

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**ANDREA DE MENEZES MARTINI**

**FILOSOFIA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2010**

**ANDREA DE MENEZES MARTINI**

**FILOSOFIA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Júnior.

**SÃO PAULO  
2010**

**Banca Examinadora**

---

---

---

*“Quando o governante é tranqüilo e discreto, o povo é leal e honesto.  
Quando o governante é perspicaz e rude, o povo é desleal e não confiável.  
É sobre a infelicidade que repousa a felicidade; a infelicidade espreita a felicidade.  
Quem, no entanto, reconhece que o bem supremo consiste na inexistência de ordens?  
A ordem transforma-se em caprichos e o bem converte-se em superstição e os dias de  
cegueira do povo duram realmente muito tempo.  
Assim também o sábio: serve de modelo sem castrar os outros,  
é escrupuloso sem ferir, é natural sem ser arbitrário  
e brilha sem ofuscar.”*

*Provérbio Taoísta de Lao Tzu  
(TAO TE KING – Poema LVIII)*

## **AGRADECIMENTOS**

*A Deus pela vida e inspirações.  
À minha querida irmã Renata.*

## RESUMO

Este estudo situa-se na pesquisa da Filosofia e do Direito Processual Civil. Partiu-se da idéia de que o princípio maior do Direito reside na intuição ou na consciência de Respeito e de Amor ao Próximo. Por isso, hoje é grande a importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana para o Direito de diversas Nações. O Estado deve fornecer estrutura social para que haja o pleno desenvolvimento da Dignidade da Pessoa Humana, enquanto cabe ao Poder Judiciário, como instituição social, defender a liberdade individual de cada pessoa com igualdade de oportunidades iniciais através de um Processo Civil com formas fáceis e métodos simplificados que atendam o calor das necessidades daquele que possui o direito e faz jus ao resultado adequado da tutela jurisdicional sem demora. O presente estudo parte da pesquisa bibliográfica, analítica e hermenêutica com a intenção de demonstrar que o descaso do Estado Brasileiro com o seu povo tem dificultado o desenvolvimento pleno da Dignidade da Pessoa Humana e dificultado também o trabalho principal da justiça frente à Pessoa Humana e sua Dignidade. Conclui-se, inicialmente, que não são todos que possuem conhecimentos acerca dos seus direitos e por isso surge a necessidade de uma educação civil acerca dos direitos de cada um e as informações acerca das instituições para que se eliminem as barreiras que separam o povo dos seus defensores civis.

**Palavras-chave:** Amor e Respeito ao Próximo; Dignidade da Pessoa Humana; Efetividade do Processo; Processo Socialmente Efetivo; Acesso à Justiça.

## **ABSTRACT**

This study is based on the research of both Philosophy and Civil Procedural Rights. It is known that the greater principle of rights lies on either intuition or awareness of Love and respect to our neighbor. And because of this, the principle of mankind's Dignity for its rights in every Nation is of great importance these days. The State should provide social structure in order to have a full development of the person's dignity whereas Judiciary, as social institution, is responsible to defend people's liberties through equal opportunities on a civil process with easy procedures and simplified methods which suit the needs of those who have got the rights, and does justice to the proper result of an efficient jurisdictional tutelage. The present study is based on the bibliographic, analytical and hermeneutical research to prove that Brazilian State's neglect towards its people has made the full development of their Dignity difficult and also the major role of justice before mankind and its dignity once nobody has got complete knowledge of their own rights. Therefore, there is a compelling need of a civil education about everyone's rights and information on institutions in order to break down the barriers which separate people from their civil defenders.

**Key words:** Love and Respect to our Neighbor; Person's Dignity; Effectiveness of the Process; Social Aim of the Process; Access to Justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
1. Apresentando o Tema.....	15
2. Caminho Metodológico da Pesquisa .....	16
3. Propostas da Filosofia da Instrumentalidade do Processo.....	19
<b>CAPÍTULO I – O HOMEM E O DIREITO</b> .....	23
1. Fenomenologia Jurídica.....	23
2. Direito Subjetivo .....	34
3. A Moral e o Direito .....	41
<b>CAPÍTULO II - A PESSOA HUMANA E A SUA DIGNIDADE</b> .....	57
1. A Dignidade da Pessoa Humana .....	57
2. Aplicação da Igualdade entre os Homens.....	79
3. O Direito Natural ou Direito da Pessoa Humana .....	92
4. Crítica ao Direito Positivo e ao Positivismo Jurídico.....	113
<b>CAPÍTULO III – A JUSTIÇA DO AMOR</b> .....	152
1. A Teoria da Justiça da Filosofia da Instrumentalidade do Processo .....	152
2. A Justiça do Amor .....	157
3. A Justiça Natural e Justiça do Amor .....	242
<b>CAPÍTULO IV – DIALÉTICA NATURAL DA FILOSOFIA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO</b> .....	267
1. Discurso sobre a Natureza e o Homem Natural .....	267
2. As Diferenças entre o Homem Sábio e o Homem Instruído .....	289
3. O Homem Justo e o Homem Injusto .....	323
4. O Juiz Natural (Nato) e as Virtudes e os Vícios Humanos .....	341
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	362
<b>RECOMENDAÇÕES</b> .....	369
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	371



## INTRODUÇÃO

Este estudo encontra-se na linha de pesquisa da Filosofia e do Direito Processual Civil. Partiu-se da idéia de que o princípio maior do Direito reside na intuição ou na consciência de Amor e de Respeito ao Próximo (TELLES JÚNIOR: 2002).

Destarte, acredita-se que é grande a importância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana para as Constituições dos diversos Estados Democráticos.

O estudo da *Filosofia da Instrumentalidade do Processo* chama a atenção para as conseqüências que ocasionaram o distanciamento do Homem da Natureza, pois, quando afastou-se dela também se perdeu, corrompeu-se, afastou-se da igualdade, como também das virtudes, e passou a fazer mau uso da sua vontade e da sua liberdade ao estabelecer diferenças entre ele e os seus semelhantes.

Há também que se destacar que no momento em que o Homem afastou-se do seu estado natural e da sua inocência natural igualmente se distanciou das virtudes. Passou, entretanto, a valorizar os vícios, a afastar-se da liberdade e a valorizar a escravidão, a afastar-se da bondade e a valorizar a maldade, a afastar-se da justiça e a valorizar a injustiça.

Em decorrência disso, o Homem passou a desvalorizar as leis da Natureza e surgiu a necessidade de criar as suas próprias leis para fazer impor sua vontade e sua força sobre os que estavam sob o seu domínio para assegurar suas conquistas.

O Homem criou algumas leis para controlar o estado de guerra social e outras para impor a guerra e a escravidão mediante a alegação de paz, de liberdade e de segurança. A partir disso, muitos Homens passaram a viver em sociedade desprovidos de liberdade, de igualdade e de Dignidade.

Conseqüentemente, a justiça, tão mansa e pacífica em seu estado original, tornou-se uma fera temível pelos mais fracos e oprimidos e um escudo de defesa para os fortes e bem articulados.

Em decorrência disso, quando o Homem afastou-se da Natureza, tornou-se mau e corrupto. Contudo, o discurso sobre a Natureza e o Homem natural aponta o caminho para que o ser humano consiga retornar ao seu estado de natureza e a sociedade também se aproxime das leis naturais, da justiça natural, da Dignidade individual de cada Pessoa Humana e do seu estado natural.

Perante tais premissas, pode-se questionar: “A lei respeita a Dignidade da Pessoa Humana ou a trata como objeto? Não seria o Homem escravo da vontade da lei e da vontade do legislador? Se o *juiz*, ao aplicar a lei, prefere primeiro conferir coerência ao sistema legal, mesmo sendo incoerente com a Dignidade da Pessoa Humana, em que se beneficia a Pessoa Humana desse mesmo sistema? Em que medida deve prevalecer a Teoria da Tripartição dos Poderes se a sua concretização demonstra um desvirtuamento e uma corrupção dos Poderes do Estado em prejuízo da Dignidade da Pessoa Humana?”

A fim de responder às questões acima, colocou-se como objetivo deste estudo: verificar se o Amor e o Respeito ao Próximo aproxima a justiça da Dignidade Humana ao plano real e analisar diferentes fontes bibliográficas com a intenção de se observar as dificuldades existentes entre a práxis do direito e o distanciamento teórico do sistema legal da realidade social e, principalmente, do Respeito da Dignidade individual de cada Pessoa Humana.

Para atingir tais objetivos, buscou-se metodologicamente o levantamento bibliográfico e descortinou-se desde os textos bíblicos aos jurídicos e uniu-se a vivência à busca aprofundada da interpretação hermenêutica embasada ao não se restringir apenas ao campo semântico das palavras. Buscou-se, portanto, o Homem como o *locus* desta pesquisa.

O tema em estudo justifica-se primeiro pela necessidade de um profundo aprimoramento do caráter do Homem rumo à prática das virtudes e, acima de tudo, do Amor e

da bondade para que se concretize uma justiça facilmente reconhecida pelos entendidos e pelos não entendidos acerca das teorias da justiça.

O trabalho pretende beneficiar a sociedade e o povo brasileiro ao tecer argumentos em busca de um caminho para que a ordem jurídica e a justiça por ela emanada deixem de estar distantes da bondade e do respeito à Dignidade da Pessoa Humana e também trazer para a PUC-SP o benefício de tornar realidade o ideal de reconhecimento de justiça pelo próprio povo brasileiro.

Mediante tais pressupostos aspira-se, inclusive, por um sistema de justiça que satisfaça aos anseios populares e, por essa razão, há a necessidade de se acrescentar à PUC-SP o desenvolvimento do estudo que se dedica em tornar prático o ensino teórico acerca das virtudes humanas e, simultaneamente, encontrar um meio para afastar os vícios humanos da postura assumida pelos aplicadores da lei, os quais obscurecem a liberdade, a igualdade e a Dignidade do povo brasileiro para que não paire qualquer dúvida sobre a existência de uma clara e boa justiça decorrente do sistema legal oferecido pelo seu Estado.

Aproveita-se o momento para exprimir os mais sinceros agradecimentos ao CNPQ por ter proporcionado a dedicação exclusiva a este estudo.

Dessa forma, explana-se a divisão desta pesquisa em capítulos. No primeiro capítulo, (*O Homem e o Direito*), o estudo debruça-se sobre três temas principais, a saber:

- (1) A Fenomenologia Jurídica;
- (2) O Direito Subjetivo;
- (3) A Moral e o Direito.

A importância de se iniciar a análise através da Fenomenologia do Direito faz-se notar para que haja a compreensão de que somente alguns relacionamentos humanos participam do universo jurídico e estes vão adentrando nas leis conforme a sua importância e relevância para o Homem e seus interesses em relação aos bens da vida.

Alguns relacionamentos adentram mais rapidamente no mundo jurídico, enquanto outros demoram mais tempo para chamar a atenção do Direito. O fenômeno jurídico ocorre quando o fato social ou o relacionamento humano adentram no campo de estudo e de tutela do Direito.

A importância de se expor algumas principais noções sobre o significado de Direito Subjetivo deve-se ao fato da grande relevância destas para o Direito desde os tempos antigos.

O Direito Subjetivo foi a forma que se encontrou de conceder posições ou situações de vantagem ou desvantagem a determinados sujeitos em relação aos seus bens, interesses e relacionamentos na vida corriqueira em sociedade.

A relevância de se abordar o relacionamento da Moral com o Direito também se mostra necessária devido ao fato de que muito do conteúdo deste encontra-se ligado àquela, sendo freqüente a exposição do relacionamento existente entre ambos para se iniciar o estudo da Ciência do Direito.

No segundo capítulo (*A Pessoa Humana e a sua Dignidade*), o estudo propõe-se a desenvolver os seguintes temas:

- (1) A Dignidade da Pessoa Humana;
- (2) Aplicação da Igualdade entre os Homens;
- (3) O Direito Natural ou Direito da Pessoa Humana;
- (4) Crítica ao Direito Positivo e ao Positivismo Jurídico.

Estuda-se o tema da Dignidade da Pessoa Humana e detém-se a examinar a importância jurídica da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro tanto no plano formal como na concretude do plano material.

Além disso, o estudo compreende que a Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro deve ser entendida em dois sentidos:

a) *no sentido patrimonial da dignidade da pessoa humana*, ou seja, ter para ser digno em sociedade;

b) *no sentido existencial da dignidade da pessoa humana*, ou seja, ser livre e igual para ter Dignidade em sociedade.

Ainda nesse capítulo desenvolve-se o tema da aplicação da Igualdade entre os Homens através de um caminho filosófico que procura um equilíbrio entre os desiguais, uma igualdade que não entristeça àquele que vai ser diminuído e não cause uma excessiva alegria àquele que será aumentado na balança da justiça em busca do equilíbrio igualitário.

Em seguida, o estudo detém-se a argumentar que o Direito Natural pode ser sinônimo de Direito da Pessoa Humana e que, intuitivamente, *o Movimento da Instrumentalidade do Processo*, por conscientemente se opor ao Direito Positivo, harmoniza-se com o Direito Natural, aqui também compreendido como o Direito da Pessoa Humana.

Posteriormente, finaliza-se este capítulo, que enfatiza a Dignidade da Pessoa Humana, com os seguintes argumentos: da dificuldade prática encontrada no Direito Positivo e no modo de aplicá-lo e de efetivá-lo através do Positivismo Jurídico faz nascer a falta de respeito à Dignidade da Pessoa Humana pois, devido ao excessivo valor que se dá à legalidade, acaba por ser a lei a finalidade última do Direito.

A Pessoa Humana não pode ser o meio, ou objeto do Direito, porque o correto é a lei ser o meio, ou o instrumento, a serviço da Dignidade da Pessoa Humana, fim último do Direito.

O descomprometimento do Positivismo Jurídico com a norma de justiça também evidencia a desnecessidade do sistema legal para a vida em sociedade quando as decisões judiciais tornam-se violadoras da Dignidade da Pessoa Humana e colocam-se a serviço da ordem jurídica decorrente de uma Constituição e de um Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo (*A Justiça do Amor*), o estudo dedica-se a três temas principais:

(1) à *Teoria da Filosofia da Instrumentalidade do Processo*, a qual é introduzida no capítulo assinalando que o seu estudo desenvolve um conceito de justiça aliado ao de Amor e Respeito ao Próximo e que este representa o critério utilizado para a construção de uma teoria da justiça que se apresenta no âmago de todo o estudo;

(2) à chamada *justiça do amor*, que revela a necessidade de mudança nos critérios de julgamento e aponta a enorme distância que existe entre as metas e fundamentos contidos na Constituição Federal e na realidade da sociedade brasileira;

(3) ao encerramento do estudo sobre a *justiça do amor*, que ocorre com a explanação da *justiça natural*, na qual o estudo sustenta a necessidade da justiça humana aproximar-se da justiça divina para que os resultados sejam mais evidentes e práticos.

Nesse último tópico, sustenta-se que a justiça humana está enraizada na impiedade, na violência, na maldade, na corrupção e na burocracia e, por isso, os resultados decorrentes dessa situação são marcados por escândalos, injustiças e infortúnios.

No quarto capítulo (*Dialética Natural da Filosofia da Instrumentalidade do Processo*) são abordados os seguintes temas:

- (1) Discurso sobre a Natureza e o Homem Natural;
- (2) As Diferenças entre o Homem Sábio e o Homem Instruído;
- (3) O Homem Justo e o Homem Injusto;
- (4) O Juiz Natural (nato) e as Virtudes e os Vícios Humanos.

Desenvolve-se um discurso acerca do afastamento do Homem dos seus impulsos naturais e dos impulsos da Natureza.

Sustenta-se que é melhor se aconselhar com a Natureza, a qual nunca mente (ROUSSEAU, 1750), do que se apoiar em preconceitos e conhecimentos que o afastam da sabedoria e da inocência e produzem falsos julgamentos decorrentes de falsas opiniões acerca das coisas e da condição do Homem.

Em seguida o estudo aponta algumas diferenças entre o *Homem sábio* e o *Homem instruído*, sustentando que muitos são os Homens instruídos, enquanto poucos são os Homens sábios, e que a sabedoria provém da prática das virtudes.

O Homem sábio é o que está no caminho de retorno, no estado de Natureza, pois quando ele pratica as virtudes também se harmoniza com seus semelhantes e com toda a Natureza e, com essa atitude, ele obtém sucesso.

Enquanto o Homem instruído é aquele que conhece a teoria a respeito das virtudes, mas não as pratica e não as experimenta em suas atitudes diárias, pois o conhecimento que ele obtém, por ser teórico, provém do ócio e de outros vícios humanos que fazem com que assumam uma postura não virtuosa perante os seus semelhantes e com o mundo ao seu redor.

Nesse ponto, o estudo também se detém em tecer noções acerca do caráter e da postura que caracterizam um *Homem justo* e o seu oposto, um *Homem injusto*, para que fique mais clara a visualização do que realmente se vê nos dias atuais ao redor de cada Pessoa Humana em razão do abismo criado entre a *ordem natural* e a *ordem humana*.

Por fim, o estudo completa-se com o argumento de que a dificuldade prática da justiça encontra-se no fato de que muitas vezes o julgador não possui o *talento* e o *dom* para julgar com facilidade, sensibilidade, sabedoria e naturalidade e essa situação ocasiona um desvirtuamento no caráter da justiça e a supervalorização das leis materiais e processuais como forma de apoio para aqueles juízes, que ocupam lugares que não lhe são devidos pelas forças naturais, mas que lhe correspondem mediante aos injustos e obscurecidos critérios humanos.

Cumpra também, informar que o *juiz natural* mencionado neste trabalho é o *juiz nato*, sendo este o que recebeu gratuitamente o dom e desfruta e exercita do talento que a Natureza concedeu praticando julgamentos justos com simplicidade e facilidade. Portanto, nesse sentido, o *juiz natural* é aquele que espontaneamente consegue exercitar o dom da julgar e ministrar justiça.

## 1. Apresentando o Tema

O presente estudo aposta na transformação do caráter humano como vetor para a modificação da vida social e dos sistemas políticos e jurídicos. Nesse sentido, a efetividade da Constituição Federal não será capaz de respeitar a Pessoa Humana e a sua Dignidade com plenitude, porque o texto maior traz em si contradições que violam esse valor na vida em sociedade e, principalmente, frente ao sistema legal como, por exemplo, embora a lei garanta que todos são iguais, alguns possuem o foro privilegiado de julgamento e essa situação provoca uma desigualdade externa e interna entre os Homens pois, além de criar uma desigualdade nos planos real, físico e material, estabelece também uma desigualdade que faz com que uns sintam-se e considerem-se superiores a outros.

Essa postura assumida pelo Legislador Constituinte, e consagrada no texto constitucional, demonstra a valorização de vícios no caráter humano, tais como: o egoísmo, a vaidade e a soberba. Com isso, explicitamente, o texto maior mostra-se também violador da igualdade entre as Pessoas Humanas, as quais vivem sob a égide dessa mesma lei, e da *Dignidade do povo brasileiro*, porque criam injustiças, distinções e facções entre os Homens.

Por esse motivo, o estudo convida o Homem a refletir acerca da seguinte situação: os bons e nobres valores consagrados no texto maior e em outros diplomas legais mostram-se claros e simples porque são óbvios aos olhos dos Homens bons, mas obscuros e complexos aos olhos dos Homens maus, os quais possuem dificuldade em demonstrar Amor e Respeito à Pessoa Humana sem a existência de uma ordem rígida e impositiva na convivência diária de uns com os outros.

Quando houver o efetivo Respeito de uns para com os outros na convivência humana, será desnecessária uma lei maior que consagre os nobres ideais de justiça, de paz, de igualdade e de fraternidade, pois não será preciso consagrar o que resplandece e verifica-se com facilidade.

No plano formal, a consagração desses valores são decorrentes da ausência destes na vida cotidiana e da dificuldade de implementá-los no plano real.



## 2. Caminho Metodológico da Pesquisa

O estudo utilizou os seguintes procedimentos metodológicos: o método misto (dedutivo-indutivo) como forma de procedimento geral de raciocínio utilizado, pois em alguns casos partiu-se do raciocínio geral em direção ao raciocínio particular para formar uma opinião pessoal; em outras situações, partiu-se de um raciocínio particular e pessoal em direção a um raciocínio geral já estabelecido como suporte.

Este ora proporcionava uma concordância necessária para a argumentação, ora proporcionava uma discordância útil à tendência da argumentação, os quais conduziram o estudo rumo às considerações finais. Contudo, partiu-se do método hermenêutico sem se deter na semântica das palavras.

O estudo também percorreu procedimentos prevalentemente teóricos e históricos mediante a coleta de textos jurídicos em diferentes bibliotecas na cidade de São Paulo. A saber:

- (a) Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;
- (b) Biblioteca da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo;
- (c) Biblioteca do Tribunal Regional Federal de São Paulo.

Além das leituras, meditações e hermenêuticas de obras jurídicas e documentos bíblicos que trouxeram inspirações necessárias para o engrandecimento do estudo.

Como procedimento técnico, as audiências às bancas de defesa de mestrado e de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo referentes ao Direito Civil, Processual Civil, Direito do Consumidor, Processos Coletivos, e Direitos Constitucionais foram utilizadas para colher dados no campo empírico.

Os conhecimentos adquiridos durante as aulas também contribuíram com o desenvolvimento do estudo e do senso crítico presentes na argumentação.

As disciplinas obrigatórias e facultativas do curso de mestrado pela PUC-SP foram as seguintes:

(a) Filosofia do Direito (Professor Dr. Gabriel Benedito Isaac Chalita)<sup>1</sup>; (b) Teoria Geral do Direito (Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte)<sup>2</sup>; (c) Processo Civil na Constituição Federal (Professor Dr. Nelson Nery Júnior)<sup>3</sup>; (d) Direito das Relações de Consumo (Professora Dr<sup>a</sup>. Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi)<sup>4</sup>; (e) Relações Jurídico-Privadas e a Dignidade da Pessoa Humana (Professor Dr. Renan Lotufo)<sup>5</sup>; (f) Teoria Geral

<sup>1</sup> Nessa disciplina o estudo da obra *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, colaborou com a utilização do pensamento do filósofo no decorrer estudo.

<sup>2</sup> As leituras indicadas das seguintes obras também contribuíram para a construção do estudo, a saber: (a) Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149-196; (b) Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 9. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004; (c) Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 10. ed., Tradução Maria Celeste Leite dos Santos, revisão técnica de Cláudio de Cicco com a apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, UNB, 1999; (d) Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 49-114; (e) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 175-221.

<sup>3</sup> A leitura da obra de Nelson Nery Júnior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, e o magistério do ilustre professor, autor da mencionada obra, forneceram elementos para o aprendizado e compreensão do Direito Processual Civil frente à Constituição Federal de 1988. As consultas às obras do Ilustre Professor Nelson Nery Júnior, que são (a) *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, (b) *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 e (c) *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, também contribuíram com a elaboração do estudo.

<sup>4</sup> A parte material das aulas sobre o Direito do Consumidor facilitou o conhecimento do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

<sup>5</sup> As aulas do Ilustre Professor Renan Lotufo propiciaram a discussão sobre a ênfase que se deu ao estudo acerca da dignidade da pessoa humana, o qual foi inovadoramente assumido em dois sentidos: (a) sentido patrimonial (ter para ser digno) e (b) sentido existencial (ser para ter dignidade). As duas frases em destaque foram expostas primeiramente ao Ilustre Ministro José Carlos Moreira Alves em uma rápida conversa no XXVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), nos dias 24, 25, e 26 de maio de 2007, em São Paulo. Na ocasião, expliquei ao Prezado Ministro a minha intenção de sustentar o sentido patrimonial da dignidade da pessoa humana dizendo-lhe que “é preciso ter para ser” na vida em sociedade e ele me respondeu que certamente existia uma necessidade patrimonial, embora, segundo ele, provavelmente eu poderia ser muito criticada, pois hoje prevalece o entendimento que segue o rumo de distanciar a dignidade da pessoa humana do patrimônio, lembrando, Jorge Miranda. Contudo, ele no final afirmou que um bom exemplo é citar a importância assumida, na atualidade, pelas indenizações por danos morais, fato que confirma a frase “é preciso ter para ser digno”. As indicações bibliográficas pelo Ilustre Professor Renan Lotufo para a disciplina também contribuíram com o desenvolvimento do estudo, a saber: (a) Joaquim Arce Flores-Valdes, *El Derecho Civil Constitucional*, Madrid: Ed Cuadernos Civitas, 1991; (b) Franz Bydlinski, *Diritto, Metodo e giurisprudenza, estratto Riv. Vita Notarile, esperienze giuridiche*, Palermo: Giuridiche Buttitta, n. 1, 1994, p. 03-30; (c) Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*: São Paulo: Renovar, 2002, Parte II, Capítulo IV a VI; (d) Antônio Junqueira de Azevedo, *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, Revista dos Tribunais, n. 91, vol. 797, mar. 2002; (e) Pietro Perligieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007. (f) Franco Modugno, I “*Nuovi Diritti*” nella giurisprudenza costituzionale, Torino: G. Giappichelli, 1995, p. 9-19, 87-108. (f) Ingo Wolfgang Sarlet (org), *O novo código civil e a Constituição*, 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

das Obrigações (Professora Dr<sup>a</sup>. Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery)<sup>6</sup>; (g) Tutela dos Direitos Coletivos: Fundamentos e Efetividade (Professora Dr<sup>a</sup> Regina Vera Villas Bôas)<sup>7</sup> e (h) Aspectos Relevantes da Tutela individual e coletiva do Consumidor (Professora Dr<sup>a</sup>. Patrícia Miranda Pizzol)<sup>8</sup>. O estudo da Filosofia da Instrumentalidade do Processo situa-se na pesquisa da Filosofia e do Direito Processual Civil. Em específico, a pesquisa debruça-se na área do Direito Processual Civil para o conhecimento do pensamento metodológico da Instrumentalidade do Processo.

<sup>6</sup> As aulas da Ilustríssima Professora Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery contribuíram para o desenvolvimento dos temas (a) Fenomenologia Jurídica e (b) Direito Subjetivo, pois apresentei o seminário sobre o tema Fenomenologia Jurídica e um artigo científico sobre o mesmo assunto em que o tema Direito Subjetivo constava em um dos tópicos do estudo. O seminário oral e o artigo escrito apresentados eram obrigatórios para aprovação na disciplina, a qual foi obtida com sucesso. As obras da Ilustre Professora Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery também foram utilizadas no estudo na forma de consultas, leituras e citações no corpo do texto: (a) *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção): uma análise histórica e cultural*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004. (b) *Idéias do mundo antigo: equação do justo e o direito de obrigações*. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, ano 5, out./dez., 2004, p. 13. (c) Dano Moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, ano 6, p. 11-21, jan./mar., 2005. (d) *Trabalho escrito em homenagem à Eminente Professora Doutora Maria Garcia*. As indicações bibliográficas para leituras obrigatórias e facultativas exigidas no curso da disciplina também serviram de elementos para a construção do estudo: (a) Fernand Braudel, *Gramática das civilizações*, tradução de Antônio de Pádua Danesi e revisão da tradução Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2004; (b) Paul Roubier. *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris: Dalloz, 1963; (c) Torquato Castro, *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985; (d) Guisepppe Lumia, *Elementos de teoria e ideologia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006; (e) Clóvis Couto Silva, *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

<sup>7</sup> As indicações bibliográficas para a disciplina serviram de apoio para a elaboração do estudo, tais como: (a) Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005; (b) Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. (c) Ricardo Luiz Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*. Tradução brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. As obras de Cláudia Lima Marques, indicadas para leitura no curso da disciplina, também deram apoio ao estudo. São elas: (a) *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; (b) *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, jul/set., 2004; (c) Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao código de defesa do consumidor*: arts. 1.º-74.º – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>8</sup> Algumas indicações bibliográficas para as aulas dessa disciplina também contribuíram com o desenvolvimento do estudo, tais como: (1) Ada Pellegrini Grinover: (a) *O processo em evolução*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998; (b) *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007; (c) *O anteprojeto de código modelo de processos coletivos para Ibero-América*; (2) Pedro Lenza, *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; (3) Rodolfo de Camargo Mancuso: (a) A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 782, dez. 2000, p. 30; (b) *Manual do consumidor em juízo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2006; (4) Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2007; (5) Kazuo Watanabe: (a) *Código brasileiro de defesa do consumidor (artigos 81-90 e 101-102)*. 8. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2005. (b) *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007; (6) Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008; (7) José Roberto dos Santos Bedaque: (a) *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006; (b) *Poderes instrutórios do juiz*, 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

### 3. Propostas da Filosofia da Instrumentalidade do Processo

A *Filosofia da Instrumentalidade do Processo* acrescenta ao pensamento instrumentalista algo que ele não contém.<sup>9</sup> Por exemplo, a Filosofia da Instrumentalidade do Processo relaciona a *justiça do amor* e o *juiz natural* (nato) com a Instrumentalidade do Processo. O conhecimento da Filosofia da Instrumentalidade do Processo não foi obtido pela decomposição ou derivação do conhecimento instrumentalista do processo e não se limita a explicá-lo. Em outras palavras, alguns conceitos e princípios são estranhos ao conhecimento instrumentalista processual embora estejam implicitamente enlaçados, pois o espírito do pensamento instrumentalista do processo (ou Efetividade do Processo) serve como apoio prático e teórico ao estudo filosófico aqui desenvolvido.

A Filosofia da Instrumentalidade do Processo não se propõe a decompor o conhecimento instrumentalista do processo, bem como a concordar ou a discordar deste, mas se propõe a construir um conhecimento com bases filosóficas, demonstrando que alguns elementos essenciais da justiça e do Direito intuitiva e conscientemente se mostram presentes na ideologia instrumentalista do processo. Os elementos que se associam à proteção e violação da Dignidade da Pessoa Humana podem ser comprovados pela experiência, através da realidade social e do modo de aplicação das leis decorrentes da cultura jurídica e do sistema legal. Porém, alguns elementos essenciais da justiça que serão

---

<sup>9</sup> Emmanuel Kant, *Crítica pura da razão*. Trad. Rodrigues de Mereje. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.], p. 34-35, estabelece diferenças entre os juízos analíticos e os juízos sintéticos dizendo: “Em todos os juízos em que se concebe a relação de um sujeito com um predicado (considerando só os juízos afirmativos, pois nos negativos é mais fácil de fazer, depois, a aplicação), esta relação é possível de dois modos: ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo nele contido (de um modo tácito), ou B é completamente estranho ao conceito A, se bem que se ache enlaçado com ele. No primeiro caso chamo ao juízo analítico, no segundo, sintético. Os juízos analíticos (afirmativos) são, pois, aqueles em que o enlace do sujeito com o predicado se concebe por identidade; aqueles, ao contrário, cujo enlace é sem identidade, devem chamar-se juízos sintéticos. Poder-se-ia também denominar os primeiros de juízos explicativos e, aos segundos, de juízos extensivos, pelo motivo de que aqueles nada aditam ao sujeito pelo atributo apenas decompondo o sujeito em conceitos parciais compreendidos e concebidos (ainda que tacitamente) no mesmo, enquanto que, pelo contrário, os últimos acrescentam ao conceito do sujeito um predicado que não era de modo algum pensado naquele e que não se obteria por decomposição”.

abordados no decorrer do estudo não podem ser facilmente submetidos à experiência, e não são provados porque estão situados num plano supra-sensível<sup>10</sup> (ou supersensível ou extra-sensorial). Por essa razão, os temas seguintes podem ser negados ou afirmados com facilidade<sup>11</sup>: *Deus*, a *Justiça Natural*; o *Direito Natural*; o *Juiz Natural* (nato); o *Homem Natural*; a *Justiça do Amor* e a *Sociedade Natural*.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Conforme Emmanuel Kant, em *Crítica pura da razão*, à p.30-31: “certos conhecimentos por meio de conceitos, cujos objetos correspondentes não podem ser fornecidos pela experiência, emancipam-se dela e parece que estendem o círculo de nossos juízos além dos seus limites. Precisamente nesses conhecimentos, que transcendem ao mundo sensível, aos quais a experiência não pode servir de guia nem retificação, consistem as investigações de nossa razão, investigações que por sua importância nos parecem superiores, e por seu fim muito mais sublimes a tudo quanto a experiência pode apreender no mundo dos fenômenos; investigações tão importantes que abandoná-las por incapacidade, revela pouco apreço ou indiferença, razão pela qual tudo intentamos para as fazer, ainda que incidindo em erro. Esses inevitáveis temas da razão pura são: Deus, liberdade e imortalidade. A ciência cujo fim e processos tendem à resolução dessas questões denomina-se Metafísica. Sua marcha é, no princípio, dogmática; quer dizer, ela enceta confiadamente o seu trabalho sem ter provas na potência ou impotência de nossa razão para tão grande empresa. Parecia, no entanto, natural que, ao abandonar o terreno da experiência, não construíssem imediatamente um edifício com conhecimentos adquiridos sem saber como, ou sobre o crédito de princípios cuja origem ignoramos. E sem haver assegurado, antes de tudo, mediante cuidadosas investigações, acerca da solidez do seu fundamento. Pelo menos antes de o construir, deveriam ter apresentado estas questões: Como pode a inteligência chegar aos conhecimentos “a priori”? Que extensão, legitimidade e valor podem ter?”

<sup>11</sup> Conforme Emmanuel Kant, *op. cit.*, p. 45-46: “De tudo o que precede resulta, pois, a idéia de uma ciência particular que pode chamar-se “crítica da razão pura”, por ser a razão a faculdade que proporciona os princípios do conhecimento “a priori”. Razão Pura é, por isso, a que contém os princípios para conhecer algo absolutamente “a priori”. Um órgão da razão pura seria o conjunto de princípios mediante os quais todos os conhecimentos “a priori” poderiam ser adquiridos e realmente estabelecidos. A aplicação extensa de tal órgão produziria um sistema da razão pura. Mas como isto seria exigir demasiado e como fica ainda por saber se a extensão de nossos conhecimentos é possível, e em que casos, podemos considerar a ciência do simples juízo da razão pura de suas partes e limites, como a propedêutica para o sistema de razão pura. Uma tal ciência não deveria denominar-se doutrina, mas somente “crítica da razão pura”: sua utilidade, desde o ponto de vista especulativo, seria puramente negativa e não serviria para ampliar nossa razão, senão para a emancipar de todo erro, o que já não é pouco. Chamo transcendental todo conhecimento que em geral se ocupe, não dos objetos, mas da maneira que temos de conhecê-los, tanto quanto possível “a priori”. Um sistema de tais conceitos denominaria “Filosofia Transcendental”. Mas esta filosofia é demasiada para começar, porque deve conter todo o conhecimento, tanto o analítico como o sintético “a priori”, e se estenderia muito além do que corresponde ao nosso plano”.

<sup>12</sup> Na explicação de Emmanuel Kant, *op. cit.*, p. 42-43: “A metafísica é real, senão como ciência feita, pelo menos em sua disposição natural (*Metaphisica naturalis*), porque a razão humana, sem que esteja movida por uma vaidade de onisciência, senão simplesmente estimulada por uma necessidade própria, marcha sem descanso algum para questões que não podem ser resolvidas pelo uso empírico da razão, nem por princípios que dela emanem. Isso sucede realmente a todos os homens, logo que a sua razão começa a especular; por isso a Metafísica existiu e sempre existirá onde esteja o homem. De tal modo a nossa questão é agora: como é possível a metafísica como disposição natural? Quer dizer: como nascem da natureza da razão humana universal essas questões, que a razão pura formula e que por necessidade própria se sente impulsionada a resolver? Mas como todos os ensaios até hoje para resolver essas questões naturais (por exemplo: a de saber se o mundo teve princípio, ou se é eterno, etc.) têm encontrado contradições inevitáveis, não podemos contentar-nos com a simples disposição natural para a metafísica, qualquer que seja; senão que deve ser possível chegar com ela a uma certeza ou ignorância dos objetos e poder afirmar algo sobre os objetos dessas questões ou sobre a potência da razão, e, por conseguinte, a estender com confiança seu poder ou colocá-la em limites seguros e determinados.”

A Filosofia da Instrumentalidade do Processo também utiliza os conhecimentos de diversas áreas do Direito, como a do Direito Civil, do Direito Constitucional, do Direito Processual Civil, Direito Penal, Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, que estão presentes no corpo e nas notas do texto na forma de exemplos, conceitos e pensamentos de outros autores.

Contudo, o espírito do estudo consagra-se com os conhecimentos extensivos, porque os que serão demonstrados irão além dos pensamentos explicitados nos conceitos citados no desenvolvimento do estudo.

Num primeiro momento, a interdisciplinaridade pode parecer estranha ao tema, porém o motivo é relevante devido ao fato de o Homem e de seus relacionamentos serem as causas do fenômeno jurídico e, conseqüentemente, o modo de ser do Direito e de suas disciplinas influenciam no modo de ser da convivência em sociedade.

O comprometimento da Filosofia da Instrumentalidade do Processo é com a Verdade Suprema<sup>13</sup> e não com os autores que são contrários ao pensamento ora expressado. A Filosofia da Instrumentalidade do Processo desenvolve uma ponderação sensata que pode ser entendida como sendo um diálogo<sup>14</sup> interno consigo mesmo ou com outras pessoas, caracterizando

---

<sup>13</sup> Valendo-se das palavras de Rousseau: “Mas o que devo ao reconhecimento não me fará esquecer o que devo à verdade.” (Resposta ao Rei da Polônia, Duque de Lorena - Observações de J. Jacques Rousseau, de Genebra, sobre a resposta que foi dada ao seu discurso. In: *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 59). Utilizando ainda as palavras de Rousseau: “O autor de todas as coisas é a fonte da verdade; tudo conhecer é um dos seus atributos divinos. Logo, adquirir conhecimentos e estender luzes próprias é participar de alguma maneira da inteligência suprema. Nesse sentido louvei o saber”. (Resposta ao Rei da Polônia, Duque de Lorena - Observações de J. Jacques Rousseau, de Genebra, sobre a resposta que foi dada ao seu discurso. In: *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 60).

<sup>14</sup> Na explicação Hans Georg Gadamer, *Idéia do bem entre Platão e Aristóteles*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 97, chama-se dialética: “uma conversa com outras pessoas ou consigo mesmo”. Hans Georg Gadamer, *Idéia do bem entre Platão e Aristóteles*, p. 99, explica que “a objeção por meio da ponderação sensata e da sofística da paixão desempenha um papel especial”, que segundo Kant, é uma “dialética natural” (*Fundamentação de uma metafísica dos costumes*, p. 1). Deve-se observar, portanto, que a descrição do dialético não contém, aqui, apenas a palavra élenkhos (prova), conhecida desde os diálogos socráticos, mas também uma série de outras palavras encontradas nos diálogos posteriores e empregadas no contexto da caracterização da dialética: definir, abstrair, percorrer. Definir também é delimitar, ou seja, distinguir; esse significado encerra ainda o sentido de separar do intencionado tudo o que dele não faz parte (abstrahere) e, através de todas as distinções, percorrer o caminho até o final, isto é, alcançar o entendimento não apenas com os outros, mas consigo mesmo”.

também uma dialética natural<sup>15</sup> que se fundamenta na ordem interna das coisas, - na ordem proveniente das forças da Natureza-, e busca argumentos para se opor às leis rígidas do dever Moral e ao sistema legal com a finalidade de colocar em dúvida sua validade e a sua pureza.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Conforme Emmanuel Kant, *Fundamentação metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 38-39: “O homem sente em si mesmo um forte contrapeso contra todos os mandamentos do dever que a razão lhe representa como tão dignos de respeito: são as suas necessidades e inclinações, cuja total satisfação ele resume sob o nome de felicidade. Ora a razão impõe as suas prescrições, sem nada aliás prometer às inclinações, irremitentemente, e também como que com desprezo e menoscabo daquelas pretensões tão tumultuosas e aparentemente tão justificadas (e que se não querem deixar eliminar por qualquer ordem). Daqui nasce uma dialética natural, quer dizer uma tendência para opor razoados e subtilezas às leis severas do dever, para pôr em dúvida a sua validade ou pelo menos a sua pureza e o seu rigor e para fazer mais conformes, se possível, aos nossos desejos e inclinações, isto é, no fundo, para compará-las e despojá-las de toda a sua dignidade, o que a própria razão prática vulgar acabará por condenar. É assim pois que a razão humana vulgar, impelida por motivos propriamente práticos e não por qualquer necessidade de especulação (que nunca tenta, enquanto ela se satisfaz com a simples razão), se vê levada a sair do seu círculo e dar um passo para dentro do campo da filosofia prática. Aí encontra ela informações e instruções claras sobre a fonte do seu princípio, sobre a sua verdadeira determinação em oposição às máximas que se apóiam sobre a necessidade e a inclinação. Assim espera ela sair das dificuldades que lhe causam pretensões opostas, e fugir ao perigo de perder todos os puros princípios morais em virtude dos equívocos em que facilmente cai. Assim se desenvolve insensivelmente na razão prática, quando se cultiva, uma dialética que a obriga a buscar ajuda na filosofia, como lhe acontece no uso teórico; e tanto a primeira como a segunda não poderão achar repouso em parte alguma a não ser numa crítica completa de nossa razão”.

<sup>16</sup> Conforme Emmanuel Kant, na *Crítica pura da razão*, p. 186: “a filosofia terá seu valor quando a tomamos, não como doutrina, mas como crítica, que serve para prevenir os passos falsos dos juízos (“lapsus judicil”), no uso do pouco número de conceitos que possuímos.”

## CAPÍTULO I - O HOMEM E O DIREITO

### 1. Fenomenologia Jurídica

No Direito, as pessoas, as coisas (*res*-) e as ações humanas subordinam-se inteiramente a uma ordem de disposição que é própria dele e de suas disciplinas. A estrutura clássica da Teoria Geral de Direito Privado deu-se a partir de “pessoas”, “bens” e suas “relações”. O antigo provérbio romano, que significa que “todo direito adotado, é referente às coisas, às pessoas ou às ações” (*omne autem jus, quo utimur, vel ad Personas pertinet, vel ad actiones*), de Gaio (*Institutas, IV*), além de ter sido reproduzido pelas *Institutas* de Justiniano (*Digesto, I, 5, I e Institutas 1, 2,12*), serviu de base para elaboração do sistema clássico de Direito Privado: pessoas, bens e atos - atos de relações ou atos de relacionamentos.<sup>17</sup>

Nos comentários de Torquato Castro:<sup>18</sup>

Quando o jurisconsulto romano Gaius, nas suas *Institutas*, fundou a trilogia *personae - res - actione*, para definir toda a matéria de que se faz o direito, parece-nos claro que a esses elementos ele os via como componentes de uma ação única, que os empenhava na realização de um ethos específico, que é próprio só da normatividade jurídica. É verdade que esses mesmos elementos – as pessoas, as relações entre elas, as coisas ou bens da vida e as ações humanas- são a matéria *ex qua* do trato de outras ciências diversas das do direito, tal como a sociologia e a economia; mas é certo que o são por modo diverso, em cada caso, e segundo o objeto de cada uma dessas ciências.

<sup>17</sup> Cf. Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 283. No mesmo sentido: Rosa Maria Andrade Nery, *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção): uma análise histórica e cultural*, p. 196. Para Clóvis Couto e Silva. *A obrigação como processo*, 2006, p. 66: “A ciência atual diverge a respeito de como sucede o nascimento do direito e do dever, se à semelhança das ciências físicas ou naturais, o suporte fático é causa do direito subjetivo, ou apenas, sua condição. Para aqueles que entendem que o fato previsto pela norma não é propriamente causa do efeito jurídico, ou melhor, do que ocorre ou sucede no mundo do direito, já o processo de nascimento dos direitos e deveres não poderá ser representado com apoio nas leis das ciências naturais. Todavia, inclinamo-nos a considerar que o suporte fático seja condição para ingresso de efeitos jurídicos, pois a ciência do direito não pertence ao elenco das ciências da natureza” Na explicação de Torquato Castro. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*, p. 18: “O pensamento formal retira das tônicas do fenômeno jurídico os elementos que servem à ciência e, em outra ordem, à filosofia jurídica. Infere os modelos centrais: a bilateralidade das posições últimas dos sujeitos de direito; a teoria da relação ou situação jurídica; a teoria das posições dos sujeitos de direito da situação jurídica; o direito, o poder jurídico, o dever, a obrigação, o ônus; a pretensão, a ação judicial; a teoria dos atos jurídicos nas suas várias qualificações, os institutos jurídicos de toda espécie etc.”

<sup>18</sup> *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*, p. 60.



Deste esquema de Gaio surgiu o dito de Justiniano de que se deve antes conhecer as pessoas, para se conhecer um pouco do Direito. O pensamento de Justiniano de que “deve-se primeiro conhecer as pessoas e as ações para se conhecer o direito” (*qui bene nosset actiones totum jus nosse*), demonstra formas que servem ao exercício de direitos nos termos do esquema de Gaio que se harmoniza com o moderno ideal de Respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Este pensamento clássico é de grande importância, pois destaca a necessidade de se contemplar os relacionamentos humanos e a própria natureza humana para se construir o Direito. O Direito não pode contemplar-se a si mesmo; a ciência não é autocontemplativa, pois ela precisa evoluir. O Direito precisa olhar para as pessoas, para seus bens e suas relações e não para suas próprias conquistas teóricas.

A Ciência do Direito não pode alienar-se em técnicas ou em teorias e esquecer dos seres humanos e das relações humanas que são a essência do Direito, pois este serve aos Homens, enquanto a técnica serve a ele. O Direito que serve a técnica é imperfeito, enquanto o direito que serve os Homens é perfeito.

Por exemplo, a teoria de Kelsen e a filosofia de Aristóteles servem ao Direito com a intenção de atender aos Homens. Porém, se elas forem idolatradas impediram que outras teorias surjam como complemento. É preciso tê-las como inspiração para novos pensamentos. As teorias clássicas são combustíveis que dão energia a teorias contemporâneas; são caminhos traçados e abertos para novos caminhantes caminharem. A ciência que contempla a si mesma corre o risco de estagnar-se.

Na lição de Miguel Reale,<sup>19</sup> o Direito é um fato social que não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Em outras palavras, talvez haja uma sociedade sem o Direito (leis instituídas), porém não existirá o Direito se não houver sociedade.

---

<sup>19</sup> *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6.

Para Washington de Barros Monteiro<sup>20</sup>, “somos obrigados a viver uns ao lado dos outros e precisamos de regras de proceder, sem as quais haveria o caos.” Contudo, não são todos os fatos sociais, acontecimentos e relacionamentos humanos chamam a atenção do Direito. Por isso, somente são jurídicos os que adentram no mundo do Direito através das leis.

Existem relacionamentos que desde muito tempo adentraram no mundo jurídico, como o casamento, o qual desde o direito romano destaca-se no universo das leis. Enquanto, outros relacionamentos e acontecimentos vão ganhando espaço no mundo do Direito, no decorrer do tempo e no decorrer das evoluções civilizatórias, como é o caso dos direitos humanos, dos direitos difusos e coletivos, dos direitos do consumidor, dentre outros.

Por exemplo, é fácil notar que o Direito no Brasil e em outras nações tem-se mostrado atento: a) aos avanços tecnológicos (Internet, Transportes, Energia, etc.); b) aos avanços científicos (“clonagem humana e de animais”, “células-tronco”) e c) aos problemas ambientais (desmatamentos, extinção de espécies animais, lixo urbano, poluição do ar, etc.). Tornou-se de máxima importância que as normas jurídicas atualizem-se e dêem atenção à realidade para cumprirem a missão de coordenar a sociedade. Então, a modernização do mundo e a evolução civilizatória influenciam o universo do Direito e o conteúdo das leis, isto é, a fenomenologia jurídica.

O Direito “foi criado para proporcionar aos Homens mecanismos tutelares da boa vizinhança, confirmando a correlação dos três elementos: sociedade/Homens/direito. Assim sendo, todo o Direito é constituído por causa dos Homens (*hominum causa omnes jus constitutum sit*)”<sup>21</sup> e responde à necessidade de uma convivência humana harmônica e pacífica.

---

<sup>20</sup> *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 34. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002), São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.

<sup>21</sup> Cf. Sebastião José Roque. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed., São Paulo: Ícone, 2006, p. 35.

Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco<sup>22</sup> assinalam que o Direito exerce uma função ordenadora na sociedade, isto é “de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros”. A missão da ordem jurídica é a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas a fim de “ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste”.<sup>23</sup>

As leis colaboram com a organização da sociedade e, quando bem idealizadas, facilitam a convivência humana no ambiente social. No magistério de Goffredo Telles Júnior<sup>24</sup>:

[...] as leis formam extraordinários acervos de respostas, muitas vezes dadas pela experiência dos séculos, ou pela prudência dos legisladores, às perguntas que permanentemente fazemos, no decorrer simples de nosso viver quotidiano. Como casar? Como comprar um terreno? Como cobrar o que nos é devido? Como saldar um compromisso? Como fazer uma doação? Como aceitar uma doação? Como fazer um testamento? Quem é herdeiro? Que pena imputar ao delinqüente? Que circunstâncias atenuam ou agravam a punibilidade de um criminoso? - Vejam: a lei responde. As leis nos esclarecem, nos instruem, nos conduzem, nos aconselham. Quando queremos chegar a um determinado objetivo, as leis nos indicam o caminho. O que as caracteriza, antes de mais nada, é a sua natureza informativa, instrutiva, conselheira, pedagógica. Elas são feitas para servir as pessoas, e não para tiranizá-las. Elas são amigas do ser humano.

O Direito é mais um instrumento a serviço da vida humana e dos relacionamentos do Homem em sociedade do que uma finalidade da vida humana, por isso, é meio – instrumento - e não fim- finalidade-. Embora muitos o enxerguem como estrutura coercitiva, ele pode também ser visto como um sistema solidário ou ordem fraterna com o ser humano, porque viver conforme o direito não deve ser viver coagido. O comportamento quotidiano e livre dos seres humanos deve harmonizar-se, espontânea e naturalmente, com as inúmeras leis vigentes

---

<sup>22</sup> *Teoria geral do processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 25.

<sup>23</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>24</sup> *Palavras do amigo aos estudantes de direito: bocejos extra-curriculares, proferidos no escritório do Professor, em 2002*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira: 2005, p. 13.

e, mesmo sem conhecê-las, a tendência do comportamento habitual dos seres humanos é integrar-se com a ordem jurídica para que o direito seja legítimo.<sup>25</sup>

É natural que seres humanos aspirem por uma ordem jurídica realmente voltada para os bens superiores da vida (vida, liberdade de ir e vir, liberdade de manifestar o pensamento, liberdade de crença, igualdade de oportunidades, incolumidade física e Moral, intimidade, privacidade, etc.). As leis não são feitas para pessoas extraordinárias, mas para pessoas comuns que corriqueiramente se relacionam e vivem em sociedade (relações empresariais, relações civis, relações trabalhistas, relações de consumo, etc.).

As leis devem corresponder às inclinações naturais inerentes aos seres humanos situados em seu tempo e espaço e são instrumentos a serviço das pessoas. Por isso não podem ser confundidas com governos ditatoriais, ou governos de força<sup>26</sup>, que administram conforme interesses que não são gerais e deixam de lado a fonte mais importante do Direito: a convivência harmoniosa e pacífica entre os seres humanos.

As regras jurídicas carregam ideologias que oscilam no tempo e no espaço e, por isso, estão sujeitas aos sabores e aos dissabores da história. As idéias jurídicas e as normas jurídicas,

---

<sup>25</sup> Conforme Goffredo Telles Júnior, *op. cit.*, p. 14, “Eu bem sei que há quem sustente que a lei – o Direito em geral – é uma armação coercitiva. Tenho, porém, a convicção de que o Direito legítimo, expresso em suas leis, longe de ser um instrumento de opressão, é uma estrutura solidária com o ser humano. Eu pessoalmente, não tolero a coação. Creio que vocês também não a toleram. Confesso que eu teria abandonado o estudo do direito, se verificasse que o Direito é coativo. A vida não valeria a pena, se viver conforme o Direito fosse viver coagido. Lembremos que, quando agimos de acordo com nossa vontade, nossos afazeres quotidianos, estaremos, em regra, agindo de acordo com as leis. Dentro da ordem social, nosso comportamento habitual e livre se harmoniza, espontaneamente, com inúmeras leis, mesmo quando nem sequer as conhecemos. Em resposta aos que sustentam que a coação é da natureza das leis e é o que as define – porque só a coação, dizem, é a garantia, a segurança, do cumprimento delas –devo observar que a coação não é exercida pelas próprias leis. Ela é exercida, sim, mas não pelas leis: ela é exercida por quem é lesado pela eventual violação das leis. O lesado que exerce a coação, não a lei.”

<sup>26</sup> Na explicação de Goffredo Telles Júnior, *op. cit.*, p. 10-11: “Épocas existem – bem sei ! –, na história das nações, em que líderes logram apoderar-se do Poder para submeter a sociedade a uma ordem nova, mantida pelas forças armadas. Tristes tempos, estes! Costumam ser períodos históricos em que a Disciplina da Convivência se desvirtua, perde seu fundamento natural de respeito pela pessoa humana (e, portanto, de Amor pelo próximo), sendo substituída pela ordem do arbítrio, que é a ordem rude e primitiva dos ditadores. Nessas épocas, todas as espécies de violência são cometidas contra pessoas e entidades, em nome de bandeiras políticas sedutoras, como, por exemplo, a de “segurança e desenvolvimento”. Esquecido de sua verdadeira missão de meio a serviço das pessoas, o governo ditatorial administra a nação com cegueira para as necessidades vitais dos componentes da multidão. Com desalmada prioridade, os ditadores se voltam para o que eles pensam ser o que convém ao País, e que sempre termina sendo causa de cataclismo nacional. Estudantes queridos da minha Terra! Não se iludam com os pregoeiros de “governos de força”, “governos-providência”, que irrompem na política nacional e se apresentam como capazes de exterminar todas as calamidades que assolam o país.”

concebidas à luz de outra realidade histórica, impõem que sejam sempre revistas, pois as situações da vida são mais velozes do que a norma. Por isso, o Direito deve harmonizar-se com a realidade dos fatos de seu tempo para que não se torne obsoleto.

O Direito deve buscar alcançar o perfeito equilíbrio com o mundo do ‘*ser*’, fonte e razão de sua existência, e como ciência normativa deve estar atento à evolução da civilização que regula para que não se posicione fora da realidade. A sua fonte principal é a convivência humana, ou seja, os relacionamentos e os acontecimentos entre os seres humanos em sociedade.<sup>27</sup> Entretanto, para que seja legítimo, é preciso que atenda os anseios sociais para uma convivência plena e em paz.

Quanto aos elementos biológicos, éticos, racionais, históricos e culturais de uma civilização, estes formam o espírito das leis. Porém, as influências biológicas, psicológicas, fisiológicas, éticas, racionais e culturais não são prescrições normativas, mas fatores que contribuem para a formação do Direito. Devido a isso, a justiça que se forma torna-se relativa, convencional e variável conforme determinado tempo e espaço.

As influências éticas e racionais são representadas pelas elaborações da razão humana sobre a própria experiência de vida e dão origem a princípios e a valores que vão compor o espírito das leis, ao passo que as influências históricas e culturais são representadas pelo comportamento humano no tempo e no espaço e estas também contribuem com a modelagem do conteúdo das leis e com os deveres delas decorrentes.

---

<sup>27</sup> Nas palavras de Goffredo Telles Júnior, *op. cit.*, p. 3: “Em verdade, podemos até dizer que, durante todo o Curso numa Faculdade de Direito, só cuidamos de uma única disciplina: a Disciplina da Convivência Humana.” Nas observações de Torquato Castro. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*, p. 13: “Sem a existência do problema, nenhum direito se manifesta. E se se reduz o juiz à lógica dedutiva, corta-se o contato do direito com a realidade social. A norma legal não pode produzir além da decisão que nela contém em termos abstratos. Mas, se se ordena ao juiz que somente tome em consideração aqueles fatos jurídicos formais que aparecem na lei como suportes de eficácia, corre-se todo o perigo, inclusive o de não se proteger convenientemente os próprios interesses que a lei quis amparar. Acentuou o grande jurista americano Benjamin Cardozo que a mente do juiz é sempre o último caminho da justiça. Llewellyn observou que no processo judicial a apreciação e qualificação dos fatos têm importância decisiva, maior que a referência à norma pertinente. (Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, 1973). Não é a lógica formal que oferece o critério para a escolha entre as várias premissas possíveis. O juiz, ao julgar, não traz em mente qualquer lei de sua escolha- visto que, se o fizer estará comprometendo a sua função; mas sim, desce antes de tudo aos fatos, de onde colhe a orientação que a seu ver é justa.”

Das influências histórico-culturais surgem certos hábitos e costumes que lentamente vão adentrando no mundo do direito e dos valores culturais e político-jurídicos, os quais além de influenciarem no Direito Material também influenciam nos Processos. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco<sup>28</sup> afirma que:

[...] as premissas culturais e político-jurídicas da atualidade repelem, v.g., a distinção da eficácia probatória do testemunho, a partir do status societatis de quem o presta; repelem também o valor das provas legais de fundo supersticioso, que nos soam como pitoresca reminiscência do obscurantismo medieval [...]. Outra relevantíssima ilustração da afirmada infiltração de valores na vida dos processos é dada pelo modo prudente como os tribunais brasileiros dimensionaram o efeito da revelia: nem mesmo a intenção manifesta do legislador, em preceitos trazidos ao ordenamento positivo no corpo do Código de Processo Civil, foi capaz de determinar a aplicação rígida dessa rigorosíssima sanção processual, com as injustiças e distorções a que daria causa e sem o fiel cumprimento dos propósitos a que institucionalmente voltado o processo e o exercício da jurisdição [...].”

As transformações dos valores culturais e jurídico-políticos impõem revisitações dos institutos processuais como forma de redimensionar a justiça e garantir melhores resultados aos processos, atentando para o fato de que o mesmo fenômeno também se observa no direito Material. Conforme Cláudio Ari Mello<sup>29</sup>:

Mais recentemente, sobretudo a partir da catarse política e jurídica coletiva que se seguiu à Segunda Guerra, quando as concepções culturais de homem e sociedade tiveram de ser profundamente repensadas, a proteção da personalidade humana através de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados foi sintetizada pela concepção de dignidade da pessoa humana.

Torquato Castro<sup>30</sup> também lembra que

o direito é, em parte essencial, organização de interesses em que se fundam as necessidades vitais do homem. Não há aí, porém, a considerar tão-só o homem-natureza, como eram inclinados a pensar Cícero e os estóicos; mas também as cósmicas que lhe tocam e que dão estrutura natural ao mundo que o circunda e à sociedade em que vive (a propósito, Villey, *La formation de La pensée juridique moderne*, Paris, 1969). O direito não pode contradizer a todas essas coisas são em si.

<sup>28</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 24.

<sup>29</sup> Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a Constituição*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77.

<sup>30</sup> *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*, p. 4-5.

Contudo, segundo ele,

“Mas o momento do direito não é o da lei, e sim, o da existência humana. A lei alcança a existência somente como modo de referência, ou seja, de maneira análoga. A lei, em seu conteúdo, se alimenta dos aquestos de decisões jurídicas de natureza tópica, tiradas da experiência do que sói acontecer. A lei reúne em si as coisas que costumam acontecer sob a mesma valoração. Por outro lado, a lei confere sistema à empiricidade dos fatos que regula. Essencial é, porém, não perder de vista que o sistema não é tudo em direito. Não se pode formalizar inteiramente a lógica da matéria de que se compõe a solução do direito. A lei é posta como referência à vida, e nessa referência ela não alcança e não exaure os problemas multiformes que a vida oferece”.<sup>31</sup>

O Direito não é resultado espontâneo dos acontecimentos<sup>32</sup>, pois, depende das repetições das formas e dos relacionamentos em consonância com a natureza das coisas que ocorrem com o passar do tempo, conforme já fora acima salientado, não são todos os acontecimentos e não são todas as relações intersubjetivas que lhe interessam.

Os fenômenos “jurídicos” são aqueles que no mundo fenomênico produzem conseqüências que interessam à sociedade em certo aspecto de sua vivência histórico-cultural, político-econômica, político-jurídica<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>32</sup> Cf. assinala Torquato Castro. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*, p. 18-19: “Já vimos que o direito não é produção espontânea dos fatos, mas criação do espírito humano, sob a inspiração dos fatos e dados da experiência. Ele não pode ser produto do puro espírito, operando no nada ou na abstração total. A lógica formal abstrata não é criadora; nada cria de si. Como observa Recaséns, a matemática e a geometria constituem uma imensa tautologia, por terem de desenvolver-se por via dedutiva; com isso, somente põem no final o que já estava no começo. Não podem aduzir idéias novas, que não estejam nas definições básicas. (*Nueva filosofica*, p. 147-8). A verdade é que não se pode dizer do direito, que seja produto do espírito puro, incontrolável no seu arbítrio; nem tampouco que seja fruto direito dos fatos da existência histórica, sobre cujo curso o homem igualmente não detém o controle. Ambas essas perspectivas, tanto a idealista como a positivista, se tocam quando reduzem o direito ao fortuito, vário e inapreensível. Outra visão se tem do direito, quando não se resiste ao dado de evidência primária, de achar-se ele na dependência da natureza do homem, da sociedade e das coisas que tocam ao homem. Essa dependência, quanto mais próxima, mais lhe garante fundamento de constância, de estabilidade e sobretudo de segurança; segurança contra o puro arbítrio, ou contra a violência dos poderosos. Graças a essa dependência, é que o fenômeno jurídico não se dispersa na multiplicidade dos fatos existenciais singulares e irrepetíveis- o que o tornaria infenso a qualquer ciência. Bem ao contrário, ele se manifesta em formas que, ao par da natureza das coisas, se repetem e se tipificam aos olhos do observador.”

<sup>33</sup> Cf observa Torquato Castro. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*, p. 9. “Na realidade, como observa Engisch, a história nos mostra que o sistema legal se constrói aos poucos, convivendo em comum leis velhas, ditas no espírito de seu tempo, e leis novas, informadas de outras significações – tal como na Idade Média eram construídos, através de séculos, os grandes templos que conservam na sua edificação a marca de vários estilos arquitetônicos.”

A exemplo disso, a partir da década de 70, os interesses inerentes a toda uma coletividade, cujos titulares podem ser ou não passíveis de identificação, passaram a despertar a atenção do Direito e hoje são relevantes e consubstanciam os chamados Direitos Difusos e Coletivos, embora esses conflitos já estivessem anteriormente presentes na sociedade, mas ainda não chamavam a atenção.<sup>34</sup>

Entre os Homens ocorrem relações de naturezas diversas (amizade, cortesia, religião, negócios, cultura, política, vizinhança, família, propriedade, etc.), porém a relação jurídica qualifica-se quando uma dessas relações passa a ser regulada pela vontade da lei. Por exemplo, as relações de consumo no Brasil, somente em 1990, foram expressamente reguladas com o advento do Código de Defesa do Consumidor<sup>35</sup>.

Portanto, o valor jurídico é especificamente retirado da relação entre os seres humanos.<sup>36</sup> O valor que a norma carrega é aquele que foi extraído das relações sociais. A ideologia da norma é produto da inspiração do jurista acerca da problemática social em que vive a sociedade.

---

<sup>34</sup> Quanto aos Direitos Difusos e Coletivos cumpre anotar que embora, os conflitos de massa já estivessem timidamente presentes nas sociedades medievais, estes foram assumindo maior relevância social e jurídica com o avanço do capitalismo após a 2.<sup>a</sup> Grande Guerra Mundial. Contudo, o estudo dos direitos coletivos ou difusos surgiram nos anos 70 na Itália com os juristas italianos Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker os quais anteciparam o Congresso de Paiva de 1974, que discutia os aspectos fundamentais dos interesses próprios de uma sociedade de massa e o resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de modificar conceitos jurídicos estratificados, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do *juiz*, o sentido da jurisdição, da ação, do processo. Ver também Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. No mesmo sentido: Ada Pellegrini Grinover, *O processo em evolução*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. Para Rodolfo de Camargo Mancuso, *Manual do consumidor em juízo*, p. 14: “A par dos interesses metaindividuais já normatizados, ou ao menos já razoavelmente definidos como socialmente relevantes (figurem-se, dentre estes últimos, os interesses dos HIV soropositivos, dos moradores de rua e outros grupos de excluídos)”. Cf. Torquato Castro, *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*, p. 23-24: “o fenômeno jurídico pressupõe *fato situado* - situação de fato – como elemento determinante de uma situação jurídica, isto é, situação que cria como solução, no plano da eficácia jurídica. Se descermos a uma análise mais profunda de cada uma dessas situações –a de fato e a de direito – veremos que a matéria *ex qua* dos fatos, ou situações de fato, é da mesma natureza daquela de que se faz a situação de direito. Tanto dentro dos fatos, como dentro das situações jurídicas, encontram-se *homens, fatos, atos humanos exteriores, coisas ou bens da vida*, que são os mesmos que se equacionam nas soluções jurídicas.”

<sup>35</sup> Cumpre enfatizar que até o Advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a tutela jurisdicional do consumidor era realizada no campo penal e administrativo por meio de medidas punitivas. Na ceara civil, a proteção se dava por medidas de compensação de danos causados, mediante *ajuizamento* de ações com pedido ressarcitório e com fundamento na responsabilidade subjetiva (artigo 159 do Código Civil de 1916).

<sup>36</sup> Cf. Torquato Castro, *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*, p. 4-5.



Na explicação de Pietro Perlingieri<sup>37</sup>:

[...] em geral a norma prevê a hipótese da verificação do evento (ou seja, do fato) e a possibilidade de que este – humano (um passeio, a conclusão de um contrato) ou natural (um temporal) –, uma vez ocorrido, tenha relevância jurídica. O fato, no momento de seu acontecimento, atua como abstratamente hipotizado na previsão da lei: o ordenamento lhe atribui uma qualificação e uma disciplina. O fato concreto quando se realiza constitui o ponto de confluência entre a norma e o seu tornar-se realidade: é o modo no qual o ordenamento se atua. A norma existe na sua atuação, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui a concreteness e a historicidade essenciais à norma. O fato concreto é sempre juridicamente relevante; não sempre, todavia, a norma lhe atribui consequências jurídicas tangíveis, que podem ser individuadas de modo específico e determinado como o nascimento, a aquisição, a extinção, a modificação de uma situação subjetiva. O contrato (fato jurídico) produz consequências difíceis de determinar, pelo menos num primeiro nível (art.s 1372 e 1373 Cód Civ.); o nascimento do homem é igualmente um fato jurídico, já que ele é considerado por uma série de normas como produtor de consequências jurídicas e, em particular, constitui o momento no qual, para o direito, nasce um sujeito titular de determinados direitos e deveres (art. 1 Cód. Civ). Se fulano estipula uma doação em favor de um nascituro (art. 784 Cód. Civ.), ao nascimento é relacionado a aquisição não somente da subjetividade jurídica, mas também daqueles direitos que tinham sido previstos na doação. Cada fato, mesmo aquele aparentemente indiferente para o direito, tem sempre o seu aspecto de juridicidade. Tome-se, como exemplo, as normas que estabelecem o direito de liberdade pessoal (art. 13 Const.), o direito de expressão e de pensamento (art. 21 Const.) o direito à liberdade de circulação (art. 16), etc.

Por exemplo, embora a Constituição Federal Brasileira de 1988 expresse que “é livre a manifestação do pensamento” (artigo 5º inciso IV), essa forma de expressão encontra limites, caso venha causar danos (morais ou patrimoniais) a outrem. A relação entre consumidores e fornecedores e os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem e ingressam no mundo jurídico, dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela Teoria do Direito.

Contudo, torna-se mister notar que alguns acontecimentos naturais também dão origem ao fenômeno jurídico. Por exemplo, uma grande tempestade pode gerar responsabilidade civil para o Estado. Para melhor entendimento dessa matéria tem-se a explicação elucidativa de Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery<sup>38</sup>:

<sup>37</sup> *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 89-90.

<sup>38</sup> *Trabalho escrito em homenagem à Eminente Professora Doutora Maria Garcia*.

[...] a queda de uma árvore sobre um carro, por exemplo, em virtude de um temporal, a princípio, é fato que não decorre da vontade humana, mas interessa ao direito, porque essa queda pode criar, modificar ou extinguir direitos do sujeito. Por exemplo: o dono do carro, em razão da queda da árvore, perde seu poder de propriedade sobre o carro, que se destruiu por completo; o dono do carro passa a ter direito de receber o valor do capital segurado pelo dano sofrido, porque tinha feito contrato de seguro do carro; a empresa seguradora com quem o sujeito realizou negócio jurídico de seguro passa a ter obrigação de pagar o valor segurado. Diz-se por isso, que a queda da árvore sobre um carro é *fato jurídico*, ou seja, interessa para o direito. Esse fato insere-se na fenomenologia jurídica, e, por isso, desperta o interesse da Ciência do Direito.

O fenômeno jurídico pode ser também entendido como fenômeno *jurígeno*<sup>39</sup>, ou seja, algumas situações vividas pelos Homens em sociedade chamam a atenção do Direito, enquanto outras, que deveriam chamar a atenção do Direito, demoram mais tempo ou pode acontecer que nunca chamem a atenção das leis. Nesse caso, somente as situações da vida que são abraçadas pelo Direito fazem parte da fenomenologia jurídica. O fenômeno jurígeno ocorre quando o fato social passa a ser regulado por normas jurídicas, ou, seja, quando “uma relação da vida é olhada juridicamente de determinada maneira”<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Cf. Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. *Trabalho escrito em homenagem à Eminente Professora Doutora Maria Garcia*. “Os relacionamentos em sociedade despertam a atenção do direito a partir qualidade do interesse que o sujeito tem por objetos que também possam interessar, em tese, a outros sujeitos de direito. Nem todos os fenômenos ocorridos durante a vida de uma pessoa têm essa qualidade jurídica. Existem fatos que se passam durante a trajetória da vida humana, que não interessam para o direito, como por exemplo, o ter alguém pensado em agredir um desafeto seu. Este fato, a princípio, enquanto mera conjectura do espírito do homem, não exteriorizada ou praticada, pode despertar especulação de outras áreas do conhecimento, como a psicologia, a moral, a teologia, a psiquiatria etc. Mas não interessa ao direito. A princípio, como se vê, não é um fato a respeito do qual se possa dizer ter influência nas relações das pessoas em sociedade e, portanto, não é algo que passe a integrar a órbita da fenomenologia jurídica, ou do direito como mecanismo de estrutura da ação do homem na sociedade, ou de estrutura ordenada da tessitura social. Aliás, quanto a isto, já diziam os antigos canonistas: de *interius, non iudicat lex*. Há fatos, portanto, que não interessam ao direito, e não são jurídicos. Há ocorrências da vida do ser humano que não compõem a fenomenologia jurídica. (...) É chamado também de fato jurídico, ou fato *jurígeno*, ou seja, fato com potencialidade jurídica, ou ainda com atualidade jurídica. Entretanto, nem todas as relações intersubjetivas são jurídicas, mas somente aquelas que traduzem a vivência exterior do sujeito na sociedade e carecem de mecanismos de controle social que lhes garanta estabilidade. Enquanto o fenômeno natural se expressa e é compreendido de forma sintética e generalizadora e explicado de forma definitiva, porque a lei física dispõe como as coisas são e o interprete do fenômeno natural encerra seu trabalho científico ao buscar explicá-lo, enunciando a lei que comprova relações constantes e necessárias que existem entre os fenômenos observados..., a lei jurídica não recebe a sua verdade dos fenômenos que intenta regular, porque não expressa aquilo que é, mas apenas aquilo que deve ser. Os fenômenos que merecem a qualificação de jurídicos localizam-se entre aqueles que, no mundo fenomênico, têm a virtude de produzir certos efeitos que interessam a certo aspecto da vivência histórico-cultural da humanidade: a segurança das relações humanas.”

<sup>40</sup> Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 23.

## 2. Direito Subjetivo

Os romanos ligavam o conceito de Direito Subjetivo a uma clássica distinção, de origem latina: *facultas agendi* e *norma agendi*. A partir daí, surgiu toda uma construção teórica acerca do Direito Subjetivo que até os dias atuais é apresentada aos estudantes de Direito para compreensão do tema.<sup>41</sup>

Os Direitos Subjetivos são permissões dadas ao Homem por meio de normas jurídicas. Quando a lei autoriza certa atitude ou comportamento social, que poderá ser renunciado pelo titular do direito, nasce o Direito Subjetivo.

O Direito Subjetivo não se confunde com o Direito Objetivo, pois somente as leis constituem o chamado Direito Objetivo. Por outro lado, o Direito Subjetivo não se constitui em leis, mas em permissões contidas em leis que pertencem aos sujeitos.

Karl Engisch<sup>42</sup> salienta que “O direito subjetivo não se situa em face do direito objetivo como algo independente dele.” O Direito Objetivo - mandamento autorizante - transporta o Direito Subjetivo (permissão legal). Metaforicamente, a lei é o veículo, enquanto o Direito Subjetivo é o passageiro.

---

<sup>41</sup> Na observação de Goffredo Telles Júnior, *Palavras aos estudantes de direito*, p. 19-21: “A *facultas agendi* (a faculdade de agir) é a expressão corrente, o termo por assim dizer tradicional, com que se tem pretendido revelar a natureza do Direito Subjetivo, em contraste com a expressão “*norma agendi*” (norma de agir, norma para o comportamento) com que se revela a natureza do Direito Objetivo. Preciso confessar a vocês que não consigo concordar com essa velha definição do Direito Subjetivo. O outro Direito, o Direito Objetivo, como todos sabem, é sempre norma, é sempre sistema de normas. Cabe-lhe pois, a designação corrente de “*norma agendi*”. Mas o Direito Subjetivo, a meu ver, não é faculdade. A expressão clássica de “*facultas agendi*” não o designa com propriedade. Quero ser claro e breve. Quero dizer a vocês em poucas palavras, o que penso sobre a definição do Direito Subjetivo. Antes de tudo, precisamos saber o que é uma faculdade. Faculdade (ou “potência ativa”, como dizem os filósofos que melhor se manifestaram sobre o assunto) é uma qualidade inerente dos seres: a qualidade que dispõe um ser a agir. Todo ser humano tem faculdades – algumas inatas, outras adquiridas-, como as de pensar, de falar, de rir, de chorar, de andar, de trabalhar, de estudar, de amar, de andar de bicicleta, de tocar piano, de pagar o que é devido, de indenizar, de fazer caridade. Tem também faculdades, como as de injuriar, de caluniar, de furtar, de agredir, de matar. Inúmeras, obviamente, são as faculdades do ser humano. Mas, o que quero deixar salientado, neste momento, é que a existência dessas faculdades independe do Direito, independe de leis. De fato, não podem as leis atribuir faculdades ao ser humano, porque as leis não possuem faculdades humanas, e, portanto, não as podem dar. É impossível dar o que não se tem: *nemo dare potest plus quam habet*, me diziam os velhos professores de meu tempo de ginásio. O que as leis fazem, vejam vocês, não é atribuir faculdades: o que elas fazem, isto sim, é permitir ou não permitir o uso de faculdades. Daí a minha definição de Direito Subjetivo, que já mencionei, e que torno a lembrar: os Direitos Subjetivos são dados por meio das normas jurídicas. Insisto: os Direitos Subjetivos não são as próprias faculdades humanas. São permissões para o uso de faculdades. Vocês estão vendo o motivo pelo qual não posso concordar com a expressão “*facultas agendi*”. Essa expressão não revela a natureza dos direitos subjetivos.”

<sup>42</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 44.

O Direito Objetivo não precisa do Direito Subjetivo para existir. Entretanto, o Direito Subjetivo precisa do Direito Objetivo para existir, porque as permissões que não são veiculadas por lei não são permissões jurídicas e os Direitos Subjetivos são permissões jurídicas.

Segundo Karl Engisch<sup>43</sup>:

O Direito objetivo é a ordem jurídica, o conjunto das normas ou regras jurídicas que nós há pouco concebemos como imperativos. O direito subjetivo é o poder ou legitimação conferida pelo Direito (Berechtigung). Mas se partimos do ponto de vista que os direitos subjetivos se fundamentam em normas jurídicas atributivas (normas que atribuem esses direitos), estas concessões ou atribuições de direitos pertencem ao Direito objetivo, pois que são regras jurídicas. Ora em que relação se encontram estas normas com as regras jurídicas de caráter imperativo? Para responder a esta questão temos de analisar mais de perto a natureza do direito subjetivo. Antes de tudo, os direitos subjetivos são mais do que simples permissões. Uma permissão, como por exemplo, a de causar danos ao agressor na hipótese de legítima defesa, pode ser considerada como mera exceção às várias proibições de lesar ou danificar outrem e, nesta medida, apenas terá um significado negativo. A concessão de um direito subjetivo como o da propriedade significa, ao contrário, algo positivo. Neste caso, reconhece-se ao titular do direito subjetivo uma esfera de poder, de modo a ser-lhe possível, dentro dela, acautelar seus próprios interesses.

Conforme Carlos Alberto Bittar<sup>44</sup>:

Realizáveis à vontade do titular, em todas as extensões próprias, limitam-se, no entanto, pelos parâmetros traçados na ordem jurídica. Nesse sentido, o direito objetivo que, precipuamente, se destina a assegurar os direitos subjetivos, funciona como baliza ao respectivo exercício, na medida da harmonização da vida social. Somente desse modo se torna factível a convivência pacífica e tranqüila da coletividade.

A característica mais importante dos Direitos Subjetivos é a possibilidade que o sujeito tem de poder renunciar o seu Direito. Nesse sentido, deve ser entendido o termo *facultas agendi*: faculdade de agir, opção de agir.

O Direito Subjetivo pode ser definido como: o conjunto das permissões ou autorizações concedidas por lei às pessoas e que por elas podem ser renunciadas. Existem direitos disponíveis e indisponíveis.

---

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 41-42.

<sup>44</sup> *Teoria geral do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 15.

Não são Direitos Subjetivos os direitos indisponíveis, porque os direitos indisponíveis são irrenunciáveis, enquanto os Direitos Subjetivos são renunciáveis. Por isso, eles vêm ligados à idéia de faculdade, ou seja, *facultas agendi* refere-se à faculdade de agir, de poder de agir ou de não agir.

São irrenunciáveis os Direitos da Personalidade, enquanto são renunciáveis os Direitos Subjetivos. O mandamento de amar não é regulado por lei e, por isso, não pode ser chamado de Direito Subjetivo. O filho não pode cobrar do pai o Amor que lhe é negado, porém o filho detém o Direito Subjetivo de acesso à justiça para cobrar alimentos.

A lei permite que o filho cobre alimentos do pai, ou seja, a lei autoriza o filho a exigir ajuda material do pai e impõe a este o dever de prestar esse auxílio. Então o filho poderá escolher se cobra ou não alimentos do pai. Daí a idéia de faculdade (escolha) e a idéia de dever. A idéia de dever revela-se na situação de que se o filho escolher (optar) por cobrar os alimentos pelo caminho traçado pela lei, em consequência, surge o dever do pai de pagar o que lhe está sendo cobrado.

No mesmo sentido tem-se o exemplo clássico da situação do credor em relação ao devedor. O credor tem a opção (faculdade) de cobrar ou não cobrar a dívida, vai depender da sua própria vontade. Então, o credor pode escolher se quer ou não receber a dívida. Caso ele queira, a lei o autoriza e lhe dá um caminho para que exerça o seu direito. Daí surge a obrigação ou o dever de pagar daquele que deve.

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor assegura ao consumidor o direito de reclamar do defeito do produto perante o fornecedor. Contudo, poderá o consumidor agir conforme lhe aprouver, ou seja, ele possui a faculdade de agir, ele pode escolher se cobra ou não o fornecedor. Assim, o consumidor poderá: a) reclamar do defeito do produto; b) não reclamar do defeito do produto.

Os Direitos Subjetivos também podem ser exercidos mediante o acesso à justiça de interesses coletivos quando envolverem direitos disponíveis. A lei autoriza que consumidores coletivamente lesados e detentores de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos disponíveis cobrem judicialmente os danos sofridos perante o fornecedor.

Portanto, o consumidor (individual ou coletivo) detém a faculdade, o poder de cobrar o fornecedor e este tem o dever de pagar. O benefício previdenciário também é direito subjetivo e pode ser renunciado pelo respectivo titular, pois há um vínculo jurídico entre a autarquia previdenciária e os seus beneficiários.<sup>45</sup>

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar<sup>46</sup>:

Ora, nas relações travadas em sociedade, sobressaem-se poderes reconhecidos a uns e submissões a outros, dentro da reciprocidade, entre direito e dever. Reconhecem-se, assim, aos seres poderes ou faculdades, ínsitos no homem e nos entes personalizados e que recebem proteção no ordenamento jurídico, estatal ou não. O conjunto de prerrogativas assim reconhecidas é denominado direito subjetivo.

Na explicação de Telles Júnior<sup>47</sup>

[...] os direitos subjetivos se definem nos seguintes termos: Permissões dadas por meio de leis. Os direitos subjetivos não são leis. A leis, só elas - notem bem -, constituem O Direito Objetivo. O Direito Subjetivo não é objetivo. É subjetivo, não é objetivo. É subjetivo porque é uma permissão. É o conjunto das permissões que pertencem aos sujeitos; pertencem às pessoas a que elas são concedidas. Um direito Subjetivo é sempre uma permissão; é sempre uma permissão dada por meio das leis, para fazer ou não fazer alguma coisa; para ter ou não ter alguma coisa. Um tal direito é uma permissão jurídica. Por exemplo, são Direitos Subjetivos, as permissões de ir e vir; de manifestar o pensamento; de ter domicílio inviolável; de casar, de constituir família; de exercer trabalho lícito; de vender e comprar; de doar e de aceitar doações; de exigir o pagamento

<sup>45</sup> Conforme decidiu o STJ: “[...] Tratando-se de interesses individuais, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerado relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Precedentes. III – O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor. Precedentes. Em conclusão, não há que se confundir ou transmutar o vínculo jurídico existente entre a autarquia previdenciária e os seus beneficiários, com outras relações inerentes e típicas de consumo, pois a natureza e as particularidades de uma não se confundem com a da outra” (Resp. 419187/PR, j. 15.5.2003).

<sup>46</sup> *Teoria geral do direito civil*, p. 14.

