, pois salutar lembrar que o homem precisa comer, beber, vestir-se, entre outras. Como necessidade, também, citamos o cumprimento dos deveres e a exigência dos direitos de cada um, o que acaba sendo uma recíproca.

Neste contexto, a ideia seguinte representa um pensamento que se volta às oportunidades que nos são ofertadas, tanto na condição de direitos como de deveres:

O desenvolvimento da inteligência amplia enormemente a possibilidade de descobrir bens, isto é, a possibilidade de descobrir coisas que convêm. O instinto busca localizadamente os bens que garantem a sobrevivência, mas a inteligência vai muito mais além. Logo se aprende a desejar como bens àquelas coisas que servem para conseguir os bens primários. Por exemplo, o dinheiro não é

comestível, mas pode proporcionar comestíveis; nessa medida é um bem. Para descobri-lo necessita de um raciocínio elementar: um animal é incapaz de captar a relação entre dinheiro e comida, por isso não deseja o dinheiro; por outro lado, a criança muito cedo é capaz de entender essa relação e começa a querer o dinheiro como um bem, ainda que não possa comê-lo. Essa relação não consegue descobrir o instinto, é captada pela inteligência.¹⁴³

E dentro de um cenário social, as habilidades individuais aliadas às oportunidades restam como elementos proporcionadores do bem-estar, fazendo com que o indivíduo se aproxime das conquistas e das realizações. Isto porque, a rigor, é diferente a dose de virtudes numa pessoa que teve mais oportunidades em comparação com uma outra que experimentou mais necessidades.

E a palavra virtude, no pensamento de Rhonheimer,

[...] não expressa o sentido original do grego '*arete*'¹⁴⁴. De outro lado, traz uma relação com a sua congênere de origem latina, *virtus*. Como abaixo se vê, a expressão *arete* significa excelência, capacidade, mais valia. Já a palavra *virtus* vem do radical '*vir*' (varão) e faz menção primária à virilidade, entretanto, também se volta à excelência e à perfeição moral. De forma acadêmica, registre-se que "*arete* e *virtus* designavam a excelência do homem enquanto homem."¹⁴⁵

Desta forma o assunto do tópico, ao mesmo tempo em que inquieta, desafia quem buscar por sua significância no meio em que se encontra. E junto com o tema está a noção centrada na equidade, observada pela sua relevância desde os primórdios, mantendo-se assim até os dias de hoje. E o Judiciário ao receber a honrosa missão constitucional de distribuir justiça, deve se voltar, sempre, para a redução das discrepâncias e desigualdades sociais. Esta não pode ser uma ideia fundada apenas no utilitarismo.

¹⁴³ LORDA, Juan Luis. **Moral: A arte de viver**. São Paulo: Quadrante, 2001, p. 32

¹⁴⁴ Aretê significa adaptação perfeita, excelência, virtude. É uma palavra de origem grega que expressa o conceito grego de excelência, ligado à noção de cumprimento do propósito ou da função a que o indivíduo se destina.

¹⁴⁵ RHONHEIMER, Martin. **La Perspectiva da moral, Fundamentos da ética filosófica**, Madrid: Rialp, 2000, p. 199

Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo. [...] A essa maneira de considerar os princípios da justiça eu chamarei de justiça como equidade.¹⁴⁶

De se notar que o modelo acima defendido por Rawls pretende que a solução dos conflitos se dê por intermédio da distribuição dos bens sociais entre os integrantes de uma mesma coletividade. Ou seja, onde todos os iguais pudessem ser iguais, desde o início, em condições pelas quais a manutenção desta situação de igualdade fosse estimulada. O raciocínio de Rawls está relacionado às condições que as pessoas recebem desde o nascimento, independente das diferentes posições sociais que ocupam. E que estas condições iniciais podem afetar as expectativas no decorrer da vida.

Mas, não é só o Judiciário que deve atuar como responsável pela distribuição da justiça, esta na sua plenitude, afirmação que será delineada nos temas seguintes eis que integrantes deste estudo, também.

Aristóteles foi o primeiro a pensar e assim ofertar uma ideia de justiça quando dividiu o gênero em três espécies: a justiça geral, como ordem primária; a justiça distributiva que se equipara à proposta de Rawls e a justiça corretiva, no campo da prevenção, que faz jus ao título. E foi Santo Tomás de Aquino, nesta linha, quem defendeu esta teoria da justiça resultante dos ensinamentos de Aristóteles, alterando sua divisão para outros três modelos: a justiça legal, a distributiva e a comutativa. Em continuidade, nota-se que os tomistas do século XIX passaram a sustentar e assim expor uma quarta figura de justiça fundada no modelo social à época vigente.¹⁴⁷

Mais adiante, a nossa intenção é no sentido de demonstrar um breve relato sobre o nascedouro e desenvolvimento da ideia central de justiça, com um introito acerca dos fundamentos ético-sociais, analisando o comportamento humano relacionado aos direitos e deveres. Desta forma, delimitaremos o percurso a cinco etapas, como sendo: a justiça geral por Aristóteles, a justiça legal por conta de Santo Tomás de Aquino, a justiça social pelos tomistas do século XIX, a justiça social já na

¹⁴⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 33.

¹⁴⁷ HÖFFE, Otfried. **O que é a justiça?**, Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 101.

visão da ética social cristã extraída do XX e por fim, a justiça social moderna contida na Constituição de 1988.

4.2 Os Fundamentos Ético-Sociais

Como fundamento de toda sociedade está o trabalho e tomando como exemplo a nossa Carta Maior nota-se que ele foi valorado pelo constituinte quando da menção à dignidade humana. É pelo trabalho que cada indivíduo se insere na vida social, participa dela e dá conta da diversidade desta sociedade.

Parte da nossa educação moral resulta do nosso convívio familiar e da prática de atos que buscam satisfazer as nossas necessidades primárias. Dessarte, a reação de cada um fica a mercê daquilo a que nos propomos como integrantes desta cadeia social. Dá-se, assim, a máxima de São Paulo: "Não faço o bem que quero e faço o mal que não quero".¹⁴⁸

A inteligência descobre que não se está só. Permite pôr-se no lugar dos outros seres e tomar consciência de que também têm necessidades como as próprias. É uma comparação elementar e inevitável. O objeto que melhor conhecemos no mundo somos nós mesmos. É o primeiro que conhecemos e o que melhor conhecemos. Por isso, utilizamos nossa experiência para entender as demais coisas e as compreendemos desde uso de razão, deduzimos que o que é bom para nós deve ser bom para os outros e ao contrário, o que é mau para nós, deve ser mau para os demais.¹⁴⁹

Com base numa simples interpretação resulta uma conduta considerada ética de âmbito universal e imutável: "fazer o bem e evitar o mal, querer positivamente o bem dos outros como se quer o seu próprio bem".¹⁵⁰ E a prática acima leva a uma constante ética fundada na arte de viver bem e do bem viver.

Hildebrand cuida deste tema afirmando que:

Assim o reconheceram já todos os grandes espíritos, um Sócrates e um Platão, insistindo sempre em que é melhor sofrer uma injustiça do que cometê-la. [...] Um homem é incapaz de ser moralmente bom

¹⁴⁸ Epístola aos Romanos – capítulo 7, versículo 19.

¹⁴⁹ RHONHEIMER, Martin, **Ob. cit.**, p. 34.

¹⁵⁰ Carta encíclica *Veritatis Splendor* do Sumo Pontífice JOÃO PAULO II a todos os bispos da Igreja Católica sobre algumas questões fundamentais do ensinamento moral da Igreja.

se estiver cego para o valor moral das outras pessoas, se não distinguir o valor inerente à verdade do não-valor inerente ao erro, se não entender o valor que há numa vida humana ou o não-valor de uma injustiça.¹⁵¹

Torna-se fácil ratificar agora a influência do comportamento humano quando da conjugação do binômio direitos e deveres, sem que um limite o outro. Ao contrário, devem ser harmônicos, como um cego regando flores o que, por oportuno, lembra a máxima do causídico inglês que mesmo reconhecendo a prejudicialidade de determinado documento apresentado pelo seu cliente, mesmo assim, o junta aos autos com a informação de que, na condição de advogado, integra a administração da justiça que deve sempre estar fundada na lealdade.

Por oportuno,

Junto a sua natureza biológica, recebida por nascimento, o homem é capaz de adquirir uma *segunda natureza*: repetindo ações livres vai tecendo seu próprio estilo de conduta, seu modo de ser melhor ou pior. Através dos atos que repetimos e esquecemos, decanta-se em nós uma forma de ser que permanece. Mas a liberdade oferece a possibilidade permanente de atingir tanto uma conduta digna do homem como uma conduta indigna e patológica. Assim, alguns se fazem justos e outros injustos, uns trabalhadores e outros preguiçosos, responsáveis ou irresponsáveis, amáveis ou violentos, verazes ou mentirosos, reflexivos ou precipitados, constantes ou inconstantes.¹⁵²

O tema supra sempre desafia com uma indagação rotineira voltada aos hábitos coletivos que são frutos dos comportamentos individuais, influenciados pelos costumes e hábitos sociais apresentados como variantes de tradições culturais, de influências climáticas e de preconceitos regionais. E assim, nota-se que tanto os costumes comuns como os individuais vão absorvendo transformações e se distanciando das bases da ética e da moral. Como consequência, são constatadas formas de variações que se aproximam do inverso da ética e da moral aceitáveis, representadas pela criminalidade, pela violência, pelo uso de drogas, pela corrupção, pela pornografia, prostituição infantil etc.

¹⁵¹ HILDEBRAND, Dietrich Von. **Atitudes éticas fundamentais**, 1. ed., São Paulo-SP, Quadrante, 1988, p. 4.

¹⁵² AYLLÓN, José R., **Ética Razonada**. Madrid: Palabra, 1998, p. 69.

A prática da coexistência social, a manutenção da harmonia com os semelhantes, o respeito ao igual sempre contribuíram para o nosso aprimoramento e engrandecimento. Assim ensinam os filósofos gregos, porque assim se portavam. Valorizar o bem comum sempre em detrimento do particular, eis que este não pode tomar o lugar daquele.

Esta tradição filosófica grega é comentada por Millan Puelles, da seguinte maneira:

A tese expressamente formulada por Aristóteles, em favor da escolha do bem comum, pressupõe indubitavelmente a liberdade (de arbítrio) dessa mesma escolha e o valor superior que a este bem corresponde [...]. Se uma e mesma coisa é um bem para um só homem e para a cidade, manifestamente é melhor e mais perfeito, procurar defender o bem da cidade [...].¹⁵³

Por tal colocação vê-se que a dignidade das pessoas pertencentes a uma dada sociedade progride à medida que as virtudes destas pessoas respondem às necessidades de outras pessoas integrantes desta mesma coletividade. Cresce, também, a dignidade quando do cumprimento dos deveres como forma de aprimorar a prática de buscar o bem comum.

Este é um processo educativo que estampa a conscientização da necessidade de que todos devem contribuir para a manutenção do bem de toda a coletividade, porque esta mesma sociedade foi construída ao longo dos séculos e assim contou com a atuação e esforço de muitas pessoas, mesmo que pareça muito cômodo e natural desfrutar hoje daquilo que está a nossa disposição. E isto que nos é ofertado, mesmo com eventuais falhas é fruto de grupos anteriores que valoravam a plena coexistência social. Daí a necessidade de o homem tornar-se consciente de sua cota-parte na condição de ator social que é, sempre contribuindo para a valorização social.

Sem dúvida, a própria língua e a sua expressão escrita, um semáforo que dirige o tráfego de automóveis, uma placa de sinalização, um ônibus, um livro texto, um hospital, um advogado que defende um acusado, um aposentado que cobra sua pensão, um supermercado, uma escola de enfermagem, são enormes conquistas humanas que

¹⁵³ MILLAN Puelles, Antonio, **El Valor de la Libertad**, Madrid: Rialp, 1995, p. 217.

existem graças a que muitos homens e mulheres somaram esforços e ideais durante longos séculos.¹⁵⁴

Ainda sobre o tema, Millan Puelles acrescenta que:

A responsabilidade dos cidadãos com relação ao bem comum tem duas vertentes. Por um lado, é um dever primordial *intervir*, segundo as próprias possibilidades nas distintas esferas da vida pública. Quando se esquece este dever surgem: *o desinteresse para com o que é de todos, o abstencionismo eleitoral, a fraude fiscal, a crítica estéril da autoridade, a defesa egoísta dos privilégios a custa do interesse geral*. [...] Como não podemos viver fora da sociedade, para toda pessoa é uma obrigação de justiça *colaborar* na configuração social, empregando suas capacidades pessoais que só dentro da sociedade podemos adquirir e desenvolver. Abre-se assim o grande campo das atividades culturais, benéficas, científicas, assistenciais, esportivas, etc., com sentido social, promovidas pela livre iniciativa dos cidadãos.¹⁵⁵

Uma sociedade nasce e se estabelece fundamentada em princípios básicos da ordem social, o que inclui as normas, ratificando que o princípio deve ser entendido como aquilo que vem antes, desde o começo, desde o nascedouro. Por outro lado, pode ser compreendida, também, como os valores mais caros e inarredáveis de um grupo de pessoas. Os princípios aqui funcionam como um caminho reto que assim deve ser trilhado. Nesta esteira, acreditamos que os princípios básicos que regem a ordem social são aqueles do campo da solidariedade, da subsidiariedade e de efetiva participação.

Para o primeiro, a solidariedade, tem-se que ela estimula cada um a contribuir eficazmente para o bem comum em todos os níveis da sociedade. O homem não foi construído para viver só: o solitário não quer viver em solidão.

A solidariedade é observada quando da efetiva atuação de cada um em favor do próximo e ao mesmo tempo em proveito próprio, através da valorização equilibrada entre o trabalho individual e o trabalho em grupo.

Quanto a subsidiariedade, deve encontrar lugar de destaque na conduta do homem ao integrar esta mesma sociedade. Ou melhor, resta ao homem ser o autor da sua própria evolução e desenvolvimento. Por isto, a subsidiariedade mantém uma

¹⁵⁴ MILLAN Puelles, Antonio. **El Valor de la Libertad**, Madrid: Rialp, 1995. p. 222.

¹⁵⁵ MILLAN Puelles, Antonio. **Ob. cit.** p. 227.

dependência com a solidariedade: a primeira dá conta de que se um não puder fazer o outro fará, ou que os outros farão. Já a segunda anuncia que todos deverão fazer, cada qual a sua fração social, sempre dando conta de que o resultado será em favor de todos.

E de acordo com Fitte:

O princípio geral de subsidiariedade, que consiste em estimular os organismos inferiores a assumirem a responsabilidade e proverem ao mesmo tempo as formas mais eficazes de delegar funções, à luz do princípio personalista (valorização da pessoa), é um modo marcadamente humano de fazer crescer as pessoas. As pessoas conseguem um autêntico desenvolvimento pessoal somente quando encontram os espaços de liberdade necessários para poderem se desenvolver através do exercício da sua liberdade. Os homens, de acordo com o princípio personalista, são respeitados e promovidos como pessoas quando se permite atuar com responsabilidade. Na empresa personalista haverá uma busca entre a maior liberdade possível e o menor controle necessário.¹⁵⁶

Por sabido que o bem comum resulta da intervenção ativa de todos os cidadãos, deve sempre haver uma participação de cada integrante capaz de impulsionar a todos para que se preocupem com o bem comum, combatendo as diferentes formas de desinteresse, abstencionismo e de acomodação. É de natureza primária o fato de que as pessoas passam a participar se, de alguma maneira, elas se sentirem como partes envolvidas. Assim, o interesse pelos problemas sociais desenvolve-se quando da informação de que a solução ou resposta será no sentido de favorecer a todos os integrantes daquele meio, gerando a certeza de que o indivíduo contribuiu, cooperou nas decisões e soluções.

O último princípio acima citado, da efetiva participação, destina ao indivíduo a oportunidade, em conjunto com a liberdade, de constituir associações capazes de contribuir para o êxito social. Buscar por promoções culturais, sociais e políticas como metas educativas constitui a maneira de combater todo tipo de deficiências nas relações sociais. De forma inequívoca, a educação já se revelou como uma das fontes de progresso comunitário, quando somados os progressos individuais. Assim, os hábitos regulares acabam criando um desdobramento pacífico que se aproxima

¹⁵⁶ FITTE, Hernan, La primacia de las personas en el gobierno de la empresa. In. DOMÈNEC MELÉ, **Ética en el gobierno de la empresa**. Barcelona: Euns, 1996, p. 40.

do costume e esta repetição resulta em facilidades no desenvolver daquela tarefa ou procedimento. Exemplo típico pode ser dado pelo atleta que adquire resistência física diante dos seus reiterados treinamentos e exercícios.

Os sociólogos acreditam que a aquisição das virtudes, como modelo repetitivo, é o fator primordial no desenvolvimento moral das pessoas e assim, por consequência da comunidade.

Como já dito acima, as virtudes tornam boas as pessoas que as possuem.

Portanto, o cultivo das virtudes morais resulta numa sedimentação de rotinas e assim constitui o cerne do desenvolvimento da cidadania. Quando os integrantes de uma coletividade praticam a complexa arte de viver bem e conjugam harmoniosamente a busca de objetivos e o cumprimento dos deveres, isto se torna o fator preponderante e decisivo na constituição e manutenção de uma sociedade saudável. E quando a relação de cada indivíduo com seu igual, quando a relação da sociedade com cada um indivíduo e de cada um com a sociedade forem saudáveis, a justiça estará alicerçada.

O viver bem vai se desenvolvendo sempre em consonância com o que é justo e ético. A justiça, em conjunto com a ética, devem integrar as vidas das pessoas em qualquer que seja o meio coletivo de coexistência, partindo do campo familiar, passando pelo escolar, no ambiente de trabalho, em locais públicos etc.

O próprio Julgador deve muito às suas origens e ao seu meio social, pela máxima de que o Juiz veio do povo, é um do povo, conhece os conflitos do povo e estudou para resolver os conflitos deste povo.

“Triste a árvore que nega as suas raízes” (informação verbal)¹⁵⁷

4.3 Ética e Modalidades de Justiça

Está claro que uma norma jurídica deve contemplar a prevalência de valores e o anseio pela implementação da justiça, o que ratifica a concepção formada por Thomas Hobbes em que a justiça deve guardar conformidade com a legislação e

¹⁵⁷ Expressão usada pelo Professor Doutor Gabriel Benedito Issaac Chalita, nas aulas do Doutorado, PUC/SP, no ano de 2012, disciplina “Argumentação Jurídica: Ética e Retórica”.

assim estar de acordo com uma norma ajustada e presumidamente de conhecimento de todos. Hobbes ainda ratifica que a justiça deve ficar restrita à manutenção dos pactos, quer dizer, estar de acordo com uma regra pactuada, previamente estipulada e de conhecimento geral.

De outro lado, Aristóteles defende que a justiça deve ser representada pela virtude e pela equidade eis que direcionada aos iguais, quando iguais. Tem como objeto principal ordenar e dirigir a convivência humana segundo o critério dessa equidade. O filósofo deixa claro que se deparou com um conflito quando na tentativa de encontrar a definição de justiça. Assim, a relacionou com a virtude e catalogou algumas categorias de justiça realçando que todas são indispensáveis à vida em sociedade.

E mesmo sendo desaconselhável a prática de se conceituar a justiça, algumas formas assim concebidas aqui são destacadas. Neste passo, iniciando por Maria Helena Diniz que traz um rol destas modalidades, como sendo: objetiva, comutativa, distributiva e social.

A primeira, tida como justiça objetiva ocorre quando “indica uma qualidade da ordem social. [...] Pode ainda significar a própria legislação (justiça penal, trabalhista, etc.) ou o órgão encarregado de sua aplicação”.¹⁵⁸

A segunda, justiça comutativa pode ser representada quando “um particular dá a outro particular o bem que lhe é devido, [...] um Direito próprio da pessoa (vg. o Direito da personalidade, [...], pagamento de certa quantia em dinheiro etc)”.¹⁵⁹

Ocorre a justiça distributiva quando:

[...] a sociedade dá a cada particular o bem que lhe é devido segundo uma igualdade proporcional ou relativa. Tem-se ainda a justiça distributiva que atinge os governantes. Eles devem repartir, com justiça, os bens e os encargos entre os membros da comunidade. Significa a distribuição equitativa e apropriada na sociedade determinada para justificar normas que estruturam os termos da cooperação social. Por isso, os Serviços Públicos são regulados pela Constituição. Em geral, justiça distributiva é a responsabilidade dos governantes de promover o bem-estar e a paz de todos os cidadãos.¹⁶⁰

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 406.

