

UMA REFLEXÃO SOBRE A JUSTIÇA: *QUID EST JUS, QUID EST JURIS*¹

A REFLECTION ON THE JUSTICE: *QUID EST JUS, QUID EST JURIS*

Diogenes Belotti Dias²

RESUMO

Nos momentos de crise, na ânsia de encontramos respostas às nossas angústias, voltamos nossos olhos para o passado. Esta introspecção também se projeta dentro do indivíduo. Nosso estudo direciona-se a refletir e constatar que a finalidade do Direito é a Justiça, jamais o contrário, todavia tem o Direito se apresentado a serviço de todo tipo de interesse maculador de seu intrínseco escopo: a Justiça. Deste modo, passa o Direito a atuar em favor da construção de espaços de desigualdade, bem como se revelando negador da cidadania e da dignidade da pessoa humana, de maneira que a transformação desse Direito mostra-se imperativa, ao passo que seu desvirtuamento vem sendo instrumento de todo tipo de injustiças, iniquidades e perversidades. A idéia central do trabalho dentro da perspectiva do debate jurídico-filosófico é trazer algumas reflexões sobre a justiça concebendo o Direito como instrumento de transformação. Apresentamos um Direito em agonia que nasce da corrupção do Direito quando este passa a ser concebido como naturalmente desarraigado da Justiça, ou seja, passa-se a aceitar e enxergar como natural que o jurídico e o justo possam ser coisas diversas, tendo a partir desde odioso quadro a negação do Direito e sua perversão.

É um trabalho analítico que se esforça na pretensão de lançar uma fecunda reflexão acerca da possibilidade de transformarmos a realidade, esta que se mostra tão perversa e cruel para a maioria das pessoas e na qual a esperança não cessa, mas repousa na certeza de que uma outra realidade é possível, na medida em que a recuperação da consciência restaura o ser humano em sua dignidade de viver.

Palavras-chave : Justiça – Direito – Cidadania – Emancipação – Filosofia do Direito

¹ Expressão latina que significa “ o que é Direito e “o que é De Direito”

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo - MACKENZIE/SP. É pós-graduando *stricto sensu* no curso de Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, membro associado da *Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie* - IVR/ALEMANHA, e de sua seção brasileira através da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito - ABRAFI; membro associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM; membro associado do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC e membro associado do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Tem experiência no estudo, interpretação e aplicação do Direito, com pesquisas direcionadas à Filosofia do Direito, Teoria do Direito, História do Direito, Ética, Direitos e Garantias Fundamentais, Globalização, Cidadania e estudos vinculados ao Direito como instrumento de transformação.

ABSTRACT

In moments of crisis, eager to find answers to our troubles, we turn our eyes to the past. This introspection is also projected within the individual. Our study is directed to reflect and realize that the purpose of the Law is the Justice, never the reverse; however the Law has presented itself at the service of all kinds of discrediting interest to its intrinsic scope: Justice. Thus, the law starts to act in favor of building spaces of inequality, as well as denying citizenship and human dignity, so it shows that the transformation of this law is imperative, whereas its distortion has been an instrument of all sorts of injustices, inequities and perversities. The central idea of this work, from the perspective of legal and philosophical debate, is bringing some reflections upon justice — conceiving Law as an instrument of transformation. We present a Law in agony which was born from the corruption of law when it becomes naturally conceived as *uprooted* from Justice, that is, one starts to accept and understand as natural if the juridical and the righteous could be considered as distinct things law. Therefore, from this odious scenario, there is the negation of law and its perversion. It is an analytical work which aims to launch a fecund reflection on the possibility of transforming the reality, which presents itself as perverse and cruel to most people and also where hope does not cease, but rests on the certainty that another reality is possible, since the recovery of consciousness restores the human being in his dignity of living.

Keywords: Justice - Law - Citizenship - Emancipation - Philosophy of Law

SUMÁRIO: 1 Introdução - 2 Filosofia do Direito como remédio – 3 O Engodo da neutralidade - 4 Uma Justiça de Olhos bem Abertos – 5 Um passeio pela Historia: O Judicial é a Justiça? – 6 Interpretação e Aplicação do Direito – 7 Legalidade é Justiça? – 8 Segurança Jurídica é para todos? - 9 Conclusão - 10 Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, de modo geral, traçar alguns pontos de reflexão dentro da temática da Justiça a partir de uma reflexão sobre o Direito, especialmente na dimensão da realidade que em que se apresenta, esta, por sua vez, necessariamente deve estar vergada na construção e efetivação da cidadania.

Principiamos a partir da reflexão do papel da Filosofia do Direito na concepção de Justiça dentro do Direito, inclusive, enfrentando a questão do engodo da neutralidade no Direito, pois não o é, tampouco indiferente, o que não se confunde com a imprescindível imparcialidade.

Falamos, pois, de uma Justiça de olhos bem abertos que não pode silenciar, calar-se ou permanecer inerte diante da iniqüidade, muitas delas chanceladas por leis e decisões injustas que nada tem a ver com a Justiça, fim maior do Direito.

Em um passeio pela Historia conjeturamos se o Judicial é a Justiça(?), sem nos olvidarmos de tecer algumas linhas acerca da importância da interpretação e aplicação do Direito.

A indagação se Legalidade é Justiça não nos foge, até mesmo alcançando outra questão não menos importante: a Segurança Jurídica.

Trazemos também uma reflexão compromissada sobre o Direito como instrumento para promoção da Justiça, Cidadania e Emancipação do Homem.

2 A FILOSOFIA DO DIREITO COMO REMÉDIO

Magnífica é a conclusão de Alysson Mascaro por meio da qual assinala que “a filosofia do direito exercita o papel de verdadeira máxima sobre o próprio direito.”³

Mascaro, em sua Filosofia do Direito, preocupa-se não somente em fortalecer um sistemático compêndio teórico acerca da disciplina, mas a eleva a condição de instrumento de transformação, na medida em que insere seu leitor a estabelecer uma peculiar relação entre filosofia e direito.

Esta relação guarda um olhar interessado em seus fundamentos e horizontes, passando desde a origem helênica, o medievo, a idade moderna e culminando em nosso tempo recente com todos os filósofos herdeiros daqueles helenos que deram o contorno a nossa realidade e visão de mundo.

Inadequado seria esquecer que é na Filosofia do Direito que as questões fundamentais do *quid est jus* e *quid est juris* encontram assento para com isso pulsar e dar norte ao próprio Direito, pois, é na Filosofia do Direito que se encontra a essência do Direito.

Talvez herança do positivismo, a filosofia foi muitas vezes afastada e desprezada em nome de um racionalismo muitas vezes estéril, assim, este reflexo também se manifestou no Direito.

Filosofia é um saber no qual se busca um olhar reflexivo do mundo, embora possa ser específico, sempre guarda em si uma cosmovisão do objeto.

³ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p.15.

A atividade filosófica nos parece ser natural do homem e sua perversão não é à toa, pois se o homem pensa, passa a ser agente eficaz na desconstrução de uma realidade desvinculada com a promoção emancipatória do Homem enquanto parte de um Todo.

Estes reflexos assumem um papel relevante no Direito no qual o positivismo conservador abraçado pela ignorância acaba por afastar uma reflexão filosófica, implicando em fazer com que os que “operam o Direito”⁴ passem a funcionar como células propagadoras da máquina de injustiças e iniquidades, pois não mais pensam, apenas executam “operações jurídicas” mediante sórdido estipêndio no palco hipócrita do teatro do mundo, muitas vezes ao preço de sua própria dignidade.

A Filosofia do Direito não só nos parece o remédio, mas também o farol para que dele se possa obter rumo e extrair cada vez mais fileiras de combatentes a resgatar um Direito enfermo que clama em nome do povo seu resgate.