<sup>47</sup> *Palavras do amigo aos estudantes do direito*, p. 18-19.

do que é devido; de exigir reparação de dano causado por outrem; de se associar para fins lícitos. Essas permissões, como uma infinidade de outras, não são permissões simples. São permissões jurídicas; são Direitos Subjetivos. Constituem Direitos Subjetivos porque são permissões concedidas por meio de leis, por meio de normas jurídicas. No simples exercício da vida, inúmeras são as permissões jurídicas - Os Direitos Subjetivos - de que fazemos uso continuamente. Em verdade, para seres humanos, viver em sociedade é usar de Direitos Subjetivos.

Segundo lembra Telles Júnior,<sup>48</sup> algumas relações de amizade e cortesia não são Direitos Subjetivos porque não são concedidas por normas jurídicas.

[...] as permissões não concedidas por meios de normas jurídicas não são permissões jurídicas, e, por conseguinte, não constituem Direitos subjetivos. Por exemplo, não são direitos subjetivos as permissões dadas a alguém de usar, gratuitamente, o telefone do vizinho, ou de assistir programas de televisão na casa do amigo. Não são direitos subjetivos, as permissões dadas a um empregado, por seu chefe ou empregador, para que proceda a desvios e subtrações de dinheiro ou de mercadoria de propriedade da empresa. Tais permissões não são direitos subjetivos porque não são concedidas por meio de leis, por meio das normas do direito objetivo.

Sebastião José Roque<sup>49</sup> traz a clássica relação entre credor e devedor para exemplificar o Direito Subjetivo:

Ulpiano vende um carro a Papiniano; ambos celebram um contrato de compra e venda. Consoante as normas que regulam esse contrato, Ulpiano entregou a coisa vendida. A norma jurídica assegura a Ulpiano o direito de receber o pagamento do carro que vendeu; criou, portanto, para Papiniano a obrigação de pagar. Nessa relação jurídica, Ulpiano é o credor e Papiniano, o devedor, segundo as normas do Direito Positivo. Este, entretanto, criou para Ulpiano um novo direito: o de exigir de Papiniano que pague o preço, ou então, se essa for a opção, perdoar a dívida. O direito subjetivo é, pois, esse poder ou faculdade de Ulpiano: o de agir conforme lhe aprouver. A norma que impõe a Papiniano a obrigação de pagar a dívida atribui a Ulpiano a faculdade de exigir o pagamento do preço do carro.

Na explicação de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>50</sup>:

O legislador, ao prever em abstrato, situações da vida, estabelece posições de vantagem e de desvantagem. Isto é, determina quais interesses devem prevalecer e quais serão sacrificados. Direito subjetivo nada mais é do que essa posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular,

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>49</sup> *Introdução ao estudo do direito*, p. 35-36.

<sup>50</sup> *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10-11.

numa situação concreta, invocar a norma em seu favor. Tem direito subjetivo o titular de um interesse juridicamente protegido pela norma substancial. A expressão direito subjetivo diz respeito sempre a determinado sujeito e indica uma certa posição favorável. Trata-se de situação concreta, que retrata genérica previsão normativa. Direito subjetivo é o resultado da incidência da regra jurídica sobre determinado suporte fático, inserindo-o no mundo jurídico e transformando-o em fato jurídico.

Então, a lei pertinente ao Direito Objetivo estabelece posições de vantagem e de desvantagem, determinando quais interesses devem ser valorizados ou sacrificados. Desse modo, a lei permite ao titular do Direito invocara norma em seu favor como, por exemplo: de modo geral, as leis civis protegem os credores, embora tanto o Código Bevilaqua como o atual Código Civil, nos livros das obrigações, protegem os credores, atribuindo a estes posições de vantagem em relação aos devedores em situações concretas. Do mesmo modo o Código de Defesa do Consumidor estabelece posição de vantagem ao consumidor e de desvantagem ao fornecedor.

Quando a lei concede esta posição de vantagem ao titular do Direito Subjetivo surgem algumas conseqüências, quais sejam:

a) A lei atribui a força ou o poder ao sujeito de Direito, ou a quem o representa, para tirar, no interesse daquele, toda a utilidade lícitamente possível do gozo do bem. Por exemplo: a lei concede a força e o poder ao menor, representado pela mãe, para cobrar do pai os alimentos devidos por meio de ação judicial, ou seja, concede um Direito Subjetivo de acesso à justiça; a lei concede a força ou o poder ao credor, consumidor individual ou coletivo, para que cobre a dívida ao devedor, ou fornecedor, por meio legal;

b) A lei permite a utilização do bem no interesse próprio do titular do Direito, no interesse alheio ou no coletivo;

c) A lei concede ao sujeito ativo o poder ou faculdade de exigir o cumprimento da obrigação do sujeito passivo.



Nesse prisma, o Direito Subjetivo estabelece-se como um vínculo, ligando um bem (objeto) a uma pessoa ou a um grupo de pessoas (sujeito) nas diversas relações da vida em sociedade. A norma jurídica delimita o espaço social dentro do qual é facultado ao sujeito da relação fazer ou pretender fazer aquilo que a norma lhe atribui.<sup>51</sup>

O Direito Posto (Direito Objetivo) reconhece e garante o Direito Subjetivo e proporciona seu exercício ao mesmo tempo em que traça limites da sua extensão. Nessa linha de pensamento tem-se a explicação de Sebastião José Roque:<sup>52</sup> “O direito positivo é um direito objetivo, no sentido etimológico e literal: ‘*positum*’ = ‘*objectum*’ (colocado adiante). Contudo, ao apresentar uma regra, prevê uma relação jurídica e, em consequência, cria um novo direito”. O conteúdo do Direito Subjetivo é a relação entre o sujeito e o objeto.

Pietro Perlingieri<sup>53</sup> observa que:

[...] no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.

Nesse sentido, o Direito Subjetivo visa a esclarecer em que consiste a possibilidade que as pessoas físicas e jurídicas têm de ser e agir, com referência ao sistema de regras jurídicas em um determinado país e a posição jurídica assumida pelos sujeitos nas relações ou situações jurídicas perante um objeto (*res*-).

Para Goffredo Telles Júnior<sup>54</sup>:

Os Direitos Humanos, são evidentemente, Direitos Subjetivos. Mas são os Direitos subjetivos mais importantes. Eles se definem nos seguintes termos: Permissões jurídicas para a fruição de bens soberanos. Bens soberanos são os bens a que a

<sup>51</sup> Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, p. 248.

<sup>52</sup> *Introdução ao estudo do direito*, p. 35.

<sup>53</sup> *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 121.

<sup>54</sup> *Palavras do amigo aos estudantes de direito*, p. 23.

generalidade dos seres humanos de uma determinada civilização atribui máximo valor. Por exemplo, para nós, são bens soberanos: a vida, a incolumidade física, a saúde, a liberdade de ir e vir e ficar, o respeito pela igualdade de direitos, a liberdade de manifestar os pensamentos e crenças, a liberdade de associação.

Os chamados Direitos Humanos também são Direitos Subjetivos, porque não são apenas aspiração ou intenções humanas, mas sim permissões concedidas por meio de normas jurídicas, de maior amplitude. Por essa razão influenciam inúmeros ordenamentos jurídicos de diferentes Estados ou Nações. Os Direitos Humanos também são Direitos Subjetivos importantes porque revelam a proteção de valores que são essenciais para a humanidade e se posicionam no âmbito internacional.<sup>55</sup>

### 3. A Moral e o Direito

No Brasil, a Filosofia do Direito e a Teoria Geral do Direito adotaram a “teoria do mínimo ético”. O filósofo inglês Jeremias Betham foi o primeiro a desenvolvê-la e entende que o Direito:

[...] representa apenas o mínimo Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social. Assim sendo, o direito não é algo de diverso da Moral, mas é parte desta, armada de garantias específicas. A teoria do “mínimo ético” pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa

---

<sup>55</sup> A Revolução Industrial influenciou fortemente o sentido coletivo hoje assumido de civilização. Somente por volta de 1819, a palavra ‘civilização’ passa a ser usada no plural e assume um novo sentido. A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a utilização do sentido da palavra civilização no singular também perdeu espaço para a palavra humanidade. Por exemplo: hoje se fala que determinado ato ou fato é um crime contra a humanidade, e não se diz que o crime seja contra a civilização, não obstante o sentido seja o mesmo. Nesse sentido Fernand Braudel, *A Gramática das Civilizações*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

imagem, que tudo que é jurídico é Moral, mas nem tudo o que Moral é jurídico.<sup>56</sup>

A teoria do “mínimo ético” também foi desenvolvida por vários outros autores, entre os quais o que mais se destacou foi o jurista e politicólogo alemão Georg Jellinek.

Nas palavras de Miguel Reale<sup>57</sup>:

O direito, infelizmente, tutela muita coisa que não é Moral. Embora possa provocar nossa revolta, tal fato não pode ficar no esquecimento. Muitas relações amorais ou imorais realizam-se à sombra da lei, crescendo e se desenvolvendo sem meios de obstá-las. Existe, porém, o desejo incoercível de que o Direito tutele só o “lícito Moral”, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, apesar de todas as providências cabíveis, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo direito.

A conclusão extraída desse fragmento está no fato de que a Moral está ligada à idéia de cumprimento de um dever ou de um senso de dever.<sup>58</sup>

Portanto, a concepção que se adotou de dois círculos concêntricos corresponde a uma idéia ideal que serve para simplificar ao máximo a análise do Direito e o seu relacionamento com

---

<sup>56</sup> Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, p. 42.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, mesma página.

<sup>58</sup> Na explicação de Serge-Christophe Kolm, *Teorias modernas da justiça*, p. 491-492: “o caso mais visível é o dos eleitores, já que um único voto não tem nenhum efeito em uma grande eleição (as pessoas não pensam na situação de aposta de Pascal, de dar o improvável, mas decisivo voto em caso de um empate). Ora, as pessoas votam principalmente em razão de um senso de dever, geralmente do tipo “Kantiano” popular (“e se ninguém votasse...”). Portanto, se a razão pela qual as pessoas votam é ética e o modo como cada pessoa vota não tem nenhuma consequência, por que a maneira como votam não deveria também ser ética, pelo menos em parte? Se o dever leva as pessoas até a cabine de votação, por que também não poderia influenciar sua escolha, já que isso, especialmente, não afeta o interesse pessoal desse votante específico? Além disso, as pessoas discutem o voto com o seu meio e preocupam-se com a sua opinião (embora o voto secreto impeça a verificação do voto). Existe uma situação similar para políticos eleitos. Um presidente não busca a reeleição durante seu último período no cargo, e isso pode ser a metade do seu tempo na função; sua motivação muitas vezes são sua imagem pública e seu “lugar na história”, e isso é julgado em grande parte dos padrões morais. De modo mais geral, muitas vezes se diz que a memória relevante dos votantes em uma eleição é menor do que a duração do mandato; então, em um primeiro período, o mandato se usado antes para o governo Moral mais ou menos autônomo que para adular eleitores. Além disso, um político que pode ter uma maioria mais ampla que a necessária para ser reeleito pode usar parte excedente de votos conduzindo-se por razões morais - em vez de eleitorais. Quanto aos funcionários públicos, a promoção, em boa parte, por tempo de serviço, as garantias trabalhistas e outras vantagens estatutárias dão-lhes a conhecida latitude nas suas restrições e incentivos. Ora, os funcionários públicos geralmente preenchem essas lacunas seguindo normas de conduta e podem, dessa maneira, implementar ideais éticos, como às vezes fazem (na verdade a Economia pública foi iniciada por funcionários que se perguntaram o que deveria ser feito). Em particular, a democracia não poderia existir sem o mínimo de conduta Moral que induz os indivíduos a votar e os detentores da força pública a limitar o seu uso.”

a Moral. Contudo, esta representação gráfica serve como ponto de partida para o estudo do assunto e como referência para posteriores pesquisas.

Claus-Wilhelm Canaris<sup>59</sup> explica que:

O Direito - qualquer direito - depende de uma aprendizagem, sofrida pelos membros da comunidade jurídica; tal como a própria Moral, há sempre um ministrar de códigos de conduta, do qual depende a subsistência e a reprodução dos dados normativos.

Para Goffredo Telles Júnior<sup>60</sup>:

Quando relacionada com o termo Direito, a palavra Moral é substantivo feminino, e designa ordenação do comportamento. Em tese, poderia essa ordenação ser entendida como a ordenação efetivamente estabelecida pelos usos e costumes; e poderia ser entendida como a ordenação ideal do comportamento humano. É claro que é neste segundo sentido que a palavra Moral está empregada quando dizemos: “Direito e Moral”.

Na explicação de Miguel Reale<sup>61</sup>:

Podemos dizer que a Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato Moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Não é possível conceber-se o ato Moral forçado, fruto da força ou coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem, no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros, pela força que venha consagrar a utilidade ou a conveniência de uma atitude. Conquanto haja reparos a ser feitos à ética de Kant, pelo seu excessivo formalismo, pretendendo rigorosamente que se cumpra “o dever pelo dever”, não resta dúvida que ele vislumbrou uma verdade essencial quando pôs em evidência a espontaneidade do ato Moral. A Moral para realizar-se autenticamente, deve contar com a adesão dos obrigados. Quem pratica um ato consciente da sua Moralidade, já aderiu ao mandamento a que obedece. Se respeito meu pai, pratico um ato na plena convicção da sua intrínseca valia, coincidindo o ditame da minha consciência com o conteúdo da regra Moral. Acontecerá o mesmo com o Direito? Haverá sempre, uma adequação entre a minha maneira de pensar e agir e o fim que, em abstrato, a regra jurídica prescreve? No plano da Moral, já o dissemos, essa coincidência é essencial, mas o mesmo não ocorre no mundo jurídico.

---

<sup>59</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 67.

<sup>60</sup> *Palavras do amigo aos estudantes de direito*, p. 43.

<sup>61</sup> *Lições preliminares de direito*, p. 44.

Dizer que o Homem adere espontaneamente às leis morais é dizer que as leis morais estão intimamente ligadas ao valor cultural e não portam a característica da coercibilidade<sup>62</sup> das normas jurídicas.

A espontaneidade da Moral provém de duas circunstâncias:

a) ela será mais espontânea quando formaliza as relações de Amor (por exemplo, o Amor da mãe pelo filho, o Amor do filho pelo pai);

b) será espontânea em menor proporção quando formaliza as relações decorrentes dos usos e dos costumes, pois sua espontaneidade depende do tempo e do espaço, como na relação entre empregador e empregado, ou no fato de doar esmolas a um mendigo<sup>63</sup>.

Por exemplo, pode acontecer que em determinado tempo e espaço seja cultural, Moral e juridicamente aceito o casamento de crianças, como o foi na Índia. Na Índia, desde 1947, o casamento de crianças é ilegal.

Devido à permissão à época do governo colonial britânico e à força do valor cultural e Moral em algumas regiões mais pobres, os casamentos de crianças ainda ocorrem. Estes incitam enormes e violentas reações sociais quando a polícia e os agentes governamentais tentam impedir a realização das cerimônias.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Nas palavras de Miguel Reale, *op. cit.*, p. 46-47: “O cumprimento obrigatório da sentença satisfaz ao mundo jurídico, mas continua alheio ao campo propriamente Moral. Isto nos demonstra que existe, entre o Direito e a Moral, uma diferença básica, que podemos indicar com esta expressão: a Moral é incoercível e o Direito é coercível. O que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade. Coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força.”

<sup>63</sup> No exemplo de Sebastião José Roque, *Introdução ao estudo do direito*, p. 16: “Um pedinte necessitado dirige-se a um cidadão e lhe pede esmola, que lhe é negada. Sob o ponto de vista jurídico, ou seja, perante o direito, merece censura o cidadão que a negou? Não. Não há lei que obrigue a atender àquele pedido; portanto, não transgrediu o Direito Positivo. Sob a ótica do Direito Subjetivo, não tem o mendigo o direito de exigir do cidadão a entrega do óbolo. Logo, a recusa do donativo está amparada pela lei, sendo legalmente correto o comportamento do cidadão. Sob o ponto de vista Moral, a recusa poderá ser encarada sob outro aspecto. O cidadão tem à sua frente um seu semelhante necessitado; a sociedade em que ambos vivem concedeu a um vários privilégios e para com o outro negou esses favores, como a frequência à escola, um bom emprego, saúde, aparência física, perfeição fisiológica e outros fatores. Será justo negar a um homem sem condições de uma existência condigna uma contribuição que lhe faculte a própria vida?” Vejam que o exemplo Moral de não negar uma contribuição ao ser humano desprovido de privilégios dado por Sebastião José Roque se assemelha à representação de Amor e respeito com o próximo.

<sup>64</sup> *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 jun. 2005.

Há um caso em que a agente responsável pela defesa das mulheres, após tentar impedir a realização do casamento de três meninas menores de 18 anos, foi procurada por um jovem rapaz em sua casa. Este tentou decepar a cabeça dela com uma espada e ao não conseguir realizar o feito por circunstâncias alheias a sua vontade, feriu gravemente as mãos da agente governamental.<sup>65</sup>

Novamente a questão levanta-se: “Qual fator levou o ordenamento jurídico contrariar o valor cultural, se o direito é sempre reflexo da cultura?” A influência da Declaração dos Direitos Humanos e dos organismos internacionais, como a ONU e a UNICEF, percebem e interferem na civilização quando observam que os valores culturais trazem conseqüências que violam a Dignidade da Pessoa Humana.

Devido à pobreza das famílias de certas regiões da Índia, as meninas tornam-se como mercadorias, pois, após o casamento, os pais recebem o dote em dinheiro ou em bens. Quando o casamento não dá certo, o pai da criança negocia novo casamento e novo dote, porque não pode arcar com o sustento dela.<sup>66</sup>

Nesse sentido, o presente estudo entende que muitas vezes o Direito deve afastar-se dos valores morais e culturais relacionados a épocas e espaços determinados, com o objetivo de que as pessoas não sejam tratadas como objetos de Direito.

No Brasil também existem muitos valores culturais que violam a Dignidade da Pessoa Humana e faz com que os Homens nasçam desiguais em Dignidade e igualdade.

Por exemplo: devido à escravatura que houve no país nos primórdios da colonização verificam-se as conseqüências e os preconceitos raciais que perduram até os dias atuais. A sociedade brasileira, por seu lado, silencia quanto ao preconceito e à discriminação racial nas situações em que a maioria desses excluídos é recolhida em prisões injustamente ou

---

<sup>65</sup> *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 jun. 2005.

<sup>66</sup> *Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 jun. 2005.

submetida à revista íntima pela polícia civil e militar devido à cor escura de sua pele, ou pela sua condição social, ou por viver em favelas ou bairros periféricos.

O trabalho infantil, tão silenciado pela sociedade brasileira, também é um problema cultural e até mesmo muitas mulheres ainda sofrem caladas com a repressão que vivenciam em seus lares devido às questões culturais.

Na análise de Emmanuel Kant,<sup>67</sup> o autor defende suas idéias:

Não preciso pois de perspicácia de muito largo alcance para saber o que hei de fazer para que o meu querer seja moralmente bom. Inexperiente a respeito do curso das coisas do mundo, incapaz de prevenção em face dos acontecimentos que nele se venham dar, basta que eu pergunte a mim mesmo: - Podes tu querer também que a tua máxima se converta em lei universal? Se não podes, então deves rejeitá-la, e não por causa de qualquer prejuízo que dela pudesse resultar para ti ou para os outros, mas porque ela não pode caber como princípio numa possível legislação universal. Ora a razão exige-me respeito por uma tal legislação, da qual em verdade presentemente não vejo em que se funde (problema que o filósofo pode investigar), mas de que pelo menos compreendo que é uma apreciação do valor que de longe ultrapassa o de tudo aquilo que a inclinação louva, e que a necessidade das minhas ações por puro respeito à lei prática é o que constitui o dever, perante o qual tem de ceder qualquer outro motivo, porque ele é a condição de uma vontade boa em si, cujo valor é superior a tudo. Assim, no conhecimento moral da razão humana vulgar, chegamos nós a alcançar o seu princípio, princípio esse que a razão vulgar em verdade não concebe abstratamente numa forma geral, mas que mantém sempre realmente diante dos olhos e de que se serve como padrão dos seus juízos. Seria fácil mostrar aqui como ela, com esta bússola na mão sabe distinguir, em todos os casos que se apresentem, o que é bom e o que é mau, o que é conforme ao dever ou o que é contrário a ele. Basta, sem que com isto lhe ensinemos nada de novo, que chamemos a sua atenção, como fez Sócrates, para o seu próprio princípio, e que não é preciso nem ciência nem filosofia para que ele saiba o que há a fazer para ser honrado e bom, mais ainda, para ser sage e virtuoso. Podia-se mesmo já presumir antecipadamente que o conhecimento daquilo que cada homem deve fazer, e por conseguinte saber. É também pertença de cada homem, mesmo do mais vulgar.

Cada Homem, desde os mais instruídos até aos menos instruídos, possuem dentro de si, por inclinação do espírito, o discernimento e o conhecimento daquilo que ele mesmo deve fazer e saber. O princípio Moral universal surge de um ponto de vista que segue um padrão de julgamento a respeito do que seja bom ou mal.

---

<sup>67</sup> *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p.35-36.

Contudo, os princípios Moral e cultural não respeitam sempre o padrão universal descrito por Kant, ou seja, do que seja bom e do que seja mau, porque o Homem, com facilidade, passa a considerar boa uma situação que a legislação universal sabe não ser adequada.

A moral edita normas que harmonizam-se com o bem, contudo, o problema surge quando alguém não respeita o ditame moral e passa a ser humilhado ou marginalizado na vida em sociedade por causa disso.

A norma Moral pode ser universal quando utiliza um padrão de julgamento que seja bom, porém, não se enquadra na legislação universal o modo que trata o transgressor da Moral, quando esse é diminuído em Dignidade por não ser moralmente aceito, tal como: a concubina.

A excessiva preocupação do Homem com as opiniões alheias causa uma alienação que o torna vulnerável às manipulações por outros Homens.

Tal circunstância também não visa o auto-conhecimento e auto-aprimoramento interno que faz da pessoa um ser único da Natureza e individual, mas torna-a vulnerável aos padrões coletivos que aprisionam o Homem aos tabus e dogmas morais e culturais que perduram no tempo.

Esses dogmas e padrões morais e culturais fazem com que condutas malélicas sejam facilmente aceitas pelo consciente coletivo, tais como: as diversas formas de escravatura, o trabalho infantil, a condição de miserabilidade, etc. Contudo, a noção do que faz uma pessoa tornar-se moralmente boa, sob o aspecto do senso comum, mas não no aspecto universal, está intimamente ligada ao valor cultural e religioso e, portanto, não abrange a Dignidade de todos os que vivem na sociedade.

Quando não aceita-se as condutas individuais que se opõem ao padrão Moral e cultural surgem preconceitos e desigualdades latentes que não adentram na legislação universal. Muitas das condutas morais também surgem das seguintes idéias: “O que devo fazer para ser ético e Moral? Faço isso porque é o meu dever como cidadão? O que devo fazer



para ser aceito ou promovido? O que devo fazer para não ser criticado pelos outros? O que devo fazer para ser aceito nesse meio social? Faço isso porque passo a ser uma pessoa boa e aceita pelos outros! Faço isso porque é uma boa atitude!”

Pode acontecer que exista uma sociedade globalmente Moral sem que haja indivíduos propriamente morais. As normas morais são provenientes de pensamentos compartilhados no meio social.

Pode acontecer que um Homem julgue moralmente o seu semelhante mesmo não agindo em conformidade com as normas morais, mas sua atitude foi influenciada pela opinião Moral que os outros expressam em relação a determinados comportamentos.<sup>68</sup>

Contudo, não são todas as pessoas que realizam espontaneamente as normas morais.

Serge-Christophe Kolm em sua obra *Teorias modernas da justiça*,<sup>69</sup> no capítulo sobre “Liberdade, Moral, deficiências do mercado e o Estado” explica que:

Os indivíduos podem ser apenas egoístas ou extremamente capazes de condutas morais, ou, pelo menos, suficientemente morais no governo ou como eleitores, ou morais em suas ações pela troca explícita ou implícita com a conduta similar dos

---

<sup>68</sup> Conforme Serge-Christophe Kolm, *Teorias modernas da justiça*, p. 487-488: “Observe que as mesmas pessoas podem julgar outras e ser julgadas por elas. Então, o mesmo indivíduo pode ter uma visão Moral e agir em conformidade com ela e, no entanto, esse ato pode não ser consequência do seu pensamento Moral, mas do pensamento Moral dos outros, e o seu julgamento Moral pode induzir outros a atuar segundo esses princípios. Pode, portanto, existir uma sociedade globalmente Moral sem indivíduos propriamente morais. Além disso, o julgamento Moral a respeito de um indivíduo é derivado do julgamento Moral a respeito dos seus atos. Portanto, um indivíduo que julga outros por certo tipo de atos julga-se de maneira similar para o mesmo tipo de atos se as circunstâncias relevantes forem similares. Essa auto-imagem também pode ser um incentivo. Então, essa motivação de conduta entra na categoria dos motivos morais, embora não do tipo mais puro de Moralidade (a nuance seria entre “faço isto porque me faz uma pessoa boa” e o mais direto e puramente Moral “Faço isto porque é uma boa ação”. Esse julgamento de si pode ser suficiente para induzir a conduta ou podem ser necessários, além dele, os julgamentos de outros. E como a Moral consiste essencialmente em valores compartilhados, parte de uma cultura comum, os julgamentos dos outros a respeito de um indivíduo tendem a coincidir com o próprio julgamento que ele tem de si. Ambos podem reforçar a influência do outro na mesma direção. Na verdade, em certo ponto, as imagens que os outros têm de nós e as imagens que nós temos não são fatos muito diferentes. Os valores morais existentes tornam-se uma entidade, um tipo de conduta Moral. De qualquer modo, as opiniões dos outros precisam apenas ser imaginadas pelo ator. Ele pode nem considerar outros realmente específicos. Essa opinião pode ser abstraída na do “outro generalizado”, nos termos de George Herbert Meade. Isso se torna a “visão da sociedade” do que é certo ou bom, na verdade, algo não muito longe da hipóstase da sociedade na religião, como vê Dukheim”.

<sup>69</sup> P. 425.

outros, ou, novamente, induzidos a atos morais por seu quase interesse pessoal nos julgamentos dos outros.

A Moral é a lei fundamentada em conceito, é forma, por isso é rígida. Neste ponto ela identifica-se com o Direito<sup>70</sup>, que também é rígido. O espírito não se adapta à norma Moral, porque a lei Moral julga a partir de um ponto de vista, o conceito Moral nasce desse ponto de vista e o julgamento que daí surge não é abrangente.

O julgamento que se fundamenta em normas morais é um julgamento Moral. O julgamento que se fundamenta em normas jurídicas é um julgamento jurídico. O julgamento que se fundamenta no respeito e no Amor ao Próximo é um julgamento compreensivo porque aceita as diferenças entre os Homens e as diversidades dos fatos da vida humana em sociedade.

Por exemplo: se a mãe mata o seu filho transgrediu o Amor, mas também transgrediu a lei Moral e violou a norma jurídica. O homicídio pode ser analisado sob diferentes critérios (Amor, Moral e jurídico), porém o diferencial está na forma de julgamento ou critério de julgamento.

O que vem a ser esta forma ou critério de julgamento? A forma de julgamento ou o critério de julgamento são expressos na forma de pensar e na forma de agir e são a mesma coisa que um ponto de vista que se tem sobre uma mesma situação. Em cada âmbito normativo há um julgamento com conseqüências diversas, conforme as demonstrações abaixo.

Como as leis do Amor e do Respeito julgam e agem com a mãe que mata o seu filho? Quando a mãe mata seu filho, a lei do Amor e do Respeito ao Próximo preocupa-se com o sofrimento desta mulher, porque considera que de uma ação violenta virá um sofrimento brutal: psicológico, mental e talvez até físico.

---

<sup>70</sup> Conforme Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 73: “Uma ciência é a obra dos seus cultores. O Direito não constitui exceção. A recepção prende-se, pois, sempre com o nível de aprendizagem dos juristas.”

Portanto, o Homem que age segundo as leis de Amor e de Respeito ao Próximo, tenta aliviar a dor e o transtorno decorrentes da má conduta da pessoa que transgrediu as leis do Amor.

Como as leis do Amor julgam e agem com um homicida? O julgamento de um homicida conforme as leis de Amor e de Respeito à Pessoa Humana faz com que a pessoa transgressora fique sob cuidados médicos em ambiente limpo, saudável, educativo e não superlotado. Um julgamento que procura diminuir a vileza e a brutalidade do homicida preparando-o para voltar à vida em sociedade com sanidade e Dignidade.

Como as leis morais punem a mãe e o pai que matam o seu próprio filho? Neste ponto as leis morais são mais rígidas das que as normas jurídicas. Por quê? Porque para as normas jurídicas, no caso brasileiro, a punição não é eterna, porém para as leis morais o casal que mata o seu filho, ou a filha que mata seus pais, ou a mãe que mata seu filho, são condenados até que o fato ocorrido caia no esquecimento do meio social em que eles estavam inseridos, fato que ocorre somente com a mudança de geração.

Portanto, são das leis morais que surgem as reações sociais como: “Eu não aceito que meu filho freqüente a mesma escola daquela moça que matou os pais”; “Eu não aceito que aquele criminoso sente-se ao meu lado no restaurante que freqüento”; “Eu não aceito que aquele criminoso tenha liberdade”.

São das leis morais que surgem as idéias e os movimentos populares para linchar em público determinado criminoso. O tratamento que o preso recebe dentro do cárcere é reflexo do pensamento Moral da sociedade.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Cf. Relatório anual de 2003 do Centro de Justiça Global: “A sociedade brasileira enxerga as prisões como locais de pessoas violentas que cometeram crimes terríveis contra inocentes, daí a banalização das violações dos direitos humanos dentro das prisões.” (Sandra Carvalho, org., Direitos humanos no Brasil, 2003. *Relatório anual do Centro de Justiça Global*. Trad. Carlos Eduardo Gaio *et. al.* Rio de Janeiro: Justiça Global, 2004. Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu = 43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu = 43)>. Acesso em: 29 out. 2009).

Como julgam e agem as normas jurídicas com a mãe que mata o seu filho? As normas jurídicas punem os transgressores de modo técnico, ou matemático, e Moral, descomprometidas com a ordem social e com a Dignidade da Pessoa Humana. Por quê? Porque o método que se emprega como punição torna o Homem, transgressor das normas de direito penal, mais vil e mais bruto.

Para a mulher que matou seu filho ou para o homem que matou outro homem obterem a sua liberdade basta que eles cumpram os requisitos legais. Porém, todo o tempo em que eles foram privados de sua liberdade, eles também foram privados de Dignidade, de higiene, de tratamento médico<sup>72</sup> e de educação<sup>73</sup>. Devido ao modo irrefletido e Moral que o Direito Penal trata o ser humano, a sociedade acaba sendo ameaçada com a volta do transgressor à sociedade.

O Homem que não sabe honrar a si mesmo, não sabe como honrar ao seu semelhante e a ele mesmo e acaba sendo vítima de sua má atitude ou má ação. O intuito maior do Direito é a coordenação social. No entanto, é fácil verificar que esta não prevalece. Falta à aplicação das leis penais e civis o conteúdo de Respeito e de Amor ao Próximo.

O pensamento de julgar conforme a vontade estrita da lei faz com que o julgador não pense em si mesmo, no seu semelhante, não honre a si mesmo e a sociedade. Por isso, todos são, a cada dia, mais ameaçados pelos roubos, seqüestros, latrocínios e homicídios e outras formas de violência.

---

<sup>72</sup> Cf. Relatório anual de 2003 do Centro de Justiça Global sobre os direitos humanos no Brasil: “leis penais duras contribuem para que o número não pare de aumentar. Entre 1995 e 2003 a população prisional sofreu um aumento de 84 %. Jovens continuam sendo enjaulados no inferno de superlotações, motins, instalações sanitárias precárias, doenças infecto-contagiosas, mortes, privações físicas e mentais.” (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009).

<sup>73</sup> Cf. Relatório anual de 2003 do Centro de Justiça Global sobre os Direitos Humanos no Brasil: “Com 10,4% de analfabetos e 69,5% com o primário incompleto, o gráfico caracteriza o quanto a população carcerária já estava excluída antes de entrar na prisão. É fundamental que o Ministério da Justiça em parceria com o Ministério da Educação elaborem um programa nacional de educação específica para a população carcerária. Este investimento poderia ser feito em parceria com a sociedade civil organizada e principalmente com as universidades.” (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009).

Para um perigoso homicida obter liberdade basta que ele cumpra o tempo e os requisitos legais e não existe a preocupação com a sua re-socialização, enquanto está privado da liberdade, e tampouco com as condições de vida no interior do cárcere cumprindo a pena; a preocupação é posterior.

Esta mentalidade faz com que a vida em sociedade torne-se cada vez mais perigosa e violenta, porque aquele que obtém a liberdade, após o cumprimento da sentença penal condenatória, muitas vezes tornou-se mais debilitado do que outrora.

A respeito da diferenciação entre o Direito e a Moral, Sebastião José Roque<sup>74</sup> ministra que:

A principal discriminação, porém, está na fonte da sanção. No direito, a sanção está prevista na própria lei, enquanto a Moral é incoercível, ou, então, fica a sanção contida nas reações sociais, ou seja, pela repulsa a qualquer ato imoral pela sociedade agredida, ou mesmo, poderá ficar contida na própria consciência do imoral. Como mensurará o homem imoral o grau de sanção pela sua imoralidade? A regra moral é então unipolar, vale dizer, apresenta um pólo só: é apenas imperativa. Por exemplo, dou a mão a uma mulher idosa para que ela possa descer do ônibus e atravessar a rua; é um dever que a moral me impõe; mas essa mulher não tem o direito subjetivo, a *facultas agendi*, de exigir que eu a ajude. A regra jurídica, porém, é imperativa e atributiva; ao mesmo tempo que ordena a mim o cumprimento de uma obrigação, atribui ao meu credor o direito de exigir de mim o cumprimento dessa obrigação, conferindo-lhe inclusive o poder de empreender ação judicial. Sob outro aspecto, a moral dirige-se à vontade do cidadão; o direito à sua inteligência, vale dizer, o cidadão aceita ou não os ditames da moral, que está condicionada ao elemento volitivo. A regra jurídica, porém, se dirige, não à vontade do cidadão, mas à sua inteligência, não se submetendo ao seu querer, mas fazendo-o compreender que será submetido a sanções, caso ignore.

Como o Direito representa as leis morais, mas não sempre os ideais do Amor e do Respeito de uns para com os outros, tornou-se mais difícil a coordenação social. As leis morais querem que os transgressores sofram castigos severamente.

Entretanto, os Homens não percebem que tal atitude lhes traz o mesmo sofrimento, pois, ao contribuírem para que o indivíduo torne-se mais vil, a sociedade coloca-se novamente como vítima da vileza daquele que se tornou mais vil.

---

<sup>74</sup> *Introdução ao estudo do direito*, p. 17-18.

Por causa destes raciocínios morais e de seus julgamentos, os Homens acabaram desacreditando na bondade porque tornaram-se vítimas da suas próprias maldades. Nesse contexto, a maldade, que é a pior porção da natureza humana, cresceu e tornou-se evidente e clara, enquanto a bondade diminuiu e tornou-se oculta.

Devido a isso, os Homens passaram a confiar em suas leis e a desconfiar dos seus semelhantes sem perceberem que tais procedimentos os tornaram ainda mais desconfiados e desacreditados da boa natureza humana.

O que está ao alcance do Homem é o conhecimento sobre si mesmo, porque conhece-se e sabe em que lugar está a sua boa e a sua má natureza humana.

A visão de que aquele que age de acordo com a norma Moral seja bom é equivocada, pois só quem age de acordo com o Amor e com o Respeito à Pessoa Humana é bom.

O moralista quase sempre é: preconceituoso, severo, egoísta e pode até chegar a ser mau e agir através da força ou da violência, ou seja, ter reações sociais. Quem respeita seu semelhante é o Homem bom. Quem respeita a si mesmo é bom consigo mesmo e com o mundo em que está inserido.

O Homem moralista viola a lei do Amor e do Respeito ao pensar que ser bom é estar de acordo com as suas regras. O Homem moralista pensa ser bom porque cumpre as leis morais. Porém, o seu severo julgamento faz dele um Homem mau porque dá vazão a sua má inclinação humana quando não aceita as diferenças de hábitos e de costumes entre os seres humanos.

O moralista tem dificuldade em perceber que sempre expõe os transgressores de suas leis aos vexames, aos escândalos e às vergonhas porque seus julgamentos violam a honra e a Dignidade da Pessoa Humana ao não deixar que prepondere o que ela tem de bom e ao destacar o que não tem de bom.

É a lei Moral que se ira com a concubina e lhe falta com respeito violando a sua Dignidade. É a lei Moral que faz com que os homossexuais<sup>75</sup> encontrem dificuldades para viverem e conviverem em sociedade por haver falta de respeito à liberdade sexual e Amor à Pessoa Humana. É a Moral que divide a sociedade em classes sociais. É a Moral que marginaliza os pobres e demonstra com eles profundo desamor e desrespeito, mesmo sendo provável que a Moral evoque atos de Mútuo Respeito.

Quando a Moral está em crise surge a hipocrisia. Quando o Amor está em crise surge a corrupção. Quando o Direito está em crise surge a desesperança.

Nas palavras de Serge-Christophe Kolm<sup>76</sup>:

A conduta que é classificada como Moral pode resultar do egoísmo mais estrito e estreito por meio da interação social, como termos explícitos ou implícitos de uma trégua ou acordo, sobretudo em certas situações repetidas ou sequenciais semelhantes a jogos. Isso realmente tem probabilidade de evocar atos de mútuo respeito ou ajuda. Então, uma teoria pode ajudar fornecendo informação que torne as pessoas, ou algumas delas, consciente desse meio de servir a seus interesses estreitos e egoístas. Além disso, no caso bastante comum em que tais interações têm várias soluções estáveis, a razão Moral pode ajudar a selecionar uma (por exemplo, por meio de referência à dominação por unanimidade ou à simetria racional); essa seleção pode não precisar de nenhuma motivação extra ou necessitar de motivação extra suficientemente limitada que seja Moral ou que induza a conduta que parece Moral, e a conduta interativa global não destrói essa escolha Moral, na verdade, implementa-a. Finalmente, a conduta que parece Moral pode ser genuinamente Moral e, portanto induzida diretamente pela motivação Moral do ator; pode ser motivada pela preocupação quase egoísta do autor com a opinião dos outros, ou pode resultar da interação social puramente egoísta.

O moralista está preso aos dogmas morais e conseqüentemente está sujeito a se desviar do bom senso e do bom julgamento.

---

<sup>75</sup> Cf. Relatório anual do Centro de Justiça Global sobre os direitos humanos no Brasil em 2003: “Orientação sexual. Aqui o preconceito é tanto que mesmo quando a violência ocorre entre cidadãos das classes altas, a família e os amigos tentam abafar ou desvincular qualquer relação entre crime e orientação sexual. Autoridades e a polícia fazem pouco ou nada para encontrar os culpados. T tamanha escassez na apuração e investigação de ocorrências leva a uma subestimação no registro. Os dados e estatísticas disponíveis baseiam-se quase que exclusivamente em notícias publicadas pela imprensa ou dados de serviços de disque-denúncia [*sic*]. Homossexuais e bissexuais sofrem diversos tipos de violência, a começar pela própria família que em muitos casos não aceita sua orientação sexual. São comuns ainda crimes de extorsão, roubo e furto. O chamado crime de ódio é outra modalidade bastante comum, tal qual a ação de grupos neonazistas.” (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009).

<sup>76</sup> *Teorias modernas da justiça*, p. 484.

O *bom julgamento* é respeitoso e compreensivo. O *bom julgamento* restaura o que foi perdido e não fere ainda mais. O julgamento da Moral é insensível, porém, em contrapartida, tal atitude é instaurada como uma idéia do bem e passa a crença de portar a intenção de ajudar e de oferecer Respeito Mútuo. Contudo, tal fundamento não inclui a todos os indivíduos.

A concubina está sempre fora da proteção das leis jurídicas devido à lei Moral e acaba desrespeitada devido à lei Moral e desamparada pela norma jurídica. Para a lei Moral ela é uma transgressora, é imoral e encaixa-se no conceito de imoralidade. Então, como violou a norma Moral não recebe proteção jurídica e tem a sua Dignidade Humana ferida sob o manto da lei.

De acordo com Serge-Christophe Kolm<sup>77</sup> “Quem paga pelo ato Moral não é o detentor do julgamento Moral”, porém “certamente responde por grande parte dos efeitos concretos das opiniões morais e, portanto, também, finalmente, pela existência e pela importância duradoura de tais opiniões”. Segundo ele:

Os detentores da opinião Moral são os observadores que, assim, têm a sua Moral implementada sem nenhum custo. Demonstrar ou expressar a nossa opinião custa efetivamente pouco e, na verdade, é suficiente que o agente pense que as outras pessoas pensam nele de maneira considerada ou mesmo, talvez, que assim poderiam pensar ou pensariam se soubessem. Esse “juiz Moral” pode, assim, tornar-se inteiramente impessoal, com finalidade pouca ou nenhuma diferença de uma motivação pura.<sup>78</sup>

A norma Moral não julga conforme a natureza das coisas por falta de conhecimento a respeito das situações. As leis morais julgam através dos seus próprios conhecimentos, dos próprios pensamentos e com seus próprios julgamentos a respeito das coisas.

Em razão disso, o estudo entende que as normas jurídicas devem alinhar-se junto ao Amor e ao Respeito à Pessoa Humana e afastar-se das leis morais. Sob o ponto de vista da Moral, a relação concubinária e homossexual é maliciosa, e o moralista tem esta impressão

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 485.

<sup>78</sup> *Ibidem*, mesma página.



nos seus olhos e forma seu conceito do que seja imoral e mau a partir da impressão que tem das relações, porque visa à manutenção de uma ordem social que o favoreça.

Como forma de aperfeiçoar o Direito e as relações sociais reguladas através das leis, e de evitar resíduos e conteúdos rigidamente morais tutelados por ele, sustenta-se, neste estudo, a idéia de que tal Ciência deve possuir um mínimo ético de Amor e de Respeito ao Próximo. Muitos podem indagar: “A Moral está intimamente ligada ao Amor?”

Então para sanar tal questão, pode haver a imagem de dois círculos: o círculo da Moral e o círculo do Amor e de Respeito ao Próximo. O círculo da Moral é menor enquanto que o círculo do Amor é maior. O círculo da Moral relaciona-se ou conecta-se com o círculo do Amor, porém em pequenas proporções, levemente conexos.

Por exemplo, as relações concubinárias e homossexuais estão fora do círculo da Moral, porém dentro do círculo do Amor e do Respeito ao Próximo. Por outro lado, o pai que alimenta o filho e o filho que alimenta o pai estabelecem relações que fazem parte tanto do círculo da Moral como do círculo do Amor.

## CAPÍTULO II - A PESSOA HUMANA E A SUA DIGNIDADE

### 1. A Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição de Weimar, na Alemanha do início do século XX, foi a primeira a explicar que “o respeito à pessoa é um limite constitucional ao poder legislativo.”<sup>79</sup>

Antônio Junqueira de Azevedo<sup>80</sup> assinala que a utilização da expressão Dignidade da Pessoa Humana no mundo do jurídico é fato histórico recente. Lembra também que muitas civilizações, especialmente com seus heróis e santos, tiveram consideração pela Dignidade da Pessoa Humana, mas juridicamente a tomada de consciência, com a verbalização da expressão, foi um avanço dos tempos mais modernos.

Historicamente, o conceito de Dignidade Humana sofreu a influência do Cristianismo, dos ideais humanistas do Iluminismo, da obra de Emanuel Kant (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*) e das conseqüências da 2.<sup>a</sup> Grande Guerra Mundial. Contudo, somente após a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), o debate e a discussão a respeito dos Direitos Humanos Fundamentais ganharam maior destaque.

---

<sup>79</sup> Cf. Antônio Scalisi, *Il valore della persona nel sistema è nuove diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 3. Nas palavras de José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p.144-145: “Foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que por primeiro erigiu a dignidade da pessoa humana em direito fundamental expressamente estabelecido no seu artigo 1.º, n. 1, declarando ‘A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais’. Fundamentou a positividade constitucional desse princípio de base filosófica, o fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob as invocações de razões de Estado e outras razões. Os mesmos motivos históricos justificaram a declaração do art. 1.º da Constituição portuguesa, segundo o qual ‘Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária’, e também a Constituição espanhola, cujo art. 10, n. 1, estatui que ‘a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social’. E assim também a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana praticados sob o regime militar levaram o Constituinte Brasileiro a incluir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme o disposto no inciso III do art. 1.º da Constituição de 1988.”

<sup>80</sup> *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, jul./set. 2004, p. 3.

A expressão *Dignidade da Pessoa Humana* apareceu no “Preâmbulo” da Carta das Nações Unidas pela primeira vez em 1945, nesse mesmo contexto em que hoje está sendo empregada, qual seja: “Dignidade e Valor do Ser Humano”. Na seqüência dos acontecimentos, no âmbito internacional, declarações e pactos foram firmados e organizações e cortes foram criados para defender os Direitos Humanos.

Segundo Ana Paula Barcellos<sup>81</sup>:

De fato, com o fim da Segunda Guerra Mundial, e especialmente após a criação da ONU, a discussão a respeito dos direitos humanos ou fundamentais tomou uma nova dimensão. No âmbito internacional, Declarações e Pactos sobre esses direitos foram firmados, bem como Organizações e Cortes criadas para protegê-los. O reconhecimento do dever de respeitar e promover a dignidade da pessoa - embora o conteúdo dessa afirmação ainda hoje seja objeto de acirradas disputas - parecia ser o único ponto de acordo teórico entre os países divididos pela Guerra Fria. As inúmeras Declarações e Pactos subscritos, bem como as Conferências promovidas nas décadas que se seguiram, não foram capazes de erradicar a violação comissiva (por vezes mesmo sistemática e institucional) ou omissiva (pelo desatendimento generalizado) dos direitos humanos em seus mais diversos aspectos. Infelizmente, numerosos exemplos podem ser arrolados neste ponto: Biafra, na Nigéria dos anos 60, o Khmer Vermelho no Camboja, os conflitos étnicos em Ruanda, Uganda, Bósnia e Kosovo, as ditaduras na China e no Tibet, em Cuba e na América Latina, a fome e a miséria endêmica na Etiópia e diversos outros países africanos, a pobreza crônica, o analfabetismo e os regimes de semi-escravidão e exploração do trabalho infantil na América Latina e Ásia etc. Neste início de século, de forma mais intensa com o desenvolvimento espantoso das comunicações, essas tragédias humanas, antes distantes e despersonalizadas, tomam cor e corpos na tela das televisões, chocando os espectadores. Junte-se a isso o colapso do chamado socialismo real e o conseqüente arrefecimento de seu ideário, bem como a aparente inexorabilidade de alguns movimentos históricos, com a globalização econômica. Nesse contexto, de uniformidade da economia, da informação e, muitas vezes, da própria cultura, a defesa dos direitos fundamentais do homem, e portanto de sua dignidade, vem se tomando um dos valores comuns do mundo ocidental. E o direito, especialmente o direito constitucional, transformou-se, dentro de certos limites e para determinadas finalidades, em um dos instrumentos para essa defesa. Concretizando um pouco mais o que se acaba de expor, lembre-se que os direitos fundamentais são tradicionalmente apresentados pela doutrina como um conjunto formado pelas seguintes categorias: direitos individuais, direitos políticos e direitos sociais, esta última uma redução da locução direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos individuais são comumente identificados como direitos da liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado. Nessa linha, foram progressivamente conquistados os direitos à liberdade de opinião, de expressão e de reunião, à liberdade de ser proprietário, dentre outros. Os direitos políticos, por sua vez, são aqueles que procuram instrumentalizar a participação dos indivíduos na deliberação pública, hoje identificados como um corolário da igualdade de todo ser humano e da conseqüente necessidade de que as decisões políticas sejam tomadas por meio de uma fórmula majoritária. No caso do sistema representativo, adotado pela maioria dos países ocidentais modernos, tais direitos englobam basicamente a capacidade de votar e ser eleito, e ainda formas de manifestação popular semidireta, como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e o “recall”. A terceira categoria a compor a idéia de direitos fundamentais - que é a que interessa mais diretamente a este estudo - é a que congrega os direitos sociais, econômicos e culturais. A noção de mínimo existencial, que será desenvolvida nos últimos capítulos, nada mais é que um conjunto formado por

---

<sup>81</sup> *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 111-115.

uma seleção desses direitos, tendo em vista principalmente sua essencialidade, dentre outros critérios. A esse conjunto de direitos se reconhece eficácia jurídica positiva ou simétrica. A integração dessa última categoria de direitos às demais desenvolveu-se especialmente a partir do fim do século XIX e o início do século XX, quando se verificou de forma clara que o homem idealizado pelo liberalismo - cuja única necessidade era liberdade, suficiente para assegurar uma vida digna para si próprio e sua família - não existia. A garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente, na medida em que o Estado deixou de ser o único opressor. A lógica aleatória e impessoal do mercado capitalista livre era capaz de negar aos indivíduos bens absolutamente fundamentais, a despeito da liberdade garantida e do empenho que se pudesse empregar para obter tais bens. Sem essas condições materiais mínimas, e.g., de educação, saúde, alimentação, informação etc., os direitos individuais e políticos eram pouco mais que papel e tinta. Pelas mesmas razões, a democracia, sem que todos os participantes da deliberação tenham condições básicas de dignidade material, descreve apenas uma ficção. A conclusão, portanto, é simples: esses três grupos de direitos não estão em oposição antes se complementam, na medida em que os direitos sociais viabilizam o exercício real e consciente dos direitos individuais e políticos e que todos, conjuntamente, contribuem para a realização da dignidade humana. Desde o início do século XX, portanto, tem-se procurado transformar o atendimento dessas necessidades em direitos, introduzindo-os no ordenamento jurídico. Essa foi a fórmula encontrada para afirmar que esses bens fundamentais formam imperativos da dignidade humana, não podendo depender da provisão do mercado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco histórico no reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana adotada e proclamada pela resolução n.º 217, da Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948 - e assinada pelo Brasil em 10 de dezembro -, anuncia em seu artigo 1.º que todos os seres humanos, ou seja, todo e qualquer Homem, nascem livres e iguais em Dignidade e em Direitos e que sendo dotados de razão e de consciência, devem agir uns com os outros em espírito de fraternidade.

Com isso, todo e qualquer indivíduo torna-se sujeito de Direitos e de obrigações na ordem civil e passa a ser titular de plenos poderes e liberdades, ou seja, passa a ter o mesmo coeficiente de Dignidade. A partir disso, a Pessoa Humana apresenta uma Dignidade que não é suscetível de medida ou de variabilidade.<sup>82</sup>

A intenção do artigo 1.º do referido documento era incluir os indivíduos que ainda possuíam a capacidade relativa e a liberdade restrita na órbita civil, como os

---

<sup>82</sup> Cf. Joaquín Arce y Flores-Valdés, *Los principios generales de Derecho y su formulación constitucional*, p. 147: “En la actualidad se puede afirmar que no hay quien, siendo humano, no sea por lo mismo persona, como ocurrió historicamente con la esclavitud; ni se pueden dar diferentes clases sustanciales de persona, como aconteció en la sociedad feudal. Porque la persona, ante el Derecho, há llegado a dar expresión unívoca a una dignidad que no es susceptible de medida ni de variabilidad; toda persona, por serlo, tiene el mismo coeficiente de dignidad.”

escravos, os indígenas, os imigrantes e as mulheres, além de impedir o domínio de um Homem sobre o outro por meio de poder ou de força.

A intenção era exterminar a condição de escravidão que algumas Pessoas Humanas estavam vivendo e, por isso, deixavam de ser consideradas um bem ou um objeto e passavam a ser pessoas, ou sujeitos, no plano jurídico. Há que se notar, portanto, que a noção moderna de Dignidade Humana veio com a intenção de igualar os Homens ao vencer as diferenças arbitrárias, discriminatórias e excessivas. Por isso é possível concluir que a Dignidade da Pessoa Humana, proclamada na referida declaração, tem cunho igualitário.

Nesse sentido também se expressou o artigo 2.º, o qual consagrou que todas as pessoas têm a capacidade para gozar dos direitos e da liberdade, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública, origem social, riqueza, nascimento ou outra condição. A partir disso, toda e qualquer Pessoa Humana passou a ser o bem mais precioso do mundo jurídico e a sua Dignidade tornou-se o valor principal dos modernos ordenamentos jurídicos ocidentais,<sup>83</sup> como o espanhol, o brasileiro, entre outros.

---

<sup>83</sup> Cf. *Ibidem*, p. 146: “El enaltecimiento de la dignidad de la persona se ajusta a la mejor tradición española. En Las Partidas ya se expresaba, em efecto, que “la persona del home es la ma noble mundo”. Y los términos com que actualmente se pronuncia el artículo 10 de la Constitución no dejan lugar a duda sobre la condición del principio fundante de nuestro ordenamiento jurídico que tiene la persona humana: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento Del orden político y de la paz social”. El precepto transcrito reconoce una realidad – según nota Sánchez Agesta – que tiene una validez anterior al ordenamiento jurídico y a la que define como “fundamento Del orden político y de la paz social”, con lo que la situa em directa relación con la finalidad última del Derecho. Y la dignidad de la persona nos aparece, a través de esta correlación, no a la manera de um derecho que se otorga por el ordenamiento jurídico, sino como un prius Del próprio ordenamiento. Por eso puede afirmar Hernández Gil que la dignidad de la persona “no es mera consecuencia o reflejo de la ordenación jurídica. Tiene una existencia previa, si bien el ordenamiento habrá de dotarla de significación”. Então, segundo Joaquín Arce e Flores Valdes o enaltecimento da dignidade da pessoa humana se ajusta à melhor tradição espanhola. A letra do artigo 10 da Constituição Espanhola não deixa dúvida de que a pessoa humana assume a condição de princípio fundante no ordenamento espanhol. Segundo o artigo 10, a dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis inerentes a ela, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos demais direitos são fundamentos da ordem política e da paz social. Para Sánchez Agesta a dignidade humana, no ordenamento espanhol, teria validade anterior ao ordenamento jurídico porque se relaciona com a finalidade última do Direito. A partir desse raciocínio, Hernandez Gil observa que a dignidade humana não se apresenta como um direito que se outorga ou como mero reflexo da ordem jurídica, mas como algo que tem existência prévia, porém passível de receber significado externo. Percebam que a Constituição Brasileira também consagra a dignidade humana como fundamento da República, portanto, os raciocínios desenvolvidos pelos juristas espanhóis se encaixam ao sentido dado pela lei maior brasileira à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, tem-se a explicação de Miguel Reale<sup>84</sup>, para quem a Pessoa Humana é o valor e a fonte de todos os valores, e reitera que a objetivação histórica desse valor, na relação jurídico-política, entre governantes e governados, exprime-se pela positivação dos Direitos Humanos.

Seguindo o rumo traçado pela Declaração dos Direitos Humanos, a Constituição Federal Brasileira de 1988 explicitou no seu artigo 1.º, inciso III, o Princípio da Dignidade da Pessoa como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito Brasileiro, ou seja, reiterou como o princípio maior do ordenamento constitucional brasileiro.

Conforme a explicação de José Afonso da Silva<sup>85</sup> sobre a proteção constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:

Não é o caso, aqui de empreender uma discussão em torno da distinção entre valores supremos, fundamentos, princípios constitucionais, princípios fundamentais, princípios inspiradores da ordem jurídica e princípios gerais do Direito, a fim de buscar um enquadramento da dignidade da pessoa humana num deles. Apenas convém esclarecer que não se trata de um princípio constitucional fundamental. E fazemos esse esclarecimento porque a partir da promulgação da Constituição de 1988 a doutrina passou a tentar enquadrar tudo nesse conceito, sem atinar que ele é um conceito que se refere apenas à estruturação do ordenamento constitucional, portanto mais limitado do que os princípios constitucionais gerais, que envolvem toda ordenação jurídica. Poderíamos até dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. Repetiremos aqui o que já escrevemos de outra feita, ou seja, que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do Homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do Homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art.170), a ordem social visará à realização da justiça social (art.193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

<sup>84</sup> *Comissão de Patrimônio Cultural da USP. Direitos Humanos em Dissertações e teses da USP, 1934-1999*, p. 26-27.

<sup>85</sup> *O poder constituinte e o poder popular*, p.146-147.

Nas palavras de Ana Paula Barcellos<sup>86</sup>:

Um dos poucos consensos teórico do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por mais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas - eventualmente contraditórias - o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente. É indispensável para o presente estudo percorrer com detalhes o caminho histórico - repleto de avanços e retrocessos - que alçou o homem, de juguete nas mãos dos deuses gregos ou de parte indistinta das comunidades nos Estados antigos, ao centro de seus próprios pensamentos e realizações, dentre os quais o Estado e o Direito. Será bastante assinalar quatro momentos fundamentais nesse percurso: o Cristianismo, o iluminismo-humanista, a obra de Immanuel Kant e o reflexo dos horrores da Segunda Guerra Mundial, nessa ordem. A mensagem divulgada por Jesus Cristo e seus seguidores representou um ponto de inflexão no mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal. Mais do que isso, a mensagem de Cristo enfatizava não apenas o indivíduo em si, mas também o valor do outro - “Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: “Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos dependem toda a lei e os profetas” - despertando os sentimentos de solidariedade e piedade para com a situação miserável do próximo, que estarão na base das considerações acerca dos direitos sociais e do direito a condições mínimas de existência (mínimo existencial).

A proteção jurídica da Dignidade da Pessoa Humana no sentido hoje assumido refere-se aos seguintes itens:

- (a) repele qualquer atentado proveniente de outras pessoas ou dos poderes públicos;
- (b) repele a negação (ou omissão) dos meios fundamentais para o desenvolvimento como pessoa;
- (c) repele a imposição de condições sub-humanas de vida, como a escravidão e trabalhos excessivos;
- (d) repele a existência de pessoas vivendo em condições sub-humanas, em excessiva miséria, sem moradia, sem trabalho.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 103-105.

<sup>87</sup> Cf. Joaquín Arce y Flores-Valdés, *Los principios generales de Derecho y su formulación constitucional*, p. 149: “Como princípio, significa la afirmación de su autonomía y independencia y, consiguientemente, excluye toda coacción externa al desarrollo de su personalidad, toda actuación que suponga cualquier degradación externa del puesto central que le corresponde. Y al mismo tiempo que comporta la exigencia, el respeto y la protección de sus inalienables derechos, repele cualquier atentado proveniente de otras personas o de los poderes públicos, la negación de los medios fundamentales para su desenvolvimiento como persona o la imposición de condiciones infrahumanas de vida.”

Toda Pessoa Humana possui sua individualidade, pois cada uma é dotada de qualidades que a tornam única e exclusiva. Por isso é impossível uma igualdade plena e rígida entre elas, mas não se permite a falta de oportunidade, de incentivo, a presença da discriminação, a situação de inferioridade ou a diminuição ou o rebaixamento da Pessoa Humana frente ao Poder Público ou perante outro indivíduo.

De acordo com o pensamento de Emmanuel Kant, que influenciou o conceito e o entendimento acerca da Dignidade da Pessoa Humana que se tem hoje, a Pessoa Humana não deve ser tratada como meio, isto é, objeto ou instrumento a serviço de algo ou alguém, mas, como fim, em si mesma, ou seja, deve-se valorizar a vontade da Pessoa Humana e não submetê-la a leis que contrariem a sua boa vontade. Toda lei tem que estar contida em cada pessoa e esta deve praticar sua ação de forma que ela mesma edite uma norma que seja universal através de sua boa conduta.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o filósofo guia a moralidade por um caminho universal que transpõe os costumes e os deveres morais e impõe sobre a Pessoa Humana a máxima da liberdade, ou arbítrio individual, como legisladora de si mesma, enquanto haja nela o espelho de uma boa vontade, pois só assim ela será livre e digna. A Dignidade possui um valor íntimo e este não pode ser trocado por algo equivalente ou por algo que seja estimado em valor.

Para Kant<sup>88</sup>:

O ser racional tem de considerar-se sempre como legislador num reino dos fins possível pela liberdade da vontade, quer seja como membro quer seja como chefe. Mas o lugar deste último não pode assegurá-lo somente pela máxima da sua vontade, mas apenas quando seja um ser totalmente independente, sem necessidade nem limitação do seu poder adequado à vontade. A moralidade consiste pois na relação de toda a ação com a legislação, através da qual somente se torna possível um reino dos fins. Esta legislação tem de poder encontrar-se em cada ser racional mesmo e brotar da sua vontade, cujo princípio é: nunca praticar uma ação senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer só de tal maneira que a vontade pela sua máxima se possa considerar, a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal. Ora se as máximas não são já pela sua natureza necessariamente concordes com este princípio

---

<sup>88</sup> *Fundamentação metafísica dos costumes*, p. 80-81.



objetivo dos seres racionais como legisladores universais, a necessidade da ação segundo aquele princípio chama-se então obrigação prática, isto é, dever. O dever não pertence ao chefe do reino dos fins, mas sim a cada membro e a todos em igual medida. A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa em que a vontade de um ser racional tem que ser considerada sempre como legislador, porque de outra forma não podia pensar como fim em si mesmo. A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isso não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão aquela que ele mesmo simultaneamente dá. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem supor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.

José Afonso da Silva<sup>89</sup> valendo-se dos ensinamentos de Kant explica que:

Voltemos, assim, à filosofia de Kant, segundo a qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem e tem um preço de mercado; enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade. Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha-se e se confunde com a própria natureza do ser humano. Portanto, a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.

Conforme a explicação de Ana Paula Barcellos<sup>90</sup>

O desenvolvimento teórico do humanismo acabará por redundar em um conjunto de conseqüências relevantes para o desenvolvimento da idéia de dignidade humana, como a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício

<sup>89</sup> *Poder Constituinte e poder popular*, p. 146.

<sup>90</sup> *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 106-110. Ver também: Hannah Arendt. Eichman, *Em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, 1.999. Conforme Antonio Enrique Pérez Lunõ, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitucion*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1999, p. 125: “Kant acepta, em principio, la tesis del iusnaturalismo iluminista de que el Estado es un medio y una condición para asegurar lãs respectivas esferas de libertad de los ciudadanos, por médio del derecho”.

democrático do poder. Com efeito, a regra majoritária era a fórmula capaz de realizar a igualdade essencial de cada homem no âmbito da deliberação política. Em terceiro lugar, e seguindo o curso histórico, não se pode deixar de mencionar o pensamento de Immanuel Kant. E Kant que vai representar a formulação mais consistente - e particularmente complexa - da natureza do homem e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e as da natureza. No que mais diretamente nos interessa, e de uma forma bastante simplificada, pode-se dizer que, para Kant, o homem é um fim em si mesmo - e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação - dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. Assim é que Kant sustenta a necessidade da separação dos poderes e da generalização do princípio da legalidade como forma de assegurar aos homens a liberdade de perseguirem seus projetos individuais. Interessantemente, e nada obstante os vários retrocessos históricos, a concepção kantiana de homem continua a valer como axioma no mundo ocidental, ainda que a ela se tenham agregado novas preocupações, como a tutela coletiva dos interesses individuais e a verificação da existência de condições materiais indispensáveis para o exercício da liberdade. Na verdade, nas primeiras décadas do século XX, a concepção humanista já se havia transformado no conhecimento comum do chamado “mundo civilizado”, tanto assim que as Constituições, já havia algumas décadas, procuravam consagrar os direitos individuais e alguma forma de separação dos poderes. A partir do fim da Primeira Guerra Mundial, a preocupação com os chamados sociais será progressivamente introduzida nos textos constitucionais. O último momento especialmente marcante no percurso histórico da noção de dignidade da pessoa humana é também o mais chocante. A revelação dos horrores da Segunda Guerra Mundial transtornou completamente as convicções que até ali se tinham como pacíficas e “universais”. A terrível facilidade com que milhares de pessoas - não apenas alemãs, diga-se, mas de diversas nacionalidades européias - abraçaram a idéia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política de governo válida ainda choca. Agrega-se a isso a assustadora verificação de Hannah Arendt de que, na Segunda Guerra, as próprias vítimas (a autora se refere especificamente aos judeus) perderam em boa medida a compreensão do valor inerente à vida humana, dá a prática comum pela qual os próprios líderes das comunidades judaicas negociavam a libertação de judeus mais importantes ou letrados em troca de judeus “comuns”, como se aqueles valessem mais que estes. A reação à barbárie do nazismo e dos fascismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (Alemanha, Portugal e Espanha, e.g, em suas novas Cartas; a Bélgica tratou do tema através de emenda à Constituição) juridicizando, com estatura constitucional, o tema. Também a Constituição Brasileira de 1988 introduziu o princípio, pela primeira vez, em seu artigo 1º, III, desenvolvendo-o analiticamente ao longo de seu texto.

Na explicação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery<sup>91</sup>:

Os valores fundamentais encartados na estrutura político-jurídica da Carta Magna, refletem-se em princípios gerais de Direito quando informam seus elementos e privilegiam a realidade fundamental do fenômeno jurídico que é a consideração primordial e fundamental de que o homem é sujeito de direito e, nunca, objeto de direito. Esse reconhecimento principiológico se alicerça em valor fundamental para o exercício de qualquer elaboração jurídica; está no cerne daquilo que a Ciência do Direito experimentou de mais especial; está naquilo que o conhecimento jus-filosófico buscou

---

<sup>91</sup> *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 118.

com mais entusiasmo e vitalidade: é a mais importante consideração jus-filosófica do conhecimento científico do Direito. É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro (João Paulo II, *Evangelium Vitae*, SP, Edições Paulinas, 1995, p. 22). Por isso se diz que a justiça como valor é o núcleo central da axiologia jurídica (Hernandez Gil, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, obras completas, v.I, Madrid, Espasa Calpe, 1987, p.44) e a marca desse valor fundamental de justiça é o homem, princípio e razão de todo o Direito. É tão importante esse princípio que a própria CF 1.º III o coloca como um dos fundamentos da República. Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito. Os antigos já diziam que todo o direito é constituído *hominum causa* (fr. D 1.5). Comprometer-se com a dignidade do ser humano é comprometer-se com sua Vida e com a sua liberdade (Rosa Nery, *Noções*, pp. 95\102). Não há outra maneira de tratar o tema sem meditar sobre essa preliminar de lógica. É o princípio fundamental do direito. É o primeiro. O mais importante.

Nos ensinamentos de Rosa Maria Andrade Nery<sup>92</sup>:

[...] a pessoa humana figura no Direito com atributos que a tornam especial e individual sujeito de direitos. Irrepetível. Esses atributos refletem-se no sistema jurídico, de forma multifacetária. Quando vistos pelo ângulo do direito público, podem ou não espelhar o exercício da cidadania. Pelo aspecto do direito privado possibilitam a defesa da dignidade da pessoa humana enquanto sujeito de direitos e a identificação de objetos que respeitam à sua natureza humana.

Nos dizeres de Antônio Junqueira Azevedo<sup>93</sup>:

[...] o pressuposto e as conseqüências do princípio da dignidade (artigo 1.º, III, CF) estão expressos pelos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no caput do artigo 5.º da CF; são eles: vida (é o pressuposto), segurança (Primeira conseqüência), propriedade (Segunda conseqüência) e liberdade e igualdade (Terceira conseqüência) sendo o pressuposto, absoluto e as conseqüências quase absolutas.

Conforme a explicação de Antônio Junqueira de Azevedo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pressupõe a proteção à vida como bem principal, depois a propriedade, a segurança, a propriedade, a liberdade e a igualdade.

<sup>92</sup> Idéias do mundo antigo: equação do justo e o direito de obrigações. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, ano 5,out./dez., 2004, p. 13.

<sup>93</sup> Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, v. 9, jan./mar. 2002, p. 20.

De acordo com uma análise histórica, a idéia de Dignidade da Pessoa Humana, apareceu primeiro ligada à propriedade, pois estava associada à posição social ocupada pelo indivíduo. Nesse momento histórico cogitava-se a existência de pessoas mais dignas do que outras. Hoje, o sentido assumido de Dignidade Humana enxerga a pessoa em sua inteireza e plenitude e concede a todos os indivíduos capacidade de usar e gozar de Direitos Subjetivos em sociedade.

Porém, para que o indivíduo goze efetivamente dos direitos individuais e sociais constitucionalmente consagrados são necessárias ações que partam do Poder Público para que assim o indivíduo assuma uma atitude e uma Dignidade individual. Contudo, a dificuldade prática do Poder Judiciário em colaborar com a Dignidade da Pessoa Humana encontra-se na desconsideração dos direitos sociais como Direitos Subjetivos.

Como assinala Ana Paula Barcellos<sup>94</sup>:

A doutrina registra, em geral, que os direitos sociais, diferentemente dos individuais e políticos (embora este ponto seja altamente discutível), dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação, enfrentando assim o problema da escassez dos recursos públicos, sempre menores que as necessidades. Como consequência disso, afirma-se, grosso modo, que as normas que prevêem tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do Estado, pois o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público. Em suma: tais “direitos” não seriam direitos subjetivos; não haveria um dever jurídico do Estado de prestá-los. [...] Por outro lado, a própria formulação de tais direitos tem sido uma dificuldade para os juristas. Isso porque os chamados direitos sociais transitam pelas duas categorias de normas atualmente trabalhadas pela ciência jurídica - os princípios (como o da valoração do trabalho humano, o que assegura a proteção à saúde etc.) e as regras - carregando, em consequência, as limitações do estado atual da dogmática quanto à normatividade de cada uma delas, especialmente no que diz respeito aos princípios. Vale adiantar que a idéia do mínimo existencial ou de núcleo da dignidade humana, que será apresentada adiante, vem sendo proposta por parte da doutrina como uma solução para boa parte dessas dificuldades, na medida em que procura representar um subconjunto, dentro dos direitos sociais, econômicos e culturais, menor - minimizando o problema dos custos - mais preciso - procurando superar a imprecisão dos princípios - e, mais importante, que seja efetivamente exigível do Estado, sob a forma da eficácia jurídica positiva ou simétrica.

Na opinião de Lenio Luiz Streck<sup>95</sup>:

---

<sup>94</sup> *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana, p. 117-118.

<sup>95</sup> *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 189-190.

O assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, repita-se, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais; parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não vem sendo cumprida; o controle abstrato (e concreto) de normas aponta para um déficit de eficácia, decorrente de uma baixa “constitucionalidade”; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (basta lembrar, exemplificadamente, afora a “crônica de uma morte anunciada” ocorrida com o mandado de injunção, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente foi regulamentada onze anos depois da promulgação da CF); no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federativa chega a valer dezessete vezes o voto de um cidadão das unidades federativas maiores, fazendo com que a maioria se transforme em minoria, a partir de uma estranha matemática eleitoral; a amplamente denunciada (e não investigada) prática parlamentar de “troca de favores”, como se pôde perceber na discussão sobre a emenda de reeleição do Presidente da República e da eleição do Presidente do Congresso Nacional para o biênio 2001-2002; tais fatores - entre tantos outros que poderiam ser aqui assinalados -denotam a inaplicabilidade das teses procedimentalistas, as quais por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, onde a primazia (ainda) é a de proceder à inclusão social (afinal, existem trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e o resgate das promessas da modernidade, exurge da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988. É este - insisto - o dilema brasileiro; não sufragamos a tese substancialista, porque, de uma lado, o Judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988; por outro lado, em face da democracia delegativa que vivemos, de cunho hobbesiano (O’ Donnell), no interior do qual o Legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo, também não temos a garantia do acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição.

Jorge Miranda<sup>96</sup> expõe algumas diretrizes fundamentais que sintetizam a moderna noção a respeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tais como:

- a) A Dignidade do Homem dirige-se a todas e a cada uma das pessoas como uma Dignidade da Pessoa individual e concreta;
- b) Embora cada indivíduo viva em sociedade, a Dignidade que possui é dele mesmo, e não da situação em si;
- c) O primado da Pessoa Humana é o do ser, não o do ter, pois a liberdade é mais importante do que a propriedade;
- d) A proteção da Dignidade das pessoas está além da cidadania;

---

<sup>96</sup> *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1991, *passim*. T. II e IV.

e) A Dignidade do indivíduo pressupõe sua autonomia vital, ou individualidade, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Nesse estudo serão abordados os dois sentidos da Dignidade da Pessoa Humana separadamente. Num primeiro momento será desenvolvido o sentido patrimonial da Dignidade da Pessoa Humana (*é preciso ter para ser digno*) e depois o sentido existencial da Dignidade da Pessoa Humana (*é preciso ser para ter dignidade*).

Os argumentos que serão expostos acerca do sentido patrimonial da Pessoa Humana sobressaem-se porque entende-se que, especificamente, na sociedade brasileira, para a Pessoa Humana ter sua Dignidade plena (*Dignidade real da Pessoa Humana*) e para que se concretize a letra da lei constitucional (*Dignidade formal da Pessoa Humana*) que garante a sua Dignidade como fundamento da República do Brasil, a propriedade, como bem jurídico tutelado, é valor absoluto, assim como a igualdade e a liberdade.

No caso da sociedade brasileira, dar prioridade à propriedade é priorizar a igualdade e a liberdade. Dá-se maior valor à propriedade para equilibrar a balança na busca de Dignidade, igualdade e liberdade.

Num primeiro momento pode parecer um retrocesso valorizar o *caráter patrimonial*, porém a noção moderna de Dignidade da Pessoa Humana repele as condições de vida miserável, repele as grandes desigualdades sociais, repele as condições de vida que humilham a Pessoa Humana, repele a atitude do Estado que se omite. Dá-se maior peso à propriedade para libertar as pessoas que vivem oprimidas pela miséria e pela vida indigna e humilhada.

É preciso haver a inclusão social dos que vivem uma vida humilhada. A vida indigna, as condições humilhantes de vida e de trabalho - no caso brasileiro tem-se: os bóias-frias, os cortadores de cana-de-açúcar, os que se alimentam do lixo de outras pessoas, os que vivem da mendicância, trabalho infantil, etc. - não condizem com a noção moderna de

Dignidade da Pessoa Humana que incluiu os que eram tratados como objetos, escravos ou meio e os subjugados e diminuídos por outros Homens.

A visão aqui descrita não é qualificar ou quantificar a Dignidade, mas, ao contrário, é incluir, é igualar, é libertar da opressão, da humilhação e da escravidão. A pessoa, que é extremamente privada de recursos patrimoniais, conseqüentemente, é privada de igualdade e de liberdade para usar e gozar de Direitos Subjetivos.

A pessoa que vive em estado de miserabilidade não tem consciência de seus direitos fundamentais, ou seja, individuais e sociais, e dificilmente acessa à justiça para fazer valer seus direitos.<sup>97</sup> As pessoas mais esclarecidas são melhor informadas de seus direitos e têm maior acesso aos advogados, às associações, aos sindicatos e ao Ministério Público, pois os que não detêm nenhum patrimônio vivem à margem da sociedade e desenvolvem trabalhos muito inferiores e muitas vezes não sabem onde e como buscar ajuda.

Embora todos possam contratar com liberdade não são todos que têm acesso aos bens sujeitos à contratação. Embora o conceito de Dignidade da Pessoa Humana garanta a todos a capacidade para gozar dos direitos e da liberdade, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública, origem social, riqueza, nascimento ou outra condição, não são todos que exercitam seus direitos.

Para que a sociedade seja mais desenvolvida e mais igualitária é imprescindível à inexistência de pessoas vivendo em condições sub-humanas. Por exemplo: a pessoa que é privada de boa educação tem sua liberdade e igualdade debilitadas para trabalhar e expressar-se em sociedade.

---

<sup>97</sup> Cf. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 135 e ss., o principal público dos Juizados Especiais Cíveis são pessoas da chamada classe média e não as da classe pobre. Segundo ele, nenhum morador da favela do Pavãozinho, em Ipanema, figurava como autor de ação, mas a grande maioria dos autores residia no bairro de Ipanema e as ações eram de pedidos indenizatórios por acidentes de veículo e por infiltrações em apartamentos; cerca de 60% dos autores foram acompanhados por advogados.

Talvez numa sociedade em que não haja pessoas vivendo em condições de miserabilidade, a propriedade, como bem jurídico a ser tutelado para resguardar o desenvolvimento pleno da Dignidade Humana, não tenha caráter absoluto e não se coloque à frente ou iguale-se aos bens de liberdade e igualdade. Esta colocação torna-se mais necessária quando há maior violação da propriedade como bem juridicamente tutelado que compromete a igualdade e a liberdade.

Pietro Perligieri<sup>98</sup> afirma sobre a igualdade e a Dignidade social que:

Os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação social do cidadão. Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que confere a cada um o direito ao 'respeito' inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões sociais, assumindo a posição a estas correspondentes

Para que os indivíduos gozem de real Dignidade é preciso que haja um *mínimo patrimonial*, o qual garanta uma existência digna a cada ser humano. É inconcebível que a Constituição Federal garanta a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Brasileira, mas na prática seja evidente que tem muita gente vivendo sem ter condições de sobreviver.

Neste prisma, o Princípio da Dignidade Humana protege tanto o primado do '*ter*' (caráter patrimonial), quanto o primado do '*ser*' (caráter existencial), pois entende que é preciso ter acesso às mesmas condições de vida para ser livre e para ter Dignidade num mundo globalizado, em que predomina o capitalismo e as sociedades massificadas de consumo.

O ideal numa sociedade de consumo é que todos consumam para serem dignos, livres e iguais. Grande parte da população não pode deixar de usufruir dignamente dos

---

<sup>98</sup> *Perfis do direito civil*, p. 37.



produtos e serviços disponíveis no mercado de consumo, para que não haja mais desigualdade entre as pessoas que convivem numa mesma sociedade.

Enquanto predominar um desnível social entre as pessoas prevalecerá uma desigualdade cultural e econômica latente entre os seres humanos que interferem na liberdade e na felicidade de cada indivíduo que convive situado no mesmo tempo e espaço.

Portanto, o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana também refere-se às exigências básicas do ser humano, pois o Homem necessita de recursos mínimos para sobreviver, para ter liberdade, igualdade e Dignidade em sociedade, ou seja, saúde, educação, moradia, saneamento básico, alimentação, vestimenta, transporte digno, salários dignos, etc.<sup>99</sup>

É inaceitável que a Carta Magna garanta o direito à saúde a todos, mas na prática a saúde somente seja encontrada em hospitais particulares e nos planos de saúde, os quais não garantem o acesso de todos. Para existir a real Dignidade Humana, as pessoas necessitam

---

<sup>99</sup> Conforme assinala Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 198-199: “Cremos, destarte, que a ineficácia de uma norma, a ausência de um mínimo de efetividade, não afeta sua validade, pois a norma editada entrou para o ordenamento, ainda que nunca tivesse produzido efeitos. Por outro lado, a mesma doutrina reconhece que, se uma norma ficar sem observância e sem aplicação por longo tempo, ela entra em desuso, podendo-se falar na perda de seu sentido normativo: uma norma que proibisse o uso de camisas verdes em recintos oficiais (decorrência da proscricção política do Integralismo, em 1937, que tinha a camisa verde como símbolo) e que nunca tivesse sido revogada, teria hoje ainda validade? A eficácia social ou efetividade de uma norma não se confunde, porém, com sua observância. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência. Existem exemplos de normas que nunca chegam a ser obedecidas e, não obstante, isso, podem ser consideradas socialmente eficazes. São normas que estatuem prescrições reclamadas ideologicamente pela sociedade, mas que, se efetivamente aplicadas, produziriam um insuportável tumulto social. Sua eficácia está, por assim dizer, em não serem obedecidas e, apesar disso, produzirem o efeito de uma satisfação ideológica. É o caso da norma constitucional sobre o salário mínimo que prevê para ele um valor suficiente para atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família com moradia, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (Constituição de 1988, art. 7, IV); nas condições brasileiras atuais, a lei salarial não atende ao valor exigido pela Constituição que, se atendido, certamente levaria a um tumulto nas relações econômico-sociais; mas a norma constitucional produz, não obstante, isso, um efeito ideológico simbólico: a Constituição garante um salário mínimo! Não se reduzindo à obediência, à efetividade ou eficácia social tem antes o sentido de sucesso normativo, o qual pode ou não exigir obediência. Exigindo obediência, devem-se distinguir, presente os requisitos fáticos, entre a observância espontânea e a obediência por imposição de terceiros (por exemplo, sua efetiva aplicação pelos tribunais). Uma norma é, assim, socialmente ineficaz de modo pleno se não for observada nem de um modo nem do outro. Doutra maneira será parcialmente ineficaz. Esta distinção tem conseqüências práticas. Se ocorre inobservância espontânea, mas os tribunais continuam aplicando, o jurista deverá investigar se os requisitos fáticos ainda existem ou se ainda têm algum sentido social relevante. [...] A eficácia, no sentido técnico, tem a ver com a aplicabilidade das normas no sentido de uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Como esta aptidão admite graus, pode-se dizer que a norma é mais ou menos eficaz. Para aferir o grau de eficácia, no sentido técnico, é preciso verificar quais as funções da eficácia no plano da realização normativa. Estas funções podem ser chamadas de funções eficacias.”

também de condições indispensáveis para desenvolver seus talentos, sonhos, faculdades e potencialidades (cultura, lazer, esportes, etc.).

Têm muitas crianças talentosas morando nas ruas. São muitas crianças que morrem em tenra idade. Têm muitos jovens dotados de grandes talentos desenvolvendo trabalhos inferiores e que não correspondem às suas afinidades natas. Existem indivíduos vivendo oprimidos que têm muito a dizer, muito a fazer, mas não são ouvidos porque não têm oportunidades. Para Pietro Perligieri<sup>100</sup>:

Não pode existir igual dignidade social entre os cidadãos quando existe quem tem a possibilidade de escolher o trabalho de acordo com a própria vocação e quem, ao contrário não se encontra nas mesmas condições. De acordo com a interpretação mais restrita, a igual dignidade social impõe ao Estado agir contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que tornam os sujeitos indignos do tratamento social reservado à generalidade.