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Ob. cit.**, p. 408.

E por fim, a justiça social em que “as partes da sociedade, isto é, governantes e governados, indivíduos e grupos sociais, dão a comunidade o bem que lhe é devido, observando uma igualdade proporcional, (...) dão a esta sua contribuição para o bem comum”.¹⁶¹

De uma forma geral, nota-se que há uma relação entre elas porque mantêm um elemento sempre em comum: a ética.

De se notar, também, que a justiça distributiva tem como ideia central o tratamento comparativo ao dar a cada um o que é seu na medida da proporcionalidade e necessidade, sendo essa uma função representada pelo Estado perante a sociedade.

Com relação à justiça comutativa, fácil constatar que está sempre presente nas relações sociais de troca, sendo que as partes devem dar e receber, obedecendo a uma proporção aritmética. Assim, uma troca é justa quando os produtos que foram trocados equivalerem-se em gênero, número e grau. Como exemplo, a justiça comutativa é a que deve existir, por exemplo, entre nós e os nossos amigos; entre cada um de nós e nossos familiares; entre os alunos e os seus professores e, como matéria principal deste estudo, entre os empregados e seus patrões. Por esta catalogação de justiça há a exigência ética de que cada pessoa dê a outra o que lhe for devido.

O último modelo acima mencionado, a justiça social, atualmente muito difundida e utilizada, representa uma das melhores formas de distribuição de riqueza entre os membros de uma mesma sociedade. Por ela objetiva-se dar àqueles mais necessitados as mínimas e mais básicas condições de sobrevivência. Esse perfil de justiça utiliza critérios de necessidade em relação aos que precisam ser ajudados e critérios de capacidade, em relação àqueles que poderão contribuir mais para que tal redistribuição possa ser feita.

Assim estão os programas sociais governamentais entre os quais o Bolsa Família, Brasil sem miséria, Luz para todos, Minha Casa Minha Vida e o mais recente deles, o Mais Médicos.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 409

¹⁶¹ **Ibidem**, p. 409.

A justiça social tem como dever primordial abranger todos os membros de uma comunidade, identificando cada um deles e suas necessidades. Como exemplo, um caso de calamidade pública que requer socorro às vítimas. Também os problemas da fome, da falta de moradia e do analfabetismo que direcionam a toda sociedade esta responsabilidade de auxílio conjunto e solidário. Em suma, a ideia de justiça deve ser entendida como princípio basilar de um pacto que objetiva manter a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma positivista ou na sua aplicação a casos litigiosos.

Por oportuno e ao final, duas outras modalidades de catalogação das variantes dos modelos de justiça que se encaixam neste contexto. A justiça convencional como aquela que decorre da simples aplicação da lei, sendo que a situação concreta se molda perfeitamente ao tipo legal vigente. E a justiça substancial que é uma resultante dos princípios extraídos do direito natural, estejam estes princípios descritos ou não na legislação. Esta forma última é considerada como a justiça mais pura e verdadeira tendo em vista a sua origem.

4.3.1 Justiça Distributiva

Esta modalidade traz na sua essência um destaque que retrata uma abordagem teleológica e procura ser uma resposta às desigualdades verificadas no mundo de hoje, em especial nas sociedades em que predomina a economia de mercado. É que ao concordar que a justiça poderá direcionar um tratamento igual para aqueles considerados iguais e uma versão desigual para os desiguais, torna-se mais fácil a interpretação das variantes, como a seguir elencadas: a cada um uma parte igual; a cada um em função das suas necessidades; a cada um em função do seu empenho; a cada um em função do seu contributo social; a cada um em função do seu mérito; a cada um de acordo com as regras de mercado.

Neste sentido, John Rawls ratifica que:

[...] uma decisão pode ser considerada ética se ela conduz a uma distribuição equitativa dos bens e dos serviços, sendo necessário para tal que se disponha de um método justo de repartição dos mesmos. Esse método terá por base uma imparcialidade que é

garantida por aquilo que designa por 'véu da ignorância', no qual se pressupõe que o decisor na sua 'posição origina', sem qualquer conhecimento das diferenças existentes na sociedade, optaria por um sistema cooperativo cujas decisões dele decorrentes distribuiriam, de modo equitativo, os benefícios pelos seus membros, sem beneficiar interesses particulares de alguns grupos, ou seja reconhecendo a igualdade de oportunidades e como tal proceder a algumas correções na distribuição dos bens.¹⁶²

John Stuart Mill, de outro lado, apresenta como objetivo da utilidade a busca da felicidade, considerando-a como o fundamento da teoria ética normativa.

Assim o agir será eticamente correto se proporcionam felicidade ou ausência de sofrimento, sendo deste modo considerados menos éticos os comportamentos geradores de sofrimento ou de menos felicidade. Mais, o agir humano deverá procurar sempre a maximização dos benefícios ou do bem-estar do maior número de pessoas, ou pelo menos a redução dos inconvenientes, apresentando como uma certeza o fato de que todas as pessoas desejam viver em unidade e harmonia com a própria natureza do ser humano, enfatizando sentimentos de solidariedade em virtude da universalidade do gênero humano.¹⁶³

Existem, contudo, diferentes interpretações quanto ao entendimento do que é considerado bom na perspectiva utilitarista. Jeremy Bentham identifica a felicidade com o prazer e neste sentido o agir corretamente está condicionado pelo fato de proporcionar ou não o prazer, contrariando Mill, que por sua vez, entende que “existem outros valores para além do prazer, como a amizade, a saúde ou a coragem, aceitando também que o prazer pode ser diferenciado qualitativamente, dando mais importância aos prazeres intelectuais e morais do que meramente sensoriais, ou seja aos prazeres do espírito considerados prazeres superiores”.¹⁶⁴

Uma das visões da perspectiva utilitarista permanece adstrita ao binômio custo-benefício, em que os benefícios então apurados devem ser superior aos custos direcionados a tal conquista. Entretanto, é combatida quando da violação de

¹⁶² DUPUY, Jean-Pierre. **Ética e Filosofia da Acção**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. Trad. Ana Rabaça, p. 55.

¹⁶³ JESUS, Maria Margarida Nascimento – **Ética y Actividad Empresarial, Cultura y Valores Éticos en las Empresas Algarveñas**. Tese de Doutoramento, Universidade de Huelva, 2001. p. 56.

¹⁶⁴ NUNES, Cristina Brandão – **A Ética Empresarial e os Fundos Socialmente Responsáveis**. Porto: Vida Económica, 2004. p. 66.

regras morais na tentativa de direcionar um bem para uma grande quantidade de pessoas, com a máxima de que os meios podem justificar os fins. A crítica para tanto surge com o fundamento de que tal pensamento não mantém uma preocupação com a minoria, já que busca atender o maior número de pessoas.

Como já afirmado, John Rawls propôs uma influente abordagem não consequencialista à justiça. Rawls sugere que a pergunta a fazer é no sentido de quais seriam as regras merecedoras da nossa aceitação em determinadas condições hipotéticas? Neste sentido, Rawls argumenta que a sociedade deve destinar uma ampla liberdade para as pessoas, independente da posição social de cada um.

Robert Nozick é o crítico mais duro do princípio da diferença defendida por Rawls, quando propõe a titularidade de posses justas, conquistadas de forma legítima, através do esforço próprio.

Diante das duas posições extremadas, há uma reflexão a ser feita: o que melhor se acomodaria no mundo em que vivemos?

Se fizermos uso do nosso patrimônio moral, o resultado é no sentido de que as intuições liberais migrariam para a ideia estampada por Rawls. Entretanto, a tendência de liberdade fica centrada no pensamento de Nozick.

É que a justiça ideal deve ter a função de manter a igualdade de oportunidades porque ele é uma espécie de igualdade. Entretanto, esta forma de igualdade deve valer na condição de regra genérica e não apenas na teoria, como se vê pelo direito ao voto, direito aos concursos públicos entre outros.

E os direitos, na concepção política, social ou econômica, são distribuídos de forma igualitária ao passo que as comodidades econômicas devem ser direcionadas desigualmente conforme as diferenças relevantes entre os indivíduos.

Vale aqui e máxima do servo bom e fiel.¹⁶⁵

Como ideia, acreditamos que todos devem receber oportunidades iguais capazes de permitir uma vida economicamente dependente do mérito e esforço individuais. A sociedade modelo tem como dever assegurar a igualdade de oportunidades dando a cada um indivíduo igual condição no acesso à educação e

¹⁶⁵ E o seu senhor lhe disse: Bem está, servo bom e fiel. Sobre o pouco foste fiel, sobre muito te colocarei; entra no gozo do teu senhor. Evangelho de Mateus 25-21.

eliminando a discriminação sexual e racial no acesso a empregos e posições sociais, mesmo sabendo que é comum às pessoas competirem por dinheiro, por cargos, prestígio e posição social. Mesmo assim, o que se vê é a impossibilidade de se ofertar a tão sonhada igualdade de oportunidades tendo em vista que no ponto de chegada é que se observa que esta competição social não se deu de forma justa.

Como corolário, nota-se que a desigualdade, por si só e em si mesma, não representa o melhor ponto de partida, mas guarda relação com o ponto de chegada eis que algumas desigualdades em determinadas circunstâncias acabam se revelando porque aumentam o bem-estar global ou diminuem os prejuízos sociais, além de funcionarem como estímulo. Exemplo típico está numa sociedade em que o trabalho competente e esforçado é recompensado com salários mais elevados, o que torna muito provável que o bem-estar seja sempre crescente. Como resultado esta recompensa a maior constituirá, para muitos, um incentivo para continuar a trabalhar cada vez mais e sempre melhor.

Pelo critério utilitarista, com o uso de uma visão imparcial, é certo que se todos receberem o mesmo salário independentemente do esforço, mérito ou competência de cada um, essa sociedade produzirá menos que o seu potencial, o que resultará em declínio de cada integrante do grupo social.

4.3.2 Justiça Comutativa

Esta outra forma de justiça é de fácil identificação no campo contratual, daí o seu nome, eis que o contrato faz lei entre as partes e o que for contratado, a rigor, torna-se justo e igual. Contudo, ela não resta aplicada apenas no campo dos contratos, podendo ser direcionada aos valores da vida e da personalidade.

A expressão comutar significa, entre outras, trocar, mudar, substituir, sendo que por este significado em conjunto com os exemplos abaixo, torna-se de fácil compreensão, o lugar ocupado pela justiça comutativa entre as suas congêneres.

Veja-se o caso do comprador que deve pagar ao vendedor o preço correspondente ao valor da mercadoria entre eles ajustada e assim receber esta mercadoria. Um outro: quem causa um dano a outrem fica obrigado a reparar o

dano, inicialmente restabelecendo o *stato quo ante*, sendo que na impossibilidade dá-se a indenização correspondente.

É esta a ideia da justiça comutativa, também chamada de corretiva ou sinalagmática. Se é catalogada de comutativa porque projeta troca, da mesma forma o é corretiva, haja vista que esta expressão se relaciona com a correção, com o acerto. E, ao fim, é sinalagmática, porque é bilateral.

Quanto ao objeto tutelado por ela, tem-se que é o débito, do latim *debitum*. Ou seja, aquilo que foi apurado e passou a ser devido e desta forma deverá ser satisfeito.

Entretanto, este débito não pode restringir-se apenas à materialidade. O campo abrangido pela justiça comutativa é mais amplo que isto. Veja-se exemplo centrado no respeito à personalidade do próximo, como também, a exigência do cumprimento das obrigações impostas e direcionadas.

Tratar bem as pessoas, cumprir o pactuado são os exemplos mais comuns para esta figura de justiça. Isto consiste em ações concretas, como também prestar um serviço ajustado, pagar uma dívida, restituir, apresentar ou entregar um objeto se isto já se encontra acertado ou definido.

A igualdade¹⁶⁶ registrada na Constituição Federal atual já direciona um prévio modelo do que representa a justiça comutativa, porque de caráter absoluto e destinado a todos. Desta forma, se houver violação a tanto, a previsão legal é no sentido de reparação ou indenização. Assim, como ramificação da justiça que é, este modelo tem também a finalidade de manter uma igualdade fundamental nas relações entre os homens e exigir que essa igualdade seja restabelecida, quando violada. Porque o justo deve ser igual e o injusto, desigual, como afirmado por Santo Tomás, reproduzindo a lição de Aristóteles e a igualdade deve nortear as decisões judiciais.

Segundo Hobbes, a noção de justiça deve estar voltada à obtenção da paz e da segurança. Já para Locke e Rousseau, ela é a legitimação de um conjunto de direitos naturais básicos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

¹⁶⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (*omissis*).

Ainda uma outra observação a ser feita sobre a justiça comutativa está ligada à distribuição desigual dos bens básicos, estes que devem favorecer quem se encontra em pior situação, desigual, como forma de compensação e estímulo. Entretanto, não pode ser tida como injusta a existência de um grande fosso entre ricos e pobres, como se vê em muitas sociedades.

Esta vala entre ricos e pobres só pode ser considerada injusta se for criada através de meios injustos, tais como a fraude, a corrupção e o roubo. Para tanto, a justiça social consiste em permitir que os bens permaneçam com o seu proprietário legítimo, com plena disposição deles nos termos previamente estatuídos pela sociedade. Esta é uma maneira de titularidade de propriedades e posses legítimas, garantidas constitucionalmente.

“Como subdivisão da justiça corretiva (ou igualadora, sinalagmática, retificadora ou equitativa), a justiça comutativa apresenta-se para determinar a formação das relações de troca de conformidade com certa medida”.¹⁶⁷ Desta maneira “ela se aplica nas relações voluntárias que pressupõem igualdade entre o que se dá e o que se recebe, entre a prestação e a contraprestação, como nos contratos, por exemplo”.¹⁶⁸

A subespécie de justiça ora enfocada, conforme Radbruch:

[...] é própria das relações de coordenação e pressupõe, pelo menos, duas pessoas, uma equiparada à outra; é aplicada de acordo com um critério absoluto de igualdade entre os bens, como exemplos, salário e trabalho, dano e indenização.¹⁶⁹

Registre-se, por muito oportuno, que ela considera como elemento principal da relação a vontade das partes, eis que nem sempre exige a intervenção do Judiciário.

É por este motivo que é considerada como a justiça do direito privado.

¹⁶⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. **Justice**, anotado por A. H. Campbell, Edinburgh, University Press. Lições de Filosofia do Direito, tradução portuguesa de António José Brandão, 5a ed., Coimbra: Ed. Arménio Amado, 1979. p. 48.

¹⁶⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. **Ob. cit.** p. 49

¹⁶⁹ RECASÉNS Siches, Luis. **Tratado General de Filosofia del Derecho**, 12. ed., México: Porrúa: 1997. p. 89

4.3.3. Justiça Social

Alçada ao patamar constitucional, a ideia de justiça social repercute no dia a dia do povo brasileiro, porque funciona como unidade estabilizadora das relações sociais como se vê no próprio texto da Carta Política atual, nos seus artigos 170 e 193.

Considerada como justiça geral, para Aristóteles ela poderia ser definida como a virtude que leva o ser humano a desejar o que é justo. Como corolário, a noção de justiça geral estampa que um ato justo é aquele que se exerce em conformidade com a lei, sendo que o objetivo da lei é a manutenção dos direitos e deveres de cada um em relação à comunidade.

Deste modo, a lei determina quais as ações que são devidas à comunidade para que se alcance o bem comum. A justiça legal, conforme a teoria de Tomás de Aquino, mantém sua continuidade nos limites da tradição aristotélica, somando alguns elementos fundados no Direito Romano. Tomás de Aquino define que "a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido."¹⁷⁰

Neste universo da teoria tomista, o jesuíta Louis Taparelli d'Azeglio foi o primeiro a se valer da expressão justiça social na sua obra *Saggio teoretico di diritto naturale*, de 1840.¹⁷¹ Ele começa sua fundamentação acerca do conceito de justiça social, afirmando que:

A justiça social é para nós a justiça entre homem e homem. O homem, aqui, é o homem considerado como dotado somente do requisito de humanidade, considerado como puro animal racional. Obviamente, entre os homens considerados sob este aspecto, existem relações de perfeita igualdade, por que homem e homem aqui não significa senão a humanidade reproduzida duas vezes.¹⁷²

A conclusão que se encerra com tal pensamento é de que numa sociedade de iguais em que as posições ocupadas por cada integrante restam no campo secundário, a justiça social tem por objeto o que deve ser devido a qualquer igual simplesmente pela sua condição humana. Resulta disto a noção de que a sociedade

¹⁷⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 60, a. 3., Artigo de Luis Fernando Barzotto, "A Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito" (Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev).

¹⁷¹ TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 242 et seq.

¹⁷² TAPARELLI d'Azeglio, Louis. *Saggio Teoretico di Diritto Naturale appoggiato sul Fato*. 1840-1843, 5 vols., edição definitiva de 1855, p. 183.

civil só existe na totalidade dos seus membros, eis que todos os integrantes devem colaborar na obtenção do bem comum. Em resumo: os integrantes são os sujeitos e o bem comum o objeto da justiça social.

A justiça social ao tratar das relações do indivíduo com a comunidade estampa a tradição aristotélica pela qual a comunidade existe apenas para os indivíduos que a integram. Deste modo, a justiça social quando cuida do que é devido pela comunidade e à comunidade, limita-se a impor quais são os deveres em relação a todos os membros desta mesma comunidade. Como exemplo, os deveres de proteger o meio ambiente como obrigação de cada indivíduo diante da comunidade como um todo. Desta maneira, a justiça social deve impedir privilégios quando estes forem observados como modelo de desigualdade de direitos, pelo fato de que cada integrante deste grupo social somente poderá ter direitos se assim aceitar que os demais também tenham este mesmo direito. Quem não for catalogado como sujeito de direitos dentro da coletividade, também não será sujeito de deveres.

Ainda sobre a justiça social, nota-se que por ela o ser humano é considerado membro de uma comunidade específica a quem lhe são devidos todos os bens necessários para a sua realização. Volta-se aqui à máxima do servo bom e fiel.

Que fique ratificada a prevalência deste conceito de justiça social que recebeu como ponto de partida a ideia de justiça geral eleita por Aristóteles seguida por Tomás de Aquino que a explorou na condição de uma justiça legal. E foi a influência da ética social cristã que fez este conceito ser registrado na Constituição Federal de 1988, nos artigos 170¹⁷³ e 193¹⁷⁴, que cuidam da ordem econômica e social.

Registramos, por oportuno, que a nossa intenção, eminentemente de ordem acadêmica, diante da disposição da matéria acima, está no sentido de fazer valer a máxima da realeza romana de se pensar o direito a partir da justiça, necessariamente nesta ordem.

¹⁷³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(*omissis*)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁷⁴ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

4.3.4. Justiça Social da Igreja

De se destacar a importância e contribuição das Encíclicas sociais da Igreja para o fortalecimento deste conceito de justiça social. Nota-se nelas, que há uma mescla do aristotelismo com a conduta cristã.

Como exemplo primeiro, a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI (1931), que foi a primeira delas a se valer da expressão justiça social que é mencionada por sete vezes no decorrer da exposição. Vê-se, neste documento, uma preocupação de natureza econômica como forma de avaliar a distribuição de renda e de riqueza, reservando aos trabalhadores a condição de beneficiários deste modelo de justiça em conjunto com a imposição de obrigações individuais e coletivas em relação ao bem comum. Por esta imposição todos restam obrigados e ao mesmo todos são beneficiados, eis que o bem comum é o bem de todos, sendo alcançado somente quando todos tiverem acesso a estes bens.

O parágrafo 110 da *Quadragesimo Anno* prescreve:

As públicas instituições adaptarão a sociedade inteira às exigências do bem comum, isto é, às regras da justiça social, inserindo deste modo, a atividade econômica, em uma ordem sã e bem equilibrada.¹⁷⁵

A reflexão a ser feita é a de que a justiça social tem por esfera de aplicação, portanto, a vida da sociedade como um todo e não somente sua dimensão econômica.