Alysson Mascaro dá o tom que encerra a importância da Filosofia do Direito para o próprio Direito, colocando-a em relevância.⁵

Conclui Mascaro que o justo é uma espécie de “sombra do próprio Direito” e que os mais relevantes “interesses filosóficos do Direito estão na relação estrutural do direito como todo histórico social e a preocupação com as apreciações do justo”. Aponta ainda, que “na história do pensamento jurídico, o justo sempre foi tomado como uma preocupação legitimadora e conservadora” e “o pensar o Direito em termos radicais exige o pensar a própria sociedade e a história em termos radicais, até por que as mazelas e estruturas de exploração são conexas”.

Ainda sobre a história do pensamento jurídico esclarece de maneira perspicaz:

[...] o justo sempre foi tomado como uma preocupação legitimadora e conservadora. Nos tempos medievais e modernos, o justo era a manutenção do já dado, não importando qual fosse esse dado, porque, para os medievais, Deus o queria, e, para os modernos, a ordem exigia a conservação do já existente. Mas o arrancar da verdade última do direito e do todo social exige uma postulação crítica sobre o justo. [...] justo, como aquilo que não é, faz por revelar as estruturas do injusto nas sociedades existentes. A exploração capitalista, a distribuição desigual das riquezas, a indignidade, a tortura e a perseguição são exemplos daquilo que pode passar até hoje por direito, mas que se deve rejeitar com virulência. O jurista médio enxerga em tudo isso norma, e portanto não se inquieta com tais situações. O filósofo do direito,

⁴ A expressão “operadores do Direito” guarda em si um espectro de passividade e não se coaduna com o próprio Direito. Infere a idéia de elementos passivos e indiferentes a um Direito que, promotor de injustiças e iniquidades, mostra-se perverso. Dizemos da necessidade de superação do “operador do Direito” pelo “construtor do Direito”, este em compasso com o pulsar do Direito que é dinâmico e meio para a emancipação do Homem em sociedade.

⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

arrancando o máximo de verdade do direito e da sociedade, aponta sua tamanha injustiça”⁶.

Mascaro, com sutileza chama de “juristas médios” os que, nem sempre descompromissados, são elemento propulsores dentro do direito no que toca a aplicação da norma como a quem aperta um parafuso em profundo descompasso com as inter-relações da própria vida em sociedade, pois nunca há que se afastar os componentes axiológicos, sociológicos, políticos e tantos outros a qualquer reflexão na interpretação e aplicação do direito, caso contrário caminha-se para um anti-direito.

Por conseguinte, leva Mascaro a concluir com profunda iluminação que “extraída do fundo do pensamento original e radical, crítico e transformador, a filosofia do direito é verdade jurídica maior que o próprio direito.”⁷

3 O ENGODO DA NEUTRALIDADE

Grande é o enigma aparentemente insolúvel da questão que se apresenta: se podemos ser imparciais ou neutros nas relações humanas?

Influenciamos em diversos graus as pessoas e o meio ao qual estamos inseridos, bem como seu inverso também é verdade. Nessa dinâmica de influências em constante movimento a dinâmica da vida se impõe.

A História nos conduz a uma concepção não de uma linearidade progressiva no tempo-espacó, mas sim de uma construção, não raras vezes incompreensíveis a uma inteligência ou sensibilidade sensorial racionalista.

Nos muitos caminhos da vida, um avanço(?), um retrocesso(?), um passo a frente ou um outro para trás(?), quem o sabe?

E no relativismo do mundo que assim tenta ser apresentado e na sanha feroz de sua simplificação nas inférteis terras da superficialidade infecunda, parece que perdemos “algo” nesse caminho, parece, ainda, que perdemos a nós mesmos.

Precisamos nos “reencontrar” conosco mesmo e com o mundo no qual estamos.

O viés axiológico toma grande relevância quando falamos de neutralidade e até mesmo da imparcialidade, pois, mesmo que imaginemos ou pensemos não querer, sempre estamos valorando todas as nossas ações.

⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

A tão substancial imparcialidade hodiernamente é agredida das formas mais diversas. Não há neutralidade, nunca houve e nunca haverá.

Quando trazemos esta questão sob uma perspectiva jurídica, imaginemos e queremos crer haver um juiz que deve ser sempre imparcial, mas forçoso concebê-lo neutro e imune a qualquer influência.

Ora, esta não é sequer uma visão pueril, chega a ser aparvalhada, pois retira do sujeito histórico do Direito sua condição humana, o que não pode ser possível.

Quantas perversões não são executadas em nome do “meu entendimento”... Não são raros os que vociferam amiúde que o *quod non est in actis non est in mundo*⁸ na consagração da perversão do direito que se verga a sua vontade pessoal que muitas vezes se traveste do falacioso argumento do “livre convencimento”, ou seja, bastando constar dos autos – enxergando apenas aquilo que convenientemente sua vontade pessoal “enxerga” – poderia conduzir a uma decisão imparcial para a qual precisará de uma balança para pesar a justiça entre as partes e proferir uma sentença justa?

Com a Lei tem um proceder igual: “enxergam” aquilo que convenientemente sua pessoal vontade, com o manto do “livre convencimento”, quer enxergar.

A verdade está nos autos? Ou fora dele? E se estiver fora? O que fazer?

Seria este juiz imparcial? Neutro? Salta aos olhos a respostas às indagações.

Se de um lado podemos destacar com absoluta certeza que o que tem mais aptidão a julgar é aquele que se revela o mais imparcial possível na aplicação da Justiça, de outro podemos afirmar que a neutralidade se revela impossível pela própria condição humana, razão pela qual a imparcialidade possibilita que a despeito da ausência de neutralidade rumem à condução da aplicação da Justiça.

Podemos falar em uma imparcialidade qualificada que não é um fim em si mesma, mas que se auto limita ao seu propósito como sedimento de integralização, considerando diversos elementos pré determinados em uma efetiva e compromissada aplicação da Justiça.

É o ser humano dotado de características intrínsecas e o sentimento e as emoções estão nele contidos, de sorte que não podemos conceber um homem que não tenha sentimento ou emoções, sejam elas virtuosas ou não.

O sentir é da natureza humana, não somente o sentir sensorial dentro da ótica racionalista, mas um sentir muito mais abrangente que poderíamos dizer transcendental.

Pensar, sentir e agir no mesmo sentido parece compor um perfeito triângulo do qual seu produto é a coerência.

⁸ Expressão latina do Direito Romano que significa: “o que não está nos autos não está no mundo”.

4 UMA JUSTIÇA DE OLHOS BEM ABERTOS

É clássico o símbolo da Justiça tendo uma deusa de olhos vendados e nas mãos uma balança e uma espada, a primeira para pesar os prós e contras e a segunda para cumprir a decisão do juiz.

A gênese dessa alegoria remonta a mitologia grega na qual a Justiça era representada pela deusa Têmis. Vale destacar que na Grécia antiga a Justiça teria sido representada por sua filha, a deusa Diké, que, de olhos abertos, segura uma espada e uma balança, ou pela própria Têmis portando somente a balança, ou ainda uma balança e uma cornucópia.

Na Roma antiga temos a figura da deusa *IUSTITIA* que aparece de olhos vendados, sustentando uma balança onde pesará o Direito.

A espada está presente, levando-nos a uma idéia na qual o fiel revela um direito mais desenvolvido pelos romanos.

Assim, para executar o que o Direito “diz” surge a espada, entretanto, está é ausente e sua ausência da idéia da valoração do conhecimento na figura do simbolizados pelo fiel da balança próprio do pretor⁹ romano que mais que executar, deve “dizer” o direito.

A pretensão romana é alcançar o equilíbrio entre o abstrato e o concreto, ou seja, entre o ideal e o concreto, traduzido pela *Prudentia*.¹⁰

No curso da história, em relação às representações da deusa da Justiça surge com o rosto descoberto, sem venda, aparentemente inferindo a idéia de uma Justiça de olhos bem abertos para observar todas as minúcias à justa aplicação da Lei, todavia, só mais tarde a deusa se mostra de olhos vendados.

Parece não querer dizer a justiça seja cega, mas que trata a todos com igualdade, assim, a venda significaria que a Lei é igual para todos.