Existem muitos jovens com talentos para serem médicos, dentistas, advogados, juízes, promotores de justiça, oradores, conselheiros, atores, cantores, etc., sem oportunidades, sem preparo e sem incentivo, porque eles têm que procurar soluções imediatas para suas necessidades.

A proteção jurídica da Dignidade da Pessoa Humana também está amplamente relacionada com os direitos da personalidade e por isso a Pessoa Humana recebe proteção legal caso seja humilhada em sua vida comunitária.

Até o momento o presente estudo preocupou-se em dar destaque ao *sentido patrimonial da Dignidade da Pessoa Humana*, isto é, *ter para ser digno*, mas abre espaço para a análise do *sentido existencial da Dignidade da Pessoa Humana: ser para ter dignidade, ser livre e igual para ter dignidade*.

Cumpramos assim analisar a Dignidade da Pessoa Humana de modo mais amplo e envolver todos os indivíduos em conjunto. As questões que se colocam são as seguintes:

---

<sup>100</sup> *Perfis do direito civil*, p. 37.

Como deve ser entendida a *Dignidade Plena da Pessoa Humana no seu sentido existencial* ao enxergar cada pessoa individualmente? Como deve ser entendida a *Dignidade Coletiva da Pessoa Humana*, ou seja, como seria um *povo digno* em sua totalidade? Como deve ser entendida a *Dignidade Plena da Pessoa Humana num sentido igualitário*?

Primeiro, é importante notar que a proteção jurídica da Pessoa Humana, mesmo que não efetiva, é o primeiro passo para a sua concretude, porque quanto maior a proteção jurídica maior a possibilidade de diálogo sobre o assunto.

Quanto maior o desenvolvimento teórico, científico e filosófico, mais claro, abrangente e aberto fica o caminho para a sua realização prática. Quanto maior a aceitação da Dignidade da Pessoa Humana como norma, princípio e valor, melhor desenvolvida será a sociedade.

A realização da Dignidade da Pessoa Humana em sua plenitude é maior ou menor conforme a importância que o indivíduo tem para o Estado, pois quanto mais este se preocupa com seu povo e fornece estruturas básicas maior será a igualdade entre as pessoas. Quanto maior a igualdade entre as pessoas no tocante ao acesso aos bens materiais e intelectuais, maior o equilíbrio e a paz social.

Quanto mais a *ordem externa* alinhar-se com a *ordem natural*, mais dignas serão as pessoas, porque assim cada pessoa ocupará a parte que lhe cabe na sociedade conforme a vontade da *ordem natural* e sem causar prejuízos a outrem.

Quanto mais o Estado confiar, adaptar-se à *ordem natural* e afastar-se da *ordem mecânica*, mais igualitária será a sociedade como um todo, pois cada um seguirá aquilo que lhe corresponde conforme as inevitáveis leis da Natureza. Somente assim serão valorizadas as afinidades e vivenciados os talentos.

Para se avaliar como está o grau da Dignidade existencial da Pessoa Humana na sociedade brasileira é importante investigar como os brasileiros têm exercitado suas

qualidades físicas e suas potencialidades psíquicas individualmente e coletivamente. A análise coletiva é importante porque ela mostra o grau de igualdade entre as pessoas e, a partir daí, é revelado o grau de Dignidade individual.

O que se nota hoje na sociedade brasileira é uma deficiência igualitária. Por quê? Porque as pessoas são muito competitivas, ainda que a competição notada não é a mesma que a da competição esportiva. Na competição esportiva os competidores estão em pé de igualdade e busca-se a honra pelo mérito.

As competições que envolvem as pessoas na sociedade brasileira são desleais, porque desumanas, visam tirar o que o adversário tem de bom e são voltadas para o egocentrismo. A competição do esporte não é assim, porque envolve o heroísmo.

A competição do mundo é destrutiva, desleal, porque a pessoa tem um dom e não pode usá-lo, desenvolvê-lo, por falta de condições financeiras, incentivos governamentais, etc. Nas competições do mundo, os competidores não iniciam as suas provas em pé de igualdade. A consequência disto são frustrações, desalentos, tristezas, doenças, etc.

Por exemplo: hoje é comum que um pai e uma mãe que tenham uma empresa, queiram a todo custo que seu filho seja o substituto de seu pai nos seus negócios, mas o rapaz possui o dom de ser artista e eles não conseguem entender isso, porque para eles o filho tem que fazer a melhor faculdade de administração de empresa, fazer cursos no exterior e eles têm como oferecer oportunidades de crescimento profissional para ele. O filho, porém, não quer porque ele não possui o mesmo talento do seu pai.

Este simples desentendimento familiar pode causar inúmeros transtornos para todos os envolvidos, pois tanto os pais como os filhos sentem-se sem saída. Então esse caminho que a sociedade escolheu para a pessoa também escraviza, porque inibe as ações e gera traumas e medos e coloca as pessoas no perigo. Porém, cumpre observar que algumas pessoas que detêm grande acúmulo de riquezas conseguem vencer os tabus

sociais e preconceitos familiares e assumir seus dons e talentos na sociedade adotando uma atitude humilde e de coragem.

Nos dias atuais também é muito comum as pessoas altamente qualificadas encontrarem dificuldades para se posicionarem no mercado e desenvolverem seus talentos, seja porque os salários não dignificam, seja porque os cargos acabam sendo ocupados segundo outros critérios que não os dos talentos, dons e afinidades.

Hoje se observa que todos buscam desenvolver os mesmos talentos sem possuir o dom, mas não é possível que todos gostem das mesmas atividades, não é possível que todos tenham os mesmos talentos, não é possível que todos ocupem o mesmo espaço. Esses comportamentos são reflexos de desequilíbrios causados pelo descaso e pela deslealdade do Estado com seu povo.

Os descasos do Estado com o povo causam desequilíbrios nas famílias, nas mentes, na saúde das pessoas e nos corações. Quando o Estado fornecer os instrumentos que são necessários para que cada um ocupe o seu lugar na sociedade, as pessoas deixarão de lutar umas com as outras pelo mesmo lugar.

Quando houver a paz social haverá felicidade geral, pois os músicos estarão felizes porque são músicos, os engenheiros serão felizes porque são engenheiros, os psicólogos serão felizes porque são psicólogos, os professores estarão felizes porque são professores. Porém, para que eles se sintam dignos e felizes devem ser recompensados dignamente sem que haja o rebaixamento e a humilhação na prática das atividades.

Algumas profissões hoje são desprezadas porque não há uma recompensa digna e quando não há Dignidade há humilhação. Com isso algumas pessoas sentem vergonha de seus próprios dons e talentos e lutam para ocupar outro lugar que lhe dê Dignidade mesmo sem possuir o dom. É necessário que se veja o quanto é importante a Dignidade plena e individual e que por ela se abandonam os dons, talentos e tendências naturais.

Quando houver a verdadeira ordem e progresso, as pessoas deixarão de ter a mentalidade de que é preciso “correr atrás”, “correr atrás das oportunidades” e “correr atrás do tempo”, porque os instrumentos necessários estarão em suas mãos, e haverá tempo para cada um desenvolver a sua tarefa e intervalos de tempo para a recuperação de suas forças em meio à alegria que vivifica. É na espera que o Homem torna-se seguro de sua meta, porque é na espera que se atinge a serenidade que nasce de dentro, é na perseverança que se alcança a vitória.

A sabedoria vem com o tempo que se dedica à ela, o engenheiro nato só saberá de sua habilidade e de seu dom se ele tiver tempo e serenidade para desenvolver sua primeira obra e aí seguir o caminho que lhe é próprio. O *juiz nato* só descobrirá seu talento se ele tiver o tempo necessário para desenvolver seu dom com habilidade.

Mas o que se vê hoje é o oposto: todos têm pressa e esta afasta o Homem da harmonia, da serenidade, da perfeição e, principalmente, da vida com Dignidade. Quando a pessoa se aproximar de sua natureza ela será plenamente digna. Quando a pessoa se realizar intimamente ela será digna. Quando a pessoa for plenamente feliz<sup>101</sup> com o que faz e com que ela representa para a sociedade, ela será digna. Quando o Homem entender que ele precisa aprender com a Natureza e não usá-la para o seu prazer ele será mais perfeito, puro e bom.

Ninguém precisa apressar um rio porque ele corre sozinho, assim também é o Homem: ninguém precisa apressá-lo porque ele sabe o seu caminho, mas o que acontece hoje é que o Homem apressa o rio e apressa o Homem e por isso vive apressado, atribulado e perturbado, por melhor que seja a sua condição no ambiente em que está inserido. A pressa que as pessoas têm hoje faz com que uns passem em cima do outro.

---

<sup>101</sup> Sobre a felicidade Emmanuel Kant, *Crítica da razão prática*. Trad. Paulo Barrera. Revisão da Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Ícone, 2005, p. 26 diz que: “Cada um coloca o seu bem-estar ou felicidade nisto ou naquilo, de acordo com a sua opinião particular do prazer ou da dor, fazendo as variações dessa opinião experimentar diferentes necessidades ao mesmo indivíduo; e uma lei subjetivamente necessária (como lei natural) é, portanto, objetivamente, um princípio prático de inteiro contingente, podendo e devendo ser diverso em diferentes sujeitos e que, por conseguinte, não pode proporcionar uma lei, se bem que no desejo de felicidade não se trate de uma forma da lei mas apenas da matéria, isto é, se posso eu esperar prazer do cumprimento da lei e em que proporção.”

Tal mentalidade faz com que o tempo torne-se o principal inimigo do Homem. A competição de uns com os outros não traz harmonia, Amor, paz e Dignidade.

O desenvolvimento pleno da Dignidade somente se concretiza quando cada pessoa ocupa o seu lugar no espaço com harmonia, com contentamento, sem a baixeza da inveja e da competição a todo custo. O espírito competitivo gera miséria e desigualdade social. Porque a competitividade faz o Homem pensar que uns são melhores do que os outros, além de fundamentar-se nas idéias de que: (a) um não se deve amar o outro, porque são inimigos; (b) um não deve ajudar o outro, porque senão o outro será melhor.

Na verdade cada um tem dentro de si, e não fora, tudo que lhe é preciso para verdadeiramente brilhar e ascender no mundo, mas o que falta é a ordem externa equilibrada, as oportunidades e os incentivos. O espírito competitivo desafina o Amor e a bondade. O espírito fraterno torna o Homem digno e bondoso.

A desigualdade social e a violência urbana, traços marcantes das grandes cidades brasileiras, têm comprometido a liberdade, a integridade física, a Dignidade e a própria vida dos brasileiros com roubos, latrocínios, seqüestros, etc., e inclusive a vida dos estrangeiros que transitam pelo país.

O que se observa é que o Estado Brasileiro não cumpre seus objetivos e também não coloca em prática os fundamentos constitucionais em relação ao seu povo. Por isso é enorme o desrespeito à Pessoa Humana na sociedade brasileira.

Também se observa nos dias atuais os freqüentes casos de invasões de propriedade (fazendas, casas, prédios e terrenos) as quais violam a *Dignidade existencial* dos proprietários em decorrência da falta de *Dignidade patrimonial* dos invasores.

O presente estudo comprova ainda que o grau de *Dignidade individual e coletiva* da sociedade brasileira está muito aquém do necessário, pois não é só quem não tem o mínimo

patrimonial que está sofrendo com a falta de Dignidade, mas quem tem o mínimo ou muito mais do que o mínimo patrimonial também encontra dificuldade para ser digno e livre e feliz.

O desenvolvimento pleno da Dignidade no seu *sentido existencial*, isto é, *ser livre e igual para ter dignidade*, ainda está muito tímido para que se possa comemorar, pois há uma luta entre as classes e uma luta entre as pessoas de um mesmo meio ambiente na ânsia de *Dignidade individual*.

Quando cada pessoa ocupar o lugar que lhe corresponde conforme as suas afinidades e inclinações mentais, a Dignidade da Pessoa humana, no seu *sentido existencial*, estará evidente e plena em todos e em cada um.

## **2. Aplicação da Igualdade entre os Homens**

Ao longo dos séculos muito se tem discutido sobre a igualdade. O tema da igualdade desperta não só o interesse dos juristas como também interessa aos filósofos, sociólogos, cientistas políticos e aos doutrinadores de outras áreas do conhecimento. Até mesmo os religiosos têm algo a dizer a respeito da igualdade.

A igualdade foi precursora de vários movimentos de transformação das estruturas sociais e das estruturas jurídicas e também é sempre lembrada nas modernas ‘declarações de direito’, na maioria das vezes, num lugar de destaque.<sup>102</sup>

A estrutura moderna da noção de igualdade advém do latim *aequalitas*, que significa a igualdade em comparação com outro objeto. Tal expressão, por sua vez, seria derivada da expressão *aequalis* (igual). A partir das evoluções lingüísticas na Idade

---

<sup>102</sup> No mesmo sentido: Ada Pellegrini Grinover, Benefício de prazo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, ano XXII, n. 69, v. 19, dez. 2002, p. 13.



Média, estas expressões perderam em francês e português a partícula “qua” (égalité: igualdade, igual) e ganharam a partícula “gua”.<sup>103</sup>

A evolução da expressão equidade é semelhante: do latim *aquitas (aetis)*, que significava, segundo a pesquisa realizada por Berthiau, igualdade ou, mais precisamente, igualdade da alma, equilíbrio e calma (*égalité d’alme, equilibre et calme*).<sup>104</sup>

Para Cláudia Lima Marques<sup>105</sup> tratar igualmente os iguais ou tratar desigualmente os desiguais é tratá-los com equilíbrio e calma, pois busca-se uma solução justa para o caso concreto. A definição da autora aproxima-se muito da ênfase destacada neste estudo, pois está apoiada em atitudes virtuosas como forma de obtenção de decisões justas. Por isso, seguindo a cadência acima exposta, entende-se que tratar igualmente os iguais e tratar desigualmente os desiguais é tratá-los com *sensibilidade, sabedoria, prudência, paciência, calma e harmonia*.

Por exemplo: embora a lei acertadamente reconheça o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor, é preciso também tratar o fornecedor com calma, tranquilidade, sensibilidade e harmonia, pois a busca da igualdade deve ser harmônica e equilibrada, sem excessos, exageros e extremismos. Entretanto o tema da igualdade não é de fácil aplicação, pois é complexa a tarefa de pesar as igualdades e as desigualdades na *balança da justiça* para a obtenção de um resultado justo ou equilibrado e igualitário.

No dizeres de Rosa Maria Andrade Nery<sup>106</sup>

O Direito, que também é fruto da civilização, contém temas de difícil intelecção. Entre tantos, um dos que mais tem suscitado dificuldades para aplicação das normas para a realização plena das finalidades da ciência do direito é aquele relacionado com a idéia de igualdade. Igualdade de tratamento dos cidadãos pelo Estado;

---

<sup>103</sup> Cf. Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao código de defesa do consumidor*: artigos 1.º ao 74.º - aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39.

<sup>104</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>105</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>106</sup> Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery, *Idéias do mundo antigo: equação do justo e o direito de obrigações*. *Revista de Direito Privado*, n. 20, ano 5, out./dez. 2004, p. 13.

igualdade das partes contratantes; igualdade das partes no processo; igualdade social; igualdade entre os povos.

De acordo com o pensamento aristotélico clássico, a partir do qual foi desenvolvido todo o estudo sobre o assunto na ciência do Direito, o ideal de igualdade estaria em dar tratamento igual para os iguais, tratando desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. Esta fórmula aristotélica demonstra a forma de adequação da igualdade. Para Aristóteles<sup>107</sup>

O injusto é o iníquo (desigual), o justo é o igual - uma posição que recomenda a si mesma a todos sem necessidade de evidência; e uma vez que o igual é uma mediania, o justo será uma espécie também de mediania. Por outro lado, a igualdade envolve no mínimo dois termos. É forçoso, em conformidade com isso, não só que o justo seja uma mediania e igual {relativo a algo e justo para determinados indivíduos}, como também que, na qualidade de igual, implique duas porções que são iguais e que, na qualidade de justo, ele envolva determinados indivíduos para os quais é justo. E, portanto, necessário se inferir que a justiça envolve, ao menos quatro termos, ou seja, especificamente: dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções que são justas. E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que as proporções entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais - é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais [detêm ou recebem] porções iguais que surgem conflitos e queixas. Isso também ressalta como evidente à luz do princípio da atribuição em função do mérito. Todos estão concordes de que a justiça no que respeita às distribuições tem que ser baseadas em mérito de algum tipo, embora nem todos queiram dizer o mesmo tipo de mérito; para os democratas mérito se identifica com a condição de homem livre; aqueles que são adeptos da oligarquia o identificam com a riqueza ou o bom nascimento; os seguidores da aristocracia fazem desse mérito a virtude. A justiça é, portanto, uma espécie de proporção, sendo esta não apenas uma propriedade da quantidade numérica, mas também da quantidade em geral. A proporção é uma igualdade de relações e que envolve, ao menos, quatro termos. (Que uma proporção discreta tenha quatro termos está claro, mas isso também o tem uma proporção contínua na medida em que trata um termo como dois e o repete; por exemplo, como a linha que representa o termo 'a' está para a linha que representa o termo 'b' está para a linha que representa o termo 'c'; a linha aqui que representa o termo 'b' é indicada duas vezes, haverá quatro proporções). Assim, o justo também envolve quatro termos, no mínimo, e a relação ou proporção entre o primeiro par de termos é idêntica àquela entre o segundo par, pois as duas linhas que representam os indivíduos e porções são divididas similarmente; então como o primeiro termo esta para o segundo, o terceiro está para o quarto e, conseqüentemente, por alternância, como o primeiro está para o terceiro, o segundo está para o quarto, e, inclusive, como o primeiro está para o segundo, do mesmo modo está a soma do primeiro e terceiro para a soma do segundo e quarto. Ora, esta é a combinação efetuada por uma distribuição de porções, sendo tal combinação uma combinação justa se indivíduos e porções forem adicionados dessa maneira. O princípio da justiça distributiva, portanto, é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro e do segundo com o quarto; e o justo nesse sentido é uma mediania entre dois extremos que são desproporcionais, uma vez que o proporcional é uma mediania e o justo é o proporcional.

<sup>107</sup> *A ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009, p. 151-153.

Aristóteles afirma que a igualdade decorre da *mediania* e que esta significa *equilíbrio*, ou duas partes com pesos iguais, embora as porções possam ser diferentes. As partes iguais são obtidas através da proporção.

A proporção produz a igualdade do que é diferente ou desigual. A justiça, segundo Aristóteles, também está ligada ao equilíbrio e à proporção de porções diferentes que tendem a ser igualadas na *balança da justiça*.

Quando duas pessoas diferentes possuem porções iguais surge a desigualdade com conflitos e queixas. Do mesmo modo, quando duas pessoas iguais possuem porções diferentes de uma mesma coisa surge a desigualdade acompanhada de conflitos e de queixas.

A atribuição de algo a partir de méritos também deve ser orientada por critérios justos e variados para que haja equilíbrio e atenda tanto a igualdade como a diferença ou para atender a desigualdade e proporcionar a igualdade.

Para Aristóteles a igualdade de relações envolve pelo menos quatro termos, ou seja, ele quer dizer que não se pode considerar algo igual ou desigual isoladamente e, por isso, é preciso que haja pelo menos um referencial (duas porções) ou quatro porções (quatro referenciais) e através da comparação haja o equilíbrio da desigualdade ao medir a proporção de igualdade presente em cada referencial (porção).

Ele indica duas vezes o termo 'b' para expressar a igualdade entre as duas partes, enquanto as outras duas partes, 'a' e 'c' são diferentes: 'a' é diferente de 'b' e de 'c', e 'c' é diferente de 'a' e de 'b'. Então são três partes diferentes e duas iguais as quais ele esquematiza para obter a proporção igualitária entre as duas partes que representam a igualdade e as três partes que representam a diferença.

Ele formula a regra da igualdade com referências de igualdade e com referências de desigualdade para obter um equilíbrio e uma proporção justa. Isso é chamado por

Aristóteles de *justiça distributiva*, em que se distribui proporcionalmente coisas de interesse comum na busca de um equilíbrio.

Segundo Aristóteles,<sup>108</sup> o justo:

É, portanto, o desproporcional e o injusto é aquilo que transgride a proporção. O injusto pode, assim, incorrer no excesso ou na deficiência (no “demasiado muito” e no “demasiado pouco”), o que é realmente o que percebemos na prática, pois quando a justiça é feita, aquele que a faz (o agente) detém o excessivo do bem em pauta, e a vítima da injustiça detém o deficiente ou insuficiente desse bem, embora seja vice versa no caso de um mal, porque um mal menor comparado a um mal maior é tido como um bem, porquanto o menor de dois males mais desejável do que o maior; entretanto, o que é [efetivamente] desejável é bom, e quanto mais desejável for, maior bem será. É esse portanto, um tipo de justiça.

A regra da igualdade também pode ser visualizada através do método que procura equilibrar as desigualdades, ou a desproporção, ao *aumentar o escasso e diminuir o excessivo*. Contudo, a maior dificuldade está em saber qual o limite do *aumento* e da *diminuição*. Deve-se refletir até que ponto pode-se diminuir o demasiado e aumentar o escasso para que haja o equilíbrio dos pratos da *balança da igualdade*.

Portanto, a maior dificuldade está em se atingir o perfeito equilíbrio dos pratos da *balança da igualdade*, porque ao mesmo tempo em que se procura evitar o prejuízo do que está abaixo também se deve evitar o prejuízo para o que está acima. Só assim haverá igualdade real e justa e por isso é preciso calma e sensibilidade. Esse *equilíbrio* deve ser *alegre*, ou seja, aquele que for diminuído será sacrificado em algo e sua tristeza não pode ser excessiva, ao passo que aquele que for aumentado não pode receber algo que lhe cause uma excessiva alegria.

A alegria excessiva traz o desequilíbrio e a excessiva tristeza também. Então haverá igualdade quando o que está sendo aumentado não se sinta aumentado e o que está sendo diminuído não se sinta diminuído, pois aí ambos sentir-se-ão iguais. Essa forma de igualdade

---

<sup>108</sup> *Op. cit.*, p. 153.

também é uma forma de *justiça distributiva* ao conferir *aumento ao que está deficiente e diminuir o que está excessivo*.

Por exemplo: a *justiça distributiva* ocorre quando há a concessão de vagas nas universidades a grupos que necessitam de um aumento devido à carência de igualdade ou de justiça e uma diminuição das vagas para aqueles que possuem condições excessivas e maiores oportunidades, as quais são desproporcionais e desequilibram a *balança da igualdade*.

A concessão de vagas, para ser equilibrada, não deve causar uma excessiva *alegria* aos que foram beneficiados e tampouco uma excessiva *tristeza* nos que foram diminuídos. Portanto, a concessão de vagas deve ser imperceptível aos que foram diminuídos, sem que haja excessiva vantagem aos que foram aumentados, para que a alegria não se converta numa busca desmedida de prazer e vantagem.

Aristóteles<sup>109</sup> também teoriza sobre a *justiça corretiva*:

O outro tipo que resta é a justiça corretiva, a qual está presente nas transações privadas, tanto voluntárias quanto involuntárias. Trata-se de uma justiça de caráter diferente da anterior, pois a justiça na distribuição dos bens comuns sempre se conforma à razão (proporção) que descrevemos (visto que, quando uma distribuição é feita com recursos comuns, se seguirá a mesma proporção existente entre as quantidades com que as várias pessoas contribuíram para os recursos comuns); e a injustiça que se opõe à justiça desse tipo é uma transgressão dessa proporção. Mas o justo nas transações privadas, embora seja o igual num certo sentido (e o injusto, o desigual), não é o igual de acordo com a proporção geométrica, mas de acordo com a proporção aritmética, pois não faz qualquer diferença se um homem bom trapaceou um homem mau ou se este trapaceou aquele, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu o adultério; a lei apenas considera a natureza do dano, tratando as partes como iguais, limitando-se a indagar se alguém praticou injustiça enquanto o outro a sofreu, e se alguém praticou o dano e se o outro foi atingido. Conseqüentemente, sendo o injusto aqui o desigual, o *juiz* se empenha em torná-lo igual, visto que quando alguém recebeu um golpe e o outro aplicou, ou alguém matou e o outro foi morto, a linha que representa o sofrer e o fazer no tocante à ação está dividida em partes desiguais, mas o *juiz* se empenha em torná-las iguais mediante a penalidade ou perda por ele impostas, retirando o ganho. (O termo “ganho” é usado numa acepção geral de modo a aplicar-se a esses casos ainda que não seja, a rigor, apropriado a alguns deles, por exemplo relativamente a uma pessoa que agride outra, nem é a palavra “ganho” e “perda” respectivamente quando a quantidade do dano recebido chega a ser estimada). Assim, enquanto o igual é uma mediana entre mais e menos, ganho e perda são de imediato tanto o mais quanto o menos de maneiras contrárias, mais bem e menos mal sendo o ganho, e mais mal e menos bem

---

<sup>109</sup> *Op. cit.*, p. 154-155.

sendo a perda; e como o igual, que declaramos ser o justo, é, como dissemos, uma mediania entre a perda e o ganho. [...] Ora, o *juiz* restaura a igualdade. Se representarmos a matéria por uma linha dividida em duas partes desiguais, ele subtrai do segmento maior aquela porção pela qual é excedida uma metade da linha inteira e a soma ao segmento menor. Quando o todo for dividido em duas metades, as pessoas costumam dizer que assim “têm o que lhes cabe”, tendo obtido o que é igual.

A *justiça corretiva* é aquela que ocorre:

- (a) nas relações entre consumidor e fornecedor;
- (b) nas ações de guarda dos filhos;
- (c) nas partilhas de bens na separação judicial;
- (d) nos inventários;
- (e) nas ações de improbidade administrativa com a devolução do dinheiro aos cofres públicos;
- (f) nas ações ambientais nas quais são impostas a reparação do dano, nas ações com pedido de reparação de danos morais, patrimoniais, etc.

A *justiça corretiva* verifica-se conforme surge a necessidade de se reparar o injusto, a desproporção e a desigualdade pelo caminho da *mediania*, ou seja, do *equilíbrio* e da *equivalência*.

A princípio constata-se que o valor da *justiça* está relacionado ao suporte do Direito,<sup>110</sup> pois a realização daquela, no caso concreto, é a maior pretensão deste. A *justiça* é um dos maiores pilares que informa o ordenamento jurídico e a ele se assemelha muito a igualdade.

Nesse sentido, os antigos ligavam a idéia de Direito à da *justiça* e a idéia da *justiça* à da *igualdade*, como foi acima explicitado através do pensamento de Aristóteles.

Para Ulpiano a *justiça* define-se como a perpétua e constante vontade de dar e retribuir a cada um aquilo o que lhe é devido: *Justitia est constans et perpetua voluntas suum*

---

<sup>110</sup> Cf. Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 113. “A priori se constata que el valor Justicia es correlato al soporte Derecho”.

*cuique tribuendi*. Goffredo Telles Júnior<sup>111</sup> define justiça nos seguintes termos: “retribuição equivalente ao que foi dado ou feito.” O autor<sup>112</sup> também explica sua definição dizendo:

O “equivalente” da definição de justiça não implica uma igualdade qualquer. Não. Significa - prestem bem atenção! Uma igualdade de valores. O equivalente é algo que tem valor igual ou proporcional ao valor de outra coisa. Justiça, pois, consiste na retribuição a alguém de algo de valor igual ou proporcional ao valor daquilo que alguém deu ou fez. Consiste numa efetivação da equivalência de valores. Embora com redundância, quero insistir: a igualdade caracterizadora da justiça não é sempre a igualdade entre coisas iguais. É, sim, a igualdade de valor entre coisas que podem ser iguais ou desiguais. Quando digo: “Eu quero justiça!”, que coisa estarei querendo? Estarei querendo que me seja dado ou feito algo que tenha valor igual ou proporcional ao valor do que dei, do que sofri, do que fiz ou do que sou (do que mereço). Eventualmente, estarei querendo que se faça algo de valor proporcional ao valor do que me foi arrebatado. Nesse sentido é que digo: “Quero ser indenizado”. Isto significa que quero um pagamento em dinheiro de importância (de valor) igual ou proporcional ao valor do dano causado, embora, evidentemente, o dano causado não seja igual ao dinheiro da indenização. Nas exigências comuns do homem em sociedade, a igualdade de valores - a equivalência - não pode sempre ser uma igualdade perfeita. Longe disto infelizmente! Os valores, a que a justiça se prende, não são, muitas vezes, quantidades matemáticas. Valores morais, valores afetivos, valores futuros e incertos, e, mesmo, valores de aptidões e competências, e mesmo valores de certas lesões, e até o valor de uma vida ceifada, não são redutíveis a expressões exatas, a cifras verdadeiramente correspondentes. De fato, o que vamos verificando, no correr dos dias e dos anos, é que a justiça se limita a ser, muitas vezes, uma justiça convencional, a justiça que a sociedade preconiza em suas normas de conduta, como no caso da pena legal aplicada ao delinqüente. Relativa, muito relativa, há de ser, muitas vezes, a justiça humana. Ela é relativa devido à freqüente impossibilidade de rigor absoluto na fixação da referida igualdade. Justiça absoluta, só Deus! A igualdade perfeita entre o valor do que foi dado e o valor do que é retribuído é a igualdade colimada, a igualdade de nosso ideal.

A definição clássica de igualdade de Ulpiano assemelha-se com a concepção de Aristóteles e também com a definição de Goffredo Telles Júnior, pois são complementares. Em alguns casos, a *justiça* deve dar a retribuição exata através da verdade, como é o caso do reconhecimento de paternidade e de maternidade para que haja justiça.

Contudo, quando a retribuição exata for impossível aos recursos humanos, a *justiça* será alcançada através de uma retribuição equivalente, isto é, através da igualdade de valores, como é o caso das indenizações por danos morais.

---

<sup>111</sup> *Palavras do amigo aos estudantes de direito*, p. 26.

<sup>112</sup> *Op. cit.*, p. 26-28.

Porém, para se encontrar a exata equivalência, ou seja, a verdade de uma retribuição equivalente ou uma igualdade proporcional, a justiça deve ser baseada num conceito humano e flexível, não devendo ser rigorosa e hierárquica.<sup>113</sup>

Quando a pessoa não recebe aquilo que é seu ou que merece, ela está sendo injustiçada. Mediante tal fato surge a qualidade do que é justo ou injusto.

A justiça e a igualdade que informam o Direito devem ser concebidas como substancialmente dinâmicas e operacionais, não apenas como um conceito abstrato e formal, pois a lei deve sempre responder à exigência de realizar a justiça no caso concreto.<sup>114</sup>

Muitas concepções de *justiça* identificam-se com as de *igualdade*, como a que foi acima demonstrada pelo pensamento de Goffredo Telles Júnior. Este não vê problema de que o justo resolva-se pela igualdade.

De maneira análoga, o mesmo ocorre com a liberdade, que deve delimitar-se pela justiça. Por isso o direito preocupa-se com as liberdades em suas diferentes formas.

A equivalência não é em si tão distante da *justiça* ou diferente da igualdade mas, conforme foi demonstrado, pode também ser vista como uma perspectiva da *justiça* ou até como a própria *justiça*, porque a equivalência a reequilibrará durante a busca do justo. O que é equitativo é um encaminhamento para o que é justo.

O melhor exemplo no qual foi utilizado o método da igualdade, sem a presença da lei escrita, é o antigo julgamento realizado pelo sábio rei Salomão<sup>115</sup>, pois diante de um caso concreto ele descobriu o instinto materno e dá à verdadeira mãe o direito sobre o seu filho:

---

<sup>113</sup> Cf. Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, p. 152: “La justicia, em efecto, como principio general del Derecho, no puede enunciarse como algo rigorista y hieratico, sino que es un concepto flexible y humano.”

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 154-155: “A justicia que informa al Derecho debe ser concebida como algo substancialmente dinámico, material y operativo; no solo como um concepto abstracto y formal. De suyo, comporta unas exigencias de realización singular (justicia del caso concreto), aunque la pretensión inicial del Derecho haya de sustentarse em generalidad.”

<sup>115</sup> *Bíblia Sagrada*, Livro de Reis, cap. 3, vers.16-22 e 24-28.



Salomão julga a causa de duas mulheres. Então, vieram duas prostitutas ao Rei e se puseram perante ele. Disse-lhe uma das mulheres: Ah! Senhor meu, eu e esta mulher moramos na casa, onde dei à luz um filho. No terceiro dia depois do meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; nenhuma pessoa se achava conosco na casa; somente nós ambas estávamos ali. De noite, morreu o filho desta mulher, porquanto se deitara sobre ele. Levantou-se à meia noite e, enquanto dormia tua serva tirou-me a meu filho do meu lado e o deitou nos seus braços e a seu filho morto deitou nos meus. Levantando-me de madrugada para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas reparando nele pela manhã, eis que não era o filho que eu dera luz. Então, disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho; o teu é o morto. Porém esta disse: Não, o morto é teu filho; o meu é o vivo. Assim falaram perante o Rei. Disse mais o Rei. Trazei-me uma espada. Trouxeram uma espada diante do Rei. Disse o Rei: Dividi em duas partes o menino vivo e dar metade a uma e metade a outra. Então, a mulher cujo filho era o vivo falou ao Rei: Ah! Senhor meu dai-lhe o menino vivo e por modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem meu nem teu; seja dividido. Então respondeu o Rei: Dai à primeira o menino vivo; não o mateis, porque esta é sua mãe. Toda Israel ouviu a sentença que o Rei havia proferido; e todos tiveram profundo respeito ao Rei, porque viram que havia nele a sabedoria de Deus para fazer justiça.

Neste caso a desigualdade foi encontrada através da sensibilidade, pois com sensibilidade o sábio descobriu o Amor e o Respeito pela vida humana e a partir daí foi dito o Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>116</sup> criou uma fórmula para se obter a igualdade a partir de alguns critérios e pressupostos.

Ele ensina que “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”, ou seja, sempre deve haver uma razão justa para que a lei e a ordem jurídica estabeleçam desequiparações ou tratamentos diferenciados pelo caminho do princípio da igualdade.

Haverá critérios para identificar o tratamento diferenciado atento à igualdade ou à isonomia e o ilustre jurista Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>117</sup> divide-os em três critérios:

(1) O fator discriminante ou *discrímen* (o fator adotado como critério discriminatório);

(2) A correlação lógica e abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado.

<sup>116</sup> *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 18.

<sup>117</sup> *Op. cit.*, p. 21.

Em outras palavras, a correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada. O traço diferencial adotado como *discrímen* deve residir na Pessoa Humana.

(3) A correlação lógica entre os valores e interesses absorvidos e protegidos pelo sistema constitucional brasileiro.

Em resumo, deve-se, portanto, primeiro ser identificado o fator de discriminação e buscar, no caso concreto, o que está sendo levado em conta para efeito de definição de tratamento diferenciado entre os sujeitos envolvidos na relação de Direito Material.

Depois, deve-se buscar a correlação lógica ou o nexo de pertinência temática entre o fator discriminante e o tratamento diferenciado.

Ao haver nexo de pertinência temática e fundamento lógico pode-se pensar na existência de um tratamento diferenciado no caso concreto. Por último, depois de verificados o fato de discriminação e a relação lógica é preciso avaliar se a lei maior permite tal diferenciação.

Por exemplo: Por que a lei dá um tratamento diferenciado ao consumidor perante o fornecedor? Por que a lei percebeu um desequilíbrio na relação entre o consumidor e o fornecedor e reconheceu a existência de uma vulnerabilidade do consumidor (fator de discriminação) frente o fornecedor e inverteu o ônus da prova?

E o nexo de pertinência temática? A pertinência temática está na situação prática de que há uma substancial diferença entre os consumidores e fornecedores, ou seja, os conhecimentos que os fornecedores possuem a respeito dos produtos e serviços, muitas vezes, os consumidores não os detêm.

Por isso a lei faz por bem proteger os consumidores das surpresas e dos imprevistos dos produtos ou dos serviços. A lei dá um tratamento diferenciado ao consumidor como forma

de igualar os pratos da balança, para que as partes - consumidores e fornecedores - disputem seus interesses conflituosos em pé de igualdade.

Assim, a lei “*aumentou*” o consumidor e “*diminuiu*” o fornecedor por aspirar maior igualdade e diminuir a desigualdade entre eles. Então, diminui-se o que é demasiado e aumenta-se o que é escasso para corrigir a injustiça e a desproporção.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>118</sup> ensina que: “A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social, que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos”.

Por isso a lei prevê a igualdade entre homens e mulheres, a igualdade entre os cônjuges, a igualdade entre os filhos, a igualdade entre os cidadãos, etc. Para ele, esse é o “conteúdo político ideológico absorvido pelo princípio da igualdade ou isonomia e jurisdicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assinalado pelos sistemas normativos vigentes”.<sup>119</sup>

A Pessoa Humana tem o direito de exigir do Estado a garantia da igualdade de oportunidades. Há certos segmentos da sociedade que não possuem essa igualdade de oportunidades. Então, concede-se mais direitos na busca da igualdade de méritos e talentos.

Importa anunciar que a igualdade exposta não se fundamenta em um ideal socialista, mas em um *ideal humanitário*, pois entende-se que entre os Homens há, necessariamente, diferenças de nível intelectual e algumas pessoas são melhor dotadas de talentos do que as outras.

Entende-se ser impossível chegar a uma igualdade universal, porém as diferenças de sociais não podem ser arbitrárias e injustas para que a inveja, a deslealdade e a luta de classes não se intensifiquem. Portanto, as diferenças externas devem corresponder a diferenças de capacidade interna para que reine a ordem, a tranqüilidade e a igualdade.

---

<sup>118</sup> *Op. cit.*, p. 10.

<sup>119</sup> *Ibidem*, mesma página.

Não pode ocorrer, portanto, que aquele que possua capacidade interna seja impedido de assumir seu lugar externamente porque o lugar está ocupado por aquele que não possui capacidade interna, mas possui poder externo, porque esta inversão gera desequilíbrio social.

Neste sentido, a igualdade de oportunidades deve ser entendida como a possibilidade de que cada pessoa possa ocupar a posição externa correspondente à sua capacidade interna.

Por exemplo: é inconcebível que um jovem dotado de dons e de talentos para ser médico seja fisioterapeuta ou nutricionista por não ter condições de pagar um curso de medicina. Do mesmo modo é inconcebível que um jovem seja aprovado num concurso para ser magistrado sem possuir dons e talentos para ser um *bom juiz*. É inconcebível que um jovem dotado de talentos para ser engenheiro ou advogado esteja vendendo bala nos faróis. É inconcebível que a criança que mora na rua não desenvolva o dom artístico que possui por falta de oportunidade.

A escolha profissional não deve ser feita visando à satisfação econômica ou ascensão social, porque isso gera desordem e perigos à vida humana em sociedade.

A Pessoa Humana precisa dos instrumentos necessários para desenvolver seus sonhos e habilidades em suas mãos para que não se conforme com os problemas sociais e com a luta de classes que escondem dramas pessoais, que quando não solucionados individualmente se expandem para além dessa esfera pelas forças das leis da Natureza até se revelar num plano coletivo, atingindo primeiramente às famílias e posteriormente à comunidade local, à sociedade e ao próprio Estado.

Se os jovens não dispuserem de ferramentas e incentivos, das mais variadas formas, para desenvolverem seus dons e talentos a Pátria não será próspera, pois eles estarão fracos e debilitados, por não estarem desempenhando com facilidade as tarefas que beneficiam toda a coletividade. Os jovens são o futuro e o espelho da Nação.

### 3. O Direito Natural ou Direito da Pessoa Humana

A fonte do Direito Natural<sup>120</sup> é a própria natureza humana, ou seja, a Pessoa Humana é a maior fonte do Direito Natural, que também pode ser entendido como Direito da Natureza ou Direito da Pessoa Humana. No Direito Natural<sup>121</sup> as normas são editadas por cada indivíduo em cada situação. Por isso ele pode ser entendido como o Direito da Pessoa Humana, porque cada pessoa torna-se capaz de receber um tratamento justo quando tratada conforme a liberdade e a igualdade que foi concedida pela Natureza e pela sua própria vontade individual.

A Natureza não confere a todos os mesmos dons, as mesmas tarefas, os mesmos desejos, os mesmos talentos, os mesmos caminhos, as mesmas boas vontades, os mesmos sonhos, etc. Então, cada voz e cada clamor são julgados com justeza quando recebem tratamento diferenciado que justificam seu anseio individual e que caracterizam a sua igualdade e a sua liberdade de se consagrarem como seres individuais e exclusivos da Natureza. Hans Kelsen<sup>122</sup> aborda o Direito Natural e observa que:

A chamada doutrina do direito natural é uma doutrina idealista-dualista do direito. Ela distingue, ao lado do direito real, isto é, do direito positivo, posto pelos homens e, portanto, mutável um direito ideal, natural, imutável, que identifica com a justiça. É, portanto, uma doutrina jurídica idealista, mas não “a” doutrina jurídica idealista. Distingue-se das outras doutrinas jurídicas idealistas-dualistas pelo fato de - como o

<sup>120</sup> Nas palavras de Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1986, p. 67: “Lo que llamo “función de Justicia de la Constitución” consiste en fijación de los contenidos de Moralidad Del Derecho, el objetivo de Derecho justo, de Derecho que debe ser, que se pretende. Normalmente, esta función no estaba explícita, sino que se deducía de su conjunto, de los principios implícitos que explicaban el sentido de las normas constitucionales, o se entendía que era algo anterior al Derecho positivo, que formaban parte de um Derecho ideal y prévio que se venia llamando Derecho natural.”

<sup>121</sup> Somente a título de curiosidade cumpre lembrar nas palavras de Plauto Faraco de Azevedo, *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.80 que: “Foi no contexto do pensamento liberal que veio à luz a chamada Escola Clássica do Direito Natural, que, se malogrou na busca de um sistema jurídico ideal a todas as situações, assentou “as pedras fundamentais sobre que se ergueu o arcabouço jurídico da moderna civilização ocidental. Dentre suas muitas contribuições enumeram-se a liberdade de movimento e de vocação profissional; o início de uma era de liberdade espiritual e religiosa; a eliminação da tortura e a humanização da pena, no Direito Penal; o fim dos julgamentos por bruxaria; a busca da segurança jurídica e o princípio da igualdade perante a lei; a elaboração dos princípios gerais do Direito Internacional. Sem que nem todas essas realizações possam ser atribuídas com exclusividade aos filósofos do direito natural racionalista, eis que derivaram de um processo de libertação do indivíduo iniciado no século XVI, não resta dúvida que deste movimento de idéias receberam decisivo e vigoroso impulso. Foi também no pensamento da Escola Clássica do Direito Natural que começou a delinear-se a noção de direito subjetivo.”

<sup>122</sup> *A justiça e o direito natural*. Trad. e prefácio de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009, p. 102.

seu nome indica - considerar a “natureza” como a fonte da qual promanam as normas do direito ideal, do direito justo. A natureza - a natureza em geral ou a natureza do homem em particular - funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem observa os seus preceitos, atua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas da conduta justa, são imanentes à natureza. Por isso, elas podem ser deduzidas da natureza através de uma cuidadosa análise, ou seja, podem ser encontradas ou, por assim dizer, descobertas na natureza - o que significa que podem ser conhecidas. Não são portanto, normas que - como as normas do direito positivo - sejam postas por atos de vontade humana, arbitrárias e, portanto, mutáveis, mas normas que já nos são dadas na natureza anteriormente a toda a sua possível fixação por atos de vontade humana, normas por sua essência invariáveis e imutáveis.

O Direito Natural - ou *Direito de Natureza* ou *Direito da Pessoa Humana* - não generaliza, ao contrário, individualiza e por isso cada qual se torna capaz de obter aquilo que lhe corresponde. Como observa Platão,<sup>123</sup> “é justo devolver a cada um o que lhe é devido”. Entretanto, as normas de Direito Positivo são postas por algumas vontades humanas, arbitrárias e relativas que representam a vontade de alguns grupos, ou de alguns interessados, ou daqueles que lutaram anteriormente pela existência de algumas leis e de certos direitos.

As normas de Direito Positivo trazem sempre intenções humanas que visam o benefício de alguns, mas não de todos. Afinal, ninguém pode saber sobre o futuro da humanidade e ninguém pode prever todas as situações da vida cotidiana que necessitam de justiça. As normas de Direito Positivo não dão oportunidade de justiça a todas as pessoas que se sentem injustiçadas e muitas vezes o próprio sistema legal torna-se instrumento de injustiça contra a Pessoa Humana.

Conforme Kant,<sup>124</sup> a liberdade não pode sequer ser conceituada e exemplificada segundo as leis naturais, porque a Pessoa Humana contém algo tão especial dentro de si que até mesmo por tais leis naturais não pode ser equalizada, comparada ou reduzida, sob pena de deixar de caracterizá-la. Somente pode ser argumento do próprio indivíduo detentor de razão e de consciência de uma vontade. Por que, então, o Homem não pode sequer ser julgado pelas leis da Natureza? Por exemplo: conforme as leis da Natureza, a união sexual dá-se entre o

---

<sup>123</sup> *A República*. Trad. Ana Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9.

<sup>124</sup> *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 116-117.

homem e a mulher. Contudo, existem pessoas do mesmo sexo que, de fato, unem-se maritalmente e, portanto, para que a Dignidade seja respeitada, mesmo as leis naturais são incapazes de impedir a liberdade de ser e existir da pessoa conforme a sua vontade e seu livre-arbítrio, mesmo que a mencionada atitude não faça parte da legislação universal.

Conforme Kant<sup>125</sup>

Ora a liberdade é uma mera idéia cuja realidade objetiva não pode ser de modo algum exposta segundo leis naturais e, portanto, em nenhuma experiência também, que, por conseqüência, uma vez que nunca se lhe pode supor um exemplo por nenhuma analogia, nunca pode ser concebida nem sequer conhecida. Ela vale como pressuposto necessário da razão num ser que julga ter consciência duma vontade, isto é, duma faculdade bem diferente da simples faculdade de desejar (a saber, a faculdade de se determinar a agir com inteligência, por conseguinte segundo leis da razão independentemente de instintos naturais). Ora, onde cessa a determinação segundo leis naturais, cessa também toda a explicação, e nada mais resta senão a defesa, isto é, a repulsão das objeções daqueles que pretender ter visto mais fundo na essência das coisas e por isso atrevidamente declaram a liberdade impossível. Pode-se-lhes mostrar somente que a contradição que eles julgam ter descoberto aqui não consiste senão no seguinte: - para tornar válida a lei natural no que concerne às ações humanas, eles tiveram de considerar o homem necessariamente como fenômeno; e agora, quando se exige deles que o pensem também, enquanto inteligência, como coisa em si mesma, eles continuam ainda a considerá-lo como fenômeno; e então, em verdade, o fato de subtrair a causalidade do homem (quer dizer, a sua vontade) a todas as leis naturais do mundo sensível em um e o mesmo sujeito, constituiria uma contradição; mas esta contradição desaparece se eles quiserem refletir e confessar, como é justo, que por trás dos fenômenos têm de estar, como fundamento deles, as coisas em si mesmas (ainda que ocultas), a cujas leis eficientes se não pode exigir que sejam idênticas àquelas a que estão submetidas as suas manifestações fenomenais. A impossibilidade subjetiva de explicar a liberdade da vontade é idêntica a impossibilidade de descobrir e tomar concebível um interesse que o homem possa tomar pelas leis morais; e, no entanto, é um fato que ele toma realmente interesse por elas, cujo fundamento em nós é o que chamamos sentimento moral, sentimento que alguns têm falsamente apresentado como padrão do nosso juízo moral, quando é certo que ele deve ser considerado antes como o efeito subjetivo que a lei exerce sobre a vontade e do qual só a razão fornece os princípios objetivos.

Para Kant uma lei humana é considerada universal quando os efeitos que ela produz harmonizam-se com a natureza das coisas e com a vontade livre de cada indivíduo. Esse imperativo universal tornar-se-ia efetivo quando cada um “age como se a máxima da tua ação se devesse tomar, pela tua vontade, em lei universal da Natureza”.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> *Op. cit.*, mesma página.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 62. Hans Kelsen, *A justiça e o direito natural*, p. 56-60, analisa o imperativo categórico de Kant dizendo: “Estreitamente aparentado com a regra de ouro é o imperativo categórico de Kant. Este, na mais corrente das suas diversas formulações, diz: “Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”. Este imperativo não é propriamente pensado como uma norma de justiça, mas como um princípio geral e supremo da Moral no qual está contido o princípio da justiça. O imperativo categórico postula uma determinada atuação. Ele é a resposta à questão de saber como devo agir para agir Moralmente bem. Esta resposta diz: ages Moralmente bem quando atuas segundo uma máxima da qual possas querer que ela se transforme numa lei universal. Aqui “máxima” é a regra segundo a qual o homem quer efetivamente agir, segundo a qual se propõe ou se predispõe a agir, é a “lei universal”, a norma geral segundo a qual ele deve agir. Se efetivamente, como a norma geral segundo a fórmula acabada de citar, se tratasse de saber se nós podemos querer que

---

aquilo que nos propomos a nós próprios como regra do nosso agir se transforme numa lei universal, então o imperativo categórico não conduziria necessariamente a uma atuação Moralmente boa. Com efeito, um homem pode de fato querer de toda e qualquer máxima que ela se transforme numa lei universal. Isso pode em muitos casos – do ponto de vista de uma Moral já pressuposta – ser censurável; todavia, não é impossível. Kant crê poder demonstrar que não podemos querer que muitas máximas se transformem em lei universal, procurando mostrar que a vontade de elevar a uma lei universal uma máxima iMoral, ou seja, uma máxima que Kant de antemão pressupõe como iMoral, ou a lei a que esta máxima é elevada, “se contradiria a si própria”. Assim, diz ele da máxima que conduz a pôr termo à vida pelo suicídio quando aquela promete mais sofrimento do que prazeres: - que não poderíamos querer que uma tal norma se transformasse numa lei universal da natureza, porque “uma natureza cuja lei fosse destruir a própria vida através do mesmo sentimento cuja finalidade é incitar à promoção da vida seria contraditória consigo mesma e, portanto, não poderia subsistir como natureza, pelo que, conseqüentemente, aquela máxima não poderia ter lugar como lei universal da natureza e, logo, seria contrária ao supremo princípio de todo o dever” (isto é, ao imperativo categórico). Não pode seriamente pôr-se em dúvida que um homem pode de fato querer que a máxima que manda pôr termo à própria vida quando ela é insuportável se torne numa lei universal. Se uma lei é válida, então, a validade da lei segundo a qual a vida deve ser conservada é restringida por aquela. De forma alguma existe aqui necessariamente uma contradição. Uma tal contradição apenas existe entre aquela máxima e uma lei Moral pressuposta por Kant segundo a qual o suicídio é proibido em todas e quaisquer circunstâncias e por força da qual não deve querer-se da máxima em questão – se bem que tal possa ser querido - que ela se transforme numa lei universal. Uma outra máxima cuja compatibilidade com o imperativo categórico é analisada por Kant é a que se exprime em fazer uma promessa com a intenção de não cumprir. Imediatamente intuimos, diz Kant, que não poderíamos querer que ela se transforme numa lei universal, “pois segundo uma tal lei não haveria qualquer promessa”. Mas por que haveria um homem mau de não poder querer uma tal situação? Se ele quer que a sua máxima seja uma lei universal, pode a sua vontade ser julgada como má desde que pressuponhamos a norma Moral que diz que devemos as nossas promessas, mas não pode ser considerada como impossível. Quem não quer cumprir a sua promessa e está de acordo com que ninguém deve (tem o dever de) querer, mas não algo que ele não possa querer. De forma alguma a sua máxima, tomada uma lei universal, tem de, como Kant diz, “destruir-se a si própria”, na medida em que com o “destruir-se a si própria” se signifique contradizer-se a si própria. Com efeito, prometer a outrem uma determinada conduta significa: declarar que queremos no futuro, conduzir-nos por aquela forma, mas também que devemos, no futuro, conduzir-nos por aquela forma - quer dizer, se se pressupõe como válida a norma segundo a qual devemos cumprir as nossas promessas. Kant pressupõe esta norma como evidente quando afirma que não podemos querer que a máxima que nos leva a não cumprir uma promessa que ela se tome numa lei universal. Pois que, ao afirmar tal, Kant apenas pode significar que não devemos querer que uma tal norma se tome numa lei universal. Da máxima que nos leva a tomar dinheiro de empréstimo ainda que saibamos que não podemos restituí-lo, diz Kant que não poderíamos querer que ela se tomasse numa lei universal, “teria necessariamente de se contradizer”. Uma lei em que tal máxima fosse transformada necessariamente “tomaria ela mesma impossível a promessa [de restituir o dinheiro tomado de empréstimo] e o fim que se possa ter em vista ao fazê-la”. Não poderia, por conseguinte, haver contratos de empréstimo. Ora querer tal é seguramente possível; só que não devemos querer tal. Contradição apenas existiria se, ao lado de uma tal lei, fosse também considerada como válida uma outra que prescrevesse a restituição do empréstimo. Esta lei não é, porém, querida nesta hipótese. Kant pondera que a máxima em questão “seria contrária ao princípio supremo de todo o dever”, isto é, ao imperativo categórico. Mas isso somente sucederia se deste se pudesse deduzir a norma segundo a qual os empréstimos devem ser restituídos. Tal não é, porém, o caso. Esta norma é pressuposta por Kant como de per si evidente. E somente com base nesta pressuposição, e não por força do imperativo categórico, é questão, ou seja, afinal, de que a não devemos querer. Muito mais significativo é o que Kant diz da máxima seguida por um homem que prefere “antes correr atrás do prazer do que esforçar-se por alargar e aperfeiçoar as suas boas disposições naturais”. “Não pe possível um homem querer” que esta máxima se tome uma lei universal, “pois, como ser racional, ele quer necessariamente que todas as faculdades nele sejam desenvolvidas, porque estas lhe são dadas e lhe servem para toda a espécie de finalidades (Absichten) possíveis”. É muito provável que um homem que dá preferência à busca do prazer sobre o desenvolvimento das suas capacidades possa querer que a sua máxima se tome numa lei universal. A “necessidade” com a qual o homem, como ser racional, quer que todas as faculdades nele sejam desenvolvidas não é, obviamente, uma necessidade causal mas uma necessidade normativa. O homem deve desenvolver as suas faculdades. Nem a máxima que conduz à busca do prazer nem uma lei a que essa máxima contradiz uma lei Moral por força da qual devemos desenvolver todas as nossas faculdades; e só em confronto desta lei Moral é que a máxima é iMoral. Kant, porém, pressupõe a lei Moral com de per si evidente. O mesmo precisamente se passa com a máxima de uma pessoa que se propõe contribuir apenas para o seu próprio bem-estar mas não para o bem-estar dos outros. “Ora impossível”, diz Kant, “querer que um tal princípio vigore em toda a parte como lei natural. Com efeito, uma vontade que isto decidisse contradizer-se-ia a si própria”, pois que o homem, “através de uma tal lei natural emanada da sua própria vontade, se privaria a si próprio de toda a esperança da ajuda que ele para si deseja”. É patente que um egoísta pode querer uma lei do egoísmo e, simultânea e conseqüentemente, renunciar à ajuda dos outros, podendo, portanto, querer sem contradição que a sua máxima se tome uma lei universal. A contradição que aqui surge é a contradição entre a máxima e uma lei Moral pressuposta por Kant, por força da qual devemos contribuir para o bem-estar dos outros. Só desta pressuposição, e não do imperativo categórico, se segue que o homem não “pode” querer, ou seja, afinal, não deve querer, que o princípio do egoísmo se tome numa lei universal.”



Então, quando o Homem age de forma que sua ação se harmonize com a sua natureza e com a natureza das coisas, sua ação torna-se uma lei universal porque é justa e boa. Em outras palavras, um Homem que demonstra honestidade em sua ação, esta torna-se uma lei universal, enquanto aquele que demonstra desonestidade em sua ação, esta não pode ser considerada uma lei universal.

Para Hans Kelsen<sup>127</sup>:

Kant, na sua ética, não se ocupou mais detalhadamente do princípio da justiça como um princípio especial da moral. Diz incidentalmente (*Die Metaphysik der Sitten*, IV, P. 490): o conceito da justiça não necessita de qualquer definição mais precisa”. Na *Kritik der Reinen Vernunft* (III, PP 372/3) encontra-se mesmo uma observação que pode ser entendida no sentido de que Kant, na sua ética, parte do pressuposto de que a imputação Moral só é possível se o homem é livre, quer dizer, se a sua vontade não é casualmente determinada. Todavia, como Kant tem de conceder que o homem empírico, o homem no mundo dos sentidos, e a sua vontade são, como tudo neste mundo, casualmente determinados, apenas lhe resta a possibilidade de salvar a liberdade referindo-a ao homem como coisa em si (*Ding na sich*), ao homem inteligível. Como, porém, é precisamente ao homem empírico que é feita a imputação Moral e Kant expressamente declara: “pelo que toca a este caráter empírico não há, portanto, qualquer liberdade”, o mesmo Kant é obrigado a confessar: “A autêntica Moralidade das ações (mérito e culpa), mesmo a da nossa própria conduta, permanece-nos, por conseguinte, completamente oculta. As imputações podem ser referidas ao caráter empírico. Porém, quanto deste (*scl.* caráter) seja puro efeito da liberdade, quanto seja de atribuir a pura natureza aos efeitos do temperamento de que se não é culpado ou à feliz estruturação do mesmo temperamento (mérito *fortuna*), isso ninguém pode discernir e, por conseguinte, ninguém pode julgar segundo uma justiça completa”. Na “*Schlussanmerkung*” da *Metaphysik der Sitten* (VI, pp. 488 e ss.) fala Kant da justiça mas apenas da justiça divina, da qual diz que “é para nós impenetrável”. Quanto ao princípio segundo o qual a liberdade de cada um deve ser conciliável com a liberdade de todos os outros, e que Kant não designa como princípio da justiça mas como “princípio do direito”. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, IV, p. 420: “Máxima é a regra fundamental segundo a qual ele deve agir, isto é, um imperativo”- *Die Metaphysik der Sitten*, VI, p. 4225: “A máxima é o princípio subjetivo da ação, aquilo que o próprio sujeito põe como regra (como ele próprio quer agir). Pelo contrário, o princípio do dever (a lei) é o que a razão incondicional e, portanto, objetivamente lhe prescreve (como ele deve agir).

Uma atitude humilde pode ser considerada uma lei universal, enquanto que uma atitude assoberbada não pode ser considerada uma lei universal.

Mesmo que uma pessoa aja de forma desonesta ela não deve ser humilhada na vida social, embora sua ação não adentre na legislação universal. Se um indivíduo possui um dom

---

<sup>127</sup> *A justiça e o direito natural*, p. 56-57.

ou talento e não o desenvolve por preguiça, sua ação não adentra na legislação universal no sentido kantiano<sup>128</sup>.

<sup>128</sup> De acordo com Emmanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 63-65: “Uma vez que a universalidade da lei, segundo a qual certos efeitos se produzem, constitui aquilo a que se chama propriamente natureza no sentido mais lato da palavra (quanto à forma), quer dizer a realidade das coisas, enquanto é determinada por leis universais, o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se assim: age como se a máxima da tua ação se devesse tomar, pela tua vontade, em lei universal da natureza. Vamos agora enumerar alguns deveres para conosco mesmos e deveres para com os outros, em deveres perfeitos e imperfeitos. 1) Uma pessoa, por uma série de desgraças, chegou ao desespero e sente tédio da vida, mas está ainda bastante em posse da razão para poder perguntar a si mesmo se não será talvez contrário ao dever para consigo mesmo atentar contra a própria vida. E procura agora saber se a máxima da sua ação se poderia tornar em lei universal da natureza. A sua máxima, porém, é a seguinte: Por Amor de mim mesmo, admito como princípio que, se a vida, prolongando-se, me ameaça mais com desgraças do que me promete alegrias, devo encurtá-las. Mas pergunta-se agora se este princípio do Amor de si mesmo se pode tornar em lei universal da natureza. Vê-se então em breve que uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude do mesmo sentimento cujo objetivo é suscitar a sua conservação, se contradiria a si mesma e portanto não existiria como natureza. Por conseguinte aquela máxima não poderia de forma alguma dar-se como lei universal da natureza, e portanto é absolutamente contrária ao princípio supremo de todo o dever; 2) Uma outra pessoa vê-se forçada pela necessidade a pedir dinheiro emprestado. Sabe muito bem que não poderá pagar, mas vê também que não lhe emprestarão nada se não prometer firmemente pagar em prazo determinado. Sente a tentação de fazer a promessa; mas tem ainda consciência bastante para perguntar a si mesma: Não é proibido e contrário ao dever livrar-se de apuros desta maneira? Admitindo que se decida fazê-lo, a sua máxima de ação seria: Quando julgo estar em apuros em dinheiro, vou pedi-lo emprestado e prometo pagá-lo, embora saiba que tal nunca sucederá. Este princípio do Amor de si mesmo ou da própria conveniência pode talvez estar de acordo com todo o meu bem-estar futuro; mas agora a questão é de saber se é justo. Converto assim esta exigência do Amor de si mesmo em lei universal e ponho assim a questão: Que aconteceria se a minha máxima se transformasse em lei universal? Vejo então imediatamente que ela nunca poderia valer como lei universal da natureza e concordar consigo mesma, mas que, pelo contrário, ela se contradiria necessariamente. Pois a universalidade de uma lei que permitisse a cada homem que se julgasse em apuros prometer o que lhe viesse à idéia com a intenção de o não cumprir, tornaria impossível a própria promessa e a finalidade que com ela se pudesse ter em vista; ninguém acreditaria em qualquer coisa que lhe promettessem e rir-se ia apenas de tais declarações como de vãos enganos; 3) Uma terceira pessoa encontra em si um talento natural que, cultivado em certa medida, poderia fazer dele um homem útil sob vários aspectos. Mas encontra-se em circunstâncias cômodas e prefere ceder ao prazer a esforçar-se por alargar e melhorar as suas felizes disposições naturais. Mas está em condições de poder perguntar ainda a si mesmo se, além da concordância que a sua máxima do desleixo dos seus dons naturais tem com a sua tendência para o gozo, ela concorda também com aquilo que se chama dever. E então vê que na verdade uma natureza como uma tal lei universal poderia ainda subsistir, mesmo que o homem (como os habitantes dos mares do Sul) deixasse enferrujar o seu talento e cuidasse apenas de empregar a sua vida na ociosidade, no prazer, na propagação da espécie, numa palavra - no gozo; mas não pode querer que isto se transforme em lei universal da natureza ou que exista dentro de nós por instinto natural. Pois como ser racional quer ele necessariamente que todas as suas faculdades se desenvolvam, porque lhe foram dadas e lhe servem para toda sorte de fins possíveis; Uma quarta pessoa ainda, que vive na prosperidade ao mesmo tempo que vê outros a lutar com grandes dificuldades (e aos quais ela poderia auxiliar), pensa: Que é que isso me importa? Que cada qual goze da felicidade que o céu lhe concede ou que ele mesmo pode arranjar; eu nada lhe tirarei dela, nem sequer o invejarei; mas contribuir para o seu bem-estar ou para o seu socorro na desgraça, para isso é que não estou! Ora supondo que maneira de pensar se transformava em lei universal da natureza, é verdade que o gênero humano poderia subsistir, e sem dúvida melhor ainda do que se cada qual se pudesse palrar de compaixão e bem-querença e mesmo se esforçasse por praticar ocasionalmente estas virtudes, ao mesmo tempo que, sempre que pudesse, se desse ao engano, vendendo os direitos dos outros ou prejudicando-os de qualquer outro modo. Mas embora seja possível que uma lei universal da natureza possa subsistir segundo aquela máxima, não é contudo possível querer que um tal princípio valha por toda a parte como lei natural. Pois uma vontade que decidisse tal coisa pôr-se-ia em contradição consigo mesma; podem com efeito descobrir-se muitos casos em que a pessoa em questão precise do Amor e da compaixão dos outros e em que ela, graças a tal lei natural nascida da sua própria vontade, roubaria a si mesma toda a esperança de auxílio que para si deseja.”

A justiça dificilmente poderá ser definida e compreendida sobre somente um aspecto objetivo e Homem nenhum será capaz de julgar conforme uma justiça completa e perfeita devido à tamanha relatividade aplicada a ela pelos Homens.

Contudo, quando as leis basearem-se em conhecimentos a partir da natureza das coisas e também respeitarem a vontade livre e consciente da pessoa individualizada, mais simples será o justo julgamento. Quando a aplicação do Direito for mais comprometida com as normas de justiça, as leis terão maior credibilidade e o Direito será mais perfeito.

Conforme esclarece Karl Larenz<sup>129</sup>:

A natureza das coisas é de grande importância em conexão com a exigência de justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e desigualmente aquilo que é desigual; ela exige ao legislador e, dado caso ao *juiz* que diferencie adequadamente.

Neste momento cumpre indagar: Como aplicar a regra de tratar igualmente os iguais na medida de sua desigualdade através dos meios da lógica e da norma escrita? Até que ponto as normas escritas são capazes de aplicar a regra da igualdade entendendo e valorando a essência do caso concreto?

As normas escritas são capazes de valorar todos os conteúdos e as essências de todas as situações conflituosas? Como é possível captar o espírito das situações da vida através de postulações lógico-formais? A Dignidade da Pessoa Humana não seria a essência do Direito, e as fórmulas da igualdade os métodos para se obterem o justo julgamento? As normas jurídicas não desvalorizam o caso concreto?

Seguindo o pensamento de Piero Calamandrei<sup>130</sup>:

À força de trabalhar sobre os artigos dos códigos e de compará-los com os casos práticos, os juizes chegaram a discernir na lei uma quantidade de significados que estavam implícitos em sua fórmula geral mas não eram visíveis a olho nu. A lógica jurídica assemelhe-se à lente de aumento, que serve para distinguir e isolar os finíssimos fios retorcidos de que é composto um barbante (cada fio da lei se torna, através da lógica do *juiz*, uma máxima de jurisprudência);

---

<sup>129</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 594.

<sup>130</sup> *Eles, os juizes, vistos por um advogado*, p.184-185.

ou melhor, assemelha-se ao binóculo, através do qual, à medida que se ajusta o foco, os detalhes das coisas se tornam visíveis, os contornos se tornam mais nítidos. Por fim, quando o binóculo está com o foco ajustado, parece que não há mais nada a descobrir. Assim acontece no caso desse paciente trabalho de focalização que os juízes realizam na lei: no lugar dela, freqüentemente lacunosa e obscura, entra um sistema acabado e coerente de máximas jurisprudenciais, *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*, em cujo âmbito todo caso possível parece que deve encontrar sem dificuldade sua sistematização precisa. Mais eis que ao *juiz*, que vivia tranqüilo com a convicção de ter pronto para todos os casos o compartimento apropriado dentro dos lúcidos esquemas da jurisprudência consolidada, apresenta-se um caso imprevisto, que perturba sua tranqüilidade, porque ele percebe que, se quisesse encaixá-lo a qualquer preço naqueles esquemas, resultaria uma solução contra a qual seu sentimento se rebela. Como pode ser resolvido o angustiante dilema entre o cômodo conformismo, apego ai [*sic*] que sempre foi decidido (*stare decisis*), e a consciência inquieta, que cada vez quer refazer seus cálculos? Tudo depende do *juiz* em que se produz esse embate. O risco das causas costuma estar neste antagonismo: entre o *juiz* lógico e o *juiz* sensível; entre o *juiz* conseqüencial e o *juiz* precursor; entre o *juiz* que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o *juiz* que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo.

Lenio Luiz Streck<sup>131</sup> explica que:

[...] não mais interpretamos para compreender e, sim, compreendemos para interpretar, rompendo-se assim, as perspectivas epistemológicas que coloca(va)m o método como supremo momento da subjetividade e garantia da segurança (positivista) da interpretação. Os três aspectos que caracterizam esse novo constitucionalismo provocam profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito. Na verdade, embora o positivismo possa ser compreendido no seu sentido positivo, como uma construção humana do direito enquanto contraponto ao *iusnaturalismo*, e tenha, portanto, representado um papel relevante em um dado contexto histórico, no decorrer da história acabou transformando-se - e no Brasil essa questão assume foros de dramaticidade - em uma concepção matematizante do social, a partir de uma dogmática jurídica formalista, de nítido caráter retórico. Com efeito, se o formalismo e o positivismo marca(ra)m indelevelmente o pensamento jurídico moderno, isto porque se engendrou um imaginário jurídico atrelado, ao mesmo tempo, ao formalismo e às suas insuficiências para explicar o direito e a realidade (o direito é concebido no plano abstrato e entendido como sendo apenas um objeto histórico-cultural) e ao positivismo, com as suas características que vêm delineando os caminhos da doutrina e jurisprudência, como: a não admissão de lacunas; o não reconhecimento dos princípios como normas; as dificuldades para explicar os “conceitos indeterminados”, as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, resvalando, com isto, em direção àquilo que o positivismo visou evitar: a discricionariedade do *juiz*, que acaba se transformado em arbítrio judicial (ou *decisinismos voluntaristas*); refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do *juiz*; por último, tem ficado visível que o positivismo não tem como tratar da questão da legitimidade do direito. Por isto, a legalidade ocupa o lugar da legitimidade. Como conseqüência dessa (con) fusão entre normativismo e positivismo, tem-se uma verdadeira blindagem contra a “intervenção” da Constituição (entendida nos quadros do neoconstitucionalismo), que introduz as condições para a superação do problema da equiparação normativista-positivista entre vigência e validade: na verdade, a Constituição introduz a diferença entre vigência e validade, alçando a validade à condição primeira, caindo

<sup>131</sup> A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 159-161.

por terra a plenipotenciabilidade da lei e tudo o que isto vem representando no campo jurídico. Isto implica afirmar que o significado do constitucionalismo depende da avaliação das condições de possibilidade da compreensão desse fenômeno. A plenipotenciabilidade da lei - como fonte e pressuposto do sistema - cede lugar aos textos constitucionais que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Ou seja, de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre “um instrumento de mudança social. O direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações.”

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari<sup>132</sup>:

Um vizinho muito próximo do formalista é o *juiz* acomodado, que se afirma apolítico e entende que não é tarefa sua fazer indagações sobre a justiça, a legitimidade e os efeitos sociais das leis. Esse é, possivelmente, o caso da maioria dos juizes. Foram eles que aceitaram passivamente e sem qualquer perturbação na consciência, os “atos institucionais” impostos como leis superiores pelas ditaduras da América Latina em décadas recentes. São eles os que, em todo o mundo, aplicam sem reflexão, como se fosse indiscutivelmente normal, a “lei do governo”, sem importar-lhes de que governo, nem tampouco a justiça ou injustiça da imposição, desde que tenha uma aparência legal. Esse é o comportamento que mais frequentemente compromete o prestígio do Poder Judiciário, contribuindo muito para que ele seja visto como “uma forma legal de promover injustiças”, segundo as palavras de Marcel Camus e James Baldwin. Também esses juizes são cúmplices, não tão inconsciente, da impunidade dos violadores de direitos humanos. Sem esquecer a realidade, mas também por motivo de justiça é preciso reconhecer que a impunidade ocorre, muitas vezes, por falta de independência dos juizes. Há situações em que são tais as restrições que nem mesmo o *juiz* mais consciente e mais corajoso pode castigar um violador dos direitos humanos. Não são raros os exemplos de juizes verdadeiramente heróicos, que em suas sentenças denunciam as dificuldades para conhecer a verdade, as investigações policiais deliberadamente malfeitas, os obstáculos interpostos para impedir a identificação ou levar a julgamento os verdadeiros responsáveis por violações graves de direitos. É comum que esses juizes sejam vozes isoladas que não recebem apoio da instituição judicial. Por isso é importante falar sempre, com insistência, da necessidade de sua independência, mas sem esquecer que, com frequência, a cumplicidade e a indiferença dos juizes e cúpulas judiciais são elementos com os quais contam os governos injustos para assegurar a impunidade dos violadores de direitos humanos. Quanto aos juizes e à proteção judicial, é necessário reconhecer que sem juizes bem informados, conscientes de sua responsabilidade social e verdadeiramente comprometidos com a justiça, será quase impossível obter uma proteção real dos direitos humanos.

Para que as leis jurídicas possam ser consideradas universais é preciso indagar-se sobre a justiça e seus efeitos sociais. Se não é tarefa do *juiz* procurar a justiça, a legitimidade e os efeitos sociais das leis, este não está a serviço da justiça considerada como lei universal, mas está a serviço da injustiça ou da legalidade apta a produzir injustiça contra a Dignidade da Pessoa Humana. Segundo Cristina Queiroz<sup>133</sup>:

<sup>132</sup> *O poder dos juizes*. 3. ed., de acordo com a reforma do Judiciário. 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2008, p.40-41.

<sup>133</sup> *Interpretação e poder judicial: sobre epistemologia da construção constitucional*. Coimbra-Portugal: Coimbra, 2000, p. 65.

[...] a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a realização e aprofundamento da democracia participativa’, impõem um direito mais além da lei. Portanto, o programa não deverá ser alternativo, mas cumulativo: uma existência digna do homem em liberdade e uma liberdade através de uma existência condigna do homem.

Enquanto as instituições formalmente democráticas<sup>134</sup> não respeitarem os Homens considerados em sua liberdade e vontade suprema, estes não vão acreditar nas leis e estas serão meros instrumentos de trabalho de alguns e de descrença de outros. A Pessoa Humana não adere espontaneamente aos deveres que lhe são impostos por uma ordem que seja distante da natural.<sup>135</sup>

Enquanto o sistema legal não for comprometido com a qualidade da justiça ela não resplandecerá na vida social. O Direito Positivo injusto não encontra aderência espontânea da

---

<sup>134</sup> Segundo Dalmo de Abreu Dallari, *op. cit.*, p. 151-152: “Não é democrática uma instituição cujos dirigentes, pelo modo como são escolhidos e por seu relacionamento com os níveis inferiores da hierarquia administrativa, comportam-se como aristocratas privilegiados. Isso tem aplicação ao Poder Judiciário, cujas cúpulas dirigentes são escolhidas apenas pelos membros dos órgãos de nível superior. Não é dada qualquer oportunidade para que os integrantes dos níveis inferiores, muito mais numerosos e igualmente integrantes do Judiciário, possam manifestar-se sobre a escolha dos dirigentes do Judiciário ou sobre outros assuntos que interessam a todos. É oportuno observar que os juízes dos tribunais superiores aparecem de tal modo envolvidos e influenciados pela mentalidade de seu ambiente de trabalho, que muitas vezes tratam como inferiores os colegas de primeira instância, esquecendo-se de que estes também são juízes. Isso tem reflexo bem evidente nas práticas administrativas dos tribunais, pois os critérios dos dirigentes não costumam ser transparentes e, com muita frequência, são estabelecidos a partir de preconceitos ou preferências ideológicas. Além disso, não raro são colocados como prioridades os interesses dos próprios tribunais superiores e de seus integrantes, dando-se pouca atenção aos problemas da primeira instância. Não se pode ignorar, evidentemente, que muitas decisões das instâncias superiores são de interesse geral, mas com realismo é preciso reconhecer que para a maioria do povo o que importa é a decisão rápida e pouco onerosa de grande número de pequenos conflitos que afetam a vida diária. Basta isso para se concluir que os juízes de instâncias diversas, desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal, têm atribuições diferentes mas essencialmente executam a mesma tarefa e participam do mesmo serviço público. Assim sendo, a hierarquia, inerente à organização administrativa, não deve ser confundida com a existência de juízes de categoria superior e inferior, não sendo democrático tratar de modo autoritário os considerados inferiores e negar-lhes qualquer possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento e a melhor orientação da organização judiciária. Ainda em termos de democratização interna, deve ser modificado o modo de proceder das cúpulas dirigentes dos tribunais, que habitualmente discutem em reuniões fechadas e sem qualquer divulgação, mesmo para os juízes, os assuntos de interesse de todos os integrantes da organização judiciária, apresentando suas decisões como fatos consumados. É incompatível com uma ordem jurídica democrática a realização de sessões secretas ou tão fechadas que seus critérios permanecem em segredo, para decidir sobre assuntos que interessam a todo o povo ou que se referem a questões fundamentais para o desempenho das atribuições funcionais ou a carreira profissional dos juízes. Assim, também, é necessária a reforma administrativa para que não existam mais, nos tribunais, órgãos especiais de caráter privilegiado, cujos membros são escolhidos por critérios aparentemente objetivos mas que, na realidade, podem ser a resultante de uma seleção prévia, através do mecanismo de promoções. Esses órgãos de direção suprema, como eram compostos até antes da aprovação da Emenda Constitucional n. 45, acabavam determinando, na prática, a existência de desembargadores de primeira e de segunda classe. Se um tribunal tem número muito elevado de desembargadores e é necessário escolher um pequeno número para os postos de direção, isso deverá ser feito democraticamente, através de eleição, sendo candidatos e eleitores todos os integrantes do tribunal.”

<sup>135</sup> Conforme Cândido Rangel Dinamarco assinala na sua proposta no prefácio à primeira edição de sua primorosa obra *A instrumentalidade do processo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 11: “A descrença de todos na Justiça é efeito das mazelas de um sistema acomodado no tradicional método introspectivo, que não inclui a crítica do sistema mesmo e dos resultados que ele é capaz de oferecer aos consumidores finais do seu serviço-, ou seja, aos membros da população”.

alma da Pessoa Humana e tal situação ocasiona um desequilíbrio na consciência individual que influencia na prática de boas ações individuais.

A natureza do justo e do injusto se orienta por uma noção natural a respeito da justiça, porém, quando um Direito Positivo injusto é imposto surgem equívocos práticos no tocante da noção de justiça.<sup>136</sup>

Por exemplo, um Direito Positivo injusto faz com que a boa fé de uma pessoa possa em algumas situações ser usada contra ela mesma, pois a ordem legal injusta confunde o

---

<sup>136</sup> De acordo com a análise de Hans Kelsen, *A justiça e o direito natural*, p. 44-46: “analisemos agora a situação que se apresenta quando falamos de um direito positivo justo ou injusto, quando afirmamos a justiça ou a injustiça como qualidade de normas válidas do direito positivo, quando, como se diz, julgamos as normas de direito positivo segundo uma norma de justiça, as valoramos como justas ou injustas tomando por padrão de medida uma norma de justiça e presumindo ao mesmo tempo, contudo, que a validade dessas normas do direito positivo não depende da relação em que se encontrem com a norma de justiça. Nesta independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico. Uma norma de justiça prescreve uma determinada conduta de homens em face de outros homens. Esta conduta pode consistir na estatuição de normas. Na medida em que uma norma de justiça se refere ao direito positivo, postula um determinado afeiçoamento do conteúdo das suas normas; prescreve a estatuição de normas com determinado conteúdo. Isto, porém, significa que ela se dirige à criação do direito positivo. A conduta que ela prescreve, o seu objeto, são atos através dos quais são postas as normas. Estes atos podem corresponder à norma de justiça ou contradizê-la. Correspondem à norma de justiça quando a norma que estatuem tem aquele conteúdo que a norma de justiça prescreve; contradizem a norma de justiça quando a norma que estabelecem tem o conteúdo oposto. Como a justiça ou a injustiça consiste nesta correspondência ou não correspondência dos atos legiferantes, são estes atos fixadores do direito positivo, a conduta dos homens que estatuem as normas do direito positivo, fatos da ordem do ser, portanto, que formam o objeto da apreciação efetuada através da norma de justiça, que, medidos pelo estalão desta norma de justiça, são valorados como justos ou injusto, têm um valor de justiça positivo ou negativo. Este valor de justiça do ato normativo, porém, deve ser claramente distinguido do valor jurídico que as normas do direito positivo constituem. Do ponto de vista do direito positivo, uma tal norma não constitui um valor jurídico positivo por ser posta através de um ato que tem um valor de justiça positivo, e constitui um valor jurídico positivo mesmo quando seja posta através de um ato que tem um valor de justiça negativo. Se a estatuição da norma do direito positivo corresponde à norma de justiça, então o valor jurídico constituído por aquela coincide com o valor de justiça constituído por esta. Diz-se, neste caso, que a norma do direito positivo é justa. Se a estatuição da norma do direito positivo contraria a norma de justiça, valor de justiça e valor jurídico não coincidem; diz-se então que a norma do direito positivo é injusta. No entanto, a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidade de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são – ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o respectivo sentido. Se v.g., uma norma de justiça pressuposta como válida preceitua que todos os homens devem ser tratados igualmente, um ato legislativo pelo qual sejam postas normas que prescrevam um tratamento desigual dos indivíduos, statuindo que os tribunais apenas devem punir aqueles que cometeram um delito e não os outros e que devem punir os ladrões com a privação da liberdade ao passo que os assassinos devem ser castigados com a privação da vida, então este ato legislativo e os atos dos tribunais que aplicam a lei são injustos. Diz-se, nesse caso, que a norma geral da lei e as normas individuais das decisões judiciais que aplicam a lei são injustas. A sua injustiça reside no fato de os atos que as estabelecem contradizerem uma norma de justiça, quer dizer, no fato de, segundo esta norma, não deverem ser postas. De acordo com o direito positivo, porém, elas devem ser postas. Ora não é possível que algo deva ser e não deva ser ao mesmo tempo. Portanto, do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, não pode ser considerada válida uma norma do direito positivo que a contradiga, assim como, do ponto de vista de uma norma do direito positivo tida como válida, não pode ser considerada válida uma norma que a contradiga.”

discernimento a respeito do que seja “justo” ou “injusto”, “bom” ou “mau”, “certo” ou “errado”.

O que pretende-se argumentar é que existe uma diferença entre o *Pensamento Positivista* e o *Pensamento Filosófico da Instrumentalidade do Processo*, porque há uma divergência entre os pontos de vista. O jurista positivista considera elementar e essencial para o julgamento o cumprimento excelso das leis jurídicas, ao passo que a Filosofia da Instrumentalidade do Processo considera elementar e essencial ao julgamento o cumprimento excelso das leis naturais e o respeito à vontade livre e consciente da Pessoa Humana.