Na Encíclica *Divini Redemptoris*, de 1937, o Papa Pio XI repete a ideia de que a justiça social deve reger toda a sociedade, não se restringindo a orientar a dimensão econômica:

[...] a justiça social deve regular "a ordem econômica e a organização civil."¹⁷⁶

Contudo, o mais importante nesta última encíclica é uma reflexão sobre a justiça social:

¹⁷⁵ PIO XI, *Divini Redemptoris*, n. 32. Fonte: <http://www.vaticano/encyclicals/documents>. Acesso em 21.12.2013.

¹⁷⁶ Idem. Ibidem.

É precisamente próprio da justiça social exigir dos indivíduos quanto é necessário ao bem comum.

E essa é exatamente a definição de Tomás de Aquino acerca da justiça legal:

A justiça legal ordena o homem imediatamente ao bem comum. Mas, as exigências que recaem sobre cada um dos indivíduos supõem que estes estejam em condições de contribuir com a comunidade a que pertencem: não se pode prover ao organismo social e ao bem de toda a sociedade, se não se dá a cada parte e cada membro, isto é, aos homens dotados da dignidade de pessoa, tudo quanto necessitam para desempenharem suas funções sociais.¹⁷⁷

Com isto, presume-se a exigência daquilo que é necessário para a concretização da dignidade humana de todos os integrantes de uma coletividade. Um exemplo atual que deveria funcionar como ferramenta para diminuir as diferenças sociais está a cargo da Seguridade Social que também é assistência, previdência e saúde.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o termo justiça social "em nossa tradição constitucional, deita raízes na Doutrina Social da Igreja".¹⁷⁸ A justificativa desta afirmação está contida nos artigos 170 e 193 da nossa Constituição Federal, acima já citados.

Com isto, o autor acima traça as diferenças entre a justiça social na ordem econômica e na ordem social nos seguintes termos:

A ordem econômica deve assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social. O objetivo da ordem social é o próprio bem-estar social e a justiça social. A primeira deve garantir que o processo econômico, enquanto produtor, não impeça, mas ao contrário, se oriente para o bem-estar e a justiça sociais. A segunda não os assegura, instrumentalmente, mas os visa, diretamente. Os valores econômicos são valores-meio. Os sociais, valores-fim.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Cf. Oliveira, C.J.P. Nota (e) referente Suma Teológica de Tomás de Aquino. II-II, Q. 58, a.6, resp. São Paulo: Loyola, 2005, v. VI, p. 64.

¹⁷⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 53.

¹⁷⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Ob. cit.** p. 54.

Existe uma afirmação, de há muito sedimentada, no sentido de que a Igreja Católica sempre se mostrou atenta às questões mundiais e assim sempre teve uma visão bem clara e atualizada de todo o mundo, nas suas mais variadas concepções. Neste passo, melhor ainda seria afirmar que a Igreja sempre manteve atualizadas as necessidades mundiais. Por este motivo ela oferta as mais diversificadas formas de solução para os grandes problemas enfrentados pela humanidade, em exatos termos, segundo os ensinamentos cristãos contidos no Evangelho de Jesus Cristo.

Afirmativas neste sentido estão defendidas por Felipe Aquino quando faz uso da Carta Encíclica de João Paulo II, (1991), *Laborem Exercens*¹⁸⁰, da Carta Encíclica de João Paulo II, (1981) e SRS – *Sollicitudo Rei Socialis*, 1987.¹⁸¹

Sustenta o autor supra que:

Não cabe aos pastores da Igreja intervir diretamente na construção política e na organização da vida social. Essa tarefa faz parte da vocação dos fiéis leigos, que agem por própria iniciativa com seus concidadãos. Terá sempre em vista o bem comum e se conformará com a mensagem evangélica e com a doutrina da Igreja. Cabe aos fiéis leigos animar as realidades temporais com um zelo cristão e comportar-se como artesãos da paz e da justiça.

A conclusão que resulta disto é a de que as propostas defendidas pela Igreja não podem ser equiparadas às soluções de cunho tão somente ideológico tendo em vista que a figura da dignidade humana sempre deverá permanecer em destaque, aliás, como estampado em nossa Carta Maior vigente.

De fato, acreditamos haver um consenso pelo qual a missão da Igreja deve ser diferente da tarefa desenvolvida pelas autoridades políticas.

Nesta linha, Felipe Aquino afirma ainda que:

Para a Igreja o homem é o autor, o centro e o fim de toda a vida econômica e social. O ponto decisivo da questão social é que os bens criados por Deus para todos de fato cheguem a todos conforme a justiça e com a ajuda da caridade. De um lado a Igreja não aceita o lucro idolatrado como um Deus que explora o ser humano como se fosse uma máquina insensível; e por outro lado condenou muitas vezes o marxismo que faz do Estado uma instituição todo-poderosa

¹⁸⁰ Representa a dimensão subjetiva e objetiva do trabalho.

¹⁸¹ Representa a questão social que assumiu uma dimensão mundial.

que elimina a liberdade dos filhos da nação. De forma alguma a Igreja aceita a violência, a revolução, o terrorismo e a guerrilha para resolver o problema social, e muito menos a luta de classes, o incitamento dos pobres contra os ricos. Todas essas práticas são anti-evangélicas e não resolvem o problema social, ao contrário, o agravam.¹⁸²

Neste sentido, os registros estampam que desde Leão XIII (1878-1903) com a edição da “*Encíclica Rerum Novarum*”¹⁸³, a Igreja tem atuado e assim se pronunciado sobre todas as questões sociais, com muita firmeza. Desta forma, a doutrina social da Igreja vem se desenvolvendo desde o século XIX o que foi representado pelo encontro do Evangelho com a sociedade industrial que, em franca expansão, surgia com suas novas estruturas para a produção de bens de consumo, trazendo uma nova concepção da sociedade, uma nova concepção de Estado e de autoridade. Lado a lado com isto, surge o aparecimento de novas formas de trabalho e o instituto da propriedade.

Desta teoria utilizada pela Igreja pode se extrair em primeiro plano uma proteção das relações sociais que deveria prevalecer sobre qualquer outra modalidade econômica, pois assim contrária à natureza do ser humano. A justiça social defendida pela Igreja é no sentido de não aceitar que nenhum sistema sacrifique os direitos fundamentais do homem ou de seus semelhantes com o propósito apenas de se obter uma maior e melhor produção. Desta forma, a proposta é de sempre valorizar o homem, este colocado como centro das coisas e somente pelo seu trabalho é que as coisas serão criadas ou transformadas. Daí a máxima filosófica da expressão “trabalho e capital”, nesta ordem, eis que somente pelo trabalho é que obtém o capital.

A Igreja ainda rejeita toda e qualquer forma de ideologia totalitária e radical, valorando o primado antropológico, este que foi consagrado pelo legislador constituinte de 1988. Defende que as riquezas devem ser melhor distribuídas

¹⁸² Felipe Aquino é Professor de História da Igreja do “Instituto de Teologia Bento XVI” da Diocese de Lorena/SP. Cavaleiro da Ordem de São Gregório Magno, título concedido pelo Papa Bento XVI, em 06/02/2012. Fonte: <<http://cleofas.com.br/o-que-e-a-doutrina-social-da-igreja>>

¹⁸³ Rerum Novarum: sobre a condição dos operários (em português, “Das Coisas Novas”) é uma encíclica escrita pelo Papa Leão XIII a 15 de maio de 1891. Era uma carta aberta a todos os bispos, sobre as condições das classes trabalhadoras. Wilhelm Emmanuel von Ketteler e Edward Manning tiveram grande influência na sua composição.

mantendo bem clara a sua posição sobre a importância do trabalho e de suas consequências, porque o homem além de autor do trabalho também deve ser seu destinatário.

O Papa João Paulo II disse na “Centesimus Annus”¹⁸⁴, que:

A atividade econômica, sobretudo a da economia de mercado, não pode desenvolver-se num vazio institucional, jurídico e político. Ela supõe que sejam asseguradas as garantias das liberdades individuais e da propriedade, sem esquecer uma moeda estável e serviços públicos eficazes. O dever essencial do Estado, no entanto, é assegurar essas garantias, para que aqueles que trabalham possam gozar do fruto de seu trabalho, sentindo-se estimulados a realizá-lo com eficácia e honestidade... O Estado tem o dever de vigiar e conduzir a aplicação dos direitos humanos no setor econômico; nessa esfera, porém, a primeira responsabilidade não cabe ao Estado mas às instituições e aos diversos grupos e associações que compõem a sociedade. Que os responsáveis pelas empresas têm perante a sociedade a responsabilidade econômica e ecológica pelas suas operações. Eles têm o dever de considerar o bem das pessoas e não apenas o aumento dos lucros. Entretanto, estes são necessários, pois permitem realizar os investimentos que garantem o futuro das empresas, garantindo o emprego.

Objeto deste estudo, o salário justo como contraprestação também encontra na Igreja uma defensora que o cataloga de fruto legítimo do trabalho, por ser a venda de energia humana que nunca é repostada. Esta doutrina fala sobre a não entrega do salário ou de sua retenção afirmando que o trabalhador tem necessidades pessoais e familiares sempre contando com a sua paga. Alega, ainda, que o salário justo é aquele capaz de satisfazer todas as necessidades de cada um, em particular, tanto no plano material, social, cultural e no espiritual.

Sobre a greve a Igreja também se manifesta e acrescenta que deve ser considerada legítima quando se apresenta como uma única opção aos trabalhadores. De outro lado, resta como moralmente inaceitável quando resulta em violências ou por ela buscam-se objetivos alheios aos interesses dos trabalhadores, alheios às condições de trabalho ou contrários ao bem comum. Quanto à

¹⁸⁴ Dado em Roma, na memória de S. José Operário, dia 1 de Maio do ano de 1991, décimo terceiro de pontificado. Carta Encíclica do Papa João Paulo II para marcar o centenário da Encíclica Rerum Novarum.

seguridade, afirma a Igreja que o trabalhador sente-se mais protegido quando os organismos sociais estão fortalecidos e funcionando.

A justiça social da Igreja também se volta contra a prática da usura e a predominância assustadora com que os sistemas financeiros abusam e esmagam aqueles que dele necessitam. Tem como uma das suas propostas o esforço em comum no sentido de todos os recursos e seus frutos sejam direcionados para o desenvolvimento moral, cultural e econômico dos povos. Conclama todas as nações ricas a assumirem a responsabilidade irrecusável de ajudar as nações pobres, contribuindo, desta feita, no desenvolvimento de cada uma delas, como um gesto de caridade e solidariedade.

Nota-se, assim, que o eixo mestre desta doutrina é a caridade e como dito linhas atrás, há muito tempo que a Igreja tem se inserido nas relações sociais desde a Revolução Industrial, o que se mostrou objeto de preocupação a partir do momento em que o homem começou a experimentar os resultados negativos deste indigitado avanço. Ao final, vê-se que esta proposta defendida pela Igreja também se encontra muito bem estruturada no “Compêndio de Doutrina Social da Igreja”.¹⁸⁵

Concluindo esta exposição sobre a doutrina defendida pela Igreja, um destaque deve ser dado para o Papa João Paulo II, quando a expressão “globalização” começou a ganhar o mundo, na condição de alternativa única de assim os povos buscarem a evolução. Claramente, o Papa João Paulo II saiu em defesa dos países pobres que sempre eram deixados de lado pelos países ricos, estes que se valiam de todos os mecanismos para a busca e manutenção da supremacia econômica, esta como fator preponderante, alterando a expressão para “globalização da solidariedade”, o que ainda nos desafia para uma profunda meditação.

4.3.5 Justiça Moderna

Observada à luz de uma das teorias acadêmicas voltadas à introdução da ciência política, a definição de Estado pode ser compreendida como uma

¹⁸⁵ Publicado em 2004 pelo Pontifício Conselho de “Justiça e Paz” da Santa Sé. É um organismo da Cúria Romana.

coletividade estabelecida em determinado território onde há a supremacia de um poder, considerado soberano. Assim, o Estado foi criado para o indivíduo com o papel fundamental de apoiar o homem, este visto como origem e destino ao mesmo tempo dos atos e resultados para a obtenção da prosperidade, da melhoria da condição social humana, o que ao menos, deveria nortear os governantes.

Na condição de origem, a frase de John F. Kennedy: “Não pergunte o que seu país pode fazer por você. Pergunte o que você pode fazer por seu país.” Na condição de destino, esta prosperidade precisa ser entendida como a forma de se assegurar os direitos individuais fundados na liberdade e no aperfeiçoamento da vida social, como instrumentos para o pleno desenvolvimento individual e por consequência, social.

Representando a justiça moderna está o Judiciário que entre os três poderes legitimamente constituídos, acaba recebendo as críticas mais duras eis que não composto pela vontade popular. Em contrapartida, ele ainda é considerado o mais confiável por buscar uma sociedade mais equilibrada e justa. Para tanto, o Judiciário moderno deve ser dinâmico, acompanhando as necessidades sociais e assim contribuir para que a sociedade se aproxime da sua plenitude. Esta sociedade não espera a inerrância do Judiciário. Ela espera, isto sim, que ele rompa com a letra fria da lei quando for o caso, que sempre possa suavizar a norma sem ferir o preceito, pelo fato de que o direito deve repousar em bases de cunho filosófico e sociológico destinando proteção aos mais fracos.

E o Magistrado tem função importantíssima neste contexto. Como já dito, em determinadas reflexões anteriores, ele não deve ficar adstrito à exagerada aplicação da lei. Se o Juiz é pago para pensar e impor o que pensou, este pensamento deve objetivar a justiça como forma pacífica de solução dos conflitos sociais. Assim estão os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na nossa Carta atual:

[...] construir uma sociedade livre, justa, solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais, com a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Artigo 3º da CRFB, de 05 de Outubro de 1988.

Muito ainda há a ser feito, principalmente no Legislativo, diante da enormidade de conflitos que surgem não só no campo individual, como aqueles que envolvem uma coletividade de pessoas. Exemplos típicos: os sem teto e os sem terra.

E não se pode esquecer que o Juiz:

Em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica.¹⁸⁷

Assim, a neutralidade que deve imperar na conduta do Magistrado não pode se revelar em insensibilidade. A imparcialidade esperada é aquela capaz de colocar o Magistrado em posição de perfeita interação com a questão *sub judice*. E esta interação fica muito mais dependente do mundo ético que envolve o Magistrado do que o mundo jurídico. Em algumas ocasiões o Julgador é levado à prática de atos fundados na filosofia, na ética e nos princípios.

O Julgador deve se mostrar conhecedor de todas as desigualdades sociais. Deve saber da situação que envolve os trabalhadores, os famintos, aqueles que não têm moradia e aqueles que estão na mais extrema miséria. Como já afirmado, a Constituição Federal ao valorizar o primado antropológico pelo qual o homem deve ocupar o centro das coisas, dirigiu ao Magistrado muito mais sensibilidade ainda, fazendo do Juiz um maestro que deve seguir a partitura, contudo, poderá fazer arranjos dos mais variados, assim agindo sempre em função dos mais necessitados como forma de cumprir os objetivos republicanos.

A justiça não é uma verdade estagnada em 1810. É uma criação perpétua. Ela deve ser feita por vós. Não espereis o sinal verde de um ministro, ou do legislador, ou das reformas sempre em expectativa. Fazei vós mesmos a reforma. Consultai o bom senso, a equidade, o amor ao próximo, antes da autoridade e da tradição. A lei dirá o que quiserdes que ela diga.¹⁸⁸

¹⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. **As nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 1998. Requisitos Retóricos da Sentença Penal, Ed. RT, pág.9.

¹⁸⁸ Trecho do discurso proferido pelo Juiz francês M. Baudot, na posse de novos Magistrados franceses. Fonte: Inseto em artigo publicado pelo jornalista Mello Mourão no jornal "Folha de São

O Juiz deste milênio, em especial, deve reunir noções de filosofia, de sociologia, de antropologia, deve observar o jurisdicionado no seu todo. O Juiz deste milênio deve se portar como um influente ator social, deve se mostrar consciente de seu tempo, na certeza de que não lhe faltarão requisitos para a prática da tão sonhada justiça social.

E mesmo diante da falta de estrutura que demonstra o Judiciário, mesmo pela precariedade do sistema, o Magistrado deve ingressar no conflito, portar-se como uma das partes a cada tempo, praticar a regra do *actum trium personarum*, na linha triangular, na qual as partes e o Juiz podem ser vistos a qualquer tempo e por qualquer um deles, desapegando-se da exagerada neutralidade que foi concebida pelo Direito Romano e defendida pela Escola Exegética Francesa.

As partes preferem um Magistrado que fale a linguagem do povo por ter se envolvido com o embate e não apenas de maneira superficial, mas como alguém que teve amplo conhecimento da questão posta e assim se manifestou, sempre de forma fundamentada.

A necessidade da figura do Juiz, na condição de imparcial e assim resolvendo conflitos entre seus iguais, surgiu pelo fato de o homem ser o lobo do homem (*hominis homini lupus est*). A função de julgar, registre-se, é uma das mais antigas da história da humanidade.

José Renato Nalini, neste sentido, ensina que:

O Juiz já foi sacerdote e já foi rei. Oscila hoje entre ser poder e funcionário do Estado. Fala-se em Juiz de aluguel e Juiz privado. O que acontecerá com o Juiz do futuro? Ninguém dispõe de condições para prever com certeza o futuro. A certeza única é que o próximo milênio terá cenários muito diversos daqueles em que o Julgador tem atuado. E que não se tem observado preocupação evidente com isso, ao menos exteriorizada de maneira consequente pelos detentores de comando da Instituição Judiciária.

Ao contrário da atividade privada, o Judiciário não tem sabido planejar o seu futuro, na ingênua crença de que tudo para ele permanecerá igual. Acredita que sobreviverá, a despeito das profundas mudanças enfrentadas por quantos são obrigados a subsistir sem o amparo de verbas públicas. Talvez interesse àqueles que permanecerão na carreira judicial por longos anos pensar na melhor maneira de enfrentamento dos cataclismas que virão. Serão inevitáveis e já se fizeram entrever por uma série de sinais.

E conclui afirmando, que:

Para imergir numa reflexão ética permanente, não precisa o Juiz brasileiro senão imbuir-se de seu papel de guardião e implementador das mensagens normativas constitucionais, de intérprete de uma Constituição que tutela a moralidade e que tem feição dirigente e principiológica. Juiz eticamente comprometido com a missão a ele outorgada pela nacionalidade não precisa de comandos normativos, nem de mandamentos, nem de recados, menos ainda de admoestações, pois o melhor corregedor para o Juiz é sua atilada consciência ética.¹⁸⁹

Como já dito, a função de julgar sempre foi considerada com uma das mais nobres desde a concepção da sociedade, diante da sua importância na resolução dos conflitos, do choque de interesses. E com o passar dos tempos o Julgador deixou de lado o modelo mecânico de impor a lei posta e conhecida. Contudo, o Judiciário não conseguiu acompanhar a dinâmica do povo, como instituição, não conseguiu defender os interesses populares, nem mesmo seus anseios funcionais. E entre estes anseios está a tecnologia que além de auxiliar o Juiz, deve, também, beneficiar o cidadão jurisdicionado.

De fato, algumas transformações tecnológicas foram implantadas e assim destinaram benefícios das mais variadas formas. O peticionamento foi facilitado, as consultas processuais foram agilizadas e passaram a ser em tempo real, o expediente dos cartórios ganhou celeridade. Entretanto, a missão de julgar continua dirigida ao Magistrado, mesmo que para alguns casos ele não tenha contato com as partes. Exemplo atual está nas facilidades do processo judicial eletrônico que não exige a presença física do Juiz. Depois de autuado o feito, ele recebe uma roupagem eletrônica e vai trilhar as fases seguintes: instrutória, decisória, recursal e executória, a rigor.

E a fase decisória pode se dar de qualquer lugar onde estiver o Magistrado, desde que servido pela Internet. O tele-trabalho para o Juiz já se encontra permitido de há muito, contudo, como justificar para um trabalhador rural que não sabe ler, que

¹⁸⁹ NALINI, José Renato. **Dez recados ao Juiz**. Revista CEJ, Composição do Conselho da Justiça Federal.- Centro de Estudos Judiciários. v. 3 n. 9 set./dez. 1999.

os valores não recebidos na constância de um contrato de trabalho, que parte da sua vida está resumida a bites¹⁹⁰ e bytes¹⁹¹?