Ainda, convém ressaltar que não é raro estarem representadas uma Tábua da Lei, onde certamente é alusiva à Lei das XII Tábuas ou ao *Corpus Iuris Civilis*, marcando de forma incisiva a influência do Direito Romano, hoje tão desprezado seu estudo pelas Academias de Direito, o que talvez se evidencie também como sintoma desta aprofunda crise do Direito e de seu ensino.

Importa ressaltar que há também uma representação de ramos de louro e uma pena, alusão ao ato de legislar, assim, dentro de um quadro simbólico de imagens alegóricas à Justiça e também à Lei são muitas vezes representadas concomitantemente.

⁹ Mais que executar o direito, deveria declará-lo (*dicere*) solenemente, com o auxílio da *Jurisprudentia*.

¹⁰ Prudência.

Da balança há idéia de eqüidade, o equilíbrio, a ponderação, a justiça na aplicação da Lei, do Direito, ao passo que a espada nos remete a uma idéia de força, de prudência, ordem, onde consciência e a razão dão o norte na aplicação da lei. Ainda, a deusa de olhos vendados, parece nos conduzir a uma idéia de igualdade entre todos, buscando uma neutralidade e imparcialidade o que nessa interpretação nos parece convidativa a aceitá-la, principalmente por guardar um aspecto romântico.

Contudo entendemos que não ser possível qualquer conduta humana sem que haja nela elementos interiores e exteriores que são constituintes do “autor” do ato, assim, a ausência de venda nos reporta um pensamento da necessidade de ter os olhos bem abertos para que nada fuja aos olhos da Justiça que por sua natureza deve ser manifestada olhando a tudo e a todos, sendo o Direito a servir também como manifestação instrumental.

Rudolf Von Ihering em sua “Luta pelo Direito” também busca uma alegoria de representação da Justiça, pontua:

O Direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem balança é a força bruta, a balança sem espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a justiça empunha a espada, usa a mesma destreza que maneja a balança.¹¹

De uma postura consciente e corajosa, João Baptista Herkenhoff nos fala de uma Justiça de olhos bem abertos que pode enxergar as injustiças e afastá-las:

Vida e reflexão me levaram a mudar de rumo, no sentido de uma compreensão finalista e social do Direito e no sentido de acolher a supremacia do Direito sobre a lei [...] uma “Justiça de olhos vendados” eu contraria sempre hoje uma Justiça de olhos bem abertos.¹²

5 UM PASSEIO PELA HISTÓRIA : JUDICIAL É A JUSTIÇA?

Como bem aponta André Luis Alves Melo¹³, não há que se confundir justiça com Poder Judiciário, apontando este como sendo uma das formas de se fazer justiça, pois, o “fazer justiça” pode e deve se manifestar em nossas ações cotidianas, de maneira a ampliar o conceito de justiça pra uma compreensão de vivencial.

¹¹ IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 5º ed. ver. atual. São Paulo: RT, 2008. p. 33.

¹² HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o Direito – Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. 2º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997, p. 117.

¹³ MELO, André Luis Alves de. *Dossiê pela Reengenharia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Iglu, 2000, p. 26.

O Poder Judiciário é um dos poderes que se assentam em um tripé de poderes harmônicos e independentes nos Estados Democráticos de Direito.

Embora desde a Antigüidade Clássicas¹⁴ remonte a idéia de separação de poderes, com sua obra “O espírito das leis”, Montesquieu sistematizou e deu forma ao que entendemos hoje por tripartição de poderes.

Fato que tanto na Ciência Política, quanto no próprio Direito são perfilhados como alicerces do Estado Democrático de Direito, de maneira que há (ou deveria haver) três poderes independentes e harmônicos: o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

É de se notar que ao contrário do que se comumente se pensa “o passado” parece não estar tão distante pela própria natureza dinâmica da História.

O Humanismo colocando o Homem no centro de tudo¹⁵, no qual é o homem o é seu senhor onipotente e condutor de seu próprio destino merece sempre uma constante reflexão e introspecção singular e coletiva de nós mesmos.

Não há de se olvidar que encerram-se nesta visão acrescentada da exaltação da liberdade e mobilidade próprias dos ideais burgueses que se contrapunham ao *status quo* da época toda uma visão de mundo, o que pode levar a percepções equivocadas da própria natureza humana.

Afinal, a centralização tal como se manifestava à época, acabava por se tornar um óbice ao desenvolvimento da atividade econômica burguesa e também de sua mobilidade social. Sua superação significou o início de um capitalismo mercantil incipiente e que passando pelo industrial culminaria no capitalismo financeiro e na dita globalização.

Silas Rodrigues Gonçalves discerne uma questão importante no antagonismo que culmina com inversão da razão, desta forma afirmando-o como grande equívoco histórico:

Do grande equívoco histórico, o antagonismo excludente e nada racional, tampouco de Sabedoria e de bom discernimento entre Razão e Fé, resultaria [...] divórcio entre à Vida e a prática da Vida; entre a **Verdade e a prática da Verdade, entre a Justiça e a prática da Justiça**, levando o homem a viver e fazer construções no palco do circo que montou para enganar os outros. Ei-lo que, na decorrência de tanto enganar os outros, acaba por acreditar como verdade a mentira que no dia-a-dia produziu, e , como lidíma justiça, as injustiças que praticou e persiste em realizar, em função de vantagens que usufrui como fruto de ação iníqua. Desta forma é manifesta a antítese do Direito, ou a peculiar separação do Direito valor¹⁶. (g.n).

¹⁴ Embora não sistematizada, encontra-se a idéia de separação de poderes na “Política” de Aristóteles.

¹⁵ Antropocentrismo.

¹⁶ GONÇALVES, Silas Rodrigues. *Fundamentos para a renovação do Direito frente aos desafios do Terceiro Milênio*. 1995. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Mackenzie, São Paulo, 1995, p. 3.

O individualismo que nos afasta da prática da virtude e consequentemente se fortalece na competitividade, e que nada tem a ver com a solidariedade, encontra seu êxtase.

Este individualismo, ressalta-se, não se confunde com a individualidade das pessoas, contudo guarda características básicas, onde o egoísmo, a ausência de compromisso com o próximo encontram guardada dentro de seu vazio, não raras vezes ilusoriamente alimentados pelo consumismo. Parece ser um processo de coisificação do homem, tornando-o uma espécie de *res*.¹⁷

Ora, o direito à vida está estampado na Carta Maior, mas como podemos concebê-lo quando seus principais elementos ficam na esfera do “dever ser”?

Uma promessa que jamais se consolida, exceto por algumas migalhas ou a imagem de uma miragem.

Como em uma ante-sala escura que a esperança e o sonho ousa intentar um dia libertá-la e iluminá-la. Pode a fome, a sede, a liberdade e a dignidade humana esperarem?

As Constituições modernas apresentam este “dever ser” como algo a alcançar, isso de certa forma acaba por encerrar certa passividade, sobretudo pela coletividade que acaba suportando toda sorte de injustiças esperando esta promessa do “dever ser” que parece nunca se concretizar.

É de se notar que certa concepção imperante de Justiça na atualidade parece guardar essa idéia de “conveniência” que acaba por afastar, inclusive, a Justiça.

Ruiz bem recorda que “os gregos afirmavam que toda lei se ordena ao bem comum e que, portanto, a lei é o que é justo para a sociedade¹⁸ e não, como “quer” Maquiavel, o que seja conveniente para manter o poder”.¹⁹

A Justiça, por sua vez, em uma visão aristotélica não poderia estar jamais dissociada da ética.²⁰

Foi Montesquieu, como sobredito, que sistematizou a concepção de tripartição dos poderes que vigora até hoje, sendo acrescentada a função Judicante.

Muitos dizem que o poder corrompe o homem e para Montesquieu, todo aquele que está no poder inclina-se a esta corrupção, pois para este, todo poder corrompe.²¹

¹⁷ Expressão latina a designar “coisa”.

¹⁸ Cf. ARISTÓTELES, “*Ética a Nicômaco*”, 1129b 17, citado por Ruiz.