A natureza das coisas e a individualidade da Pessoa Humana é o critério mais importante para saber se pode ter subsistência uma diferenciação que se justifique em face o espírito da igualdade.<sup>137</sup> Na explanação de Karl Larenz<sup>138</sup>:

Onde a regulação legal falseia de modo grosseiro a natureza das coisas, a jurisprudência dos tribunais corrigiu-a aqui e ali, mediante um desenvolvimento do Direito superador da lei. É um caso deste tipo que constitui a jurisprudência relativa à regulação da associação sem capacidade jurídica. Heinrich Stoll observou, a esse propósito, já no ano de 1929: “mas se o legislador passa por alto ou deprecia a natureza das coisas e crê poder configurar o mundo segundo os seus desejos, em breve terá que experimentar a verdade da máxima horaciana: “naturam expellas furca tamen usque recurret”. [...] Gustav Boehmer observou acertadamente que, na verdade, se trata também de uma criação judicial do Direito, que substitui os preceitos legais inadequados por outros por si criados.

<sup>137</sup> Nesse sentido tem-se as palavras de Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 598: “A natureza das coisas desempenha um papel especial na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. É, por um lado, de todo em todo, o critério mais importante para saber se pode ter subsistência uma diferenciação aceite em face ao espírito da igualdade do artigo 3º da Lei Fundamental. Por outro lado, serve ao tribunal para o preenchimento de “lacunas” da lei constitucional, e na medida em que delas se possa em absoluto falar também de lacunas “ocultas”. A Lei Fundamental regula a repartição de competência legislativa entre Federação e Estado de modo que essa competência cabe aos Estados, sempre que não seja expressamente atribuída à Federação. O Tribunal Constitucional Federal admite igualmente a possibilidade de uma competência federal “com base na natureza das coisas”, que restringe a atribuição geral de competência aos Estados, e nesta medida corrige a Constituição escrita. Assim diz, por exemplo, que se reconhece a ordenação do espaço a conformar, o território federal; a competência para isto caberia segundo a natureza das coisas à Federação. Considerou uma tal competência como fundamentada com base na natureza das coisas, mediante o apelo à doutrina do Direito Estadual da época de Weimar, agora mais utilizada do que naquela época, quando as deduções a partir da natureza das coisas são “conceptualmente necessárias” e quando “requerem necessariamente uma determinada solução com exclusão de outras possibilidades de solução materialmente adequadas”.

<sup>138</sup> *Op. cit.*, p. 596-597.



O pensamento instrumentalista do processo inconscientemente harmoniza-se com o direito natural e conscientemente distancia-se do pensamento positivista. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco<sup>139</sup>:

Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos - eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.

Se a sentença elimina o conflito mediante critérios justos, essa decisão universaliza-se por si só, pois se emanar justiça torna-se modelo universal. Se a sentença coloca um fim no processo e não obtém a pacificação com critérios justos aquela não pode ser considerada uma lei universal.

O *Movimento Metodológico da Instrumentalidade ou Efetividade do Processo* intuitivamente também se abriga no Amor e na compaixão e dá largos passos para a consolidação da *justiça do amor* no caminho da paz, da ordem e do progresso, pois mostra-se sensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos envolvidos no conflito ao valorizar, na prática, e não somente na teoria, a Dignidade da Pessoa Humana e ao afastar-se do positivismo exagerado,<sup>140</sup> como forma de obter um bom e justo julgamento devido à verificação que fez da má aplicação da técnica processual com caráter destrutivo.

---

<sup>139</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 191.

<sup>140</sup> De acordo com os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.*, p. 182: “O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas soluções. Investiga os resultados que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é a função do próprio direito perante a sociedade. É como satisfazer-se o astrônomo com o exame das rotações terrestres e da revolução em torno ao Sol, esquecido de considerar que o próprio sistema solar segue em direção ao Apex. Por isso é que, hoje, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer em um só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social. Em parte, isso já tem sido feito. A mais moderna doutrina deixou a apresentação do escopo da jurisdição, considerado no singular, passando a falar dos seus escopos (plural). Já é da doutrina italiana menos recente, aliás, a afirmação da existência de diferentes ângulos visuais, a partir dos quais há de ser feita a consideração teleológica da jurisdição, ora pelo seu escopo imediato (realização de interesses), ora mediato (reintegração do direito objetivo).”

Conforme Cândido Rangel Dinamarco<sup>141</sup>:

Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito.

Hoje já se faz notar a preocupação dos processualistas mais sensíveis com o escopo social do processo, o qual antes era somente o político e o jurídico. Nesse sentido são as palavras do processualista Cândido Rangel Dinamarco,<sup>142</sup>

[...] a jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação.

Nota-se com isso que a doutrina processual instrumentalista assume uma postura mais humanitária e tece argumentos para que o processo torne-se socialmente mais efetivo.

A *justiça* é o maior instrumento para se alcançar a tão sonhada *paz* social, mas para que isso aconteça é preciso uma *ação fraterna* que parta do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Os governantes, os legisladores, os juízes, os promotores de justiça, os delegados de polícia e os advogados precisam desenvolver ações e decisões que demonstrem Amor, compaixão e profundo Respeito ao Próximo.<sup>143</sup> Se esses Homens agirem com *boa vontade* suas

<sup>141</sup> *A nova era do processo civil*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 11-12.

<sup>142</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 181.

<sup>143</sup> Conforme Luiz César Medeiros, *O formalismo processual e a instrumentalidade*: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais. 3 ed., Florianópolis: Conceito, 2008, p. 56-57: “Para a efetividade do processo como meio de acesso à ordem jurídica justa, mais necessária que a própria reforma legislativa é a mudança de postura mental dos operadores do sistema [juízes, advogados, promotores de justiça e doutrinadores]. A mudança de mentalidade em relação ao processo e à aplicação de suas regras traduz-se numa necessidade para que ele possa aproximar-se concretamente dos legítimos objetivos que justifiquem a sua própria existência. A exemplo da doutrina, os tribunais brasileiros têm demonstrado sistematicamente que também consagram o entendimento de que as exigências formais do processo só têm sentido quando consoantes e indispensáveis à consecução dos objetivos deste. Por isso, a jurisprudência, não tem invalidado atos processuais que, mesmo desobedientes à forma preconizada, se mostram irrelevantes à regularidade processual, às garantias das partes, enfim à solução do conflito e à realização da justiça. Afina-se com esta assertiva o pronunciamento do Min. Vicente Cernicchiaro de que “o Direito preocupa-se com a justiça material. O judiciário não pode contentar-se com o aspecto formal das normas jurídicas”. Ou ainda, na feliz expressão do Ministro Garcia Vieira: “O direito é muito maior do que a lei e seu objetivo deve ser sempre a realização da justiça”. Malgrado a direção claramente balizada pelos tribunais, por vezes surgem precedentes que acabam dando maior importância, desnecessariamente, mais ao meio do que ao fim, não sendo difícil colacionar exemplos nesse sentido.”

ações tornar-se-ão leis universais e farão parte de uma legislação universal, conforme o raciocínio de Kant<sup>144</sup> acima explicitado. Do mesmo modo, a técnica processual também deve estar aliada ao Amor e à sensibilidade, afastando-se dos excessivos argumentos técnicos que banalizam as realidades da vida e as necessidades dos sujeitos processuais para que a paz social e a justiça sejam efetivadas. Conforme salienta Dalmo de Abreu Dallari<sup>145</sup>:

Uma juíza expulsou uma comunidade indígena das terras que tradicionalmente e notoriamente ocupava, alegando que o autor de uma ação de reintegração de posse havia exibido documento de propriedade da mesma área e que se os índios tivessem mais direito poderiam retornar às terras no final da ação. Essa juíza sabia, evidentemente, que o final da ação poderia ocorrer alguns anos depois, quando os índios já estivessem mortos ou tivessem sofrido uma degradação irreversível. Mas esses dados não eram relevantes para sua autoridade de magistrada técnica e neutra. Por esse mesmo caminho, que, na melhor das hipóteses, é o da acomodação inconsciente, um desembargador paulista, em decisão recente, negou-se a examinar os fundamentos de um pedido de habeas corpus em favor de um réu preso e determinou o arquivamento sumário do pedido, dizendo, simplesmente, que ainda não havia condenação definitiva e que se o réu fosse inocente certamente acabaria sendo absolvido em alguma instância. E assim o magistrado cumpriu as formalidades e lavou as mãos, sem perda de tempo, sem cansaço e sem incomodar-se pensando nos efeitos trágicos que uma prisão pode ter sobre um homem e sua família, sobretudo se essa prisão for ilegal e injusta. E assim a magistratura se desmoraliza e corre o risco de ter como adversários muitos dos que um dia acreditaram que a independência dos magistrados andava junto com seu comprometimento com a justiça. E por esse caminho os Tribunais de Justiça se reduzem a tribunais automáticos de regras que sancionam privilégios, discriminações e violências de várias espécies. Os magistrados que adotam essa atitude renunciam à sua independência e são inimigos da independência da magistratura. Essa renúncia é implícita. Há renúncia explícita à independência quando o magistrado pratica atos judiciais acolhendo e aplicando regras legais ou ordens de autoridades manifestamente inconstitucionais ou ilegais, alegando que contra a força não há resistência possível e que seria quixotesco proferir decisões que não terão eficácia, porque os poderosos do dia não permitirão. Com essa colaboração dos juízes, as autoridades arbitrárias são poupadas do trabalho de negar cumprimento à decisão de um tribunal e do desgaste que isso, certamente, acarretaria. Foi desse modo que a magistratura alemã acobertou as violências do nazismo, que possivelmente não teriam tido curso tão fácil se os juízes tivessem resistido às primeiras investidas inconstitucionais contra os opositores do governo e as instituições democráticas. Foi assim também que as magistraturas da América Latina deram apoio às atrocidades e à corrupção praticadas pelas ditaduras militares que tomaram o poder a partir da década de setenta do século vinte.

As regras processuais devem amenizar seu rigor para facilitar o andamento e o desfecho final do processo. A efetividade do processo alinha-se à idéia de tolerância com os

---

<sup>144</sup> Fundamentação da metafísica dos costumes, *passim*.

<sup>145</sup> *O poder dos juízes*, p. 54-55.

sujeitos da relação processual e caminha rumo à desmistificação das formas.<sup>146</sup> Na explicação de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>147</sup>:

Um dos aspectos verificados na evolução do formalismo processual é exatamente este, denominado pela doutrina de “formas residuais”. São aquelas que resistem à transformação das necessidades, permanecem como corpo sem alma, e cuja manutenção pelo legislador deve-se ao fato de já estarem incorporadas aos costumes da população. Pior, todavia, é o acontecimento histórico denominado “degeneração da forma”, verificado no procedimento feudal francês e no procedimento germânico. Caracterizava-se no culto à forma sem qualquer razão de ser, mesmo de natureza cultural. A não-observância de qualquer solenidade, mínima que fosse, trazia conseqüências extremamente graves. Os gestos e as expressões eram fundamentais. O grande problema é que tal situação era mantida no interesse dos próprios juizes. Esse formalismo representa verdadeira deturpação do fenômeno, pois desconsidera a razão de ser da exigência formal e despreza solenemente a principal idéia que se encontra à base de todo e qualquer requisito dessa natureza, cuja função é impedir que transforme-se o processo em sinônimo de complexidade ritual: a instrumentalidade da forma. Trata-se de princípio fundamental à compreensão do sistema de nulidade, pois impõe seja a forma examinada segundo a função do ato no procedimento. Analisando por esse ângulo, importante verificar a idoneidade da exigência formal - o que se faz mediante a identificação do escopo específico do ato a que ela se refere. Com tal fundamento chega-se a afirmar, sem qualquer dose de exagero, que as formas devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade, isto é, conferir segurança e objetividade ao procedimento. Ausente essa função, podem ser transgredidas.

O maior sistematizador da instrumentalidade do processo no Brasil, Cândido Rangel Dinamarco,<sup>148</sup> também repele o predomínio absoluto das leis e assume uma posição crítica em relação ao Positivismo Jurídico. Para ele

Empolgados pelo fulgor das doutrinas desenvolvidas no período autonomista da ciência processual, pela sofisticada trama de conceitos e estruturas que se aprimoraram ao longo de um século e (talvez sobretudo) pela suprema revelação de princípios que as Constituições políticas vão assegurando, somos levados a ver no direito posto o caminho único e inalterável para a plena realização da justiça. Temos a impressão de que o *juiz* seja um escravo da lei, porque lei e não porque justa.

Para alcançar a paz através da justiça, as formas dos atos não podem ser exacerbadas, mas sim aplicadas de modo a atingir a verdade dos fatos e da justiça por um caminho

<sup>146</sup> Cf. STJ, 2.<sup>a</sup> T., Resp 254.267-SP, relatora Ministra Eliana Calmon, j. 5.3.2002, DJU 8.4.2002: “A ausência de cópia da procuração outorgada pela agravada no instrumento não deve ensejar o não conhecimento do recurso quando for possível, por outro meio, identificar o causídico e, então, proceder-se à sua regular intimação - aplicação do princípio da instrumentalidade das formas”. No mesmo sentido Carlos Alberto Álvaro de Oliveira entende que somente devem ser mantidas as formas que tenham finalidade atual e que sirvam à garantia das partes.

<sup>147</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 415-416.

<sup>148</sup> *A nova era do processo civil*, p. 12.

simples<sup>149</sup> e curto. A técnica processual não pode defender a si mesma ou contemplar a si própria para que não se torne egoísta, vaidosa ou até mesmo narcisista. Defendê-la a todo custo é desviar-se do caminho que conduz à paz e à justiça. A técnica serve à Pessoa Humana e às suas necessidades, as quais são o valor maior de toda ordem jurídica.

O *corpo* das formas dos atos processuais deve atender à segurança, enquanto a *alma* das formas dos atos processuais deve atender à realidade dos fatos e à necessidade das partes litigantes. A *segurança* é necessária para o normal desenvolvimento da relação processual, enquanto a *sensibilidade* e a *sabedoria* das formas são necessárias para que o resultado do processo seja justo.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>150</sup> salienta também que:

Atribuir direitos de liberdade significa, no plano processual, atender à exigência de um procedimento justo e adequado, de acesso à jurisdição e realização do direito material, determinada essa realização pela conformação jurídica do procedimento e do processo. A liberdade do cidadão constituiria, na realidade, apenas uma fórmula vã e sem sentido, se não assentada em instrumentos eficazes de garantia, declaração e realização da constelação de direitos que lhe dão forma e substância.

A *Filosofia da Instrumentalidade do Processo* defende o pensamento do Direito Natural<sup>151</sup> e considera válidas somente as normas de Direito Positivo que correspondem ao

<sup>149</sup> Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 414-415: “Sabe-se perfeitamente que há formas completamente inúteis, porque destituídas de qualquer finalidade. Porque exigir reconvenção em determinados casos, e em outros admitir o pedido contraposto na própria contestação? Qual a razão de a incompetência relativa ser deduzida em exceção, e não na própria contestação, como absoluta? Ao regular a forma do processo, tem o legislador de atentar para esse aspecto. Deve procurar formas simples e não ultrapassar os limites do necessário, sem ultrapassar os limites do necessário, sem comprometer a garantia de participação dos sujeitos. O equilíbrio entre tais exigências representa o modelo ideal. Enorme, todavia, são as dificuldade enfrentadas na sua formulação. Há, pois, o fenômeno do formalismo inócuo, sobrevivente de fases superadas do direito processual. A forma representa para o jurista a garantia de legalidade, motivo pelo qual muitas vezes ele não se preocupa em buscar a razão de ser de determinadas exigências, que se revelam destituídas de qualquer objetivo”. Para Roque Komatsu, *Da invalidade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 133: “As formas não tem um valor intrínseco próprio, mas são meios para atingir-se o escopo, o fim de cada ato. Isto é o que importa. Atingido o objetivo, ainda que tenham afastado o ato ou termo do modelo geral, válidos serão considerados.” Nas palavras de Leonardo Grecco, *As invalidades processuais e a execução*. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, dez. 1999, vol. 2-5, “formas sobrevivem como corpo sem alma que o legislador respeita pela força do hábito, não obstante tenham se modificado inteiramente as necessidades que as determinaram”.

<sup>150</sup> *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo, p. 70.

<sup>151</sup> Nas palavras Sebastião José Roque, *Introdução ao estudo do direito*, p 13: “O verdadeiro corifeu do Direito Natural foi porém o jurista holandês Hugo Grotius, cujas idéias criaram o Jusnaturalismo ou a “Escola do Direito Natural”, no século XVI. Para o jusnaturalismo, o Direito Natural é o ideal de perfeição e justiça existente na consciência de cada um, como fonte de inspiração para o Direito Positivo. Esse direito ideal advém da natureza, enquanto o Direito Positivo origina-se da cultura, da produção intelectual do homem. Quando o homem ignora o Direito Natural, sua produção legislativa tende a criar uma justiça injusta”.

próprio Direito Natural. Portanto, o Direito Natural é o único fundamento de validade do Direito Positivo. Para correlacionar tais informações, os ensinamentos de Hans Kelsen<sup>152</sup> são trazidos à baila:

O juízo de valor não pode incidir sobre as normas. Isto parece estar em contradição com o fato de a justiça - e bem assim a injustiça - ser também afirmada como qualidade de normas com o fato de também as normas serem apreciadas como boas ou más, justas ou injustas, quando falamos de um direito positivo bom ou mau, justo ou injusto. Parece, com efeito, que ao proceder assim comparamos as normas do direito positivo com uma norma de justiça, que, portanto, avaliamos uma norma através de outra norma e, por essa via, elaboramos um juízo segundo o qual a norma do direito positivo é justa quando corresponde à norma justiça - na medida em que estatui o que a norma de justiça prescreve - ou segundo o qual ela é injusta quando não corresponde à norma de justiça - na medida em que estatui o contrário do que a norma de prescreve. Isto pressupõe que a norma de justiça e a norma do direito positivo sejam consideradas como simultaneamente válidas. Tal, porém, não é possível, se as duas normas estão em contradição, quer dizer, entram em conflito uma com a outra. Nesse caso, apenas uma delas pode ser considerada como válida. Em face de uma norma de justiça pressuposta como válida não pode ser considerada válida uma norma do direito positivo que a contradiga e, inversamente, em face de uma norma do direito positivo pressuposta como válida não pode ser considerada válida uma norma de justiça que a contrarie. Por “validade” deve entender-se aqui validade objetiva. Dizer que uma norma do direito positivo, isto é, do direito posto através de atos humanos, “vale”, significa que o sentido subjetivo do ato-sentido segundo o qual as pessoas se devem conduzir de determinada maneira - é interpretado como sendo também o seu sentido objetivo. Todo o ato de comando tem por sentido subjetivo que aquele a quem o comando se dirige se deve conduzir de determinada maneira. Mas nem sempre o sentido subjetivo de todo e qualquer ato de comando é interpretado como seu sentido objetivo, isto é, como norma vinculante. Por aí se distingue o ato de comando de um salteador de estradas do ato de comando de um órgão jurídico. Já anteriormente mostramos sob que condição o sentido subjetivo de um ato de comando é interpretado como seu sentido objetivo, como norma vinculante. É sobretudo do ponto de vista da doutrina do direito natural, por força da qual o direito positivo apenas é válido quando corresponda ao direito natural constitutivo de um valor de justiça absoluto, que se opera um juízo de apreciação do direito positivo como justo ou injusto. Se pressupomos um tal direito natural, então uma norma do direito positivo que o contradiga não pode ser considerada válida. Somente podem valer as normas do direito positivo conforme ao direito natural. E se a norma de um direito positivo apenas vale na medida em que corresponde ao direito natural, então o que vale na norma do direito positivo é apenas o direito natural. É esta efetivamente a consequência da doutrina jusnaturalista que, ao lado ou por cima do direito positivo, afirma a validade de um direito natural e, ao proceder assim, vê neste direito natural o fundamento de validade do direito positivo. Isto, porém, significa que, de acordo com esta teoria, só o direito natural pode, na verdade, ser considerado válido, e não o direito positivo como tal.

Julgar conforme o Direito Natural é considerar a natureza das coisas e a Pessoa Humana em suas plenitudes individuais. Na explicação de Sebastião José Roque sobre o Direito Natural<sup>153</sup>:

<sup>152</sup> *A justiça e o direito natural*, p. 43-44.

<sup>153</sup> *Introdução ao estudo do direito*, p 13-14.

Pelo que diz o nome, deriva da natureza humana. Considera-se um direito anterior ao homem e acima dele, um direito por natureza, um ideal de justiça e perfeição. É eterno e universal, pois decorre do gênero humano e não de um indivíduo ou de um povo; não se aplica a um país, mas a todos os homens. Não se submete à realidade do tempo e do espaço. Alguns o consideram fruto do sentimento e não da razão; é o sentimento do justo, do bom e equitativo (*ex aequo et bono*).

Enquanto o jurista positivista<sup>154</sup> continuar a sustentar o ponto de vista jurídico, a afirmação e a consagração da Dignidade da Pessoa Humana serão meramente teóricas, pois aquele ponto de vista é lacunoso e muitas vezes despreocupado com a norma da justiça.<sup>155</sup> Na análise de Dalmo de Abreu Dallari<sup>156</sup>:

Há magistrados que invocam fundamentos teóricos para acobertamento que dão às injustiças, alegando que o magistrado deve ser um aplicador estrito da lei, politicamente neutro e sem responsabilidade moral pelas iniquidades que possam estar contidas, com maior ou menor evidência, em suas decisões. Dizem que o magistrado não é legislador, e que se não obedecerem rigorosamente a letra da lei, desaparece a uniformidade das decisões e se abre caminho para o excesso de subjetividade dos magistrados. E ainda acrescentam que se não procederem assim, será destruída a certeza do direito e haverá injustiças, pelo fato de que o mesmo dispositivo legal terá aplicações diferentes, dependendo das preferências e convicções de cada magistrado. Com argumentos dessa ordem, afirmando-se “escravos da lei”, procuram ocultar o temor, o comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência da extraordinária relevância de sua função social. Adotando postura de vestais e apregoando como virtude sua falsa neutralidade, esconde-se atrás de uma solene, e quase sempre hipócrita, máscara de “técnicos do direito”. Quando se cobra deles o compromisso com a justiça, respondem que esse é um problema para filósofos, não para juristas. E quando se chama a atenção para o fato de que suas decisões agravam conflitos sociais, alegam que essa é uma questão para a sociologia, não para o direito.

A objetividade pretendida pelo Direito Positivo não é capaz de atender à riqueza de todas as situações da vida, porém mostra-se necessária no campo teórico e não no prático. A objetividade só surte efeitos práticos eficazes em situações nas quais não há exceção e

<sup>154</sup> Plauto Faraco de Azevedo, *Direito, Justiça social e neoliberalismo*, p. 12, lembrado a advertência de Helmut Coing, diz: “todo o direito positivo está em perigo de servir a interesses de classe e, com efeito, amiúde sucumbe a este perigo. Os interesses de classe e a consciência de classe não só são obstáculos difíceis de superar na imposição de regulação justa, mas também, constituem perigo de desvio do sentimento jurídico e da própria Ciência do Direito”. Conferir também: Helmut Coing, *Fundamentos de filosofia del derecho* (Grundzuge der Rechtsphilosophie). Trad. Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961, p. 116.

<sup>155</sup> Conforme Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*. 2. ed., rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 190: “a Escola de Viena, proclamando que o direito deve ser exposto tal como é, sem que se o legitime pela sua justiça, nem que se o desqualifique pela sua injustiça”.

<sup>156</sup> *O poder dos juízes*, p. 53-54.

lacunas. Entretanto, na consideração individualizada da Pessoa Humana encontra-se a riqueza dos conceitos aplicáveis às situações práticas e surge a necessidade de o *juiz* ter sensibilidade para ajudar na solução e na conciliação diante do caso concreto.

A objetividade da lei já pressupõe o resultado, ou seja, condiciona o resultado, não atendendo às situações da vida em sua singularidade. Esse pensamento está em conformidade com a explanação de Hans Kelsen<sup>157</sup> sobre a independência da validade na norma positiva em relação à norma da justiça:

Pode, na verdade, existir um ato cujo sentido subjetivo é um dever ser e tal ato pode ser julgado como injusto do ponto de vista de uma norma de justiça considerada válida. Porém, o sentido subjetivo deste ato não pode, se a norma de justiça é tida como válida, ser havido como sentido objetivo deste mesmo ato e, portanto, não pode ser considerado como norma objetivamente válida. Do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, uma norma do direito positivo que não lhe seja conforme é inválida; e se o sentido subjetivo do ato é considerado como seu sentido objetivo, isto é, como norma objetivamente válida, porque esse ato foi posto de acordo com a norma fundamental da ordem jurídica, a norma de justiça não pode ser havida como válida. Se, do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, o direito positivo injusto não pode, deste ponto de vista, ser um direito válido, então também deste ponto de vista nenhum direito justo pode valer como tal. E tal é de fato o caso quando, do ponto de vista de uma norma de justiça considerada como válida, uma ordem jurídica positiva apenas vale porque a sua estatuição corresponde a esta norma de justiça. Por isso que, então, a validade da ordem jurídica positiva apenas é - como já se observou - a validade da norma de justiça, o direito positivo como tal não tem qualquer validade própria. E se, do ponto de vista de uma norma jurídica positiva considerada como válida, e, conseqüentemente, também deste ponto de vista nenhuma norma injusta de direito positivo pode valer (existir), então também não é lícito considerar como válida, deste ponto de vista, qualquer norma de justiça à qual corresponda uma norma jurídica positiva. Se, porém, temos de abstrair a validade de uma norma de justiça que esteja em contradição com uma norma do direito positivo quando se opõe a questão da validade desta, também temos de abstrair da validade de uma norma de justiça em conformidade com uma norma do direito positivo quando esteja em causa a validade desta última. Seria um contra-senso presumir que o direito positivo pode ser justo mas não pode ser injusto. Se o direito positivo não pode ser injusto, também não pode ser justo. Ele apenas pode ser: justo ou injusto, ou: nem justo nem injusto. Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está de harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça - o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas - é esse justamente o princípio do positivismo jurídico. Desta análise resulta que a proposição que afirma que uma norma do direito positivo ou é justa ou injusta apenas pode significar: Quando se pressuponha uma determinada norma de justiça como válida, o ato pelo qual é posta a norma de uma determinada ordem jurídica positiva, isto é, o ato cujo sentido subjetivo é esta norma, é justo ou injusto conforme corresponda ou não à norma de justiça. A existência do ato não é inconciliável com a validade da norma de justiça. Também um ato que não corresponda a uma norma pode existir. Quando, porém, está em causa a validade da

<sup>157</sup> *A justiça e o direito natural*, p.46-48.



norma de uma ordem jurídica positiva, quer dizer: quando se põe a questão de saber se o sentido subjetivo do ato deve também ser considerado como seu sentido objetivo, não porque o ato corresponda à norma de justiça mas porque foi posto de conformidade com a norma fundamental da ordem jurídica - e, portanto, ainda na hipótese de o seu sentido subjetivo não corresponder à norma de justiça -, então a norma de justiça não pode ser considerada como válida ao mesmo tempo que a norma jurídica positiva.

A validade conferida ao Direito Positivo quase sempre não está em harmonia com as normas de justiça e por essa razão ele representa uma ordem jurídica que pode ser ou não ser justa e respeitar ou não respeitar a Dignidade da Pessoa humana. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari<sup>158</sup>:

Nas sociedades democráticas modernas, submetidas ao império do direito, a proteção dos direitos humanos no caso de grave ameaça, como também o castigo dos responsáveis por toda ofensa a esses direitos, é tarefa que incumbe ao Poder Judiciário de cada Estado. A proteção por tribunais internacionais é um ideal que ainda está longe de sua realização. Por isso é necessário, e é algo que se pode fazer paralelamente e com efeitos imediatos, aperfeiçoar as justiças nacionais. É preciso ter muito claro, entretanto, que para a real proteção judicial dos direitos humanos não é suficiente e, pelo contrário, é perigoso só cumprir formalidades judiciárias, ter uma aparência de proteção judicial, que adormece a vigilância e que não é, porém, mais do que uma ilusão de justiça. O primeiro ponto a considerar, quando se quer trabalhar para que exista na prática a proteção judicial, é o desconhecimento, pelos juízes de modo geral, das normas internacionais de reconhecimento, positividade e proteção dos direitos humanos e das condições e dos efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional.

Para que haja efetividade na proteção e na defesa dos Direitos Humanos é preciso que os juízes detenham a *boa vontade* para bem agir sem haver omissão diante da necessidade e do sofrimento daquele que possui um direito fundamental erigido no campo internacional. A conquista dos Direitos Humanos na forma escrita e positiva é lenta e fruto de um intenso processo político e histórico-cultural de lutas. Por essa razão, todo este trabalho não pode ser desvalorizado.

Nas palavras de Kant<sup>159</sup>:

Se prestarmos atenção ao que se passa em nós mesmos sempre que transgredimos qualquer dever, descobrimos que na realidade não queremos que a nossa máxima se torne lei universal, porque isso nos é impossível; o contrário dela é que deve universalmente continuar a ser lei; nós tomamos apenas a liberdade de abrir nela uma exceção para nós, ou (também só por essa vez) em favor da nossa inclinação.

---

<sup>158</sup> *O poder dos juízes*, p. 38.

<sup>159</sup> *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 66-67.

Por conseguinte, se considerássemos tudo partindo de um só ponto de vista, o da razão, encontraríamos uma contradição na nossa própria vontade, a saber: que um certo princípio seja objetivamente necessário como lei universal e que subjetivamente não deva valer universalmente, mas permita exceções. Mas como, na realidade, nós consideramos a nossa ação ora do ponto de vista de uma vontade totalmente conforme à razão, ora, por outro lado, vemos a mesma ação do ponto de vista de uma vontade afetada pela inclinação, não há aqui verdadeiramente nenhuma contradição, mas sim uma resistência da inclinação às prescrições da razão (*antagonismus*), pela qual resistência a universalidade do princípio (*universalitas*) se transforma numa simples generalidade (*generalitas*), de tal modo que o princípio prático da razão deve encontrar a meio caminho com a máxima. Ora, ainda que isto se não possa justificar no nosso próprio juízo imparcial, prova contudo que nós reconhecemos verdadeiramente a validade do imperativo categórico e nos permitimos apenas (com todo respeito por ele) algumas exceções forçadas e, ao que nos parece, insignificantes.

Quando o homem age contrariando a natureza das coisas ou não age com a sua boa vontade, com bom caráter ou com uma boa qualidade de sua alma, sua ação não se torna uma lei universal. Então, seguindo o raciocínio de Kant, se o indivíduo não desempenha uma boa ação e não age com uma boa vontade, sua ação não poder-se-á tornar uma lei universal.

#### 4. Crítica ao Direito Positivo e ao Positivismo Jurídico

Qual a necessidade das normas jurídicas para que haja *justiça e paz* na sociedade se o conhecimento que o Direito aplica é despreocupado com a *justiça* e o *bem* de cada Pessoa Humana? Qual a necessidade das normas jurídicas para o Homem se o conhecimento que o direito emprega e desenvolve, é decorrente dos conceitos morais do mundo e não da natureza das coisas e do Homem em si mesmo considerado com ser individual?

Karl Larenz<sup>160</sup> explica que:

Pois que para Kelsen não é a “justiça” ou a “injustiça” do conteúdo da norma que está em causa; basta que a norma tenha sido efetivamente estabelecida da maneira legítima pela norma fundamental correspondente. Por outro lado, nas normas jurídicas Kelsen vê menos preceitos (ou proibições) do que autorizações, nomeadamente normas que “habilitam determinado indivíduo a dirigir contra outro um ato coercitivo como sanção”. Esta é a consequência de Kelsen considerar o Direito como uma ordem coercitiva.

<sup>160</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 100.

O Direito tornou-se uma ciência de deveres<sup>161</sup> impostos sobre a Pessoa Humana, porém não uma ciência em defesa da Pessoa Humana. Ele precisa ser entendido e principalmente aplicado como uma *ordem fraterna* que seja *solidária* e *misericordiosa* com o ser humano, pois enquanto for entendido como ordem coativa, a Dignidade da Pessoa Humana estará sendo violada, mesmo que o texto maior consagre a Dignidade Humana dentre seus principais fundamentos.

Se as leis continuarem a ser consideradas como superiores às pessoas, estas estarão sendo tratadas como objetos da lei. Até que ponto o Direito é necessário para o Homem? As normas jurídicas possuem uma orientação mais prática ou possuem uma orientação ética? Em outras palavras, as decisões jurídicas atendem aos *anseios humanos* ou aos *anseios jurídicos*?

Conforme a explanação de Karl Larenz<sup>162</sup>:

A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou acontece, mas sim um complexo de normas.

Na explicação de Dalmo de Abreu Dallari<sup>163</sup>, o afastamento do Direito da Ética deve-se à mentalidade “normativista” das leis ainda presente nos dias atuais.

Tendo adquirido grande prestígio no Império Austro-Húngaro, pela originalidade e sólida fundamentação de trabalhos publicados a partir de 1905, após a Primeira Guerra Mundial Hans Kelsen exerceu influência política e deu contribuição muito importante para que a Constituição penetrasse no mundo jurídico, com a mesma força com que existia no mundo político. Prosseguindo na linha desenvolvida por vários juristas

---

<sup>161</sup> Nas palavras de Karl Larenz, *op. cit.*, p. 99-100: “Não é apenas a “disparidade”, suposta por Kelsen, entre ser e dever ser que não está isenta de críticas: também o não está o seu conceito de “dever ser”. Kelsen define o “dever ser” como uma categoria lógico-formal, como um “modo do pensamento”. Simplesmente, o que é que nos diz essa categoria? Kelsen principia, sem dúvida, por falar do “dever ser” como uma norma “que vincula” o destinatário, que o “obriga”. Utiliza, por consequência, expressões cujo sentido não pode entender-se de outro modo senão como o sentido de uma Ética ou de uma doutrina da deveres. Todavia, não nos deixa qualquer dúvida de que não é assim que ele quer que se entenda o “dever ser”. Antes de tudo, este não significa para ele nenhuma exigência que - como uma norma Moral - seja de seguir pelo conteúdo, uma vez que surge para quem a experimenta como “justa”, aparecendo o comportamento contrário como “injusto”. Pois que para Kelsen não é a “justiça” ou a “injustiça” do conteúdo de uma norma que está em causa; basta que a norma tenha sido efetivamente estabelecida da maneira legítima pela norma fundamental correspondente.”

<sup>162</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 93.

<sup>163</sup> *O poder dos juízes*, p. 86-88.

alemães, que procuravam enquadrar juridicamente as ações do governo e da administração pública - do que resultou a Teoria Geral do Estado, de Georg Jellinek - Hans Kelsen desenvolveu uma teoria constitucional tendo por base a Constituição como lei fundamental e suprema do Estado. E complementando essa teorização preocupou-se com a efetiva aplicação de normas constitucionais como superiores e condicionantes de toda a legislação. A contribuição político-jurídica de Kelsen completou-se com sua influência para a criação e fixação das competências de uma Corte Constitucional. Inúmeros autores tratam desse aspecto da obra de Kelsen, como, por exemplo, Rudolf Machacek, em seu livro *Austrian contributions to the rule of law* ( Ed. N. P. Engel, Arlington, 1994). Entretanto, apesar da importância dessa contribuição, o que se divulgou na América Latina, inclusive no Brasil, foi sua concepção “normativista” do direito, defendida e aplicada de modo apaixonado por juristas e profissionais do direito, muitos dos quais se revelaram mais radicais do que o autor da teoria. De qualquer modo, criou-se e ainda se mantém um “Kelsinismo” que exerceu e continua exercendo grande influência, razão pela qual é importante conhecê-lo. Pretendendo “purificar” o pensamento jurídico e livrá-lo das antigas especulações filosóficas abstratas, bem como da influência então presente da sociologia, Kelsen construiu uma “teoria pura do direito”, ou teoria normativa, que afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo. Esse aspecto é contraditório na obra de Kelsen, pois em sua teoria o fundamento primeiro do direito é uma “norma fundamental hipotética”, que, segundo ele próprio, poderia ser a idéia de justiça. A partir daí se definem regras básicas para a sociedade, que compõem uma “constituição teórica”, a qual, por sua vez, será o fundamento da “constituição positiva”, que deve ser formalmente declarada e aprovada. O que não estiver nela ou for contra ela não existe para o direito e, por consequência, todo o direito se resume ao direito positivo. Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda a América Latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidade e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes. Aí está a primeira grande reforma que se faz necessária, pois, de fato, a adesão ao positivismo jurídico significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele. E a partir daí a assunção da condição de *juiz*, a ascensão na carreira judiciária, a indiferença perante as injustiças sociais, a acomodação no relacionamento com os poderosos de qualquer espécie, o gozo de privilégios, a busca de prestígio social através do aparato, a participação no jogo político-partidário mascarada de respeitável neutralidade, tudo isso fica livre de barreiras éticas e de responsabilidade social. É por esse caminho que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça. É indispensável essa reforma de mentalidade para que o sistema judiciário não seja, como denunciou Marcel Camus, “uma forma legal de promover injustiças”. O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica, segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes [*sic*] a esta. Do mesmo modo, a valorização exagerada de autores e doutrinas, característica de uma das expressões do racionalismo do século dezenove denominada “dogmatismo”, induz a contradição semelhante, pois pretende que a pessoa humana se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isso represente uma agressão às pessoas reais e concretas. Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a pessoa humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.

O Direito trata o Homem como meio (objeto) ou como fim (pessoa individualmente considerada segundo a sua liberdade e sua boa vontade)? Se o Direito trata a lei como fim, então ele está considerando a Pessoa Humana como meio. Contudo, se ele trata a Pessoa Humana como fim, trata a lei como meio.

O Direito estabelece alguns fins, que são os fins morais e legais, mas não atende a todos os fins da realização da Dignidade da Pessoa Humana.

A lei deve ser instrumento a favor do Homem e deve-se evitar torná-lo escravo dela. Se a idéia de Dignidade de um ser racional não obedece a uma outra lei que não seja àquela que ele mesmo institui, então, segundo Kant “devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”<sup>164</sup>. Nesse sentido, o Homem precisa se conhecer e se respeitar, pois só assim o seu semelhante será respeitado.

Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>165</sup>:

A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si, e não simplesmente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que se lhes chama coisas. “Ao contrário, os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito”. E, assim, se revela em valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma. Daí, o homem representar necessariamente sua própria essência. Mas qualquer outro ser racional representa, igualmente, sua existência, em consequência do mesmo princípio racional que vale também para mim; é, pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo que vale para outra pessoa. Daí o imperativo prático, posto por Kant: “Age de tal sorte que consideres a Humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Disso decorre que os “seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fins em si”. Isso porque “o homem não é coisa, não é por consequência, um objeto que possa ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si”. Isso, em suma, quer dizer que só o ser humano, o ser racional, é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu

---

<sup>164</sup> *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 33.

<sup>165</sup> *Poder constituinte e poder popular*, p. 145-146.

desenvolvimento. Nisso já se manifesta a idéia de dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo, ao mesmo tempo, institui, no dizer de Kant.

O Homem, para ser respeitado em sua Dignidade, precisa ser respeitado em sua liberdade.<sup>166</sup> Se ele é obrigado a respeitar uma lei que o contrarie intimamente por ser injusta, ele está tendo a sua Dignidade violada, porque a lei que o contraria faz com que se submeta sem que queira. Sendo assim, a lei é maior do que a Pessoa Humana e por esse valor social ela pode torná-lo seu objeto.

Se a Pessoa Humana não possui a liberdade para se opor a uma lei injusta, ela será punida caso a descumpra e sua Dignidade também será violada. Por exemplo: um Homem pensa e considera que certa taxa que a Prefeitura cobra-lhe é injusta.

Embora fique entre duas situações - ter que pagá-la ou recorrer à justiça para se isentar de pagá-la -, ele já foi violado em sua Dignidade, pois *a lei o obrigou a agir contra a sua livre vontade e consciência do que seja o bem e a justiça.*

Hans Kelsen<sup>167</sup> estruturou uma explicação acerca da idéia de liberdade como fundamento da justiça no seguinte trecho:

Um princípio de justiça do mais alto valor político é o que se apresenta com base num sistema moral em que a liberdade individual é tida como o valor supremo. A idéia originária de liberdade tem caráter puramente negativo. É o postulado individualista de que o homem deve ser livre, quer dizer, não estar submetido a qualquer ordem normativa que regule a sua conduta em face dos outros e limite, conseqüentemente, a sua liberdade individual. É uma norma que exclui a validade de todas as normas sociais que limitam a liberdade individual. Nesta sua forma originária, a idéia da liberdade é um princípio associal, anti-social mesmo. Como princípio moral, ou seja, afinal, como princípio social e particularmente como princípio de justiça, a idéia de liberdade tem de sofrer transformação. A liberdade (=libertação) da ordem normativa tem de tornar-se em liberdade sob a ordem normativa, a liberdade tem de transformar-se em liberdade social. Se tem de existir uma ordem normativa que vincule os homens na sua conduta recíproca, ela apenas poderá ser uma ordem erigida com base no assentimento dos indivíduos que lhe vão ficar submetidos.

<sup>166</sup> Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 129, 10 ed., Trad. Maria Celeste Leite dos Santos, revisão técnica de Cláudio de Cicco com apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. UNB: “Toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora da esfera regulada pelo Direito, o homem é livre para fazer o que quiser. O âmbito da atividade de um homem pode, portanto, ser considerado dividido, do ponto de vista do Direito, em dois compartimentos: aquele no qual é regulado por normas jurídicas, e que poderemos chamar de espaço jurídico pleno, e aquele no qual é livre, e poderemos chamar de espaço jurídico vazio. Ou há vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade.”

<sup>167</sup> *A justiça e o direito natural*, p.81-82.

Pois o homem apenas deve, ou - como por vezes também se formula - apenas pode ser vinculada através da sua própria vontade.

O Direito escrito e positivado não é capaz de aprimorar o Homem, pois este precisa ser capaz de aprimorar-se sozinho.

Por exemplo: a maior dificuldade para efetivação dos Direitos Humanos não decorre das leis, mas da mentalidade dos que as aplicam, os quais impõem barreiras para a efetivação desses direitos, porque não enxergam a importância de valorizar a Pessoa Humana e consideram somente a necessidade de respeitar a legalidade e seus sistemas. A partir de tais condutas, a Pessoa Humana, razão de ser do Direito, acaba injustiçada.

No mesmo sentido também observa Dalmo de Abreu Dallari<sup>168</sup>:

Como já é corrente na moderna teoria do direito internacional, e foi bem sintetizado por Daniel Herrendorf e Bidart Campos, *Em Principios de derechos humanos y garantias* (Buenos Aires, Ediar, 1991), existe algo curioso no perfil do direito internacional dos direitos humanos: os Estados se obrigam internacionalmente a tornar efetivo internamente (em suas respectivas jurisdições) o cumprimento dos tratados de direitos humanos. E o que significa isso? Que esses tratados, quando por ratificação ou adesão de um Estado, passam a fazer parte de seu direito interno, investem diretamente a cada pessoa que faz parte da população desse Estado, ou que está submetida a sua jurisdição, na titularidade dos direitos e liberdades reconhecidos no tratado. Na realidade isso não é conhecido ou não é aceito pela maior parte, ou mesmo pela quase totalidade, dos juízes e tribunais nacionais. De modo geral, os profissionais do direito receberam, quando muito, noções superficiais de direito em seus cursos de Direito, com pouca ou nenhuma perspectiva de aplicação de suas normas. Além disso, esse conhecimento precário vem, freqüentemente, com a lembrança de uma tediosa explanação sobre as formalidades burocráticas necessárias para que as normas de um tratado se integrem no sistema jurídico nacional: adesão, ratificação, depósito do instrumento de ratificação ou adesão, com o acréscimo sustentado por muitos teóricos tradicionais, da necessidade de uma lei, aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Executivo, dando vigência interna, nacional, às normas internacionais, em cada caso.

A partir dessas palavras é possível claramente afirmar que atualmente a intenção maior do Direito é a prática e não a ética, pois caso fosse esta e não aquela a preocupação seria com a Pessoa Humana vítima da violação dos Direitos Humanos.

---

<sup>168</sup> *O poder dos juízes*, p. 38.

Também não são raras as situações em que são necessárias as edições de Súmulas<sup>169</sup> para dar efetividade a direitos fundamentais, porque os aplicadores da lei encontram inúmeras dificuldades para socorrer a Pessoa Humana e não sabem que teoria aplicar, que caminho seguir e, na dúvida, pensam, por exemplo: “Seria esta norma de eficácia imediata, ou não? Seria esta ou aquela opinião a correta? Seria este ou aquele acórdão? Seria a posição deste ou daquele tribunal? Seria este ou aquele doutrinador?” Eis que o Tribunal Superior edita a Súmula e os aplicadores repensam: “Ah! Agora está bom! Agora existe uma Súmula que clareou o caminho da lei e que precisava de maior regulamentação ou que trazia dúvidas!”

<sup>169</sup> Nas palavras de Lenio Luiz Streck, A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 173-175: “As Súmulas (in)constitucionalmente vinculantes reforçando a resistência positivista: uma crítica ao uso reificante da linguagens ou de como a dogmática jurídica faz um retorno ao conceitualismo. A recente aprovação de emenda constitucional institucionalizando as súmulas vinculantes por certo agravará o estado da arte da crise que atravessa o direito. A baixa constitucionalidade, representada pela baixa pré-compreensão das revoluções copernicanas que transforma o direito no século XX, atinge inexoravelmente a jurisdição constitucional e o que esta representa no plano da discussão da efetividade do processo. Com efeito, na busca de uma efetividade quantitativa, são enfraquecidas as instâncias inferiores, mormente a justiça de primeiro grau, em favor da justiça de segundo grau e dos tribunais superiores. A institucionalização das súmulas vinculantes não encontra precedente em outro sistema jurídico de cariz romano-germânico. Os antigos assentos portugueses - de onde se originou a súmula brasileira - foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal há duas décadas. Mas, obrigatória ou não a súmula, é preciso ter em conta que parcela considerável da doutrina e da jurisprudência sempre foram caudatárias das súmulas (mesmo antes destas terem força vinculativa constitucional, como agora), das “jurisprudências dominantes” e das famosas “correntes doutrinárias mananciosas” ou dos “argumentos de autoridade”. Não é difícil perceber esse comportamento: surgindo uma nova lei, os operadores do direito, inseridos naquilo que Bordieu tão bem denominou de *habitus* - comportam-se como “órfãos científicos”, esperando que o processo hermenêutico-dogmático lhes aponte o caminho, dizendo-lhes o que é que a lei ou o legislador disseram (ou “quiseram dizer”). Todavia - e chamo atenção para este ponto - o problema não reside, *stricto sensu*, na vinculação sumular recentemente aprovada pelo parlamento brasileiro. Não esqueçamos que é o pensamento positivista - exegético, conformador da dogmática jurídica, que vem gerando, há muito tempo, essa espécie de “ovo de serpente”, ao “construir um mundo jurídico” formado por prêm- à-porters significativos, representados por verbetes jurisprudenciais (por vezes, resultantes de julgamentos isolados), que vêm servindo - há muitas décadas - de categorias (significantes primordiais - fundantes) para os juristas elaborarem seus raciocínios subsuntivos-dedutivos. Portanto, mesmo que para alguns autores como Peces-Barba a subsunção seja algo superado, o cotidiano das práticas dos juristas aponta para outra direção. Por isto, a vinculação das súmulas através de emenda à Constituição não deve(ria) surpreender a comunidade jurídica. Ora, historicamente os verbetes - que sustentam a produção jurídica acatadas nas escolas de direito e na operacionalidade do direito - têm tido função similar às súmulas. Ou seja, os verbetes têm e sempre tiveram - a função de “explicar” o “correto” sentido dos textos jurídicos a partir de “conceitos” elaborados a partir de excertos de acórdãos, que nada mais são dos que quase-súmulas, sem que, para a sua elaboração, haja qualquer critério. Assim, inseridos na tradição, uma vez que institucionalizados, indubitavelmente assumem uma função normativa. E da violência - quase simbólica, porque as súmulas e os verbetes eram aplicados em face de um *habitus* -, agora se está diante de uma violência institucionalizada. Entretanto, embora a profunda indignação que essa problemática da vinculação sumular vem causando em setores da comunidade jurídica, entendendo ser possível, no plano de uma análise hermenêutica, “contornar” o problema dessa “vinculação institucionalizada”. Assim, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta constitucionalmente adequada - espécie de resposta hermenêuticamente correta - a partir do exame de cada caso. Com efeito, entendo ser possível encontrar uma resposta constitucionalmente adequada a cada problema jurídico. Hermenêutica é aplicação. Portanto, aquilo que se denomina de “colisão de princípios”, por exemplo, só pode ser solucionado em face de um dado caso concreto. Princípios não colidem abstratamente. Princípios não colidem no ar. Não há respostas *a priori*, que ex-sujam de procedimentos (métodos, meta-critérios ou fórmulas de resolução de conflitos). Como não interpretamos por partes - porque não compreendemos por etapas - o problema hermenêutico é filosófico e não um problema procedimental. Não percebemos primeiro o texto para depois acoplar-lhe a norma (o sentido).”



Enquanto isso, o carente de medicamentos padece num leito de hospital, a vítima de bala perdida espera sem atendimento especializado e o carente de estudos “estuda” sem um ensino de qualidade, pois espera a Súmula, ou mais uma teoria, ou mais uma lei que regulamente a primeira lei. Estas têm sido as preocupações de muitos juristas e de muitos aplicadores da lei, os quais evitam ao máximo perguntar-se sobre o que se passa com a Pessoa Humana que vai até eles.

A natureza do que é justo ou injusto é variável e mutável conforme cada situação. A natureza da *justiça* é relativa e inconstante. O Direito atual também não é o direito de ontem ou o direito de amanhã, porque a sua natureza é mutável. Os exemplos jurídicos de agora não são os mesmos exemplos de ontem e tampouco serão os mesmos exemplos de amanhã.

A falta de precisão da Natureza é uma característica dela, porque é tão grande que não é preciso ser exata. O Homem, porém, tem o hábito de querer tornar tudo externamente estipulado, mecânico e exato.<sup>170</sup>

A Natureza é perfeita, embora muitas vezes inexata e misteriosa aos olhos humanos, Por outro lado, o Homem muitas vezes sente-se superior aos animais, embora em certas situações de perigo é provável que se sinta inferior a eles. Do mesmo modo, em alguns momentos, o Homem sente-se superior à chuva, porém diante de um grande temporal é provável que se sinta diminuído pela força das águas.

Mesmo aquilo que não pode ser exato o Homem pretensiosamente quer tornar preciso de modo forçado. Os antigos diziam que um Direito muito rígido e estrito é uma

---

<sup>170</sup> Conforme ministra Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 63: “Desde Hume e Kant que, duma forma ou doutra, se encontra afastada a idéia de que a própria causalidade seja algo de objetivo (Gegenständliches). Em todo caso, sempre é verdade que a casualidade natural se baseia em leis naturais, ao passo que a causalidade jurídica se funda em leis humanas, sendo que estas últimas em certo sentido são produto duma criação arbitrária. Mas também com esta consideração não fica o assunto arrumado: É verdade que os fatos jurídicos não possuem por si mesmos a sua força criadora de Direito (rechtserzeugende Kraft), mas a recebem da lei ou do costume: a causalidade instituída pelo Estado. Mas também os fatos naturais não operam por si resultado (efeito) natural, antes o mundo é criado e ordenado num plano situado para além deles...”.

injustiça muito grande: *Summo jus summa injuria*. Em relação a isso, Karl Engisch<sup>171</sup>

introduz a sua obra *Introdução ao pensamento jurídico* afirmando:

A ciência jurídica é, tal, como as ciências naturais, uma ciência de leis. No entanto, aquele que nos desvenda as leis da natureza, revela-nos o ser e a necessidade. Ora, será que também o jurista nos conduz ao ser, poderá ele convencer-nos da necessidade das leis jurídicas? A liberdade, que sem mais é reconhecida ao espírito humano no setor de atuação da individualidade – logo, precisamente no domínio das artes -, facilmente parecerá acaso, arbitrio ou despropósito no domínio do Direito, onde deve imperar a regra e a lei. Decerto que também o artista conhece regras e leis. Mas estas são para ele apenas as “formas”, por seu turno, se bem que pensadas como relativamente constantes, são individualmente configuradas. Por isso se apresentam como culturalmente variadas e historicamente mutáveis. Não têm validade universal nem são rigorosamente vinculadas. “O mestre pode quebrar a forma”. Já das leis que regem o Direito e através das quais este se impõe o seu domínio se aguarda sempre aquela validade universal que se espera das verdades e das leis da natureza. E ficamos profundamente decepcionados quando a não encontramos. Pascal deu a tal decepção uma expressão clássica com estas palavras, tantas vezes citadas: “Quase nada há de justo ou injusto que não mude de natureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse, alternam-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio e uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além Pirineus”. O fato de os juristas, apesar de todos os seus aturados esforços, não terem até hoje conseguido encontrar com a “natureza”, seja esta a natureza do homem seja a natureza das coisas, faz com que a sua essência apareça freqüentemente a uma luz pouco favorável.

Entende-se neste estudo que o *mau juiz* é aquele que não possui o senso de justiça e aquele que precisa de normas e fórmulas para julgar, por não possuir a faculdade ou o dom natural de julgar. Vidas não podem ser tratadas como números, elas necessitam do tratamento conforme a sua própria natureza individual e elementar.

O julgamento deve responder com profundidade sensível ao caso concreto e não com profundidade técnica e teórica, porque a decisão sensível é evidente e naturalmente mais justa. O julgamento que se configura no Direito, não parte do conhecimento das coisas em si mesmas, mas do conhecimento Moral do mundo.<sup>172</sup> É importante observar também que nenhuma lei e nenhum professor poderão suprir a falta de senso prático de justiça que um Homem pode possuir e demonstrar.

<sup>171</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 15-16.

<sup>172</sup> Conforme Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 96: “As normas da Moral são, como as do Direito, normas positivas, quer dizer, “produzem-se através de costumes e das estatuições conscientes.”

Aquele que detém um entendimento prático limitado a respeito do que é justo pode procurar um imenso número de normas para aprender acerca da justiça, porém nada poderá impedi-lo de cometer abusos porque falta-lhe o *dom natural* de reconhecê-la com facilidade. Ele poderá conhecer as regras e as teorias e possui, a partir disso, o conhecimento teórico, mas dificilmente saberá aplicá-las se não possuir inatamente o *dom natural de julgar*.

São as deficiências e carências internas do Homem que o torna despreparado, desvirtuado, debilitado para assumir seu lugar no mundo e na sociedade com perfeição. Hans Kelsen<sup>173</sup> ainda assinala o seguinte sobre o tema:

Que a doutrina do direito natural pressupõe, na verdade as normas da conduta reta (justa) pretensamente deduzidas da natureza e as projeta sobre essa mesma natureza, mostram-no claramente as tentativas de fundamentar o direito natural na natureza do homem, suas inclinações e instintos, ou seja, nas suas pulsões, já na sua razão ou nos seus sentimentos. Essa natureza do homem é, no essencial, a sua natureza psíquica, não a sua natureza física: é a sua constituição “interna”.

As regras e os conhecimentos teóricos são apenas o apoio para aquele que não possui a habilidade para desenvolver a tarefa de julgar com simplicidade, como a criança que precisa de auxílio para dar os seus primeiros passos ou como aquele que precisa de muleta para se locomover por não conseguir empreender a tarefa de andar sozinho. Nas palavras de Emmanuel Kant<sup>174</sup>:

Desse modo o julgamento é o caráter distintivo daquilo que se denomina bom senso, cuja falta nenhuma escola pode suprir. A um entendimento limitado pode-se procurar um número de regras e incultar-lhe de certos conhecimentos, mas é mister que o indivíduo por si mesmo tenha a faculdade de servir-se exatamente; e na ausência desse dom da natureza, não há regra que seja capaz de premuni-lo contra o abuso que faça. Um médico, um *juiz*, ou um publicista podem ter em sua mente magníficas regras patológicas, regras jurídicas ou políticas, ao ponto de parecerem ter uma ciência profunda, e no entretanto, falharem com a maior facilidade na aplicação dessas regras; ou porque lhes falta o julgamento natural, sem faltar-lhes por isso o entendimento, e que, se eles vêem bem o geral “in abstracto”, são incapazes de decidir se um caso está contido “in concreto”, seja porque não estão exercitados nesta espécie de julgamento por exemplo e negócios reais. A grande utilidade dos exemplos, a única que se quer, é exercer o juízo, porque no tocante à exatidão e à precisão dos conhecimentos do entendimento eles são, sobretudo,

<sup>173</sup> *A justiça e o direito natural*, p. 108.

<sup>174</sup> *Crítica pura da razão*, p. 184-185.

funestos; é raro, com efeito, que preencham de um modo adequado a condição de regra (como “casus in terminis”); além disso, debilitam geralmente essa tensão necessária ao entendimento para aperceber as regras em toda a sua generalidade e independentemente das circunstâncias particulares da experiência, até o ponto que se acaba por tomar o costume de empregá-los antes como fórmulas do que como princípios. Vêm a ser os exemplos para o juízo como a muleta para o inválido, de que não pode prescindir aquele que não tenha essa faculdade natural.

Algumas coisas podem ser transmitidas, porém cumpre observar que elas sempre transmitem algo em si mesmas. Por isso as coisas devem somente ser observadas, porque elas e as situações da vida são verídicas e não são vazias e fictícias. O julgamento a partir de regras, fórmulas, exemplos por analogia tornam as situações vazias e inverídicas.

O Homem que está na sua condição própria desenvolve a sua boa conduta, assim como as plantas que têm que estar na sua condição apropriada para a colheita, num tempo adequado e num lugar propício para desenvolver suas capacidades externas. Ele também tem que estar internamente preparado para desenvolver suas capacidades externas do modo mais perfeito.

No entendimento de Aristóteles<sup>175</sup>:

Observamos que todos entendem por justiça aquela disposição moral que torna os indivíduos aptos a realizar atos justos e que os faz agir justamente e desejar o que é justo, e analogicamente, por injustiça aquela disposição que leva os indivíduos a agir injustamente e desejar o que é injusto. Assumamos, então, essa definição a título de ponto de partida como latamente correta. O fato é que não ocorre coisa idêntica com disposições se comparadas a ciências e faculdades. Parece que a mesma faculdade ou ciência se ocupa de coisas opostas. Uma condição, entretanto que produz um certo resultado não produz também os resultados opostos - por exemplo: a saúde não gera ações não saudáveis, mas somente as saudáveis; o caminhar saudável significa caminhar como um homem saudável caminha. Conseqüentemente, às vezes a natureza de uma de duas disposições são conhecidas a partir das coisas nas quais são encontradas; por exemplo, se sabemos o que é a boa condição corporal, sabemos a partir disso também o que é a má condição corporal, sabemos a partir disso também o que a má condição corporal, mas sabemos, inclusive, o que é a boa condição com base em corpos em boa condição, e sabemos quais corpos estão em boa condição se soubermos o que é a boa condição. Assim supondo que a boa condição seja a firmeza da carne, a má condição terá que ser a flacidez da carne, e uma dieta [alimentar] geradora de boa condição precisará ser uma dieta geradora de firmeza da carne.

---

<sup>175</sup> *Ética a Nicômaco*, p. 145-146.

A *justiça* não produz *injustiça*, assim como é impossível a saúde produzir enfermidade. A justiça pode ser entendida como a disposição mental, espiritual e emocional que o Homem possui para realizar atos justos e agir justamente porque deseja o que é justo, enquanto a injustiça seria a disposição, a tendência ou a inclinação que o Homem possui para praticar atos injustos.

Essa disposição ou inclinação comprova-se na prática: se o Homem está em condições de praticar a justiça essa ação se comprova quando pratica um ato justo; se está disposto a praticar a injustiça, esta se comprova quando ele a pratica. Ele está em condições de produzir atos justos quando demonstra ser capaz de produzi-los, ou seja, quando ele os pratica; o Homem injusto apresenta condições de praticar atos injustos ou os pratica simplesmente. Então, para o injusto tornar-se justo precisa recorrer às condições que o tornem hábil, capaz e disponível para cometer atos justos.

Por exemplo: o agricultor cuida especialmente dos frutos que costumam desenvolver-se com produtos e cuidados específicos com o objetivo de recuperar-lhes o vigor. O Homem, do mesmo modo, dificilmente não porta a mesma disposição natural para agir com justiça e ultrapassar o vigor ao recuperar a força e o brilho semelhante àquele que possui a disposição latente e natural para cometer atos justos. Nesse sentido, não é impossível o melhoramento e o aprimoramento do Homem injusto, porém não convém colocá-lo para proferir julgamentos. Entretanto, é conveniente instruí-lo para que se torne mais justo para o bem da vida social.

Para Emmanuel Kant<sup>176</sup>:

A falta de juízo é o que propriamente se denomina estupidez, defeito para o qual não há remédio. Uma cabeça obtusa ou limitada, que só carece de grau conveniente de inteligência e de conceitos próprios, é suscetível de instrução e mesmo de erudição. Mas como quase sempre nestes casos acompanha a falta de juízo (segundo Petri), não é raro encontrar homens muito instruídos que deixam transparecer essa falta grave em seus trabalhos.

---

<sup>176</sup> *Crítica pura da razão*, p. 184-185.

*A natural capacidade prática de julgar* é muito mais perfeita e superior do que a capacidade teórica e técnica de avaliar. De modo geral, as pessoas confundem aptidão com informação e conhecimento teórico e pensam que os Homens melhor informados sobre as leis e suas mudanças estão mais aptos para julgar, enquanto tal aptidão provém da sensibilidade e da maior capacidade que se tem para compreender a Pessoa Humana.

O *juiz* deve possuir a natural capacidade prática para julgar e não a capacidade técnica. O Direito não precisa estar escrito porque as coisas catalogadas tornam os fatos e os acontecimentos da vida vazios e duvidosos. O *bom juiz* não necessita recorrer à lei para saber se pode ou não atender a Pessoa Humana que precisa de seu auxílio, assim como o médico primeiro atende o paciente e depois lhe fornece o diagnóstico ou lhe prescreve um tratamento, caso exista alguma enfermidade ou necessidade.

Por exemplo: embora os direitos sociais e os Direitos Humanos estejam positivados, em alguns casos vê-se a efetivação destes e em outros não. Contudo, a lei é a mesma para todos os eles, mas a efetivação dos direitos depende do aplicador da lei. Por isso, é mais fácil que o *juiz* que possui a natural capacidade prática atenda e julgue a Pessoa Humana, independentemente da existência de leis, porque possui o senso de justiça, conhece intuitivamente as regras que deve seguir e certamente saberá o que deve fazer diante do calor da necessidade das pessoas que chegarem até ele.

As coisas por si mesmas transmitem uma verdade e, muitas vezes, é desnecessário que sejam comprovadas porque os fatos falam por si mesmos e, muito embora em algumas situações seja necessário provar a verdade, é preciso maleabilidade - *flexibilidade* - para não reduzir as situações da vida aos esquemas mecânicos e estáticos que estipulam o sempre ou o nunca.

O Homem tem que sentir para aprender; não basta ver. A sensibilidade capta a essência do ensinamento, enquanto a forma de aprender, a partir de conceitos, não capta a

essência do ensinamento, porque transmite a rigidez e foge da essência e da natureza das coisas. Quanto ao assunto Karl Engisch<sup>177</sup> reforça que:

Alguns exemplos simples bastam para fazer luz sobre a estranheza do leigo face à “arbitrariedade” e à falta de naturalidade da Jurisprudência. O primeiro destes exemplos é sem dúvida banal, mas, precisamente em razão da sua singeleza, poderá oferecer um bom ponto de referência para as nossas ulteriores considerações. Quando ainda era estudante, um aluno de medicina insurgiu-se na minha presença contra o fato de o parágrafo 1589 alínea 2 do Código Civil declarar então (mas hoje já não): “Um filho ilegítimo e o seu pai não são parentes”. Nesta disposição via ele o arbítrio de juristas, arrogante denegação dos dados biológicos e porventura ainda um falso pudor e uma moral hipócrita. Sustentava abertamente a opinião de que não era possível atropelar desta forma os fatos naturais.

Quando a capacidade teórica atreve-se a afastar-se dos conhecimentos naturais a respeito das coisas e do Homem, surgem incompreensões, contradições, incertezas, obscuridades e vulnerabilidades no julgamento.

Nas palavras de Emmanuel Kant<sup>178</sup>:

E aqui não podemos furtar a uma certa admiração ao ver como a capacidade prática de julgar se avanteja tanto à capacidade teórica no entendimento humano vulgar. Nesta última quando a razão vulgar se atreve a afastar-se das leis da experiência e dos dados dos sentidos, vai cair em puras incompreensibilidades e contradições consigo mesma, ou pelo menos, num caos de incertezas, escuridão e inconstância.

O Direito não pode tratar o Homem como a matemática trata os números. O raciocínio lógico de que se valem as normas jurídicas foge da essência elementar do Homem que é sutil e sensível. Conforme Claus-Wilhelm Canaris<sup>179</sup>:

Um sistema lógico formal é igualmente inadequado para exprimir a unidade interior e a adequação de determinada ordem jurídica positiva. Não obstante, este ideal dominou por longo tempo a ciência do Direito Alemão, tendo os partidários da chamada “jurisprudência dos conceitos” firmado como objetivo a elaboração de um sistema desse tipo. Max Weber caracterizou o conceito de sistema em causa, de modo certo, na sua Sociologia do Direito, da forma seguinte: “Segundo os nossos atuais hábitos de pensamento, ela (sic, a sistematização) traduz: a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, de tal modo que elas formem,

<sup>177</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 16-17.

<sup>178</sup> *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 36-37.

<sup>179</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 28-30.

entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e, sobretudo e principalmente, sem lacunas, o que requer: que todos os fatos possam logicamente subsumir-se numa das suas normas, ou caso contrário, a sua ordem abdica da garantia essencial”. Nos bastidores desta concepção encontra-se, manifestamente, o conceito positivista de Ciência, elaborado tendo ideais a Matemática e as Ciências da Natureza. Assim pode o filósofo Wundt dizer que a Ciência do Direito, por força do seu processo jurídico-conceptual, é “uma Ciência eminentemente sistemática” e que, através do seu “caráter estritamente lógico” ela é “em certa medida, comparável à Matemática”.

O Positivismo Jurídico inspira-se nos ideais da Matemática e das Ciências da Natureza porque pretende que todos os fatos possam subsumir-se às regras jurídicas de forma lógica. A Teoria pura do Direito não tem finalidade prática, mas somente teórico-científica e valoriza a essência e a pureza da norma porque todo o conhecimento *a priori* é desprovido de comprovação prática. A Teoria pura do Direito de Hans Kelsen transmite um conhecimento puro, ou seja, um conhecimento apriorístico. Na explicação de Karl Larenz<sup>180</sup>:

A Ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu caráter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva “puro” de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa “ciência de fatos” (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de “proposições de fé”, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento “puro”, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objeto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência. A ciência do Direito que satisfaz a existência da “pureza do método”, chama Kelsen “Teoria pura do Direito”. A “Teoria pura do Direito” é considerada em concreto por Kelsen como uma “teoria do Direito positivo”, e nesta medida, uma “teoria geral do Direito.”

<sup>180</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 93-94. A respeito disso Karl Larenz ainda assinala que, *Metodologia da ciência do direito*, p. 95-96: “À “Teoria pura do Direito” o que interessa é a especificidade lógica e a autonomia metódica da ciência do Direito. O que ela quer é “libertar a ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos”. Daí que, por um lado, se oponha à confusão entre observação jurídica e observação sociológica. O jurista, entende Kelsen na sua primeira obra, pode, sem dúvida, fazer reflexões de natureza psicológica e a sociológica, mas não deve nunca “servir-se dos resultados da sua consideração explicativa na sua construção conceitual normativa.”



A *justiça* que decorre deste pensamento é a lógico-formal, e, por essa razão não privilegia as mais variadas formas de excentricidades naturais a que estão sujeitos os acontecimentos corriqueiros da vida humana e a convivência complexa dos Homens em sociedade.

O pensamento matemático não compreende os imprevistos das situações e principalmente as características e qualidades humanas do Homem. Por essa razão, a justiça que se fundamenta no pensamento lógico-formal apresenta uma forma de justiça rígida e desumana, por ser distante da realidade e possuir a expectativa da certeza, precisão e exatidão. As situações da vida, por outro lado, não apresentam essas características, mas o oposto delas, tais como: incerteza, imprecisão e inexatidão.

A Teoria pura do Direito, por pretender libertar a Ciência do Direito dos elementos sociais, biológicos, psicológicos, dentre outros, construiu uma doutrina que não atende a realidade devido ao seu enorme grau de abstração do real, mas atende à Ciência do Direito num plano científico e teórico e, por conseguinte, consolida a Teoria do Direito Positivo num plano científico.<sup>181</sup>

A Teoria pura do Direito retira do Direito os elementos metafísicos - ou seja, além da física - que o Direito Natural<sup>182</sup> o havia envolvido como algo sagrado e como uma técnica

---

<sup>181</sup> Lenio Luiz Streck, A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 154-155, assinala que “a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever Moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma “ideologia política” menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista. No Estado constitucional, pelo contrário, a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e sim, material; c) também há uma incompatibilidade entre o neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque este separou o direito e a Moral, expulsando esta do horizonte jurídico. Tal separação, e a conseqüente afirmação de que o direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que o direito do Estado constitucional necessitaria, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura Moral, enfim, requereria uma atitude ética. Já o direito constitucional estaria carregado de princípios morais positivados, que haviam conduzido ao interior do discurso jurídico as problemáticas morais. Entretanto, comprovadas ou não as aludidas incompatibilidades, ainda é cedo para dar por encerrada a discussão acerca do declínio do positivismo - nas suas mais variadas formas - e o primado do neoconstitucionalismo”.

<sup>182</sup> Conforme salienta Hans Kelsen sobre o Direito Natural. *A justiça e o direito natural*, p. 106: “Esta participação das criaturas racionais na Lei Eterna chama-se direito natural”. O direito dedutível das tendências naturais por Deus implantadas nos homens é o direito natural.”

social. Esse ponto, provavelmente seja aquele que o presente estudo mais se distancie com relação à Teoria pura do Direito, pois esta esforça-se em tornar o Direito livre da realidade da Pessoa Humana ao somente se importar com as normas, com seus modos de produção e de validade, enquanto o estudo esforça-se para trazer o Direito para a realidade da vida social, da justiça divina, da Natureza, da natureza da Pessoa Humana e dos elementos metafísicos (intuição, senso de justiça, sensibilidade, dons, talentos, liberdade, justiça, Deus, etc.). Enquanto a Teoria pura do Direito esforça-se para associar a Lógica ao Direito, o presente estudo esforça-se para desassociar o Direito da Lógica.

Nas palavras de Karl Larenz<sup>183</sup>:

A teoria pura do Direito, na medida em que arranca o Direito da névoa metafísica em que a doutrina do Direito natural o envolvia como algo de sagrado na sua origem ou na sua idéia, quer concebê-lo, muito realisticamente, como uma específica técnica social”. O que redundava em só ter a ver com a forma lógica, com uma específica “lógica de normas”. O conteúdo das normas jurídicas não está para ela, por qualquer modo, pré-determinado pela razão, pela lei moral ou por qualquer teleologia imanente, mas pode ser aquele que se queira. Uma norma jurídica, acentua Kelsen, não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. “Por isso”, continua ele, “pode qualquer conteúdo que se deseje ser Direito”. Não existe comportamento humano que, em si mesmo, graças àquilo em que consiste, possa ser excluído como conteúdo de uma norma jurídica”. O positivismo não pode ser formulado de modo mais claro do que nestas duas frases.

Portanto, de acordo a teoria de Kelsen a norma jurídica pode ser injusta e ilegítima, sob diversos pontos de vista - natural, ético, moral, político, sociológico -, mas será sempre justa e legítima sob o ponto de vista jurídico positivo. A legitimidade da norma não provém do seu conteúdo, mas da maneira pela qual foi produzida. A lei, nesse ponto de vista, é justa porque é válida. Esse pensamento harmoniza-se com o entendimento do filósofo Aristóteles<sup>184</sup> que sustenta que:

Ora, o termo “injusto” é tido como indicativo tanto do indivíduo que transgredir a lei quanto do indivíduo que toma mais do que aquilo que lhe é devido, o indivíduo não

<sup>183</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 97-98.

<sup>184</sup> *Ética a Nicômaco*, p 146-147.

eqüitativo. Conseqüentemente, fica claro que o homem que obedece a lei e o homem eqüitativo são ambos justos. O “justo”, portanto, significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou eqüitativo, e o “injusto” significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não eqüitativo [...] pois aquilo que é legal é decidido pela legislação e às várias decisões desta denominamos regras de justiça. Ora, todas as várias promulgações da lei colimam ou o interesse comum de todos, ou o interesse dos mais excelentes, ou os interesses dos que detêm o poder, ou algo do gênero, de sorte que, em um de seus sentidos, o termo “justo” é aplicado a qualquer coisa que produz e preserva a felicidade, ou as partes componentes da felicidade da comunidade política.

Conforme o pensamento do antigo filósofo grego, dentre os vários sentidos pelos quais compreende e define o *Homem justo* e o *Homem injusto* tem-se que o primeiro é aquele que cumpre a lei, enquanto que o segundo a descumpre. Portanto, nessa linha de raciocínio, percebe-se que a justiça decorre da lei, porque esta seja justa, pressupõe que a legislação foi elaborada de acordo com a vontade da maioria e representa o interesse comum de todos e, por essa razão, produz a felicidade geral.

Contudo, na prática, percebe-se que, na maioria das vezes, as leis não são todas justas e as produções legislativas não são capazes de trazer a felicidade geral para a sociedade porque não é sempre que as leis surtem os efeitos práticos e imediatos desejados pela problemática vida em grupo e repleta de situações imprevisíveis.

A *justiça* deve ser mais livre - liberta das leis - para poder socorrer a Pessoa Humana quando esta vive situações imprevistas e improváveis, as quais não passam sempre pela mente do legislador. Por isso, não estão previstas nas leis. Conforme a explanação de Karl Larenz<sup>185</sup>

A unidade, quer dizer, a coerência formal de todas as normas de um certo Direito positivo, reside em todas elas poderem reconduzir-se a uma norma única, como fundamento último de sua validade. Esta norma suprema que, “enquanto fonte comum, realiza a unidade na pluralidade de todas as normas que constituem um ordenamento”, é a “norma fundamental” da ordem jurídica respectiva. Ela não implica “outra coisa senão o estabelecimento de um fato produtor de normas, a legitimação de uma autoridade criadora de normas, ou - o que é mesmo - uma regra que determina como é que devem ser produzidas as normas gerais e individuais do ordenamento que assenta nessa norma fundamental”. Semelhantemente “norma fundamental”, na medida em que se constitui o fundamento último da validade

---

<sup>185</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 98-99.

objetiva, da qualidade de dever ser de uma ordem jurídica positiva, não pode ser estabelecida, por sua vez, por uma autoridade “cuja competência teria de se fundar em uma norma ainda mais elevada”. Não é portanto, uma norma posta, mas uma norma necessariamente pressuposta pela ciência do Direito, a fim de poder interpretar como uma norma jurídica o material normativo que se lhe oferece.

Para Kelsen, a unidade do sistema de Direito Positivo é formal. A unidade e a coerência de um determinado Direito Positivo residem no fato de todas as normas poderem ser conduzidas a uma única norma chamada de “norma fundamental”. Esta não carrega um valor interno, mas representa uma regra formal, ou seja, uma regra posicionada fora do sistema e que fornece o comando para que as normas sejam criadas.

A “norma fundamental” concede validade à norma, pois esta não pode ser produzida e imposta por autoridade que não seja competente, ou que sua competência tivesse que se fundamentar em uma norma mais elevada. Conforme explica Hans Kelsen<sup>186</sup>:

A questão de saber se o conteúdo jurídico definido através do processo de direito positivo é justo ou injusto nada importa para a sua validade. A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça. Por isso, o direito positivo, isto é, uma ordem coercitiva criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com a sua norma fundamental, ao passo que esta mesma ordem pode muito bem estar em contradição com o direito natural, que se apresenta com a pretensão de ser o direito justo. Por conseqüência, a norma fundamental da Teoria Pura do Direito não pode ser - como o direito natural - um critério de apreciação do direito positivo e não pode, conseqüentemente, ter a função que ao direito natural cumpre exercer em face do mesmo direito positivo e em razão da qual a teoria jusnaturalista é contraposta à teoria do direito positivo ou, mais exatamente, a sua estatuição, apenas pode ser justificado através de uma norma ou ordem normativa com a qual ele possa não só estar de acordo como também em desacordo. A teoria do direito natural é uma teoria jurídica dualista, pois, segundo ela, ao lado do direito positivo há um direito natural. A Teoria Pura do Direito, porém, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe um direito: o direito positivo. A norma fundamental definida pela Teoria Pura do Direito não é um direito diferente do direito positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade e, como tal, não tem qualquer caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnoseológico.

O Direito Natural aceita a existência de um Direito Positivo, ao passo que o Direito Positivo não aceita a coexistência com o Direito Natural. Para a teoria do Direito Natural pode existir um Direito Positivo, desde que este seja justo e esteja de acordo com a natureza

---

<sup>186</sup> *A justiça e o direito natural*, 152-153.

humana. Por outro lado, para a teoria do Direito Positivo este não precisa respeitar o Direito Natural, pois a existência daquele não está associada à existência deste e apenas existe um Direito, o Direito Positivo.

Lenio Luiz Srecek<sup>187</sup> explica que:

Peces-Barba defende um “positivismo corrigido” porque: a) já não se pode, nesta quadra da história, manter a identificação do direito com a lei; b) já não se pode mais conceber a figura do *juiz* como a “boca que pronuncia a lei”; c) é necessário rechaçar a Teoria Pura do Direito - para ele, a “expressión más perfilada Del positivismo clásico”; d) é impossível encerrar o positivismo em “gueto formalista”, sem critérios materiais de justiça e e) finalmente, é necessário contestar a subsunção, por ser demasiadamente simples e primária, por esta não abarcar as operações muito mais complexas que a interpretação jurídica.

Perligieri<sup>188</sup> assinala sua opinião crítica à subsunção dizendo que:

A superação, assim proposta, do positivismo (simplesmente) lingüístico evidencia a contínua remissão do direito positivo a elementos extrapositivos: são eles, seja o elemento social (a necessária correlação entre norma e fato, a consideração do contexto, do direito como elemento de uma realidade global), seja o “direito natural” ou, nos sistemas jurídicos modernos, as exigências de justiça, racionalmente individuadas, mas não adequadamente traduzidas em textos legislativos. A ampliação da noção de direito positivo e a sua abertura para noções e valores não literalmente e não explicitamente subsuntos nos textos jurídicos permite a superação da técnica da subsunção e a prospectação mais realística da relação dialética e de integração fato-norma, em uma acepção unitária da realidade. (Por técnica possível correta de interpretação normativa - entende-se o procedimento de recondução do caso concreto à *fattispecie* abstrata prevista na norma, como operação puramente lógico-formal). A ideologia da subsunção consentiu mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina.

O método de recondução do caso concreto a *fattispecie* também é insatisfatório, pois à operação a que a Pessoa Humana é submetida ainda é lógico-formal e este método não abrange as situações excepcionais. Se não houver lei prévia, o *juiz* poderá decidir sobre as situações inéditas e excepcionais ainda não previstas, pois a pessoa evidentemente está carente do auxílio da justiça. Conforme Giorgio Agamben<sup>189</sup>:

<sup>187</sup> A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 157. Ver também: Gregorio Peces-Barba Martinez. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 83 e ss.).

<sup>188</sup> *Perfis do direito civil*, p. 68.

<sup>189</sup> *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 54.

Schmitt sabe perfeitamente que o estado de exceção, enquanto realiza “a suspensão de toda ordem jurídica”, parece “escapar a qualquer consideração de direito” e que, mesmo “em sua consciência factual e, portanto, em sua substância íntima, não pode aceder à forma do direito”. Entretanto para ele é essencial que se garanta uma relação com a ordem jurídica.

Os argumentos aqui desenvolvidos não caminham no sentido de que o *juiz* deve afrontar a ordem jurídica reinante, ou que devem ser confundidos com a suspensão da ordem jurídica, porém sustenta-se que a ausência de leis facilita o acesso à justiça e uma decisão mais sensata que amplia as possibilidades de atendimento à população caso a pessoa viva uma situação não prevista.

Algumas situações da vida humana em sociedade demonstram a existência de um *Direito sem justiça*. Imagine-se a seguinte situação: uma pessoa vive numa favela e faz o conhecido “gato” para obter energia porque o Estado, que deveria fornecê-la, não a fornece e a desonra porque vive sob a sua autoridade. Em razão disso, a Companhia de Força e Luz procura o Poder Judiciário para cobrá-la. Porém, a lei é ampla e geral e somente é justa nos casos em que aquele que usufruiu dignamente do serviço não paga por sua utilização. Entretanto, a mesma lei é injusta ao condenar aquele que foi vítima do descaso do Estado.<sup>190</sup>

Nas palavras de John Rawls<sup>191</sup>:

[...] o dever de obedecer é problemático para minorias permanentes que sofreram injustiças por muitos anos. E, decerto, não temos de aceitar a negação das nossas liberdades fundamentais, bem como as de outros, uma vez que essa exigência não poderia estar implícita no significado do dever de justiça na posição original, nem é compatível com o entendimento dos direitos da maioria na convenção constituinte. Pelo contrário, só submetemos a nossa conduta à autoridade democrática até o ponto necessário para compartilhar eqüitativamente as inevitáveis imperfeições de um sistema constitucional.

<sup>190</sup> Cf. Pietro Perligieri, sobre o princípio da legalidade, relativização do juízo e precedentes jurisprudenciais diz, *Perfis do direito civil*, p. 44: “A noção de legalidade é essencial e relativa ao sistema. No ordenamento jurídico italiano, o *juiz* é vinculado à norma e não à sua letra. A dificuldade está na individuação da normativa do caso concreto. O *juiz*, ao julgar um caso, deve levar em conta todas as possíveis circunstâncias de fato que o caracterizam - a situação mesmo econômica, dos sujeitos, a sua formação cultural, o ambiente no qual atuam-, dando-lhe a resposta conforme o ordenamento visto em uma perspectiva unitária. Sobre as modalidades de atividade do *juiz*, existe um amplo debate entre as forças chamadas progressistas e aquelas chamadas conservadoras.”