Daí a afirmação que o homem já está sendo substituído pela máquina. Será que a frase de Charles Chaplin do filme “O Grande Ditador”¹⁹²: Mais que de máquinas, precisamos de humanidade, já tem o seu lugar garantido no curso da história do Judiciário?

Falamos dos despachos padronizados nos quais não atuam nem o servidor nem o Juiz. Neste sentido e agora por muito oportuno, há um projeto americano capaz de amparar a figura de um Juiz virtual que tenha registrado todo o arcabouço legal em conjunto com a doutrina e jurisprudência, como também questões de ordem moral, no gênero. Esta máquina é alimentada por um histórico complexo de casos semelhantes e partindo dos dados que recebe, entrega a resposta às partes, com projeções.

Como se sabe, já existem sentenças técnicas feitas pelo computador, envolvendo matéria de direito para casos semelhantes. Exemplo comum está no campo previdenciário. Os autotextos ocupam o lugar do raciocínio do homem e o fator tempo vai tomando o espaço da base filosófica e dos princípios.

¹⁹⁰ Bit significa dígito binário em português, é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida na comunicação de dados.

¹⁹¹ Os bytes representam todas as letras (maiúsculas e minúsculas), sinais de pontuação, acentos, sinais especiais e até sinais que não podemos ver, mas que servem para comandar o computador e que podem, inclusive, serem enviados pelo teclado ou por outro dispositivo de entrada de dados e instruções.

¹⁹² Filme do gênero comédia dramática e sátira crítica, dirigido por Charles Chaplin, lançado em 1940, que satiriza o nazismo, o fascismo e os seus maiores propagadores, Adolf Hitler e Benito Mussolini.

5. A SENTENÇA JUDICIAL

5.1 Considerações iniciais

A entrega da prestação judicial é um momento honroso tendo em vista que uma situação até então subjetivamente resistida está sendo decidida de forma fundamentada. Não se consegue agradar a todos, mas, há uma enorme contribuição para a manutenção da paz.

Assim, atendendo ao objeto deste estudo, são necessárias algumas reflexões voltadas às atuais condições pelas quais se dá a prestação jurisdicional, eis que no dizer de alguns o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) tem sido visto como uma entidade firmada na condição de tiranizar os Magistrados diante da tentativa de transformá-los em máquinas de produção de decisões. Contra isto, reclamam as classes organizadas de Magistrados sustentando que a definição de diversas metas para o Judiciário tem sido apenas produtiva sem nenhuma preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional.

De outro lado, as estatísticas atuais demonstram que o objetivo central está sendo alcançado, tendo em vista que a implementação das metas e correspondente cobrança, modelo sempre traduzido por números, dá conta de que em muitos lugares se não houvesse esta ação do CNJ, as coisas estariam como antes.

Como elemento capaz de justificar a afirmação acima, pesquisa¹⁹³ realizada pela ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, trouxe que um terço dos juízes trabalhistas esteve de licença médica nos últimos 12 meses que antecederam à pesquisa. O principal problema é o excesso de trabalho, como mostra um estudo realizado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) com 706 Magistrados das três instâncias da Justiça do Trabalho. O resultado do levantamento será usado pela categoria para pedir mudanças no regime de metas estabelecido CNJ.

¹⁹³ Artigo publicado no Jornal Valor Econômico, em 26 de maio de 2011. Fonte: <<http://www.anamatra.org.br/anamatranamidia/Juizes-alteracoes-em-regime-de-metas-do-cnj>>.

Na pesquisa, os juízes reclamam de excesso de trabalho e condições precárias para o exercício de suas atividades. De acordo com o estudo, 84% dos entrevistados levam processos para casa, 70% trabalham nos finais de semana e 64% nas férias. Os prazos estabelecidos pela legislação são curtos para determinados processos. Isso causa ansiedade e pode desencadear desconforto emocional, além de interferir, diretamente, na qualidade da prestação judicial.

Depois da lombalgia, a depressão é a doença que mais afeta os profissionais. Segundo a pesquisa, 41,5% declararam ter diagnóstico médico de depressão, sendo que 17,5% afirmaram usar medicamentos controlados. O estudo mostra ainda que 26% dos juízes estão com sobrepeso e 24% são obesos.

Nas Varas do Trabalho, o tempo médio para uma sentença é de 29 dias, nos Tribunais Regionais, a média é de 119 dias e no Tribunal Superior do Trabalho, chega a 758 dias.

A proporção entre juízes e desembargadores por habitantes no Brasil é uma das menores do mundo, sobretudo na comparação com países europeus. Enquanto na Alemanha, que tem uma das justiças mais ágeis do mundo, existem 24 Magistrados para 100.000 pessoas, por aqui são 6,2 juízes para o mesmo grupo populacional, como média, eis que São Paulo e Rio mantém, como média, 5 juízes. Contudo, na Alemanha o número de ajuizamento de ações é oito vezes menor que o Brasil.

A iniciativa e o bom senso serão sempre essenciais para a efetiva gestão, com atitudes e comportamentos que possibilitem o uso do poder e da autoridade para que a justiça, esta tida como o norte de resolução de conflitos de interesses de valores, seja sempre alcançada.

5.2 Procedimento e Processo

Como já traçado na introdução deste estudo, a rotina do Judiciário Trabalhista será o palco para o desenvolvimento de mais este capítulo, diante da função social que ocupa. E assim, todas as reflexões deverão ser feitas e dirigidas valendo-se deste cenário.

No campo acadêmico tem-se que procedimento é a veste formal do processo, traduzindo-se na sua roupagem, dividida em quatro espécies: ordinário, sumário,

sumaríssimo e especial. O procedimento atua como uma sequência de atos no decorrer da relação jurídico-processual. Já o processo é instrumento para a obtenção da manifestação do Estado-Juiz, como uma forma de atuação. Não são sinônimos, mas, também, não são antônimos.

Contudo, a prestação jurisdicional não pode se dar apenas por vontade do Judiciário, daí a máxima do *“nemo iudex sine actore”*¹⁹⁴, consagrada no artigo 2º do nosso diploma processual civil¹⁹⁵, também nominada de inércia judicial.

Desta forma, o processo é o meio de que se vale o Estado-Juiz para cumprir a sua função de distribuir a justiça. O processo é, pois, o instrumento da jurisdição. É constituído por uma série de atos dos órgãos jurisdicionais, de atos dos seus sujeitos ativos e passivos, cuja participação é necessária, tendentes ao cumprimento da função jurisdicional que é a atuação da vontade da lei aos conflitos ocorrentes, ou seja, da realização do direito.

O critério de classificação dos processos é o mesmo que se adota para a classificação das ações sendo que as formas processuais guardam relação com as tutelas jurisdicionais pretendidas.¹⁹⁶

Voltando ao procedimento cabe afirmar que ele funciona como um conjunto regulador de atos concatenados dos quais se constitui o processo, fincado em disposições legais e que dizem respeito à forma, à sequência, ao lugar, à oportunidade etc, com que eles devem eles se desenvolver.

Como já dito, os conceitos de processo e procedimento não são idênticos. Na verdade, num mesmo procedimento podem existir e serem decididos diversos processos, como é o caso da reunião de processos (CPC, art. 105¹⁹⁷). Da mesma forma, “pode haver dois procedimentos para uma só modalidade de processo, a exemplo, como o de conhecimento (CPC, arts. 271 e 272)”.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Não pode haver manifestação judicial se não houver provocação do jurisdicionado.

¹⁹⁵ Artigo 2º Nenhum Juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

¹⁹⁶ Assim está estipulado no artigo 270 do Código de Processo Civil.

¹⁹⁷ Artigo 105 - Havendo conexão ou continência, o Juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.

¹⁹⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**, 3a. edição, Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1996, pág. 211.

Como conclusão, o processo situa-se como instrumento de realização e exteriorização do poder. E agindo como instrumento é uma forma constituída por atos ordenados que norteiam a relação jurídica. Já o procedimento implementa o ritmo que é capaz de movimentar o processo para atingir o fim. É o lado visível do processo em sua forma.

Como modalidades de fases do procedimento, tem-se o procedimento em primeiro grau que se apresenta estruturado conforme as fases lógicas, que tornam efetivos os princípios fundamentais que o orientam: princípio da iniciativa da parte, princípio do contraditório e princípio do livre convencimento do órgão judicial.¹⁹⁹

Formulado o pedido pela parte autora, via de regra, abre-se uma oportunidade para que o réu se manifeste, diante do princípio do contraditório. Estabelecidas as manifestações das partes, para que o Juiz possa formar a sua livre opinião sobre o caso em debate, sua convicção sobre a veracidade dos fatos alegados, é necessária uma apreciação cautelosa de todas as provas juntadas.

É sobre as provas que o Juiz, formando seu convencimento, irá julgar a causa fazendo atuar a vontade da lei ao caso concreto.²⁰⁰

Mas, nem sempre estas fases mostram-se delineadas.

O importante, porém, para a sua caracterização é mais a predominância com que se dá cada uma das atividades correspondentes do que a exclusividade das mesmas.²⁰¹

Em complemento:

¹⁹⁹ THEODORO Júnior, Humberto. **Processo de conhecimento**, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 413.

²⁰⁰ BARBOSA Moreira, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**, 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 5.

²⁰¹ THEODORO Júnior, Humberto. **Processo de conhecimento**, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 414.

Quanto mais concentrado é o procedimento, mais se torna difícil a limitação das fases. É bem mais fácil a verificação fronteira das fases no procedimento ordinário, do que no procedimento sumário onde a concentração das atividades atinge um grau elevado.²⁰²

Do que acima foi visto resulta a presunção de que o procedimento deverá conter diversas fases, conforme as atividades desenvolvidas. No procedimento ordinário as fases podem ser observadas com melhor definição. Assim: a fase postulatória, a fase de instrução, a fase decisória, a fase recursal e a fase executória.

A primeira delas, a postulatória, representa a oportunidade da formulação e propositura da demanda. A outra, em seguida, é responsável pela colheita de provas em suas mais variadas espécies (depoimento, testemunhos, perícias, documentos etc) e deve direcionar ao Juiz subsídios para o seu convencimento e assim pronunciamento.

A fase de julgamento ou decisória, “conforme o estado do processo, pode ser precedida de uma extensão da fase postulatória, também chamada de fase intermédia de ordenamento do processo”²⁰³, que pode ensejar diversas alternativas. Essa fase pode corresponder à das providências preliminares, quando o Juiz poderá determinar que se as cumpram ou, não sendo necessárias, proferirá julgamento conforme o estado processo pelo que consta do art. 328, CPC²⁰⁴.

Neste julgamento conforme o estado do processo, por seu turno, poderá ocorrer: a extinção do processo sem resolução do mérito, julgamento antecipado da lide, se a matéria for de unicamente de direito, ou, se de direito e de fato, não houver necessidade da produção de prova em audiência, seja por ter havido confissão, seja pelo fato já estar suficientemente provado por documento, produzido na inicial ou na resposta e quando ocorrer a revelia que é representada pela ausência da resposta do réu, ainda a extinção do processo com resolução do mérito, ou seja, se ocorrer o

²⁰² BARBOSA Moreira, José Carlos. **Ob. cit.** p. 6.

²⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral, **Primeiras linhas de Direito processual civil**, vol. 2, 19ª ed. por Aricê Moacyr Amaral Santos, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 128.

²⁰⁴ Art. 328. do CPC - Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o Juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte.

reconhecimento do pedido, a renúncia, o reconhecimento da decadência ou da prescrição ou da transação.

Neste passo, a quarta fase, representada pela faculdade das partes recorrerem da decisão ou não. Se não houver recurso, a sentença que encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição, a rigor, encerra o processo definitivamente. Aí se inicia a execução que é a oportunidade dentro do processo de se satisfazer aquilo que já se encontra decidido e definido pelo Judiciário.

Deve ficar registrado que o procedimento sumário tem uma estrutura muito mais simplificada e concentrada que aquela do procedimento ordinário, tendo em vista que o primeiro tem por escopo ofertar uma solução mais célere a determinadas causas, especificadas em face de seu valor ou em face de sua natureza.

Assim são observadas a concentração e simplificação dos atos processuais, de tal modo que a atividade postulatória e a atividade instrutória acabam se interpenetrando.

Sua estrutura é tão simplificada que, nos conformes da lei, pode-se dizer que as fases postulatória e instrutória já podem ser exercitadas em grande parte na audiência de instrução e julgamento, passando-se em seguida à decisão (arts. 277 a 280, CPC).²⁰⁵

Embora concentrado, o procedimento sumário não é de cognição sumária, isto é, superficial.²⁰⁶ No sistema brasileiro, a despeito da concentração dos atos processuais e da denominação, a cognição é plena, circunstância que dirige às partes a oportunidade irrestrita de demonstrarem em Juízo tudo o que de fato se deu e assim deverá ser considerado.

Óbvio que estamos falando de matéria que guarda relação com o que vai ser apreciado e decidido, sendo que a expressão “irrestrita”, acima mencionada, deve ser dosada em obediência a uma outra expressão “razoável duração do processo”²⁰⁷, de âmbito constitucional. Buscando por uma sequência lógica de

²⁰⁵ BARBOSA Moreira, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**, 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 8.

²⁰⁶ GRECO Filho, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, volume 2, 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 89.

²⁰⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, LXXVIII: “(...) a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a

inserção dos capítulos bem como de compreensão do leitor, segue a relação entre as partes integrantes do embate jurídico em conjunto com o instituto da ética.

5.3 Legitimidade e Legalidade

A linguagem ordinária atribui ao termo legitimidade dois diferentes significados. Um deles situado no campo específico e outro, de cunho genérico. Na modalidade genérica, legitimidade se aproxima do senso comum de justiça ou da ideia de racionalidade que assim é exigida de todo homem natural, ou melhor, homem mediano.

A outra resposta, de âmbito específico e assim a que mais se aproxima da proposta deste estudo, funciona como sendo uma qualidade do Estado administrador que o torna capaz de regular e assim de manter a obediência necessária pelos indivíduos na busca pelo bem viver, pelo viver bem. É por isto que todo poder legítimo procura pela excelência quando da demonstração de consenso pelo povo que o rege. Esta forma de credulidade popular, na legitimidade do Estado, é de fundamental importância como fator regulador de atos entre os indivíduos do mesmo grupo.

No campo conceitual, ainda, fácil encontrar uma modalidade para a expressão legalidade. Ela é tida como princípio jurídico em que os sistemas políticos devem repousar, especialmente aqueles de cunho democrático em obediência à máxima da administração pública, de que “a escada se varre de cima para baixo”.

De acordo com Paulo Bonavides, legitimidade:

É a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes.²⁰⁸

Para Eros Grau, de forma bem concisa embora esclarecedora, a legitimidade nada mais é do que:

[...] a legalidade acrescida de sua valoração ou, ainda, por outras palavras dele mesmo, o critério que se busca menos para

celeridade de sua tramitação”.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. Ed., São Paulo: Malheiros, 2009 p. 67

compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder a situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.²⁰⁹

Como pensamento geral, é fácil afirmar que legitimidade guarda relação com o justo. Assim as decisões que forem consideradas justas também serão legítimas, sendo que o injusto será ilegítimo. Logo, a distinção que se constata entre a legitimidade e a legalidade é que esta última diz respeito à conformidade com a lei, com a ordem e com a justiça, sendo que a primeira se volta à aceitação ou não das decisões exaradas do sistema político administrador. Esta teoria pode ser utilizada no exemplo americano clássico voltado à adoção da lei seca que foi somente aprovada por pouco mais da metade da população, circunstância que a fez cair no descrédito e assim não prosperou.

Academicamente, pode-se concluir que a legalidade vai se voltar à investidura do poder, sendo que e a legitimidade vai se ligar à atuação deste poder. Um outro detalhe que poderá auxiliar na compreensão dos dois conceitos acima, funda-se na natureza de cada um deles. A legalidade é tida com um conceito absoluto ao declarar que algo é legal ou não. Não pode haver algo que seja ligeiramente legal ou ligeiramente ilegal.

Já a legitimidade está situada no campo relativo. Uma decisão não pode ser legítima ao extremo e uma outra próxima desta, ser considerada como ilegítima. Neste passo, é aceita a afirmação de que uma decisão é mais repleta de legitimidade que outra, próxima, como se apresentam as questões tributárias que se originam no legislativo, passam pela sanção do executivo e podem ou não parar nas barras dos tribunais, percorrendo, desta feita, os caminhos dos Três Poderes da República.

O estudo destas duas modalidades tem demonstrado a existência de muitos contornos acadêmicos no que se refere à catalogação de cada um no meio em que vive, resultando em dissensões bem como em relações de dependência entre ambas.

Giuseppe Lumia destaca que a legitimação consiste no poder de exercer um direito que compete concretamente a quem dele é titular.

²⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 84.

O autor acrescenta que:

[...] num Estado Democrático de Direito, a legalidade está próxima da legitimidade, isto é, não pode ser respeitada tão somente a exigência de que a atuação estatal seja baseada na lei em sentido formal. O instrumento de atuação do Estado deve não só ser formal, mas também estar de acordo com os valores basilares do Estado brasileiro, tais como a dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade justa, livre e igualitária etc.²¹⁰

E quando o assunto envolve os valores citados no final do parágrafo anterior, realça mais ainda a necessária intervenção do Estado como único agente dotado e assim legítimo de regular as relações sociais para tais fins.

Seguindo esta mesma linha, a legalidade pode ser definida, também, como o apego exigível às formas legais, considerada legal aquela ação que não contraria nenhuma disposição contida na lei, ou aquela forma que não se encontra proibida por lei. O ato humano para ser considerado legal deve ser aquele no qual o indivíduo age ao cumprir as ordens ditadas pela legislação, ou, como dito, quando da prática de uma ação não proibida pela mesma lei, ou, por fim, quando pratica uma ação sobre a qual a lei nada fala.

O nosso sistema político oferta ao cidadão a oportunidade de escolher os seus representantes e assim presume-se que ele acaba participando da elaboração das leis, dando-as como legítimas quanto à feitura de cada uma delas. Por este motivo, a legalidade tornou-se característica fundamental de todo e qualquer Estado democrático de direito, com ênfase maior quando da queda dos sistemas monárquicos, ocasião que fez prosperar a imposição de limites aos governantes.

Dissecando a expressão acima, fácil visualizar que a legalidade é requisito indispensável ao fortalecimento da soberania popular, tornando todos os direitos protegidos e independentes da vontade do Estado. Em suma: a efetiva participação do povo na elaboração de uma norma sedimenta e fortalece a noção de Estado.

Diante do que acima está disposto, agora fica mais fácil admitir o liame de dependência entre estas duas figuras, apesar de terem sido construídas em patamares diferentes. Restam, tanto a legitimidade como a legalidade, não mais

²¹⁰ LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do Direito**. Trad. Denise Augustinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 101

como conceitos meramente formais. Ao contrário, funcionam de forma sincronizada, eis que a legalidade deve ser exigida e observada na constituição do poder para que sempre haja legitimidade quando da manifestação deste poder. É por este motivo que se constatadas limitações à liberdade e à manifestação da sociedade, óbvio que esta forma de poder passa a ser considerada como ilegal além de já ilegítima.

Por fim, tem-se que a figura da legitimidade representa uma conquista dos cidadãos ao longo da história que deitou por terra a prática centralizadora até então observada e seguida por alguns Estados.

5.4 As partes processuais e a Ética

De uma maneira geral, todos aqueles que atuam no processo, seja o Juiz, o autor, o réu, bem como as testemunhas, o perito, os advogados e, eventualmente, o representante do Ministério Público, são considerados partes ativas e assim constituem o gênero do qual os sujeitos do processo são a espécie.

Desta forma, estes sujeitos do processo integram a relação processual posta em Juízo e para efeitos acadêmicos representam o autor e o réu, respectivamente, integrantes do polo ativo e do polo passivo. E o conceito de parte quando observado o sentido material traz que os mesmos sujeitos da relação jurídica material havida, serão os mesmos sujeitos da relação jurídico-processual. Entretanto, desde que a doutrina passou a considerar a figura da parte processual como elemento natural do processo, adotando a teoria conceitual de partes no sentido formal, o conceito até então firmado ganhou nova versão.