¹⁹ RUIZ, Rafael González. Resenha Literária: MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Lívio Xaxier. São Paulo: Abril, 1983. Disponível em: <ucsnews.ucs.br/cchc/dele/nfpinhei/resenhamaquivel.doc>. Acesso em: 18 jul. 2010.

²⁰ ALVIM, Marcia Cristina de Souza . *A educação inclusiva na Constituição Federal de 1988*. Revista Mestrado em Direito, UNIFIEO, Osasco, v. 8, nº 1, 2008. Disponível em: <http://intranet.unifieo.br/legado/edifieo/index.php/rmd/article/view/183/270>. Acesso em: 08 nov. 2012. p.15.

²¹ MONTESQUIEU, Charles de. *O Espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987, p. 165.

Não há que se ter um poder sem limites concentrados, de maneira que a separação dos poderes e sua consequente descentralização acaba por equilibrá-los, sobretudo para que haja um controle de uns sobre os outros, ou seja, de cada poder uns sobre os outros em equilíbrio.

Essa “corrupção” do homem que se materializa no abuso do exercício do poder pode encontrar seu freio justamente nos limites de sua separação o que afastaria a concentração.²²

Como sujeitos da história sem sentido, dão-se a construir o “de Direito” que não é Direito, mas uma triste ilusão produtora, não raras vezes, de grandes injustiças e iniquidades.

O judicial não se confunde com Justiça, aliás, deve sempre estar subordinado a esta, pois o escopo do Direito é ser instrumento para a prática, promoção e vivência da Justiça na sociedade.

Aliás, decisões arbitrárias e sem sentido, além de desprestigar o judiciário, vão contra a natureza do objetivo da lei, qual seja, o prestígio e amparo do bem comum e a própria Justiça a ser manifestada.

Silas Rodrigues Gonçalves parece ser um a encontrar um caminho possível para outra realidade possível e denuncia a antítese do Direito: a injustiça e hipocrisia:

Proclamamos o bem comum, em alto e bom tom, como sentido precípua de nossa realização histórica de Direito Positivo, e, o que fazemos? Promovemos o bem de alguns – castas de privilegiados e oportunistas que vicejam desigualdade, – em detrimento da maioria que produz e sofre, na dureza das injustiças que, em nome do direito é construída e, na consequente dor que o corrói. [...] é a antítese do Direito! A maioria que assim sofre em razão do direito injusto, em exaustão, amarga a “vida” e vê antecipar-lhe a morte. É a degenerescência que destrói a própria sociedade. Começa a matar-lhe os sonhos e as esperanças e acaba por corrompê-la inteira impiedosamente.²³

O corajoso André Luis Alves de Melo²⁴ cunhou e forjou um termo que parece resumir o Direito estéril e descompromissado, que deve incontinentemente ser afastado, fala de uma preponderante “miopia jurídica”, e que não se consegue visualizar o direito social latente e necessário numa terra sem lei que clama por justiça.²⁵

²² MONTESQUIEU, Charles de. *O Espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987, p. 136.

²³ GONÇALVES, Silas Rodrigues. *Fundamentos para a renovação do Direito frente aos desafios do Terceiro Milênio*. 1995. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Mackenzie, São Paulo, 1995, p. 23.

²⁴ Melo faz uma relevante constatação acerca do aspecto criminal do Código de Defesa dos Consumidores que sempre afastado em prejuízo da coletividade onde empresas na certeza da impunidade acabam reiteradamente macularem a lei e os direitos assegurados ao consumidores.

²⁵ MELO, André Luis Alves de. *Dossiê pela Reengenharia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Iglu, 2000, p. 31.

Com um Direito em agonia, o processo judicial e uma burocratização estéril tornam-se os atores principais, relegando à Justiça o papel de mera coadjuvante, pervertendo o Direito e o corrompendo.

6 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O Direito não é um apanhado de técnicas jurídicas, afinal, está em constante movimento por sua própria natureza, produto da construção cultural do homem e a este está subordinado no que tange a promoção, prática e vivência da Justiça.

A interpretação fria da lei, na grande maioria das vezes, acaba por afastar o discernimento necessário, o equilíbrio e a sabedoria que sempre devem nortear o intérprete da lei, sobretudo de quem a aplica.

Ao interpretar a lei fria esta energia criada vivificadora gera o calor da Justiça que irá emergir e materializar-se.

A interpretação e aplicação do Direito não são um exercício mecânico como muitos cegos ditos “legalistas ou positivistas”²⁶ possam supor ou crer, aliás, isto fica claro quando verificamos o emaranhado de decisões judiciais que se assemelham a verdadeiros tratados de exaltação de iniquidades e injustiças, mas chancelados com um selo legal do Estado através do poder judiciário constituído. Seria isso o Direito? O ideário de instrumental da Justiça?

Não nos conforta esta concepção, tampouco irresignação a esta condição.

Confortáveis em seus palácios, estes nababos do Direito e seu séquito de lacaios, refestelam-se no orgulho da aplicação da norma que não raras vezes, guarda compromisso apenas com o egoísmo dos poderes preponderantes que os alimenta de privilégios e ditam a lei vigente e sua aplicação, em detrimento da Justiça, sendo o Direito mera alegoria legitimadora a servir determinados interesses.

A Justiça? Ah! Esta sequer é idealizada.

Urge uma mudança.

A harmonia do Direito com seus elementos culturais, políticos, sociais, e jurídicos da sociedade, enquanto ente coletivo, caminha no sentido da realização do bem comum, da Justiça e da emancipação do homem inserido neste ente coletivo que com ele se desenvolve.

Nota-se, enfim, que muitos dizem que o nosso grande problema são os conflitos, este, por sua vez, dão-se em grande parte pelas deficiências da comunicação, o que - em não raras vezes - parece guardar grande veracidade.

²⁶ Ou se auto entitulando.

Que papel teria o Direito, então?

O Direito tem o papel de possibilitar a vida em sociedade, uma vez que a sociedade por si só, com a ausência do Direito, não consegue guardar maturidade para sua emancipação.

Em verdade, a norma jurídica sempre necessita de interpretação, como se nota na obra de Carlos Maximiliano, levando-o a destacar desde sua iniciais palavras que o objeto da Hermenêutica Jurídica é o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões em Direito.²⁷

A distinção entre hermenêutica e interpretação jurídica nos parece fundamental no que tange a uma integração da norma pela interpretação do Direito.

O Direito existe em razão da nossa incapacidade - a ser superada - de nos apartarmos de nossas imperfeições, tanto em seu micro-cosmo individual, tanto em seu macro-cosmo, enquanto ente coletivo.

O Ordenamento Jurídico nasce desta necessidade de termos regras para a convivência e também com escopo a renovar-se constantemente, implicando também na renovação do indivíduo enquanto ente social coletivo.

O individual e o coletivo caminham juntos rumo a uma Integração de Consciência.

A interpretação do Ordenamento jurídico é o que nos conduz a emancipação e caminha no sentido do Direito superar-se, ocasião em que emerge esta Integração de Consciência.

Ao tratar das normas, ensina Carlos Maximiliano que o intérprete é o renovador inteligente do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita, esta estática, e a função interpretativa é a dinâmica do Direito.²⁸

As normas por si só são frias e sem vivacidade, pois, é a interpretação e de cada um na orientação de sua conduta que faz emergir esta vivacidade, daí o caráter axiológico parece emergir com grande força.

Há que se reconhecer que as normas não conseguem esgotar todas as situações pela própria natureza dinâmica da sociedade, assim, a interpretação também deve ser dinâmica e alcançar não apenas o objetivo maior do Direito que é sempre a Justiça, mas também a Emancipação do Homem.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 01.

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09-10.

Conclui que não há como cultivar o direito, isolando-o da vida, que, em nossa época, caracteriza-se pela rápida mobilidade, determinada pelo progresso científico e tecnológico, pelo crescimento econômico e industrial, pelo influxo de novas concepções sociais e políticas e por modificações culturais.