<sup>191</sup> *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 442-443.

Ocorre que quanto maior o número de leis promulgadas maiores também são as desigualdades entre as pessoas em suas relações e as injustiças sofridas por parte daqueles que ainda não conseguiram a conquista de seus direitos.

A conquista dos direitos escritos é demorada, pois atravessa um processo de lutas culturais e políticas e tais pessoas que ainda não obtiveram a proteção jurídica dos seus interesses e de situações de vida vivem uma fragilidade. Por outro lado, aqueles que conseguem que seus direitos sejam garantidos de forma escrita através das leis, tornam-se fortes e protegidos.<sup>192</sup>

No mesmo sentido tem-se a situação do fiador, sobre quem muitos dirão: “E as imobiliárias?” Não deveria ser do interesse do Direito protegê-las. É correto punir o devedor dos aluguéis, mas na prática não são raros os casos em que o instituto é usado contra o próprio ser humano ao tornar-se uma arma contra viúvas, idosos e outros inocentes envolvidos de boa fé em relações jurídicas contratuais nas quais estão sem saberem do alcance de suas responsabilidades.

Muitas leis surgem devido aos interesses econômicos de determinados grupos que fazem *lobby* junto ao Poder Legislativo para proteção de seus próprios interesses. Essas modalidades de leis protegem os interesses de segmentos da sociedade e violam o princípio da igualdade, um dos pilares do pensamento sistemático e do sistema formal e positivo.<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> Na explicação de Pietro Perligieri, *Perfis de direito civil*, p. 43: “O princípio da legalidade “social” não é caracterizado por uma escolha monística, nem por uma declarada instrumentalização a um fim político. O princípio de legalidade de um Estado de polícia, “guardião da história”, garante as situações adquiridas, não aquelas a serem adquiridas.”

<sup>193</sup> Claus-Wilhelm Canaris ministrando sobre a adequação e unidade como emanções e postulados de Direito, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 18-19: “De fato, a demonstração não é difícil. A ordem interior e a unidade de Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito. Assim, a exigência de “ordem” resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença: tanto o legislador como o *juiz* estão adstritos a retomar “conseqüentemente” os valores encontrados, “pensando-os até o fim” em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais, - ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com adequação. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da “ordem” no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito.”

O Direito não deve proteger interesses difíceis de serem compreendidos por todos. Quanto mais leis são promulgadas, maior o pedantismo do dever. O Direito não pode exigir demais dos seres humanos. Na explicação de Mauro Cappelletti<sup>194</sup>:

Repito que o princípio da sujeição a precisos limites substanciais, à lei, por exemplo, não constitui requisito essencial da natureza jurisdicional de uma decisão ou processo. O princípio da “sujeição da lei” proclamado, por exemplo, no artigo 101 da Constituição italiana, exprime certamente regra fundamental de muitos ordenamentos jurídicos, mas não elemento imprescindível da jurisdicionalidade. Não obstante tal regra, mesmo no nosso ordenamento os juízes e alguns juízes podem ser investidos do poder de basear suas próprias decisões, mais do que na lei, na equidade ou em outros vagos e praticamente vazios símbolos de valor, e nem por isso deixarão de ser juízes. Quem poderia negar, por estarem baseadas na aequitas ou na consciencie, o caráter jurisdicional das decisões emitidas já há dois milênios pelos juízes da Roma clássica, ou há alguns séculos pelos chanceleres ingleses? Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária “law-making”. Ainda nas palavras de Lord Radcliffe: “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de ser o *juiz* criador do direito. É obvio que é. Como poderia não sê-lo?”

Nas palavras de Lenio Luiz Streck<sup>195</sup>:

[...] é possível afirmar que a sobrevivência do positivismo configura-se como uma barreira ao próprio desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, na medida em que finca pé na busca de uma espécie de vontade geral perdida.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior<sup>196</sup>:

A aplicação rigorosa da lei pode levar a injustiça (*summum ius, summa iuria*), de sorte que o magistrado deve procurar interpretar a lei buscando a solução mais justa para o litígio (STJ-RT 656\188). No mesmo sentido RSTJ 28\312.

Contudo, cumpre assinalar que o magistrado não deve interpretar a lei a partir dos métodos de interpretação, mas com a sua *alma*, porque os métodos são falhos e conduzem a uma abstração da realidade que pode ocasionar violação da Dignidade da Pessoa Humana

<sup>194</sup> *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 24-25.

<sup>195</sup> A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 159.

<sup>196</sup> *Código de processo civil comentado*, p.336.



caso ele se esqueça de que a *vida humana é mais importante do que as leis*. O que diferencia uma *má* interpretação da *boa* interpretação é a *capacidade intelectual* e o *estado da alma* do intérprete. Nesse sentido são as palavras de Mauro Cappelletti<sup>197</sup>:

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só a interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc. Em realidade, interpretar significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e - no caso do *juiz*, não menos que no do musicista, por exemplo - reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado da alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruído vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou de Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas da música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. Como escreveu, em 1899, o grande *juiz* americano Oliver Wendell Holmes: Não é completamente verdadeiro que na realidade prática (e eu não conheço razão alguma pela qual a teoria deveria estar em desacordo com a realidade dos fatos) uma dada palavra, ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro. Qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário. Tais questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher as lacunas, precisar as nuances, esclarecer as ambigüidades. Para fazer isso, deve fazer escolhas, pois, ainda nas palavras do pai do realismo jurídico americano, onde existe dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha. E, na verdade, o interprete é chamado a dar a vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.

Contudo, é muito importante que a interpretação<sup>198</sup> seja correta e não se detenha apenas em investigar e em preocupar-se com a intenção e o espírito da lei, mas também se debruce sobre uma preocupação exata com as pessoas, com as partes envolvidas no caso concreto. Goffredo Telles Júnior<sup>199</sup> explica abaixo que:

<sup>197</sup> *Juízes legisladores?*, p. 21-22.

<sup>198</sup> Nas palavras de Miguel Reale, *Filosofia do direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1969, p. 124: “Uma norma é a sua interpretação”.

<sup>199</sup> *Palavras do amigo aos estudantes de direito*, p. 38-39.

Na interpretação das leis, mais importante do que o rigor da lógica racional é o entendimento razoável dos preceitos, porque o que espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão, mas uma justa e humana solução. O que se espera é uma solução atenta às variegadas condições de cada caso concreto a que a lei interpretada se refere. Essa correta interpretação é a atribuição dos juízes. A experiência demonstra que, muitas vezes, os juízes conseguem melhorar, por meio de uma judiciosa interpretação, a qualidade das más leis. Já houve quem dissesse que não haveria motivo de se temer as más leis se elas fossem sempre aplicadas por juízes competentes. Em regra, a sábia interpretação da lei é bastante para dar solução razoável ao desafio de quaisquer casos concretos, até mesmo dos casos mais melindrosos. A verdadeira compreensão das leis, a sábia interpretação delas, a sua aplicação prudente ao caso concreto, não depende de erudição apenas, mas de sabedoria, “not Knowledge, but Wisdom”, daquela “sabedoria profunda e silenciosa”, de que falam os pensadores. Valendo-se da lógica do razoável, o *juiz* fará uma justiça que “excede a justiça dos escribas e fariseus”, a que se referiu Jesus, no Sermão da Montanha.

Como bem salientou Goffredo Telles Júnior, o prudente *juiz* com uma sábia interpretação das leis é capaz de reverter até a má qualidade de algumas delas. O intérprete deve procurar uma solução humana, pois esta aproxima-se da justiça. A *sábia e prudente* aplicação da lei proporciona o melhor julgamento, pois dificilmente a interpretação técnica superará a interpretação que valorize a situação da Pessoa Humana diante de determinado caso concreto.

Na explicação de Lenio Luiz Streck<sup>200</sup>:

[...] a superação do positivismo-exegético e dedutivista pelo neoconstitucionalismo implica um salto sobre as concepções hermenêuticas que entendem o processo interpretativo como parte de um processo em que o intérprete “extraí o exato sentido da norma”, como se fosse possível isolar a norma de sua concretização, sem considerar, ademais, que esse tipo de entendimento - característico do paradigma de direito formal-burguês - ignora a parametricidade constitucional!

Para Nelson Nery Júnior<sup>201</sup>:

O *juiz* legislador [...] deve aplicar o direito ao caso concreto, sendo-lhe vedado substituir o legislador, pois a figura do *jude made Law* é incompatível com o sistema brasileiro da tripartição de poderes (RT 604/43). “O *juiz* deve aplicar a lei e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça” (RTJ 103/1262).

<sup>200</sup> A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 161.

<sup>201</sup> *Código de processo civil comentado*, p. 336.

Cumpra notar que a própria lei traz em si um ideal subjetivo de justiça, porque a lei provém da mente do legislador e aplica-se somente em alguns casos, mas não atende à multiplicidade das situações da vida. Um critério objetivo de justiça é aquele que não aceita exceção ou lacunas em hipótese alguma. Por isso, desde a Antigüidade os grandes filósofos têm concedido e desenvolvido muitos conceitos e definições acerca de um mesmo termo ou de palavras como “justo”, “justiça”, “injusto”, “injustiça”, etc., tamanha a relatividade das coisas no mundo e dos sentidos assumidos pelas palavras e situações.<sup>202</sup>

O entendimento de que o ideal que a lei emana é objetivo, é equivocado e exacerbado, porque ela não será capaz de inibir os demais conceitos e compreensões filosóficas a respeito de algo. Entretanto, a lei de modo algum pode estar acima da Pessoa Humana e de suas diferentes formas de compreensão a respeito das coisas e do Homem e o legislador é pessoa comum e sujeito a imperfeições.<sup>203</sup>

A mentalidade de que o ideal da lei é justo e objetivo faz pensar que se é lei, é justa, ou que se é válida, é justa. Contudo, para a doutrina do Direito Positivo não importa se a lei carrega um ideal de justiça objetivo ou subjetivo, importa a sua validade. Ademais, as leis não carregam sempre ideais de justiça. Portanto, sob o ponto de vista do Direito Positivo é equivocado pressupor que a lei carrega um ideal objetivo de justiça, porque o que importa para esta doutrina é o cumprimento da lei válida, independente de ser justa ou injusta, pois mesmo sendo injusta ela deve ser cumprida.

Na explicação de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>204</sup> sobre o pensamento de Montesquieu:

---

<sup>202</sup> Conforme salienta Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 146: “E também se um de dois grupos correlativos de palavras é utilizado em vários sentidos, segue-se como regra, que o outro é utilizado em vários sentidos - por exemplo, se “justo” tiver mais de um sentido, o mesmo acontecerá com “injusto” e “injustiça”. Ora, parece que os termos justiça e injustiça são usados em vários sentidos.”

<sup>203</sup> Conforme Aristóteles, *A política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. 5. ed., São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 259: “A maioria dos homens deseja o poder político com a esperança de acumular riquezas; e foi com esse tipo de motivação que Tibron e todos aqueles que escreveram sobre a constituição dos lacedônios louvaram seu legislador, pois os lacedônios que foram treinados a enfrentar riscos, ganharam muito poder”.

<sup>204</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p.11-12.

O pensamento do barão de Montesquieu, acima de tudo pragmático, fundava-se na observação de um fato, por ele afirmado como uma constante indesmentida e cuja procedência realmente não admite contestação, isto é: todo aquele que tem poder; tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, sua clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute.

A teoria da Tripartição dos Poderes foi elaborada com as seguintes intenções: de vencer a corrupção do Homem; de evitar que o detentor do poder de julgar abusasse desse mister; para que as atividades de julgar, administrar e legislar não se concentrassem nas mãos de uma só pessoa ou grupo de pessoas. Quando o Homem tornar-se bom é provável que ele recupere a credibilidade dos seus semelhantes. Porém, enquanto isso não ocorre, prepondera um profundo temor de uns para com os outros.

O *bom juiz* será sempre o *bom conciliador* e o *bom conselheiro*. Para o *bom juiz*, julgar é um *dom* e o seu exercício traz realização íntima. Para o *mau juiz*, julgar é deter o poder que lhe faz sentir-se superior aos outros.

A crença de que através das leis e das técnicas surgem as decisões justas demonstra um senso crítico em relação ao Homem. Parece que aqueles que são apegados ao positivismo<sup>205</sup> e à legalidade<sup>206</sup> expressam profunda desesperança no Homem e preferem confiar na excelência das leis, porque pensam que a rigidez legal é melhor.

---

<sup>205</sup> Conforme Claus- Wilhem Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 13-14: “As codificações, essencialmente redutoras e simplificadoras, provocam, num primeiro momento, atitudes positivistas. Trata-se de uma conjunção facilmente demonstrada na França pós 1804, na Alemanha pós 1900 e em Portugal pós 1966. As fronteiras do positivismo vão, no entanto, bem mais longe que o indicado pelos exegetismos subseqüentes às codificações. Os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer “referência metafísica”. O universo das “referências metafísicas” - ou “filosóficas” (Heck) - alarga-se com a intensidade do positivismo: são sucessivamente, afastada as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários dos seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas”.

<sup>206</sup> Nas palavras de Pietro Perligieri, *Perfis de direito civil*, p. 43: “Se o *juiz* tivesse a possibilidade de julgar o caso concreto de acordo com a própria visão de mundo, subtraindo-se ao respeito do Parlamento e ao Executivo, não existiria motivo para o primeiro, de fazer as leis, para o segundo de emanar regulamentos ou outras disposições com força de lei. O *juiz* é, sim, autônomo em relação ao Poder Executivo, mas é submetido, ainda que tão somente, à lei (artigo 101 Const.). O princípio da legalidade assume conotação própria no sistema”.

As leis não são necessárias para os Homens. Os Homens bons são falíveis, mas virtuosos e as suas *boas ações* são perfeitas leis.

Quando os Homens valorizarem a bondade e a boa porção da natureza humana, a sociedade regular-se-á a si própria. A necessidade das leis surgiu devido à supervalorização dos interesses egoístas. Mauro Cappelletti<sup>207</sup> pensa de modo diferente, pois segundo ele:

Do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a “natureza” dos dois processos, o legislador e o jurisdicional. Ambos constituem processo de criação do direito.

Em termos filosóficos, *arbitrariedade* tem a ver com a liberdade e com a vontade. A vontade livre gera a liberdade, enquanto a vontade condicionada não é livre, mas limitada. Nas palavras de Kant<sup>208</sup>:

As leis procedem da vontade; as máximas, do arbítrio. No homem, o arbítrio é livre. A vontade que só tem a ver com a lei não pode ser chamada de livre ou não-livre porque não se refere às ações mas, sim, de imediato à legislação das máximas para a ações (conseqüentemente, à própria razão prática) É, pois, simplesmente necessária e não suscetível de violência. Só o arbítrio pode ser chamado de livre.

Para o jurista que defende o positivismo<sup>209</sup> jurídico, o *juiz* que não julga conforme a lei escrita e posta no sistema legal age com arbitrariedade e violou o Sistema de Freios e de Contrapesos entre os Poderes do Estado, porque valeu-se da sua vontade e da liberdade para julgar e desconsiderou a vontade, a liberdade e o arbítrio do legislador. Contudo, somente o *mau juiz* poderá ser um ditador.

Contudo, cumpre observar que o *juiz* que está obrigado a julgar conforme a lei posta pelo legislador não é essencialmente *juiz*, porque ele dividiu sua tarefa de julgar com o legislador. Se o sistema obriga o *juiz* somente a dizer e a confirmar a lei no caso concreto, o

---

<sup>207</sup> *Juízes legisladores?*, p. 27.

<sup>208</sup> *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. 3. ed., São Paulo: Ícone, 1993, p. 40-41.

<sup>209</sup> Conforme Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 189: “o positivismo jurídico alcançou sua mais alta manifestação na Teoria Pura do Direito, professada pela Escola de Viena”.

legislador é o legislador-juiz, pois dele provém o juízo prévio. A lei por si só traz um pré-julgamento e até um julgamento.

O legislador, ao elaborar a norma jurídica, faz opções valorativas. Então, dentre muitos caminhos valorativos - valores morais, valores religiosos, valores sociais, valores econômicos, valores políticos, etc. - ele opta por apenas um e obriga a Pessoa Humana submeter-se a esse valor selecionado. Conforme as palavras de Lenio Luiz Streck<sup>210</sup>:

O processo de interpretação da lei passa a ser um jogo de cartas (re) marcadas (Ferraz Jr., Barros de Brum, J. E. Faria e Warat). Ainda se acredita na ficção da vontade do legislador, do espírito do legislador, da vontade da norma. Aliás, de que “legislador” falam os comentadores? Santiago Nino, citado por Ferraz Jr., ironiza as “propriedades que caracterizam o legislador racional”, uma vez que “ele” é uma figura singular, é permanente, pois não desaparece com a passagem do tempo; é único como se todo o ordenamento obedecesse a uma única vontade; é consciente, porque conhece todas as normas que emana; é finalista, pois tem sempre uma intenção; é onisciente, pois nada lhe escapa, sejam eventos passados, futuros ou presentes; é onipotente, porque suas normas vigem até que ele mesmo as substitua; é justo, pois jamais quer uma injustiça; é coerente, ainda que se contradiga na prática; é onicompreensivo, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; é econômico, ou seja, nunca é redundante; é operativo, pois todas as normas tem aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, o legislador é preciso, pois apesar de se valer de palavras de linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico... É de se perguntar: pode alguém, ainda, acreditar em tais “propriedades” ou “características” do “legislador”? Lamentavelmente, parece que a resposta é afirmativa! Há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas - o que faz do exercício de sua profissão, como muito bem diz Pierre Bourdieu, um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional numa espécie de “capital simbólico”, isto é, numa “riqueza” reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória ente conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos. Assim, pode-se dizer, com Guibourg, que o Direito é a disciplina na qual a autoridade ainda conserva uma parte substancial de seu prestígio.

Porém, diante de um caso concreto, se o *juiz* é o sujeito preparado para julgar por que ele deve valer-se da vontade e do arbítrio do legislador? É porque o legislador representa a vontade geral da maioria. Mas como poderá o *juiz* aplicar a igualdade se a desigualdade já

---

<sup>210</sup> *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84-85.

está pré-estabelecida pela vontade geral expressa nas leis elaboradas conforme a vontade e arbitrariedade do legislador?

Nas palavras de Claus- Wilhelm Canaris<sup>211</sup>:

De fato, a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógica formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, votada ao insucesso. Pois a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da idéia de justiça do tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico. Quem poderia seriamente pretender que a regra de tratar o igual por igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, pode ser acatada com os meios da lógica? Os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por consequência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas axiológica ou teleologicamente. Pode, com isso, colocar-se a questão difícil de saber até onde está o Direito ligado às leis da lógica e até onde a ausência lógica de contradições da ordem jurídica pode ser incluída, como previsão mínima, na sua unidade valorativa; mesmo quando isso seja afirmado, é indubitável que uma inevitável adequação lógico-formal das normas jurídicas singulares não implica a unidade de sentido especificamente jurídica de um ordenamento. Este caráter axiológico e teleológico da ordem jurídica implica que, comparativamente, os critérios lógico-formais tenham escasso significado para o pensamento jurídico e para a metodologia da Ciência do Direito. Na verdade, a Ciência do Direito, na medida em que aspire à adequação racional dos seus argumentos, está evidentemente adstrita às leis da lógica; Assim sucede com o que é a essência do Direito, com o encontrar as decisões de valor, com o manuseamento esclarecido dos valores, pensando-os até ao fim e, a concluir, num último estágio, executando-os. Mas para as tarefas, a lógica só assume o significado de um “quadro”, enquanto “entender” ou a “valoração” não se podem, no essencial, alcançar através dela, - tão pouco como o “entender” um outro quadro significativo do espírito como, por exemplo, uma obra artística literária ou um texto teológico.

Se as leis representam a vontade da maioria ou das classes socialmente mais fortes, como fica a vontade das minorias e o tratamento igualitário destas? O *juiz* não deve julgar conforme a sua própria vontade, mas conforme a essência da natureza das coisas e em conformidade com a natureza do Homem e com a Pessoa Humana individualizada.

A liberdade que ele deve possuir é necessária para que ele possa julgar com naturalidade e simplicidade. A falta do senso de justiça traz o erro no julgamento, independentemente da existência ou da inexistência de leis, pois é uma carência natural interna que se revela externamente. Nas palavras de John Rawls<sup>212</sup>:

---

<sup>211</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 30-33.

<sup>212</sup> *Uma teoria da justiça*, p. 440-441.

Devemos lembrar que na convenção constituinte o objetivo das partes é encontrar, entre as constituições justas (aquelas que atendem ao princípio da liberdade igual), a que tem maiores probabilidades de conduzir a uma legislação justa e eficaz, em vista dos fatos gerais em relação à sociedade em questão. A constituição é considerada um procedimento justo, mas imperfeito, estruturado para garantir um resultado justo na medida em que as circunstâncias o permitam. É imperfeito porque não há nenhum processo factível que garanta que as leis promulgadas segundo seus parâmetros serão justas. Nos assuntos políticos, não é possível atingir uma justiça procedimental perfeita. Ademais, o processo constitucional tende a se apoiar, em grande parte, em alguma forma de votação. Suponho, para simplificar, que uma variante da regra da maioria, devidamente limitada, é uma necessidade prática. Contudo, as maiorias (ou coalizões de minorias) estão fadadas a cometer erros, senão por falta de conhecimento e discernimento, pelo menos em consequência de opiniões parciais e egoístas.

Nas palavras de Sebastião José Roque<sup>213</sup>:

O direito é sempre justo sob o seu aspecto, isto é meramente jurídico. Sob a ótica moral, o direito e a lei são muitas vezes injustos. As leis são em vários casos, elaboradas pelo Poder Legislativo para proteger o interesse dos poderosos e proporcionar o massacre dos humildes e desprotegidos. Vejam alguns exemplos: numa separação ou divórcio, desmantela-se uma família constituída de marido, mulher e filhos; o marido fica com a metade dos bens e a mulher com a outra metade. Ambos poderão dissipar esses bens com um potencial novo consorte. Os filhos ficam desprovidos de quaisquer bens e o destino deles estará sujeito à álea da vida. Será justa essa solução? Sob o ponto de vista do direito não há dúvidas pois assim estabelece a lei. Sob o aspecto moral, entretanto, não nos parece uma solução justa. Crianças são pessoas incapacitadas de contratar advogado e defender seus interesses em pretório. Nem tampouco podem fazer lobby junto ao Poder Legislativo para a elaboração de leis favoráveis a elas e o resultado é ficarem a descoberto da tutela legal. Examinemos um fato fora de nossas fronteiras. Na África do Sul concentra-se uma população constituída de mais de 90% de negros e uma minoria branca. Entretanto, a legislação do país nega muitos direitos aos negros, que são reservados só aos brancos. Será justo este sistema jurídico? É, sob o ponto de vista jurídico, pois está na própria Constituição do País. Afronta a moral, contudo, agride a consciência mundial, que se vê obrigada a tolerar essa ordem jurídica e social injusta.

Na explicação de Karl Engisch<sup>214</sup>:

Os comandos e proibições do Direito têm as suas raízes nas normas de valoração. Eles fundamentam-se - dito de forma mais simples - em valorações, em aprovações e desaprovações. Tem inteira razão FR. JODL quando afirma que todo imperativo “já pressupõe necessariamente o juízo de que aquilo que se exige tem um valor particular, um valor próprio, e por isso mesmo que é exigido”. Com igual razão se exprime o criminalista E. Mezger: “O Direito, enquanto ‘norma determinativa’= (imperativo) não é de modo algum ‘pensável’ sem o Direito enquanto ‘norma valoradora’ - o Direito como norma valoradora é um necessário pressuposto lógico do Direito como norma determinativa... Pois quem pretende ‘determinar’ alguém a

<sup>213</sup> *Introdução ao estudo do direito*, p. 16-17.

<sup>214</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, p 46-47.



fazer algo tem de previamente conhecer aquilo a que o quer determinar: ele tem de 'valorar' aquele algo num determinado sentido positivo. Um primus lógico do Direito como norma de determinação é sempre o Direito como norma de valoração, como 'ordenação objetiva da vida' ". Temos de reconhecer como acertadas estas considerações, pelo menos quando não vejamos no Direito a expressão da vontade caprichosa de um déspota mas o produto de ponderações racionais. Nestes termos, por exemplo, o aborto não é proibido por acaso, mas porque se considera ou estima aquele ser vivo em gestação como sagrado e intocável e se reconhece a necessidade de lhe conceder proteção jurídica contra os perigos que o ameaçam, nas situações de conflito, por parte da grávida e de terceiras pessoas. Somente no caso de estas situações de conflito se apresentarem com uma configuração tal que se deva dar preferência a outros interesses sobre aquela vida em gestação, é que poderá ter lugar uma exceção à proibição do aborto. É neste sentido que hoje, entre nós se reconhece a chamada indicação médica como fundamento para a "interrupção da gravidez", com o fim de se afastar um perigo sério para a vida ou a saúde da grávida, com o consentimento desta. A proibição do aborto, assim como as exceções a esta proibição, fundamenta-se, portanto, em valorações prévias.

O pensamento filosófico desenvolvido neste trabalho discorda dos argumentos de Karl Engisch, pois entende que o legislador, dentre muitos valores, opta por apenas um valor para construir a norma jurídica. Por exemplo: na questão da proibição do aborto, o legislador privilegiou a Dignidade daquele que ainda está em desenvolvimento no ventre materno em detrimento da Dignidade da gestante. Então, ele fez a opção de proteger o ser vivo em gestação violando a Dignidade da gestante.

O que motivou a escolha do legislador foi o valor religioso. O entendimento daquele que, equivocadamente, interpreta o texto religioso influenciou a liberdade para valorar a norma jurídica a ponto de considerar mais valiosa a Dignidade do ser em gestação do que a vida da gestante - quantificando a Dignidade da Pessoa Humana-. A gestante que comete um aborto, decidindo sobre o seu próprio corpo, é julgada como um assassino perigoso para a sociedade pelo Tribunal do Júri, tamanha a influência do valor religioso ou da Moral religiosa impregnada na norma jurídica que o proíbe.

A gestante que decide cometer o aborto não oferece nenhum perigo à sociedade. A Dignidade do ser em gestação de modo algum pode ser considerada mais valiosa do que a da mulher que já convive em sociedade. A mulher, levada ao Tribunal de Júri para ser julgada, tem a sua Dignidade violada, porque a sociedade interferiu na sua liberdade individual, no seu planejamento familiar e o mais grave: ser igualada a um assassino perigoso.

No reino da Natureza a Pessoa Humana está sujeita a um fim natural, enquanto que no mundo do Direito a pessoa também está determinada a um fim, determinado pela vontade social e pela vontade da lei - arbítrio do legislador-. A lei carrega uma vontade que forçosamente se impõe. Nesse caso, da proibição do aborto feriu de modo violento a Dignidade das mulheres. A mulher que comete o aborto não causa desordem social, ao contrário, a desordem que pode surgir desta atitude é a desordem íntima.

Claus-Wilhelm Canaris<sup>215</sup> explica as críticas que o formalismo e o positivismo sofreram devido ao argumento de que seria necessário um discurso científico integral afirmando

O primeiro óbice que se opõe ao formalismo reside na natureza histórico-cultural do Direito. Numa conquista da escola histórica contra o jusracionalismo antecedente, sabe-se que o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao atual estado dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais. Assim sendo, o Direito deve ser conhecido de modo direto, tal como se apresenta; uma apreensão apriorística resulta impossível. O segundo obstáculo reside na incapacidade do formalismo perante a riqueza dos casos concretos. Na verdade, todas as construções formais assentam num discurso de grande abstração e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes: elas não comportam os elementos que lhe facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, daí, de soluções diferenciadas. O positivismo, por seu turno, soçobra em quatro aspectos decisivos, todos eles reconhecidos. Em primeiro lugar, um positivismo cabal não admite - não pode admitir - a presença de lacunas. E quando levado pela evidência, acabe por aceitá-las, não apresenta, para elas, qualquer solução material: a integração da lacuna - operação que, por excelência, exige a contribuição máxima da Ciência do Direito - realizar-se-á, pois, à margem do pensamento jurídico. Um tanto na mesma linha, verifica-se depois, que o positivismo não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações: estas realidades, cada vez mais difundidas e utilizadas nos diversos setores do ordenamento, carecem, na verdade, de um tratamento que, por vezes tem muito em comum com a integração das lacunas. E tal como nesta, também naquelas o *jus positum* pode não oferecer soluções operativas: o positivismo cairá, então, no arbítrio do julgador.

O Direito surgiu com a intenção de resolver casos concretos e valorar fatos e situações. Contudo, a procura incessante por regras pré-determináveis ou pré-determinadas

---

<sup>215</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 18-22.

para solucionar os casos concretos não se mostra capaz de esgotar todas as formas de eventos, fatos e acontecimentos humanos em sociedade.

A dificuldade do Direito é prática e não teórica, porque os conceitos surtem efeitos teóricos, mas não surtem efeitos práticos. Tanto os conceitos como as regras foram construídos a partir do pensamento moralista e egoísta, mas na prática eles são insuficientes, pois nenhum ponto de vista é exato. Por exemplo: os conceitos teóricos acerca da justiça e da benevolência podem ser insuficientes para exprimirem todos os seus significados, pois algumas coisas devem apenas ser citadas e não há necessidade de uma infundável especulação.

A incessante especulação desvirtua o sentido do que está sendo explicitado, porque a problematização não surte os efeitos práticos necessários, mas apenas teóricos. A intenção da crítica desenvolvida neste estudo objetiva evitar erros nos julgamentos.

Um positivismo puro não aceita lacunas, porém elas existem. Quando as leis são integradas via equidade,<sup>216</sup> analogia e princípios gerais de direito, elas caem no arbítrio do julgador, posição tão criticada e repudiada pelo positivismo jurídico e pelo formalismo jurídico. As normas de Direito Positivo não conseguem atender à riqueza dos acontecimentos corriqueiros que carecem de auxílio da justiça. Além disso, o Positivismo Jurídico não consegue responder e solucionar os casos em que ocorre a injustiça com a Pessoa Humana decorrente da aplicação da lei.

---

<sup>216</sup> Para Aristóteles seria a equidade o meio para se corrigir a lacuna da lei. Segundo ele, *Ética a Nicômaco*, p. 172-173: “A origem da dificuldade é que a equidade, embora justa, não é justiça legal, porém retificação desta. A razão para isso é que a lei sempre é geral; entretanto, há casos que não são abrangidos pelo texto geral da lei [ou por esta ou aquela regra legal geral]. Em matérias, portanto, nas quais embora seja necessário discursar em termos gerais, não é possível fazê-lo corretamente, a lei toma em consideração a maioria dos casos, embora não esteja insciente do erro que tal coisa acarreta. E isso não faz dela uma lei errada, pois o erro não se encontra na lei e nem no legislador, mas na natureza do caso, uma vez que o estofio das questões práticas é essencialmente irregular. Quando, portanto, a lei estabelece uma regra geral e, posteriormente surge um caso que apresenta uma exceção à regra, será, então, correto (onde a expressão do legislador - em função de ser ela absoluta - é lacunar e errônea) retificar o defeito (preencher a lacuna) decidindo como o próprio legislador teria ele mesmo decidido se estivesse presente na ocasião em particular e teria promulgado se tivesse sido conhecedor do caso em questão. Conseqüentemente, embora o equitativo seja justo e seja superior a uma espécie de justiça não é superior à justiça absoluta, mas apenas ao erro devido à expressão absoluta. Essa é a natureza essencial do equitativo, ou seja, é uma retificação da lei onde a lei é lacunar em função de sua generalidade. Com efeito, essa é a razão porque não são todas as coisas determinadas pela lei; pelo fato de haver alguns casos [e situações] em relação aos quais é impossível estabelecer uma lei, é necessária a existência de um decreto especial.”

Cândido Rangel Dinamarco<sup>217</sup>, em seu livro *A nova era do processo civil*, no capítulo II, (Relendo princípios e renunciando a dogmas), expõe seu pensamento acerca da imperfeição das leis afirmando que:

A imperfeição das leis é o fundamento central das propostas aqui contidas, de rereleitores princípios e renunciar a dogmas ilegítimos. Toda ordem jurídico-positiva é construída a partir de certos standards de conduta ou de fatos da natureza, a que a lei atribui conseqüências favoráveis ou desfavoráveis aos sujeitos segundo os juízos lógicos hauridos da experiência e os juízos valorativos presumivelmente captados no mundo axiológico integrante da cultura de uma sociedade ou da própria humanidade globalizada. Os direitos, deveres, obrigações, poderes, faculdades e ônus que dão corpo ao universo das situações jurídicas instituídas pelo direito apóiam-se sempre nas observações dos fatos que comumente ocorrem e que o legislador reúne feixes, ou massas de fatos compostas segundos critérios discricionários. Surge aí o conceito de *fattispecie*, vocábulo italiano de difícil tradução ao vernáculo, empregado para designar modelos desenhados pela lei mediante a previsão da ocorrência de algum desses fatos, à qual se segue a indicação das conseqüências jurídicas a serem impostas sempre que um deles ocorrer (*sanctio juris*). [...] Tudo andaria bem se o legislador não fosse um ser humano e tivesse capacidade para prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecie* legais e para elas nada está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos *standards* presentes na mente do legislador, que, não-obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma valoração acurada desaconselha que isso seja feito. Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do *juiz* empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos. O que neste apanhado de estudos se contém são propostas à reflexão e à prudente busca de soluções que, satisfazendo o senso do justo e do razoável presente no espírito do *uomo della strada*, possam satisfazer também os nossos. Ousar sem o aqodamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema.

O abandono do Positivismo Jurídico que hoje marca o pensamento Instrumentalista do Processo, ou a nova era do processo civil brasileiro liderado no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco, também marcou a Filosofia do Direito da primeira metade do século XX, com as obras de Binder, de Lask, de Radbruch, etc. De acordo com Karl Larenz<sup>218</sup>

A renovação da filosofia alemã do Direito nos começos do nosso século é obra, em primeira linha, de Rudolf Stammler. Foi ele quem introduziu um movimento filosófico que, por mais diversificados e ramificados que sejam os seus trilhos,

<sup>217</sup> *Nova era do processo civil*, 3ª ed., 2009, p. 29-30.

<sup>218</sup> *Metodologia da ciência do direito*, p. 113.

se caracterizava no seu todo pelo abandono do positivismo. Abandono do positivismo que se combina quase sempre com a afirmação da historicidade do Direito, aspirando assim uma síntese das duas grandes correntes espirituais: o “jusnaturalismo” e o “historicismo”. Por volta do começo dos anos vinte, o movimento procedente do neokantismo - com as primeiras obras de Binder, com Lask, Radbruch, Max Ernest Mayer, etc., atingiu o seu ponto culminante, prosseguindo, em certa medida, no neo-hegelismo (Binder, Schonfeld, Dulckeit).

Claus-Wilhelm Canaris<sup>219</sup> discorre sobre algumas críticas que o formalismo e o positivismo receberam ao notar que:

[...] falta, ao positivismo, a capacidade para, perante injustiças ou inconveniências graves no Direito vigente, apontar soluções alternativas. As críticas acima alinhadas contra o formalismo e o positivismo constataam, no fundo, a insuficiência de ambas essas posturas perante as necessidades da efetiva realização do Direito. Esta, contudo, não se detém: obrigado, pela proibição do *non liquet*, a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução, mesmo havendo lacuna, conceito indeterminado, contradição de princípios ou injustiça grave. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva, o julgador terá de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extra-positivos e, no limite, o arbítrio do subjetivismo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaem: por um lado, a fundamentação que se apresenta será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controle: por outro, o verdadeiro e último processo de realização do Direito escapa à Ciência dos juristas: a decisão concreta é fruto, afinal, não da Ciência do Direito, mas de fatores desconhecidos para ela, comprometendo, com gravidade, a previsibilidade, a seriedade e apropriada justiça da decisão. Num paradoxo aparente em que as humanísticas são pródigas: o formalismo e o positivismo, tantas vezes preconizados em nome da segurança do Direito acabam por surgir como importantes fatores de insegurança. Eis, pois, o desafio. Confrontando com as insuficiências do formalismo e do positivismo, o discurso jurídico tem de, como primeira tarefa, ampliar a sua base de incidência. Todo o processo de realização de Direito, portanto todos os fatores que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídos no discurso juscientífico. Noutros termos: o discurso científico deve ser integral.

As normas jurídicas que prevêem os modos de liberdade não se adaptam a todas as realidades vivenciadas pelos seres humanos, pois os legisladores não são oniscientes e por mais numerosas que sejam as leis e volumosas as legislações estas trazem lacunas. A *justiça* que encontra limite em suas normas é muito relativa e convencional, por essa razão, traz insatisfações latentes no seio social. A Pessoa Humana almeja por uma justiça menos restrita

---

<sup>219</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 23.

e limitada, que transmita mais compreensão e solidariedade com a situação da vida considerada subjetivamente injusta.

Não é sempre que a analogia dos costumes e os princípios gerais de Direito são capazes de proporcionar um justo julgamento, pois almejar limites e parâmetros para dizer o que é justo e razoável é não olhar com profundidade e sensibilidade ao drama experimentado pela Pessoa Humana que não deve ser comparada ou reduzida a fórmulas ou esquemas, mas respeitada individualmente. Pode acontecer que não haja casos análogos previstos em lei. Pode ocorrer que seja um costume novo para o qual não haja precedentes. Pode acontecer que os princípios gerais de Direito também não sejam suficientes para se obter uma solução justa para o caso concreto.<sup>220</sup>

O presente estudo entende que basta o *bom senso de justiça do julgador*, porque se as leis não socorrem com justiça todos os casos, é necessário um órgão julgador mais livre para que ele possa atender a todos os que dele precisarem, sem que haja prévias conquistas dos direitos escritos. Estas conquistas são demoradas e enquanto isso não ocorre, a justiça

---

<sup>220</sup> Nesse sentido Karl Larenz em sua obra *Metodologia da ciência do direito*, p. 121-122, explica o pensamento de Stammler, no capítulo IV (O Abandono do Positivismo na filosofia do Direito da Primeira metade do século XX) dizendo que: “Dentro do Direito positivo ou “estatuído” distingue ainda Stammler entre Direito formado e Direito não formado, ou Direito a escolher previamente. Por Direito “formado” entende ele as proposições jurídicas que estabelecem desde logo, isto é, antecipadamente, a decisão de casos futuros. O Direito “não formado”, pelo contrário, deixa em princípio a decisão em aberto e basta-se com indicar ao *juiz*, sempre que um determinado caso surge, “a escolha como decisiva daquela proposição jurídica que, de entre as várias que se oferecem, se orienta na linha da idéia do Direito” Uma tal indicação verifica-se para Stammler, quando, por exemplo, a lei remete a decisão do *juiz* para a “boa fé”, “os costumes”, a sua “apreciação eqüitativa” ou princípios de orientação semelhantes. Neste caso, o *juiz* não encontra dada antecipadamente na lei a regra a que deve subsumi-lo, mas tem de “escolher” a regra “adequada” de acordo com o pensamento de “justeza” de um querer jurídico. Ante a mesma missão vê-se ele também posto quando o Direito formado apresenta lacunas que não podem preencher-se pela via da dilucidação do pensamento em causa. Tais lacunas são inevitáveis, pois o conceito de Direito formado “traz necessariamente consigo a nota da limitação”. Porque “é impossível, com os meios de elaboração técnica de proposições jurídicas fixas, esgotar o mundo das questões possíveis que num certo momento se podem suscitar”; nenhum legislador é onisciente e nenhuma soma, por mais numerosa que seja, de proposições jurídicas consegue corresponder de modo exauriente à quantidade infundável de questões jurídicas possíveis. Por isso, o “Direito formado em proposições jurídicas” constitui em todos os tempos apenas uma parte maior ou menor do Direito em seu conjunto. “Parte que é necessariamente restrita e que não permite nunca alargar-se à totalidade de todo o Direito pensável”. Com isso surge a tarefa de “preencher de modo fundamentado” uma lacuna do Direito. Stammler considera ser uma afirmação “inaceitável” a de que toda a lacuna do Direito formado pode ser preenchida através de um raciocínio por analogia. Pois a possibilidade de uma solução por analogia para um determinado problema depende da causalidade de “já se encontrar dentro do Direito formado uma situação parcialmente idêntica aos pressupostos jurídicos agora em discussão”.

emanada pelo Poder Judiciário torna-se falha e cruel com o ser humano que nas diferentes situações da vida sente-se desprotegido e injustiçado.

O Poder Judiciário deve ser forte aliado do ser humano que *se sente oprimido e injustiçado*. Porém hoje não é desse modo que acontece, pois é mais provável que aquele que contrata o melhor e mais caro advogado vença a ação. Então, a parte mais preparada tecnicamente tem maiores chances de obter melhores resultados para si. Esta idéia de justiça que decorre das leis e de seus sistemas é insatisfatória, porque não surtem os efeitos práticos adequados e não harmonizam a causa e o efeito.

Conforme Kant<sup>221</sup>:

Princípios práticos são proposições que encerram uma determinação universal da vontade, subordinando-se a essa determinação diversas regras práticas. São subjetivos, ou máximas, quando a condição é considerada pelo sujeito como verdadeira só para a sua vontade; são, por outro lado, objetivos ou leis práticas quando a condição é conhecida como objetiva, isto é, válida para a vontade de todo ser natural.

Então, para que uma lei seja conhecida como válida objetivamente a norma deve valer para a vontade de todo ser natural, sem exceção alguma, enquanto uma lei é considerada válida subjetivamente quando vale somente para uma pessoa.

Essa afirmação responde a indagação que poderá surgir: “Sempre aquele que tem o seu interesse diminuído não sentir-se-á injustiçado?” Cada indivíduo sempre se sentirá injustiçado diante de um conflito de interesses em que não prevaleceu sua vontade. Por isso é preciso que haja um *juiz* lúcido, dotado de bom senso para determinar a medida do que deve ser dado a cada um.

Se há um conflito de interesses, as partes estão com dificuldade para encontrar o senso de justiça e precisam do *bom juiz* para remover os excessos de egoísmo, de vaidade, de insensatez e de maldade que se mostram presentes no conflito de interesses entre elas.

---

<sup>221</sup> *Crítica da razão prática*, p. 19.

Caberá ao *bom juiz* eliminar o conflito até que a relação torne-se virtuosa, equilibrada e igualitária.

Nesse sentido, tem-se a lição de Aristóteles<sup>222</sup>:

Dirigir-se a um *juiz* é dirigir-se à justiça, pois o *juiz* ideal é, por assim dizer, a justiça personificada. E também os homens necessitam de um *juiz* para que este seja um elemento mediano, pelo que, efetivamente, em alguns lugares, ele é chamado de mediador, pois pensam que se ele atinge a mediania, atinge o que é justo. Assim, o justo é uma espécie da mediania na medida em que é um meio (intermediário) entre os litigantes. Ora, o *juiz* restaura a igualdade. Se representarmos a matéria por uma linha dividida em duas partes desiguais, ele subtrai do segmento maior aquela porção pela qual é excedida uma metade da linha inteira e a soma ao segmento menor. Quando o todo foi dividido em metades, as pessoas costumam dizer que assim “têm o que lhes cabe”, tendo obtido o que é igual.

De acordo com as palavras de Aristóteles, a justiça e o equilíbrio decorrem da atitude do *juiz* e não da lei. O *juiz*, em alguns casos, é o único capaz de restaurar a igualdade entre duas pessoas, mas não a lei. Por exemplo: numa ação de divórcio, caberá ao *bom juiz* não deixar prevalecer o ódio e ira da mulher ou a crueldade do marido, ou vice-versa. Caberá ao *bom juiz* equilibrar e pacificar o conflito.

Alguns podem indagar: “Mas e os juízes machistas?” Os juízes machistas e as juízas feministas não se encaixam no que aqui se entende por *bom juiz*, porque o *bom juiz* transparece compreensão com todos os seres humanos, seu julgamento transparece nobreza com as pessoas envolvidas.

O *mau juiz* é aquele que deixa transparecer nas suas decisões os vícios humanos (egoísmo, maldade, vaidade, avareza, arrogância, o preconceito, etc.) que geralmente estão presentes na relação conflituosa, enquanto que o *bom juiz* (*juiz nato*) é capaz de remover as fraquezas humanas da relação tornando-a virtuosa.

O importante não é agradar a um ou desagradar o outro, mas restabelecer o equilíbrio e a igualdade perdidos na relação.

---

<sup>222</sup> *Ética a Nicômaco*, p. 155.



## CAPÍTULO III – A JUSTIÇA DO AMOR

### 1. A Teoria da Justiça da Filosofia da Instrumentalidade do Processo

Em termos didáticos, o debate acerca da noção de uma teoria da justiça pode travar-se num campo científico-filosófico - experimental - ou num campo puramente filosófico - ideológico -. No campo científico-experimental surge a possibilidade de haver uma teoria da justiça, enquanto que no campo filosófico abre-se espaço para uma ideologia da justiça ou filosofia da justiça.

No campo científico - e filosófico também - a noção de *justiça* surge a partir de conhecimentos demonstrados e comprovados, enquanto que na filosofia o conceito de justiça configura-se a partir de um conjunto ordenado de idéias, opiniões, aspirações, intuições, crenças e preferências que se consideram indispensáveis para a vida em sociedade.

De acordo com os ensinamentos de Giuseppe Lumia<sup>223</sup>:

A dimensão da experiência jurídica que se desenvolve na direção dos valores constitui objeto específico da teoria da justiça, que é o valor próprio desse tipo de experiência. A noção de justiça pode ser objeto de um discurso de tipo científico e de um discurso de tipo filosófico; deve, portanto, distinguir-se uma teoria de uma ideologia da justiça, a primeira compreendida como um conhecimento intersubjetivo verificável; a segunda, como sistema de idéias, de opiniões, de crenças e de preferências, concernentes aos fins julgados essenciais para a vida em sociedade. A teoria da justiça, enquanto discurso do tipo científico, articula-se em uma pluralidade de investigações: - antes de mais nada, visa determinar quais significados o termo “justiça” assume na concretude da experiência jurídica; os conteúdos que, por vezes, lhe são atribuídos (de ordem, de igualdade, de liberdade etc.); o lugar que lhe compete na hierarquia dos valores que se realizam com o instrumento do direito (a legalidade, a certeza das relações intersubjetivas), seja com respeito aos valores não jurídicos, como os valores morais, religiosos etc.; - uma segunda ordem de pesquisa refere-se à determinação dos critérios de justiça nos quais estão inspiradas cada uma das normas ou os ordenamentos jurídicos no seu todo; - o terceiro problema é o das relações que podem sobrevir entre os diversos critérios de justiça, e que são relações de compatibilidade, de incompatibilidade e de implicação, conforme conduzam a uma mesma avaliação, ou se excluam reciprocamente levando a avaliações diferentes, ou sejam tais que as exigências expressas por algum deles sejam compreendidas e tuteladas por outro; um último problema que surge da pluralidade dos critérios de justiça é o da sua

---

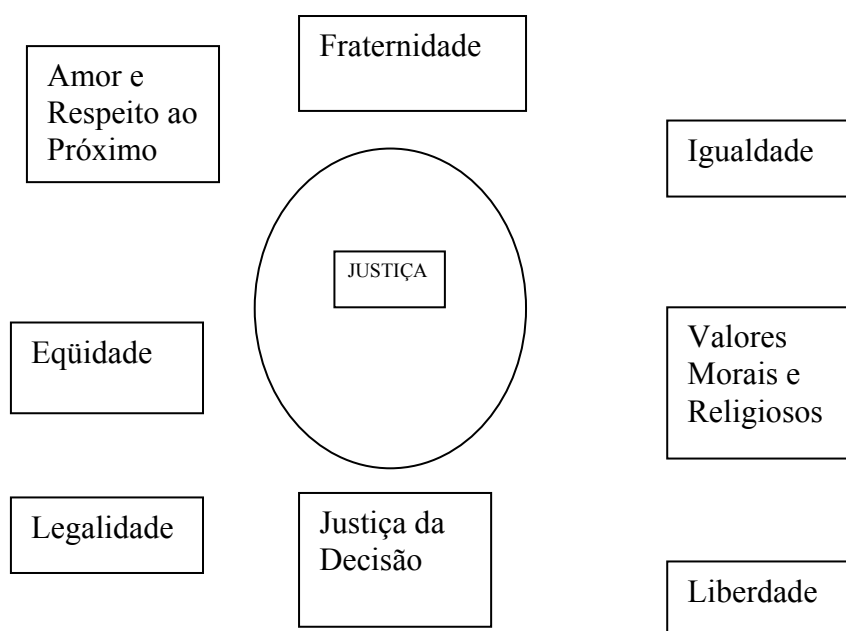
<sup>223</sup> *Elementos de teoria e ideologia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 12-13.

eventual “redução” a um só deles o que, na verdade, não parece possível, ainda que em cada ordenamento existe sempre um critério predominante sobre qualquer outro. Entende-se que todas essas pesquisas são conduzidas pela teoria da justiça sobre um plano meramente descritivo: ou seja, trata-se de ver o que, de fato, se entende pelo termo “justiça” em uma determinada sociedade e de averiguar em qual concepção de justiça está inspirada uma certa norma ou um certo ordenamento, e não de reputar uma determinada concepção de justiça ou de estabelecer em que consiste a “verdadeira” justiça - problemas esses que não são científicos, mas puramente filosóficos, e formam precisamente o objeto de estudo da filosofia do direito.

Numa teoria da justiça o objeto da pesquisa é o termo *justiça* frente à experiência jurídica. As normas jurídicas: 1) carregam valores de *justiça*, e 2) seguem critérios de *justiça*. Então, caberá à teoria da justiça identificar quais os valores de *justiça* e os critérios de *justiça* que as normas jurídicas estão adotando.

Em outras palavras, o termo *justiça* torna-se o núcleo e em torno dele posicionam-se diversas noções e critérios como: de igualdade, de liberdade, de legalidade, de valores morais, de valores religiosos, etc. Em seguida, o cientista, ou filósofo do direito, relaciona o núcleo ou objeto de seu estudo - *a justiça* - com os critérios e valores que estão postos em sua volta.

Por exemplo:



Desse experimento, o cientista (filósofo) percebe que surgem resultados que: 1) harmonizam-se entre si, 2) contradizem-se e 3) excluem-se.

Por tudo isso, o cientista depara-se com a dificuldade de reduzir ou de dar um só conceito à *justiça* e por isso classifica os conceitos.

O filósofo do direito traz o conceito enquanto a teoria da justiça somente diz qual o critério o filósofo usou no seu conceito de *justiça*, porque o conceito de *justiça* demonstra variação conforme a predominância de algum critério, ou seja, existem conceitos de *justiça* fundamentados na legalidade, conceitos de justiça com base na igualdade, outros na liberdade, outros nos valores morais, outros nos valores religiosos, etc.

Por exemplo: o conceito de justiça que se fundamenta na legalidade contrapõe-se e anula o conceito de justiça que se fundamenta nos valores religiosos ou de Respeito e Amor ao Próximo. A justiça que surge a partir do critério da legalidade configura-se com o cumprimento da lei e os demais valores são desconsiderados. Contudo, muitas são as concepções de justiça contidas nas normas e diversas podem ser as concepções de justiça adotadas por um ordenamento jurídico.

Em breves linhas pode-se afirmar que, o *Positivismo Jurídico adota o critério da legalidade*, enquanto que a *Filosofia da Instrumentalidade do Processo adota o critério do Amor e Respeito à Pessoa Humana*.

A *Filosofia da Instrumentalidade do Processo* adota o critério de Respeito e de Amor ao Próximo para elaborar um conceito de justiça e uma teoria da justiça. Por essa razão, entende-se o seguinte acerca da justiça: a *justiça* é o Amor e o Direito deve ser Amor à Pessoa Humana individualmente considerada. O Amor à Pessoa Humana resplandece através do Respeito de uns pelos outros e através do respeito do Estado para com a Pessoa Humana. A verdadeira *justiça* deve estar aliada ao Amor, a força mais poderosa do universo a reger a vida humana.

O Amor promove a *justiça*. Sem o Amor não há vida e perfeição no desenvolvimento dos dons e dos talentos. Ausente o Amor não há boa administração da *justiça*. Inexistindo o Amor o Homem não conseguirá promover a igualdade. Ausente a demonstração de Amor à

Pessoa Humana é impossível a promoção da *justiça* e da *igualdade* com *paz* e *alegria*, pois sem o Amor, tanto a igualdade como a *justiça*, tornam-se frias e mecânicas, distantes da bondade. A *justiça* capaz de promover a paz é a *justiça do amor*.

Contudo, o Homem não conhece o Amor em profundidade e sua totalidade, mas somente em partes, por isso, torna-se necessário um aprendizado prático através de pequenas atitudes e *boas ações*. São as boas ações que tornam o caráter da justiça mais perfeito e virtuoso. Por exemplo, a conscientização da cultura da conciliação na teoria e na prática do Direito Processual Civil, aprimora a *justiça*, pois, não provém da lei o aperfeiçoamento da justiça, mas do Homem e sua mentalidade através do modo de ver e tratar o ser humano.

O pensamento de minimizar a importância das formas e técnicas processuais também conduz a *justiça* humana convencional a um grau mais elevado e virtuoso, pois valoriza o ser humano e demonstra o Amor à Pessoa Humana na atitude e na ação benéfica que promove a *justiça* da paz. A *justiça do amor* é a célula mãe da *justiça da paz*.

A atitude e o pensamento de relativização das formas dos atos processuais procuram inibir o caráter rígido das leis que tornam a *justiça* desumana. A essência da *justiça* é maleável, porque não é possível dar a cada um o que lhe é devido de forma rígida e pré-estabelecida, -pré-julgada-.

Um julgamento prévio inibe uma atitude de dar a cada um aquilo que lhe corresponde. A justiça não pode tornar o Homem indigno, pois é a injustiça que torna o Homem indigno. Se a lei e o seu modo de aplicação tornam o Homem indigno está-se a serviço da injustiça. Portanto, a *justiça* humana convencional deve ser capaz de promover o enobrecimento da Dignidade da Pessoa Humana, mas não o seu empobrecimento.

Cada concepção de *justiça* traz suas conseqüências práticas, portanto os resultados práticos que surgem de uma concepção, a partir de um critério, poderão desagradar (por contrapor-se) a concepção de *justiça* sob outro critério.

A dificuldade de encontrar-se um único conceito de *justiça* está na pluralidade de critérios em que esta pode fundamentar-se. Nesse sentido é a explicação de Giuseppe Lumia<sup>224</sup>:

O problema da justiça é o problema da busca do critério com base no qual uma certa conduta e a norma à qual ela parece inspirar-se possam ser avaliadas como justas ou injustas. Isto é, a justiça não é senão um critério de avaliação ou, como sucintamente se diz, um valor, e precisamente o valor que se realiza por meio do instrumento do direito. O problema da justiça nada mais é que o problema do valor jurídico, do seu fundamento e dos seus conteúdos. Disso resulta evidente como ele está intimamente ligado ao problema do valor em geral, ou melhor, não é, definitivamente, senão, um aspecto particular desse último problema, com referência ao qual, portanto, deve ser estudado. O mundo da experiência é, como se sabe, muito mais vasto do que a realidade que constitui o objeto da descrição científica. Ela limita-se a registrar, catalogar e elaborar “fatos”, mas o mundo não é feito só de “fatos”: algumas coisas ou algumas ações nos parecem belas ou feias, boas ou más, justas ou injustas, agradáveis ou dolorosas, ora, noções como a beleza, a bondade, a justiça etc. escapam, por sua natureza, à descrição científica, toda ela voltada a estudar a qualidade quae numero, pondere et mensura consistunt. É evidente que um setor tão vasto da nossa experiência, e certamente não o menos importante, permanece alheio à consideração científica do mundo: é todo o universo dos valores (éticos, religiosos, estéticos etc.) que se subtrai e escapa à fria análise da ciência. Ao lado dos juízos de fato devemos, portanto, colocar os juízos de valor, que se fundam nos primeiros, mas os transcendem.

A teoria da *justiça* debruça-se sobre esta pluralidade de critérios, num plano meramente descritivo, detendo-se apenas em analisar determinado ordenamento jurídico ou determinada norma e dizer: este ordenamento jurídico adota esta ou aquela concepção de *justiça*, ou esta norma adota aquela concepção de *justiça*. Enquanto à Filosofia do Direito cabe conceituar a *justiça* e buscar o seu conceito mais verdadeiro e puro através dos filósofos do Direito. Depois que a filosofia conceitua a teoria da justiça, seus cientistas (filósofos) vão identificar o critério ou o valor que foi utilizado. A *justiça* consiste num dos critérios de organização dos comportamentos sociais e interindividuais e está sempre sujeita ao aperfeiçoamento e à transformação e nunca se apresenta como uma obra completamente concluída.<sup>225</sup>

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 120-121.

<sup>225</sup> Cf. Joaquín Arce y Flórez-Valdés, *Los principios generales Del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid: Civitas, 1990, p. 153: “La justicia consiste, basicamente, en unos criterios de organización y comportamientos sociales e interindividuales que, lejos de venir dados de una vez y para siempre, incorporan una vocación de perfeccionamiento y de transformación y - según expresa Hernández Gil, a quien seguimos en esta exposición - en ningún momento y definitivamente realizada”.

## 2. A Justiça do Amor

Pietro Perligieri em sua obra *Perfis do Direito Civil* (Introdução ao Direito Civil Constitucional, segundo capítulo, sobre fontes, técnicas e valores), antes de iniciar o estudo da técnica, encerra a explanação sobre as fontes e aborda o tema “justiça derrotada”, no qual propõe uma nova visão sobre a questão para solucionar o problema da crise Moral e principalmente do Direito, os quais não refletem justiça nas situações da vida do Homem numa sociedade moderna. Segundo Pietro Perligieri<sup>226</sup>:

A justiça derrotada. - É impossível verificar o que de relevante aconteceu nestes últimos anos na justiça civil e na cultura jurídica, tão condicionadas no nosso país por um desenvolvimento econômico nem sempre apreciável pela qualidade e assim (tão) profundamente diversificado e desequilibrado. Não é suficiente evidenciar a grave diferença entre as garantias formais e potenciais e aquelas que concretamente encontram atuação na jurisprudência vivente, na história de todos os dias, que é, sim, história da empresa, dos problemas produtivos, distributivos e financeiros, mas é também o problema dos desfavorecidos, dos marginalizados, por escolha ou por necessidade, do ciclo produtivo. Patologias velhas e novas têm raízes sempre apenas na desatenção para com os marginalizados, e por outro aspecto, para com aqueles que tendem a monopolizar informação e produção - e agora também a formação - para governar não somente o mercado. É necessário que, com força, a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja resposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça. A justiça está derrotada quando a sociedade tende a se consolidar no desvalor dos particularismos individuais ou dos grupos, na recomendação desvirtuada, no interesse de lucrar sempre, mesmo que seja na forma de propina; quando tende a extorquir ou, o que é ainda pior, quando é obrigada a utilizar formas ilícitas para obter o que lhe compete; quando tende a se consolidar no sistema de repartição e do loteamento entre grupos, dos empregos nos bancos às cátedras universitárias, sem nenhum respeito ao mérito e pelas competências de cada um. As épocas de decadência moral e civil são aquelas nas quais a justiça civil é grande derrotada. E a esperança desaparece somente se também a inteligência for completamente envolvida no transformismo acrítico e de conveniência, perdendo o gosto e a legitimação à contribuição crítica e autocrítica. A crise, infelizmente, é tal e tão grave que se insinua entre os componentes da Justiça, especialmente advogados e magistrados; tal e tão grave é, também, a crise da docência e pesquisa, principalmente no setor das ciências humanas e sociais. A pouca seriedade dedicada à própria formação e à de terceiros, a desenvoltura decadente que circunda todas as formas de recrutamento cada vez mais privilegiando o nepotismo, e a perda de credibilidade das instituições contribuem à ineficiência, frustrando toda e qualquer ilha fundada na dedicação. As intervenções modificativas propostas são freqüentemente de fachada: as reformas não são sempre adequadas nas

---

<sup>226</sup> *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 23-24.

opções basilares e, quando o são, não são sustentadas por meios e estruturas idôneas. Se o Direito é cultura, ele só poderá vencer quando, na sociedade, escola e Justiça assumirem um papel prioritário. Da derrota da Justiça do Estado ao proliferar de todas as formas, lícitas ou não, de justiça privada, o passo é breve. A derrota da Justiça poderá ser evitada somente se também a classe do jurista souber estar à altura de uma incumbência de base renovadora, nos métodos e nos conteúdos, mas sobretudo, no estilo, redescobrimo as razões de um compromisso. O poder de pesquisa e da formação deve assumir a consciência de não ser socialmente inferior àquele da informação.

O Direito reflete a regra Moral, ou seja, o conteúdo do Direito está intimamente ligado ao conteúdo Moral - ao mínimo ético Moral -, mas contudo nota-se nos dias atuais que a Moral está em crise e, como foi acima citado e explicitado por Pietro Perligieri, a crise Moral atingiu até o Poder Judiciário Italiano. O Direito, além de ser reflexo da Moral é também reflexo da cultura. Nas palavras de Claus-Wilhelm Canaris<sup>227</sup>:

Na verdade, a moral, num dado antropológico objetivamente demonstrável é, ainda, um fenômeno da cultura. Assim, ela depende sempre de uma aprendizagem sendo, nessa medida, imposta do exterior.

Conforme o trecho citado, Pietro Perligieri<sup>228</sup> traça um novo conceito de Moral e afirma que esta deve ser “entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem”, os quais são marginalizados sob todos os aspectos. Entretanto, as normas morais não aceitam todas as formas de Homens marginalizados. Pietro Perligieri entende que o Direito é cultura e observa ser impossível separá-los.<sup>229</sup> Para Claus-Wilhelm Canaris<sup>230</sup>:

A moral representa a cultura, uma organização global e conflui com suas finalidades, no reforço da organização global - portanto da sociedade e das suas projeções - em que se inclua ou pertença.

---

<sup>227</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 38.

<sup>228</sup> *Perfil do direito civil*, p. 23.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>230</sup> *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 38-39.

O presente estudo pensa de modo diferente, considerando que o direito deve aproximar-se do Amor e do Respeito ao Próximo, afastando-se da Moral e da cultura para que a Dignidade de cada Homem seja respeitada em sua integralidade. Para John Rawls<sup>231</sup>:

O respeito mútuo é demonstrado de várias maneiras: em nossa disposição de perceber a situação de outros do ponto de vista deles próprios, da perspectiva de sua concepção do próprio bem; e também em nossa disposição de explicar as razões de nossos atos sempre que os interesses de outros sejam atingidos de uma maneira significativa. Essas duas maneiras correspondem aos dois aspectos da personalidade moral. Quando necessárias, razões de boa-fé, com a convicção de que são razões fortes, definidas por uma concepção mutuamente aceitável de justiça que leva em consideração o bem de cada um. Assim, respeitar alguém como pessoa moral é tentar entender, do ponto de vista dela, seus objetivos e interesses, e apresentar-lhe ponderações que lhe permitam aceitar os limites impostos à sua conduta. Uma vez que essa pessoa quer, vamos supor, regular suas relações com base em princípios com os quais todos podem concordar, ela deve ter conhecimento das razões relevantes que explicam dessa forma tais limites. Também se demonstra respeito na disposição de fazer pequenos favores ou cortesias, e isso não por terem algum valor material, mas porque representam uma expressão apropriada da percepção que temos dos sentimentos e aspirações de outra pessoa. O motivo de se reconhecer esse dever é que, embora as partes presentes na situação original não tenham um interesse pelos interesses uma das outras, elas sabem que em sociedade precisam contar com a estima de seus concidadãos. Seu auto-respeito e sua confiança no valor de seu próprio sistema de fins não toleram a indiferença, muito menos o desprezo de outrem. Todos, portanto, se beneficiam de viver numa sociedade na qual se honra o dever do respeito mútuo. O custo para o interesse próprio é pequeno em comparação com o reforço que se recebe no sentido do próprio valor. Um raciocínio semelhante sustenta os outros deveres naturais. Vejamos, por exemplo, o dever de auxílio mútuo. Kant afirmou, e outros o acompanharam nisso, que o fundamento para propor esse dever é a possibilidade de surgirem situações em que venhamos a precisar da ajuda de outrem, e não reconhecer esse princípio significa privarmos desse auxílio. Embora em ocasiões especiais tenhamos de fazer coisas que não são do nosso interesse, é provável que nos beneficiemos no conjunto, pelo menos a longo prazo e em circunstâncias normais. Em cada caso específico, o ganho da pessoa que precisa de ajuda supera em muito as perdas dos que são chamados a ajudá-la; e, supondo-se que as probabilidades de ser o beneficiário não são muito menores do que as de ser aquele que tem de oferecer auxílio, o princípio é claramente do nosso interesse. Mas esse não é o único argumento a favor do dever de auxílio mútuo, nem mesmo o mais importante. Uma razão suficiente para adotar esse dever é seu efeito penetrante sobre a qualidade da vida cotidiana. O conhecimento público de que estamos vivendo numa sociedade em que podemos contar com a assistência de outros em circunstâncias difíceis é por si só de grande valor. Não faz muita diferença que, na prática, nunca venhamos a precisar dessa assistência e que ocasionalmente sejamos convidados a prestá-la. O saldo em ganhos, interpretado em termos estritos, talvez não seja importante. O valor fundamental do princípio não é medido pela ajuda que de fato recebemos, mas sim pela sensação de segurança e de confiança nas boas intenções das outras pessoas e pelo fato de sabermos que podemos contar com elas em caso de necessidade. Na verdade, basta apenas imaginar como seria a sociedade se a rejeição desse princípio fosse publicamente admitida. Assim, embora os deveres naturais não sejam casos especiais de um único princípio (pressuposto do qual parti), não há dúvida de que razões

---

<sup>231</sup> *Uma teoria da justiça*, p. 421-423.



semelhantes estão por trás de muitos deles quando se levam em conta as atitudes subjacentes que representam. Quando tentamos imaginar a vida de uma sociedade na qual ninguém tivesse a menor vontade de cumprir com esses deveres, percebemos que ela expressaria uma indiferença, senão um desdém, pelos seres humanos que tornariam impossível termos um sentido do nosso próprio valor.

O motivo dessa argumentação deve-se ao motivo de que se entende que a Moral diz aos fatos: “Isto pode, mas aquilo não pode!” A Moral dita quais são os hábitos, os costumes e os comportamentos aceitos. Ela precisa de normas para existir e, além disso, exerce pressão no meio em que se insere e torna os Homens tensos, sem criatividade e, acima de tudo, hipócritas.

A Moral tira a inocência e a simplicidade do Homem tornando-o demasiadamente adaptável, afetado e longe da vida genuína, mas também torna os Homens uns muito diferentes dos outros, gerando preconceitos e desigualdades. Os dogmas e o moralismo geram confusões e divisões. A Moral faz o Homem brilhar a partir do seu próprio valor - do valor cultural -.

O valor das massas - ou valores coletivos - nunca é deixado de lado pela Moral. Por exemplo: hoje todos querem ser ricos, poderosos e famosos.<sup>232</sup> A aspiração da Moral está voltada para os prazeres: bens materiais, jogos, etc. Nesta Moral há o envolvimento profundo com a ilusão e por isso é muito comum, nos dias atuais, escândalos envolvendo grandes nomes e personalidades. Os Homens de hoje não se preocupam com a responsabilidade, com a retidão, com a integridade, com a perfeição, mas sim com o prazer, com o dinheiro e com a opinião alheia.

Serge-Christophe Kolm<sup>233</sup> trata da Moral e afirma que:

As pessoas buscam a apreciação dos outros e evitam a sua reprovação, o que separa as pessoas que agem moralmente das que julgam moralmente, capacita-nos a ter visões morais implementadas sem nenhum custo para nós e, para começar, contribui para tornar o “interesse próprio” um conceito profundamente ambíguo.

---

<sup>232</sup> No entendimento de Serge-Christophe Kolm, *Teorias modernas da justiça*, p. 486: “o gosto pela fama ou pela aprovação ou gratidão de outras pessoas ou a repulsa pela sua reprovação ou desprezo podem constituir motivos suficientes para a conduta Moral, mas não são motivações morais.

<sup>233</sup> *Op. cit.*, p. 421.

São muitas as diferenças entre a *Moral* e o *Amor*, a saber: o Amor é compassivo e compreensivo, pois quando contrariado sempre perdoa e compadece-se enquanto a Moral é rígida e esperneia por isso. Quando contrariada, encoleriza-se e arrasta o transgressor da Moral à força e o condena e, por isso, tende a ser injusta e tirana. O Amor é simples e natural,<sup>234</sup> enquanto a Moral distancia-se de tais valores.

O Amor é a vida e a vida é Amor e ambos são: fidelidade e fé. O Amor é fiel porque é constante e não vacila; é fé porque sempre tem bons olhos, ou seja, sempre acredita na vida, no seu semelhante, no desprezado, no abandonado, no Homem mau. A fé do Amor transforma-o, ele mesmo, em um professor, porque ele instrui, ensina e doutrina o mal.

O Amor socorre, porque é bom com os bons e bom com os maus, ou seja, para ele não há pessoas perdidas. Ele não retribui o rancor com a vingança e representa a vida, ao passo que a Moral caminha para a morte, para a banalidade e para a insignificância. O Homem destrói a Natureza por falta de Amor, de sensibilidade com o Próximo e com o mundo em que vive.

Por exemplo: se o Homem polui as águas do rio, este vai morrendo. Assim também ocorre com o Direito Material, com o Direito Processual, com os julgadores, com os acusadores, com os demais operadores do Direito e os governantes os quais se não amarem os Homens, estes podem acabar comprometendo a vida e a Dignidade dos demais. Contudo, ambos os direitos, assim como os poderes políticos, para serem bem estabelecidos, devem fundamentar-se sobre uma preocupação exata com as outras pessoas.<sup>235</sup>

A Moral provém do empobrecimento da fidelidade e da fé e sustenta uma falsa aparência, porque valoriza o banal e o insignificante. A sua falta de fidelidade revela-se no modo de negar os fatos da vida, ou seja, há o desprezo para com os fatos. Na estrutura

---

<sup>234</sup> Para Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 77: “Simples é a bondade, múltipla a maldade.”

<sup>235</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180: “Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do processo civil de resultados, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais.” Notem que a moderna ciência processual já reconhece a importância da pessoa humana, por isto a tutela jurisdicional também se centraliza em torno da dignidade da pessoa humana.”

Moral esse processo pode ser verificado na ausência de fé, a qual se revela na dúvida do porvir e, em decorrência, a sua “morte” ocorrerá com o tempo.

A Moral pretende controlar o futuro e nisso reside a sua descrença. Ela reprime as futuras gerações e impede os Homens de se desenvolverem livremente, com naturalidade. Por outro lado, o Amor é a lei natural que rege a convivência humana e como o Direito possui a pretensão de organizar a sociedade atendo-se a ele e não à Moral, para que não se torne hipócrita sem querer sê-lo.

A Moral não é unívoca e não acompanha as gerações que vêm e que estão por vir. Ela também não acompanha a vida, porque é praticamente estática, enquanto, esta acontece num piscar de olhos. Portanto, o Direito precisa acompanhar a vida dos Homens em sociedade, porque ele organiza ou tenta organizar a convivência humana.

Quando houver maior sensibilidade e humildade será mais fácil encontrar a verdade. Quando houver menor indiferença ao clamor do caso concreto será mais fácil encontrar a justiça na decisão. De modo geral, a lei não conhece a verdade dos fatos, por isso é tão difícil alcançar a justiça através do Direito. As leis socorrem alguns, mas não a todos, e tendem a serem amplas e insensíveis demais.

Cada pessoa nasce com suas tendências naturais (dons e talentos). Por exemplo, alguns são naturalmente eruditos, outros são naturalmente músicos, matemáticos, engenheiros, médicos, juízes, políticos, advogados, psicólogos, professores, etc. Os talentos não se aprendem na escola, não se aprendem com os pais, não são frutos do meio, porém, a Moral é o contrário de tudo isso, pois a Moral é artificial e opõe-se ao que é espontâneo e natural.

Para melhor entender essa sustentação tem-se a seguinte metáfora: o rio segue seu curso naturalmente e ninguém consegue detê-lo ou apressá-lo; assim também é o Homem. Cada um segue naturalmente seu rumo na sociedade de acordo com os seus dons, talentos e afinidades. A

Moral tem a pretensão de deter a evolução espontânea da sociedade, porque ela associa-se aos costumes não sempre bons e livres de valores preconceituosos.

A Moral conduz o Homem à hipocrisia, a uma falsa aparência de retidão e de caráter, gera deveres e obrigações que inibem a liberdade original. Tal como a barragem que segura a água do rio e não se preocupa com a vida dele, ela visa a favorecer o Homem e torna a vida artificial, pois tenta controlar aquilo que não tem controle, que é o curso da vida. A barragem só consegue deter o rio se as águas mantiverem-se constantes, mas é só acontecer um grande temporal para que ela não consiga detê-lo e as águas derrubam-na e por si só seguem seu curso sem nenhum Homem conseguir detê-las.

O presente estudo compreende que o Direito é Cultura, porém enxerga como solução o seu desligamento da Cultura e da Moral e sua aproximação do Amor e do Respeito à Pessoa Humana, porque ele deve refletir ideais mais puros do que os valores culturais obscurecidos pela corrupção e pela maldade humanas.

O Direito precisa inspirar-se em valores mais nobres e elevados, pois somente assim a Moral poderá ser entendida como “efetivo respeito à dignidade da vida de cada Homem.”<sup>236</sup>

Quanto ao círculo da Moral, embora seja mais amplo do que o do Direito, este não<sup>237</sup> deve estar excluído do âmbito da Moral. Cada cultura<sup>238</sup> fundamenta-se em uma Moral e por isso é tão difícil encontrar a verdadeira justiça através das leis.

---

<sup>236</sup> Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, p. 22.

<sup>237</sup> Na explicação de Sebastião José Roque, *Introdução ao estudo do direito*, p. 18: “Apesar dessas considerações, a teoria de que tudo que é direito é direito Moral, mas nem tudo que é Moral é direito, vigora numa teoria mais mitigada, esposada pelo jurista inglês Jeremy Bentham e pelo insigne jurista Jellinek, denominada “teoria do mínimo ético”. Não é possível que o direito afronte a Moral, mas deve tanto que possível conformar-se com ela. Se a lei não contivesse um mínimo de Moral, jamais conseguiria manter a harmonia social e a estabilidade das instituições. Por isso, eles representam o direito e a Moral como dois círculos; a Moral tem um círculo bem amplo, pois seu campo vai além do direito; um círculo menor é reservado ao direito, mas ficará porém situado no círculo maior, uma vez que o direito não deve sair fora do âmbito da Moral.”

<sup>238</sup> Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, p.25-26, define cultura como sendo o “conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto de utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana.”. No mesmo sentido Fernand Braudel, *Gramática das civilizações*, p. 28, explica que, “entende-se por civilização ou por cultura “um conjunto de bens culturais, que seu território geográfico é uma área cultural, sua história uma história cultural, que os empréstimos tomados por uma civilização à outra são empréstimos ou transferências culturais, podendo ser tanto materiais quanto espirituais”.

O conceito de justo pode variar conforme cada local. Entretanto, ao trata-se de cultura e de Moral nem tudo que se considera justo realmente o é sob o ponto de vista social.

Por exemplo: em determinado lugar, conforme a cultura e a Moral, considera-se justo aplicar a pena de morte, enquanto em outros espaços é cabível a mutilação de membros do corpo como forma de punição justa.<sup>239</sup>

Sob o ponto de vista jurídico, as mencionadas atitudes são justas, mesmo em desrespeito à Dignidade da Pessoa Humana. Então, o Direito que se alinha à Moral, conseqüentemente, está baseado numa cultura e numa justiça que geram uma justiça moral-cultural e não uma justiça universal e verdadeira.

Para que a justiça torne-se universal é preciso que ela distancie-se da Moral e da cultura e aproxime-se do Amor, da benevolência e do Respeito à Pessoa Humana. Não se pretende desvalorizar o valor cultural, mas apenas destacar que alguns valores culturais<sup>240</sup> estão muito distantes da benevolência<sup>241</sup> e do Respeito à Pessoa Humana.

John Rawls<sup>242</sup> explica que

---

<sup>239</sup> Conforme Giuseppe Lumia, *Elementos de Teoria e ideologia do direito*, Tradução Denise Agostinetti, Martins Fontes, 2003, p. 119-120 : “Já observamos no parágrafo 11 que o direito, ainda que possa contar, em última instância, com a força que a sua observância coativamente impõe, conta sobretudo com o consenso dos destinatários das suas normas, que a elas ajustam a sua conduta com a convicção de que tais normas não são a expressão do mero arbítrio daqueles que detêm o monopólio da força, mas representam a regulamentação adequada e conveniente das relações intersubjetivas humanas. Daí a exigência de que o direito vigente ou válido (também chamado de positivo, enquanto posto, ou seja criado, em conformidade com as normas de produção próprias de cada ordenamento) seja também justo, ou seja, em conformidade com os critérios ideais que devem presidir a boa condução e o desenvolvimento ordenado da coisa pública. Ao conjunto desses critérios ideais dá-se o nome de justiça”. De acordo com Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 134, explicando o pensamento de Radbruch sobre o Direito diz que: “A idéia de Direito outra coisa não é senão a idéia de justiça, Radbruch pode dizer que o Direito é a realidade que tem o sentido de servir a justiça. O que não significa que todo Direito positivo seja necessariamente justo. Mas, enquanto Direito, está de acordo com o seu sentido, sob a exigência de justiça - está orientado a essa idéia”.

<sup>240</sup> Na explicação de Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, p. 27: “O termo técnico “cultura”, embora distinto do usual, guarda o mesmo sentido ético, o que compreendemos melhor lembrando que a cultura se desdobra em diversos “ciclos culturais” ou distintos “estágios históricos”, cada um dos quais corresponde a uma civilização. O termo “cultura” designa, portanto, um gênero, do qual a “civilização” é uma espécie”.

<sup>241</sup> Nas palavras de John Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 542: “uma ação benevolente é realizada em virtude do desejo de que o outro tenha o seu bem. Quando a ação benevolente é aquela que traz muito bem para outra pessoa e que é realizada com considerável perda ou risco para o agente, estimando-se isso por seus interesses interpretados de maneira mais estreita, então a ação é super rogatória. Um ato que seria muito bom para outra pessoa, em especial o que a protege contra grandes danos, é um dever natural exigido pelo princípio de ajuda mútua, contanto que os sacrifícios e riscos para o agente não sejam muito grandes”.

<sup>242</sup> *Op. cit.*, p. 137.

Ao contrário das obrigações, os deveres naturais se caracterizam por se aplicarem a nós independentemente dos nossos atos voluntários. Ademais não têm ligação necessária com instituições e costumes sociais; seu teor não é, em geral, definido pelas normas dessas organizações. Assim temos o dever natural de não ser cruéis, e o dever de ajudar o próximo, tenhamos ou não nos comprometido com essas ações. Não vale como desculpa nem defesa dizer que não fizemos a promessa de não ser cruéis e vingativos, ou não ajudar o próximo. Na verdade, a promessa de não matar, por exemplo, é, em geral, ridícula e redundante, e seria um equívoco afirmar que institui um requisito moral, onde não existia nenhum.

Buscar a justiça através das leis é pensar que todas elas são justas, mas na prática não é sempre que isso é verdadeiro.<sup>243</sup>

O Direito Positivo<sup>244</sup> pode ser justo ou injusto do ponto de vista social e do ponto de vista mundial. O Direito pretende ser justo, mas não o é sempre, pois existem normas jurídicas justas e injustas, assim como existem leis constitucionais e inconstitucionais. Sob o ponto de vista jurídico até mesmo as leis injustas são válidas, do mesmo modo as leis inconstitucionais são válidas até que sejam declaradas inconstitucionais.

---

<sup>243</sup> De acordo com a exposição de Giuseppe Lumia, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, p. 119-120: “Sabemos, de acordo com o parágrafo 20, que uma norma jurídica pode ser válida sem ser justa, e que pode ser justa sem ser válida, e que isso não comporta qualquer contradição, uma vez que a validade (ou legalidade) diz respeito à conformidade da norma à norma de grau superior em virtude da qual é criada, enquanto a justiça concerne à conformidade da norma aos critérios ideais segundo os quais, acredita-se, devem ser reguladas as relações sociais. Convém destacar que o problema da legalidade diz respeito à legitimação (do uso) da força que, mediante lei, institucionaliza-se, dando lugar ao fenômeno do poder, enquanto o problema da justiça diz respeito à legitimação (do exercício) do poder que, por meio do consenso, se transforma em autoridade.”

<sup>244</sup> Sebastião José Roque, *Introdução ao estudo do direito*, p. 25, explica sobre o termo direito positivo que “vem esse direito, etimologicamente, de positum (colocado adiante), designação também de “objetivo” (objectum). É o conjunto de normas estabelecidas pela sociedade e colocadas à sua disposição, para adequar o comportamento do homem às necessidades sociais. Modela o funcionamento da sociedade com as regras jurídicas, submetendo-se porém às variações no tempo e no espaço; desta forma, o Direito Privado vige para um povo, delimitado numa extensão territorial e num determinado tempo. É pois contingente e variável. *Jus norma agendi est* (o direito é norma de agir); assim consideravam os romanos o Direito Positivo. Era o direito colocado à frente dos homens para pautar seu modo de agir; formulava os direitos e as obrigações. Nesse sentido, o direito é um conjunto de normas obrigatórias de comportamento; é patente o seu caráter normativo. As normas, porém, não são apenas as legislativas; o Direito Positivo ou objetivo compõem-se das leis promulgadas pelo poder competente, mas também as decorrentes dos costumes, da jurisprudência, dos princípios gerais do direito e outras fontes. É nesse sentido que empregamos as expressões; o direito brasileiro, o direito romano, o direito italiano ou o direito francês. Por esses motivos, o respeitável jusfilósofo italiano Giorgio Del Vecchio definiu o direito como “o sistema de normas jurídicas que regula efetivamente a vida de um povo em um determinado momento histórico”. O Direito Positivo constitui-se principalmente da lei, mas a ela também se agrega o costume (consuetudo), a analogia, a jurisprudência, as obras de doutrina, as convenções ou tratados internacionais”.