Como natural conclusão, tem-se que para se caracterizar a qualidade de parte no processo não há de se exigir a existência de um direito material entre elas. Ao contrário, no processo, sendo o autor titular do direito e se houver um liame entre este direito e o réu, dá-se a constatação da relação material em conjunto com a processual.

Para nosso estudo, fica adotada a condição de parte no sentido formal, em que a titularidade ou não da relação jurídico material deve ser desprezada.

Esclarecidas estas formalidades acadêmicas, surge uma preocupação em decorrência do comportamento das partes em Juízo. Como máxima de experiência,

na maioria das vezes, de um lado está o autor pretendendo pela rápida solução do embate e do outro, o réu, que quando ciente da sua falta que originou a provocação do Judiciário, busca retardar a satisfação daquilo que deve à parte contrária.

Atualmente existem, aproximadamente, 95 milhões de processos pendentes em todo o Poder Judiciário pátrio o que se distancia da proposta trazida pela Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, que instituiu a expressão “razoável duração do processo”, como trâmite padrão a ser observado.

E na manifestação de Rui Barbosa:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do Julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.²¹¹

Foram e são muitas as tentativas no sentido de se abreviar esta delonga, com reformas na legislação, na atribuição de competências, na estrutura formal e física dos Tribunais, com normas capazes de punir o Magistrado que retarda a entrega da prestação, além da criação do Conselho Nacional de Justiça, afirmação feita quando da introdução deste estudo. Destaque, também, para a criação da figura da súmula vinculante²¹², a reforma na sistemática do processamento de agravos e a nova forma de julgamento de recursos considerados repetitivos, além da instalação do PJe²¹³.

Na realidade, ainda estamos muito distantes de obter a razoável duração do processo, como pregado constitucionalmente. E, nesse contexto de se buscar a rapidez em conjunto com a qualidade, acreditamos que a conduta centrada na boa

²¹¹ Trecho do discurso “Oração aos Moços” de Rui Barbosa, eleito paraninfo, apresentado aos estudantes de Direito do Largo São Francisco, turma de 1920. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

²¹² Criada em 2004 com a Emenda Constitucional 45, a súmula vinculante é um mecanismo que obriga juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada, o que adquire força de lei e cria um vínculo jurídico, não podendo mais ser contrariada.

²¹³ O Processo Judicial Eletrônico (PJe) é um sistema de informática criado para dar fim à tramitação de autos em papel no Poder Judiciário.

fé processual pode se tornar um valioso meio de celeridade na entrega da satisfação pelo Judiciário. Como sabido, se esta boa fé processual tem cunho filosófico e relevante, o seu lado prático pode trazer resultados positivos a nossa sociedade. Esta mesma boa fé que já foi conceituada por Sílvio Rodrigues como:

[...] um conceito ético, moldado nas ideias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar.²¹⁴

O Código de Processo Civil²¹⁵ atual contemplou normas impositivas de conduta dirigidas às partes, com a obrigatoriedade de se praticar a boa fé. E a sanção para o descumprimento destas prescrições são representadas por multas pecuniárias que podem variar desde 1% sobre o valor dado à causa até 20% sobre o valor da execução, dependendo das hipóteses observadas, capazes de caracterizar a incidência da figura centrada na litigância de má-fé, diante do artigo 17 do mesmo diploma.

Contudo, nem sempre as condutas prescritas são observadas. O que se vê é uma infinidade de recursos, a maioria deles sem qualquer sustentáculo jurídico no sentido de se ganhar tempo, postergando a satisfação da execução, como também

²¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, volume 3**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

²¹⁵ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

- I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II - proceder com lealdade e boa-fé;
- III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
- IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.
- V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final
(*omissis*)

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

diante de ações desprovidas de fundamento jurídico que represam e atravancam o Poder Judiciário.

Ao fim, tem-se que a conduta ética das partes e de seus procuradores, com uma ênfase direcionada à boa fé processual, representa um inequívoco compromisso a ser seguido e que muito poderá contribuir para uma melhor e mais rápida entrega da prestação judicial.

5.5 Natureza Ética do Pedido

A Constituição Federal de 1988 assegura o pleno acesso ao Judiciário a qualquer pessoa que se sentir lesada ou mesmo na ameaça desta lesão, de forma incondicionada. Isto significa que não deve haver nenhum tipo de empecilho ou burocracia capazes de impedir que o cidadão veja seu direito restabelecido, diante de uma pretensão subjetivamente resistida. É esta a ordem natural para a solução dos conflitos evitando a instalação da temida figura da justiça com as próprias mãos ou o exercício arbitrário das próprias razões, sob pena de retornarmos a épocas anteriores.

E como comando constitucional que é, este livre acesso fez com que o modelo judiciário brasileiro organizasse os seus tribunais que assim são divididos por competência e jurisdição, representando a melhor maneira de bem servir a população.

Como já dito acima, o volume processual que se encontra em nossos tribunais para apreciação e decisão é de extrema preocupação. Há uma cultura em todo o território nacional de não se valorizar a decisão de primeiro grau, com a oferta de recursos até o limite extremado. Os críticos apontam esta oportunidade recursal desenfreada como a causa maior do represamento e congestionamento, o que é do conhecimento público. Será que os graus jurisdicionais superiores reúnem, sempre, mais conhecimento para apreciar e decidir as questões fáticas, a exemplo, já que não veem as partes? Ou, de outro lado, a reforma de uma decisão resulta numa melhor formação e dedicação do Julgador prolator?

A soberania de uma nação fica preservada quando a soberania dos seus cidadãos também resta preservada e defendida. E soberania está associada à ética

eis que são dois conceitos primordiais na sociedade humana e por estarem intimamente associados devem nortear as ações e reações entre os indivíduos. Se a ética pode ser vista, filosoficamente, como aquela que cuida dos assuntos da alma, aquilo que pertence ao caráter de cada um, o modo de ser, quando associada à cidadania resultam num arcabouço de direitos e deveres pelo qual o cidadão fica adstrito quando do relacionamento com o seu igual e com a sociedade em que vive.

É que o termo cidadania vem do latim *civitas* que quer dizer, genericamente, cidade. E um dos pressupostos da cidadania advém da nacionalidade e é assim que o indivíduo pode cumprir, na íntegra, os seus direitos políticos.

No Brasil, grande parte dos nossos direitos é regida pela atual Constituição Federal, também chamada de Constituição Cidadã que inovou ao fazer tantas referências ao homem. Vê-se, com isto, que o conceito de cidadania tem se tornado cada vez mais amplo com o passar do tempo, por estar sempre em constante construção e aprimoramento, já que cada vez mais a cidadania se relaciona com um conjunto de parâmetros sociais que sempre estarão em ajuste.

A ética e a moral sempre direcionaram grande influência para a cidadania, pelo fato de integrarem a forma pela qual o ser humano rege a sua forma de ser, agir e pensar. Uma coletividade recheada de princípios e ética não apresenta um outro resultado senão um povo de notável cidadania. E nem poderia ser diferente, pois para cada ação há uma reação que a justifica.

Ainda há muito a ser feito, mesmo com as conquistas que aí estão no campo jurídico, social, político e principalmente no que se refere às garantias individuais e coletivas. Ainda somos um país composto por famintos, favelados, analfabetos, discriminados, com uma alta taxa de desemprego, além de uma marginalização e violência preocupantes. A nossa realidade, também, não deixa de significar uma crise de valores. Há uma crescente no desrespeito ao pactuado, uma exagerada desconsideração pelo princípio consagrado na dignidade da pessoa humana.

Neste prisma, a manifestação do administrado quando busca por uma resposta do Judiciário deve ser dosada por princípios éticos ligados à cidadania, porque estes se complementam. Contudo, o que se vê em muitos casos é o Judiciário pátrio ainda mais assoberbado de aventuras jurídicas, de questões

repetitivas, de um ódio aparente entre os litigantes, de pretextos vingativos entre outras nuances que beiram, na sua maioria, à litigância de má-fé.

Em muitas vezes, observa-se uma exagerada ira quando do encerramento de um contrato de emprego ou de trabalho, o que resulta, na maioria das vezes, numa provocação do órgão judicial como forma de vingança. O incômodo experimentado pelo ex-empregador pelo fato de ter de comparecer em Juízo, pois assim determinado, pode representar um conforto para o ex-trabalhador. Acrescentamos, como máxima de experiência, que a parte autora, outrora trabalhadora, mesmo na improcedência das suas pretensões sente-se compensada pelo fato de ter ajuizado a ação como modelo capaz de demonstrar que cumpriu a ameaça que anunciou quando do distrato.

Apenas o veredicto judicial deveria satisfazer as partes, considerado como comando único. Mas, nem sempre isto se dá: a irresignação da parte sucumbente é algo incontrollável, principalmente quando os representantes das partes não se desincumbiram do seu ônus *probandi*. Não se ouve das partes a frase do conformismo: "ganhei o que tinha de ganhar e perdi o que tinha de perder".

Ao autor cabe demonstrar e provar todas as alegações que fizer, ficando ao réu o ônus de impedir, modificar ou extinguir as pretensões levadas à apreciação judicial. A doutrina ensina que a petição inicial deve ser o rascunho da sentença em conjunto com a máxima de que o advogado é o primeiro Juiz da causa.

O jurisdicionado confessa ao advogado todo o ocorrido na relação de emprego ou trabalho, geralmente, com ânimo exaltado e distorcido da realidade. É em audiência, com os depoimentos das partes e prova testemunhal que se vê a distorção entre o que foi anunciado e o que vai ser registrado nos autos e servirá de fundamento ao Julgador.

Depois desta fase probatória vem a decisória e assim a sentença, esta última que já nasce desagradando metade dos contendores. A expressão sentença decorre do latim "*sententia*" e significa sentir, observar, analisar os elementos e as provas trazidos pelas partes para se decidir sobre eles.

É comum, em audiência instrutória, as partes restarem desarmadas de seus caprichos porque estão em posição de igualdade com o seu ex-adverso, ocasião em que, principalmente o autor, está liberto de qualquer temor reverencial, opressão ou

subordinação. Nem sempre há uma base ética amparando a causa de pedir e assim, os pedidos. São comuns as pretensões repetitivas, de natureza prolixa, ou até mesmo já satisfeitas, sendo que nalguns casos os pleitos são, na íntegra, inaplicáveis àquela relação jurídica material havida.

Assim, é comum observar a máxima do “nada a perder” tendo em vista o princípio da gratuidade judiciária, também amparada pela Carta Maior. E neste passo, vai se instaurando a indústria do dinheiro fácil resultante de um número crescente de ações sem lastros, o que tem mostrado preocupação por seu elevado índice. A parte autora pede sempre a mais, acreditando na ocorrência da revelia ou confissão *ficta*, circunstância que vai traduzir a questão posta em Juízo numa modalidade enriquecedora, sem justo motivo. E para esta situação processual, nem tudo que é lícito é honesto.

Mas, não cabe ao Judiciário fazer uma triagem prévia para apreciar se a matéria esbarra em princípios éticos ou não. Há apenas uma preocupação inicial em observar os pressupostos e as condições da ação para prosseguimento natural e regular do feito, eis que ao Judiciário Especializado Trabalhista não foi dada a oportunidade de atuar pelo despacho saneador eis que o princípio da simplicidade não dá lugar a nenhuma outra formalidade que possa dificultar o livre acesso do trabalhador, este como gênero, ao Judiciário, “porque tem trabalha tem fome e quem tem fome tem pressa”.

5.6 Natureza Processual do Pedido

Uma vez direcionado ao Juízo, o pedido e sua correspondente natureza, estes serão apreciados com o uso do artigo 293 do CPC, pelo qual deve haver uma interpretação restritiva²¹⁶. Trata-se de regra indispensável à delimitação do objeto litigioso do processo²¹⁷.

Para uma melhor compreensão desse dispositivo legal mister algumas considerações inter-relacionadas. A primeira delas é que a postulação inicial resulta

²¹⁶ Art. 293 - CPC: “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais”.

²¹⁷ SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 375.

como uma declaração de vontade²¹⁸ e como tal, tem de ser interpretada. Para tanto, a vontade deve ficar adstrita especificamente ao pedido.

O Julgador aprecia a questão posta em juízo de acordo com a vontade declarada da parte que buscou pela interferência e atuação do Estado-Juiz que, assim, parte do campo *in concreto* e com o uso das normas positivadas passa a decidir o embate.

Para que esta prestação jurisdicional seja possível e eficaz, como já afirmado, os tribunais estão organizados através de normas internas, tanto no campo judicial como no âmbito administrativo. Em conjunto, o nosso sistema processual vigente está dividido em duas formas básicas para melhor distribuir e oferecer aos cidadãos esta modalidade de serviço público. A primeira delas, a jurisdição (do latim *juris*, "direito", e *dicere*, "dizer") é representada pelo poder que o Estado-Juiz detém para fazer valer o direito àquele caso apresentado, com a precípua de solucionar conflitos de interesses das partes e, com isso, resguardar a ordem jurídica e social além de aplicar a autoridade da lei posta. A outra, a competência é que vai definir o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada órgão encarregado desta função. Tanto a jurisdição como a competência, podem sofrer variações por obedecerem a um modelo preestabelecido, dependente da matéria, das pessoas envolvidas, do local dos fatos etc.

Apreciando a declaração de vontade das partes o Juiz vai dizer quais as medidas a serem observadas o que pode resultar em diversas consequências que determinarão o tempo para que a questão seja decidida. Aqui estão incluídas as eventuais providências a serem tomadas, entre elas a realização de perícias, o envio de ofícios ou de cartas precatórias entre outros expedientes. Tudo para levar aos autos a melhor elucidação do ocorrido para que o Julgador sinta-se seguro quando da sentença.

E para que a convicção do Juiz se dê da forma mais clara e abrangente, a nossa modalidade processual adotou o princípio da substanciação em que a causa de pedir deve guardar íntima relação com o pedido, não se aceitando dissensão entre ambos, muito menos a figura do pedido implícito, em muitas vezes, oculto.

²¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4, p. 3.

Daí a lição de que:

Não se pode considerar como pedido aquele que, embora pudesse ter sido formulado, não o foi²¹⁹.

É desta maneira que deve se portar o Autor ao provocar o Judiciário, em pleno atendimento aos quesitos previamente postos e conhecidos.

Quanto ao Réu, diz o art. 302, III/CPC²²⁰ que terá o ônus processual de impugnar especificadamente os fatos afirmados pela parte autora. Se não o fizer, presume-se concorde com aquilo que não foi impugnado e tido como de possível ocorrência. Uma atenção deve ser dada para o inciso III do artigo acima ao trazer que essa presunção não ocorrerá, se os fatos não impugnados “estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”. Isto significa dizer que a norma exige uma interpretação sistemática da resposta dada pelo réu, a ser considerada além da interpretação literal, registre-se.

A causa de pedir na condição de fundamento do pedido é, portanto, dado imprescindível para a correta interpretação da postulação²²¹. Isto porque a causa de pedir e as respectivas pretensões, num primeiro momento, situam-se como perspectivas do direito material buscado em Juízo. Neste prisma, há uma noção doutrinariamente pacífica pela qual a causa de pedir compõe-se da afirmação deste direito e o pedido se refere ao efeito jurídico material que deste direito decorre. Assim, o objeto do processo não pode ser delimitado sem que se levem em contas essas duas perspectivas.²²²

²¹⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Rio de Janeiro, Forense, 2005 p. 209.

²²⁰ Art. 302 - CPC - Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:
I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;
II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;
III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.
Parágrafo único - Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

²²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4. p. 82.

²²² MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di petitum e di causa petendi. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1984, v. XXXIX, p. 474.

A jurisprudência, pelo Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou neste caminho quando entendeu que o pedido deve ser interpretado de acordo com o todo da postulação. Entretanto, para aqueles de difícil compreensão, outra saída não há senão a aplicação da inépcia. A ementa estampa que a postulação é envolvida pela declaração de vontade conforme preconizado no artigo 158 do CPC.²²³

Também funcionando como justificativa e razão de decidir, o artigo 112 do Código Civil informa que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. Trata-se de dispositivo plenamente aplicável à interpretação do pedido.²²⁴ É preciso investigar a vontade do postulante, para que se possa proceder corretamente à interpretação do pedido. Registre-se: a vontade da parte não é irrelevante.²²⁵

Embora a interpretação literal seja o ponto de partida – uma interpretação que contrarie frontalmente o texto ou que não se tenha um “mínimo de correspondência no texto respectivo”²²⁶, dificilmente será considerada como legítima, eis que ela não é a única técnica possível de interpretação.²²⁷

²²³ Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

²²⁴ Assim, STJ, 3ª. T., resp n. 613.732-RR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 10.11.2005: “Processual Civil. Interpretação de ato processual. pedido de desistência da ação interpretado como renúncia. Sentido literal da linguagem empregada incorretamente pela parte. Inadequação. Busca pela real vontade contida no ato processual. Renúncia. Necessidade de interpretação restritiva. – A interpretação literal e gramatical dos atos processuais é a mais pobre e perigosa das interpretações, acabando por desviá-lo de sua finalidade, com desastrosas consequências. – É imprescindível ao aplicador ou intérprete do ato processual perquirir pela valoração volitiva inserta em seu conteúdo, pois o conteúdo deve preponderar sobre a forma. – a renúncia ao Direito que se funda a ação é classificada tanto pela doutrina como pela jurisprudência como instituto de natureza material e, por isso, deve ser interpretada restritivamente. O pedido é uma declaração de vontade que precisa ser decodificada, ela deve ser interpretada atendendo-se mais à intenção do autor do ato do que ao seu sentido literal (art. 112 do CC). Perquirição da vontade efetiva do autor do ato e interpretação restritiva dos pedidos não são, portanto, vetores incompatíveis”.

²²⁵ SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 341 et seq.

²²⁶ PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. **A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 71. A propósito, como referência, o n. 1 do art. 238º do Código Civil português, que cuida dos negócios jurídicos formais: “1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso”.

²²⁷ SILVA, Paula Costa e. **Ob. cit.** p. 376.

Contudo, depois das afirmações acima é salutar ficar registrado que a interpretação do pedido deve sempre observar o pleno direito de o réu se defender, contestando, excepcionando ou reconvindo.

Em obediência à ética não se pode destinar uma conotação ou interpretação que possam comprometer a resposta do réu, resposta dirigida àquilo que foi postulado pela parte autora. Se não é lícito, não é ético proceder a uma interpretação diversa com o propósito de extrair dela uma pretensão não contestada, especificamente, pela defesa.

A manifestação do réu, porém, é um dado relevante para a definição do quanto foi postulado. Por vezes, embora a petição não seja tão clara – o que poderia levar à inépcia da petição inicial –, a contestação, que também deverá ser interpretada, serve para revelar o sentido em que a postulação do autor foi formulada²²⁸ - sentido esse que foi efetivamente contestado pelo réu²²⁹.

Registre-se que a postulação em juízo é uma declaração de vontade com no mínimo dois destinatários, a contraparte e o órgão jurisdicional²³⁰.

Como afirma Paula Costa e Silva:

[...] dificilmente se poderá justificar que, existindo uma convergência das partes quanto ao sentido com que devem ser compreendidos os comportamentos processuais, este entendimento possa ser postergado por um entendimento divergente do tribunal.²³¹

Neste sentido, o que se vê nos tribunais é a declaração da inépcia da petição inicial quando recheada de pedidos obscuros e não relacionados ou dependentes da causa de pedir, dificultando tanto a resposta do réu como ao depois o pronunciamento judicial.

Por sua vez, o artigo 293 do CPC já transcrito acima, dá conta de que o Julgador deve se voltar à natureza dos pedidos realizados, observar se há modalidade implícita, apesar de proibida, identificá-los traçando um norte para a sua

²²⁸ SILVA, Paula Costa e. **Ob. cit.** p. 393.

²²⁹ PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. **A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil. Dissertação de mestrado.** Universidade Federal da Bahia, 2012, p. 74.

²³⁰ SILVA, Paula Costa e. **Ob. cit.** p. 380. Obs: Assim como a manifestação do autor (réplica) sobre a contestação é um dado relevante para a correta interpretação da peça de resposta do réu.