Evidente que o papel do magistrado como interprete da lei toma profunda relevância, pois, através de sua interpretação haverá o império da Justiça ou da iniquidade.

Reflexão extremamente relevante nos traz André Luis Alves de Melo quando indaga se é só o juiz quem julga (?).

Sua análise vai ao encontro de nossas reflexões sobre a importância do viés axiológico em nossas valorações em todos os nossos juízos, daí a impossibilidade de uma neutralidade diante do Direito.

Mello, ao responder a indagação de que se é somente o juiz quem julga, prontamente posiciona-se em uma resposta clara, em suas palavras destaca que: “esse é um grande equívoco”, pois, é o juiz que profera a sentença, mas todos os profissionais do Direito julgam e decidem na ocasião de sua atuação, aliás, sabiamente recorda que os juristas se esquecem que os julgamentos são muitos mais subjetivos que jurídicos e objetivos, ressaltando também a importância da maturidade, experiência e do senso do justo.²⁹

Podemos até ir além, pois, todos nós em maior ou menor grau aplicamos e o direito.

Resta claro que o juiz não é o único intérprete da lei na busca da realização do Direito, ou seja, da Justiça. São inúmeras e constantes as transformações sociais, políticas e até ideológicas: a miséria e a pobreza parecem espalhar com tranquilidade.

Nesse ambiente, a globalização, apesar de postular que um dia estes pobres deixaram de serem miseráveis através do surgimento da “aldeia global”, mostra-se perversa, na medida em que este engodo descortina-se quando se observa que a globalização acaba por significar a fase superior de um sistema baseado na exploração do homem pelo seu semelhante, na qual a dinâmica de sua natureza sintetiza sua lei maior, que é só uma: de que para um ganhar muitos tem de perder.

Surge uma outra indagação: por que lutar se ao final quem triunfa são sempre os pérfidos?

Não! Não são! A luta nos conduzirá a transformarmos esta realidade que tentam impor como naturalmente “justa” e única e que se mostra tão cruel e perversa para a maioria das pessoas, mas há caminhos outros que a esperança ousa trilhar e o trunfo desta vontade ai está.

²⁹ MELO, André Luis Alves de. *Dossiê pela Reengenharia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Iglu, 2000, p. 132-133.

De um Poder Judiciário pouco comprometido com as mudanças que insistem - pela sua natureza intrínseca de evolução - em emergir. Um grito silencioso é clamada pelo povo dentro do claustro de seu sofrimento.

A lei é uma forma de comunicação humana, segundo aponta Herkenhoff, por sua vez pode ser elemento de emancipação ou de escravidão:

A lei é uma forma de comunicação humana. Forma imperativa de comunicação destinada a regular a conduta de um grupo social e emanada de um homem, de um grupo de homens, de uma classe, ou da totalidade do grupo social, para traduzir os interesses absolutos da classe minoritária dominante, numa sociedade de opressão ilimitada, ou para expressar soluções de compromisso, numa sociedade onde os dominados tenham a possibilidade de fazer valer a sua força, ou para estabelecer a igualdade e o direito de todos, numa sociedade que tenha superado, ou esteja em vias de superar, qualquer forma de dominação ou exploração.³⁰

A interpretação jurídica quando realizada em desconformidade com realidade social é uma interpretação canhestra e desvirtuada do bem comum, afinal, a existência de um ordenamento jurídico, por si só, não afiança o fim do Direito que é a Justiça.

E não precisamos ir muito longe para constatarmos tal assertiva. Afinal o direito muitas vezes parece “atacar” a justiça ao invés de promovê-la.

Alcançar o justo é imperativo e objeto da interpretação e não pode a norma desejada pelo legislador ser promotora de injustiça, assim, um confronto entre lei e a Justiça, esta última sempre prevalecerá. Uma lei que não visa o bem comum é manifestação de perversão do Direito, deve ser afastada com energia.

Não há que se interpretar uma norma jurídica visando a interesses contrários ao bem comum, sob pena de gerar arbitrariedade implicando em injustiças e iniquidades de toda ordem.

Há que ser a Lei elaborada com fim de estabelecer o Bem Comum, não se admitindo, em hipótese alguma, interpretação que venha a satisfazer objetivos contrários à realização da justiça, objeto principal do Direito, mas não o único.

Chaim Perelman afirma que "se o juiz viola regras de justiça concreta aceitas por ele, é injusto. Ele o é involuntariamente se seu julgamento resulta de uma representação inadequada dos fatos. Ele só o é voluntariamente quando viola as prescrições da justiça formal." ³¹

³⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 06.

³¹ CHAIM, Perelman. *Ética e Direito*. trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1966, p. 23.

A interpretação jurídica há de estar em linha com a dinâmica da evolução que não se confunde com transformismo., assim, hodiernamente o fenômeno da mundialização ou globalização se evidencia, por sua vez “é de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista e para entendê-la³², como, de resto, a qualquer fase da história, há dois elementos fundamentais a levar em conta: o estado das técnicas e o estado da política.”³³

Buscando uma reflexão de nossa realidade, trazemos a lume um contraponto com a globalização, observamos que seu produto tem se mostrado como um agravamento da pobreza e a fome no mundo, enfim, mostra-se como uma grande fábrica de perversidades, tal qual nos é imposta como único caminho.

Estes problemas que advêm desta globalização que se mostra tão perversa, estão intrinsecamente ligados ao Direito que, em agonia, curva-se a sua negação. A interpretação no Direito deve ultrapassar o conservadorismo positivista consubstanciado apenas na tendência de apenas a enxergar na norma posta a expressão máxima do Direito, mesmo quando distante da Justiça.

O Direito deve ser o instrumento para promoção da Justiça, mas a subordinação dos conflitos ao Judiciário e as respostas e soluções que de la emergem parecem estar distante de se manifestar como promoção de cidadania e repartição eqüitativa de justiça em uma ótica ulpianista.³⁴

A absorção do conflito pelo Estado no seu aspecto decisório, visa absorver a insegurança através da decisão, dita legal que não irá solucionar efetivamente³⁵, mas através da imposição dará ao conflito uma carga de mudança, não necessariamente significando Justiça, mas sim uma manifestação do poder decisório e impositivo do Estado.³⁶

Esta decisão visa impedir a perpetuação do conflito dando-lhe um termo, independentemente de se harmonizar as vontades conflitantes divergentes em oposição, de maneira a não necessariamente eliminar a incompatibilidade preexistente, mas de transformá-la em uma situação, através da decisão, que não permita, em tese, mais ser retomada ou continuada.

Seria este o papel relegado ao Direito e a nós a aceitação da indignidade institucionalizada como expressão de uma chamada “paz”?

³² Sua compreensão é fundamental – suas dinâmicas e estruturas.

³³ SANTOS, Milton. *Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal.* 19º ed. . Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 23.

³⁴ Referencia a Ulpiano: *suum ciuque tribuere*.

³⁵ Se entendermos como solução a harmonização.

³⁶ FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito.* São Paulo: Atlas , 1980, p. 90.

Paz para quem?

Aos que tem fome, os doentes...Enfim, os “desgraçados” do mundo podem esperar a uma justiça que nunca vem? Podem estes estar em paz? Acreditar nessa paz? Isso, não é paz.