Mauro Cappelletti<sup>245</sup> fala sobre os efeitos da grande transformação da função judiciária: a crise do “Big Government” e a afirmação de um complexo e gigantesco “terceiro poder” como necessário contrapeso aos poderes políticos dizendo

Certamente, como afirmou Sir Kenneth (agora Lord) Diplock, “os tribunais nunca teriam podido criar o welfare state”. De fato, como já afirmei, a criação deste tipo de estado deveu-se na origem, principalmente, à atividade do legislador. No entanto, exatamente em razão do enorme aumento dos encargos da intervenção legislativa, verificou-se o fenômeno de obstrução (“overload”) da função legislativa, e este overload, que representa tema central da ciência política atual, tornou-se típica característica, na verdade típica “praga”, dos estados modernos, pelo menos daqueles com regime não autoritário e pluralístico-liberal. Nesses estados, os parlamentos são abundantes e por demais empenhados em questões e discussões de política em geral e partidária, para estarem em condições de responder, com a rapidez necessária, à demanda desmedidamente aumentada de legislação. Paradoxalmente, os parlamentos “atribuíram-se tarefas tão numerosas e diversas” que, para evitar a paralisia, encontraram-se ante a necessidade “de transferir a outrem a grande parte da sua atividade, de maneira que suas atribuições terminaram em abdicação”. E esses “outros” a quem a atividade foi transferida são, principalmente, “o executivo e os seus órgãos e derivados”, com toda uma série de entidades e agências, a que foram confiadas tarefas normativas e administrativas. É esclarecedor o caso da França, em que a Constituição inspirada pelo general Del Gaulle, em fins de 1958, limitou a função legislativa do Parlamento às matérias enumeradas na própria Constituição, deixando todas as demais ao poder “regulamentar” do executivo, estabelecendo dessa forma amplo poder autônomo deste, substancialmente legislativo. Verifica-se, assim, o desenvolvimento que já havíamos mencionado acima: a transformação gradual do welfare state em estado administrativo. Mas, acrescenta-se aqui a constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inumeráveis agências. De um lado, os parlamentares demonstram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tarde, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduzidas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo.

Na observação de Pietro Perligieri<sup>246</sup> sobre a crise da representação política:

Em um coerente e adequado sistema das fontes, deveria ser garantida a efetiva atuação da opção política. A atual crise do primado político é especial, porque

<sup>245</sup> *Juízes legisladores?*, p. 43-44.

<sup>246</sup> *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 22.

tal primado é aparente e formal. É completa a mesclagem entre o Poder político e o poder econômico, entre a política como protagonista da economia e a política como lugar de negócios. O homem da política tende a representar não apenas os interesses de terceiros, mas, sobretudo, os próprios: ele é protagonista do desenvolvimento econômico e é “acionista” deste desenvolvimento. Uma época de perda da moralidade e de decadência: a ética dos negócios prevalece. As disposições legislativas, e não apenas aquelas nacionais, são preparadas com base nos estudos feitos pelas sociedades multinacionais ou por quem de qualquer modo nelas tem interesses prevalentes. A representação política tende a transformar-se em uma representação fictícia e a deixar que poucos os mais fortes e organizados decidam por todos. Com o advento da lei do mais forte, é inevitável que direito e justiça estejam em crise.

O Homem da política tornou-se um Homem de negócios e o primado teórico da função legislativa tornou-se aparente e apenas formal. Por causa desta postura assumida surgem as leis dos mais fortes e a opressão dos mais fracos. A ética que se busca hoje é a econômica e não a ética do respeito e da solidariedade.

Por exemplo: quanto mais se cobram impostos, mais miserável torna-se o povo e mais opulenta a vida dos governantes. Enquanto os governantes moram em palácios, o povo mora em favelas. Enquanto, os governantes gabam-se das construções de rodovias o povo anda a pé ou precariamente de transportes coletivos.

Os governantes tomam posse de bens que pertencem ao povo e permanecem em liberdade e cheios de honra e de poder, enquanto aquele que furta um bem insignificante é privado de sua liberdade e punido de forma exemplar. É sempre o pobre o mais sofredor e humilhado.<sup>247</sup> Não são as grades que fazem a justiça florescer. A justiça ideal está associada à liberdade e à paz.

---

<sup>247</sup> Cf. Relatório anual de 2003 do Centro de Justiça Global sobre os direitos humanos no Brasil: “Os muros que separam a cadeia são tênues, quase invisíveis ou inexistentes para muitos habitantes de bolsões marginais da miserável periferia. A cadeia é um espaço de punição, exclusão e materialização da criminalização da pobreza. Um Judiciário conservador e condescendente com a violência, tortura e inúmeras outras violações de direitos humanos perpetradas por autoridades, agentes do Estado, policiais fora e dentro de prisões exibem o vício de buscar o criminoso entre os pobres. É assim que o combate ao tráfico de drogas se limita à repressão policial em favelas, fazendo de moradores honestos figuras suspeitas ou culpadas para manchetes de jornais. A consequência para o sistema prisional é desastrosa, com o ingresso de milhares de jovens sem qualquer perspectiva. O perfil do preso caracteriza nossas mazelas sociais. São jovens, 54,2% têm menos de 30 anos, pobres e de pouca escolaridade, 10,4% de analfabetos e 69,5% possuem o primário incompleto.” (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009).



A Justiça Criminal convencional do Estado Brasileiro não faz resplandecer a igualdade real e o Respeito a cada pessoa individualmente considerada, pois está arraigada aos preconceitos morais que não condizem com a noção de igualdade e Dignidade da Pessoa Humana, ambas consagradas no texto constitucional.

A Justiça Criminal Brasileira e os Poderes do Estado, na prática, estão voltados para vaidades e ambições pessoais. Essa postura causa grande sofrimento à população que arca com as humilhações e rebaixamento de sua Dignidade íntima e pessoal, quando se tornam vítimas dos Poderes Legalmente Instituídos, que em regra, são existentes para a suposta defesa e proteção das pessoas.

A Segurança Pública para ser eficaz deveria estar estruturada sob a solidariedade e Respeito à Dignidade da Pessoa Humana. A Segurança Pública não pode produzir violência, intolerância e derramar sangue de seres humanos, culpados ou inocentes.

De que adianta punir sem superar as desigualdades sociais? É ilusório exigir das pessoas sem antes dar a elas condições dignas de vida e sobrevivência. A verdadeira segurança social traz paz, vida e Dignidade plena para todos e isso se alcança através da compaixão e do Amor ao Próximo. Porém, a sociedade conforma-se com uma falsa idéia de segurança privada que se apóia em sistema de alarmes, vigilâncias, escoltas, blindagens e seguros das mais diferentes espécies, prevalecendo o individualismo, o conformismo e a falta de assistencialismo do Estado.

Atualmente, em nome da Segurança Pública os protetores dos cidadãos – policiais civis e militares - dão cabo da vida humana, sem valorizar a Pessoa Humana e sua Dignidade, pairando no ar o medo e o terror, que atingem principalmente às pessoas mais carentes e desprotegidas, que necessitam de igualdade através de melhores condições patrimoniais e de oportunidades de trabalho para desenvolvimento de dons e talentos.

Com isso, os cidadãos que deveriam sentir-se protegidos, sentem-se desprotegidos e ameaçados na vida cotidiana, conseqüentemente, a convivência entre os Homens apresenta-se

desprovida de serenidade e espírito de solidariedade. A Segurança Pública atual não se fundamenta no Respeito à Pessoa Humana aliada à convivência pacífica e fraterna entre os seres humanos que produzem alegria, bem-estar, igualdade, tranquilidade e justiça, mas confia nas armas <sup>248</sup> que derramam sangue de pessoas, nos presídios e no poder, na violência policial,<sup>249</sup> e por isso a insegurança social é grande.

<sup>248</sup> Cf. Relatório da sociedade civil para o relator especial das Nações Unidas para execuções sumárias, arbitrárias e extrajudiciais. Rio de Janeiro, 2007: “Há alguns anos os diversos movimentos sociais e organizações da sociedade civil que atuam na luta pelos direitos humanos têm identificado em práticas do estado brasileiro uma gestão violenta sobre as populações das comunidades populares. Tal projeto de tratamento penal da miséria, levado a cabo por instituições e agentes do poder estatal, vem se intensificando nos últimos anos num ritmo alarmante. A partir de uma cartografia da violência institucional do Estado brasileiro, vemos que o valor da vida e da dignidade de uma determinada parcela dos cidadãos (que podem ser recortados por sua etnia, faixa etária, classe social e geografia urbana ou rural) está se tomando "descartável" pelas estratégias gerais das políticas governamentais do país. Hoje o Brasil lidera o ranking mundial nos índices de homicídio de jovens devido a armas de fogo, o Rio de Janeiro abriga a polícia que mais mata no mundo, há inúmeras denúncias de práticas regulares de tortura tanto no sistema prisional quanto no sistema sócio-educativo, e cada vez mais o regime político brasileiro desenvolve e aprimora um projeto militarizado de segurança pública.” (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009). Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juízes*, p. 43-44: “freqüentemente, as Polícias Militares atuam com enorme violência contra suspeitos de crimes ou presidiários, ou também contra pessoas das camadas mais pobres da população, que não cometeram qualquer crime, como se elas fossem um exército em território inimigo. E praticam atos que, mesmo em tempo de guerra, são vedados pelo direito nacional e internacional. A Polícia Militar do Estado de São Paulo várias vezes foi considerada uma das organizações policiais mais violentas do mundo. Esse dado é muito significativo e mostra que organizações dessa espécie podem ficar incontroláveis, especialmente quando seus membros são protegidos por privilégios judiciais. Com efeito, entre os oficiais que participam do Comando da Polícia Militar paulista há vários bacharéis em direito e graduados em humanidades, que se afirmam contrários à violência policial e ao treinamento militar dos integrantes da corporação. Entretanto, alguns batalhões permanecem imunes a esses propósitos, parecendo haver setores da Polícia Militar que agem com absoluta independência, em desacordo com os propósitos manifestados pelo próprio Comando Geral. E a existência de um tribunal corporativo encoraja, sem qualquer dúvida, os adeptos da violência. A imprensa já noticiou várias vezes, dando pormenores, que entre os integrantes dessa corporação policial-militar há matadores notórios convencidos de que a eficiência da polícia se mede pelo número de pessoas que os policiais matarem. São assassinos contumazes de crianças de rua e também de “suspeitos”, a maioria dos quais são pessoas pobres, de pele escura e que encontram na rua durante a noite ou ao amanhecer. O número de suas vítimas no ano de 1992, que foi especialmente significativo, atingiu a média de quatro mortos por dia e seu feito mais expressivo nesse ano foi o massacre de 111 presos, que não tinham armas de fogo e que foram mortos barbaramente sob pretexto de restabelecer a disciplina, no presídio do Carandiru, em São Paulo. Esse fato ocorreu em 2 de outubro de 1992 e passou a ser tratado como crime militar, não tendo havido, até agora, o julgamento dos envolvidos. Em decisão tomada no início de 1996, o Tribunal Militar Estadual decidiu remeter o processo à jurisdição civil, sob o argumento de que haveria indícios de co-responsabilidade de alguns policiais civis. Os especialistas na matéria consideraram que esse foi apenas um artifício para retardar ainda mais os julgamentos e assegurar, afinal, a impunidade dos implicados. Na realidade, essa decisão do Tribunal Militar deveria ser louvada se tivesse por fundamento o reconhecimento de que não se caracterizou crime militar e por isso a competência é da justiça comum. Mas o que se fez foi suspender qualquer decisão sobre o assunto, para que a justiça comum decida primeiro sobre o envolvimento de policiais civis, voltando depois o processo ao tribunal militar para a decisão sobre os policiais militares. Essa decisão, muito provavelmente, nunca irá acontecer, ou então virá quando os crimes já não forem mais puníveis, por ocorrência da prescrição”.

<sup>249</sup> Cf. Relatório anual do Centro de Justiça Global 2003: “Violência policial. Direitos Humanos no Brasil 2003 chama a atenção para uma sistemática de extermínio e opressão perpetrados diariamente por agentes do Estado, principalmente, policiais, em praticamente todo o território nacional. No Rio de Janeiro e em São Paulo, por exemplo, verificou-se, em 2003, um acréscimo escandaloso no número de civis mortos por policiais em relação a 2002, atingindo números expressivos de 1195 e 868 respectivamente. A violência policial vem sendo alimentada por governos estaduais como sinônimo de eficiência e política de segurança, fato claramente observado na fala do atual Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, Saulo de Castro Abreu Filho, a respeito do aumento de civis mortos em ações da polícia em 2003. O Secretário afirma que “não há uma tendência de crescimento dessas mortes em confronto com a Polícia Militar”, segundo ele, a alta no número de “confronto com criminosos está relacionada com a elevação do efetivo nas ruas”. (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009).

Conforme observa Mauro Cappelletti<sup>250</sup> sobre os Estados Sociais ou *Welfare States*:

O welfare states, na origem essencialmente um “estado legislativo”, transformou-se assim, e continua permanentemente se transformando, em “estado administrativo”, na verdade em “estado burocrático”, não sem o perigo de sua perversão em “estado de polícia”.

O Estado pode errar e não pagar. O fraco não pode errar e está sempre obrigado a pagar. Tudo isso é consequência da Moral-cultural. Quando a Moral exalta-se, o povo é diminuído; quando este é exaltado, a Moral é diminuída.

Entretanto, o povo quando verdadeiramente livre não se preocupa em saber quem são os governantes. Por isso, a Moral pune o fraco que furta e liberta o forte quando este se apropria indebitamente.

Os fortes, quando acusados, recorrem às instâncias superiores em liberdade, ao passo que os fracos respondem às acusações privados de sua liberdade. A Moral tem pena dos fortes e ira-se contra os fracos.<sup>251</sup> Por isso, os presídios estão repletos de pequenos ladrões enquanto os maiores permanecem livres, porque a Moral sensibiliza-se com os fortes, mas tem aversão aos fracos.

Para o bom andamento e administração da justiça com paz e igualdade real, todos os Homens, sem exceção, deveriam ser julgados pelo mesmo órgão ou Tribunal, com os mesmos critérios para que se cumprisse a previsão constitucional da Dignidade Humana como fundamento do Estado Brasileiro. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 anuncie que todos são iguais perante a lei,<sup>252</sup> a própria lei maior garante, a alguns, foro privilegiado:

(a) Presidente da República;

<sup>250</sup> *Juizes legisladores?*, p. 39.

<sup>251</sup> Cf. Relatório anual do Centro de Justiça Global: “O relatório Direitos Humanos no Brasil 2003 alerta para a inversão de valores em voga na sociedade. Ameaçador deixou de ser a condição social, a exclusão, a desigualdade e passou a ser o excluído. Está em voga o mito das classes perigosas. Ser pobre no Brasil hoje mais do que crime é ser criminoso. Ao associar favelados com traficantes, sem-terra com crime organizado, preto e pobre com bandidos, todo o tipo de violação e abuso é justificado. É o que mostra os Racionais Mc’s na música Fórmula Mágica da Paz “Cada lugar uma lei, eu tô ligado. No extremo Sul da Zona Sul tá tudo errado. Aqui vale muito pouco a sua vida. A nossa lei é falha, violenta e suicida. Se diz que, me diz que, não se revela: parágrafo primeiro na lei da favela. Legal... Assustador é quando se descobre que tudo dá em nada e que só morre o pobre. A gente vive se matando irmão, por quê? Não me olhe assim, eu sou igual a você. Descanse o seu gatilho, descanse o seu gatilho, entre no trem da malandragem, o meu RAP é o TRILHO.” (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009).

<sup>252</sup> Conforme o caput do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988: “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”.

- (b) Vice-Presidente da República;
- (c) Procurador-Geral da República;
- (d) Ministro de Estados;
- (e) Governadores dos Estados e do Distrito Federal;
- (f) Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados;
- (g) Deputados Federais, Senadores;<sup>253</sup>
- (h) Os membros dos Tribunais de Contas dos Estados,<sup>254</sup>
- (i) Os militares<sup>255</sup>, etc.

O preceito que garante a igualdade entre todos perante a lei num primeiro momento garante à Dignidade real da Pessoa Humana, contudo, não poder-se-ia ter criado exceções, principalmente no tocante o acesso à justiça, concedendo privilégios que produzem desigualdades entre os Homens que vivem sob uma mesma ordem Democrática de Direito.

<sup>253</sup> Conforme prescreve o artigo 102, inciso I, letras (b), (c) e (d) da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: (b) nas ações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador - Geral da República; (c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no artigo 52, I, os membros dos Tribunais de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (d) habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal.”

<sup>254</sup> Conforme anuncia o artigo 105, inciso I, letra (a): “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais.”

<sup>255</sup> Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juízes*, p. 41-42: “Uma consideração especial merecem os tribunais militares, os que sobretudo em ditaduras ostensivas ou em sistemas que se qualificam com o eufemismo de “governos fortes”, fazem parte do aparato mantido para garantir a impunidade de militares e de seus associados. É necessário ter em conta que, mesmo em situações chamadas “normais” do ponto de vista jurídico, os tribunais militares são fatores de discriminação e privilégio, enquanto garantidores da impunidade de militares violadores de direitos ou de punição mais branda para eles. Não há qualquer razão válida dos pontos de vista Moral e jurídico, para subtrair da jurisdição ordinária um militar que comete um crime definido como tal na legislação penal comum. Não importa onde tenha sido praticado o crime, se no interior de um estabelecimento militar ou na rua, como tampouco se as partes envolvidas são civis ou militares. Assim, por exemplo, se um militar é vítima de uma agressão física no interior de um quartel, o fato de ser qualificado como crime comum, devendo ser submetido à jurisdição ordinária e não à justiça militar, para o julgamento do culpado. Nada impede a existência paralela e concomitante de um processo administrativo-militar para a apuração e eventual punição de uma falta disciplinar. Mas sem prejuízo da competência plena da jurisdição ordinária para o castigo do ato criminoso, segundo as leis penais comuns. Quem quiser defender a existência de tribunais especiais para os militares, deverá admitir também a restauração dos tribunais eclesiásticos e corporativos, para o julgamento dos crimes cometidos pelos membros das respectivas organizações. Isso, entretanto, seria um retrocesso na história, no momento em que caiu o absolutismo e foram abolidos os privilégios aristocráticos foi também consagrada a exigência democrática de todos perante a lei.”

Devido às competências em razão da função o Brasil tem sido palco de grandes escândalos: corrupções, tráfico de influências, desvios de verbas, etc., porém, dificilmente se vê alguém ser disciplinado pela prática de tais crimes. Tais circunstâncias dão causa a acontecimentos que trazem graves conseqüências para a sociedade e gera inúmeros dramas sociais, tais como: fome, miséria, analfabetismo, prostituição infantil, tráfico de drogas, terrorismo, desemprego, trabalho infantil, mortalidade infantil, violência urbana, criminalidade, trabalho escravo, etc.<sup>256</sup>

---

<sup>256</sup> Cf. Marco Túlio Alencar, Criança e Adolescente: direitos e políticas públicas. *Inesc*. (Disponível em: <<http://protagonismojuvenil.inesc.org.br>>. Acesso em: 29 out. 2009). “A Constituição Brasileira estabelece que até 16 anos incompletos, crianças e adolescentes estão proibidos de trabalhar. A única exceção à proibição constitucional é o trabalho na condição de aprendiz, permitido a partir dos 14 anos, nas atividades que apresentem os requisitos legais para a aprendizagem profissional. Dos 16 aos 18 anos, o adolescente é protegido no trabalho: não pode realizar atividades em horário noturno, em locais e serviços considerados perigosos ou insalubres, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para se garantir respeito à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Além da Constituição e do ECA, o Brasil possui importantes e avançados marcos legais para o enfrentamento do trabalho infantil: no ano 2000, foi ratificada a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre as piores formas de trabalho infantil. Em 2001, foi publicada a portaria n.º 20 do Ministério do Trabalho e Emprego, listando locais e serviços considerados perigosos ou insalubres. Os 81 itens da portaria passaram a ser considerados “piores formas de trabalho infantil”, que o Brasil assumiu o compromisso de eliminar imediatamente. No mesmo ano de 2001, foi ratificada a Convenção 138 da OIT, sobre a idade mínima para o trabalho, promulgada como lei em fevereiro de 2002. Apesar de o Brasil assumir a liderança na região na adoção de leis que buscam a prevenção do trabalho infantil, sua eliminação e a proteção do adolescente trabalhador, a sua concretização em termos de adoção de práticas para o enfrentamento do trabalho infantil e para a eliminação das piores formas de trabalho infantil se apresenta insuficiente, ou seja, a efetiva erradicação se mostra ainda distante. Enxergar a infância e adolescência sob a ótica da proteção integral, preconizada na legislação brasileira, precisa ser aceita, melhor compreendida e assimilada por diversos segmentos da sociedade brasileira, o que significa um processo de mudança de valores culturais. Persistem padrões que justificam o trabalho infantil para filhos de famílias pobres e excluídas, como alternativa ao ócio e à marginalidade. Contribuir para a mudança destes valores e a construção de uma nova visão que defenda a garantia plena de todos os direitos das crianças e adolescentes brasileiros é um desafio a ser enfrentado pelo Estado e a sociedade. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) - 2006, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apesar de registrar queda no total de trabalhadores infantis com relação ao ano de 2005, revelou dados preocupantes. O número de trabalhadores - mais de 5,1 milhões de crianças e adolescentes, entre cinco e 17 anos de idade - se mantém no mesmo patamar desde 2004. Em 2006, considerando os mais de 2,7 milhões de crianças e adolescentes trabalhadores, com idades variando de cinco a 15 anos, 52% tinham jornadas entre 15 e 39 horas semanais, enquanto 14% (mais de 380 mil) trabalhavam mais tempo do que a jornada padrão dos adultos, de 40 horas semanais. Segundo a pesquisa, na faixa de 14 a 15 anos — idade em que é permitido o trabalho na condição de aprendiz - , apenas 1,4% estava em empregos com carteira assinada. O setor primário concentra a maior parte das crianças e adolescentes que trabalham: 53% exercem atividades agrícolas, que, inclusive, concentram a maior parte das crianças trabalhadoras de cinco a nove anos de idade. Tudo isso diagnosticado após uma série histórica de declínio, registrada pela PNAD/IBGE que, todavia, mostrou crescimento do trabalho infantil no Brasil, em 2005, principalmente na área de agricultura. De acordo com o *Relatório da Situação da Infância e Adolescência Brasileiras*, lançado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), em 2003, uma criança pobre tem possibilidade mais de duas vezes maior de trabalhar do que uma criança rica. O relatório destacava uma realidade confirmada pela PNAD/IBGE a cada ano: o percentual de meninos trabalhando é mais elevado do que meninas e que elas estão inseridas, sobretudo, no trabalho doméstico, em atividades com baixa remuneração e que ocorre em espaços onde há impossibilidade de fiscalização, uma vez que o lar é inviolável, segundo as leis. O estudo menciona também a alta proporção de crianças e adolescentes inseridos ilegalmente no trabalho nas áreas rurais, que - comparados à população na mesma faixa etária das áreas urbanas - têm quase três vezes mais possibilidade de trabalhar. Nas grandes cidades, é alto o número de crianças exercendo nas ruas atividades de flanelinha, catador de lixo e material reciclável, vendedores de balas e bugigangas, engraxates e entregadores de panfletos, entre outras. Além disso, existe a hipótese da migração da mão-de-obra de meninos para ocupações como o tráfico de drogas e de meninas para o trabalho doméstico. Na área rural, persistem mais fortemente os valores e padrões culturais que justificam o trabalho infantil para filhos e filhas das famílias camponesas, pois se acredita que o trabalho, mesmo em idade precoce, é um componente necessário à educação. A exploração sexual comercial de crianças - que já era considerada uma violação de direitos - passou, nos últimos anos, a ser tratada como trabalho infantil em uma de suas piores formas.”

Conforme José Afonso da Silva<sup>257</sup>:

*Governo para o povo* é aquele que procura libertar o Homem de toda imposição autoritária e garante o máximo de segurança e bem estar a todos. Assim, podemos admitir que a democracia é um *processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente pelo povo em proveito do povo.* (...) A democracia é processo de luta, de conquistas. Pressupõe luta incessante pela justiça social. Não pressupõe que todos sejam instruídos, cultos, educados, perfeitos, mas há de ser um processo que busque distribuir a todos instrução, cultura, educação, aperfeiçoamento, vida digna. Bem como o disse Claude Julien: “A democracia não pode resignar-se com as favelas e cortiços, com alojamentos insalubres, os salários miseráveis, as condições de trabalho miseráveis.” A essência da democracia não se altera, contudo, pois está no fato de o poder residir no povo. Democracia, para ser tal, repousa na vontade popular no que tange à fonte, exercício e objetivo do poder em oposição aos regimes autocráticos em que o poder emana do chefe, do caudilho, do ditador.

No entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:<sup>258</sup> “Num Estado democrático, todos os que ofenderem a mesma lei penal devem ser julgados pelo mesmo tipo de tribunal, sem qualquer privilégio”, pois todos são iguais em Dignidade.

Por essa razão, no tocante a *justiça democrática igualitária* a Constituição Federal de 1988 não se apresenta capaz de tornar real o ideal da Dignidade da Pessoa Humana individual e coletiva –*o povo brasileiro*– e a igualdade real entre os Homens, pois enquanto houver privilégios e critérios especiais de julgamento, o sistema legal maior não poderá ser considerado como uma ordem fraterna e solidária com todos os seres humanos que vivem e convivem sob suas ordenações jurídicas e políticas, por apresentar resquícios de posturas autoritárias, discriminatórias e antidemocráticas na estruturação da Justiça Estatal Brasileira que dá abrigo à corporativismos que produzem injustiças sociais e desvirtuamento dos Poderes do Estado, que tronam seus agentes suscetíveis à corrupção e à ações que oprimem e sub-julgam a Pessoa Humana individual e coletivamente considerada.

Valendo-se do método Aristotélico, exposto no capítulo anterior desse estudo, para se encontrar e estabelecer a igualdade entre os Homens tem-se que: supondo a existência de

<sup>257</sup> *Poder constituinte e poder popular*, p. 45-46. Nesse sentido ver: Claude Julien, *O suicídio das Democracias*, trad. De Marina Colasanti, Rio de Janeiro, Artenova, 1975, p. 26.

<sup>258</sup> *O poder dos juízes*, p. 42.

duas (2) partes representadas por quatro (4) indivíduos, sendo “a” o Presidente da República e “b” um Senador, “a” e “b” são nesta análise consideradas partes iguais – em pé de igualdade-, enquanto “c” representado por um Homem desempregado e que vive na favela e “d” representado por um trabalhador assalariado e afro-descendente, “c” e “d” são partes iguais. Supondo que os quatro indivíduos imaginados, neste plano figurado, tenham praticado dois crimes: furto e homicídio.

O Presidente da República e o Senador no plano real se encontram em vantagem, por essa razão, nos pratos da balança da justiça em busca da igualdade eles pesam mais, pois detém maiores conhecimentos a respeito dos meios para a efetivação da justiça, maiores privilégios e oportunidades de defesa técnica e econômica e conhecimentos para a solução do problema.

Enquanto os outros dois indivíduos se encontram em desvantagem perante os dois primeiros, portanto, deveriam “c” e “d” receberem um “*aumento*” em detrimento da “*diminuição*” de “a” e “b”, para que haja o equilíbrio dos pratos da balança da justiça em busca da igualdade. Esse “aumento” e “diminuição” não visam causar prejuízos ou injustiças aos diminuídos, tampouco, excessiva alegria e vantagem aos aumentados.

O modo que a Constituição Federal distribuiu a justiça violou-se a igualdade, pois se concedeu aumento aos que já gozam de situação privilegiada, portanto, surgiram maiores injustiças e desigualdades acobertadas pela covardia e maldade.

Conclui-se, portanto, que os pratos da balança da justiça brasileira estão declinados, pois, um prato está no ápice e o outro está bem mais abaixo do nível médio. Concedeu-se maior ascensão aos que já estavam no topo e declinaram ainda mais os que já estavam no chão.

No sentido de concretização da *justiça democrática igualitária* ou *justiça democrática humanitária*, o preceito que garante a igualdade e a Dignidade da Pessoa

Humana na Constituição Federal Brasileira de 1988 é meramente formal e documental, totalmente desprovido de positivos efeitos eficazes e reais, pois foram criados mecanismos práticos que contradizem os fundamentos maiores que apresentam-se somente válidos e úteis no plano teórico, mas corporativista, discriminatório e antidemocrático no plano prático e real.

Conforme já foi explicitado, no capítulo anterior, a tendência da noção moderna de Dignidade da Pessoa Humana, a partir da Declaração Internacional dos Direitos do Homem influenciou várias Nações ocidentais após a Segunda Grande Guerra Mundial.

Contudo, o presente estudo entende que, o Legislador Constituinte Brasileiro de 1988 seguiu essa tendência, porém, no tocante à *justiça*, aderiu apenas formalmente e superficialmente, pois não se mostrou capaz de compreender o verdadeiro sentido igualitário e humano desejado por aqueles que necessitavam libertar-se da humilhação, da escravidão, das desigualdades, das injustiças e dos resquícios do governo ditatorial.

O Legislador Constituinte Brasileiro de 1988 não optou pela *justiça igualitária* ou *justiça democrática*, mas pela de privilégios que gera corporativismos e impunidades. Portanto, o avanço na proteção da Dignidade da Pessoa Humana se concretizou e beneficiou o povo brasileiro no plano formal de modo grandioso, contudo, partindo-se de uma análise mais profunda percebe-se que a estruturação da distribuição igualitária de justiça não ocorreu e, ainda assim, mostra-se amplamente arraigada às formas e métodos de julgamento antidemocráticos. Em razão do exposto, facilitou-se impunidades, corrupções, autoritarismo, dramas pessoais para os socialmente mais fracos e problemas sociais que atingem todo o *povo brasileiro*.

O *sistema de justiça* através de formas privilegiadas de competência em razão da função, apresentam-se previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988 nos seguintes artigos: (a) Artigo 102, I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”; (b) Artigo 105, I, alíneas “a”, “b”, “c”; (c) Artigo 108, I, alíneas, “a”, “b”, “c” e “d”, e o mencionado sistema não possui cunho



humanitário e democrático, por isso contradiz à expressa e benéfica consagração da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Brasileira (CF, artigo 1º, inciso III), pois, tornou-se causador de injustiças, desigualdades sociais e individuais e violador à Dignidade da Pessoa Humana, no sentido individual e coletivo.

O presente estudo pretende com tais argumentos enfatizar a importância da *democratização e humanização da justiça*, para que seja removida toda imposição autoritária que procura isentar-se de julgamento igualitário. Na explicação de José Afonso da Silva:<sup>259</sup>

“Vale dizer, portanto, que o conceito de democracia fundamenta-se na existência de um vínculo entre o povo e poder. Como o poder recebe qualificações na conformidade de seu objeto e modo de atuação, chamando-se *poder político*, *poder econômico*, *poder social*, a libertação democrática vai-se estendendo, com o correr do tempo, a esses modos de atuação do poder. Isto é, a democratização do poder é fenômeno histórico, daí o aparecimento de qualificações: *democracia política*, para a democratização do poder político; *democracia social*, para a democratização do poder social; *democracia econômica*, para a democratização do poder econômico. São justas as seguintes palavras de Burdeau: “Politicamente, o objetivo da democracia é a libertação do indivíduo das coações autoritárias, a sua participação no estabelecimento da regra que, em todos os domínios, estará obrigado a observar. Econômica e socialmente, o benefício da democracia se traduz na existência, no seio da coletividade, de condições de vida que assegurem a cada um a segurança e a comodidade adquirida para a sua felicidade. Uma sociedade democrática é, pois, aquela em que se excluem as desigualdades devidas aos azares da vida econômica, em que a fortuna não é uma fonte de poder, em que os trabalhadores estejam ao abrigo da opressão, que poderia facilitar sua necessidade de buscar um emprego, em que cada um, enfim, possa fazer valer um direito de obter da sociedade uma proteção contra os riscos da vida. A democracia social tende, assim, a estabelecer entre os indivíduos uma igualdade de fato que sua liberdade teórica é impotente para assegurar.”

Não somente o *poder político*, *poder econômico* e o *poder social* devem ser *democráticos*, mas também o *poder jurídico - democracia jurídica-*.

Cumprir enfatizar que o povo é o detentor dessas quatro formas de *poder democrático* em um Estado Democrático. Seguindo o objetivo traçado no início do presente estudo está-se analisando o *povo* como detentor do *poder econômico*, *poder social* e do *poder jurídico*. Portanto, o estudo não realizou levantamento bibliográfico sobre o *povo* como detentor do *poder político*, embora, apresente um pensamento ideal acerca da relação harmônica que deve existir entre o governante e o povo, como forma de participação política do povo no Estado Democrático.

<sup>259</sup> *Poder constituinte e poder popular*, p.46.

A *democratização do poder jurídico* deve ser entendida no sentido de que aqueles que possuem privilégios de foro não podem eximir-se de um julgamento igualitário e tampouco podem receber tratamento diferenciado das demais pessoas do povo, para que a ordem democrática formal não se converta e se apresente em ordem autoritária no plano real.

A *justiça democrática* é aquela que beneficia a convivência harmônica e fraterna do povo através de uma justiça igualitária e humana.

O Poder Judiciário precisa dar sua contribuição para tornar efetivas as previsões constitucionais que defendem os interesses da população no tocante aos direitos sociais, mas também deve contribuir para com a concretização do desenvolvimento nacional.

Tratando-se nesta oportunidade, conjuntamente, no decorrer desse tópico da *democracia social, econômica e jurídica* do Estado Brasileiro na qual o *povo* é detentor do *poder social, econômico e jurídico*.

Tem-se que a Constituição Federal de 1988 assegura que todos têm direito à saúde<sup>260</sup>, porém a precariedade dos serviços públicos não garante a todos e somente alguns têm acesso a clínicas especiais, planos de saúde e hospitais particulares, enquanto a grande maioria não goza efetivamente do direito garantido pelo diploma maior.

Conforme José Afonso da Silva<sup>261</sup>

Não pode ser entendido como se a democracia fosse um sistema assistencial que simplesmente visasse a suavizar a miséria da massa trabalhadora, mas há de ser concebida como um meio de superar essa miséria. Por isso, não pode tolerar a extrema desigualdade entre trabalhadores e classe dominante. Os valores da democracia são a igualdade e a liberdade; ou, em palavras mais abrangentes: a democracia é regime de garantia geral da realização dos direitos fundamentais do Homem.”

---

<sup>260</sup> De acordo com o “caput” artigo 6.º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>261</sup> *Poder constituinte e poder popular*, p. 46-47.

Ainda sob os aspectos *democrático social, econômico e jurídico* o mesmo nota-se em relação à Dignidade da Pessoa Humana,<sup>262</sup> com relação a qual a Constituição Federal acertadamente consagra como fundamento da República Federativa do Brasil. Porém, não são todos os indivíduos que possuem o pleno desenvolvimento da Dignidade Humana, seja em caráter patrimonial (*ter para ser*), seja em caráter existencial (*liberdade e igualdade*).

Embora a noção moderna de Dignidade da Pessoa Humana garanta a todos, independentemente de nível social, a capacidade de ser titular de direitos, no *sentido patrimonial*, muitos brasileiros vivem sem o mínimo de Dignidade, sem moradia, sem emprego, sem saúde, sem educação<sup>263</sup>, sem água potável, etc.

Em razão disso, a maioria da população quase não consome produtos e serviços, não contrata, não conhece os seus direitos, não usufrui dos seus direitos, não acessa à justiça por falta de conhecimentos específicos, não tem ofício ou profissão por falta de formação técnica ou formação universitária.

Enquanto os que possuem formação universitária não conseguem oportunidades no mercado de trabalho para exercitarem seus dons e talentos - liberdade e igualdade: *sentido existencial da Dignidade da Pessoa Humana* ou sentido moderno e atual -, porque a

---

<sup>262</sup> Conforme o artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”

<sup>263</sup> Cf. Jamil Chade (agência Estado) escreveu no jornal “O Estado de São Paulo”, na terça-feira, 26 de fevereiro de 2008 (17:08 horas/Online) sobre o Relatório das Nações Unidas sobre a situação dos direitos humanos no Brasil: “As disparidades sociais também fazem parte da lista de preocupações da ONU, principalmente o desenvolvimento social no Norte e Nordeste. Segundo o Unicef, 50 milhões de pessoas no Brasil ainda vivem na pobreza e, apesar dos avanços, o país está entre os cinco mais desiguais do planeta. Um exemplo da desigualdade está na educação. Para a entidade, os avanços no número de matrículas nos últimos anos mascaram uma desigualdade extrema. “No Norte e Nordeste, apenas 40% das crianças terminam o primário”, afirma o documento. No Sudeste, essa taxa seria de 70%. Cerca de 3,5 milhões de adolescentes ainda estariam fora das escolas. Os motivos: violência e gravidez precoce. Outro exemplo de desigualdade está na saúde. Os indígenas têm um índice de mortalidade que é o dobro do de uma criança no Sudeste. Cerca de 87% da população tem acesso a água encanada. Mas os 20% mais ricos da população têm um acesso 50 vezes maior do que a parcela dos 20% mais pobres. Para o Unicef, o Brasil está no caminho de atingir metas do milênio de reduzir a pobreza. De fato, a desigualdade social começou a dar sinais de melhorias. Em 1993, 35% da população vivia com menos de R\$ 40 por mês. Em 2006, essa taxa caiu para 19,3%. A baixa nutrição caiu mais de 60% para as crianças de menos de um ano desde 2003. Mas ainda existem cerca de 100 mil crianças que passam fome nessa faixa de idade. Outro alerta feito pela ONU é quanto à “generalizada e profunda discriminação contra afro-brasileiros, indígenas e minorias”. Os vários documentos da ONU destacam a existência do racismo no país e ainda critica o fato de que a demarcação de terras indígenas está ocorrendo de forma lenta.” (Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/nacional/noticia-nac130939,0htm>>. Acesso em: 05 nov. 2009).

desigualdade social inibe o seu desenvolvimento pleno, também é enorme o drama tanto daquele que vive em estado de miserabilidade<sup>264</sup> como daquele que possui maior riqueza.

Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>265</sup>

A cidadania não se realizará com a simples igualdade perante a lei, pois, como lembra Cappelletti, “hoje, é bem claro que tratar como iguais a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça” Calamandrei ressalta numa passagem candente, citada por Cappelletti, a insuficiência dos velhos princípios sobre os quais se apóia a justiça no processo judicial, tais como *ne procedat iudex ex officio, ne iudex iudicet in re sua, audiat altera pars*, que respondem a um processo liberal, mas não a um processo justo, para cuja efetivação não basta que ante um juiz imparcial haja duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir as razões de ambas; é necessário além disso, que essas duas partes se encontrem entre si em condição de paridade não meramente jurídica e teórica, senão que existia entre elas uma efetiva paridade *prática*, o que quer dizer paridade técnica e também econômica. É que também diante da administração da justiça existe o perigo de que grave sobre o pobre aquela maldição que pesa sobre ele cada vez que os ordenamentos democráticos se limitem a assegurar-lhe, a ele como a todos os outros cidadãos, as liberdades políticas e civis, as quais, em demasiadas ocasiões, quando lhes faltam os meios econômicos indispensáveis para valer-se praticamente daquelas liberdades, se resolvem para o pobre em coisa irrisória. Nessa concepção de um processo justo, o clássico direito de ação se transforma num direito de proteção social, não apenas como meio de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa dos direitos individuais, mas para o estabelecimento de um verdadeiro direito material da justiça, que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição. Em resumo, a questão dramática do acesso ao princípio da Justiça, igual para todos consiste precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que condicionam profunda injustiça, àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa. Isso se torna ainda mais dramático com as conseqüências processuais da revelia consubstanciadas nas leis processuais, em virtude das dificuldades que o pobre tem de acesso até mesmo às fontes de informação que o alertem para os efeitos de sua inércia. É que um dos obstáculos sociais que impedem o acesso à Justiça está também na desinformação da massa da população a respeito

<sup>264</sup> Nas palavras de Serge-Christophe Kolm, *Teorias modernas de justiça*, p. 399-400: “Quando achamos melhor dar um dólar extra aos pobres e não aos ricos, a razão, normalmente, relaciona-se menos com o fato de que isso atenua a desigualdade e mais com o fato de que alivia a pobreza. Rendas muito baixas têm relevância particular. Suprimir a miséria é, sem dúvida, o mais importante problema da justiça e, aparentemente, o mais fácil de definir e identificar. O alívio da pobreza tem sido, na verdade, o objetivo básico das “políticas sociais” e “políticas de desenvolvimento”. Contudo, décadas de tais políticas exibem um grande número de fracassos e, mais importante, de efeitos negativos prejudiciais, todos os quais têm a mesma origem, na concepção errônea da natureza do problema e das suas causas. As mais prejudiciais de todas são as políticas de “desenvolvimento” que, em nome da modernização, suprimem civilizações tradicionais equilibradas e inestimáveis (“etnocídio”) e transformam os seus membros em “pobres” e mendigos do mundo industrial. As pessoas envolvidas muitas vezes são forçadas a essa transformação por vários meios políticos e econômicos, e muitas vezes não têm consciência do resultado final no início do processo. Uma causa importante desses dramas é a ignorância do aspecto cultural e social na definição do problema e na compreensão de suas causas. Além disso, foram consideradas “medidas de pobreza” e, embora alguns tenham descrito corretamente a miséria ou a necessidade, outros acrescentaram seus próprios desafios à lógica. As discussões acerca da “pobreza” (e às vezes confundiram) alguns conceitos distintos como proventos baixos, miséria, desigualdades, necessidades e exclusão. A “pobreza” pode aplicar-se a várias situações muito diferentes, que pedem políticas diferentes ou abstenção de políticas (isto é, respeito). Na verdade, em situações comuns, as pessoas com as rendas mais baixas muitas vezes sentem que as suas necessidades são perfeitamente satisfeitas porque vivem em sociedades tradicionais estáveis, em que todas as necessidades que conhecem são satisfeitas – ou mesmo porque as suas visões filosófico-ético-religiosas levam-nas a valorizar a pobreza. Portanto, o que suscita problemas não é a pobreza ou rendas baixas per se, mas a miséria ou a infelicidade não podem ser separadas das razões do problema. E essas razões, quando não estão diretamente no domínio da fisiologia, da patologia e da medicina, têm de introduzir o contexto social, psicossocial e cultural. A miséria e a infelicidade não são tópicos a ser analisados mas males a ser combatidos. Deve-se lutar contra eles, não pensar sobre eles. Apenas as suas causas exigem compreensão”.

<sup>265</sup> *Poder constituinte e poder popular*, p. 156-157.

de seus direitos. Isso é uma questão de educação, que promova o pleno desenvolvimento das pessoas e a prepare para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, como determina formalmente a Constituição (art.205), mas que a prática não consegue efetivar. A situação de miséria, despreparo e carência de milhões de brasileiros torna injusta e antidemocrática a norma do art. 3º de nossa Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*. Essa regra é a legislação de um velho aforismo: *ignorantia iuris non excusat* – que Mauro Capelletti increpa de ser fórmula clássica de um sistema não democrático, porque, diz ele, a realidade é que o rico pode eliminar a ignorância assegurando-se de serviços de consultores jurídicos, enquanto ela paralisa o pobre no exercício de seus direitos, quando não o coloca francamente à mercê de baixas especulações profissionais. Dá ele exemplo para a Itália que calha bem ao nosso meio, onde certas regiões é manifesto que o fenômeno de uma multissecular ignorância está na base de formas tradicionais e difundidas de bandidagem e de justiça pelas próprias mãos feitas fora e contra a Justiça estatal (regime de escravidão, de exploração de menores etc.), e ainda acrescenta que, tal como acontece aqui, é freqüente que os mais pobres nem sequer saibam da existência de certos direitos seus e da possibilidade de fazê-los valer em juízo servindo-se do patrocínio gratuito, de defensores públicos.”

Segundo Mauro Cappelletti<sup>266</sup>:

Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de Welfare conduz inevitavelmente o Estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão”. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “gendarme” ou “night watchman”; ao contrário, o estado social - “Etat providence”, como o chamam, expressivamente os franceses - deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre “certo” e “errado”, ou seja, entre o caso “justo” e o “injusto”, right and wrong. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individuais. Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, freqüentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais - como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho - não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por ele legitimadas. É evidente que, nessas novas áreas do fenômeno jurídico, importantíssimas implicações impõem-se aos juizes. Em face de legislação social que se limita, freqüentemente, a definir a finalidade e os princípios gerais, e diante de direitos sociais essencialmente dirigidos a gradual transformação do presente e formação do futuro, os juizes de determinado país bem poderiam assumir - e muitas vezes, de fato têm assumido - a posição de negar o caráter preceptivo, ou self-executing, das tais leis ou direitos programáticos. Sobre isso aprendemos alguma coisa na Itália, especialmente entre 1948 e 1956, ou seja, nos anos entre a entrada em vigor da Constituição e a criação da Corte Constitucional. Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juizes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juizes fazer respeitar. É

<sup>266</sup> *Juizes legisladores?*, p. 41-42.

manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para o mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.

O artigo 3.º, da Constituição Federal de 1988, também consagra expressamente como objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito Brasileiro: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>267</sup>

Porém, no plano material do real, grande parte da sociedade brasileira encontra-se ainda excluída do gozo desses direitos, tendo em vista que a própria sociedade não é sociologicamente igualitária e justa. A falta de implementação de políticas públicas faz com que o caos social e as desigualdades instalem-se cada vez mais no seio da sociedade e viole o direito dos cidadãos brasileiros de viverem com segurança, liberdade, igualdade e de desenvolverem-se com Dignidade. Lenio Luiz Streck,<sup>268</sup> citando Andréas Joachim Krell, explica que:

A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias: o problema maior é a não prestação real dos serviços básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e Municípios. Onde já foi implementado o serviço público necessário para a satisfação de um direito fundamental, a sua

<sup>267</sup> Conforme anuncia o artigo 3.º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

<sup>268</sup> *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 190-191. Ver também: Andréas Joachim Krell, Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços básicos. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. UFPE, Recife, n. 10, 2000, p. 56-57.

não-prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com o mandado de segurança. A situação torna-se complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, não instalou os serviços necessários ou onde os mesmos funcionam precariamente (omissão parcial ou total - exemplo: hospitais públicos). Os Direitos Fundamentais Sociais à Educação e Saúde não são simplesmente ‘normas programáticas’, mas foram regulamentados através do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos.

As leis materiais são necessárias quando existem dificuldades em cumpri-las espontaneamente, tanto por parte do Estado como por parte das pessoas, porque quando não há ordem social, não há respeito entre os Homens e do Estado para com estes. Por exemplo: a lei precisa dizer que todos são iguais, porque existem aqueles que insistem em ser diferentes através da força e dos comportamentos.

Quando os fornecedores de produtos e serviços forem mais leais com os consumidores menos conflitos serão levados até o *juiz* e desnecessário tornará o princípio da lealdade ou boa fé. Quando todos tiverem acesso à educação será desnecessário o direito que garante à educação.<sup>269</sup> Quando todos forem julgados com os mesmos critérios haverá justiça e paz social.

---

<sup>269</sup> Conforme Lenio Luiz Streck, A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, p. 163-164: “A Constituição compreendida como algo que constitui: os obstáculos representados por uma “baixa-pré-compreensão”. A Constituição deve ser vivenciada como Constituição, e isto dependerá da pré-compreensão do intérprete. Afinal, chegamos às coisas do mundo a partir de um ponto de vista, e neste sentido, o discurso sobre o mundo tem uma estrutura do algo como algo, a Constituição como Constituição, algo enquanto algo (etwas als etwas). E a estrutura do discurso sobre as condições de possibilidade sobre o mundo também é a estrutura de algo como algo, na medida em que o compreender é um compreender algo como algo. Isto significa dizer que o estar-no-mundo depende dessa pré-compreensão (*Vorverständnis*), que é condição de possibilidade da compreensão desse “algo”. Daí o acerto de Gadamer, ao afirmar que os pré-juízos de um indivíduo, muito mais do que seus juízos, são a realidade histórica de um seu ser (*Darum sind die Vorurteile des einzelnen weit mehr als seine Urteile die geschichtliche Wirklichkeit seines Seins*): Assim, percebemos (compreendemos) a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; compreendemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*) damos-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional); compreendemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos que os direitos fundamentais-sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm; compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social); percebemos também que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade.”

Quando houver respeito mútuo não será preciso dizer que todos são iguais em Dignidade. Não são as leis que trazem a ordem, não são as leis que trazem a paz social, mas sim o Respeito Mútuo e o Amor ao Próximo que trazem a ordem e a harmonia social.<sup>270</sup>

Quando todos tiverem acesso á saúde o direito á saúde (a lei) deixará de ser necessário. Quando o Estado for leal com seu povo haverá mais lealdade entre os Homens e menores serão as contendas.<sup>271</sup>

Quando o Estado atingir o seu fim, o Poder Judiciário desafogar-se-á e poderá cuidar, com tranqüilidade, da parte que efetivamente lhe cabe: dos conflitos cíveis entre os indivíduos e dos grandes delitos. Quando o Estado for mais honesto com seu povo, as pessoas serão mais honestas entre si e menores serão as resistências à ordem. Nos ensinamentos de John Rawls<sup>272</sup>:

Do ponto de vista da justiça como equidade, um dos deveres naturais básicos é o dever de justiça. É um dever que exige o nosso apoio e obediência às instituições justas existentes que nos concernem. Também nos obriga a promover arranjos justos ainda não instituídos, pelo menos quando isso é possível sem custo excessivo para nós mesmos. Assim, se a estrutura básica da sociedade é justa, ou tão justa quanto seja razoável esperar em determinadas circunstâncias, todos têm um dever natural de fazer sua parte no esquema existente.

Governar é servir. A postura de servir revela-se quando o governante que está acima se sacrifica em favor dos que estão abaixo em situação de dependência e subordinação.

Esta postura humilde do governante desperta alegria e a confiança no povo. Quando o governante serve ao povo com a receptividade e amor ao bem ele se alinha às leis do Universo e obtém sucesso, porém, o cuidado que ele deve ter é de não se tornar negligente em razão do sucesso que está usufruindo em decorrência da harmonia que obteve com o povo.

---

<sup>270</sup> Para Emmanuel Kant, *Crítica da razão prática*, p. 83: “o Amor ao próximo quer dizer cumprir com satisfação todos os deveres para com o próximo.”

<sup>271</sup> Conforme Gregorio Peces-Barba Martinez, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, p. 8 e ss.: “El substrato genérico, pero indispensable para el arraigo de los derechos sociales em la cultura política y jurídica, es la idea de comunidad entre los hombres, de relaciones baseadas em el amor, la amistad, el apoyo y la cooperación [...] um sentimiento de conmiseración, de solidaridad em el dolor, de queja ante la violencia y la humillación. Es el origen de la ética de la generosidad, donde arraigarán siglos más tarde los derechos sociales. [...] Con el cristianismo primitivo la amistad, la fraternidad, como virtudes sociales se bautizarán y se teñirán de religiosidad”.

<sup>272</sup> *Uma teoria da justiça*, p. 138.



As atitudes do governante devem penetrar na alma do povo, para que a ordem não seja imposta assustando e causando repulsa no povo, que não deve ser dirigido apenas, mas também dirigir, para que prevaleça uma ordem democrática totalmente realizada na prática e não somente na teoria.

O resultado dessa atitude servil do governante gera uma estabilidade que resulta em bem-estar para todos, favorecendo o que é bom e útil para ambas as partes, através da doação do que está acima e o engrandecimento do que está abaixo.

Esta estabilização gera um benefício geral que conduz a sociedade a um estado pacífico e de justiça, pois as duas partes tornaram-se virtuosas e o progresso da Pátria duradouro.

A atitude servil do governante em relação ao povo proporciona um progresso real e garantido, que se verifica com facilidade, por todos os Homens, instruídos e não instruídos, não havendo necessidade de leis que consagrem um progresso e uma ordem inexistente no plano real. O governante não pode ser traiçoeiro com o povo, mas sincero, bom, amigo do povo.

Todos esses argumentos mostram-se necessários porque o estudo percebeu que atualmente o povo brasileiro tem sido escravo do governo, das leis e dos demais Poderes do Estado, por essa razão, brotaram esses raciocínios que procuram tornar a justiça e o progresso do Estado Brasileiro visíveis na realidade, sem que seja necessária uma argumentação abstraída da realidade que se detém somente nas leis e no texto constitucional.

O ideal de *justiça* é a produção de *alegria*, de *bem-estar* e *prosperidade* na vida das pessoas. A justiça humana convencional deve ser um caminho ou um lugar para a pessoa obter um apoio seguro, como a medicina, que fornece um auxílio ao carente de saúde.

Julgar é compreender<sup>273</sup>. Conciliar é apaziguar.<sup>274</sup> Quando realmente o Estado<sup>275</sup> atinge o bem comum, que é seu fim, em outras palavras, quando o Estado cuidar realmente do bem-estar do seu povo, o Poder Judiciário somente será o *sábio conciliador*.

Na *justiça do amor* cada voz no mundo possui um significado e um valor especial para o Universo e para todo ser vivente. Se a justiça humana ignorar o sentido da *voz*, ela estará sendo bárbara para pessoa que clama, e, conseqüentemente, a pessoa será bárbara com a justiça que não se mostrou capaz de ouvi-la.

Todo esse esforço é necessário para que a interpretação alcance maior grau de justeza e pureza, sem que seja necessária uma busca incessante pelos métodos interpretativos, para que a compreensão e o entendimento sejam mais humanos e o diálogo mais aberto e amplo entre os seres humanos.

Quando o aplicador e interprete da lei ousar seguir nesse caminho do *diálogo compreensivo*: os métodos interpretativos, as técnicas e as próprias leis serão desnecessárias,

---

<sup>273</sup> Nas palavras de Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito, p. 201: “A compreensão, que faz parte do modo -de -ser do mundo, antecipa qualquer tipo de explicação lógico-semântica, não no sentido temporal, cronológico. Porque estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer explicação. Temos uma estrutura em nosso modo de ser que é a interpretação. Por isto, sempre interpretamos. O horizonte do sentido é-nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade, a compreensão são alguns desses existenciais. O fundamento de compreender é o próprio homem.”

<sup>274</sup> Conforme os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, *Mediação e gerenciamento do processo*: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-2: “O interesse pela mediação e a conciliação e a importância de que as vias consensuais se revestem na sociedade levaram ao renascer do instituto, em toda parte. Se é certo que, durante um longo período, a heterocomposição e a autocomposição foram consideradas instrumentos próprios das sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representava insuperável conquista da civilização, ressurgiu hoje o interesse pelas vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo ou encurtá-lo, conquanto não o excluam necessariamente. Mas a arbitragem, instrumento de heterocomposição, embora apresente altos méritos, sendo mais adequada do que o processo para um determinado grupo de controvérsia, ainda é um método adversarial, em que a decisão é imposta às partes, não pelo *juiz*, mas pelo árbitro. Já a autocomposição, que abrange uma multiplicidade de instrumentos, constitui técnica que leva os detentores de conflitos a buscarem a solução conciliativa do litígio, funcionando o terceiro apenas como intermediário que ajuda as partes a se comporem. Por isso, os instrumentos que buscam a autocomposição não seguem a regra adversarial. Hoje, pode-se falar de uma “cultura de conciliação” que conheceu impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importantes desdobramentos, não apenas indicando, como foi salientado, a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também assumindo relevante papel promocional de conscientização política.”

<sup>275</sup> Conforme salienta Peces-Barba, *Los valores superiores*, p. 65: “El Estado social y democrático de Derecho no es un modelo acabado y cerrado, sino abierto, por construir. Supone, em alguno de sus aspectos, um horizonte utópico, lo cual no quiere decir imposible, porque la utopia, como decía Lamartine, es solo una verdad prematura.”

pois o apoio que se procura nesses métodos interpretativos e nas leis não é tão rico como os detalhes que o diálogo compreensivo é capaz de fornecer ao julgador.

Caso a justiça humana convencional não busque servir o *povo* e ouvi-lo, a justiça estará ouvindo a lei, que não tem voz, não respira e não vive, portanto servindo a si mesma. Os argumentos que se fundamentam no respeito às leis, preferindo ouvir unicamente a voz do legislador, não são capazes de demonstrar a utilidade prática do sistema legal que valoriza a Dignidade da Pessoa Humana - *num sentido individual*-, e ao *povo- num sentido coletivo de Dignidade Humana*.

A quem serve a *ordem legal* que não se preocupa com a *Pessoa Humana em sua Dignidade individual e coletiva- povo*-? Formalmente existe essa preocupação com a Pessoa Humana nesses dois sentidos, pois o próprio texto constitucional consagra essas proteções, contudo, não há operabilidade, devido ao modo que os operadores das leis relacionam o *sistema legal à Pessoa Humana*, demonstrando ser mais importante o respeito às leis, sendo por isso, secundário o Respeito à Pessoa Humana *individual e coletiva*.

Essa mentalidade de primeiro privilegiar a lei e posteriormente a Pessoa Humana demonstra não haver necessidade de ser atendido o clamor humano. Essa justiça convencional e aplicada pelo pensamento positivista anda desacompanhada da Pessoa Humana, mas caminha acompanhada da lei. Por essa razão, a justiça decorrente do pensamento positivista caminha sozinha porque não interage e dialoga com a *Pessoa Humana individual e com a coletiva – povo* -.

Analogicamente esse pensamento positivista é como um corpo que não se preocupa com a saúde de seus membros e órgãos internos e externos. O corpo precisa ter igual cuidado com todos os seus membros e órgãos, mas principalmente com os mais frágeis e débeis. Se um dos membros sucumbe todo o resto sucumbirá com ele. Por isso, a justiça convencional

pelos Homens deve cuidar das pessoas e principalmente do povo para que ela não pereça junto com esses.

Se a justiça humana convencional compartilha com o povo o pão da impiedade, da humilhação, da incompreensão e da rigidez, conseqüentemente, ela obtém do ser humano o mesmo pão que se revela nas mesmas atitudes, nas mesmas falhas e no mesmo caráter.

Parte da falha do caráter humano é natural – espontâneo -, decorre da prática dos vícios e da debilidade na experiência com as virtudes humanas. Porém, a outra parte das falhas do caráter humano decorre dos sistemas de poderes e suas artificialidades.

Contudo, muito se indignam, tanto os cidadãos como as autoridades do Estado. Muitas perguntas surgem, mas, poucas são as respostas, sendo assim, não há clareza e tampouco uma justiça absoluta, pois, a parte compõe o todo, mas, os Poderes do Estado não aceitam existência das pessoas e prevalece um isolamento.

Por exemplo, metaforicamente, imaginando os Poderes do Estado um corpo humano. Para o bom funcionamento do corpo, tanto os olhos, como os ouvidos e os membros precisam interagir-se para que haja um bom funcionamento, visando saúde e equilíbrio.

Um só corpo possui muitos membros e muitos órgãos, mas constituem uma só estrutura. O mesmo relacionamento se comprova entre os Poderes do Estado com o povo. Quando os Poderes do Estado não desempenham suas funções com sucesso e perfeição, suas debilidades refletem no povo, como a saúde reflete no corpo humano.

Esse isolamento entre os seres humanos provoca um desequilíbrio natural que reflete no desequilíbrio social, nos problemas urbanos e nos problemas familiares. *O povo é o espelho da justiça humana convencional*, embora seja difícil para os indivíduos aceitarem a complementação indissociável entre Poderes do Estado com o povo. Os Poderes do Estado se colocam num nível muito acima do natural, perdendo o diálogo com o povo e com as coisas que estão ao redor de cada um.

O Homem é falho, mas a justiça humana convencional não possui a consciência de que as falhas humanas devem ser relevadas. As falhas humanas são naturais e muitas vezes inevitáveis. A justiça humana convencional também é falha, porém, esta nunca não reconhece isso e dificilmente se comprova uma auto-correção ou auto-disciplina por parte daqueles que a movimentam internamente.

Difícilmente as portas dos Poderes do Estado se abrem aos necessitados, pois, são necessários muitos procedimentos, muitos papéis, muitos ajustes de planejamentos teóricos que não se mostram capazes de fornecer algo que valorize a Dignidade da Pessoa Humana de imediato.

Os indivíduos não querem e não deveriam ser julgados pela consciência alheia, porque eles portam uma própria consciência que diz o que é *justo* ou *injusto*.

As leis carregam essa consciência alheia de julgamento e o parâmetro de justiça decorrente da lei é muito rígido, pois pretende oferecer à Pessoa Humana algo que nem sempre se harmoniza com a igualdade e liberdade de cada um individualmente considerado. Nesse sentido a justiça se coloca muito acima da vontade e liberdade da Pessoa Humana e o julgamento que se impõe não soluciona com paz e alegria.

Para que haja um bom julgamento é imprescindível um *juiz sensível* que não se comporte com frieza diante do drama trazido até ele, pois precisa saber estimular o *diálogo* entre as partes e aprofundar-se em conhecer os fatos que foram apresentados no processo, sob a imparcialidade que não visa a interesses pessoais, políticos, jurídicos, morais e culturais. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco<sup>276</sup>:

O contato com as partes não só na audiência pode ocorrer, mas a qualquer momento, quando o *juiz* resolver ouvi-las; infelizmente, o dispositivo que assim autoriza não tem tido aplicação em graus perceptíveis, o que é de se debitar ao criticado imobilismo dos órgãos jurisdicionais. Ora, a atitude do *juiz*, curioso diante dos fatos a apurar, constitui fator de boa instrução no processo e, portanto, elemento positivo quanto à efetividade dos seus resultados institucionais. Pois esse contato com as partes, com os seus patronos

---

<sup>276</sup> A instrumentalidade do processo, p. 340-341.

e com as fontes de prova (imediatidade), mas a saída da condição passiva de espectador (liberdade investigatória), são dados muito significativos dessa atitude. Na Lei dos Juizados Especiais, o *juiz* é com muita ênfase chamado a portar-se assim e isso é favorecido pela simplicidade e informalidade do processo especialíssimo (liberdade das formas), preceitos com que se pretende romper com a distância comumente guardada pelos juízes, habitualmente muito afastados da realidade das causas em instrução. Quanto à curiosidade judicial, a efetividade da obtenção do resultado jurídico (atuação da vontade da lei) conduziria a deixá-la ilimitada, o que obviamente não convém ao sistema. Mesmo contida, porém, ela é fonte de melhor instrução, nos limites das provas que o *juiz* sempre pode e em alguns casos deve determinar ex officio (não se concebe, v.g., ação de investigação de paternidade julgada improcedente sem a realização de exame biológico). As conversões do julgamento em diligência, que, quando não orientadas podem constituir prática tumultuária, fora disso revelam essa curiosidade sadia e institucionalizada: mesmo no sistema procedimental brasileiro, rígido e escalonado preclusivamente em fases, essa ruptura do rito e do imobilismo pode ser decisiva para a efetividade do processo (considerado o seu escopo jurídico, o social de pacificar com justiça e, em casos específicos, eventualmente o político de assegurar as liberdades públicas).

É imprescindível valorizar mais os atos orais e menos os atos escritos, porque através da oralidade o *juiz* pode, com maior facilidade, perceber o calor da necessidade da parte que detém o direito. Afinal, é impossível julgar uma causa distante dos fatos com justeza. Analisar os fatos à distância proporciona uma opinião parcial e relativa a respeito deles e um mau julgamento.

Julgar à distância proporciona um conhecimento parco a respeito do que deve ser analisado em profundidade. Imagine-se um diálogo entre duas pessoas: “— Fui à cidade do Rio de Janeiro e pude comprovar que é perigosa e violenta.” A outra responde-lhe: “— Não me parece, pois li numa revista que é uma cidade linda e maravilhosa.”

Como disse Cândido Rangel Dinamarco<sup>277</sup> deve haver a “curiosidade” em conhecer os fatos para não se proferir um julgamento com parcialidade, ainda que se pense estar sendo imparcial, pois a imparcialidade origina-se com o conhecimento profundo dos fatos, enquanto a superficialidade traz em si a parcialidade e um julgamento precipitado e, acima de tudo, o que é mais odioso para a justiça, um julgamento equivocado.

Os atos escritos trazem uma frieza excessiva para o problema da vida real. Por isso é muito importante um maior contato do *juiz* com as partes.

---

<sup>277</sup> *Op. cit.*, p. 341.

O *bom e sábio juiz* é aquele que desce das alturas inacessíveis em que se encontra e aproxima-se o máximo possível da problemática vivida pelas partes. Ele evita perguntas demasiadamente objetivas, opta por perguntas mais sensíveis e esforça-se para entender a linguagem das partes além de não esperar que elas entendam sua linguagem.

Como bem ensina Cândido Rangel Dinamarco<sup>278</sup>:

O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o *juiz*: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-los com decisões de ofício inesperadas.

O *bom juiz* é um *sábio conciliador* que não tem uma preocupação excessiva consigo mesmo, mas com o drama que se coloca diante dele. De modo geral, as pessoas têm muito receio e timidez de falar ou expor seus problemas ao *juiz*, principalmente às pessoas de modos mais simples e por isso é preciso humildade e sensibilidade da parte dele.

Talvez alguns perguntem-se: o *mau juiz* ou o mau julgador? O *mau juiz* é aquele que não possui o dom, a virtude e o caráter necessário para empreender a tarefa de julgar com simplicidade, eficiência e naturalidade.

Já o *bom juiz* ensina, através do seu próprio exemplo, ao *mau juiz*. Este também ensina o *bom juiz* através do seu mau exemplo, porque é a prova de que o *bom juiz* é bom.

O *bom juiz* vê nas atitudes do *mau juiz* aquilo que ele não é e aquilo que ele não faz, porém comprova sua sabedoria, seriedade, bondade e capacidade para julgar.

Ser bom no mundo depende de um elemento ao qual o Homem bom e virtuoso liga-se a fim de poder continuar desse modo, ou seja, dar continuidade à obra da Natureza.

---

<sup>278</sup> *Op. cit.*, p. 337.

Quando o Homem possui clareza de seu ser, faz com que o bem se expanda e penetre cada vez mais nos que estão ao seu redor. Tudo o que é mau no mundo assim se manifesta porque ao mal se une.

Alguns Homens se aborrecem com o mal e apegam-se ao bem, enquanto outros se apegam ao mal e aborrecem-se com o bem. Os Homens devem se amar cordialmente com Amor fraternal. O bem vence o mal com o Amor.

O Homem bom tem paz com todos os seres humanos. O Amor é a força espiritual do bem, enquanto a corrupção reflete a força espiritual do mal. A corrupção é traidora do Amor.

Tanto as forças do bem (Amor, benevolência, piedade, misericórdia, fraternidade e solidariedade) como as forças do mal (corrupção, egoísmo, soberba e vaidade) são ocultas, impalpáveis e mostram-se presentes desde os primórdios da humanidade.<sup>279</sup>

O Amor não é uma regra jurídica e o mandamento de amar o próximo como a si mesmo também não o é, como também não é um mandamento Moral, mas é uma norma de justiça.

Conforme salienta Hans Kelsen<sup>280</sup>:

Imediatamente ocorre entender o preceito do Amor do próximo no sentido de que ele exige que prestemos ajuda a todo aquele que - com culpa ou sem ela - subjetivamente sofre ou se encontra necessitado. Neste caso, ele não pressupõe na sua aplicação qualquer espécie de ordem social e assim se distingue das outras normas de justiça. Isto, porém, não é razão para afirmar que o preceito do Amor ao próximo não constitui sequer uma norma de justiça, como por vezes se faz. Um tal ponto de vista apenas terá razão de ser se limitarmos o conceito de justiça àquelas exigências ou postulados que se dirigem à autoridade legisladora (criadora de normas). Se por justiça, porém, entendermos uma norma que prescreve o tratamento de dar a um homem por parte de outro e que não tem de se dirigir necessariamente à autoridade normadora, o preceito do Amor do próximo pode, sem mais, ser considerado como uma das muitas normas de justiça. A propósito importa observar que o preceito do Amor ao próximo, que pode valer independente de

<sup>279</sup> Cf. Goffredo Telles Junior, *Palavras do amigo aos estudantes de direito*, p. 5: “O diplomado em curso de Direito possui o conhecimento básico do que pode fazer e do que não se deve fazer, nos encontros e desencontros, nos acertos e desacertos, de que é constituída a trama da comunicação humana. Em razão de tudo isto, sinto-me desde logo, na obrigação de afirmar o seguinte: abre chaga no seio social o bacharel corrupto. Seja advogado, juiz, promotor público ou delegado de polícia, o bacharel corrupto é uma triste figura. É traidor de seu diploma. É traidor de seu diploma, traidor da categoria de profissionais a que ele pertence. É traidor da ordem instituída na sociedade- dessa ordem de que ele é esteio e intérprete. O bacharel corrupto é traidor da Disciplina da Convivência, traidor da ordem social de que ele é natural sentinela e guardião, e dela muitas vezes construtor.”

<sup>280</sup> *A justiça e o direito natural*, p. 79.



qualquer pressuposto metafísico pois exige Amor de homem para homem, deve ser distinguido do princípio metafísico do Amor de Deus, do princípio de justiça proclamado por Jesus - que, todavia, também reconhece o preceito (que dele se distingue) do Amor do próximo (ou caridade).

O Amor encontra-se no âmago de todos os seres humanos e não é privilégio de uns ou de outros. Por essa razão, ele é definido neste trabalho como uma lei natural ínsita geral, porque o Homem não a idealizou. É difícil definir o que seja o bem ou o mal, porque a vida humana no mundo traz consigo muitos mistérios.

Goffredo Telles Júnior, em sua preciosa obra *Palavras do Amigo aos Estudantes de Direito*,<sup>281</sup> também relaciona o Direito - que chama de disciplina da convivência - com o Amor e explica que o objeto e a gênese do estudo do Direito fundam-se no Respeito ao Próximo. Segundo ele, o Respeito ao Próximo é um impulso natural, às vezes inconsciente, um anseio do espírito, um almejo de paz, de entendimento, de harmonia entre os seres de uma comunidade, um impulso do coração que demonstra solidariedade e Amor pelos seres humanos, a *fonte natural do Direito e o seu princípio maior*:

A corrupção é sempre uma violação do respeito à ordem ética instituída. Na verdade, ela viola o respeito devido à comunidade. Ora a convivência exige respeito: respeito mútuo, respeito pelo próximo, e do próximo por cada um. Respeito pelo próximo! Vejam toda disciplina da Convivência, que é o objeto primordial de seus estudos na Faculdade de Direito, se funda no respeito ao próximo. Pois bem. Quando nos pomos a meditar sobre tal fundamento, somos compelidos a perquirir os motivos desse respeito. A inquirição não é mais do que a manifestação da natural curiosidade do pensador... Então, descobrimos que há, naquele nosso impulso de respeito pelos que convivem conosco, um sentimento liminar, que é uma aspiração, uma anseio do espírito, almejo de paz, de entendimento, de harmonia entre os seres da comunidade; um impulso do coração, ela espontâneo de solidariedade, de Amor pelos outros, de Amor pelos que compartilham conosco a sorte da mesma comunidade. Um sentimento de Amor, que é a primordial razão-de-ser do respeito pelo próximo. Sim, na gênese do respeito pelo próximo, descobrimos que o primeiro fundamento daquela Disciplina Cultural da Convivência é um sentimento de Amor. Isto nos faz lembrar a história narrada num velho livro, que todos conhecem: a história daquele moço aflito que vê um homem a caminhar numa vereda qualquer do mundo. O homem vem vindo, rodeado de outros, que o acompanham em silêncio. O moço aflito o reconhece imediatamente, e dele se aproxima e pergunta: Mestre o que devo fazer para merecer a felicidade para alcançar o Céu? E Jesus, voltando para o moço aflito aqueles olhos que nós sabemos, responde: — Ama teu próximo como a ti mesmo. Notem meus amigos, notem que não é jurídico, o mandamento enunciado por Jesus. Não é jurídico porque não é autorizante. Creio que vocês me entendem. Desde as primeiras aulas do Curso, vocês aprendem que a norma jurídica se define: imperativo autorizante. E sabem que o adjetivo autorizante, nessa definição, tem sentido estrito e peculiar. A norma jurídica é autorizante porque ela autoriza quem for lesado por violação dela

---

<sup>281</sup> P. 6-10.

a empregar, pelos meios competentes, contra o violador, as sanções da lei, para fazer cessar a violação, ou para obter do violador, reparação pelo mal que a infringência causou. [...] O mandamento de Jesus não é jurídico. Por quê? Porque, se for violado, o lesado pela violação - o carente de Amor - não fica autorizado a exigir o cumprimento dele. Ninguém pode exigir o Amor que lhe é negado. Mas... A verdade é que o mandamento de Jesus constitui luminoso conselho. Embora não jurídico, naquele mandamento lobrigamos o que a nossa curiosidade procura. Nele descobrimos o ansiado princípio, o princípio mais alto, a máxima anterior à singela norma do respeito pelo próximo. Nele está uma inicial inspiração, a recomendação basilar, da qual a inteligência infere - de conjuntura em conjuntura, de degrau em degrau - todos os imperativos e todas as interpretações válidas das disposições jurídicas. Sei que, muitas vezes, o mandamento de Jesus não está presente na mente dos legisladores e nos inúmeros operadores do Direito. Vejam, por exemplo, o que acontece com o deputado, ao elaborar um projeto de lei. O deputado não costuma ser um filósofo, nem mesmo costuma ser um “pensador”. Mas ele apresenta seu projeto. Por quê? Porque ele acredita que a lei, por ele ideada, trará uma melhoria na ordenação vigente. O projeto não teria razão de ser se esse não fosse o objetivo pretendido. Logo, o deputado é movido por um pensamento ou anseio de melhoria de alguma ordenação em vigor. Pois bem, lá atrás desse pensamento e desse anseio, lá nas profundezas do mundo atuante da inconsciência, o deputado idealista estará estimulado, mesmo quando não o saiba, por uma intuição de Amor pelo próximo. Sim o mandamento de Jesus forma de um sentimento recôndito, muitas vezes não bem consciente, mas natural e norteador no coração humano dos legisladores honestos - é, certamente, a primordial causa das ordenações sociais. Mesmo quando obumbrado, não bem percebido ou expresso, ele é o cimento subjacente da união entre os seres humanos. Ele é a matriz silenciosa, o submerso da Disciplina da Convivência. É a sua origem mais pura; a causa das suas causas. É a fonte natural do direito.

A parábola do bom Samaritano,<sup>282</sup> anunciada por Jesus, demonstra a forma de se exercitar o Amor ao próximo em sociedade, ou seja, mostra de modo figurado como devemos agir e conviver uns com os outros:

E eis que certo homem, intérprete da lei, se levantou com o intuito de pôr Jesus à prova e disse-lhe: Mestre, que farei para herdar a vida eterna? Então, Jesus lhe perguntou: Que está escrito na lei? Como interpretas? A isto ele respondeu: Amarás o Senhor teu Deus, de todo o teu coração, de toda a tua alma, de todas as tuas forças e de todo o teu entendimento; amarás o teu próximo como a ti mesmo. Então, Jesus lhe disse: Respondeste corretamente: faze isto e viverás. Ele, porém, querendo, justificar-se, perguntou a Jesus: Quem é o meu próximo? Jesus prosseguiu dizendo: Certo homem descia de Jerusalém para Jericó e veio a cair em mãos de salteadores, os quais, depois de tudo lhe roubarem e lhe causarem ferimentos, retiraram-se, deixando-o semi morto. Casualmente, descia um sacerdote por aquele lugar e, vendo-o, passou de largo. Semelhantemente, um levita descia por aquele lugar e, vendo-o também passou de largo. Certo samaritano que seguia o seu caminho, passou-lhe perto e, vendo-o, compadeceu-se dele. E, chegando-se, atou-lhe os ferimentos, aplicando-lhe óleo e vinho; e, colocando-o sobre o seu próprio animal, levou-o para uma hospedaria e tratou dele. No dia seguinte, tirou dois denários e os entregou ao hospedeiro, dizendo: Cuida deste homem, e, se alguma coisa gastares a mais, eu o indenizarei quando voltar. Qual destes três te parece ter sido o próximo do homem que caiu nas mãos dos salteadores? Respondeu-lhe o intérprete da lei: O que usou de misericórdia para com ele. Então, lhe disse: Vai e procede tu de igual modo

<sup>282</sup> *Bíblia Sagrada*. Evangelho de Lucas, cap.10, vers. 25-37.

Reparem que a demonstração de Amor ao próximo, de acordo com a parábola anunciada por Jesus, veio daquele que ninguém esperava - ou até de quem não deveria -, de acordo com os costumes da época e do local, pois os samaritanos eram considerados idólatras de outros deuses (politeístas) e eram inimigos do povo judeu (monoteístas), enquanto que os levitas eram religiosos e os sacerdotes os responsáveis pela pregação da palavra dos antigos profetas.

Entretanto, Jesus observa que os dois melhor preparados ou conhecedores das leis de Deus, leis de Moisés, não as praticaram efetivamente pois, segundo a parábola, somente o samaritano que a desconhecia, cumpriu-a corretamente.

Jesus mostra que a ordem não veio das pessoas mais preparadas e sim de outra que portava a benevolência e o caráter necessário para executar a obra que conduziu o mundo à ordem.

O bom samaritano portava a ordem interna, ou o poder interno, enquanto o levita e o sacerdote portavam a ordem externa ou poder externo. O bom samaritano estava mais integrado com a vida e distante da morte. Ao passo que o levita e o sacerdote estavam contra a vida e aliados à morte. Segundo a parábola de Jesus, a atitude justa veio do Homem inesperado.

De modo contraditório, o bom samaritano caminhou para a ordem, para a vida regular, para a misericórdia, para a solidariedade, para a honestidade, enquanto o levita e o sacerdote caminhavam rumo ao descaso com o sofrimento alheio, à desordem e à injustiça.

Para John Rawls<sup>283</sup>:

São exemplos de deveres naturais: o dever de ajudar o próximo quando está em necessidade ou em perigo, contanto que seja possível fazê-lo sem perda ou risco excessivo para si mesmo; o dever de não prejudicar ou agredir o próximo; e o dever de não provocar sofrimento desnecessário. O primeiro desses deveres, o dever de ajuda mútua, é um dever positivo porque é o dever de fazer algo pelo bem do próximo; ao passo que os dois últimos deveres são negativos, no sentido de que exigem que não façamos algo de ruim.

---

<sup>283</sup> *Uma teoria da justiça*, p 137.

Do mesmo modo existem decisões judiciais e decisões políticas que se aliam à vida, enquanto outras aliam-se à morte porque distanciam-se da ordem interna do mundo, da vida e da harmonia. Então, as decisões que se aliam à vida habitam na *casa da justiça* e conduzem o mundo à ordem, enquanto as decisões que se distanciam da vida, levam a sociedade ao caos - destruição e desastres - e habitam na *casa da injustiça*.

Não se pretende aqui desvalorizar os doutos e cultos, porém cumpre asseverar que as condutas dignas e justas podem vir de Homens de setores inesperados. Quando um Homem comporta-se frente a outro de acordo com o mais profundo de sua natureza humana, torna-se justo, benevolente e virtuoso.

Por tudo isso, torna-se possível concluir que, para conviver em sociedade, não é preciso grandes conhecimentos, mas boas inclinações, bons sentimentos e boas atitudes. O Homem solidário e misericordioso, com o seu semelhante, já demonstrou Amor ao Próximo.

Assim também devem ser as normas de Direito (Direito Material e Direito Processual) e as decisões judiciais e políticas: amigas do ser humano, solidárias e misericordiosas com as pessoas. Desse modo, as regras e as decisões justas alinham-se ao Amor e ao Respeito ao Próximo, princípio maior do Direito, conforme observou o sábio professor Goffredo Telles Júnior.

Em outras palavras, as regras jurídicas, as decisões jurídicas e políticas, de modo geral, devem facilitar a convivência humana e a conservação da vida dos Homens em sociedade. As leis não devem intrometer-se demais na vida dos cidadãos para que não haja manipulação, opressão e violação à Dignidade Humana.

Segundo John Rawls<sup>284</sup>:

Não se deve esquecer que o princípio de equidade consiste em duas partes; uma que define como contraímos obrigações, isto é, fazendo determinadas coisas voluntariamente; e outra que define a condição de que a instituição em questão seja

---

<sup>284</sup> *Op. cit.*, p. 428.

justa, se não perfeitamente justa, pelo menos justa na medida que é razoável esperar nas circunstâncias. A finalidade dessa segunda estipulação é garantir que as obrigações se originem apenas mediante a satisfação de certas condições básicas. Aceitar instituições explicitamente injustas, ou mesmo admitir sua existência, não gera obrigações. É consenso geral que promessas forçadas são nulas ab initio. De maneira semelhante, sistemas sociais injustos são em si mesmos uma espécie de extorsão, e até de violência, e o fato de aceitá-los não gera obrigações. O motivo dessa condição é que as partes na situação original insistiriam nisso.

Os aplicadores do Direito não podem olhar para a pessoa e não socorrê-la sob argumentos técnicos, políticos e morais; não se pode olhar àquele que sofre, àquele que pede, àquele que precisa, àquele que está sendo injustiçado e não socorrê-lo, não se pode deixar um coração aflito ser desprezado pela justiça, porque o Amor é mais forte e faz a Pessoa Humana viver, sobreviver e sorrir.

Quanto maior o Respeito e o Amor de uns pelos outros, maior será o respeito à Dignidade da Pessoa Humana. Quanto maior o Respeito Mútuo, maior o desenvolvimento pleno da Dignidade da Pessoa Humana em sociedade.