²³¹ Ibidem, p. 377.

atuação que seguirá com a resposta do réu, fase instrutória e ao depois decisória, quando da entrega da prestação jurisdicional.

Ainda sobre a natureza do pedido, alguns doutrinadores voltados ao Direito do Trabalho afirmam que quando da apreciação de um caso desta espécie, *sub judice*, há de ser observada a representação da parte autora, pois esta matéria está situada em campo especializado, merecendo atenção diferenciada. E o autor (extrabalhador, *vg*) não poderá experimentar prejuízos se os pedidos em conjunto com a causa de pedir não foram confeccionados por quem desta área, repita-se, especializada. Para tanto, recomendam a aplicação de um princípio exclusivo e assim praticado neste ramo judicial fundado na “ultra-petição” eis que o Judiciário deve se restringir ao pedido formulado pelas partes, já que são proibidos os julgamentos *extra*, *citra* ou *ultra petita*.

Pelo princípio acima, tratando-se a matéria de direitos laborais, pode o Julgador, com o cuidado de não advogar para as partes, vislumbrando a categorização jurídica representada pela subsunção dos fatos àquele direito aplicável, moldar a pretensão do autor, não por estar implícita, mas, sim, porque é devida diante de outras pretensões deduzidas em conjunto, sempre, com a causa de pedir.

Exemplos mais comuns se dão quando (*verbi gratia*) o autor pretende por férias não usufruídas ou não quitadas sem requerer, em conjunto, o terço constitucional correspondente e devido. Um outro, quando o autor pretende pelo reconhecimento de um período trabalhado sem fazer o pleito da devida anotação em CTPS.

Também se constata tal prática, quando o Autor, dispensado que foi sem justo motivo, pretende pelo saque dos valores de FGTS que deveriam estar depositados em sua conta vinculada sem fazer alusão à multa pelo distrato de 40%, incidente sobre a totalidade daqueles depósitos.

Já ao fim deste assunto, por acreditamos que é muito oportuna, uma reflexão sobre a expressão “reclamação trabalhista”, utilizada desde os anos quarenta, quando da criação e vigência da CLT.

Alguns processualistas defendem que não há mais lugar para tal denominação. O que se deve ter, atualmente, é apenas a expressão “ação”, de uso

comum, pela qual restam admitidas as figuras do “autor” e do “réu”, sem mais se falar em “reclamante” e “reclamado”, embora a expressão “reclamação trabalhista” ainda mantém o caráter e objetivo social de mostrar ao Juízo que o trabalhador “clamou” ao seu empregador a satisfação, o cumprimento do que foi pactuado, mormente a quitação das verbas devidas e sem ter recebido uma solução satisfatória, vai ao Judiciário, “reclamar” aquilo a que faz jus e lhe foi subjetivamente negado.

Na sequência, o próximo assunto é consequência desta explanação supra e vai cuidar dos direitos direcionados à parte que se sente lesada pela ação ou inação de terceiros quando da não observância de matéria ajustada entre eles, ou pelo não cumprimento da legislação positivada, sabendo que “o contrato faz lei entre as partes”, se os agentes forem capazes, se o objeto contratado for lícito, se a forma eleita não for defesa ou prescrita em lei e se não houver a exigência de determinada solenidade para o ato.

5.7 Direito ao Pedido na Ação Judicial

A acepção mais conhecida de processo, propriamente falando, é o processo judicial que são os instrumentos postos à disposição do Poder Judiciário para o exercício de suas funções típicas. Assim, o processo judicial é o instrumento pelo qual o Estado diz o direito às partes, objetivando a eliminação de conflitos em conjunto com a promoção e manutenção da justiça e a paz social. O processo tem como finalidade servir de instrumento que é, para exercício legimitado de um direito.

A nossa processualística traz quais são os pressupostos gerais para a constituição da relação processual. Entre eles, estão: (a) existência de uma demanda regularmente formulada, (b) capacidade de quem formula esta pretensão e (c) a presença de um Juiz devidamente investido de poderes pelo Estado, com aderência ao seu território de atuação e obediência a sua competência. Uma vez observados estes pressupostos a relação processual será devidamente instaurada, independentemente da validade ou não do direito substancial em questão, tendo em vista a supremacia da relação processual antes da apreciação e decisão do direito material controvertido.

A atual Constituição Federal é considerada fonte primeira das normas e princípios do processo judicial ao trazer regras sobre a criação, a organização e funcionamento do Poder Judiciário e por versar, também, sobre os direitos e garantias dos sujeitos envolvidos no processo judicial, além de elencar os instrumentos processuais específicos em conjunto com os princípios garantidores da formação da relação processual.

Num segundo plano estão os códigos processuais que reúnem a maioria das normas processuais como o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, a Consolidação das Leis de Trabalho, o Código de Processo Penal Militar e a Lei dos Juizados Especiais. Contudo, outras normas processuais também podem ser localizadas em legislação extravagante, nas constituições estaduais além de tratados internacionais.

Por sua vez, a doutrina confirma a autorização de usos e costumes capazes de funcionar, também, como fontes processuais, desde que não contrariem o conteúdo de legislação específica.

Por integrar o assunto, deve ficar registrado que a lei exige alguns requisitos necessários e indispensáveis para o ajuizamento de uma ação e assim receber a apreciação e decisão judiciais, catalogadas de condições da ação, quais sejam: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes. Na falta de uma destas, via de regra, dá-se a extinção do feito sem resolução do mérito. Ou seja, o Judiciário não vai conhecer a matéria posta, o núcleo da relação jurídica material havida entre as partes. A falta de qualquer um dos elementos acima importará no final do processo (extinção do feito, no jargão jurídico) em que o Juiz emite uma sentença na qual declarará que por não estarem presentes os requisitos legais, não haverá solução do mérito. Nalguns casos, se o vício for sanável, o Juiz intima o autor com o propósito de ajustar o seu pedido inicial. Contudo, na maioria deles, diante da extinção, é facultado ao autor ajuizar outra ação acerca do mesmo conflito, corrigindo a falta anteriormente apresentada.

A nossa Constituição Federal garante no seu inciso XXXV, do artigo 5º, uma forma ampla de acesso ao Judiciário. É uma modalidade aberta, embora contenha regras que podem funcionar como restrição, eis que em contrapartida outro inciso do mesmo artigo 5º, logo em seguida, de forma velada, limita e regula esse amplo

acesso. Ou seja, a ideia nuclear do legislador constituinte foi no sentido de que “nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, quando presentes podem tornar imutáveis situações previstas em lei e em decisões judiciais.

Por uma análise destes princípios constitucionais, conclui-se que há uma situação antagônica pelo fato de serem considerados válidos os atos praticados entre as partes em obediência à legislação vigente ou se assim já foram decididos judicialmente. É que quando presentes as garantias constitucionais acima não resta nenhuma opção jurídica, a rigor, para reverter os efeitos de tal situação. Entretanto, mesmo constatados e presentes os elementos acima, se a ilegalidade é flagrante em qualquer de suas formas, se o resultado contrariar os princípios que esbarram nas normas do viver bem, da segurança social, além de contaminar a segurança jurídica, ou se declarada a inconstitucionalidade da matéria ou disposição, não há nada que possa assegurar a manutenção desta decisão, diante de sua nulidade integral. Para tanto, existem instrumentos jurídicos capazes de trazerem de volta as posições iniciais: o *stato quo ante*.

Sobre a relação de emprego, esta como espécie da expressão “relação de trabalho”, nos termos da Emenda Constitucional 45²³² que alterou a redação do seu artigo 114, especificamente nos seus incisos I e IX, é de fácil constatação que a dissensão então resultante, na maioria das vezes, fica adstrita à quitação de verbas como matéria de maior incidência assim observada pelo Judiciário. Neste campo, é

²³² Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

- I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de Direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
 - II - as ações que envolvam exercício do Direito de greve;
 - III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
 - IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
 - V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
 - VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
 - VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
 - VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
 - IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.
- (omissis).

pacífico que o legislador elevou o trabalho à condição constitucional diante da importância que ocupa na sociedade, como já dito. Aliás, nem poderia ser diferente!

Diante do tema deste estudo, uma conceituação mais aproximada da expressão relação de trabalho dá conta de que ela envolve dois sujeitos: um deles na condição de pessoa física (o trabalhador) e outro como beneficiário da prestação de serviços com obrigações bilaterais. A relação de trabalho também se apresenta como sinalagmática, feita para durar, com prestações sucessivas e acima de tudo onerosa e quando uma das partes restar como subjetivamente lesada, de pronto, passa a ter o direito de receber do Estado-Juiz, uma manifestação fundada na estrutura legal existente, manifestação esta que também será amparada pelos princípios éticos norteadores, eis que em debate a matéria legal mais social que existe no nosso meio. É por este motivo que a Justiça do Trabalho é considerada a modalidade que mais se volta à sociedade. Daí a catalogação por Cesarino Júnior ao Direito do Trabalho como Direito Social Brasileiro.²³³

E sendo o direito uma grande árvore com diversas ramificações, ele tem a função de manter a mais perfeita harmonia entre estes seus ramos, extremamente harmônicos, apesar de independentes. E esta regulação de obrigações entre pessoas que buscam a satisfação de interesses, observadas não só no distrato, mas durante a relação de trabalho, fica exclusivamente sob a responsabilidade do Judiciário.

A interferência judicial ainda é o modo mais seguro e confiável quando das dissensões, mesmo com as renovadas intenções administrativas na busca de uma ação prévia, neste campo, capaz de solucionar os embates entre as partes, desafogando o Judiciário. Exemplo típico e já nem tanto atual pode ser observado pela criação das Câmaras de Conciliação Prévia, numa tentativa de superação do

²³³ Antonio Ferreira Cesarino Júnior (1906 – 1992) foi um Jurista afro-brasileiro, Professor da Universidade de São Paulo (USP). Foi o precursor do Direito do Trabalho no Brasil, com a publicação dos primeiros livros sobre o tema: "Direito Social Brasileiro" (1940) e "Direito Processual do Trabalho" (1942). Inovou na educação jurídica, organizando cursos na disciplina do direito do trabalho, orientando monografias na área e encaminhando os estudantes para estágios em sindicatos e delegacias regionais do trabalho, no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e em departamentos de recursos humanos. Em 1954, realizou em São Paulo primeiro Congresso Mundial de Direito do Trabalho, pela OIT – Organização Internacional do Trabalho. Como primeiro professor de direito do trabalho no Brasil, fundou em 1938 o Departamento de Direito Social (atualmente, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Fonte: página do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade da Universidade de São Paulo – USP.

vetusto modelo disciplinador das relações de trabalho, tendo como uma de suas características a forte intervenção estatal, elevando os sindicatos à condição de árbitros, como agente social pacificador. Da forma acima, a preocupação do legislador era no sentido de destinar benefícios tanto ao trabalhador como ao empregador para que não ficassem esperando vários anos até a solução definitiva da demanda. Assim, várias Comissões de Conciliação Prévia foram criadas em todo o país, sendo que a grande maioria delas se deu no âmbito intersindical e os resultados começaram a variar muito de região para região, diante da cultura pulverizada e diversa que tem o Brasil. O que se vê, atualmente, é um modelo fracassado que pouco funciona sem ter correspondido à ideia, quando da sua criação.

A reflexão que surge é a de que o trabalhador quer ser ouvido pelo Juiz, quer expor a sua pretensão ao Julgador que representa o Estado. Com base numa cultura infundada, ele não confia nos integrantes das Câmaras, pois quando do distrato vive um momento de aflição financeira em que se julga um alvo fácil capaz de aceitar valores e condições que poderão quitar, na íntegra, as suas mais legítimas pretensões.

Ele ainda acredita no Judiciário!

5.8 Sanção Ética e Sanção Legal

É necessário para o bom funcionamento de uma sociedade, considerada organizada, que todos os membros desta unidade coletiva compreendam a importância de se buscar a concretização dos valores consagrados pelas normas éticas, legítimas e legais em seus relacionamentos, manifestando, assim, ações de respeito mútuo e de solidariedade, aperfeiçoando cada vez mais a vida comum. Todavia, essa sociedade ideal não se materializa porque nem sempre as pessoas se comportam dentro dos limites estabelecidos. E isto é uma consequência de vários fatores.

Para tentar evitar, ou ao menos minimizar o índice de descumprimento das normas que acabam limitando e regrido os comportamentos sociais, torna-se necessária a estipulação das denominadas sanções, aqui traduzidas de punições. A

sanção, por uma análise geral, é uma consequência atribuída à observância ou não de um comportamento previsto em uma norma previamente estipulada que pode estimular ou reprimir. E numa sociedade tida como ideal, a sanção, em qualquer de suas formas deve ser a figura mais temida.

Na tentativa de se buscar uma definição para o termo sanção uma alternativa é a recorrer a dois conceitos que correspondem fundamentalmente àquilo que se refere à ética, conhecendo a condição de como uma ação humana pode refletir na questão do comportamento ético de cada indivíduo.

Um primeiro conceito está numa estreita relação com a ética e é a consequência que pode ser agradável ou pode corresponder a um castigo a ser aplicado a uma ação produzida de natureza moral, natural ou jurídica. Cada sanção tem a sua aplicação correspondente dependendo do tipo de ação e resultado que ela provocou, ou seja, a sanção é derivada do que ação pode provocar e assim mantém-se de forma proporcional.

Já o segundo conceito traz que a sanção é considerada como uma espécie de estímulo relativo à conduta, ou seja, neste caso a sanção tem como resultado geral um estímulo positivo ou negativo de acordo com a visão do sancionado que pode ser prazerosa ou dolorosa e desta forma serve como uma espécie de estímulo, para os dois casos.

Dessarte, com base nestes dois restritos conceitos, ou melhor, nestas duas formas de interpretar o significado do termo, as sanções têm sempre como objetivo pedagógico corrigir algo, tanto com uma recompensa ou mesmo com um castigo.

Ainda para um melhor esclarecimento sobre o tema, entre os vários tipos de sanções destacam-se aquelas de caráter físico e as outras de natureza moral, sendo que os efeitos ficam dependentes da correspondente expiação que deve ser praticada pelo sancionado para que a sociedade tenha como resposta a correção da conduta dos cidadãos de maneira punitiva, pedagógica e intimidativa. De fácil compreensão, as sanções de um modo geral têm como objetivo orientar e ensinar a conduta da sociedade com respeito às leis de um Estado e devem ser aplicadas a todos aqueles que têm um desvio de conduta que, com isto, podem provocar danos. Sem a aplicação das sanções, uma sociedade estaria distante dos modelos de coexistência e da segurança, tendo em vista a inaplicabilidade das leis.

Um aspecto interessante na análise da sanção em obediência ao tema aqui proposto é verificar como ela é aplicada. Foi dito que a sanção é uma norma de cunho ético dirigida a determinadas pessoas dentro de uma coletividade com competência para aplicá-la. No entanto, é fundamental saber quem são essas pessoas e se há limites quanto ao grau da consequência. Em conjunto, um outro detalhe que também chama a atenção se dá quando do estudo sobre a sanção por esta sua moldagem ética. Exemplo típico está na Comissão de Ética e Disciplina da OAB²³⁴. A matéria apreciada por esta turma não guarda relação com a ética, mas, tão somente com a moral. Esta comissão não vai conseguir punir eticamente o advogado considerado faltoso, visto que só um exame de consciência pelo próprio causídico assim poderá fazê-lo. Se houve um deslize por parte do profissional do direito, este se deu no campo da moral que é associada às regras e não no campo ético, este associado aos princípios.

Neste sentido, várias são as obras que procuram exhibir a natureza e os efeitos das sanções em suas mais diversas modalidades. Entretanto, este estudo deve ficar sustentado por uma base filosófica e em sendo assim, acreditamos que Jean Paul Sartre, na condição de romancista, dramaturgo e filósofo francês, considerando o mais completo expoente do Existencialismo quando da obra “Entre Quatro Paredes”²³⁵, consegue delinear uma aproximação melhor com o instituto da sanção no campo da ética. Com muita propriedade, ele faz alusões sobre a liberdade em conjunto com o sofrimento causado quando da aplicação de uma pena.

E por saber que a sanção se apresenta sob as mais variadas espécies, acrescentamos que os valores sociais são colocados em teste quando se dá a violação da moral social, ou quando alguém atinge aqueles valores protegidos pelo grupo, tendo em vista que toda coletividade estabelece suas regras a serem seguidas e se desrespeitadas, há uma natural reação contra o agente infrator, como inequívoca reprovação. Exemplos típicos desta modalidade centram-se na exclusão social, na crítica acirrada, no desprezo, além de outras manifestações.

²³⁴ A Comissão de Ética e Disciplina é instituída para a apuração de processos disciplinares, nos termos da Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, do Código de Ética Profissional.

²³⁵ Peça teatral escrita por Jean Paul Sartre, em 1944, marcada pelo existencialismo ferrenhamente defendido pelo autor.

Um outro modelo é representado pelas sanções de ordem interna de cada um e funcionam como um exame de consciência que pode resultar no remorso, no arrependimento, na vergonha etc, eis que se o homem transgride um valor ético, por si, passa a sofrer censura própria, onde é réu e Julgador de si ao mesmo tempo, episódio catalogado por Miguel Reale como “foro íntimo”²³⁶.

Como terceira forma, estão as sanções de cunho religioso por suas consequências de caráter espiritual decorrentes da conduta de cada indivíduo, capazes de funcionar como castigo divino. Centra-se na relação com Deus que, assim, é capaz de transcender os limites das relações sociais, por envolver valores considerados eternos e cujas sanções decorrem da fé e do elemento espiritual de cada um.

Há, ainda, as sanções jurídicas que são elaboradas com base no direito positivado, constituindo-se como o fenômeno jurídico. Mas não é só o Estado que elabora as sanções visando à pacificação social. Alguns grupos determinados também podem atuar na elaboração de suas regras, como as entidades filantrópicas, os clubes associativos, ou seja, uma coletividade funcionando dentro de uma outra, o que é facilmente compreendido diante de necessidades particularizadas.

E por falar em clubes, há mais um modelo de sanção observada no nosso meio: as sanções desportivas, reguladas por advertências, expulsão, além de multas. Há, inclusive, uma fração da justiça, catalogada de Desportiva para a apreciação e decisão das infrações neste meio praticadas.

De forma breve, por integrarem o núcleo deste estudo e assim destacadas todo o tempo, o registro das sanções estatais também são catalogadas de sanções judiciais, dependentes da atuação do Poder Judiciário, único legitimado a tanto. Entre elas, as sanções penais que podem ser principais e acessórias, respectivamente, com efeitos imediatos e mediatos da condenação. Como exemplos: a pena de morte (não praticada pelo Brasil, por seu caráter excepcional), a privativa de liberdade (reclusão ou detenção), as multas e as penas restritivas de direitos. Há, também, aquelas de natureza civil, que a rigor são de ordem

²³⁶ REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72.

patrimonial, como a prescrição, a decadência e até mesmo, a nulidade de atos irregulares.

Um outro modelo de pena, as administrativas, representados por mecanismos utilizados pela administração no combate à violação de interesses públicos. Entre estas, estão as multas, a apreensão de mercadorias, a apreensão da Carteira Nacional de Habilitação, além de outras.

Ainda, aquelas de cunho processual quando da condenação às custas processuais, em honorários advocatícios e demais despesas processuais.

O destaque que deve ser atribuído às sanções, independente de serem éticas ou legais está no caráter e efeito de cada uma, sendo de uso comum assim mais consideradas, as repressivas, as preventivas, as executivas e as restitutivas.

5.9 Sentença e Conclusão Ético-Processual

A resposta do Judiciário para quem bate as suas portas, diante do nosso sistema processual, está situada no artigo 162, § 1º, do Código de Processo Civil Brasileiro²³⁷, sendo “o ato do Juiz que implica alguma das situações previstas nos artigo 267²³⁸ e 269 dessa Lei”. A antiga redação trazia que a sentença era o ato do Juiz que colocava um fim no processo, decidindo ou não o mérito da causa. Contudo, esta definição não tem mais sentido nos dias atuais, diante de um entendimento de que, mesmo depois de prolatada a sentença o processo continua,

²³⁷ Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

²³⁸ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

- I - quando o Juiz indeferir a petição inicial;
- II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - quando o Juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- VII - pela convenção de arbitragem;
- VIII - quando o autor desistir da ação;
- IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
- XI - nos demais casos prescritos neste Código.

tendo em vista que em muitas situações torna-se necessária a fase de liquidação da sentença para sua execução.