Cabe ressaltar, que princípios exercem nas regras³⁷ um papel de sedimentador na medida em que converge todo sistema a uma unidade pulsante e dinâmica regida por valores fundamentais, no qual as regras vigem, os princípios valem e, enquanto valores fundamentais norteiam a ordem jurídica, o Direito em toda a sua plenitude, como instrumento efetivo de promoção da cidadania e construção de um universo emancipador do Homem.³⁸

Ainda, no que vibra de como aplicar o Direito, Herkenhoff contribui de forma incisiva na elaboração de uma teoria, ou melhor, uma doutrina, na qual sua expressão seria a aplicação do Direito sob uma perspectiva tripla: axiológica, fenomenológica e sociológica-política.³⁹

A perspectiva axiológica assevera que “o juiz é portador de valores de que impregna suas sentenças. Há de ser o varão digno que julgue o povo com retidão e veja sempre a Justiça a serviço do homem.”⁴⁰

A perspectiva fenomenológica “levará o julgador a descer ao homem julgado, buscar seu mundo, compreender suas circunstâncias.”⁴¹

A perspectiva sociológica política “possibilitará ao juiz a pesquisa dos valores do povo, a identificação do seu sentimento do justo, a consideração do homem comum, o desempenho de uma função renovadora e progressista, à frente da lei.”⁴²

A doutrina desenvolvida e captada com iluminação por Herkenhoff nos traz não apenas uma reserva teórica bastante rica e clara, mas principalmente nos fornece elementos bastante precisos à aplicação do Direito, notadamente junto ao ofício judicial, mas que também pode servir até como inspiração na vida cotidiana dos indivíduos em na multiplicidade de suas relações.

³⁷ Podemos aqui considerar o vocábulo regra como norma, dentro da dimensão em que se concebe como normas as regras e os princípios.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5º ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.261.

³⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 02.

⁴⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 02-03.

⁴¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 03.

⁴² HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 03.

7 LEGALIDADE É JUSTIÇA?

A legalidade diz respeito a conformidade à Lei. Uma grande perversão do Direito é sua desvinculação da Justiça, afinal o legal e o de Direito deve necessária refletir e alcançar o justo, sobretudo na aplicação do Direito.

Não são poucos os que orgulhosamente em sua ignorância proclama em estridente voz que o jurídico é uma coisa e a Justiça é outra.

Ora, que aberração! Como pode o Direito que é o instrumento da Justiça ser apartado desta?

Essa equivocada concepção acaba sendo um sustentáculo e também um sintoma deste Direito em Agonia que queremos afastar para emergir um Direito resgatado.

Nesta toada a grande questão que se apresenta é servir à lei ou à Justiça?

Esta reflexão está diretamente ligada a concepção do que será o Direito para cada um: se libertador ou se submisso a sua corrupção.

Herkenhoff mostra clareza quando trata do tema, dizendo que a Justiça é o valor maior e se a lei não é instrumento para a promoção da Justiça, objetivo do Direito, a lei deve ser flexibilizada e até afastada quando se contrapõe à Justiça, contudo, não queremos dizer que estaríamos em um caso de arbítrio, ao contrário, estaríamos coerentes com o objetivo do Direito que é a Justiça, sendo a lei um elemento para se alcançá-la, leciona sobre o dever de aplicar a lei e servir à Justiça.⁴³

Pontuando acerca da legalidade podemos recortar um tema para abordá-la, contudo, dentro desta perspectiva da Justiça como valor maior, escolhemos, ainda que singela, a tratativa a questão da propriedade que é inclusive assegurada pela Carta Maior.

Iniciamos observando que ao passo que o homem vai deixando de ser nômade e busca uma fixação no espaço, aliada a formação dos incipientes grupos sedentários, a propriedade privada começa a se delinear. A família e a religião contribuem nesse sentido, e temos na concepção que vem desde John Locke a respeito de um suposto estado de natureza anterior à sociedade, no sentido de que "a [...] propriedade é uma instituição humana justificada pelo direito natural [...]"⁴⁴.

⁴³ HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o Direito – Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. 2º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997, p. 22-23.

⁴⁴ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 63

Se for correta a assertiva supracitada, temos, dessa forma, a propriedade justificada pela exploração de um homem em detrimento de outro, ou seja, através do emprego do poder, este normalmente acompanhado de violência. Não nos conforta a situação.

Todavia, há também outras formas de exercício do poder, aliás, o poder de dominação ideológico, apesar de sutil, apresenta-se mais eficiente no atual quadro social, uma vez que a alienação tomou conta do cidadão no espaço, de maneira que deixado ao quase exclusivo jogo de mercado.

Mas, o que é propriedade privada? Muitos responderiam que é um direito garantido pela constituição, outros diriam, assim como Proudhon, a celebre resposta "[...] é roubo [...]"⁴⁵.

Nesse sentido, Milton Santos adverte e distingue acerca da diferença entre o direito de morar e de ser proprietário de uma casa⁴⁶.

Prossegue Milton Santos ao colocar o pobre como objeto da questão ao se tratar da construção de casas populares. Fica claro que mesmo aos que tem alguma boa intenção, seus juízos são sedimentados em preconceitos, pois concebem que as pessoas têm suas necessidades em função da classe ao qual pertencem:

Quando, diante da situação explosiva nas cidades e em face proximidade de eleições, foi decidido construir casas para os mais pobres, foi para lhes dar habitações que já nasciam subnormais, neste caso, sem aspas. **A normalidade estabelecida para os pobres, por definição oficial, aconselhada e defendida por pseudo-intelectuais, passou a autorizar a construção de habitações tão pequenas que conduzem a toda espécie de confinamentos e promiscuidades. Na cabeça tortuosa de tais técnicos, as pessoas têm necessidades essenciais em função da classe a que pertencem.** Não foram esses mesmos que traçaram ou desenharam os famosos quartos de empregada lado a lado com os quartos muito mais amplos dos patrões? Tais fatos, relativos à "normalidade" da moradia dos pobres, são praticamente aceitos pela sociedade, isto é, por uma classe média não culta. Isso justifica pensar que o raciocínio economicista e imoral tomou o lugar da cultura, que levaria a preocupações mais nobres⁴⁷. (g.n)

A Constituição Federal Brasileira assegura o direito à propriedade em seu art. 5º, inciso XXII, entretanto no inciso XXIII acrescenta que a propriedade deverá atender sua função social, mas não é esta mesma Carta Magna que consagra a Dignidade da Pessoa Humana como seu mais excelsa Princípio?⁴⁸

⁴⁵ WOODCOCK, George. *Anarquismo*. Porto Alegre: L&PM, 1975. p.09

⁴⁶ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 1987. p. 45

⁴⁷ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 1987. p. 46

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

Poderia ser a propriedade privada ser mais importante que o direito de morar? Poderia esta propriedade privada ter função social mais nobre e relevante do que dar um teto a uma família, ou a ela um canto dar para plantar e dele tirar seu sustento?

A questão da propriedade também se desdobra na problemática dos sem teto na área urbana e dos sem terra na área rural, alcançando um problema que no país se arrasta há décadas: a reforma agrária que também implica na produção de alimentos e em seu custo, sobretudo aos pobres.

A reforma agrária é uma questão que querem mostrá-la insolúvel, afinal falamos de um país onde os latifundiários e outros “poderosos” correlatos parecem “comandar” o Direito instituído.

O “dever ser” dos ditos direitos garantidos, acaba que servindo de discurso falacioso para o engodo dos discursos políticos que se encerram na mentira e em uma triste retórica, pois, se até hoje ainda discutimos a fome não é por falta de alimentos, mas sim por que nós desgraçadamente - enquanto sociedade - decidimos quem vai ou não comer.

É uma abominação, um Direito servil e em agonia que acaba sendo instrumento manipulado na manutenção deste odioso e nefasto quadro.

Urge um Direito resgatado e renovador para que possa servir a seu propósito: a Justiça.

8 SEGURANÇA JURÍDICA É PARA TODOS?

Em linhas gerais, como aponta Paulo Nader, historicamente o Direito surgiu como meio de defesa da vida e patrimônio do homem. Objetivando apenas a pacificação, entretanto, atualmente essa concepção se ampliou.

Nader⁴⁹ fala da Justiça como o valor supremo do Direito e lhe assiste completa razão:

A justiça é o valor supremo do Direito e corresponde também à maior virtude do homem. Para que ela não seja apenas uma idéia e um ideal, necessita de certas condições básicas, como a da organização social mediante normas e do respeito a certos princípios fundamentais; em síntese, a justiça pressupõe o valor segurança. Apesar de hierarquicamente superior, a justiça depende da segurança para produzir os seus efeitos na vida social. Por este motivo se diz que a segurança é um valor fundante e a justiça é um valor fundado.