Conforme explica Hans Kelsen<sup>285</sup> sobre o preceito do Amor ao próximo:

Se a exigência: a cada um segundo as suas necessidades, se dirige, não à autoridade legisladora, especialmente, não ao legislador, mas a todo e qualquer indivíduo, e se com ela se quer traduzir uma norma que prescreve como cada um se deve conduzir em face dos demais, como deve tratar qualquer outra pessoa, então tal exigência torna-se no preceito do Amor do próximo. Nesse caso, porém, também o círculo das necessidades que hão-de-ser satisfeitas sofre um estreitamento essencial. O preceito do Amor do próximo apenas exige que libertemos o que sofre dos seus sofrimentos, que especialmente, que ajudemos quem está necessitado. Tal como na exigência geral: devemos satisfazer as necessidades dos outros, também no preceito do Amor ao próximo, isto é, na exigência especial que manda satisfazer a necessidade de outrem, libertá-lo do sofrimento, prestar-lhe ajuda quando necessitado, a “necessidade” pode ser entendida num sentido subjetivo ou num sentido objetivo. É o último o caso quando o preceito do Amor do próximo deva ser interpretado no sentido de apenas exigir a libertação dos sofrimentos de que não se tenha culpa e prescrever o auxílio apenas no caso de necessidade inculposa. Sendo assim, este preceito, como as outras normas de justiça, pressupõe uma ordem social segundo a qual possa ser decidido quando é que um sofrimento ou um estado de necessidade é inculposo. E se o critério da necessidade que o preceito do Amor do próximo manda satisfazer não é critério subjetivo, mas um critério objetivo, então esse preceito pode ter aplicação também quando o indivíduo em face do qual o Amor do próximo se deve manifestar não tenha ele próprio, de forma alguma, a sensação do sofrimento ou não se creia em estado de necessidade, sempre que ele, segundo um qualquer critério Moral ou religioso “sofra” de qualquer necessidade ou esteja ameaçado de qualquer mal que talvez desconheça: esteja “necessitado”

<sup>285</sup> *A justiça e o direito natural*, p. 78.

O preceito do Amor ao Próximo se efetiva quando uma pessoa se mostra solícita com aquele que demonstra uma necessidade de auxílio ou socorro das mais variadas formas, não se restringindo somente às situações de perigo de vida ou grave necessidade. Essa prestação de auxílio deve ser desempenhada com uma *boa vontade* e sem aspirações egoístas, para que se efetive na forma de caridade e solidariedade.

O Amor ao Próximo é um impulso natural da alma que quando praticado ilumina as ações que produzem o movimento de uma força positiva e benéfica que se harmoniza com as forças da Natureza, por isso, conseqüentemente, advém uma boa fortuna e sucesso para a pessoa que praticou ações solícitas e justas com seus semelhantes.

O Preceito do Amor ao próximo pode ser exercitado conforme critério Moral ou religioso, mais existe independentemente desses, pois brota da alma o impulso de demonstrar e agir com Amor e Respeito ao Próximo ou a todos os seres viventes.

São ilimitadas as maneiras e circunstâncias de demonstração de Amor e Respeito ao Próximo, pois variam desde as pequenas às grandes boas ações, desinteressadas de beneficiar a si mesmo, mas que demonstram capazes de priorizar a necessidade alheia.

De acordo com John Rawls<sup>286</sup>:

Do ponto de vista da teoria da justiça, o dever natural mais importante é apoiar e promover instituições justas. Esse dever tem duas partes: primeiro, devemos fazer nossa parte e obedecer às instituições justas existentes que nos dizem respeito; segundo, devemos cooperar na criação de instituições justas quando elas não existem, pelo menos quando podemos fazê-lo sem grande ônus pessoal. Decorre daí que, se a estrutura básica da sociedade for justa, ou tão justa quanto for razoável esperar nas circunstâncias, todos têm um dever natural de fazer o que se lhes exige. Cada um está comprometido, independentemente de seus atos voluntários, performativos ou de outra natureza.

---

<sup>286</sup> Uma *teoria da justiça*, p. 416.

Quando a justiça não deixar passar despercebidas as necessidades<sup>287</sup> e aflições do ser humano (independente da classe ou nível social) que grita, clama e pede por socorro, ela estará abrindo caminho para a paz e para a justiça.

A justiça e a injustiça não se fundem. Há tempo abriu-se a porta da injustiça e fechou-se a da justiça, pois os casos de injustiças se avolumaram no seio social, enquanto, os de justiça são esporádicos.

Metaforicamente, a *casa da justiça* é como um lago onde repousam águas mansas, claras e pacíficas, enquanto a *casa da injustiça* é como um mar com constantes tempestades. Na primeira entoam-se hinos de louvores à *justiça*, à *alegria*, à *paz* e ao Amor, ao passo que na segunda saem somente gritos, lágrimas e soluções. Por isso, afirma-se no presente trabalho que as vozes de ambas as casas contradizem-se e repelem-se mutuamente.

---

<sup>287</sup> Conforme Serge-Christophe Kolm, *Teorias modernas da justiça*, p. 401-403: “O conceito de necessidade é caracterizado por uma série de propriedades. A situação de cada necessidade particular em algumas dessas dimensões determina a sua propriedade de “caráter básico” e as possíveis razões para que seja aliviada por meio da ajuda de outros. O dever de ajudar a aliviar as necessidades de outros pode realmente basear-se em vários fundamentos racionais. Certas razões derivam do respeito pela humanidade em indivíduos ou do alívio do sofrimento. Uma razão importante baseia-se na interferência entre o aspecto objetivo das necessidades e certo senso de comunidade que induz à co-responsabilidade. Isso constitui a concepção dual de comunidade das capacidades (produtivas) descritas acima. Os indivíduos recebem - grosso modo - suas capacidades iniciais e algumas das suas necessidades. Portanto, não podem ser responsáveis por essas capacidades ou por essas necessidades, e essa visão sustenta que não devem ser responsáveis por elas. A alocação “natural” dessas características aos indivíduos é vista como Moralmente arbitrária. Assim, a justiça requer a divisão dos benefícios dessas capacidades e do ônus dessas necessidades. As responsabilidades por necessidades são divididas exatamente como são os bens humanos. Essa razão, comparação e dualidade são mais claramente expressas pelo lema de Blanqui (retomado por Marx), expressando as relações ideais entre os indivíduos e a comunidade: “Dê a cada um conforme a sua capacidade; a cada um conforme a suas necessidades. Em um ambiente menos comunal, apenas a satisfação das “necessidades básicas” por exemplo - é garantida pelo grupo. Mas geralmente e por alguma razão, a satisfação de certas necessidades pode ser o valor final da justiça, o que acarreta idealmente sua igual satisfação para várias pessoas nas mesmas condições relevantes. As propriedades relevantes das necessidades são as seguintes: grau de necessidade da satisfação da necessidade pela pessoa, para o alívio, a subsistência material, a existência social, a cultura ou a realização pessoal; objetividade ou subjetividade para a pessoa (exterior contra interior, em certo sentido), onde objetividade para a pessoa pode ser subjetividade para outros ou para a sociedade (por exemplo, alimentação, vestuário ou tipo de educação “adequados”), ou objetividade no que diz respeito à sociedade (por exemplo, necessidades puramente fisiológicas); intensidade (para a pessoa ou aos olhos dos outros); natureza, física, cultural ou induzida pelos outros ou, na verdade, considerada uma necessidade da pessoa apenas pelos outros (“necessidades vicárias”); origem, como as fisiologia, a educação, a experiência, os atos ou escolhas da pessoa, ou a opressão social: a responsabilidade ou não-responsabilidade da pessoa e, possivelmente, de outras pessoas, da sociedade ou da cultura; a saciabilidade em oposição à expansibilidade, também com expansibilidade perversa quando a satisfação revela ou suscita outras necessidades; e se a necessidade é um valor ou uma responsabilidade. Essas propriedades são inteiramente distintas e, contudo, relacionadas. A satisfação de certas necessidades é necessária para a existência da pessoa como tal. São necessidades fisiológicas para além da sobrevivência - o funcionamento normal e adequado da mente e do corpo, e as exigências da existência social em formas não determinadas de consumo e em meios de relação social. É esse o principal critério para definir necessidades básicas. O dever de satisfazer essas necessidades de outros que não podem satisfazê-las sozinhos baseia-se em uma justificativa existencial similar à apresentada para as liberdades básicas e complementares a ela. Ambos os “básicos” estão, na verdade, intimamente relacionados. Uma liberdade básica pode ser uma necessidade básica. Também são comumente complementares: a satisfação das necessidades básicas impede que as liberdades básicas sejam puramente “fornais”. No nível mais básico, a integridade física tem de ser protegida da fome e da agressão. Contudo, acima desse nível, exigências culturais e sociais tomam essas necessidades substancialmente dependentes da cultura. A intensidade de uma necessidade é outra razão para ajudar. Entretanto, a razão efetiva nesse caso é, antes, que outra razão se tome suficiente (por exemplo, o alívio da dor ou de algum efeito social).”

Os problemas estruturais do Poder Judiciário são óbices à paz social e à justiça.<sup>288</sup>

Enquanto existirem problemas estruturais nos órgãos judiciários, as portas estarão fechadas para aqueles que nela batem e não adentrarão por ela aqueles que buscam descanso na *casa da justiça*.

A *casa da justiça* abriga os afetos do povo e dos povos, enquanto, na outra os próprios afetos, os afetos dos legisladores, os afetos dos reis e dos juízes dos Homens.

Na *casa da justiça* habita a igualdade e o jugo igual, enquanto na outra o jugo desigual. A justiça supre a deficiência, por isso age beneficiando à Dignidade da Pessoa Humana. A injustiça gera miséria, pessoas miseráveis e povos miseráveis. O jugo desigual é aquele que não supre as necessidades e tampouco diminui as carências e desigualdades.

Quando existe *justiça* há riso, alegria, humildade e mansidão. Onde há injustiça há tristeza, altivez e terror. A injustiça conduz o Homem ao cativo, causando variadas formas de vergonhas e humilhações à Pessoa Humana.

As decisões políticas que menosprezam o povo habitam na *casa da injustiça*, enquanto as boas decisões políticas que trazem paz e alegria habitam na *casa da justiça*.

---

<sup>288</sup> Conforme José Roberto Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 20-21: “A solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo. Não obstante o recente desenvolvimento dos denominados “meios alternativos”, a via estatal continua sendo a principal forma de solução das controvérsias. Apesar de moroso, o processo constitui a única alternativa acessível à grande maioria das pessoas. Embora muito distante do que se considera ideal, inegável a adoção, nos últimos 20 anos, de medidas legislativas, inclusive em nível constitucional, destinadas a facilitar o acesso à Justiça. Aliás, o grande movimento destinado à ampliação do acesso ao Poder Judiciário, representado pelas denominadas “ondas renovatórias” do processo civil, pode ser analisado por dois ângulos. Facilitou-se o ingresso, e, em conseqüência, o número de processos aumentou de forma espantosa. Não foram adotadas, todavia, medidas visando adequar o Poder Judiciário e a técnica processual a essa nova realidade. Além de a estrutura permanecer praticamente inalterada, são empregados métodos de trabalho ultrapassados. O quadro de juízes é também manifestamente insuficiente, embora se reconheça que a simples ampliação, visando a equiparar o Brasil a outros países no que se refere à relação *juiz/quantidade* de processos, além de inviável, pode trazer conseqüências indesejadas. Mas esta é, sem dúvida, uma das razões de sua ineficiência. Os litígios são em número muito superior à capacidade de absorção do Poder Judiciário - o que acaba comprometendo a tão almejada celeridade processual. Embora as estatísticas de que dispomos limitem-se a apontar o volume de processos e a quantidade atribuída a cada *juiz*, ou a relação *juiz/população*, sem esclarecer a quantidade de teses repetidas, cujos processos muitas vezes são examinados pela assessoria, ainda assim é possível afirmar que a quantidade supera em muito a capacidade de absorção. Apesar de os números nem sempre significarem muita coisa, é notória a insuficiência estrutural do Poder Judiciário brasileiro”.



As decisões judiciais que desprezam a vida humana e a necessidade daquele que a pleiteia e pede socorro, habitam a *casa da injustiça*,<sup>289</sup> enquanto as decisões que as socorre habitam na *casa da justiça*.<sup>290</sup>

A injustiça tem vestido uma fantasia de justiça e por isso um organismo internacional do porte da ONU demonstra elevado grau de preocupação e de indignação com a justiça brasileira

<sup>289</sup> TJSP, 3.<sup>a</sup> Câmara de Direito Público, AI n.º 133.802-5/4, Rel. Des. Rui Stoco, j. 28.9.99: “Portador do vírus da AIDS que vem recebendo ‘coquetel’ de medicamentos básicos para combater a doença. Pretensão de obter gratuitamente outras drogas, sob a alegação de que aquela não está fazendo efeito. Pedido negado em primeira instância. Pretensão não acolhida posto que o direito do paciente hipossuficiente é de obter o medicamento básico e não sua substituição por toda e qualquer droga que entenda ser melhor ou mais adequada. Recurso não provido.” Duas observações devem ser feitas. Primeiro esta decisão demonstra insensibilidade com o sofrimento daquele que bateu nas portas da casa da justiça com esperança de consolo, mas não encontrou alívio e abrigo. Segundo a decisão mostra o descaso com a vida humana (banalização da vida humana). No mesmo sentido tem-se os seguintes julgamentos por órgãos judiciários brasileiros: TJRJ, 1.º Grupo de Câmaras Cíveis, MS n.º 220/98, Rel. Des. Antônio Lindeberg Montenegro, j. 17.12.98: “Mandado de Segurança. Impetrantes portadores de insuficiência renal crônica. Fornecimento de remédio (CELLCEPT) pelo Estado. As normas programáticas estabelecidas na Constituição Federal não conferem ao cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado o fornecimento de remédios de alto custo, em detrimento de outros doentes, igualmente carentes. Na consecução de sua obrigação de saúde pública a administração há de atender aos interesses mais imediatos da população.” e, STJ, ROMS 6564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ 17.06.96, P. 21448: “Normas constitucionais meramente programáticas - ad exemplum, o direito à saúde - protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação - pela via do mandamus - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o munus de completá-la através da legislação integrativa. [...] Na regra jurídico- constitucional que dispõe “Todos têm direito e o Estado o dever” - dever de saúde - como afiançam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direitos, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes’. No sistema pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas”. Estas decisões estão desafinadas com o Amor, pois demonstram a frieza com o ser humano. Estas decisões deram abrigo à opressão, à dor, ao sofrimento, às lágrimas, à morte e à injustiça, por isto não habitam na casa de Justiça que não esconde injustiças. Muitas vezes, o direito e as leis são belas para os estudiosos, mas, não para o povo, não para o necessitado. O que estas pessoas ganharam com a lei constitucional que garante o direito social? Nada! Porque para muitos estudiosos a lei ainda não diz muito e por isto precisa de mais regulamentação, mais leis, para melhores justificativas e poucos ou quase nenhum resultado. Neste sentido para que servem as leis e as teorias que acerca delas surgem? Enquanto as leis forem aplicadas distantes da realidade do ser humano estará ocorrendo um desvio da justiça. Nestes casos em que contribuiu com a vida humana a doutrina que argumenta que estas leis são de conteúdo programático? Então, o erro está na aplicação das leis por seus aplicadores que, não sabem que o seu alvo é a vida humana e não o Estado. Os julgadores são os arqueiros, porém estas decisões demonstram que está havendo um erro, pois se está mirando o alvo errado. Esta visão e análise das leis e suas teorias as torna como estátuas ou obras de arte que ficam guardadas no museu do Louvre em que se pode olhar e apreciar, mas não tocar.

<sup>290</sup> TJRJ, 10.<sup>a</sup> Câmara Cível, AI n.º 1678/ 97, Rel. Desembargador. Sylvio Capanema de Souza, j. 22.9.98: “Fornecimento de remédios para o Tratamento da Aids. Sendo o agravado pobre e doente, impossibilitado de adquirir remédios que lhe poderiam prolongar a vida, em perigo iminente, constituindo de dever do Estado a proteção da vida e da saúde de todos os cidadãos, é cabível a antecipação de tutela para que o Estado seja compelido a fornecer os remédios”. Esta decisão demonstrou preocupação com a vida e acima de tudo com o prolongamento da vida, além de ter se condoído com a situação da pessoa ser pobre e doente. Esta decisão se alinhou com o Amor que sempre se condói e se compadece e repudia a morte, por tudo isto, este acórdão encontra morada na casa da justiça. Esta decisão demonstrou sensibilidade com a dor alheia, enxugou as lágrimas do pleiteante e salvou a sua vida. No mesmo sentido tem-se o seguinte acórdão: STF, Rex n.º. 195.192-3/ RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31.3.00: “Saúde - Aquisição e fornecimento de medicamentos. Doença Rara. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. (...) O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.”

que não se apresenta nitidamente aos olhos da *Pessoa Humana coletivamente considerada – povo brasileiro* -.<sup>291</sup>

A *casa da justiça* sempre é bem administrada, porque ela tem que prestar um bom serviço, para que as *beneficências* se multipliquem abundantemente com as pessoas agindo livremente. A *casa da injustiça* encarcera o Homem, enquanto que na outra há plena liberdade e real igualdade.

Na *casa da injustiça* encontra-se uma presença fraca de justiça, uma ausência, pois os Homens louvam a si mesmo, julgam a si mesmo e estão sem entendimento, porque se glorificam desmedidamente, engrandecem-se conforme a regra que eles mesmos criaram e impuseram.

Na *casa da justiça* reina uma presença de justiça que não provém de nenhuma pessoa, embora existam Homens justos que habitem nela, contudo, esses são operários e bons servos da

---

<sup>291</sup> Cf. Jamil Chade (agência Estado) escreveu no jornal “O Estado de São Paulo”, na terça-feira, 26 de fevereiro de 2008 (17:08 horas/Online) sobre o Relatório das Nações Unidas sobre a situação dos direitos humanos no Brasil: “ Brasil é corrupto, violento e racista, diz relatório da ONU. Conclusão faz parte do primeiro raio X completo sobre a situação dos direitos humanos no País. GENEBRA - O Brasil precisa solucionar com urgência a questão da violência e da desigualdade social no País. O alerta é da Organização das Nações Unidas (ONU), que acaba de preparar o primeiro raio X completo feito sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, destacando problemas como corrupção, desigualdade social, racismo, tortura e impunidade. O documento alerta ainda que Brasil não cumpriu as recomendações feitas pela entidade. A ONU, em 2005, deu um ano para o país adotar medidas para a proteção dos direitos humanos. Dois anos depois, o governo ainda não respondeu à ONU o que fará para lidar com os problemas. O raio X faz parte de uma nova estratégia do órgão de avaliar a situação de cada país, e o Brasil será um dos primeiros a ser examinado. O documento será debatido na plenária da ONU em abril e, até lá, o governo terá de se preparar para dar respostas aos problemas. O exame reúne relatórios preparados pela ONU desde 2001 sobre o Brasil e faz um balanço geral da situação no país, considerada como preocupante. Segundo o documento, em 2005, a ONU fez uma série de recomendações ao país diante da crise na proteção aos direitos humanos. Entre as medidas solicitadas estavam o tratamento da impunidade no sistema judiciário, o problema da expulsão de indígenas de suas terras, o fim da tortura e superlotação nas prisões e assassinatos extrajudiciais. De acordo com o órgão, o Brasil deveria ter fornecido as informações em 2006. Mas até agora nada foi apresentado. Em todo o documento, a violência no país surge como um fator que vem atingindo um número cada vez maior de pessoas e violando os direitos humanos das formas mais diversas. Para a ONU, um dos desafios para o governo é como manter a população segura. "A violência em todas as idades aumentou na última década, transformando o assunto em um dos mais sérios desafios enfrentados pelo país. Os homicídios de adolescentes entre 15 e 19 anos aumentaram quatro vezes nas últimas duas décadas, atingindo 7,9 mil em 2003", afirmou o Unicef em sua contribuição para o documento da ONU. Segundo o relatório, o número total de homicídios no Brasil por ano poderia ser de até 50 mil e a violência seria a principal causa de morte para pessoas entre 15 e 44 anos de idade. Impunidade, guerra entre gangues e violência policial estão entre os principais fatores desses índices alarmantes. O raio X ainda destaca o uso da tortura generalizada como uma prática para obter confissões em prisões e alerta que muitos juízes não classificam esses atos como tortura, preferindo apenas citar "abuso de poder". Nas prisões, o documento alerta que a ocupação seria três vezes maior do que a capacidade das instalações e pede o fim imediato da "superlotação endêmica" e das "condições desumanas" em que são mantidos os prisioneiros. Uma das formas de atacar a violência e esses problemas seria a reforma urgente do sistema judiciário, o que acabaria contribuindo para lidar com a impunidade e a corrupção. Para a ONU, a reforma tem amplas condições de ser realizada.” (Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/nacional/noticia-nac130939,0.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2009).

*casa da justiça*, porém, não são os donos dela. A *casa da justiça* é aconchegante para todos que nela adentram. Não há frieza, mas calor. Um calor que conforta alma e acalma o coração.

A *casa da justiça* é a que dá a semente da justiça para o Homem que recebe o encargo de semeá-la entre os demais, para que multipliquem os frutos da justiça. Ela acolhe os pobres com alegria, dando o pão para os famintos de alimento, aumentando os frutos da própria justiça, para que todos sejam prósperos e fartos de todo o tipo de alimento que nutre o corpo e sara a alma.

A *casa da injustiça* esconde os proveitos em benefício próprio, as corrupções, as injustiças e as impiedades, ao passo que na outra reina o Amor e a lealdade. A *casa da injustiça* teme o povo e os próprios Homens. A *casa da justiça* dá abrigo ao povo, aos povos, às diferentes linguagens, pois acolhe a todos os inocentes sedentos de paz, justiça, Amor, liberdade e igualdade.

Na *casa da justiça* existe um jardim florido e perfumando, onde as flores exalam o perfume da vida, da verdade, da felicidade e da paz, onde os pássaros cantam a liberdade, e os seres humanos desfrutam de uma vida abundante em meio a Natureza. Enquanto na outra existe um jardim artificial onde as flores exalam o perfume da morte, que sufoca e tortura, porque são de plásticos, os campos são de concreto, as cercas de arames farpados, as estátuas e monumentos de gesso, os pássaros vivem aprisionados, os animais são comercializados, os Homens são manipulados e as músicas e as artes são barulhentas e desarmônicas com os sons da Natureza.

A *casa da injustiça* é a habitação da guerra e da morte, enquanto na outra habita a paz e a vida. Na *casa da justiça* habita uma beleza natural enquanto na outra uma beleza superficial e artificial que não aceita a naturalidade dos acontecimentos.

Na *casa da injustiça* tudo que naturalmente pertence ao povo e à Natureza comercializa-se e torna-se posse de alguns. Por essa razão, perdeu-se o discernimento a respeito

da vida humana e das coisas da Natureza. Na *casa da justiça* o povo e a Natureza convivem em harmonia e sem cobiças, por isso, as águas são limpas, o ar é puro, os peixes são saudáveis e abundantes, os insetos inofensivos.

As armas da justiça são Amor, paciência, misericórdia e generosidade, enquanto as da injustiça são as armas de fogo. Os caminhos da justiça são estreitos, mas largos são os da injustiça, pois, a justiça é perfeita e no seu caminho não anda imperfeição e erro.

A generosidade combate a miséria, pois produz riqueza e paz entre os seres humanos ao vencer o espírito de desigualdade. Quando a pessoa age generosamente com o seu semelhante ela vence em si mesma as barreiras do ódio e do orgulho.

Para que haja a promoção da justiça e da igualdade é preciso *prontidão de boa vontade*, que se expressa na atitude de aceitar as condições de excesso e vantagem de uns e as condições de escassez e desvantagens de outros para que se estabeleça a igualdade com justiça.

Evitando o alívio daquele que tinha o excesso ou estava em posição de vantagem, assim como, a opressão e a humilhação daquele que estava em condição de escassez e desvantagem, para que haja igualdade, com a abundância de um suprindo à falta do outro, sem que haja resquícios de insatisfações e de vaidades. Para que aquele que colheu mais não fique com muito, ou deixe o excesso estragar por estagnação, enquanto que aquele que colheu menos não fique com pouco ou sem absolutamente nada à sua disposição.

O espírito da ação descrita gera a *solicitude*, um dos vetores da promoção da justiça com paz e igualdade. O governo deve ser voluntariamente solícito com o povo para que ele espalhe o excesso que transborda de sua colheita.

O governo não pode ser ocioso e desleal, pois, ele deve estar com *bom ânimo e prontidão* para promover a igualdade, que revela-se quando ele se dispõe a distribuir o que está abundante e farto àqueles que estão carentes.

O governo tem que demonstrar Amor ao povo para que haja igualdade e justiça, pois se ele não amar o povo naturalmente, sem a soberba, sem o estandarte da vaidade e pretensões mesquinhas, ele encontrará dificuldade para distribuir os seus excessos e promover a igualdade com justiça, paz e lealdade.

Para que a *justiça do amor* se concretize o Homem precisar pensar menos em si mesmo e procurar viver sem se comparar com os outros, evitando julgar as coisas e pessoas a partir de si mesmo, pois esse modo de pensar afasta o bom entendimento a respeito com o semelhante, fazendo com que as coisas e as pessoas tornem-se desprezíveis e sem valor intrínseco.

Quando o Homem passa a desprezar seu semelhante ele se torna indiferente e surge a necessidade de se criar leis, conceitos e teorias, porque ele procura o aprender com aquilo que não tem vida, porque ele não quer o aprendizado real e natural, então ele prefere buscar o que é inatingível e distante.

O Homem que não conhece a si mesmo, mas constantemente vive o egoísmo, a preocupação que ele tem é abstrata e sonhadora, pois situa-se fora da realidade. Quando o Homem não se estende além do que convém a si próprio ele encontra dificuldade em valorizar os seus semelhantes - o trabalho do seu semelhante - o dom alheio -, pois tudo ele compara a si mesmo, com isso ele busca meios e argumentos internos para fugir da caridade e da bondade.

De tal circunstância surge a necessidade de existência das regras para encobrir as próprias falhas com si mesmo e com as pessoas que vivem ao seu redor. Essa falha humana tão presente nos Homens gera dificuldade prática para a *promoção da justiça sem leis*.

Tudo isso porque o Homem não sabe amar e se relacionar amando, doando-se e compreendendo o seu semelhante na vida cotidiana, então ele esconde-se dos outros por não saber amar e conhecer a si mesmo.

O desenvolvimento teórico - científico, filosófico e técnico - é importante para fomentar o surgimento das ações práticas, porém não pode acontecer que ele sobreponha-se à vida humana ou

venha a ser utilizado contra a Pessoa Humana.<sup>292</sup> Não se está desmerecendo as teorias, porém critica-se o uso nocivo delas em relação à vida humana.

Pretende-se expressar que sempre há uma esperança de que igualmente como as injustiças, a corrupção, a violência e as guerras brotam na mente e no coração dos Homens, a paz, a justiça e o Amor também renasçam trazendo o dia da paz, com o sol da esperança, num jardim de Amor e com o povo a sorrir.

Quando os legados da opressão, da impiedade e da cobiça caírem no chão e os critérios de julgamento transformarem-se juntamente com os valores de pensar e de agir, as bandeiras da justiça e da paz triunfarão. Com a mudança de si mesmo e o auto-conhecimento, a pessoa contribui com a real modificação da sociedade, criando novas relações que geram mudanças estruturais e possibilidades de concretização da justiça social.

A pessoa que decide dar o primeiro passo rumo à transformação de si mesmo no caminho da paz, da justiça e do Amor pode, a princípio, sentir-se em desvantagem, nadando contra as forças das águas. Porém, as sementes dos semeadores que saem a semear o Amor, o Respeito ao Próximo e a paz são mais fortes e cedo ou tarde os bons frutos virão.

Quando as decisões judiciais e seus critérios de julgamento forem mais delicados e sensíveis com os seres humanos haverá paz e justiça, pois, não é castigando com severidade (ou até com insensatez) e não são com leis e técnicas que se conquistam o galardão da justiça através da paz.

---

<sup>292</sup> Como assinala Luiz César Medeiros, *O formalismo processual e a instrumentalidade*, p. 60: “Não é difícil encontrar julgados em que a forma ganha contornos de importância, não pelo fato de servirem de garantia às partes, ou de serem essenciais ao desenvolvimento regular do processo, mas pelo simples fato de representarem o caminho mais curto e mais cômodo de colocar um fim nos feitos judiciais. Infelizmente, muitas vezes, o não conhecimento de nulidades que poderiam ser perfeitamente sanadas, é a solução mais fácil para pôr termo ao processo e desviar da análise do mérito do litígio, tarefa que no mais das vezes apresenta maior grau de dificuldade.” Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 18: “A técnica processual deve ser observada não como um fim em si mesmo, mas para possibilitar que os objetivos, em função dos quais ela se justifica, sejam alcançados”. Nas palavras de Pietro Perligieri, *Perfis de direito civil*, p. 44: “No Estado social, o princípio da legalidade coincide com a legalidade social: a valoração do fato deve ser enquadrado pelo juiz na perspectiva social do ordenamento. Não pode encontrar guarida, *sic et simpliciter*, portanto, aquela tendência que coloca as decisões judiciais entre as fontes de direito.”

A rigidez dos prazos processuais compromete o caráter da justiça e produz resultados injustos que de modo algum podem ser sustentados para o bem da justiça. A rigidez das técnicas processuais são obstáculos à concretização da justiça que em essência é maleável, se o Homem não consegue ser maleável ele não age com justiça e se ele não encontra uma solução maleável para a pessoa humana que não se adaptou com facilidade as suas regras são as regras que devem ceder à necessidade humana ou a regra estará a serviço da injustiça ou da fantasiosa justiça.

Mais do que leis e desenvolvimentos técnicos e teóricos é preciso bondade e sensibilidade com a Pessoa Humana.<sup>293</sup> A burocracia também é um forte instrumento de injustiça e move grandes águas contra a mansidão da paz e da justiça. A justiça é mansa e pacífica, enquanto a burocracia é radical, intolerante e insensata.

A burocracia judiciária pode ainda, favorecer àqueles que buscam protelar o cumprimento de obrigações, ou até a utilização da aparelhagem judiciária estrategicamente. Por exemplo, ainda hoje, é comum resposta de fornecedores a consumidores assim: “vá procurar seus direitos, não aceitamos reclamações, não trocamos mercadoria, mesmo com a apresentação da nota fiscal”.

Tanto nas relações de consumo como nas relações negociais são rápidas e corriqueiras na vida das pessoas. Por isso a justiça deve ser célere e dinâmica. Afinal, em quanto tempo compra-se um automóvel? Em quanto tempo compra-se um bilhete aéreo? Quanto tempo demora a celebração ou o

---

<sup>293</sup> Luiz César Medeiros, *O formalismo processual e a instrumentalidade*, p. 58, expõe acertadamente que o papel dos tribunais é “alcançar critérios precisos e justos para a solução das questões jurídicas e para a decisão dos casos que lhes são submetidos, não através da pura e simples aplicação da lei, mas sim de sua adaptação à realidade da vida, e ainda, com a regulação das situações nela não previstas. Este desiderato se mostra incompatível com o rigorismo formal e, justamente por isso, como ressaltado acima, os tribunais vêm se inclinando pela concepção do direito processual como um instrumento e não como fim. Essa afirmação é referendada na maioria expressiva dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. Corte que tem a missão constitucional de unificar a jurisprudência e traçar, em nome da segurança e estabilidades jurídicas, o rumo da hermenêutica de toda matéria infraconstitucional. São sistemáticos e iterativos os pronunciamentos que reconhecem a instrumentalidade como o elemento guia do ordenamento processual contemporâneo. Nesse aspecto, pertinente é o julgado em que o Min. Sálvio Figueiredo, com elogiável acerto, vaticina que a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.”

descumprimento de um contrato? Em quanto tempo consomem-se os alimentos? Em quanto tempo uma indústria polui o meio ambiente?

O *Movimento metodológico da Instrumentalidade do Processo* que o Direito Processual Civil atravessa possui a consciência do que se disse acima acerca da casa da justiça. Por isso, ele procura meios de abrir as portas do Poder Judiciário para todos os que nela precisem entrar e também procura eliminar os problemas estruturais dos órgãos judiciários vencendo a morosidade e a burocracia judiciárias.

O processo via judicial é o meio de obter-se a justiça e por isso é necessário recorrer-se à instrumentalidade, distanciando-se do dogma da formalidade. Apesar de lento, ele representa, muitas vezes, a única alternativa à grande parte da população que busca as soluções de suas controvérsias. Conforme salienta José Roberto dos Santos Bedaque<sup>294</sup> “Apesar de moroso, o processo constitui a única alternativa acessível à grande maioria das pessoas.”

No instrumento legal deve haver celeridade porque o seu resultado deve acompanhar a velocidade e a dinâmica das situações da vida de forma apta e atualizada para receber e solucionar as demandas e para mirar um resultado que atenda a expectativa dos destinatários da justiça, seus consumidores. Portanto, não deve somente visar à aplicação das formas do processo.

A aparelhagem judiciária deve estar pronta para atender as demandas de forma rápida e simplificada, sem exageros formais e burocráticos. Os destinatários do processo, ou seja, os consumidores do serviço jurisdicional devem sentir-se satisfeitos com os serviços prestados pela justiça. Além disso, as leis necessárias são as que facilitam o acesso à justiça e tragam instrumentos jurídicos que proporcionam um resultado que aproxime-se ao máximo da realidade.

---

<sup>294</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 20.



Quando houver a *delicadeza de uns para com os outros* haverá a superação da relação de ódio e de vingança e espaço para a misericórdia que visa não à punição ou à condenação, mas à superação do mal e de suas causas.

Portanto não é o pobre, não é o favelado, não é o desempregado, não é o menor infrator que são os culpados pelos transtornos sociais. O governo deve analisar as necessidades do povo e satisfazê-las sem massacrá-lo, sem causar uma luta entre as classes sociais. É uma ilusão o governo sentir-se grande e poderoso sobre um povo miserável.

Para que o Homem enxergue seu próximo com olhar do Amor e da misericórdia não pode haver o medo. Quando, no olhar de cada Homem, houver a certeza de que o seu próximo é o seu irmão, haverá a paz. Quando o Homem reconhecer a igualdade entre ele e o seu semelhante, sem o ar de superioridade, haverá paz.

Quando o Homem rir com aquele que ri com o riso e chorar com o pranto com aquele que chora, haverá mais sensibilidade nos corações humanos, porque quando o indivíduo aproxima-se da dor do outro mais apto está a acudir e a colocar o bálsamo na ferida alheia. Assim, ele demonstra Amor ao Próximo.

Enquanto o Homem enxergar como seu próximo somente aquele que satisfaz o seu interesse ou aquele que lhe dá maior oportunidade de crescimento social, mais o medo e a insegurança encontrarão asilo no futuro da sociedade. O medo não encontra asilo no Amor: ele gera uma aflição. Por isso, todos, por melhor que seja sua condição social, vivem aflitos e preocupados com o futuro.

Os Homens de hoje preocupam-se em demasia com o futuro dos filhos, com o acúmulo de riquezas, em ocupar um bom cargo ou emprego e as boas ações ficam de lado, porque o medo e a insegurança estão sempre por perto, rondando.

A insegurança social opõe-se à verdadeira paz social, pois a insegurança alimenta o egoísmo. Há insegurança e medo nos corações porque não há paz. Quando houver segurança

social e melhor distribuição de renda haverá paz. Então, os Homens de hoje passaram a preocupar-se com a própria fraqueza e com a da família e não com a fraqueza do próximo, da sociedade ou até da humanidade, porque o governo não demonstra Amor para com seu povo e o pouco que faz já lhe serve de estandarte de vaidade.

O Homem que se preocupa excessivamente com ele mesmo vive o ostracismo, enquanto que aquele que consegue ir além das portas de seu lar vive a caridade, sublime virtude. Caso o governo pensasse que o que fez ou tem feito ainda é pouco haveria maior prosperidade, Amor, paz e justiça, mas ele sempre comemora suas vitórias cedo demais.

Historicamente, o núcleo dos ordenamentos jurídicos ocidentais foi ocupado pela propriedade privada e por isso a proteção jurídica dos interesses econômicos é tão presente na ideologia das normas do Direito. Tal ideologia contribuiu muito para o apego dos Homens aos bens materiais, para o egoísmo e para as desigualdades sociais.

O centro do Código Civil Francês, ou *Code de Napoleon*, de 1804, modelo que influenciou as grandes codificações do século XIX, girava em torno da noção de propriedade.<sup>295</sup> Seus livros mais importantes eram os das obrigações ou contratos, o da propriedade e das

---

<sup>295</sup> Cláudio Ari Mello, Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a Constituição*, p. 70-71, lembra que: “O centro de gravidade dos direitos subjetivos privados clássicos estava na proteção da propriedade, com os códigos limitando-se a regular a atividade econômica do homem-proprietário. De fato, os códigos tutelavam os institutos da propriedade propriamente dita, do contrato e das sucessões, instrumentos de circulação da propriedade; mesmo quando regulavam a vida familiar, concentravam-se especialmente no regime de bens na relação matrimonial. Nesse sentido, é perfeitamente adequado qualificar o direito privado da primeira codificação como patrimonialista, em consonância com os fundamentos culturais, políticos e econômicos que ensejaram o surgimento dos primeiros códigos civis. Como se sabe, foi a hegemonia política e econômica da burguesia que reivindicou a segurança e a certeza como os valores máximos a serem garantidos pelos sistemas jurídicos. Além disso, a sociedade burguesa colonizou o direito a fim de instrumentalizá-lo para assegurar condições sociais, políticas e econômicas propícias para a reprodução do seu modelo de sociedade. O direito privado foi o instrumento político-jurídico por excelência do projeto social da burguesia. O homem era filtrado na sua recepção pelo sistema jurídico. Os códigos civis cuidavam apenas de regular as relações com repercussão patrimonial estabelecidas pelas pessoas. Tudo quanto escapava à órbita do patrimônio desinteressava ao direito privado. Ora, essa situação era uma consequência natural dos fundamentos ideológicos do direito privado liberal. O grande sonho do burguês era reduzir o homem a proprietário-contratante.” Na mesma sintonia tem-se as palavras Luiz Edson Fachin, sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2000, v. 76, p. 129: “A Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial, Código napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais, visando à sua emancipação. Nesse contexto, à luz do sistema constitucional, o aspecto patrimonial, que era o elemento de maior destaque é deixado em segundo plano. Não tem mais guarida constitucional uma codificação patrimonial imobiliária, ranço que marcou a edição do Código Civil em 1916.”

sucessões – todos instrumentos de circulação da propriedade-. Por esse código a propriedade transferia-se sem a tradição. Assim, o simples ato de se obrigar gerava propriedade.

A liberdade de contratar era valorizada ao máximo. A norma refletia o ideal da burguesia da época (o Homem - proprietário). Ainda hoje, a presença de valores econômicos, está enraizada nas leis, pois é grande o apego dos Homens aos bens materiais e ao consumismo. As leis de proteção ao consumidor são típicas de nações capitalistas, contudo, o Código de Consumo veio socorrer e abrandar as desigualdades e deslealdades nas relações de consumo tão latentes na sociedade.

Embora não haja desenvolvimento teórico e disciplina jurídica acerca da *justiça do amor*, pois os alunos universitários somente recebem orientação acadêmica sobre a Moral e o Direito, existem várias leis que se aliam ao Amor. A saber: as leis sobre os Direitos Humanos, as leis que protegem os idosos, os portadores de necessidades especiais, o meio ambiente e o próprio Código de Defesa do Consumidor. Este, em sua principiologia, está apegado ao Amor e à igualdade e por isso reconhece a vulnerabilidade do consumidor.

Os ideais de igualdade, de liberdade, de solidariedade e de fraternidade também encontram suas raízes no Amor. Este é a semente e a raiz e dele ramificam-se inúmeros galhos. O princípio da dignidade humana também está aliado ao Amor e ao Respeito ao Próximo e atualmente muitos o reconhecem como o norte de todo Direito.

O *Movimento metodológico da instrumentalidade do processo* também encontra suas raízes no Amor ao Próximo, porque preocupa-se com as angústias e com as necessidades das partes processuais e discorre principalmente sobre argumentos em busca de um processo socialmente efetivo<sup>296</sup> que alcance os menos favorecidos.

Ele procura ainda marchar com firmeza no caminho que abre as portas da *casa da justiça* - que permaneceu fechada durante tanto tempo devido ao império das técnicas processuais e das

---

<sup>296</sup> Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 17: “Hoje, pensa-se no processo de resultados”.

leis injustas sobre o resultado justo do processo -, através do amplo acesso às leis justas e de vencer e eliminar as pedras que estão no caminho.

A idéia do Direito Processual como ciência surgiu logo após superado o pensamento metodológico do *sincretismo jurídico* e passou a ser conscientemente sentida a partir da metade do século XIX. Nesta fase, em que ele consagra-se como ciência, independente das bases conceituais e funcionais do Direito Material, os processualistas mais sensíveis demonstravam interesse em estabelecer os seus conceitos e as suas bases inerentes ao científico. Nesse momento metodológico, a técnica processual tornou-se excelente e o seu desenvolvimento trouxe benefícios para a ciência jurídica em si. Entretanto, houve muito comprometimento no tocante aos julgamentos.

Conforme os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>297</sup>:

O direito processual passou a ser estudado cientificamente a partir da polêmica iniciada em 1856, entre Windscheid e Muther, a respeito do direito de ação, bem como a obra de Von Bülow (1868). Encerrou-se a fase sincrética, em que o processo era tratado como mero apêndice do direito material, iniciando-se a fase autonomista, marcada pela idéia separatista. Aqui, a grande preocupação dos estudiosos do novo ramo do Direito era determinar seus fundamentos e princípios. A técnica passou a imperar, e era considerada valor quase-absoluto, acima até mesmo do próprio direito material, que foi relegado a plano inferior. A observância das regras processuais era mais importante que a solução da questão substancial.

Três momentos metodológicos marcaram a trajetória e a evolução do Direito Processual Civil, a saber: o sincretismo, a autonomia e a instrumentalidade. A primeira fase, chamada de *sincretismo jurídico*, foi caracterizada pela conexão entre os planos material e processual do ordenamento estatal.

Contudo, os fundamentos do pensamento metodológico do sincretismo começaram a ruir por dois motivos:

(1) com o questionamento do conceito civilista de ação que ganhou autonomia junto com outros institutos de grande importância para os processualistas;

---

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 19.

(2) após a tomada de consciência da relação jurídica processual e da relação de Direito Privado, como duas realidades distintas.<sup>298</sup>

A necessidade desse desligamento fez-se notar somente a partir da metade do século passado após as transformações econômicas e sociais ocorridas na Europa. A idéia de Direito Processual como ciência corporificou-se após um desligamento das bases conceituais e funcionais do direito substancial.

O conceito de parte, por exemplo, evoluiu na medida em que a teoria civilista sobre o conceito de ação foi substituída pelas *teorias publicistas*,<sup>299</sup> com o reconhecimento da autonomia da relação jurídica processual, em face da relação jurídica de Direito Material.

A partir daí o processo deixou de ser visto apenas como um conjunto de regras procedimentais, estudadas secundariamente às normas materiais, para ganhar autonomia e tornar-se ciência jurídica, com seus próprios princípios, métodos e objetos.<sup>300</sup>

Os autores clássicos do pensamento metodológico do *sincretismo jurídico* consideravam o conceito de parte tendo em vista a relação de Direito Material. Nesse sentido, o autor seria a uma designação atribuída como nome pelo qual se designava ao credor quando postulava em juízo, enquanto que réu era o devedor.

Contudo, esta vinculação do conceito de parte à relação de Direito Material deduzida no processo não resistiu à análise crítica, pois se a ação de cobrança fosse julgada improcedente, porque a dívida já fora anteriormente paga, então já não existiria a relação de Direito Material e de credor e de devedor. Todavia, o processo, com autor e réu, desenvolveu-se normal e validamente até sentença de mérito.<sup>301</sup>

---

<sup>298</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*, p. 17-19.

<sup>299</sup> Allgemeine Staatslehre Jellinek traçou a perspectiva publicista do processo juntamente com outros estudiosos alemães. No mesmo sentido Von Büllow (Die Lehre Von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen) trouxe a idéia de uma relação jurídica de direito público entre *juiz* e partes no processo.

<sup>300</sup> Cf. Liebman, *Ai Lettori brasiliani* (Apresentação da edição brasileira do seu Manual de Direito Processual Civil): a idéia de direito processual como ciência, com desligamento das bases conceituais e funcionais do direito material ganhou relevo a partir da metade do século passado.

<sup>301</sup> Cf. Atos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*. 16. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4.

O pensamento metodológico autonomista percebe que o *autor é parte*, desde o momento em que ajuíza sua demanda, porém é parte até o final, mesmo que a sentença venha a declará-lo ‘parte ilegítima’, ou seja, parte ilegítima, mas parte. Essa reflexão supera a confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, traço marcante do sincretismo jurídico.

Na *fase autonomista*, a técnica passa a prevalecer como valor absoluto sobre a solução da questão substancial e o Direito Material é deixado num segundo plano. Nesse momento, a preocupação dos doutrinadores era determinar os princípios, os métodos e os fundamentos da nova ciência processual e a técnica impera como um fim em si mesma. Por isso, é marcante a despreocupação com a Dignidade da Pessoa humana nesta fase do pensamento autonomista do processo, que se evidenciam com as resistências sofridas pelo subseqüente momento metodológico processual ainda hoje muito criticado. Tal pensamento autonomista, com o tempo, também perdeu espaço para o terceiro momento metodológico do Direito Processual, marcado pela consciência da *instrumentalidade do processo*.<sup>302</sup>

A partir das décadas de 1960 e 1970, os processualistas iniciaram a preocupação com algumas questões sociais, tais como: a intensificação da conflituosidade social, a morosidade do processo e as altas custas judiciais. Tomava impulso uma revisitação do Direito Processual, mediante a nova fase metodológica chamada de *instrumentalista*, trouxe a mudança de paradigma para a ciência processual.<sup>303</sup>

---

<sup>302</sup> Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 16: “Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material. A conscientização de que o processo vale não tanto pelo que ele é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência”.

<sup>303</sup> Cf. *Ibidem*, p. 17: “A natureza instrumental do direito processual impõem sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça é o que se pretende”.

À luz da perspectiva instrumentalista, as normas processuais não têm um fim em si mesmas porque estão a serviço das normas do Direito Material. Essa é a razão de ser do Direito Processual e prevalece uma maior preocupação com a Dignidade da Pessoa Humana, pois considera-se a técnica um meio para se atingir a justiça.<sup>304</sup>

Atualmente, ainda se desenvolve o *pensamento metodológico instrumentalista* que também é conhecido como uma fase do Direito Processual de resultados ou como uma *fase da efetividade do processo* ou ainda como *fase do acesso à justiça*. Os processualistas mais atentos buscam interpretar o processo através de meios de transformá-lo para melhor.

De maneira geral, a *postura instrumentalista do processo* visa o aprimoramento do sistema processual. Essa perspectiva metodológica defende:

- a) o alargamento da via de acesso ao Poder Judiciário;
- b) a eliminação dos óbices econômicos que dificultam o acesso à justiça aos menos favorecidos;
- c) o aumento da participação do *juiz* na instrução da causa e
- d) o aumento da liberdade do *juiz* na apreciação do resultado da instrução.<sup>305</sup>

O maior professor e defensor da Instrumentalidade do Processo no Brasil foi indiscutivelmente o mestre Cândido Rangel Dinamarco com a sua obra *A instrumentalidade do Processo*,<sup>306</sup> seguido pelo processualista José Roberto dos Santos Bedaque, que também se destacou em 2005 entre os professores defensores da Efetividade do Processo no Brasil com a tese intitulada *Efetividade do Processo e Técnica Processual - Tentativa de Compatibilização* que venceu o concurso para cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

---

<sup>304</sup> Cf. *Ibidem*, p. 19: “A luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem ela um fim em si mesmas. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo esta a única razão de ser do direito processual.”

<sup>305</sup> Conforme Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo, passim*. Ver também no mesmo sentido José Roberto dos Santos Bedaque, *A efetividade do processo e técnica processual, passim*.

<sup>306</sup> Em 1986, Cândido Rangel Dinamarco com a tese ‘A instrumentalidade do Processo’ venceu o concurso à Cátedra de direito processual civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>307</sup> levanta a idéia de que as formas exigidas na lei processual são uma maneira de resguardar os direitos de uma das partes, porque se não forem observadas também não gerarão nulidades se o resultado for favorável justamente à parte em vantagem na relação jurídica, cujos direitos busca-se proteger. Segundo ele, surgindo dúvidas no *juiz* ao final, já em condições de julgar o mérito quanto à existência de algum pressuposto processual, ele deverá “identificar a quem o requisito visa a proteger. Se ao réu, nenhum obstáculo apresenta-se à improcedência; se ao autor, possível o acolhimento do pedido”.<sup>308</sup>

Em poucas palavras, pretende-se evitar uma contradição ou um retrocesso porque a parte não poderá ser prejudicada pela lei processual, isto é, pelo meio<sup>309</sup> para se alcançar a justiça na decisão em que preserve a Dignidade da Pessoa Humana e que está em vantagem na relação jurídica material cujos direitos procura-se proteger.

Nas conclusões apontadas por José Roberto dos Santos Bedaque têm-se um novo quadro de posturas e de soluções do processo. A saber:

a) deve o julgador buscar a razão de ser da técnica processual para, consciente do valor por ela assegurado, verificar as conseqüências da violação à regra que a estabelece;<sup>310</sup>

b) a valorização exagerada da técnica processual produz resultados danosos que representam verdadeira inversão de valores;<sup>311</sup>

c) observado o devido processo legal, deve ser reconhecido ao *juiz* o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador e de adaptar o processo às necessidades verificadas na situação concreta;<sup>312</sup>

---

<sup>307</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>309</sup> Na explanação de Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 27: “O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados”.

<sup>310</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 572.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 571.

<sup>312</sup> *Ibidem*, mesma página.



d) é preciso atentar para os inúmeros óbices à obtenção da tutela e, na medida do possível, eliminá-las antes da preocupação com os meios destinados a atuar praticamente a tutela cognitiva;<sup>313</sup>

e) os pressupostos processuais e as condições da ação devem ser reunidos em uma única categoria: requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito;<sup>314</sup>

f) em determinadas situações a ausência de litisconsorte necessário não impede o julgamento de mérito;

g) a ausência de interesse não impedirá sempre o julgamento do mérito propriamente dito;

h) a violação ao contraditório e à ampla defesa pode ser irrelevante não havendo prejuízo à parte processualmente prejudicada;

i) a citação regular é requisito de validade, não de existência do processo.<sup>315</sup>

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não prevê expressamente essas possibilidades - critérios mais maleáveis - acima apontadas.

O ideal está no fato de o ordenamento jurídico brasileiro consagrar expressamente essas possibilidades apontadas pelo pensador instrumentalista e tornar concreta a ideologia que moderniza o processo e facilita a vida das pessoas envolvida nos conflitos e que aspiram por justiça.

A legislação processual precisa acompanhar a evolução das perspectivas metodológicas atuais do Direito Processual, as quais passam pelo seu momento instrumentalista há mais ou menos quatro décadas.

Cumpra também asseverar que a análise acerca da *justiça do amor* é ainda embrionária. Porém, se houver um maior exercício mental e uma discussão acadêmica acerca do tema, surgirão muitos outros exemplos capazes de complementar e enriquecer o estudo

---

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 572.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 573.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 577.

acerca da relação entre o pensamento metodológico da *instrumentalidade do processo* - ou *efetividade do processo* ou *acesso à justiça* - e a *justiça do amor*.

Embora a mensagem da Instrumentalidade do Processo ainda seja muito mal interpretada, suas intenções são pacíficas, humanas e encaminham o processo a dar efetividade à condição de Dignidade da Pessoa Humana e à justiça num sentido mais elevado.

De acordo com tais idéias são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco<sup>316</sup>:

A santa cruzada que o prof. Calmon de Passos enceta contra a instrumentalidade é fruto de sua notória desconfiança no Poder Judiciário brasileiro, a quem atribui imensa irresponsabilidade e o mais elevado grau de falta de confiabilidade. Emprega locuções fortes, como ‘a viscosidade da decantada instrumentalidade transformada em arma na mão de sicários’; fala dos “frutos perversos, ou peçonhentos”, gerados por ela e diz que em nome da instrumentalidade “hipertrofiaram o papel do juiz”. Mas, ao contrapor instrumentalidade e devido processo legal, o grande mestre baiano parece não compreender a grande e nobre mensagem contida na obra dos instrumentalistas do processo civil, que, longe de propugnar por um processo sem regras, querem um processo de feição humana, com o *juiz* atuando com sua sensibilidade para o valor do justo. Erros do *juiz* comportam corretivos pela via dos recursos e graças à estrutura do Poder Judiciário em graus diferenciados. O dia em a cláusula *due process* for interpretada como fator esclerosante da participação do *juiz* no processo, adeus justiça e viva as fórmulas rígidas das leis.

Conforme já foi dito anteriormente, na visão metodológica instrumentalista importa o melhor resultado do processo. Na explicação de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>317</sup>:

[...] o processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação. A preocupação com a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual. Pretende-se demonstrar que todos os fenômenos

<sup>316</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 380.

<sup>317</sup> *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 21. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 40, assinala que: “Ora, não há efetividade no sistema em que impera o formalismo cego e - exatamente em razão da cegueira - não dotado de visão teleológica. A correta compreensão do sistema de formas e técnicas é fundamental, para que a denominada “moderna instrumentalidade” é imprescindível. O processo, em síntese, deve ser instrumento seguro e efetivo de justiça e pacificação social. Todos esses valores - *segurança, efetividade, justiça e paz social* - não podem ser olvidados no exame da técnica, pois esta é simples meio para se chegar àqueles, os reais fins do processo.”

inerentes ao processo devem ser concebidos em função do direito material. A técnica adequando-se ao objeto, com vistas ao resultado.

Segundo esse novo paradigma, prestigia-se o escopo do processo com a desconsideração de irregularidades que são irrelevantes por não causarem prejuízo. Nessa linha de pensamento, é preciso que se encontre o meio-termo entre o formalismo excessivo e a ausência de forma para uma real efetividade do processo.

Faz-se necessário um critério humano que se mostre sensível e flexível que simplifique o processo e elimine o formalismo que a técnica traz para o desenvolvimento da relação processual.

Segundo o *pensamento da instrumentalidade* ou da *efetividade do processo*, não se pretende a total desconsideração das formas e das técnicas processuais, mas sim o seu aperfeiçoamento e a sua adequação aos bons resultados que se esperam do processo em garantia da justiça e paz social.<sup>318</sup>

Conforme acima salientado, para o pensamento que busca a efetividade do processo, a observância da forma do ato processual não é sempre relevante, pois somente merece destaque e importância quando necessária para o alcance e realização da justiça com paz e segurança. Por exemplo: a falta de citação pode ser irrelevante à luz dos princípios das formas e do prejuízo. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>319</sup> explica que:

[...] os possíveis defeitos do instrumento, relacionados à forma dos atos do procedimento ou a elementos da própria relação jurídica processual devem ser examinados sempre à luz do critério teleológico. Necessário conscientize-se o processualista de que sua Ciência visa à sistematização lógica do instrumento estatal de solução de controvérsias, cuja importância está muito mais nos resultados alcançados que na forma como ele é concebido. Em sede de nulidade dos atos processuais, a doutrina atenta à natureza instrumental do processo, admite a

---

<sup>318</sup> Cf. José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual*.

<sup>319</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 166. Conforme opinião de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 166: “O ideal seria que o ordenamento jurídico brasileiro prevísse expressamente- como fez o Código de Processo Civil português – a possibilidade de julgamento de mérito ainda que subsistente alguma questão preliminar, desde que o resultado seja favorável à parte prejudicada no processo. Prestigia-se o escopo do processo com a desconsideração de irregularidades que, por não causarem prejuízo, tornam-se irrelevantes.”

desconsideração do vício, por mais grave que ele seja, se alcançado o escopo maior de realização do direito material e da justiça.

A visão instrumentalista enxerga como apropriado que o *juiz* controle a regularidade do processo de maneira adequada e tempestivamente.

Atendendo-se à efetividade, também deve ser considerado possível que o *juiz*, observado o devido processo legal constitucional, possa adotar soluções não previstas pelo legislador e adapte o processo às necessidades da situação concreta. Quando em dúvida, o *juiz* deve primeiro investigar as razões da técnica processual da norma<sup>320</sup> e verificar em que medida ela está conforme aos valores superiores do ordenamento jurídico, que são igualdade, liberdade e Dignidade Humana.

Nessa perspectiva, o *juiz* está autorizado a privilegiar um princípio constitucional em detrimento do mandamento contido no diploma processual. Em outras palavras, aspira-se que, observadas certas premissas, o *juiz* esteja autorizado a flexibilizar a técnica processual em prol da *efetividade do processo* ou do *resultado do processo* que atenda à Dignidade da Pessoa Humana.

No mesmo sentido, em favor da *efetividade do processo*, a extinção do processo sem julgamento do mérito deve ser alternativa excepcional, porque representa o fracasso do método - processo - que não conseguiu atingir seu fim.<sup>321</sup>

Para que haja real *efetividade do processo* é necessário que se admita em lei:

a) uma nova postura do *juiz* na condução do processo, principalmente quanto às questões que envolvem, primeiramente, a ausência de requisitos processuais como obstáculo aos escopos do processo; posteriormente, o contraditório e a ampla defesa mais abrangente com a presença de um diálogo entre o *juiz* e as pessoas participantes do processo mais aprofundado, compreensivo e humano.

---

<sup>320</sup> Cf. José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual*.

<sup>321</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, *op. cit.*

b) a tutela jurisdicional decorrente de instrumento viciado e do possível aproveitamento dos atos processuais que geram o resultado do processo. A técnica processual deve ater-se à Dignidade da Pessoa Humana.

A técnica processual do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro ateu-se à Dignidade da Pessoa Humana e positivou a igualdade - valor superior constitucional -, consagrou o princípio da isonomia como forma de assegurar o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo e visou aproximar os resultados do processo da realidade sócio-econômica da sociedade brasileira. Por isso revela-se a importância de ater-se à Dignidade da Pessoa Humana.

O legislador consumerista também positivou o princípio da boa fé objetiva e a responsabilidade objetiva de reparação dos danos materiais e morais, tanto a título individual, quanto a título coletivo, como forma de garantir um resultado que se aproxime ao máximo da realidade social.

O resultado do processo que atinge algumas pessoas, ou um número indeterminado de pessoas, favorece um alcance coletivo à Dignidade da Pessoa Humana, pois desse modo a tutela jurisdicional responde ao Direito Material de modo efetivo. A tutela dos interesses difusos traz comodidade e tranquilidade para as pessoas que obtêm a proteção e a defesa dos seus direitos sem dispêndio de tempo e de energia. José Roberto dos Santos Bedaque<sup>322</sup> em sua obra *Efetividade do processo e técnica processual* assinala que:

Prestigiada doutrina indica três grandes obstáculos a serem superados para que o processo atinja seu escopo: econômico, organizacional e processual. O primeiro está relacionado à pobreza, que impede o acesso à informação adequada. O segundo refere-se aos interesses de grupos, denominados 'coletivos ou difusos', cuja proteção merece tratamento especial, pois constituem a grande característica da sociedade contemporânea. Por fim, depare-se com os óbices decorrentes da insuficiência do processo litigioso para a solução de determinados litígios.

---

<sup>322</sup> P. 24.

É preciso analisar para esclarecer esses óbices processuais, aliada à correta compreensão acerca da técnica processual, para ter-se o sucesso do instrumento: *o processo*.

Na perspectiva instrumentalista do processo, almeja-se um Poder Judiciário:

a) menos burocrático com procedimentos e formas mais simplificados e maleáveis;

b) mais estruturado com um número de juízes e funcionários suficientes - dotados de boa vontade e talentos de julgar e administrar a casa da justiça- para atender o volume de processo e dar andamento ao serviço judiciário oferecendo aos consumidores - destinatários da justiça - segurança, celeridade e Dignidade.

A busca pela simplificação da técnica é um caminho que procura eliminar obstáculos à *efetividade do processo*. Contudo, a técnica e as formas têm o seu valor e a sua importância, limitados pela capacidade que tenham em favorecer o respeito aos direitos e o exercício de direitos.

Conforme José Roberto dos Santos Bedaque<sup>323</sup> consideram-se os principais objetivos da técnica processual são: conferir segurança ao processo e assegurar a tempestividade e a efetividade da tutela. O formalismo processual deve assegurar os objetivos do processo e deve ser entendido em consonância com as exigências constitucionais do devido processo legal. Os pressupostos processuais proporcionam ordem e segurança ao processo, porém, na maioria das vezes, eles relacionam-se aos interesses das partes.

O chamado ‘trinômio processual’, por exemplo, formado pelos pressupostos processuais, pelas condições da ação e pelo mérito merece nova avaliação, sob a perspectiva metodológica instrumentalista.

---

<sup>323</sup> *Efetividade do processo e técnica processual*.

Sob esse novo modo de ver o processo, não é sempre que a ausência de um desses requisitos impede o exame do mérito.<sup>324</sup> Nesse sentido Cândido Rangel Dinamarco<sup>325</sup> explica que:

A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal - todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal - conduz a existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas (por mais humilde que sejam aqueles e menor expressão econômica tenham estas), ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do *juiz* sobre a instrução e sua interferência até o ponto em que não se atinja a própria liberdade dos litigantes. A lei dos *Juizados Especiais* e o Código de Defesa do Consumidor são ilustrações desses reflexos processuais das opções sócio-políticas contidas na ordem constitucional: o novo processo que instituem (não mero procedimento novo) apresenta um conjunto de idéias que constitui resposta adequada e moderna às exigências contidas nos princípios constitucionais do processo (processo acessível, aberto, gratuito em primeiro grau de jurisdição, ágil, simples e concentrado, permeável a um grau elevadíssimo de participação das partes e do *juiz*).

Há quem não acredite na possibilidade de qualquer contribuição social do processo, porém o ordenamento jurídico brasileiro já positivou figuras inspiradas no ‘processo socialmente efetivo’<sup>326</sup>, tais como: a tutela dos interesses difusos e coletivos, a coisa julgada coletiva, entre outras.

Os mecanismos destinados à tutela coletiva para tratamento supraindividual dos interesses voltados para a proteção dos consumidores, meio ambiente, patrimônio cultural,

---

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 17. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica Processual*, p. 17-18: “O denominado “trinômio processual”, por exemplo –constituído pelos pressupostos processuais, pelas condições da ação e pelo mérito -, merece ser examinado outra vez, agora pelo ângulo instrumentalista. Muitos dos dogmas estabelecidos no passado sobre esse tema não mais se justificam, especialmente no que concerne à inexorável extinção do processo sem julgamento do mérito, se ausente um dos requisitos de admissibilidade desse exame. Também é preciso repensar a questão das nulidades processuais, conseqüência da não observância da forma estabelecida para a prática dos atos do processo. O processualista ainda não ousou extrair da idéia instrumentalista toda a contribuição possível ao sistema das nulidades.”

<sup>325</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 36-37.

<sup>326</sup> Expressão utilizada por José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*: oitava série, p. 15.

etc., também se harmonizam com a idéia de ‘processo socialmente efetivo’. No entendimento crítico de Barbosa Moreira<sup>327</sup>:

O reconhecimento de interesses coletivos e difusos implica necessariamente o de deveres que recaem sobre cada um de nós em face dos outros membros da comunidade. Se não nos prontificamos a fazer o que nos toca para preservar os bens e valores que pertencem a todos, ou a muitos, falece-nos autoridade moral para cobrar de órgãos, inclusive os judiciais, desempenho mais prestante. Quem cultiva o hábito de lançar a rua, ou às areias da praia, seu lixo particular, sob a forma de papéis sujos, de pontas de cigarro, de palitos de picolé - para não aludir a artefactos de mais íntimos usos -, é óbvio que não estará legitimado a reclamar da degradação do ambiente.

José Carlos Barbosa Moreira desenvolve alguns argumentos acerca do que seja a *efetividade social do processo* e analisa o assunto sob dois aspectos:

(1) “será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da justiça”.<sup>328</sup> Então, o processo deve estar atento às realidades sociais para atender o clamor social e fornecer a tutela jurisdicional adequada como, por exemplo, aos avanços tecnológicos (*internet*) e científicos (reprodução humana *in vitro*), aos problemas sociais, etc;

(2) “merecerá a denominação de efetivo do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses, em pé de igualdade com os dotados de maiores forças, senão também de políticas culturais.”<sup>329</sup> Segundo ele, não se chega a uma sociedade mais justa somente por meio de reformas da aparelhagem judicial, mas sim através da revisão no plano do Direito Material e por meio de reformas de todo edifício judicial.<sup>330</sup>

Algumas legislações já surgiram alinhadas ao pensamento instrumentalista, tais como a Lei de Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei dos *Juizados*

---

<sup>327</sup> *Op. cit.*, p. 17.

<sup>328</sup> *Op. cit.*, p. 15.

<sup>329</sup> *Op. cit.*, mesma página.

<sup>330</sup> *Op. cit.*, p. 16.



Especiais e o Código de Defesa dos Consumidores. Nessa cadência, Cândido Rangel Dinamarco<sup>331</sup> explica que:

A visão instrumentalista que está no espírito do processualista moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do legislador brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos *Juizados Especiais*, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo). É indispensável que, também o intérprete fique imbuido desse novo método de pensamento e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem. Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal hoje.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro criou mecanismos destinados a assegurar a efetividade do processo e, como forma de facilitar o acesso à justiça aos consumidores, esclarece que são admissíveis todos os tipos de ação para a defesa dos direitos e dos interesses protegidos pelo código.

O *caput* do artigo 81 do Código dos Consumidores<sup>332</sup> admite expressamente que a tutela judicial do consumidor pode ser pleiteada em nível individual ou coletivo. Prioriza também, além do ressarcimento aos prejuízos sofridos individualmente, o ressarcimento aos prejuízos coletivamente causados aos consumidores litigantes e aos terceiros prejudicados que não tenham participado do processo através da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*.

Ada Pellegrini Grinover<sup>333</sup> explica a dificuldade prática que houve no alcance e na efetividade da coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* devido à insensibilidade com a Pessoa Humana e ao rígido apego às formas e à legalidade nos seguintes termos

O regime geral dos limites subjetivos da coisa julgada, traçado pelo CDC, é de sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes*, com as peculiaridades que serão vistas a seguir. Isso demandou, desde logo, que se atentasse para a amplitude de uma coisa julgada que verdadeiramente atuasse *erga omnes* ou *ultra partes*, nos termos da lei.

---

<sup>331</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 25-26.

<sup>332</sup> Prescreve o artigo 81, “caput” do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo”.

<sup>333</sup> *Código de defesa do consumidor brasileiro comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 935-937.

De início, os tribunais não perceberam o verdadeiro alcance da coisa julgada erga omnes, limitando os efeitos da sentença e das liminares segundo critérios de competência. Logo afirmamos não fazer sentido, por exemplo, que ações em defesa dos interesses individuais homogêneos dos pensionistas e aposentados da Previdência Social ao recebimento da diferença de 147% fossem *ajuizadas* nas capitais dos diversos Estados, a pretexto dos limites territoriais dos diversos órgãos da justiça federal. O problema não é de competência: o juiz federal, competente para processar e julgar a causa, emite um provimento (cautelar ou definitivo) que tem eficácia erga omnes, abrangendo todos os aposentados e pensionistas do Brasil. Ou a demanda é coletiva, ou não o é, ou a coisa julgada é erga omnes ou não o é. E se o pedido for efetivamente coletivo, haverá uma clara relação de litispendência entre as várias ações *ajuizadas* nos diversos Estados da Federação. Por isso, sustentamos que a limitação operada por certos julgados afronta o art. 103, CDC, e despreza a orientação fornecida pelo art. 91, II, por onde se vê que a causa que verse sobre a reparação de danos de âmbito nacional ou regional deve ser proposta no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal, servindo, evidentemente, a decisão para todo o território nacional. Esse dispositivo aplica-se aos demais casos de interesses que alcancem grupos e categorias de indivíduos, mais ou menos determináveis, espalhados pelo território nacional. Por isso mesmo, rigorosamente acertado foi o voto do min. Relator Ilmar Galvão, no Conflito de Competência n.º 971-DF, julgado pela 1.ª Seção do STJ aos 13.2.90, reconhecendo a prevenção da competência da 30.ª Vara Federal do Rio de Janeiro para conhecer e julgar ação civil pública visando proibir a mistura e distribuição de metanol adicionado ao álcool para venda ao consumidor, em todo o território nacional, em relação à causa com o mesmo objeto intentada perante a justiça federal do DF. Reconhecida a conexão e a prevenção da competência da justiça federal do Rio de Janeiro - que havia inclusive concedido medida liminar - afirmava o ministro relator: “Meditei detidamente quanto à possibilidade de admitir-se que uma decisão de juízo monocrático, da natureza da que se busca nas ações em tela, possa estender seus efeitos para além dos limites do território onde exerce ele sua jurisdição, não tendo encontrado nenhum princípio ou norma capaz de levar a uma conclusão negativa. A regionalização da justiça federal não me parece que constitua óbice àquele feito, sendo certo que, igualmente, no plano da justiça estadual, nada impede que uma determinada decisão proferida por *juiz* com jurisdição num Estado projete seus efeitos sobre as pessoas domiciliadas em outro. Avulta, no presente caso, trata-se de ações destinadas à tutela de interesses difusos, não sendo razoável que, v.g., eventual proibição de emanações tóxicas seja forçosamente restrita a apenas uma região, quando todas as pessoas são livres para nela permanecer ou transitar, ainda que residam em outra parte. O voto do relator foi acompanhado pelos ministros José de Jesus e Geraldo Sobral, mas prevaleceu no tribunal a posição do ministro Vicente Cernicchiaro, que entendeu deverem os processos desenvolver-se separadamente, com eficácia das respectivas decisões na jurisdição de cada juízo. Essa decisão, anterior ao Código de Defesa do Consumidor, ainda marcou a posição de muitos tribunais, que limitaram a abrangência da coisa julgada erga omnes ou ultra partes em função das regras de competência. A postura chegou a influir na formulação de alguns pedidos, que se cingiram, de acordo com a referida orientação, ao âmbito territorial coberto pelas regras de regionalização dos tribunais brasileiros. Em outros casos, porém, continuaram os autores a postular corretamente em termos mais abrangentes, pleiteando e obtendo liminares com extensão para todo o território nacional. E em diversos processos a sentença condenatória de primeiro grau começou a não fazer restrições territoriais à amplitude da coisa julgada *erga omnes*.

A maior dificuldade da concretização da justiça através das boas leis e dos bons institutos processuais reside na postura rígida de muitos aplicadores da lei.

Por mais que alguns Homens empenhem-se em facilitar a amplitude e o alcance da justiça que favorecem a Dignidade das pessoas e protege-as dos abusos cometidos pelos Homens que buscam vantagens econômicas, outros oferecem resistências que somente são vencidas com o tempo e com a perseverança daqueles que procuram remover os grilhões dos perigos e das injustiças que pairam sobre a sociedade.

O formalismo exagerado é sinônimo de injustiça, qualidade negativa que dificulta o bom resultado e a credibilidade da justiça.

Muitos são os aplicadores das leis que procuram dar vida a elas em detrimento da vida humana, pois buscam a coerência das leis materiais e processuais e do sistema legal, mas não procuram ser coerentes com as pessoas destinatárias e consumidoras da prestação jurisdicional. Há muitos que não percebem que a justiça serve ao Homem e não às leis e ao sistema legal.

O trabalho que estes aplicadores da lei desempenham desenvolve-se no plano teórico, mas não se concretiza na prática, pois buscam a justiça teórica pelos meios da lógica e não percebem que o resultado dessa operação matemática chama-se justiça na teoria, mas injustiça na prática. Preocupam-se com as leis e não com os aposentados, com os pensionistas, com os consumidores, com o meio ambiente e com as demais pessoas da sociedade.

É preciso vencer essa mentalidade de querer tudo direitinho na teoria, no papel, sem se importar se realmente vai ficar tudo bem na prática e na realidade vivenciada pelas pessoas. A pessoa humana não necessita desse modo de justiça porque essa falsa justiça só causa o mal à sociedade, além de trazer irresolução às situações de vida das pessoas.

Segundo as meditações de Ada Pellegrini Grinover<sup>334</sup>:

Aos poucos, a jurisprudência foi se solidificando no sentido de a coisa julgada ultra partes ou erga omnes transcender o âmbito da competência territorial, para realmente assumir dimensão regional ou nacional. A título meramente

---

<sup>334</sup> *Op. cit.*, p. 937-938.

exemplificativo, vale lembrar algumas decisões de caráter nacional. O Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região manteve a liminar do juízo da 17.<sup>a</sup> Vara de São Paulo, em tema de cessação da cobrança de tarifas bancárias, autorizadas pelo Banco Central, em contas de poupança inativas ou não recadastradas, com eficácia para o território nacional. Também a justiça federal da Seção do Estado de Mato Grosso, em primeira instância, beneficiou servidores federais inativos de todo o País, concedendo liminares em matéria de proventos para reconhecer a inexigibilidade da contribuição social e determinar à União que procedesse ao lançamento de débitos em contas de poupança ativas, inativas ou não recadastradas. Em assunto ligado ao sistema financeiro, atinente à atualização dos saldos devedores pelo INPC e não pela TR, a justiça federal de Mato Grosso concedera liminares visando à suspensão da aplicação da TR como índice de correção monetária em todos os contratos habitacionais, substituindo-a pelo INPC, com fornecimento de demonstrativos dos saldos devedores e informação aos mutuários. Na referida matéria, atuara do mesmo modo a 10.<sup>a</sup> Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, em ação civil pública *ajuizada* pelo IDEC perante a justiça estadual, provocando Reclamação ao Supremo Tribunal Federal, *ajuizada* pelo Banco Mercantil de São Paulo, em que o relator, min. Carlos Velloso, suspendeu liminarmente a decisão do Tribunal Federal, *ajuizada* pelo Banco Mercantil de São Paulo, em que o relator, min. Carlos Velloso, suspendeu liminarmente a decisão do Tribunal Estadual, reportando-se a precedentes em que o STF já havia concedido liminares no mesmo sentido, por entender existir o *fumus boni iuris* no sentido de a ação civil pública, de âmbito nacional, fundada na inconstitucionalidade, transformar-se numa declaração de inconstitucionalidade, com usurpação da competência do STF. No mérito, contudo, várias reclamações foram julgadas improcedentes, por ter a inconstitucionalidade sido argüida *incidenter tantum*, embora a sentença tivesse eficácia *erga omnes*. Certamente, foram situações como essas, contrárias aos interesses fazendários, que motivaram o Poder Executivo a incluir, na malfadada Medida Provisória n.º 1.570, de 26 de março de 1997, transformada na Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997, a norma do art. 3.º, que pretendeu restringir os efeitos da sentença *erga omnes* aos limites territoriais da competência.

Com o passar do tempo, muitos aplicadores da lei passaram a compreender o alcance do benevolente instituto da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* e isso certamente trouxe inestimáveis benefícios à vida e à felicidade das pessoas que necessitavam dessas mudanças nas situações em que estavam vivendo ou tinham vivido.

Contudo, a partir do momento em que o governante percebeu que a justiça estava a serviço dos cidadãos, usou o seu poder para prejudicá-los e fortaleceu novamente a falsidade, a hipocrisia, a escravidão, o egoísmo, a maldade e, acima de tudo, a injustiça e a opressão através do sistema legal e da ordem legal.

Essa postura do governante fez os estudiosos de boa vontade buscarem novas saídas em prol da justiça que beneficia a Dignidade da Pessoa Humana. Essa situação comprova que a Pessoa Humana, muitas vezes, acaba sendo objeto e escrava da lei e do Estado.

Posturas assumidas desse modo pelo governante causam transtornos e injustiças na vida daqueles que buscam o Poder Judiciário como forma de pacificação de seus conflitos de interesse.

Contudo, o maior avanço que tem ocorrido na prestação jurisdicional tem sido a implementação da via conciliativa processual como solução das controvérsias. Esse mecanismo demonstra elevado grau de eficiência na prestação da justiça por vencer sobremaneira os obstáculos burocráticos e a morosidade na decisão da contenda.

Afinal, motivar a conciliação entre as pessoas é uma forma virtuosa de se promover a paz e a justiça através da prática da *generosidade* e de procurar apaziguar os ânimos inflamados ao incentivar o diálogo para se conquistar um acordo que coloque um fim na disputa por interesses particulares.

As palavras de Ada Pellegrini Grinover<sup>335</sup> demonstram sua preocupação com a crise da Justiça e a busca de caminhos para solucionar esses problemas:

Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça. É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do *juiz*, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”). Por outro lado, o elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem ao Judiciário) constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve. A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o fundamento funcional. Trata-se de buscar a

---

<sup>335</sup> *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*, p. 2-3.

racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição. E trata-se ainda da recuperação de certas controvérsias, que permaneciam sem solução na sociedade contemporânea, perante a inadequação da técnica processual para a solução de questões que envolvem, por exemplo, relações comunitárias ou de vizinhança, a tutela do consumidor, os acidentes de trânsito etc. Os *juizados* especiais ocupam-se dessas controvérsias, mas eles também são sobrecarregados, por força da competência muito alargada que lhes atribui a lei. Trata-se de objetivos que dizem respeito aos esforços no sentido de melhorar o desempenho e a funcionalidade da justiça, colocando-se portanto numa dimensão inspiradas em motivações que foram chamadas eficientistas. Nesse enfoque, a mediação e a conciliação passam ao status de instrumentos utilizados no quadro da política judiciária. Deixa-se, assim, de lado o aspecto negocial envolvido no acordo, realçado em épocas anteriores, para se considerarem essas vias como verdadeiros equivalentes jurisdicionais, o que acaba se refletindo em uma diversa terminologia. Todavia, a justiça conciliativa não atende apenas a reclamos de funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional. E, na verdade parece impróprio falar-se em racionalização da justiça, pela diminuição da sobrecarga dos tribunais, se o que se pretende, através dos equivalentes jurisdicionais, é também e primordialmente levar à solução controvérsias que freqüentemente não chegam a ser apreciadas pela justiça tradicional. Assim como a jurisdição não tem apenas escopo jurídico (o de atuação do direito objetivo), mas também escopos sociais (como a pacificação) e políticos (como a participação), assim também outros fundamentos podem ser vistos na adoção das vias conciliativas, alternativas ao processo: até porque a mediação e a conciliação, como visto, se inserem no plano da política judiciária e podem ser enquadradas numa acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica.

A cultura da conciliação que se tem implementado no sistema processual brasileiro, como forma de vencer a crise da morosidade judiciária, deve sua origem ao sistema processual norte-americano (Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure) por proporcionar maior celeridade à solução dos conflitos.

Outra característica presente no sistema processual norte-americano é o modo que o *juiz* relaciona-se com as partes, sendo permitido o contato freqüente com as partes conflitantes visando facilitar a solução da controvérsia, mesmo que o caso não seja de pequena complexidade. Essa característica fortalece a solução dos conflitos e beneficia o acesso à justiça e ao resultado do processo.

O Código de Processo Civil Brasileiro já adotou semelhante postura, expressa no artigo 331, que determina a designação de audiência preliminar para tentativa de conciliação e para propiciar um contato pessoal entre as partes e seus advogados.

Contudo, prevalece a cultura da sentença, conforme prescreve o artigo 126 do Código de Processo Civil: “O *juiz* não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, Caso elas não existam, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

Muitos juristas empenham-se em promover a mudança de mentalidade tradicional do processo que se finda com a sentença pela nova mentalidade que vê possibilidade do processo ter seu término com o acordo entre as partes conflitantes.

Kazuo Watanabe<sup>336</sup> explica que:

A mesma idéia de *juiz* ativo na condução do processo está à base do case management do sistema processual norte-americano (Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure), instituto que é responsável pela maior celeridade do processo e principalmente pela grande utilização pelas partes, por indução do próprio Judiciário, de meios alternativos de solução de conflitos (ADR). Em vários Estados norte-americanos, como na Califórnia, menos de 5% das causas *ajuizadas* vão até o julgamento final. É verdade que o sistema norte-americano tem especificidades, como o júri para as causas cíveis, um sistema diferenciado de colheita de provas (Discovery) e outras peculiaridades, que certamente induzem à aceitação de meios alternativos de solução de conflitos (ADR), mas de qualquer forma o índice mencionado é simplesmente espantoso. Case management, em suma, é uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: (a) identificação das questões relevantes, (b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias e (c) programação do tempo necessário para a conclusão adequada de todos os passos processuais. O *juiz* planeja o processo e disciplina o calendário com a colaboração das partes. Pelo contato freqüente que mantém com as partes e destas entre si, há a facilitação da solução amigável da controvérsia. E mesmo não ocorrendo o acordo, as técnicas do case management possibilitam ao *juiz* a eliminação das questões despiciendas e o planejamento do processo de modo a fazê-lo caminhar para o julgamento final (trial) com eficiência e sem custo exagerado. Idêntica idéia, de *juiz* mais ativo na condução dos processos, é o fundamento principal do art. 331 do nosso estatuto processual, mas não foi ele, como já ficou anotado, bem compreendido por uma grande parte dos operadores de Direito. O que prevalece entre nós, lamentavelmente, é a cultura da sentença. Em consequência disso, o Estado de São Paulo chegou a ter mais de 500.000 recursos aguardando distribuição nos tribunais de segunda instância (Tribunal de Justiça e dois Tribunais de Alçada Civil, hoje unificado num só Tribunal). A demora no julgamento dos recursos no Estado de São Paulo era, à época, superior a quatro anos. Hoje, apesar da distribuição imediata de todos os recursos determinada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004 (CF, art. 93, XV), a demora continua ainda bastante preocupante. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no primeiro semestre de 2003, iniciou o Plano de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição. E no início do segundo semestre de 2004, deu início ao Setor de Conciliação em Primeiro Grau de Jurisdição, com a participação inicial de cinco Varas Cíveis e, na fase posterior, de todas as Varas Cíveis do Fórum João Mendes Jr., e com o recrutamento de Conciliadores experientes. Com esse modelo, o que se pretende aliviar o *juiz* da causa das atividades de conciliação, atribuindo a função a uma pessoa que não irá julgar a causa, voltada exclusivamente à conciliação/mediação, com capacitação e treinamentos específicos e

---

<sup>336</sup> *Op. cit.*, p. 8-10.

como possibilidade de dedicar mais tempo para a sua atividade de facilitador das partes na busca do caminho para a solução amigável do conflito. O Centro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) promoveu recentemente, com a participação de juizes, promotores e advogados, um estudo sobre o gerenciamento dos processos, e disso resultou um projeto piloto que foi implantado, experimentalmente, nas Comarcas de Patrocínio Paulista e Serra Negra. Em razão do sucesso obtido, a experiência foi recentemente aprovada pelo Conselho Nacional da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido assim oficializada a experiência em 14 de outubro de 2004. [...] Dando prosseguimento a essa orientação, de utilização pelo próprio Judiciário de meios alternativos de resolução de conflitos para o melhor exercício da função jurisdicional, o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Provimento 893/2004, alterado parcialmente pelo Provimento n.º 953/2005, autorizando a criação e a instalação do Setor de Conciliação em todas as comarcas do Estado para questões cíveis que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, questões de família e da infância e juventude. Temos fundadas esperanças de que, com essas inovadoras iniciativas do Tribunal de Justiça de São Paulo, assistiremos logo mais ao surgimento de uma nova cultura, nas academias, nos tribunais, na advocacia, enfim, em todos os segmentos de atuação prática dos profissionais do Direito. E há também, para reforçar essa convicção, as experiências exitosas de vários outros Estados da Federação. E, agora, o Conselho Nacional de Justiça, presidido pela Ministra Ellen Graice, Presidente do Supremo Tribunal Federal, acaba de lançar o “Movimento pela Conciliação”, com o objetivo de “mobilizar os operadores da Justiça, seus usuários, os demais operadores de Direito e a sociedade, para promover a conscientização da cultura da conciliação, implementar a Justiça de conciliação e, a longo prazo, a pacificação social.” Com todas essas iniciativas, a atual cultura da sentença será, com toda a certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação.