Desta forma, a sentença (do latim *sententia*, *sentire*) deve ser entendida como um ato praticado pelo Julgador, ato este capaz de resolver o mérito de forma integral ou parcial, acolhendo ou rejeitando as pretensões formuladas em Juízo, ou, ainda, quando for o caso, é o ato do Julgador pelo qual se dá a extinção do feito, sem resolução do mérito, por uma das causas do artigo 267 do CPC, acima mencionado.

De forma superficial, a doutrina afirma que a resolução do mérito implica numa sentença definitiva, porque define a questão nuclear colocada à apreciação judicial. Já nos demais casos deve ser declarada simplesmente terminativa, circunstância que ainda autoriza o autor a se valer de outros expedientes para ver a sua pretensão apreciada e decidida. Desta forma, esta mesma legislação contempla alguns requisitos que devem ser observados quando da prolação da sentença, constantes no artigo 458²³⁹ do Código de Processo Civil, como forma de deixar mais completa a prestação judicial. São eles: o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.

Iniciando pelo relatório que é um resumo daquilo do que está contido nos autos, como a qualificação das partes, em quais razões o autor fundou suas pretensões, a resposta do réu, além de o registro de tudo aquilo que até então ocorreu no transcorrer do feito, descrevendo-o em seus termos essenciais capazes de proporcionar um entendimento da sentença. Registre-se que para alguns casos excepcionais este relatório é dispensado (vg, procedimento sumaríssimo e Juizados especiais). De forma jurisprudencial uníssona, tem-se que a falta do relatório quando de sua exigência, acarreta a nulidade da sentença.

O segundo requisito está centrado na fundamentação pela qual o Juiz declara quais foram as razões que o levaram a decidir daquela forma. É a fundamentação que revela os motivos seguidos pelo Julgador capazes de destinar compreensão na parte dispositiva, funcionando como instrumento de aferição da persuasão racional em conjunto com a lógica da decisão. Destaque-se, a propósito, que o artigo 93 da CF/88, inciso IX²³⁹, ao versar sobre a falta de fundamentação ou se esta for feita de

²³⁹ Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do

maneira incompleta, traz a mesma previsão no sentido de nulidade. Dessarte, o Juiz não pode deferir ou indeferir uma pretensão sem fundamentar a correspondente decisão.

O Brasil adotou a sistemática de que a prova não pode contemplar um valor pré-determinado pela lei. O Juiz é livre para decidir e assim demonstrar o seu convencimento, aliás o Juiz é pago para pensar e impor o que pensou. Desta forma, a rigor, o Julgador somente pode decidir sobre questões propostas nos autos por haver uma proibição legal acerca da manifestação sobre fatos e pedidos não insertos na peça de ingresso e registrados ao longo da fase instrutória.

O último elemento é a parte dispositiva pela qual se dá a conclusão final, com a declaração das pretensões que foram acolhidas, não havendo necessidade de registrar os pedidos que foram rejeitados.

Com relação à natureza das sentenças que as caracteriza, Pontes de Miranda²⁴⁰ através de sua teoria quinária, demonstra que as sentenças podem ser catalogadas conforme a sua eficácia e assim as divide:

a) sentença declaratória: declara a existência ou inexistência de uma relação jurídica;

b) sentença constitutiva: cria ou modifica uma relação jurídica. Há constituição de um novo estado jurídico;

c) sentença condenatória: "condena" o réu à prestação de uma obrigação. Alguns doutrinadores dizem que a condenação diz respeito à pecúnia, em que a parte desfavorecida da sentença (erroneamente chamada de vencida), literalmente tem de pagar à parte favorecida (erroneamente chamada de vencedora), excluindo as obrigações ativas e omissivas, as quais atribuem como mandamentais. Outros, além desta, ainda englobam a obrigação de fazer e de não fazer,

d) sentença mandamental: contém uma ordem expedida para que alguma das partes cumpra um fazer ou um não fazer e

direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 10. Rio de Janeiro: Forense, 1973.p. 5.

e) sentença executiva: é a sentença que determina, no seu próprio corpo e, portanto, sem a necessidade de iniciativa por parte do autor, que o provimento jurisdicional seja efetivado.

A sentença é responsável por uma grande contribuição do aprimoramento das normas positivadas por emanar do Julgador que, cotidianamente, se depara com situações inusitadas e deve decidi-las, porque afinal “*jura novit curia*”²⁴¹, que se traduz em “O Juiz tem de conhecer a norma jurídica e aplicá-la por sua própria autoridade”.

De forma ampla, a sentença funciona como a manifestação mais popular do poder decisório do Magistrado, servindo de cenário a um debate entre o positivismo e o moralismo, sendo que este último atua com valores morais ao passo que aquele busca sustentar a legitimidade da sentença como obediência ao ordenamento vigente e posto.

Com base nesta atuação binária, muitos doutrinadores afirmam que, a sentença, em conjunto com o poder decisório do Julgador, encontram-se legitimados pelas fontes institucionais, cabendo ao Juiz aplicar a lei conforme sua interpretação e correspondente enquadramento de determinada situação a uma norma específica. Por outro lado, vê-se em autores adeptos da moralidade que a sentença, antes de ser uma atividade jurisdicional, simples e pura, deve ser associada à construção do direito servindo a determinada sociedade.

Como dito acima, a mera interpretação fria da lei não reuniria condições suficientes para garantir a exigida legitimidade de uma sentença. Este convencimento se apoia na fundamentação de que os princípios morais são necessários para deixar a decisão judicial mais próxima e aplicável da realidade de determinada comunidade, como também servir de analogia para as lacunas legais assim declaradas e por fim, controlar a discricionariedade dos Julgadores quando se esquecem dos limites contidos no ofício de julgar.

Se cabe ao Judiciário a função maior de estabelecer e assim manter a segurança e paz sociais, a missão do Julgador resulta como de suma importância para a mais plena coexistência da coletividade, seja qual for ela.

²⁴¹ Da importância da dicção ‘*iura novit curia*’. Revista de Processo, v. 3, jul.-set. Tradução: Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 177.

A história relata que Napoleão Bonaparte ao atribuir importância à função de julgar, elencando a força do Estado-Juiz como a de maior importância para manutenção da ordem social, levou os Juizes a atuarem e assim viverem dentro do palácio, daí a expressão “palácio da justiça”. Com isto, no início do século XIX, a função de apreciar e decidir atribuída aos Juizes teve relevo inequívoco para a preservação da ordem social.

A estrutura do Estado moderno traz o Poder Judiciário como integrante autônomo, assim como na divisão defendida por Montesquieu que sustentava a separação dos poderes. Este poder ficou atribuído aos Juizes que devem possuir a capacidade em conjunto com a prerrogativa de julgar, nos limites das regras constitucionais e legislação infraconstitucional. Assim, o Judiciário é o intérprete das leis elaboradas pelo Legislativo e promulgadas pelo Executivo, devendo aplicá-las em diversas situações, sempre garantindo e primando pelos direitos individuais, com a constante promoção da justiça. Com isto, a máxima de Ulpiano: “*Ubi homo ibi societas: ubi societas, ibi jus*”²⁴², que significa “onde está o homem, aí está a sociedade; onde está a sociedade, aí está o direito”.

Todos têm reservado o direito de buscar no Judiciário uma manifestação capaz de solucionar questões resistidas ou até mesmo pretender punições para quem não respeitar e ou descumprir as leis. E com o objetivo de garantir esse fundamental direito, a nossa Carta Maior contemplou estruturas institucionais paralelas ao Judiciário, entre as quais estão o Ministério Público, a Defensoria Pública (para quem que não pode pagar um advogado) além de a Ordem dos Advogados do Brasil, a OAB.

Como já delineado acima, para uma melhor compreensão do tema proposto, a matéria aqui apreciada deve guardar relação apenas com o ramo do Judiciário que aprecia e decide as questões que se voltam à relação de emprego e trabalho, nos exatos termos do artigo 114²⁴³ da CF/88, em que a primeira instância está titulada de

²⁴² ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1945, p. 21.

²⁴³ **Art. 114.** Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Vara do Trabalho ou Fórum Trabalhista, o segundo grau resta representado pelos Tribunais Regionais e o grau maior pelo Tribunal Superior do Trabalho, sem se falar nas possibilidade de atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, dependendo da matéria em exame.

Explorada esta disposição do Judiciário, tudo se inicia quando o cidadão ao se sentir lesado ou na ameaça de referida lesão busca guarida. Dá-se a formação da relação cognitivo-processual, pela postulação em Juízo, seguida da fase de instrução, passando pela decisória, recursal e a última delas, a executiva, pela qual o credor/exequente, já assim declarado pelo Judiciário, busca a satisfação do direito que teve reconhecido do qual não cabe mais nenhuma modalidade recursal.

Mas, como dito, a sentença já nasce desagradando metade dos contendores. Em sendo assim, o quê há de ser feito com a irresignação das partes tendo em vista que não é praxe delas ouvir que estão concordes com a decisão? Não há nenhuma forma de conformismo, aliás, o que se vê, quase que na totalidade, é o modo contrário.

Algumas questões postas em Juízo não guardam relação com a letra estática da lei e assim devem ser apreciadas e decididas mediante a aplicação de princípios fundados na ética, na filosofia, enfim, na carga espiritual de cada um. É o caso da mãe, amparada pelo artigo 396 da CLT²⁴⁴ que tem a graça de ter três filhos e pretende pela aplicação da norma em destaque abaixo. O artigo fala em dois

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

(*omissis*)

²⁴⁴ CLT - Decreto Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943, aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 396 - Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá Direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um. Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

descansos especiais de meia hora cada um para cada jornada de trabalho, nos seis primeiros meses de vida ou se a condição do filho exigir este período poderá ser dilatado. O legislador vislumbrou apenas, como de estilo que é, o parto de um único filho. Como apreciar e decidir esta questão?

Uma ideia que surge é a de enfrentarmos o problema atraindo as circunstâncias para próximo de nós: e se fosse a nossa mãe, a nossa irmã, a nossa filha, como seria? Esta é uma colocação ética ou moral?

Como complemento, ainda há uma outra indagação: e se um dos três filhos fosse um de nós? Acreditamos que esta questão já se encontra respondida pelo leitor, mesmo que não tenha feito uso da regra de ouro, já citada anteriormente.

Há, também, uma outra questão que se encontra em grande debate e que é colocada cotidianamente nas mesas do Julgadores quando da exposição do trabalhador rural aos raios solares e altas temperaturas, principalmente na cultura da cana de açúcar que domina grande parte do Estado membro de São Paulo. Havia uma orientação jurisprudencial²⁴⁵ do Tribunal Superior do Trabalho afirmando que por não haver calatogação pelo legislador de tal tarefa, não caberia ao Judiciário decidir de forma diversa.

Não foi fácil digerir este posicionamento sabendo que o Brasil mantém extensão continental e as temperaturas que prevalecem na região Sul são bem diferentes daquelas observadas na região Norte e Nordeste. Mesmo em se tratando da região Sudeste que tem alcançado índices altíssimos de temperatura e baixa umidade no ar, ao mesmo tempo.

Ora, se o direito deve servir à realidade sob pena desta não servir ao direito, não é pela falta de previsão legal que o trabalhador continuaria experimentando malefícios pelo trabalho que desenvolvia. Como máxima de experiência, para que o problema seja sentido na pele, literalmente, basta permanecermos expostos ao sol por um período bem inferior a de uma jornada que a conclusão e o cansaço nos chegam rapidamente. A maioria dos casos envolvem tonturas, desmaios, náuseas e câncer de pele.

²⁴⁵ Orientação Jurisprudencial da SBDI-I do TST, de nº 173 "Adicional de insalubridade. Raios solares. Indevido. Em face da ausência de previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto (art. 195 da CLT e NR-15 do MTb, Anexo 7)".

Assim, o TST entendia que em razão da ausência de previsão legal era indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto. Entretanto, recentemente, lançou a orientação de que se ausente a previsão legal é indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto por sujeição à radiação solar, nos termos do artigo 195²⁴⁶ da CLT e Anexo 7 da NR 15, da Portaria 3.214/78 do MTE. Todavia, passou a garantir o direito à percepção do adicional de insalubridade ao empregado que exerce atividade exposto ao calor acima dos limites de tolerância, inclusive em ambiente externo com incidência solar, nas condições previstas, no Anexo 3, da mesma portaria acima.

Ou seja, o que acarreta o direito a insalubridade não será o fato da incidência dos raios solares, mas sim as elevadas temperaturas que eles provocam quando o trabalhador não estiver protegido. Como exemplo, um motorista que atua exposto ao sol dentro de uma cabine de guindaste envidraçada, fechada e com ar condicionado, por exemplo, não terá direito ao adicional, porque apesar da exposição solar não estará em desconforto térmico.

Lado outro, se não houver o sistema de refrigeração que resulte em elevadas temperaturas, a céu aberto, com exposição solar a cota sumular já admite a existência de insalubridade que deve ser comprovada por regular perícia técnica a cargo de um engenheiro capacitado e de confiança do Juízo.

Este é um modelo de sentença que contempla um conteúdo ético e que guarda íntima relação com a primazia da realidade. Realidade que funciona como um dos princípios basilares da Justiça do Trabalho, em oposição à formalidade.

É desta forma que o jurisdicionado quer entender a decisão judicial, mesmo nos casos em que ela não lhe seja favorável. A sentença que traz uma fundamentação pela qual o jurisdicionado constata que o Julgador sentiu o problema de perto, que se envolveu com a questão de forma íntima, que se valeu de princípios universais e que tratou as partes como se no lugar delas estivesse, tem consequências diferentes daquela considera técnica e apegada aos formalismos

²⁴⁶ Artigo 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho. (Redação conforme a Lei nº 6.514, de 22.12.1977).

tradicionais, entre eles, uma ilimitada dose de neutralidade do Magistrado. Ao final, se a imparcialidade resulta numa das maiores garantias do jurisdicionado, destacando apenas uma preocupação do Julgador com a efetivação da justiça, a neutralidade, de outro lado, dá conta de que o Juiz neutro mostra-se fechado às fontes de natureza subjetiva e ideológica, tornando-se insensível e indiferente, o que certamente, vai influenciar a sua decisão.

5.10 Ética na Sentença Judicial

Por maior, porém, que tivesse sido a influência dos juristas, nunca chegou ao abuso a que modernamente atingiu nos nossos tribunais: temos visto sentenças e acórdãos, não só citando autores e tratados, como até transcrevendo trechos, e ainda mais, em língua estrangeira. Lembrem-se os juízes que as partes querem ser julgadas por eles próprios, segundo o estudo deles e segundo a opinião deles; os juízes não podem dispensar-se de formar opinião própria, suprindo pela citação de tratados a sua indolência para a exposição de argumentos diretos. Se as partes quisessem regular seus Direitos pela opinião dos tratadistas, não recorreriam aos tribunais, iriam às bibliotecas. Juiz, que cita tratadistas, mostra que leu, mas não mostra que tenha formado opinião própria. As partes querem ser julgadas pelos juízes, por argumentos diretos e não pelo indireto argumento das referências a juristas e jurisconsultos, por mais famosos e autorizados que estes sejam. Enfim, os juízes são obrigados a ter opinião própria, mesmo quando esta opinião concorde com a opinião comum; portanto, suas sentenças não devem citar os tratados, os comentários, e muitos menos os pareceres, nem mesmo para fazer remissões. João Mendes Jr.²⁴⁷

A manifestação acima nos propicia a reflexão de que o Julgador ao decidir deve ser inteirar de tudo aquilo que os autos contêm, em todas as suas peculiaridades, formando opinião pessoal e particularizada, a ponto de que, se um outro Juiz atuar no mesmo feito, com certeza, haverá uma discussão entre eles sobre pontos extremados. Daí a insistência deste estudo fundada na formação cultural, social, religiosa e econômica do Magistrado que pode traduzir diversos entendimentos, o que, aliás, nem poderia ser diferente.

Miguel Reale nos auxilia no desenvolvimento deste tópico ao afirmar que,

²⁴⁷ Site "*migalhas.com.br*", quinta-feira, 7 de maio de 2011 - Edição nº 2.136, consulta feita em 12.05.2012.

[...] um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito. Não pretendo, num curso de Introdução ao Estudo do Direito, esgotar o assunto, mas, apenas, dar alguns elementos necessários para que os senhores não confundam os dois conceitos, sem, todavia, separá-los.²⁴⁸

Entretanto, muitas são as teorias que predominam sobre a relação existente entre o direito e a moral. Acredita Miguel Reale que é possível inserir algumas divisas ao destacar pontos referenciais que guardam íntima relação com cada uma delas e num segundo momento, diferenciações entre ambas, que aqui serão tratadas com especial ênfase.

Iniciando pela concepção que se encontra registrada acima sobre o mínimo ético, nota-se uma constante pela qual o direito representa apenas o mínimo de moral, um mínimo declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Daí a expressão “mínimo”.

A certeza do pensamento de Miguel Reale, neste particular, está na manutenção deste mesmo caminho, ou seja, quando sustenta uma teoria, no todo, que traz a afirmação de que é preciso subsidiar e reforçar ideias de cunho ético, tendo em vista a variação de comportamento entre os indivíduos, diante das diferentes posições sociais, culturais e econômicas. Com isto, nem todos pensam e assim reagem da mesma forma ou sequer, de maneira próxima. Nem todos cumprem as imposições indispensáveis à manutenção da coexistência.

Dessa forma, a conclusão que se apura é de que o direito não é tão diverso da moral. Pelo contrário, acaba resultando com uma parte dela, composto por garantias específicas. E como dito, para esta teoria basta que o direito represente o mínimo de preceitos morais que são necessários para o bem-estar da sociedade. Assim, permanece a moral com uma maior amplitude em relação ao direito, neste inserida, de modo que tudo que é direito é moral, mas o inverso não encontra sentido.

²⁴⁸ REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 38.

Algumas regras são seguidas em obediência à natureza das coisas, outras observam a moral. Porém, a grande maioria das condutas é regida pela existência da coação.

Acolhendo a procedência da teoria em destaque que sempre teve lugar garantido nas decisões judiciais, a consideração a ser feita que justifica este uso funda-se na influência dos preceitos morais quando da criação das normas de direito. A *mens legislatoris* deve se voltar para a necessidade de que as normas a serem postas em uso devem sempre ter um fundamento ético. Assim, quando o legislador cria uma lei, ele deve sempre levar em conta aquilo em que acredita e confia que a sociedade julgue ser o mais ideal e correto e acima de tudo, o mais ético. O mesmo se dá no caso das alterações legislativas quando provocadas pelo clamor da sociedade diante da necessidade que assim as exigiu.

Diante do universo em que vivemos, pelo modelo social que nos é apresentado cotidianamente, considerando o aumento crescente da corrupção que interfere nas mais diversas áreas da sociedade, tendo em vista a desconfiança que predomina entre os seres humanos, a ira e a revolta do indivíduo tornou-se uma constante. E não é diferente a reflexão a ser feita senão a de um modelo centrado no descontentamento geral. O diálogo deixou de ser um argumento primário passando a ocupar os últimos lugares da lista que se funda na relação entre os seres humanos.

É isto que se observa no jurisdicionado quando ele aciona o aparelho judicial. Com facilidade, nota-se que ele está repleto de dificuldades e assim não espera apenas por uma resposta acerca daquela pretensão posta em Juízo. Ele se mostra como alguém que buscou o Judiciário para, ao menos, dar-se por satisfeito em dispor de uma opção legal, como garantia constitucional que tem. Ele aparenta um alto grau de irresignação com o universo que o aflige resultante da falta de confiança entre as pessoas, pela desconsideração completa dos princípios, diante de uma crise de valores que está anunciada. Entretanto, a noção de justiça social, a importância voltada aos direitos humanos, a manutenção do equilíbrio entre outros destaques do nosso comportamento, nunca desapareceram. Pelo contrário, estiveram sempre aqui, contudo, sem o devido uso.