⁴⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 26º ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 119 *et seq.*

Fato que alguns autores concebem a segurança jurídica apenas como sistema apenas de estrita legalidade posta, que fornece aos indivíduos a certeza do Direito vigente, equívoco supremo, pois daí decorre alguns sintomas de um direito doente que se desvincula da justiça.

Esta concepção macula a Justiça⁵⁰, pois busca-se sua absorção pela segurança, de modo que e a identificação da segurança com a simples legalidade e certeza jurídica se manifesta insuficiente, esta posição, por sua vez, parece-nos portadora de uma exigência excessiva, conforme observou Nader que distingue segurança jurídica e certeza jurídica.⁵¹

De uma sensibilidade ímpar e dotado de um profundo conhecimento jurídico, João Baptista Herkenhoff coloca todo seu trabalho a serviço de um Direito transformador e emancipador, fala de um Direito para o povo e da “construção de um Direito a serviço das classes subalternas da sociedade.”⁵²

Ampliando a questão para esfera constitucional, observamos que para Kelsen a Constituição ocupa o mais alto grau dentro do ordenamento jurídico, ademais sua fundação não haveria de ser encontrada em nenhuma dimensão axiológica, em outras letras, a concebia em seu sentido puramente normativo, ao passo que Carl Schmitt vislumbrava um sentido político de Constituição.

Assevera Kelsen que se funda no Poder Constituinte, enquanto supremo fornecedor das diretrizes que constarão desta lei suprema em uma concepção de ordenamento jurídico.⁵³

A Magna Carta tem por desígnio assegurar a necessária e essencial proteção aos direitos das pessoas pondo no topo do ordenamento jurídico hierarquizado, ademais, deve esculpir as diretrizes de normas hierarquicamente inferiores que dela deverão decorrer e nunca contrariá-la.

Por sua vez, Schmitt entendia que a Constituição é uma decisão política fundamental, fazendo a clássica distinção entre “Constituição” e “leis constitucionais”.

Por outro lado, Kelsen compreendia a Constituição em uma perspectiva não valorativa, ou seja, estritamente formal e que a norma fundamental do Estado servia de parâmetro de validade para todo o ordenamento jurídico. Em suma, a Constituição é considerada como norma pura, abstendo-se de qualquer pretensão política, sociológica ou filosófica.

⁵⁰ Sem se olvidar que a Justiça é um Valor.

⁵¹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 26º ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 120.

⁵² HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o Direito – Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. 2º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997, p.27.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 246-247.

Assim não nos parece, tampouco desta forma podemos concebê-la, vai além de ser uma carta normativa límpida com pouca ou muita densidade política. Alcança um ideário que contém a Justiça e a ultrapassa na medida em que também se apresenta como possibilidade de uma outra realidade possível, muito embora já tenhamos destacamos que a existência de um ordenamento jurídico, por si só, não afiança o fim do Direito que é a Justiça.

Sayeg nos traz a idéia que nos anima a alma quando vislumbra uma sociedade consubstanciada no Estado Fraterno:

[...] sociedade fraterna é aquela que, sem reservas, atribui satisfatibilidade aos direitos humanos. Basta isso, porque isso há de acontecer naturalmente na medida em que a fraternidade descola o Homem do centro das coisas para o meio difuso delas. Por estar o Homem no meio difuso das coisas, o humanismo da fraternidade aceita que tudo vem da partícula de Deus, que é o elemento comum da formação do Universo como crêem os físicos pela Teoria do *Big - Bang*, independentemente de uma visão teocêntrica.⁵⁴

Nesse sentido, Ricardo Sayeg traz iluminada visão de uma sociedade sedimentada no humanismo integral, de valorização da dignidade da pessoa humana, sob a ótica da compaixão de Cristo e na fraternidade, muito embora creia em um capitalismo fraterno, não podemos reconhecer no sistema capitalista qualquer traço de solidariedade e fraternidade que em contraposição ao lucro possa a este se sobrepor, afinal, do contrário não estaríamos falando de capitalismo, ainda que temperado com algum sonho de humanidade e dignidade que é incompatível com sua natureza perversa.

Herkenhoff aponta em nota que “a plurissignificação das normas jurídicas, por si só, conforme Kelsen demonstrou, torna o ideal da segurança jurídica realizável apenas aproximadamente.”⁵⁵

O Professor Herkenhoff com extraordinária lucidez destaca a supremacia do valor da Justiça sobre o valor da Segurança.

A segurança deve ser preservada pelo Direito, mas a Justiça é um valor superior a este, de sorte que em nome da segurança jamais poderá ser consagrada a injustiça, assim, “a segurança não pode ser elevada à categoria de valor supremo, em detrimento da Justiça, valor maior”.⁵⁶

⁵⁴ SAYEG, Ricardo Hasson. SAYEG, Ricardo Hasson. *Doutrina Humanista de Direito Econômico. A Construção de um Marco Teórico*. Livre Docência em Direito Econômico. Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP. São Paulo, 2008, p. 46

⁵⁵ Conforme nota: Cf. Hans Kelsen, Teoria Pura do Direito, Coimbra, Armenio Amado, 1974,p. 473.

⁵⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 112

Em verdade, cremos ter encontrado a resposta para nossa questão acerca da segurança jurídica tal como esta se apresenta.

De súbito, verifica-se que a segurança jurídica não se consagrada para todos, escancara-se que “a segurança que a lei, fundamentalmente, garante é a segurança das classes que fizeram a lei, ou tiveram papel preponderante em sua feitura.”⁵⁷

Um Direito enfermo e em agonia, maculado e corrompido serve-se a cumprir, através desta suposta segurança à todos, uma segurança que tem por escopo atender certos interesses de uma casta ou grupo.

É óbvio, pois, que a segurança é importante dentro do Direito, deveras fundamental, devendo estar desdobrada a toda e qualquer pessoa na construção de um Direito emancipador e comprometido, jamais como instrumento de iniqüidade em nome de uma suposta legalidade em favor de uns poucos privilegiados.

Entretanto, o que ai está não a manifestação da segurança jurídica na aplicação do direito que a todos indistintamente deve alcançar.

Nessa toada, vale lembrar valiosa e inteligente lição de Ferdinand Lassale, na qual em seu famoso ensaio reconhece que a constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que regem este país, sendo esta a Constituição real e efetiva, assim, se a Constituição escrita não se coadunar com os fatores reais de poder não passará de uma folha de papel.⁵⁸

Ainda, acrescenta Lassale que uma Constituição escrita só é boa e duradoura quando corresponder à Constituição real, ou seja, quando refletir os fatores reais e efetivos do poder: “de nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.”⁵⁹

Em verdade, observamos até mesmo em nosso Código Penal Brasileiro que o ataque a propriedade é mais protegido que a própria integridade das pessoas, a julgar pelas penas previstas.

Um ótimo exemplo traz Herkenhoff citando um “caso de despejo, o juiz dá guarida ao proprietário do imóvel, estará dando segurança à propriedade.

⁵⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p. 112

⁵⁸ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*.trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p.48.

⁵⁹ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*.trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p.68.

Mas onde fica a segurança do inquilino, a segurança da família, instituição social que goza de proteção constitucional com muito mais amplitude do que a da propriedade?⁶⁰

Inteligente análise acerca da segurança propõe Herkenhoff onde pondera que se “a lei organiza as divergências, cerceia o egoísmo, coíbe as condutas criminosas”⁶¹ e acrescenta que “se a lei é, assim, tão sábia, outro papel não teria as autoridades, os juízes, inclusive, do que fazer prevalecer a lei, repelindo os atos antijurídicos dos recalcitrantes.”⁶²

É nessa ótica de mundo existe apenas uma única tensão, qual seja: a da ordem ou da desordem, em outras palavras, a da lei e do desrespeito à lei, assim, prevalecendo a ordem e a lei o mundo estará salvo.⁶³

Será?