Ao sentenciar, o Magistrado estampa características da sua formação moral sempre em construção, como já afirmado anteriormente. Assim se mostra a distinção entre os pronunciamentos judiciais, mesmo sabendo que os valores mantêm um cunho de origem universal, embora de interpretação e aplicação ajustável e assim, variável. E estes valores podem ser elencados da mesma forma observada no rol da nossa atual Constituição Federal, em seu preâmbulo: uma sociedade que seja fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e na dignidade da pessoa humana, valorizando, sempre, a cidadania. Integrantes, também, desta lista, estão os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa por guardarem íntima relação com os objetivos fundamentais da República.

Acreditamos que nem todas as manifestações judiciais são dotadas de conteúdo ético, tendo em vista que na função de julgar a letra fria da lei ainda mantém seu lugar. Assim, se o Estado foi construído em função do homem e o arcabouço legislativo foi feito para o homem em coletividade, não pode haver nenhuma decisão que não mantenha uma dose de eticidade. Não é recomendável aplicar o excesso de tecnicismo a uma decisão, fechando os olhos para os princípios, para os valores que nos estruturam.

A responsabilidade social que foi dirigida ao Judiciário é no sentido de, como ator social que é, restabelecer a ética, na condição de elemento indispensável à manutenção da ordem e equilíbrio sociais. É desta ética que o jurisdicionado necessita para, ao menos, receber do Juízo uma resposta compreendida universalmente, recheada de princípios e que destaque a dignidade humana das partes, mesmo nos casos de decisões contrárias. Se ele comungar consigo mesmo que a sentença foi justa e resultou daquilo que está contido nos autos, mesmo que irresignado, terá uma autoavaliação de pronto.

Sabe-se que a irresignação é intrínseca do ser humano e assim não há um conformismo sedimentado e pacífico nos casos de sucumbência. Aliás, o termo sucumbente toma o lugar da expressão vencido, por saber que não há vitória judicial. Filosoficamente falando, se há uma parte considerada vitoriosa, esta é a sociedade que desta forma dá conta da resolução de conflitos, harmonicamente e com um veredicto que é soberano, nos exatos termos constitucionais.

CONCLUSÃO

Até onde forem as contingências da liberdade violada, até aí forçosamente há de chegar a tutela jurídica dos tribunais.²⁴⁹

No sentido essencialmente metafísico do direito, apesar de divergentes opiniões, acreditamos que podemos disponibilizar, presumivelmente, a seguinte hierarquia, nesta ordem: Direito Natural, Ética, Moral e Direito Positivo.

A justificativa encontra amparo no que foi dito durante o desenvolvimento desta tese, em que o Direito Natural corresponde a um sentir no mundo das ideias. Ele nasceu primeiro! A Ética acaba restando relacionada com princípios fundamentais para a formação do nosso mundo cultural, correspondendo a um verdadeiro patrimônio espiritual da consciência civilizatória da humanidade.

Por sua vez, a Moral (expressão usada pela primeira vez, na Roma republicana, pelo jusfilósofo Marco Túlio Cícero) está intimamente ligada ao “Mós/Mores” (costumes, primeira fonte do direito, na Roma da realeza). Moral, portanto, diz respeito à norma elaborada, no seu estágio de positivação legal, sendo, assim, um patrimônio cultural de cada grupo social; e finalmente, o Direito Positivo, como um conjunto de regras feitas pelo homem e para o homem.

Com a evolução dos tempos e o aperfeiçoamento cultural da humanidade, a trajetória do direito sempre observou as transformações pertinentes, ocorridas na Sociologia, na Economia, na Antropologia, na Psicologia... o direito, por representar um ser cultural em processo de constante transformação, tendo em vista que é criado, construído e transformado, não deixa de receber o apoio de muitos referenciais metafísicos, como a Ética, a Religião e a Justiça (estes são os mais presentes), contando, também, com a expressividade de um apoio fundamental para a sua comunicação social: a linguagem, em suas mais variadas modalidades.

O intérprete oficial do direito é o Juiz, e, conforme anunciava o filósofo Kelsen, para anunciá-lo, ele se expressa na linguagem de poder do Estado. Esta é a tônica do Direito Positivo, ou seja, o Direito Posto, resultado de uma convenção social, com

²⁴⁹ Rui Barbosa, Site MIGALHAS nº 3.319, de 27/02/2014 (migalhas.com.br).

previsão constitucional, característica dos países, no mínimo, razoavelmente democráticos.

Quando o Juiz comunica o direito à sua comunidade de jurisdicionados, ele o faz mediante a sentença, que, em último grau de jurisdição, quando não comporta mais qualquer modalidade recursária, deve ser cumprida, integralmente, para garantia dos princípios jurídicos fundados na certeza e na segurança.

No mundo do direito, não há possibilidade de trabalharmos com um conceito absoluto de verdade. Todavia, na sentença judicial, quanto maior for o seu conteúdo ético, mais próximo estará do valor justiça. Apesar de Kelsen alertar no sentido de que Ética e Justiça são temas extrajurídicos, em virtude de seu inegável conteúdo metafísico, temos, porém, que a justiça objetivada em uma decisão judicial, torna-se razoavelmente possível na intuição que o Julgador possa ter do direito.

Assim, o Julgador deve, ao decidir, promover um espaço concentrado e vigoroso para que a sua sentença não esteja, tão somente, restrita à glacialidade exclusiva do direito positivo: *“dura lex, sede lex”*. O direito é uma obra de arte inacabada, que, para a sua expressividade estética, exige a participação de um sentido de conteúdo de sentimento cordial, o que os gregos, a partir de Aristóteles, passaram a identificar como sendo a equidade.

A constante crítica feita à morosidade na tramitação dos processos judiciais tem destinado ao Judiciário uma imagem em baixa pelo desprestígio gerado. Mesmo sabendo que os juízes brasileiros estão entre os mais produtivos na escala mundial.

Entre as causas, estão o excesso de demanda e uma gama infinita de recursos, na sua maioria, protelatórios, baixo número de servidores e a falta de investimentos tecnológicos. Mas, a preocupação não é tão somente com a crítica: a preocupação maior está voltada ao jurisdicionado, que deseja ver sua aflição solucionada de uma vez. Considerado hipossuficiente, ele deve enfrentar os grandes grupos econômicos que se valem de todos os expedientes para retardar a solução final. Neste mesmo cenário, a magistratura padece eis que se vê diante de questões infundáveis, mostrando-se parcialmente impotente. Há de haver um modelo pelo qual as soluções adotadas possam transformar, de fato, o Judiciário Brasileiro num efetivo instrumento de valorização e proteção dos direitos para a obtenção da nossa tão sonhada plena cidadania. Com a palavra, o leitor!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALLISON, Henry E. *Idealism and freedom. Essays on Kant's theoretical and ractical philosophy*. Cambridge: University Press, 1996.

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANTOINE, C. *Cours d'économie sociale*. Paris: Guillaumin, 1899.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. v. 8. Madri: BAC, 1956.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Trad. Julio Palli Bonet. 1. ed., 4. reimp. Madrid: Editorial Gredos. 1998,

_____. *Ética a Nicômaco*. Tradução Julián Marias. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

_____. *Metafísica*, III, 4. *Anais de Filosofia Clássica*, v. V , n. 9, 2011 ISSN 1982-5323.

_____. *Retórica*. Tradução Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

A.J. CARLYLE, *A History of Medieval Political Theory in the West*, vol. 1. Neville Figgis the English Historical Review, nº 74.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AYLLÓN, José R., *Ética Razonada*. Madrid: Palabra, 1998.

BAILEY, Andrew. *First philosophy: values and society*. Broadview Press, 2004. ISBN 9781551116570. p. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BELLAMY, Richard. *The Cambridge history of twentieth-century political thought*. [S.I.]: Cambridge University Press, 2003. p. 60. ISBN 0-521-56354-2.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: STUART MILL; BENTHAM. São Paulo: Abril, 1984.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do Direito*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BLACKBURN, Simon. *Pense: uma introdução à filosofia*. Lisboa: Gradiva, 2001. ISBN 9789726627906.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000

BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*, compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Esdon Bini, Carlos E Rodrigues – São Paulo: Icone, 1995.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília-DF: Universidade de Brasília, 1983.

BOFF, Leonardo. *Ética e moral: a busca dos fundamentos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONJOUR, Laurence; BAKER, Ann. *Filosofia: textos fundamentais comentados*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. ISBN 8536321199.

BORNHEIM, G. *Os filósofos pré-socráticos*. São Paulo: Cultrix, 2005.

BUNNIN, Nicholas; TSUI-JAMES, E. P. (Orgs.) *Compêndio de filosofia*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007. ISBN 9788515030477.

CALVEZ, Jean-Yves; PERRIN, Jacques. *Église et société économique*. v. I. Paris: Aubier, 1959.

_____. *Église et société économique*. v. II. Paris: Aubier, 1963.

CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. São Paulo: Pensamento, 1997. (14, reimp. 2014).

CASTORIADIS, Cornelius. Valor, igualdade, justiça, política: de Marx a Aristóteles e de Aristóteles até nós. In: CASTORIADIS, C. *As encruzilhadas do labirinto*. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Ática, 2000.

COOPER, D. E. *Filosofias do mundo*. São Paulo: Loyola, 2002. ISBN 8515023164.

COPENHAVER, B.; Schmitt, C. *Renaissance Philosophy*, Oxford University Press, 1992.

COPI, I. M. *Introdução à lógica*. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COUPE, Laurence. *Myth*. 2. ed. London; New York: Routledge, 2009. ISBN 9780415442848

DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico da filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

DEL VECCHIO, Giorgio. *Justice. Lições de filosofia do direito*, tradução portuguesa de António José Brandão; anotado por A. H. Campbell, Edinburgh; Armênio Amado (ed.). 5. ed., Coimbra: University Press, 1979.

DESCARTES, R. *Princípios da filosofia*. Lisboa: Edições 70.

_____. R. *Discurso do método*. 4ª. parte. - Cottingham, J. Descartes. São Paulo: Ed. Unesp, 1999.

DIGESTO. *El digesto de Justino*. Pamplona: Aranzadi, 1968.t.1.

DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOSTOIEVSKI, Fiodor. *Crime e Castigo*. Trad. Paulo Bezerra, Editora 34: SP, 2001.

DUPUY, Jean-Pierre. *Ética e filosofia da acção*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

DURANT, Will. *A história da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, s/d. ISBN 8535106952.

DURKHEIM, *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRATER-MORA, José. *Dicionário de filosofia*. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2005. t. II.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A legitimidade na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1838 ps.

FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. Por que chamar de "lei"? Por que dizê-la "natural"? Tradução de Magda

Lopes. In: CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. v. 2.

FITTE, Hernan, La primacia de las personas en el gobierno de la empresa, In. DOMÈNEC MELÉ, *Ética en el gobierno de la empresa*. Barcelona: Euns, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*: curso dado no Collège de France (1978-1979. Edição estabelecida por Michel Senellart; sob direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão de tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

GALVÃO, Paulo. Positivismo lógico. In: BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson Gonçalves (orgs.) *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. ISBN 8571104409.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRACIA, Jorge. Medieval Philosophy. In: *The Blackwell Companion to Philosophy*.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.2.

GUERREIRO, Mario A. L. *Pré-socráticos: a invenção da filosofia*. Barueri: Papyrus, 2000. ISBN 85.308.0596-8.

GUERRERO, Rafael Ramón. *Historia de la Filosofía Medieval*. Madrid: Ediciones Akal SA

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.

HEGENBERG, L. *Filosofia moral: ética*. Rio de Janeiro: E-papers, 2010.v.1. ISBN 8576502607.

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto. Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2008.

HILDEBRAND, Dietrich Von, *Atitudes éticas fundamentais*. São Paulo: Quadrante, 1988.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

HUISMAN, Denis; VERGEZ, André. *Curso moderno de filosofia: introdução à filosofia das ciências*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

HUSSERL, Edmund. *A Ideia da Fenomenologia*. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1990.

JAFFA, Harry V. *Thomism and Aristotelianism: a study of the commentaru by Thomas Aquinas on de Nicomachean Ethics*. Chicago: The University Chicago Press, 1952.

JESUS, Maria Margarida Nascimento. *Ética y actividad empresarial, cultura y valores éticos en las empresas Algarveñas*. 2001. Tese (Doutorado). Universidade de Huelva.

JOHN Carroll University, Cleveland, USA Tradução de Faustino Vaz Extraído de *Ethics: A contemporary introduction*, de Harry Gensler. Routledge, 1998.

JOÃO XXIII. *Mater et magistra*. In: *ENCÍCLICAS e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1991.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KENNY, Anthony. *Uma nova história da filosofia ocidental*. São Paulo: Loyola, 2008. 4v. ISBN 9788515035267.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11.ed. São Paulo: Método, 2007.

LINDBERG, D. *The beginnings of western science*. Chicago: University of Chicago Press, 2007. ISBN 9780226482057.

LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*, de. Tradução, introdução e notas de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2006,

LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. Brasília a. 40 n. 160 out./dez. 2003.

LORDA, Juan Luis, *Moral: a arte de viver*. São Paulo: Quadrante , 2001.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Oxford Univ. Press, 1995.

MACIEL, Luis Carlos, *Sartre vida e obra*, 5 Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

MACINTYRE, Alasdair. *Animes racionales y dependientes*. Barcelona: Paidós, 2001.

MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, 2001. ISBN 8515019299.

MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di 'petitum' e di 'causa petendi'. *Rivista di Diritto Processuale* Padova: CEDAM, 1984, v. XXXIX,

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. ISBN 9788571105201.

MILLAN PUELLES, Antonio, *El Valor de la Libertad*. Madrid: Rialp, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 4.

_____. *As nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: R.T., [s.d.].

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORENTE, M. G. *Fundamentos de filosofia: lições preliminares*. São Paulo: Mestre Jou, 1980. cap. 1

_____. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. In: OBRAS Completas. Barcelona: Anthropos; Madrid: Fundación Caja de Madrid, 1996.

MORGAN, Katheryn. *Myth and Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. ISBN 0521621801.

MOTTA, Nair de Souza. *Ética e vida profissional*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984.

MURCHO, Desidério. *Filosofia em directo*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NAGEL, Thomas. *Que quer dizer tudo isto? uma iniciação à filosofia*. Lisboa: Gradiva: 1995. ISBN 9789726624219.

NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga* - 2ª Ed. - Editora: MILLENNIUM.

_____. Dez recados ao Juiz, Desembargador e atual Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista CEJ*, v. 3 n. 9 set./dez. 1999 – Disponível em: <http://daleh.cjf.jus.br/revisa/numero/7/artigo16.htm>.

NICOLA, Ubaldo. *Antologia ilustrada de filosofia: das origens à Idade moderna*. Rio de Janeiro: Globo, 2005. ISBN 8525038997.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado y utopia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

NUNES, Cristina Brandão. *a ética empresarial e os fundos socialmente responsáveis*. Porto: Vida Econômica, 2004.

ONFRAY, Michel. *Contra-história da filosofia 1: as sabedorias antigas*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *Contra-história da filosofia 2: o cristianismo hedonista*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *Contra-história da filosofia 3: os libertinos barrocos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Contra-história da filosofia 4: os ultras das Luzes*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

OETKER, Friedrich, *Juristisches Literaturblatt*, 1890. In: HENCKEL, Wolfram, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*! Heidelberg, 1961. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11277/10046>.

PAPINEAU, David (Org.) *Filosofia: grandes pensadores, principais fundamentos e escolas filosóficas*. São Paulo: Publifolha, 2009. ISBN 9788579141058.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Rio de Janeiro, Forense, 2005

PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986,

PEREIRA, Luis Guilherme Gonçalves. *A possibilidade jurídica de julgamentos implícitos no processo civil*. 2012. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal da Bahia.

PIEPER, Josef. *As Virtudes fundamentais*. Lisboa: Aster.

PLATÃO. *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PLATÃO, Teeteto. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1973.

PERELMAN, Chaïm. *La giustizia*. Giappichelli: Torino, 1991.

_____. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIO XI. Quadragesimo anno. In: *ENCÍCLICAS e documentos sociais*. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Divini Redemptoris*. In: *ENCÍCLICAS e documentos sociais*. São Paulo: Ltr, 1991.

POPPER, K. *Conjecturas e Refutações*. Retorno aos pré-socráticos (cap. 4). 3. ed. Brasília: EdUnB, 1994.

PRADO JÚNIOR, Caio. *O que é filosofia*. São Paulo: Brasiliense, 1981,

QUINTON, Anthonny. *Filosofia. Crítica*: revista de filosofia. Acesso em: 26 jan. 2011.

RACKHAM, H. trans., *Nicomachean Ethics*, Loeb Classical Library; J. A. K. Thomson, trans. (revised by Hugh Tedenick), *Nicomachean Ethics*, Penguin Classics.

RAEPER, W; Smith, L. *Introdução ao estudo das ideias*: religião e filosofia no passado e no presente. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. ISBN 8515015684.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. São Paulo: Paulus, 1990. 3v. ISBN 8505010760.

_____. *História da filosofia antiga*: os sistemas da Era Helenística. São Paulo: Loyola, 2008.

REALE, M. *Lições Preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Fontes e Modelos do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado general de filosofía del derecho*. 12. ed. México: Porrúa, 1997.

RHONHEIMER, Martin, *La Perspectiva da moral*, Fundamentos da ética filosófica, Madrid, Ediciones Rialp, 2000.

RICOEUR, Paul. *Em torno ao político*. São Paulo: Loyola, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1945

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozeßrecht*, 15. Aufl., München, 1993.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

RUGGIERO e MAROI. *Istituzioni di diritto privato*, 8 ed., Milão, 1955, v.1, § 2º.

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. ISBN 8500013559.

_____. Os problemas da filosofia. Cap.15. In: POPPER, K. *Conjecturas e Refutações*. 3. ed. Brasília: EdUnB, 1994

SANDEL, Michael. *El liberalismo y los limites de la justicia*. Madri: Gedisa, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.2.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHMITT Charles e SKINNER Quentin (eds.), *The Cambridge History of Renaissance Philosophy*. Cambridge University Press, 1988.

SHELLENS, Max Salomon. Aristotle on natural law. *Natural Law Forum* v.4, n.1, 1959.

SILVA, José Cândido da; SUNG, Jung Mo. *Conversando sobre ética e sociedade*. 7ª. ed. Petrópolis: Vozes.

SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*, 2003.

SIMMEL, Georg. On the nature of philosophy. In: *A Collection of Essays*.

SÓFOCLES. Trilogia Tebana. *Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona*. Trad. de Mário da Gama Kury. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

SOAMES, Scott. *Philosophical analysis in the twentieth century*. Princeton: Princeton University Press, 2003. V. 2

SOLOMON, R. C.; HIGGINS, K. M. *The big questions: a short introduction to philosophy*.

STEUP, M. The Analysis of Knowledge. Stanford Encyclopedia of Philosophy. E. eds. 2005. *Contemporary Debates in Epistemology*. Oxford: Blackwell. Disponível em: <<http://kalbir.jottit.com/epistemology>>. Acesso em: 28 jan.2012.

STONE, I. F. *O julgamento de Sócrates*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

STRAWSON, Peter. *Filosofia como gramática conceptual*. Tradução de Pedro Santos. Oxford: University Press, 1992.

TAPARELLI d'AZEGLIO, Louis. *Saggio teoretico di diritto naturale*. v. I. Roma: Edizioni della civiltà cattolica, 1949.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*., Rio de Janeiro: Forense, 1978. t.1.

TOMÁS DE AQUINO. *Tratado da Justiça*. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, s.d.

TURCHI N. *Storia delle Religioni*, Roma, 1953

ULPIANO. In: GOMEZ PEREZ, Rafael. *Problemas morais da existência humana*, Lisboa, Rei dos Livros.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

VERNANT, Jean-Pierre. *Myth and Society in Ancient Greece*. London: Methuen, 1982.

VIANNA, Luiz Werneck - O legal e o justo: a propósito do diálogo entre dois juízes e um cientista político. CEDES – Centro de Estudos Direito e Sociedade – Boletim/março de 2007, Rio de Janeiro

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005

VVAA. *Os Filósofos através dos textos: de Platão a Sartre*. São Paulo: Paulus, 1997. ISBN 8534909806

ZILLES, U. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005.

WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig Joseph Johann. *Investigações Filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni, 2ª ed: Rio de Janeiro. Nova Fronteira.