Não podemos ignorar as tensões existentes que latentes e constantes nas relações humanas, inclusive nas relações com o Estado, assim, não podemos ignorar o conflito entre o mundo dos direitos do homem e dos homens sem direitos, tampouco entre oprimidos e opressores.⁶⁴

Na ótica de Marcos Peixoto Mello Gonçalves esta cidadania pode ser resgatada na medida em que, pelo Direito, nasça “a consciência daquilo que é injusto, como reivindicação de justiça.”⁶⁵

Antonio Betioli⁶⁶ em suas reflexões em relação ao tema segurança jurídica, indaga a respeito desta ordem pré-estabelecida “quando a ordem é tão-somente o que a classe dominante ordena, uma segurança a favor de alguns.”⁶⁷

Herkenhoff, ao constatar que uma aproximação entre o Direito e o fato social, conclui que desta forma poder-se ia reduzir a tensão entre o Direito estatal e o social, entre o legislador e o povo, inclusive contemplando a multiplicidade de culturas, assim, tudo isso

⁶⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 112-113.

⁶¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 113.

⁶² HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 113.

⁶³ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 113.

⁶⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 114.

⁶⁵ GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Levante a mão e fale alto – Ética, Cidadania e Direito*. 1º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.64.

⁶⁶ Em nota citado por Herkenhoff

⁶⁷ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito – Lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Hermes, 1989, p. 281.

contribuiria para a segurança do Direito, segurança, contudo, em favor de todos, e não em favor de alguns.⁶⁸

Deve o Direito trazer uma digna e justa segurança a todos dentro do valor Justiça que é o objeto maior do Direito. Uma segurança desvinculada da Justiça não é outra coisa senão sintoma de um Direito em agonia que não pode sucumbir na luta de encontrar seu caminho a ser elemento à Emancipação do Homem.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito tem o papel de possibilitar a vida em sociedade, uma vez que a sociedade por si só, com a ausência do Direito, não consegue guardar maturidade para sua Emancipação.

O Direito existe em razão da nossa incapacidade - a ser superada - de nos apartarmos de nossas imperfeições, tanto em seu micro-cosmo individual, tanto em seu macro-cosmo, enquanto ente coletivo.

O Ordenamento Jurídico por si só, não afiança que fim do Direito que é a Justiça, ele nasce desta necessidade de termos regras para a convivência e também com escopo a renovar-se constantemente, implicando também na renovação do individuo enquanto ente social coletivo. O individual e o coletivo caminham juntos rumo a uma Integração de Consciência.

Necessário se fazer um contraponto à Justiça em Aristóteles⁶⁹ que trouxe relevante contribuição e que tem seus fecundos frutos enraizados em nossa cultura, na medida em que a nossa concepção de justiça passa pela perspectiva aristotélica de que o eqüitativo é justo, entretanto, não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal.

O atributo está na correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade, mas nem todas as coisas são determinadas pela lei, de sorte que quando a coisa é indefinida, igualmente o é à regra.

O homem eqüitativo é aquele que escolhe e pratica tais atos, que não se aferra aos seus direitos em mau sentido, mas tende a tomar menos do que seu quinhão, embora tenha a lei por si, é eqüitativo.

Desta feita, essa disposição de caráter é a eqüidade, que é uma espécie de justiça e não uma diferente disposição de caráter. O princípio da eqüidade determina ser necessário tratar-se desigualmente os desiguais no momento da aplicação da lei.

⁶⁸ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 114-115.

⁶⁹ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010

Assim, também distinguia duas classes importantes de justiça: a universal e a particular. A primeira em sentido amplo, sendo, pois, uma conduta de acordo com a lei; a segunda, por sua vez, em sentido estrito evidenciada pelo hábito realizador da igualdade.

Tanto a justiça particular ou a justiça enquanto uma virtude ao lado das demais, classifica-se, em justiça distributiva e justiça comutativa e também a corretiva.

O princípio da justiça distributiva, ligada a porção devida ao mérito de cada um, ao passo que a comutativa estaria ligada a igualdade de proporções e nesse sentido remonta-nos aos primórdios e que hoje nos conduz do que denomina-se Princípio da Proporcionalidade, o excelso Princípio na ótica de Willis Santiago Guerra Filho que também salienta ser a justiça a essência do Direito e estabelece com precisão a necessidade do respeito a dignidade das pessoas com vetor primordial em um ideal de justiça.⁷⁰

Pela Filosofia do Direito que as questões fundamentais do *quid est jus* e *quid est juris* encontram assento para com isso pulsar e dar norte ao próprio Direito, pois, é na Filosofia do Direito que se encontra a essência e substância do Direito.

Não temos aqui a pretensão de concluir o trabalho definindo a Justiça, esperamos, pois, termos trazidos alguma contribuição em nossas reflexões, sobretudo dentro do espírito de conceber o Direito como instrumento de transformação, de possibilidade e de superação.

Em derradeiro, se por um lado não definimos a Justiça, por outro, podemos afirmar com cristalina certeza que o que está ai e se apresenta no mundo não é a Justiça, cabe a todos nós mudarmos este quadro de iniquidade institucionalizada e a vislumbrarmos com o escudo da Verdade e a espada da Justiça um mundo no qual impere o Amor, nesse mundo sim, a Justiça não será definida, será vivenciada.

A partir daí o Direito se sublima, pois seu fim último não é paz, mas sua própria superação.

⁷⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. (*Anti-*)*Direito e força de lei/ lei*. Panóptica, Vitória, ano 1, nº 4, dez. 2006, p. 65-81. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/6dez06.htm>>. Acesso em: 10 out. 2012. p. 72.

10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Marcia Cristina de Souza . *A educação inclusiva na Constituição Federal de 1988*. Revista Mestrado em Direito, UNIFIEO, Osasco, v. 8, nº 1, 2008. Disponível em: <<http://intranet.unifieo.br/legado/edifieo/index.php/rmd/article/view/183/270>>. Acesso em: 08 nov. 2012.
- _____; *Educação, cidadania e o acesso à justiça*. UNIFIEO, Osasco, v. 6, nº 2, p. 97-106, 2006. Disponível em: <<http://intranet.unifieo.br/legado/edifieo/index.php/rmd/article/view/39/77>>. Acesso em: 8 nov. 2012.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Torrieri Guimarães. 4ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito – Lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Hermes, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 5º ed. São Paulo: Malheiros , 1994.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CHAIM, Perelman. *Ética e Direito*. trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1966.
- CHALITA, Gabriel. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.
- _____; *Sócrates e Thomas More: Correspondências imaginárias*. 1º ed. [S.l.]: Planeta, 2009.
- CHARDIN, Teilhard de. *Teilhard de Chardin: vida e pensamentos*. Organizador: José Luís Archanjo. São Paulo: Editora Martin Claret, 1997.
- FERRAZ JUNIOR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas , 1980.
- GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello. *Levante a mão e fale alto – Ética, Cidadania e Direito*. 1º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010
- GONÇALVES, Silas Rodrigues. *Fundamentos para a renovação do Direito frente aos desafios do Terceiro Milênio*. 1995. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade Mackenzie, São Paulo, 1995.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito (a luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológica política)*. 12º ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____; *Para onde vai o Direito – Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*. 2º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997

HERVADA, Javier. *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 5º Ed. ver. atual. São Paulo: RT, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003,

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, André Luis Alves de. *Dossiê pela Reengenharia Jurídica no Brasil*. São Paulo: Iglu, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de. *O Espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 26º ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RUIZ, Rafael González. Resenha Literária: MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução Lívio Xaxier. São Paulo: Abril, 1983. Disponível em: <ucsnews.ucs.br/cchc/dele/nfspinhei/resenhamaqiavel.doc>. Acesso em: 18 jul. 2010.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 1987.

_____; *Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal*. 19º ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SAYEG, Ricardo Hasson. *Doutrina Humanista de Direito Econômico. A Construção de um Marco Teórico*. Livre Docência em Direito Econômico. Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP. São Paulo, 2008, p. 46

WOODCOCK, George. *Anarquismo*. Porto Alegre: L&PM, 1975.