A atitude do Conselho Nacional de Justiça de abrir espaço para a via conciliativa contribui para que em breve haja a mudança na mentalidade dos juizes e dos profissionais da área que convivem com o dia-a-dia dos processos, das audiências e das sentenças, os quais aos poucos vão familiarizando-se com a simplicidade da nova postura da prestação jurisdicional nas causas de maior complexidade.

Conforme escreveu a Ministra do Supremo Tribunal Ellen Graice “Conversar faz a diferença”<sup>337</sup>, referindo-se a respeito da semana da conciliação e afirmando que:

Conciliar é legal. E é também, necessário. Ao implantar o Movimento pela conciliação em agosto de 2006, o Conselho Nacional de Justiça teve por objetivo alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos. Hoje, já decorrido um ano, mais do que comemorar uma data-marco, podemos demonstrar a consolidação do movimento como projeto permanente que conta com a participação de todos os tribunais do país. Entre a data de hoje e o próximo sábado, os tribunais estaduais, federais e do Trabalho realizarão 221.286 audiências de conciliação, nas quais serão solucionadas definitivamente demandas que hoje congestionam o sistema e representam frustração de expectativas para as partes envolvidas nos litígios. A implementação da Conciliação como prática permanente é simples. Não demanda grandes gastos nem providências complicadas. Prescinde da

---

<sup>337</sup> *Correio Braziliense*, Brasília-DF, 3 dez. 2007.



construção de prédios e da contratação de pessoal. Não depende da edição de leis e não exclui a garantia constitucional de acesso à Justiça. Alguns elementos, no entanto, são indispensáveis. Fundamental para o sucesso do empreendimento é o empenho das pessoas e instituições engajadas no projeto. É necessário que os agentes envolvidos - magistrados, promotores, advogados, defensores e principalmente as próprias partes - promovam profunda alteração de mentalidade e adotem a disposição de modificar condutas consolidadas por longos anos de atuação com foco na litigiosidade. Ao longo do ano, o Conselho Nacional de Justiça dedicou-se à formação permanente de conciliadores. Atividades de formação e multiplicação foram realizadas em todas as regiões do país e contaram com a participação de magistrados e servidores da Justiça. Os tribunais, conscientes das vantagens do método, realizaram mutirões focados em conflitos específicos. Vale a pena constatar alguns resultados. O Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região solucionou 90% dos processos de desapropriação relativos à duplicação da BR-101, com pagamento imediato aos proprietários das terras. O Tribunal Regional Federal da 3.<sup>a</sup> Região promoveu a semana de conciliação dos processos envolvendo idosos, em respeito a sua garantia legal de precedência. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais propiciou a conclusão de acordos em 93 % dos casos de pagamentos de precatórios devidos por 16 dos municípios mineiros. No Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para o mesmo tipo de pendências o percentual foi ainda mais elevado. Não são, porém, apenas as querelas com o Poder Público que se prestam à conciliação. Os débitos com o sistema de financiamento da habitação têm encontrado na conciliação via de solução rápida e satisfatória, com elevado índices de acordos. O Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região desenvolveu trabalho de conciliação junto à Caixa Econômica Federal, a Empresa Gestora de Ativos (Emgea) e mutuários do Sistema Federal de Habitação (SFH). O êxito da iniciativa possibilitou a entrega de certificados de baixa de hipoteca de imóveis do SFH. O Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe de um setor especializado para viabilizar o acordo em causas simples que seriam da competência das varas cíveis, tais como cobranças, despejos por falta de pagamento, reparação de danos por acidente de trânsito, antes mesmo que se transformem em processos judiciais. Para atender à situação criada com a crise do setor aéreo, foram instalados Juizados Especiais nos aeroportos de maior movimento do país. Esses juizados, eminentemente conciliadores, estimularam o atendimento voluntário pelas empresas aéreas de boa parte das justas demandas de passageiros prejudicados. Uma Justiça mais acessível, efetiva, simples e informal é o que deseja a população brasileira. A adoção da conciliação tem se revelado fórmula hábil para atender a esse anseio, como revelam os exemplos acima. É indispensável divulgar a existência de uma maneira nova de resolver as querelas. Sentar para conversar, antes ou depois de proposta uma ação judicial, pode fazer toda a diferença.

É curioso o fato de que causas de grande complexidade foram submetidas à tentativa de acordos para conciliação, as quais já estavam em curso na justiça.

O Conselho Nacional de Justiça, desde o ano de 2006, tem promovido um “movimento pela conciliação”<sup>338</sup> para agilizar processos através da campanha chamada “Semana Nacional pela Conciliação”<sup>339</sup>, que ocorreu pela primeira vez em 2007, entre os

---

<sup>338</sup> De acordo com informações colhidas do *site* do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

<sup>339</sup> De acordo com informações colhidas do *site* do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

dias 3 a 8 de dezembro, e mais de 3 (três) mil magistrados e 20 (vinte) mil servidores e colaboradores empenharam-se nos processos e mais de 300 (trezentas) mil pessoas foram atendidas.

Posteriormente, foram realizadas a “Semana Nacional pela Conciliação” em 2008 e em 2009, as quais tiveram ampla divulgação em rádios, revistas e televisão.<sup>340</sup> Para participar dessas atividades, os tribunais selecionaram os processos que tinham a possibilidade de acordo e intimaram as partes envolvidas no conflito.

Também foi concedida uma oportunidade ao cidadão ou à instituição procurar o tribunal em que o caso tramitava e demonstrar que tinham interesse em incluir o processo durante a semana.

Quando uma empresa ou instituição estiver envolvida em mais de dois processos, pode acontecer que o tribunal faça uma audiência prévia para sensibilizar a empresa ou o órgão ao trazer para o mutirão boas propostas para acordos. Estas conciliações são chamadas processuais porque o caso já estava em andamento na justiça. Contudo, também existem as conciliações pré-processuais ou informais, que ocorrem antes de o processo ser instaurado. A intenção do Conselho Nacional de Justiça é fortalecer a cultura do diálogo na justiça brasileira.<sup>341</sup>

Conforme a explicação de Daniel Fabretti<sup>342</sup> sobre a conciliação:

Conforme já ressaltado, a atuação do conciliador é de importância essencial para a melhoria dos serviços do Poder Judiciário. Especificamente no Estado de São Paulo, o número de ações dirigidas ao Poder Judiciário é muito maior do que no restante do país, e o número de ações distribuídas para cada *juiz* estadual também é muito maior do que nos outros estados. Assim, embora os juizes estaduais em São Paulo sejam os que mais trabalham (maior número de sentenças por ano), há lentidão na entrega da prestação jurisdicional. A atuação dos conciliadores e mediadores contribui, e muito, para a agilização dos serviços, uma vez que a pauta dos juizes costuma estar preenchida com

---

<sup>340</sup> De acordo com informações colhidas do *site* do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

<sup>341</sup> De acordo com informações colhidas do *site* do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

<sup>342</sup> *Mediação e gerenciamento do processo* 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008., p. 73-74.

audiências já designadas por vários meses, o que faz com que muitos processos fiquem apenas aguardando a data designada para a audiência de conciliação, verdadeiro tempo morto no inter processual. Além disso, os juízes são, em geral, assoberbados de trabalho, o que faz com que não possam se dedicar de maneira mais detida às audiências de conciliação. Assim disso, os juízes são, em geral, assoberbados de trabalho, o que faz com que não possam se dedicar de maneira mais detida às audiências de conciliação. Assim, a atuação do conciliador e do mediador pode não apenas agilizar a prestação jurisdicional, mas também melhorar a atividade do Poder Judiciário, que visa, sobretudo, à solução de conflitos. Isso porque o conciliador e o mediador dispõem de mais tempo que o *juiz* para se dedicar à tentativa de composição das partes e esta pode, assim, ser obtida com mais frequência e em melhores bases. A atividade do conciliador/mediador poderá, ainda, contribuir para uma mudança de perspectiva dos operadores do direito, acostumados à obtenção de soluções apenas por meio de sentença judiciais, incentivando a cultura da pacificação. O conciliador é um terceiro imparcial que auxilia as partes na obtenção de um acordo que seja vantajoso para ambas as partes. Ou seja, o conciliador deve atuar com imparcialidade, não deve tomar partido de qualquer das partes e não deve se mostrar favorável a uma ou a outra. Ao conciliador não incumbe julgar os interesses e propostas das partes e muito menos dar orientação legal aos mesmos, ou seja, não deve dizer quem tem razão, e isso deve ser reiteradamente esclarecido para as partes, o papel do conciliador é ajudar a dialogar, e não emitir opiniões sobre os assuntos tratados pelas partes. Neste ponto, convém salientar que o conciliador também está submetido às regras de impedimento e suspeição aplicáveis aos serventuários da justiça, nos termos dos artigos 134, 135 e 138, II, do Código de Processo Civil, justamente para se garantir a imparcialidade do conciliador. Assim, deve o conciliador abster-se de atuar em processos nos quais alguma das partes for seu amigo, inimigo, parente se possuir algum interesse no deslinde da causa, se houver aconselhado uma das partes sobre o caso, se for credor ou devedor de alguma das partes e nas demais hipóteses legais. O trabalho do conciliador é, de acordo com a Lei Complementar Estadual n.º 851/98 (que disciplina os *Juizados Especiais Cíveis* no Estado de São Paulo) de natureza gratuita, e sua função considerada relevante serviço público e honorífica, não gerando porém, vínculo com o Estado.

A iniciativa de promover a conciliação produz a satisfação popular com a Justiça e conseqüentemente com o Poder Judiciário, além de aproximar a população dos meios de defesa dos seus direitos e dos seus interesses. Também simplifica o modo de promover a pacificação dos conflitos entre os indivíduos e de priorizar a Dignidade da Pessoa Humana e não o sistema burocrático.

Afinal, é inconcebível que seja levada uma lide a um órgão judicial que impõe inúmeras barreiras para se obter um veredicto final. A justiça não pode converter-se em superstição entre o *povo – pessoa humana coletivamente considerada* - que vive sob as suas

decisões, como uma instituição da qual não se tem certeza de que realmente exista ou não e como um procedimento custoso ou inviável para as pessoas recorrerem ao Poder Judiciário.<sup>343</sup>

A população não pode temer as leis ou o próprio Poder Judiciário e este precisa despertar-lhe confiança, precisa ter credibilidade.<sup>344</sup> A Constituição Federal prevê a criação da Defensoria Pública para a orientação jurídica e para a defesa dos mais necessitados em todos os graus de jurisdição, conforme o artigo 5.º, incisos XXXII e LXXIV. Contudo, o povo precisa estar melhor informado sobre a importância e o papel das Defensorias perante a sociedade, pois grande parte da sociedade quase nada sabe sobre a tamanha importância dessa instituição para a defesa dos seus direitos.

Também precisa de informações sérias disponibilizadas pelos diferentes meios de comunicação (rádios, jornais e televisão) de modo simples e educativo para que possa haver a plena realização da justiça, mediante o acesso facilitado, amplamente aberto e oferecido com qualidade e quantidade. De acordo com Ada Pellegrini Grinover<sup>345</sup> sobre a assistência jurídica na sociedade contemporânea:

No que respeita à assistência judiciária, seu conceito também se renovou, tomando uma dimensão mais ampla. Em primeiro lugar, a assistência judiciária, entendida outrora como patrocínio gratuito e dispensa de despesas processuais, abrange hoje toda a assistência jurídica pré-processual, a começar pela informação, com a correlata tomada de consciência passando pela orientação jurídica (complementada, quando necessário, por outros tipos de orientação), pelo encaminhamento aos órgãos competentes e culminando finalmente, na

---

<sup>343</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A nova era do processo civil*, p. 13, lembra que: “Na realidade, não são só daqui nem só de hoje as tentativas de aperfeiçoar o sistema processual. Nem é necessário mergulhar tão profundamente no passado para descobrir nobres iniciativas assim motivadas. Começemos com as sadias propostas do austríaco Franz Klein, obcecado inimigo dos formalismos exagerados, em luta por “um processo civil simples, econômico, rápido e acessível aos pobres”. Essa fórmula é do começo do século XX e estava apoiada na reforma legislativa operada em seu país desde o fim do século anterior (ZPC austríaca, de 1895), mas até hoje continuamos, um pouco romanticamente, a propugnar por um “processo civil simples, econômico, rápido e acessível aos pobres” sem podermos dizer que já tenhamos chegado ou que estejamos chegando a resultados satisfatórios.”

<sup>344</sup> Conforme assinala Cândido Rangel Dinamarco, *op. cit.*, p. 14-15: “A mais grandiosa das tentativas de levantar dados para um diagnóstico das causas da ineficiência da Justiça constitui no monumental Projeto Florença, idealizado e levado a efeito nos anos setenta sob a liderança do idealista Mauro Cappelletti. Nas palavras dele próprio, esse foi um “movimento mundial pela efetividade dos direitos” e incluiu pesquisas de profundidade nas áreas do direito, da política, da sociologia, da economia e da antropologia, tudo afinal voltado a uma simples indagação: “Por quê?” Por que a Justiça não satisfaz os anseios dos que vivem dela e sobretudo dos que dela necessitam (os consumidores dos serviços da jurisdição)?”

<sup>345</sup> *O processo em evolução*, p. 116-117.

assistência judiciária propriamente dita. Daí porque a terminologia também se ampliou, falando-se hoje em assistência jurídica, em contraposição à antiga assistência judiciária (artigo 5.º, inciso LXXIV, c/c art. 134, ambos da CF). Mas além disso, também se dilatou o sentido do termo necessitados. Aos necessitados tradicionais, que eram - e ainda são - os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. O primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente da sua capacidade econômica. Mais recentemente, porém, fala-se em uma nova categoria de hipossuficientes, surgida em razão da própria estruturação da sociedade de massa: são os carentes organizacionais, a que se refere Mauro Cappelletti. São carentes organizacionais as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sociojurídicas existentes na sociedade contemporânea. Assim, por exemplo, o consumidor no plano das relações de consumo; o usuário de serviços públicos; os que se submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão; os pequenos investidores do mercado imobiliário; os segurados da Previdência Social; o titular de pequenos conflitos de interesse, que via de regra se transforma em um litigante meramente eventual. Todos aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são isoladamente frágeis perante adversários poderosos do ponto de vista econômico, social, cultural ou organizativo, merecendo, por isso mesmo, maior atenção com relação a seu acesso à ordem jurídica justa e à participação por intermédio do processo.

Essa mentalidade de que os menos favorecidos economicamente e também os carentes de recursos e de conhecimentos jurídicos são detentores do direito à assistência jurídica (orientação jurídica, informações e assistência judiciária), torna real e efetiva a igualdade entre todos os Homens perante a lei, pois favorece o equilíbrio entre os rumos desiguais. A maior igualdade de direitos é a social ao conferir Dignidade ao desamparado e ao necessitado da prestação jurisdicional viabilizada pelo fácil e gratuito acesso à justiça.

De acordo com o texto constitucional de 1988, o Ministério Público é a instituição permanente e essencial à efetiva prestação jurisdicional do Estado e um dos órgãos pelos quais este manifesta sua soberania em defesa dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana e em defesa da própria sociedade civil.

A Constituição confere a ele a definição de permanente pois visa à defesa da ordem jurídica e da própria sociedade, principalmente perante o Poder Judiciário, junto ao qual tem a missão de promover a ação penal e a ação civil pública. Para Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>346</sup>:

---

<sup>346</sup> *Teoria geral do processo*, p. 210.

O Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. Define-o a Constituição Federal como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Esses valores recebem a atenção dos membros do Parquet, seja quando estes se encarregam da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado e postulando a repressão ao crime (pois este é um atentado aos valores fundamentais da sociedade), seja quando no juízo civil os curadores se ocupam da defesa de certas instituições (registros públicos, fundações, família), de certos bens e valores fundamentais (meio ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, paisagísticos), ou de certas pessoas (consumidores, ausentes, incapazes, trabalhadores acidentados no trabalho).

No mesmo sentido assinala Hugo Nigro Mazzilli<sup>347</sup>:

Longe de ser mero acusador criminal, e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está consagrado, com liberdade, autonomia e independência funcional, à defesa dos interesses indisponíveis dos indivíduos e da sociedade.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior<sup>348</sup>:

O Ministério Público deve exercer o seu mister, sem subterfúgios, atuando sempre na defesa dos interesses indisponíveis da sociedade e recusando atividades que não lhe são típicas.

De acordo com o disposto no artigo 32, inciso II, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, compete ao Promotor de Justiça atender a qualquer Homem do povo. Porém, cumpre observar que há falta de maior divulgação através de campanhas educativas pelos meios de comunicação de massa (televisão, rádios e jornais) a respeito do atendimento ao público e do papel que o Ministério Público desempenha na defesa dos direitos civis e grande parte da população, principalmente os menos esclarecidos, faz idéia de que o Promotor desempenha somente o papel de acusador público.

---

<sup>347</sup> *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

<sup>348</sup> Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 46, 1987, p. 8.

Quanto maior a conscientização social do papel que o Ministério Público desenvolve na defesa dos direitos civis, maior a educação do povo a respeito dos seus direitos e da efetividade na defesa deles. Portanto, o processo civil brasileiro torna-se mais socialmente efetivo, amplia o acesso à justiça com maior dignidade e, acima de tudo, faz mais verdadeira e efetiva a Constituição Federal.

Defende-se neste estudo a idéia de que o atendimento ao público deve ser ampliado e poderia também ser iniciado através da Internet, via *e-mail*, para esclarecer dúvidas e fornecer orientações iniciais, além de evitar as filas que desagradam ao público interessado no atendimento e evitar também as aglomerações nos corredores do Fórum ou defronte das salas das promotorias.

Os atendimentos e os esclarecimentos iniciais quando efetuados via *e-mail* facilitariam a vida daqueles que possuem certa urgência e dos que possuem dificuldade para se locomoverem até as promotorias de justiça. A população também precisa saber mais sobre as varas especializadas nas mais diferentes áreas (consumidor, urbanismo, criança e adolescente, saúde, educação, meio ambiente, etc.) e o quanto o Promotor de Justiça pode ajudá-las na solução dos seus dramas pessoais.

O povo brasileiro precisa saber e conscientizar-se de que o Ministério Público brasileiro assumiu na Constituição Federal de 1988 uma importância nunca antes conquistada pela instituição e consagrou-se como defensor do cidadão (*ombudsman*), dos interesses das populações indígenas, do meio ambiente, dos consumidores, do idoso, da criança e do adolescente, do patrimônio público e social e dos interesses difusos e coletivos em geral para que este se torne forte aliado da sociedade na defesa e na proteção da Dignidade da Pessoa Humana. No magistério de Ada Pellegrini Grinover<sup>349</sup> sobre o acesso à ordem jurídica justa ela afirma que:

Por outro lado, no enfoque atual, a questão do acesso à justiça se insere num quadro participativo. A participação popular na administração da justiça e a participação

---

<sup>349</sup> *O processo em evolução*, p. 116.

popular mediante a justiça são as duas facetas pelas quais se concretiza no processo a moderna democracia participativa. A participação na administração da justiça, ou seja, no próprio exercício da jurisdição, representa, como bem disse Vittorio Denti, instrumento de garantia, de controle e de transformação; e responde à exigência de legitimação democrática do exercício da jurisdição e às instâncias prementes de educação cívica, segundo salienta Mauro Cappelletti. Por sua vez, a participação mediante a justiça significa a própria utilização do instrumento processo como veículo de participação democrática. Concretiza-se ela, exatamente, pela efetiva prestação da assistência judiciária e pelos esquemas da legitimação para agir. De modo que a questão do acesso à ordem jurídica justa, no plano processual, se insere no quadro da democracia participativa, por intermédio da participação popular pelo processo.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>350</sup> considera a educação da sociedade acerca dos seus direitos um dos escopos sociais do processo e assinala que:

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios. Em uma sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico “vá buscar seus direitos” que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor, corresponde o ameaçador *I sue you*, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas. Por tendência, desinformação ou descrença, o brasileiro é pouco afeito às disputas judiciárias. Nesse contexto é que a Lei dos *Juizados Especiais* e o Código do Consumidor também procuram exercer papel muito relevante, seja no sentido de restaurar a confiança da população no Judiciário, seja no de criar o entendimento geral de que ir ao processo é a solução de muitos problemas. Hoje são muitos os estados de insatisfação que se perpetuam e convertem em decepções permanentes, porque as pessoas não se animam a litigar em juízo.

A lei dos *Juizados Especiais* privilegia a celeridade, a informalidade e a economia processual e visa proporcionar maior efetividade ao processo e mais amplo e fácil acesso à justiça.

Os *Juizados Especiais Cíveis* representam hoje o caminho, mais acessível, eficiente, simples, célere e desburocratizado para a solução dos litígios individuais de menor complexidade, pois apresentam mecanismos e princípios jurídicos modernos que tornam a prestação jurisdicional mais ágil e de resultados.

---

<sup>350</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 191-192.



Os *Juizados de Pequenas Causas* foram criados primeiro no âmbito estadual com a finalidade de atender à chamada “litigiosidade contida”<sup>351</sup>, na expressão de Kazuo Watanabe. A partir disso, abriu-se a porta do Judiciário e facilitou-se o acesso à justiça e às grandes massas populares. Com a finalidade de instrumentalizar a defesa dos direitos dos consumidores, o Código do Consumidor, no seu artigo 5.º, inciso VI, determinou ao Poder Público a criação de *Juizados Especiais Cíveis de pequenas causas e de menor complexidade*, previstos na Lei 9099/95. O objetivo dessa lei acerca dos *Juizados Especiais* é a institucionalização de conflitos corriqueiros e de pouca complexidade e não só os conflitos de consumo que não excedam a 40 salários mínimos, conforme dispõe o artigo 3.º, inciso I, da referida lei. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover<sup>352</sup> sobre a ordem jurídica justa

A idéia de acesso à justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais. Nas palavras lapidares de Kazuo Watanabe, não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. E, segundo o mesmo autor, são dados elementares desse direito: o direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características. Uma tarefa dessas dimensões exige, antes de mais nada, nova postura mental. No lúcido ensinamento de Mauro Capelletti a ordem jurídica e as respectivas instituições não de ser vistas não mais a partir da perspectiva do Estado, que administra a justiça, mas da perspectiva dos consumidores, ou seja, dos destinatários da justiça de modo que a problemática não traz à tona apenas um programa de reformas mas também um método de pensamento.

O fácil acesso ao Poder Judiciário é muito importante para que os indivíduos possam, efetivamente, usufruírem de seus direitos através de um instrumento que lhes assegure a justiça do começo ao fim. Contudo, para que isso realmente aconteça, são necessários muita disposição e muito empenho dos juízes e do pessoal que trabalha a serviço da justiça. Há algumas décadas, os direitos de acesso à justiça e o de obter uma decisão jurisdicional adequada ganharam destaque no contexto das nações democráticas e tornaram-se uma

---

<sup>351</sup> *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

<sup>352</sup> *O processo em evolução*, p. 115-116.

garantia constitucional fundamental (artigo 5.º, XXXV, da CF/1988). A reformulação dos sistemas processuais existentes passou a ser reivindicação constante entre os estudiosos. A partir dos estudos de Mauro Cappelletti,<sup>353</sup> a ordem jurídica e as instituições jurídicas passaram a ser vistas não mais a partir do prisma do Estado, administrador da justiça,<sup>354</sup> mas da perspectiva da Pessoa Humana e de sua Dignidade.

Essa análise trouxe à luz um novo método de pensamento que gerou reformas no modo de pensar e de agir acerca do tema acesso à justiça. O acesso à justiça está relacionado com a idéia de viabilizar o próprio acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a justiça deve ser aquela que esteja apta a atender e a proteger a Dignidade da Pessoa Humana por diferentes oportunidades que assegurem um resultado justo do processo.

Viabilizar o acesso à ordem jurídica justa também significa incluir o direito que a população possui de ser informada e instruída acerca dos seus direitos e dos meios de acessarem o Poder Judiciário por diferentes caminhos. A educação sobre os direitos deve ser efetuada através de diferentes formas de comunicação e de auxílio informativo: folhetos, cartilhas, meios de comunicação de massa, etc. O direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade social representa a aproximação da justiça do processo com a população com o direito a uma justiça devidamente organizada com profissionais sensíveis, talentosos e de boa vontade para atenderem as necessidades de haver justiça com a pessoa humana enquanto fundamento do Direito, do Estado Democrático e da Constituição Federal.

---

<sup>353</sup> CAPPELLETTI & GARTH. Access to Justice. Milano: Giuffrè, 1978, v. I, Book I. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

<sup>354</sup> Luiz César Medeiros, *O formalismo processual e a instrumentalidade do processo*, p. 51, explica que: “Enfrentando o tema Galeno Lacerda, no mesmo pronunciamento antes enunciado, teve oportunidade de asseverar que “fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do due process of law, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não, não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe o processo”. E, como complemento de seu raciocínio, adverte o doutrinador que essa concepção de formalismo é própria de que se perdeu de vista que os valores e os interesses no mundo do Direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Acima do interesse público relacionado às formas e às formalidades, sobrepõe-se a outros interesses, também públicos, de maior relevância, “o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.” Ver também: Galeno Lacerda, O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, jul. 1983, p. 10.

### 3. A Justiça Natural e Justiça do Amor

Enquanto o Estado é uma realidade espiritual artificial,<sup>355</sup> a Pessoa Humana é uma realidade física natural.

O Estado é instrumento – meio ou caminho - para realização e concretização dos anseios populares e para a efetivação da Dignidade da Pessoa Humana individual compreendida aqui em dois sentidos: *patrimonial e existencial*.

O Estado deve servir à Pessoa Humana, para que esta não se torne serva ou até mesmo escrava do Estado.

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>356</sup>:

Max Weber (1976:815) identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença na legalidade, isto é, na organização racional de competências com base na lei, tendo em vista o princípio da eficiência. Já a noção de grandeza superior, presente nas primeiras teorizações de Maquiavel e Bodin, marca o Estado como poder-força, garantido pelo direito de soberania, pela afirmação de um poder central e unitário contra os poderes setoriais e particulares. Na verdade, uma das características decisivas deste ente político abstrato, o Estado, separado e diferente dos entes individuais concretos, os cidadãos e suas organizações, é a noção de soberania. Esta, como um poder-direito do senhor já existia na Idade Média. Sua origem estava na relação concreta entre o soberano e o súdito, marcada por mecanismos de apossamento da terra. Por isso, até hoje, soberania e territorialidade são conceitos próximos. Ora, a partir do Renascimento, o crescimento das atividades mercantis, o intercâmbio com o Oriente, as grandes descobertas, afetam esta relação concreta do senhor sobre a terra e sobre os que nela vivem. Por meio do comércio, engendra-se uma nova forma de relação, que não é poder apenas sobre objetos, sobre bens, riquezas, mas poder sobre o corpo e seus atos, poder sobre o trabalho. Trata-se de um poder - “poder disciplinar” - que, no contrário da soberania medieval, é mais contínuo e permanente. Não pode ser alimentado por instrumentos apenas ocasionais, como taxas e impostos, mas necessita, por traz deles, um sistema de delegações contínuas e estáveis. O poder disciplinar confere à soberania (do Estado) um sentido mais abstrato, simultaneamente, mas racionalizável e duradouro. Antes ela emergia do apossamento da terra e da riqueza. Agora ela constitui a possibilidade de apossamento. O Estado serve ao desenvolvimento do capitalismo e à acumulação contínua e eficiente da riqueza. Esta nova forma de soberania exige do Estado uma capacidade gestora dos bens comuns, em consequência, a idéia de cálculo, de arte econômica (economia política). Como nos mostra Foucault (1982:288), o crescimento populacional exigiu uma espécie de quantificação

<sup>355</sup> Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 265: “O direito, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, não é uma técnica. Ele é a positivação do poder, ou seja, conjunto de normas que transparecem as decisões do Estado (centro de Poder) e destinadas a orientar a conduta das pessoas e suas relações em sociedade. Uma realidade espiritual situa-se nos domínios da ética, animado pela natural inclinação do homem a tutelar valores e estabelecer condições favoráveis à criação de valores novos.”

<sup>356</sup> *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 177-178.

racionalizada da produção e do consumo social (estatística). As populações passam a ser, simultaneamente, o sujeito das necessidades, das aspirações, e o objeto nas mãos do governo. Assim, a soberania, antes uma relação externa entre senhor e súdito, torna agora a forma de um exercício interno de comando e de organização. Ela se burocratiza. Multiplicam-se as agências estatais. O direito de soberania se transforma também num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão. Está aí a raiz do ordenamento visto como sistema dinâmico de normas. Esta dinâmica tem a ver com o, anteriormente mencionado, “fenômeno da positivação”. A positivação, como dissemos, significou a institucionalização da mutabilidade do direito. Antes do século XIX fazia-se uma diferença entre o velho e o novo direito, em termos diacrônicos: a prevalência de um sobre o outro dependia de fatores temporais empíricos: qual veio antes, qual veio depois. Após o século XIX, a questão deixa de ser decisiva a precedência no tempo, para saber qual direito prevalece e revoga o outro. Ou seja, não se pergunta, primariamente, o que, quem, quando, em que circunstâncias, por que existe um direito, mas qual o direito que, no sistema, vale. A positivação significou, assim, a contingência de todo e qualquer direito que não apenas é posto por decisão, mas vale por decisão. Isto é, com a positivação criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afastasse a função normativa: hoje, por exemplo, a rescisão imotivada e um contrato de locação é permitida, amanhã passa a ser proibida, depois volta a ser permitida, sendo tudo permanentemente reconhecido como direito, não incomodando a esse reconhecimento a sua mutabilidade. A positivação, deste modo, assegura, assegura uma enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito não depende mais do status, do saber, do sentir de cada um, embora, ao mesmo tempo continue sendo aceito por todos e por cada um. Em suma, com a positivação ocorre uma radical reestruturação do direito, pois sua congruência interna deixa de assentar sobre a natureza, o costume, a razão e passa reconhecidamente, a basear-se na própria vida social moderna, com sua imensa capacidade para a indiferença: indiferença quanto ao que valia e passa a valer), quanto à incompatibilidade de conteúdos (aceita-se a inconsistência e se convive com ela), quanto às divergências de opinião (aceita-se a tolerância como uma virtude-chave) (cf. Luhmann, 1972, v.2:1)

Na explanação filosófica de Rousseau<sup>357</sup>:

O espírito, como o corpo, tem suas necessidades. Estas são os fundamentos da sociedade, as demais são seu ornamento. Enquanto o governo e as leis suprem à segurança e ao bem-estar dos homens reunidos, as ciências, as letras e as artes, menos despóticas e talvez mais poderosas, estendem guirlandas de flores nas correntes de ferro que eles carregam, sufocando-lhes o sentimento dessa liberdade original para a qual pareciam ter nascido, fazem-nos amar sua escravidão e formam o que chamamos de povos policiados. A necessidade ergueu os tronos, as ciências e as artes os consolidaram. Poderosos da terra, amai os talentos, e protegei aqueles que os cultivam. Povos - policiados, cultivai-os; felizes escravos, vós lhes deveis esse gosto delicado e fino de que vos vangloriais, essa mansidão de caráter e essa urbanidade de costumes que tornam tão ameno e tão fácil o trato entre vós; em suma, as aparências de todas as virtudes, sem possuir nenhuma delas.

---

<sup>357</sup> *Op. cit.*, p. 12.

A verdadeira soberania é a da vida e da Pessoa Humana e não a soberania<sup>358</sup> do Estado.<sup>359</sup> Esta é uma ficção, uma criação humana. A verdadeira vitória é a do bem, da paz e da alegria e não a da força política e das ordens impositiva e coatora. A verdadeira supremacia é a da Pessoa Humana e não a das leis.

O Homem é criatura de Deus e este é o seu Criador.<sup>360</sup> O Estado é criatura do Homem e, portanto, este criou aquele. Contudo, considera-se o Estado como o criador dos Homens e estes suas criaturas, porque os Homens afastaram-se de sua essência e do seu Criador e adaptaram-se ao Estado.<sup>361</sup> Deus não rejeitou o Homem, mas este rejeitou a Deus.

<sup>358</sup> Conforme a definição de Miguel Reale, soberania “não é senão o poder originário de declarar, em última instância, a positividade do direito”. (*Lições preliminares de Direito*, Saraiva, 23. ed., 1996, p. 189). Nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Soberania é o poder político supremo (não há limitação a ele na ordem interna) e independente (não obedece a ordens de governo ou organismo estrangeiro) do Estado. Por meio da cláusula de supranacionalidade, os Estados podem ter sua soberania mitigada, na medida em que tratados internacionais dos quais o Estado seja signatário ingressa na ordem interna do País como norma superior à Constituição (CF 5.º parágrafo 4.º: submissão do Brasil às decisões do Tribunal Penal internacional) ou de igual hierarquia (CF 5.º, parágrafo 3.º: tratado internacional sobre direitos humanos como norma constitucional)”. (*Constituição Federal comentada e legislação especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 117).

<sup>359</sup> Para Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, p. 188-189): “O Estado é a organização do poder, ou por outras palavras, que é a sociedade ou a Nação organizada numa unidade de poder, com a distribuição originária e congruente das esferas de competência segundo campos distintos de autoridade.” De acordo com Giorgio Del Vecchio, *O Estado e suas fontes do direito*, Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 19-20: “Podemos, portanto, definir o Estado como o sujeito da vontade que estabelece (impõe) uma organização jurídica. Ou, também, em termos metafóricos, como o centro de irradiação das normas que constituem um sistema jurídico positivo. Conseqüentemente, é óbvio, antes de tudo, que o Estado não pode estar sujeito a outra vontade, pois que em tal caso ao sujeito dessa vontade pertenceria justamente a qualificação de Estado, sendo a ele que deveria referir-se a validade de todo o sistema de normas. Ora, esta essencial autonomia ou independência da vontade do Estado exprime-se comumente, dizendo que do Estado é inseparável o atributo da soberania. A construção dogmática do direito, depois disso, delinea-se de uma maneira assaz simples. Toda organização jurídica é, neste plano, uma criação do Estado. Só este pode dar um valor positivo não só a uma norma de qualquer maneira criada (por exemplo, a um costume), mas também a um simples ato de vontade, pois que, pelo que respeita a qualquer ato, tanto a sua liceidade como a sua capacidade de produzir efeitos jurídicos dependem exclusivamente da sua conformidade com uma norma, ou, por outras palavras e por hipótese, com a vontade do Estado. Nada vale, portanto, a vontade privada por si, mas só enquanto é convalidada e tornada eficaz por aquela outra vontade superior que a determina.”

<sup>360</sup> Conforme a explicação de Emmanuel Kant, *Crítica da razão prática*. Trad. Paulo Barrera. Revisão da Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Ícone, 2005, p. 124: “a causa suprema da natureza, enquanto for ela um pressuposto para o sumo bem, é um ser que, por razão e por vontade, constitui a causa (conseqüentemente, é autor) da natureza, por isto Deus. Por conseguinte, o postulado da possibilidade do sumo bem derivado (um mundo ótimo) é ao mesmo tempo, o postulado da realidade de um sumo bem originário, isto é, a existência de Deus.”

<sup>361</sup> Conforme pesquisa realizada pela Revista Veja sobre o alto índice de corrupção no Brasil, a distribuição política de cargos é apontada como o terceiro fator que contribui para a corrupção no país: “Em regra, o chefe do Executivo loteia o governo entre os partidos para garantir a maioria no Legislativo. Esses partidos usam os cargos públicos para financiar suas campanhas, aumentar seu poder político e, principalmente, para enriquecer. Daí para os escândalos é um pulo. Basta uma gravação.” (Otávio Cabral e Gustavo Ribeiro, Poder, dinheiro, corrupção e..., *Revista Veja*, São Paulo, Abril, ed. 2142, a. 42, n. 49, de 9 dez. 2009, p. 84).

A falha humana foi estabelecer sua própria justiça e suas próprias leis, as quais o fizeram tropeçar em escândalos e numa justiça rígida e falha<sup>362</sup> que protege o governo devorador de bens do povo<sup>363</sup>, numa polícia impiedosa,<sup>364</sup> numa justiça burocrática e<sup>365</sup> num povo triste e oprimido.

O Homem deveria ter procurado a justiça na sua essência e no seu Criador para que não fosse confundido,<sup>366</sup> mas ele se apoiou na mente humana e em sua inteligência e sua busca resultou em pessoas imperfeitas, falíveis, construtoras de teorias e por isso a justiça, que a partir disso se originou, veio carregada de falhas.

Conforme bem salienta Dalmo de Abreu Dallari<sup>367</sup>:

<sup>362</sup> Segundo reportagem da *Revista Veja*, o excesso de burocracia judiciária facilita a corrupção no Brasil: “O processo de compra e contratação do Estado, são lentos, cheio de instâncias intermediárias e com uso limitado de meios eletrônicos. Assim, funcionários públicos e políticos têm um campo farto para criar dificuldades e vender facilidades. Situação ideal para ação de quadrilhas ligadas a políticos” (*Ibidem*, mesma página).

<sup>363</sup> Conforme relata a *Revista Veja*: “Não são raros os casos em que políticos são surpreendidos com dinheiro de origem duvidosa. Raro são os casos em que alguém vai para a cadeia” (*Ibidem*, mesma página).

<sup>364</sup> Conforme detalha o relatório anual de 2003 do Centro de Justiça global sobre a polícia militar da cidade de Rio de Janeiro: “O emblema institucional do Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE) da Polícia Militar - uma caveira emalada numa espada sobre duas pistolas douradas - lembra os símbolos utilizados pelos grupos de extermínio compostos por policiais, que surgiram na década de 70, durante a ditadura militar e até hoje agem nas favelas do Rio de Janeiro. Sua iconografia, como explica a página oficial na internet do BOPE, envia um recado claro e direto: o confronto armado, a guerra e a morte. A imagem da Caveira se encontra também sobre uma grande placa no portão de entrada da sede da corporação do BOPE, no alto do bairro de Laranjeiras, acompanhado do aviso “*Seja bem-vindo, visitante. Mas não faça movimentos bruscos!*” (Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009). No mesmo sentido noticiou o jornal O Globo: “Os ‘gritos de guerra’ nos treinamentos do Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE) da Polícia Militar do Rio de Janeiro: *O interrogatório é muito fácil de fazer / pega o favelado e dá porrada até doer. O interrogatório é muito fácil de acabar / pega o bandido e dá porrada até matar. (...) Esse sangue é muito bom / já provei não tem perigo / é melhor do que café / é o sangue do inimigo. (...) Bandido favelado / não se varre com vassoura se varre com granada / com fuzil, metralhadora.*” (Gritos de guerra do BOPE assustam Parque Guinle. *Jornal O Globo*, São Paulo, 24 set. 2003).

<sup>365</sup> Conforme noticiou a *Revista Veja*, que ouviu cientistas políticos, filósofos, advogados e historiadores sobre o tema: as raízes da corrupção: “A impunidade é a causa número 1 do problema, mas existem outros pontos importantes: 2) Morosidade da Justiça: investigados com nível superior, poder e dinheiro, como os políticos corruptos, conseguem contratar bons advogados que usam as brechas da lei para retardar os inquéritos. A possibilidade de chicanas é tamanha que muitas vezes o crime prescreve antes de chegar à condenação.” (Otávio Cabral e Gustavo Ribeiro, Poder, dinheiro, corrupção e..., *Revista Veja*, São Paulo, Abril, ed. 2142, a. 42, n. 49, de 9 dez. 2009, p. 84).

<sup>366</sup> Considerando a sabedoria expressa no pensamento de Leibniz, *Discurso de metafísica*. Trad. Gil Pinheiro: São Paulo: Ícone, 2004, p. 109: “Sendo Deus ao mesmo tempo o mais justo e o mais bondoso dos monarcas, e nada mais pedindo além de boa vontade, contanto que ela seja sincera e séria, seus súditos não poderiam desejar melhor condição: para fazê-los totalmente felizes, Deus só solicita que o amem”.

<sup>367</sup> *O poder dos juízes*, p. 85.

Como bem observou Jean Paul Sartre, “o Racionalismo expulsou Deus da Terra”, devendo-se acrescentar que a subordinação das relações humanas exclusivamente à razão significou também a expulsão dos imperativos éticos. Entretanto, nem mesmo a subordinação à razão prevaleceu, tendo ocorrido durante o século dezenove uma deformação dessas concepções que, de algum modo, sujeitam a todos os seres humanos a regras objetivas, iguais para todos. A expressão mais degenerada dessa deformação, que esconde o arbítrio de alguns homens atrás da máscara só aparentemente neutra das leis, é a corrupção grosseira de legisladores, que em troca de dinheiro e de vantagens pessoais vendem seu apoio a um projeto de lei. A ocorrência freqüente desse vício ficou amplamente demonstrada durante as investigações realizadas no Brasil sobre a corrupção no governo Collor, que acabaram revelando a existência de ativas ramificações no Senado e na Câmara dos Deputados. Grandes empresários, que freqüentemente aparecem na imprensa criticando o governo e fingindo-se indignados com a corrupção no setor público, costumam contribuir para a formação de fundos destinados a comprar o apoio de parlamentares para a aprovação de certos projetos de lei. E inúmeros registros na imprensa ou em obras de teoria e divulgação, baseados em fatos ocorridos em diferentes países, mostram que práticas semelhantes são adotadas em muitas partes do mundo. Como fica evidente, o *juiz* escravo da lei tem grandes possibilidades de ser, na realidade, escravo dos compradores de leis.

Os Homens confiaram demais em sua racionalidade e com isso se assoberbaram, passando a desprezar os próprios semelhantes e a Natureza. O Estado Brasileiro que se apresenta hoje encontra suas raízes na impiedade, na rigidez e na exclusão.<sup>368</sup>

Para o Criador só existe uma raça, a humana, e um povo que vibra num só coração e que se senta numa só mesa. Para os Homens existem várias raças, vários povos, várias classes sociais, várias classes intelectuais, várias linguagens que quase não conversam entre si, vários poderes instituídos, várias mesas, sendo algumas cheias e outras vazias, e o mais curioso é que na mesa do Estado sentam-se poucos e quase sempre os mesmos.<sup>369</sup>

<sup>368</sup> Nas palavras de Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 23-24: “Evidentemente, a minimização do Estado Providencia ou welfare state tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social. O Estado interventor - desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi - especialmente no Brasil - pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram / aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/ loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1996, custou a estabilidade no emprego para os milhões de brasileiros! Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores/ destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar (ou se moram, moram em favelas ou bairros distantes), nossas classes médio-superiores obtiveram financiamentos (a juros subsidiados) do Banco Nacional da Habitação (sic) - depositário dos recolhimentos do FGTS - para construir casas e apartamentos na cidade e na praia... Isso para dizer o mínimo!”

<sup>369</sup> Conforme *Revista Veja*: “Os partidos são comandados pelos mesmos grupos há mais de uma década, cuidando dos cargos como se fossem patrimônio pessoal e dificultando o surgimento das novas lideranças. O excesso de escândalo provoca o descrédito da atividade política, afugentando pessoas de bem da vida pública.” (Otávio Cabral e Gustavo Ribeiro, Poder, dinheiro, corrupção e..., *Revista Veja*, São Paulo, Abril, ed. 2142, a. 42, n. 49, de 9 dez. 2009, p. 84).

Dalmo de Abreu Dallari<sup>370</sup> também fala do abismo que existe entre a linguagem do *juiz* e a linguagem da pessoa de pouca instrução dizendo que:

Desde o final do século dezoito e o começo do dezenove, com a afirmação das idéias modernas de democracia, ocorreu o sepultamento dos privilégios da aristocracia baseada em tradições familiares. Mas novos grupos sociais dominantes procuram meios de garantir para si uma situação privilegiada com apoio de outros fatores, como a riqueza, a superioridade intelectual ou a ocupação de posições de mando na organização social. Vem daí a preocupação em se diferenciar do “comum do povo”, implicando a idéia preconceituosa de que tudo o que é do povo é inferior, pois ele é mal-educado, não tem cultura, não é capaz de compreender as razões das camadas superiores. Em relação aos juizes esse processo de distanciamento do comum do povo é bem evidente. Ele está presente na linguagem rebuscada e no tratamento cerimonioso, falsamente respeitoso, previsto na própria legislação e que tem o efeito real de criar mais temor do que respeito. Quem presenciar o interrogatório de uma pessoa simples numa audiência judicial vai verificar que o *juiz* e o depoente usam o mesmo idioma mas não falam a mesma língua. O depoente, muitas vezes, tem dificuldade para responder as perguntas do *juiz*, em grande parte porque não consegue entender o que lhe está sendo perguntado e, por vergonha ou temor, não revela essa dificuldade. Além disso, como as pessoas nesse ambiente usam vocabulário muito diferente da linguagem habitual do povo, o depoente fica inseguro e tem medo de não estar usando as palavras corretas. Muitos juizes não chegam sequer a perceber a inadequação de fazer perguntas a pessoas simples ou sem conhecimentos jurídicos, usando expressões técnicas, e ficam irritados quando não recebem uma resposta precisa. Assim, houve um *juiz* trabalhista que insistiu em perguntar a um modesto auxiliar de padeiro se era verdadeira a acusação de que ele havia “incorrido em desídia”, insistindo na pergunta nos mesmos termos, obtendo como resposta o silêncio apavorado do depoente e concluindo com a afirmação que ele silenciava de má-fé. A par dessas dificuldades, não é raro que o *juiz* não consiga entender com precisão o vocabulário do depoente nem se esforce para isso, deixando lacunas no termo de depoimento ou registrando coisas diferentes das que foram ditas. Compreende-se que um *juiz* sobrecarregado de trabalho não tenha muita disposição para ouvir com paciência ou para traduzir em termos da linguagem comum as expressões técnicas. Mas, em grande parte, essa dificuldade de compreensão e diálogo está ligada a uma atitude de superioridade em relação às pessoas comuns e à falta de percepção de que, muito mais do que um aparato formal, a magistratura bem exercida é um serviço relevante para o povo. Essa inconsciência de seu papel social influi para que o *juiz* fique longe do povo e, em última análise prejudica a apuração da verdade e a realização da justiça, reduzindo a utilidade e o prestígio do Judiciário.

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari<sup>371</sup>:

Os três Poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o “Estado mínimo”, pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados.

<sup>370</sup> *O poder dos juizes*, p. 148-149.

<sup>371</sup> *O poder dos juizes*, p. 1.



Curioso também observar que o Estado Brasileiro é formado por três poderes (Legislativo, Executivo e o Judiciário)<sup>372</sup> e que cada qual possui sua autonomia e independência. Porém, no Brasil, as cúpulas do Poder Judiciário,<sup>373</sup> do Poder Executivo e do Poder Legislativo unificaram-se e sentaram-se em uma única mesa, acompanhados ainda de alguns empresários, para tornar legítimo o poder jurídico e político do país.

Por tudo isso, no início desse tópico, afirmou-se que a soberania legítima não é a do Estado, mas a da Pessoa Humana, porque a Tripartição dos Poderes do Estado brasileiro desvirtuou-se e corrompeu-se e a teoria deve ser vista com outros olhos.

---

<sup>372</sup> Conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 119: “O Poder é uno e indivisível e seu exercício é realizado pelo Estado por meio de três funções: legislação, administração e jurisdição. Legislar é editar o direito positivo. Administrar é aplicar a lei de ofício; julgar é aplicar a lei contenciosamente. Essas três funções, que se completam e se esgotam em extensão, são exercidas pelos órgãos estatais denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.”

<sup>373</sup> Conforme o parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal: “Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha da maioria absoluta do Senado Federal” Nos comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery ao parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal: “Trata-se de critério político de escolha somado a dois requisitos (notável saber jurídico e reputação ilibada) de averiguação subjetiva.” (*Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, p. 276). O critério político de escolha dos membros da cúpula do Poder Judiciário faz com que as decisões em muitos casos também sejam políticas e descomprometidas com os nobres ideais que favorecem o povo. De acordo com o artigo 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador - Geral da República”. O fato do Presidente da República nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal torna o órgão máximo do Poder Judiciário um órgão político com poderes jurisdicionais. Ocorre, portanto, o comprometimento da imparcialidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal para julgarem aquele que os nomeou. A letra do artigo, na vida prática, também dá abrigo às impunidades, em razão disso, dificilmente se vê algum Presidente da República e membros do Congresso Nacional serem punidos por seus erros. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juízes*, p. 116-117: “Esse processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal tem produzido resultados duvidosos e nos últimos tempos passou a ser discretamente discutido, já tendo havido até mesmo manifestações de juízes e associações de magistrados que não o consideram satisfatório. Nunca se pretendeu enquadrar um integrante do Supremo Tribunal na figura clássica do corrupto, que faz concessões em troca de vantagens pessoais, entretanto, são conhecidos muitos casos de homens que foram indicados para o tribunal máximo do país por suas antigas ligações político - partidárias, ou por relações de amizade com o Presidente da República ou com pessoas muito influentes no governo. Isso tem levado, às vezes, à escolha de juízes sem verdadeira independência política ou Moral ou sem a estrutura ou sem a estatura intelectual que o cargo pressupõe. A par disso, também o saber jurídico de muitos dos que, desde a criação do tribunal, chegaram a esse elevado cargo da magistratura, tem sido questionado. É verdade que alguns dos mais notáveis juristas brasileiros foram ministros do Supremo Tribunal Federal, mas o mesmo cargo tem sido ocupado por figuras de mínima expressão jurídica. De fato, inúmeros dos que foram indicados pelos Presidentes da República, e aceitos pelo Senado praticamente sem exame ou debate público, não tinham prestígio na área tinham prestígio na área jurídica ou eram simplesmente desconhecidos, não havendo notícia de que houvessem dado alguma contribuição relevante à teoria jurídica ou à prática de que houvessem dado alguma contribuição relevante à teoria jurídica ou à prática dos direitos. E no Supremo Tribunal nunca foram além da apagada rotina. Alguns deles, oriundos da classe dos juízes, só eram conhecidos num círculo bastante restrito do próprio Judiciário. Além disso, muitos críticos do Supremo Tribunal Federal entendem que o modo de escolha de seus membros tem sido responsável por atitudes de acomodação, especialmente em relação ao Executivo, pois muitos ministros não se sentem Moralmente livres para decidir contra os interesses do Presidente da República que os indicou para o Tribunal.”

De acordo com as palavras de Lenio Luiz Streck<sup>374</sup>:

Inúmeros exemplos podem ser trazidos para mostrar a razão cínica brasileira. Um deles ocorreu durante a campanha eleitoral de 1998, em que o Ministro da Previdência Social, Waldeck Ornelas, mandou 17,6 milhões de cartas para segurados do INSS. Na missiva, Ornela defendia a reforma da Previdência. Pura propaganda eleitoral, com o custo de R\$ 4,9 milhões. Examinando a matéria, o Tribunal Superior Eleitoral condenou o ministro. A pena aplicada: R\$ 19,2 mil.

A corrupção tornou-se uma realidade e o Amor e o Respeito ao Próximo, uma utopia. Por isso, o presente estudo procura discorrer sobre idéias filosóficas acerca dos ideais, embora, atualmente, eles sejam considerados perdidos para no futuro tornarem-se reais com efeitos práticos no mundo jurídico-político.

O Poder Executivo, as cúpulas do Poder Judiciário e o Poder Legislativo não estão comprometidos com respeito com a Pessoa Humana, com o povo e com o bem-estar social, mas mostram-se comprometidos com interesses mesquinhos e econômicos e, a todo custo, procuram manter-se no poder através de manobras e de manipulações.<sup>375</sup>

Conforme observa Dalmo de Abreu Dallari<sup>376</sup>, a preocupação dos Tribunais de Justiça têm sido com a mera legalidade e não com a justiça:

Um ponto comum às Constituições modernas é o aumento das competências do Poder Judiciário, sendo importante assinalar que lhe vêm sendo dadas atribuições que acentuam sua responsabilidade política e social. Para que o Judiciário cumpra esse papel constitucional é necessária a atualização de concepções, inclusive a superação do legalismo formalista. Por um vício que se liga a anacronismo do ensino jurídico e que se agrava pela mentalidade dos juízes, é comum que os julgadores se preocupem quase que exclusivamente com os aspectos formais de suas decisões. São freqüentes as sentenças e os acórdãos recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça das decisões. Adotando esse critério, o julgador utiliza uns tantos modelos de interpretação da lei

<sup>374</sup> *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 30.

<sup>375</sup> Conforme Lenio Luiz Streck, *op. cit.*, p. 30: “Invertendo a famosa frase de Marx dita em o Capital: “Sie Wissen da nicht, aber sie tun es”, que significa “disso eles não sabem, mas o fazem”, Peter Sloterdijk nos ajuda a explicar a fórmula dessa razão cínica traduzida no comportamento de nossas classes dirigentes: ‘ eles sabem muito o que estão fazendo, mas fazem assim mesmo’. Nossas classes dirigentes e o establishment jurídico sabem o que está ocorrendo, mas continuam a fazer as mesmas coisas que historicamente vêm fazendo.”

<sup>376</sup> *O poder dos juízes*, p. 99.

e se considera exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorram de suas sentenças. É o que se diz “escravo da lei”, como se isso fosse um sinal positivo de sua imparcialidade e neutralidade, ao mesmo tempo em que diz que o *juiz* é mero aplicador da lei, não podendo legislar mas apenas aplicar rigorosamente o que foi estabelecido pelo Legislativo.

Nas palavras de Mauro Capelletti<sup>377</sup>:

Mas, acrescenta-se aqui a constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inúmeras agências. De um lado, os parlamentos demonstraram o caráter fantasioso da sua pretensão de se erigirem em instrumentos onipotentes do progresso social. Demasiadas leis foram emanadas demasiadamente tardes, ou bem cedo tornaram-se totalmente obsoletas; muitas se revelaram ineficazes, quando não contraproduzidas, em relação às finalidades sociais que pretendiam atingir; e muitas, ainda, criaram confusão, obscuridade e descrédito da lei. Nem se esqueça que os parlamentos, nas sociedades pluralísticas, compõem-se na maior parte de políticos eleitos localmente, ou vinculados eleitoralmente a certas categorias ou grupos. Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupos. Como escrevi em outro lugar, estes políticos na formação das suas decisões não se empenham usualmente na valoração objetiva e desinteressada de custos e benefícios. Um típico exemplo pode ser oferecido pela legislação italiana em matéria de locações. Três décadas de legislação nesse assunto, legislação certamente com intenção social e de welfare, terminaram por se revelar causa de perversões econômicas com custos enorme e socialmente perniciosos. Os investimentos nas construções edilícias foram desencorajados, as habitações deixadas em estado de abandono e os centros urbanos estão em decadência. Sob a pressão dos interesses locais e de grupo, a que são especialmente sensíveis os políticos, em vista das suas exigências eleitorais, welfare tornou-se demagogia [...].

O Estado busca nas suas leis a justiça, mas não consegue alcançá-la, porque procura a justiça nas obras das leis que não são sempre boas e nas intenções de alguns Homens. Por isso, tropeça e depara-se com os escândalos e as injustiças que se repetem no tempo.

Conforme as palavras de Dalmo de Abreu Dallari<sup>378</sup>:

Há juízes que, por convicção ou interesse pessoal, são cúmplices de governos, pessoas e grupos privados violadores de direitos humanos e, a partir daí, protetores dos agentes diretos da violação. Isso tem ficado muito evidente, por exemplo, no comportamento de alguns juízes e tribunais brasileiros, em casos de violência contra índios e comunidades indígenas, havendo mesmo juízes que dificultam ao extremo a execução de decisões de tribunais superiores que dão garantia a direitos indígenas. Essa cumplicidade, em certos casos, é muito clara e indisfarçável, mas em outros guarda aparência de neutralidade. Estes são talvez, os juízes mais perigosos, porque

<sup>377</sup> *Juízes legisladores?*, p. 44.

<sup>378</sup> *O poder dos juízes*, p. 40.

simulam um desejo de justiça e envolvem suas decisões numa capa de respeitabilidade. Com isso reduzem consideravelmente a força das denúncias feitas contra governos injustos e contra os sistemas negadores dos direitos humanos, pois ajudam a criar e manter a ilusão de um controle judicial. Outro perigo, que favorece a impunidade, é o dos juízes que por um vício de sua formação jurídica, são demasiado formalistas. Geralmente fanatizados pela lógica aparente do positivismo jurídico, muitas vezes não chegam a perceber que o excessivo apego a exigências formais impede ou dificulta ao extremo a consideração dos direitos envolvidos no processo. Condiçoados por uma visão exclusivamente formalista do direito, esses juízes concebem o respeito das formalidades processuais como o objetivo mais importante da função judicial. Não se sensibilizam pelas mais graves violações de direitos humanos, desde que sejam respeitadas as formalidades. Por isso se pode dizer que os juízes formalistas são cúmplices inconscientes dos violadores de direitos humanos e concorrem de maneira significativa para garantir sua impunidade.

Nas palavras de Serge-Christophe Kolm<sup>379</sup>:

O setor público pode ser o produto endógeno do processo ou pode usar a sua força dominante para atuar como protetor, implementador ou corretor moral ou, pelo contrário, como mais consumado espoliador e opressor moral; pode ser *deus ex machina* e salvador ou a própria encarnação do mal.

Se o Estado é bom, o *povo* é bom, porque o Estado é a raiz que sustenta os ramos e o *povo* são os ramos. Se o Estado é bom não rejeita o *povo*, porque a raiz não rejeita os ramos.

Se alguns Homens desviam-se do bom caminho, o Estado deve ajuntá-los e trazê-los para perto de si, porque os ramos caídos devem ser enxertados na boa árvore para que eles cresçam com o sustento do que é bom.

Então, se o Estado é bom consegue transformar o Homem que se perdeu com a sua bondade, pois é na benignidade que se deve assentar a raiz do Estado e de sua Justiça. Se a raiz não for boa, ou seja, se o Estado e sua Justiça não forem bons, certamente os ramos, que são os cidadãos, também não o serão.

Se a raiz forte não enxerta o ramo fraco certamente ela secará, porque foi severa ou porque vangloriou-se de sua força. Então, se o Estado e a sua Justiça não incluem o indivíduo, ele acaba endurecendo-se, deteriorando-se, perdendo a seiva da vida.

---

<sup>379</sup> *Teorias modernas da justiça*, p. 425.

O Estado, sua Justiça e os indivíduos que consideram Deus severo com os ramos que caíram e bom para os que se mantiveram em pé, também poderão, de outra maneira, ser cortados ou derrubados pela sua rigidez, impiedade ou porque vangloriam-se diante da queda do seu semelhante. Porque os que caíram eram para serem enxertados, isto é, inseridos e não para que fossem excluídos ou condenados, isto é, jogados fora da sociedade.

Quem sustenta a raiz é a benignidade e não a impiedade. Do mesmo jeito que Deus derruba os ramos ele também seca a raiz. Nisso consiste a *justiça natural*. O povo sustenta o Estado e este sustenta o povo. O povo é o reflexo do Estado.<sup>380</sup>

---

<sup>380</sup> O povo alemão apoiou o nazismo, porque conforme acima foi afirmado o povo é reflexo do Estado. O Estado Nazista não estava enraizado no Amor, mas na ira, na intolerância e acima de tudo na maldade. A ira é o oposto da benevolência. Do apego provém à paixão. Da paixão surge a ira e a obsessão. Da ira surge a perda do discernimento que gera o obscurecimento da memória e a debilidade do intelecto. O povo alemão se apegou apaixonadamente à Moralidade e por isto irou-se contra o povo judeu. Eles se debilitaram, transformaram seus conhecimentos em aflições, causando danos, mortes e enfermidades. Tudo isto ocorreu porque o Estado não se fundamentava no Amor e no respeito ao próximo. O Estado nazista estabeleceu diferenças entre os homens, estabelecendo diferenças entre os seres humanos a partir de critérios (racial, moral e cultural) ele se distanciou do Amor que não enxerga diferença entre um homem e o outro. O Amor sobreleva as diferenças morais e culturais. O Amor e respeito ao próximo independe da moral e da cultura de cada ser humano. O povo brasileiro também reflete hoje o Estado Brasileiro. O povo mostra-se cruel com seu semelhante porque o Estado é cruel com ele. Por exemplo, o povo se insurge contra determinados assassinos e contra determinados políticos. O homem brasileiro também demonstra seu requinte de crueldade com seu semelhante nos altos índices de latrocínios, assaltos, assassinatos, balas perdidas, etc., enquanto o Estado brasileiro também age com requinte de crueldade com seu povo através de explícitas atitudes corruptas e injustas. Tudo isto ocorre porque o Estado brasileiro não está enraizado no Amor e no respeito à pessoa humana, mas na corrupção. Então, se o Estado não é lúcido o povo também não é lúcido. O povo que convive sob a ordem jurídica de um Estado corrupto é um povo agressivo e sem discernimento. É um povo que não acredita no Amor e no respeito ao próximo. Para o povo que vive sob as ordens de um Estado desenraizado do Amor, o Amor e respeito ao próximo são valores utópicos, porque não prevalece a esperança, mas a desilusão. A falta de discernimento do povo oprimido pelo Estado corrupto é tamanha que ele se acostuma e se adapta ao sofrimento e à própria corrupção, por isto, ele tem dificuldade em identificar o que seja o bem, o amor, a paz e uma ordem político-jurídica enraizada no Amor. Hitler promulgou o ‘Decreto para a proteção do povo e do Estado’ alemão e cometeu atrocidades contra um povo e pessoas inocentes. O Estado brasileiro com base numa ordem jurídica democrática (Estado Democrático de Direito) também comete inúmeras atrocidades com seu povo. O Estado Democrático de Direito para que ele seja bom ele deve estar enraizado no Amor e no efetivo respeito aos seus cidadãos. Não se pretende aqui desvalorizar a democracia e suas conquistas, pois, os Estados Totalitários são desarraigados do Amor e as experiências históricas demonstram ser o Estado Democrático de Direito mais benevolente com os homens que vivem sob suas ordens jurídicas e políticas, mas para que ele se torne perfeito na prática é imprescindível que os seus três Poderes e seus membros estejam enraizados no Amor e no respeito ao próximo. Quando a corrupção se tornar utópica e o amor uma realidade o Estado Democrático será perfeito e eficaz e o povo amável, feliz, digno e livre. Quando o Estado for amável com o povo o povo será amável e somente poucos homens subverterão a ordem do respeito a pessoa humana e a paz social reinante. Quando o Estado for lúcido o seu povo será lúcido. Quando o Estado for realmente bom com seu povo, os cidadãos conhecerão e usufruirão muito mais do que uma sociedade formalmente democrática. Hoje se comemora a democracia devido ao totalitarismo que se passou, porém, essa democracia não é tão plena como deveria ser. Por quê? Basta olhar para o povo brasileiro e ver sua miséria e seu sofrimento.

A justiça natural agrada-se dos que fazem o bem e não se detém no mal. Pretende-se sustentar que a *justiça humana* será melhor quanto mais se aproximar da *justiça natural*, que é absoluta, pois assim a sua relatividade será diminuída.

Quando a justiça humana aproximar-se da justiça natural será mais fácil encontrar a verdade e julgar com justeza. Quando a *justiça humana* orientar-se conforme a lei da *justiça natural* e com ela aliar-se, a justiça será universal e verdadeira, porque a justiça natural é universal e a sua lei é a mesma em todo universo. Quando a justiça humana seguir a lei natural que é o Amor e o Respeito pelo Próximo, haverá a *justiça do amor*.

Portanto, o torturador, o assassino, o estuprador, o assaltante, o ladrão, etc. devem ser disciplinados sim, mas não castigados impiedosamente; isolados sim, mas não enjaulados. Deve-se proteger o sofrimento da vítima, porém convém considerar o sofrimento do autor do crime.

Este deve ser tratado com benignidade, como um médico trata o carente de saúde. Por isso, eles precisam de cuidados mais do que especiais para que possam arrepender-se e regenerar-se. Pode acontecer que ele precise até passar a vida toda isolado da sociedade, caso ele não apresente condições mentais de regressar ao convívio coletivo, mas a Dignidade do delinqüente deve ser respeitada enquanto integridade física, mental e social. Por isso deve-se evitar tratamentos que humilhem ou rebaixem o ser humano.

O transgressor precisa receber tratamento espiritual e médico, porém cumpre asseverar que não é todo Homem que se mostra sensível a esses auxílios. Ademais são necessários muitos métodos e muitos profissionais a serviço do Homem degenerado como, por exemplo: psicólogos, homeopatas, acupunturistas, ginásticas, esportes, educação, etc.

É preciso muito empenho para regenerar os Homens e muita dedicação para que ele não se torne reincidente. Importa também assinalar que cada delinqüente deve ser disciplinado individualmente, pois aquele que não possui condições mentais de viver em sociedade não pode obter a liberdade somente porque cumpriu as exigências prescritas na lei.

Para Leibniz<sup>381</sup> “Deus é o monarca das mais perfeita república composta e de todos os espíritos, e a felicidade desta cidade de Deus é seu principal desígnio”. Deus é Amor.<sup>382</sup> Na justiça do Amor a lei é o Amor e só cumpre a lei quem ama e quem o demonstra ao seu semelhante.

O Amor é o cumprimento da lei. Quem respeita o próximo cumpre a lei. Quem socorre e acolhe o próximo cumpre a lei. Quando a lei for o Amor, haverá respeito com o Próximo e maior será o desenvolvimento pleno da Dignidade da Pessoa Humana, porque maiores serão a felicidade<sup>383</sup> e a realização íntima de cada indivíduo.

Quando houver maior valorização do Amor e do Respeito ao Próximo, haverá mais lealdade e igualdade entre as pessoas. O Amor não faz mal ao próximo. Aquele que ama não sente inveja do seu semelhante. Aquele que ama sofre com a dor alheia. Aquele que ama é fiel ao bem e não busca seus próprios interesses. Aquele que ama não se assoberba diante de ninguém. Aquele que é bom não trata ninguém com leviandade. Aquele que é bom não pensa mal de ninguém ou se irrita com alguém. O Homem bom não folga com a injustiça, mas com a verdade.<sup>384</sup>

Na compreensão de Hans Kelsen sobre a idéia de Justiça em Platão (que utiliza normas de justiça do tipo metafísico)<sup>385</sup>:

<sup>381</sup> *Discurso de metafísica*, p. 108.

<sup>382</sup> *Bíblia Sagrada*, Primeira Carta de São João, cap. 4, vers. 7-9: “Amados, amemo-nos uns aos outros; porque o Amor é de Deus; e qualquer que ama é nascido de Deus e conhece a Deus. Aquele que não ama não conhece a Deus; porque Deus é Amor.”

<sup>383</sup> Para Platão “quem pretende ser feliz deve amar”. (*A República*, p. 48).

<sup>384</sup> Cf. Apóstolo Paulo, *Bíblia Sagrada*, Coríntios, cap. 13, versículos 1-8: “ Ainda que eu falasse as línguas dos Homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria. E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria. O amor é sofredor, é benigno; o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece. Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal; Não folga com a justiça, mas folga com a verdade; Tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. O amor nunca falha. Mas havendo profecias, serão aniquiladas; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, desaparecerá;”

<sup>385</sup> *A justiça e o direito natural*, p. 94-96.

O representante clássico deste tipo de normas de justiça é Platão. A justiça é o problema central de toda a sua filosofia. É para solucionar este problema que ele desenvolve a famosa teoria das idéias. As idéias são essências transcendentais que existem num outro mundo, num mundo diferente do perceptível pelos nossos sentidos, e, por isso, são inacessíveis ao homem, prisioneiro dos mesmos sentidos. Elas representam no essencial valores que devem, na verdade, ser realizados num mundo dos sentidos, mas que jamais podem ser aí plenamente realizados. A idéia principal, aquela à qual todas as outras idéias se subordinam e da qual todas retiram a sua validade, é a idéia do Bem absoluto; e esta idéia de Deus na teologia de qualquer religião. A idéia de Bem contém em si a de Justiça aquela justiça cujo conhecimento visa quase todos os diálogos de Platão. A questão: “O que é justiça?” Identifica-se, portanto, com a questão: “O que é bem ou o que é o Bem?” Nos seus diálogos, Platão faz numerosas tentativas para responder esta pergunta por uma via racional. Todavia, nenhuma destas tentativas conduz a um resultado definitivo. Quando uma definição parece ter sido alcançada, Platão logo declara pela boca de Sócrates que são necessárias novas indagações. Platão remete repetidas vezes para um específico método de pensamento abstrato liberto de todas as representações sensíveis, a chamada dialética que - segundo ele afirma - dá àquele que o domina a capacidade de apreender a idéia. Todavia, ele próprio não emprega este método nos seus diálogos nem tão pouco nos comunica os resultados desta dialética. Da idéia do Bem absoluto diz até expressamente que ela se situa para além de todo o conhecimento racional, isto é de todo o pensamento. Numa das suas cartas - a sétima -, em que ele nos dá conta dos motivos mais profundos e das finalidades últimas da sua filosofia, declara que nem sequer pode haver qualquer conhecimento conceitual do Bem absoluto mas apenas uma espécie de intuição e que esta intuição se processa pela via de uma vivência mística que só a poucos é comunicada e tão-só por graça divina; que, porém, é impossível descrever em palavras da linguagem humana o objeto desta intuição mística, isto é, o Bem absoluto. Por isso - e tal é desta sabedoria a última conclusão - não pode haver qualquer resposta para a questão da essência da Justiça. Pois que, com efeito, a Justiça é um segredo que Deus confia - se é que confia - apenas a alguns poucos eleitos e que tem de permanecer segredo destes porque eles o não podem comunicar aos demais.

Hans Kelsen em sua obra *A Justiça e o Direito Natural* percebe que a idéia de justiça em Platão - normas de Justiça do tipo metafísico - equivale à justiça divina, isto é, à justiça e ao Amor de Deus.<sup>386</sup>

Hans Kelsen explica que a “Justiça e o Amor de Deus: A Justiça Divina”<sup>387</sup> interpretando a Bíblia Sagrada nos ensinamentos dos Apóstolos Mateus, Lucas e Paulo, em comparação à idéia de Justiça de Platão, dizendo:

A justiça que o grande filósofo ensina postula que os homens devam ser tratados por modo condizente com a idéia transcendental de Bem, que é inacessível ao conhecimento racional. Ela equivale à justiça que exige que os homens devam ser tratados tal como for conforme à vontade divina, à humanamente incognoscível vontade de Deus, o que preceitua o bem mas

<sup>386</sup> Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 94-97.

<sup>387</sup> *Ibidem*, p. 96-97.



também permite o mal, é absolutamente bom e, ao mesmo tempo, onipotente - pelo que é autor não só do Bem como também do Mal. Ela equivale, especialmente, à justiça que ensina o Grande Santo. Jesus, depois de ter energicamente rejeitado o princípio “olho por olho, dente por dente”, o princípio da retribuição, anuncia como sendo a nova, a verdadeira justiça a que se contém no princípio do Amor: não retribuir o mal com o mal, mas com o bem, não opor resistência ao mal que nos fazem mas amar quem nos fez mal, sim, amar até os inimigos. Esta justiça situa-se para além de toda ordem possível numa realidade social; e o Amor, que é esta justiça, não pode ser a emoção humana a que nós chamamos Amor. Isto não só porque é contra a natureza humana amar os inimigos mais ainda porque Jesus expressamente rejeita o Amor humano que liga o homem à mulher, os pais aos filhos. Quem quer seguir Jesus e alcançar o Reino de Deus deve deixar a casa e a fazenda, os pais, os irmãos, a mulher e os filhos. Sim, quem não odeia o seu pai, mãe, mulher, filhos, irmão, irmã e até a sua própria vida, não pode ser discípulo de Jesus. O Amor que Jesus ensina não é o Amor do Homem. É o Amor através do qual o homem deve tornar-se tão perfeito como o Seu Pai no céu, o qual manda o sol levantar-se sobre os maus e sobre os bons e manda chover sobre justos e injustos. É o Amor de Deus - e como tal, completamente diferente do Amor do próximo, que é inteiramente humano. O mais estranho neste Amor de Deus é que o temos de aceitar como compatível com a pena cruel, eterna mesmo, que será aplicada ao pecador no Juízo Final; e, portanto, como conciliável como o temor mais profundo de que o homem é capaz, o temor de Deus. Esta e muitas outras contradições para a razão humana limitada, não para a razão absoluta de Deus, que é inacessível ao homem. Por isso ensina Paulo, o primeiro teólogo da religião cristã, que a sabedoria deste mundo é insensatez em face de Deus, que a filosofia, que é conhecimento lógico racional, não é via de acesso à justiça divina que está encerrada na insondável sabedoria de Deus, que esta justiça apenas nos é revelada por Deus através da fé, da fé que atua através do Amor. Paulo conserva-se fiel à doutrina de Jesus da nova justiça, do Amor de Deus. Mas reconhece que o Amor que Jesus ensina está para além do conhecimento da razão. Ele é um segredo, um dos muitos mistérios da fé.

Reparem que a justiça divina e a justiça humana aqui propostas são coincidentes, porém na justiça divina o *juiz* é Deus<sup>388</sup> e seu filho amado Jesus,<sup>389</sup> e o julgamento é futuro e incerto, enquanto na justiça humana, aqui nomeada de *justiça do amor*, o Homem bom e justo é aquele

---

<sup>388</sup> *Bíblia Sagrada*, Apocalipse, cap. 20, versículos 11-16: “E vi um grande trono branco, e o que estava assentado sobre ele, de cuja presença fugiu a terra e o céu; e não se achou lugar para eles. E vi os mortos, grandes e pequenos, que estavam diante de Deus, e abriram-se os livros; e abriu-se outro livro, que é o da vida. E os mortos foram julgados pelas coisas que estavam escritas nos livros, segundo as suas obras. E deu o mar os mortos que nele havia; e a morte e o inferno deram os mortos que neles havia; e foram julgados cada um segundo as suas obras. E a morte e o inferno foram lançados no lago do fogo. Esta é a segunda morte. E aquele que não foi achado escrito no livro da vida foi lançado no lago do fogo.” Então, no dia do julgamento divino, que ninguém sabe quando será, o grande *juiz* virá sentado num esplendoroso trono branco e será tamanho o espanto que até o céu e a terra fugiram da sua presença e não se achará mais lugar para estes. Primeiro serão julgados os mortos segundo as suas obras, os que tiverem boas obras (os que fizeram boas coisas em vida), depois serão julgados os vivos conforme suas obras.

<sup>389</sup> *Bíblia Sagrada*, Primeira Epístola de João, cap. 4, versículo 2: “Nisto conhecereis o Espírito de Deus: Todo espírito que confessa que Jesus Cristo veio em carne é de Deus; E todo espírito que não confessa que Jesus Cristo veio em carne não é de Deus”. Apocalipse 19, versículo 10: “Adora a Deus; porque o testemunho de Jesus Cristo é o espírito da profecia”.

que se orienta pela lei de Deus, que é o Amor de uns pelos outros, porque os seres humanos serão julgados por suas leis, por suas obras, seus atos e suas palavras escritas e faladas.<sup>390</sup>

Conseqüentemente, se as leis humanas estiverem muito distantes das leis de Deus certamente não podem sequer ser chamadas de justas, e mesmo que sejam assim chamadas, não estarão livres do julgamento maior.

Como bem analisou Kelsen, a justiça divina, acima de tudo, está voltada para a salvação e para uma vida num outro mundo desconhecido. O principal ensinamento que ela requer refere-se ao Homem amar a Deus sobre todas as coisas em primeiro lugar.<sup>391</sup>

Conforme a Primeira Epístola de João, capítulo 4, versículo 20-21: “Se alguém diz: Eu amo a Deus, e odeia a seu irmão, é mentiroso. Pois quem não ama a seu irmão, ao qual viu, como pode amar a Deus, a quem não viu? E dele temos este mandamento: que quem ama a Deus, ame também a seu irmão.”

O presente estudo desenvolve a idéia de que a lei humana deve ser coincidente com as leis de Deus para os Homens,<sup>392</sup> ou seja, o Amor entre os Homens<sup>393</sup> objetiva que a justiça seja eficaz e verdadeira e a sociedade equilibrada e pacífica.

Também entende que deve haver o pleno Amor e o Respeito entre os Homens para que haja o perfeito reconhecimento da dignidade humana e o viver pacífico em sociedade.

<sup>390</sup> *Bíblia Sagrada*, Evangelho de Mateus, cap. 7, versículos 12-14: Disse Jesus: “Portanto, tudo o que vós quereis que os homens vos façam, fazei-lho também vós, porque esta é a lei e os profetas. Entrai pela porta estreita; porque larga é a porta, e espaçoso o caminho que conduz à perdição, e muitos são os que entram por ela; E porque estreita é a porta, e apertado o caminho que leva à vida, e poucos há que a encontrem.”

<sup>391</sup> *Bíblia Sagrada*, Evangelho de Mateus, cap. 10, versículo 33: “Mas qualquer que me negar diante dos homens, eu o negarei também diante de meu Pai, que está nos céus”.

<sup>392</sup> *Bíblia Sagrada*, Primeira Epístola de João, cap. 4, vers. 20-21.

<sup>393</sup> *Bíblia Sagrada*, Primeira Epístola de João, cap. 3, vers. 10-11: “Qualquer que não pratica a justiça, e não ama o seu irmão, não é de Deus. Porque esta é a mensagem que ouvistes desde o princípio: que nos amemos uns aos outros.” *Bíblia Sagrada*, Primeira Epístola de João, cap. 3, vers. 14-23: “Quem não ama a seu irmão permanece na morte. Qualquer que odeia seu irmão é homicida. E vós sabeis que nenhum homicida tem a vida eterna permanecendo nele. Conhecemos o Amor nisto: que ele deu a sua vida por nós, e nós devemos dar a vida pelos irmãos. Quem, pois, tiver bens no mundo, e vendo o seu irmão necessitado, lhe cerrar a suas entranhas, como estará nele o Amor de Deus? Meus filhinhos, não amemos de palavra, nem de língua, mas por obra e em verdade. E nisto conhecemos que somos da verdade, e diante dele asseguraremos nossos corações; Sabemos que, se o nosso coração nos condena, maior é Deus do que o nosso coração, e conhece todas as coisas. Amados, se o nosso coração não nos condena, temos confiança para com Deus; E qualquer coisa que lhe pedimos, dele a receberemos, porque guardamos os seus mandamentos, e fazemos o que é agradável à sua vista. E o seu mandamento é este: que creiamos no nome de seu Filho Jesus Cristo, e nos amemos uns aos outros, segundo o seu mandamento.”

Se os Homens assim agirem, embora não amando a Deus, estarão no caminho divino, contudo sem a salvação. Provavelmente, os que não amam verdadeiramente a Deus não serão salvos e não conhecerão a vida eterna num outro mundo, mas certamente serão recompensados se amarem o próximo como a si mesmos.

Jesus disse que ele não veio pelos justos e sim converter os pecadores, porque todos haviam pecado.<sup>394</sup> Por isso, certamente ele perdoará a mulher que cometeu o aborto com a condição do seu arrependimento e da não reincidência, porque para ele não importa o tamanho do pecado, isto é, se é um pecado pequeno ou um pecado grande, importa o arrependimento. O arrependimento conduz a não haver reincidência. Disse Jesus: “Ide, porém, e aprendei o que significa: misericórdia quero, e não sacrifício. Porque eu não vim chamar os justos, mas aos pecadores, ao arrependimento”.<sup>395</sup>

Ao invés de a justiça humana impor castigos que despertam o ódio e a ferocidade e que tornam aquele que assim condena, indiretamente, um homicida, ela deve empreender esforços em trazer ao arrependimento os Homens desvirtuados do Amor porque bons resultados comprovam-se quando eles mostram-se capazes de não errar em sua conduta novamente.

---

<sup>394</sup> *Bíblia Sagrada*, Epístola do Apóstolo Paulo aos Romanos, cap. 3, vers. 10-22: “Como está escrito: Não há um justo, nem um sequer. Não há ninguém que entenda; Não há ninguém que busque a Deus. Todos se extraviaram, e juntamente se fizeram inúteis. Não há quem faça o bem, não há nem um só. A sua garganta é um sepulcro aberto; Com as suas línguas tratam enganosamente; Peçonha de áspides está debaixo de seus lábios; Cujas boca está cheia de maldição e amargura. Os seus pés são ligeiros para derramar sangue. Em seus caminhos há destruição e miséria; E não conheceram o caminho da paz. Não há temor de Deus diante dos seus olhos. Ora, nós sabemos que tudo o que a lei diz, aos que estão debaixo da lei o diz, para que toda boca esteja fechada e todo mundo seja condenável diante de Deus. Por isso nenhuma carne será justificada diante dele pelas obras da lei, porque pela lei vem o conhecimento do pecado. Mas agora manifestou sem a lei a justiça de Deus, tendo o testemunho da lei e dos profetas; Isto é, a justiça de Deus pela fé em Jesus Cristo para todos e sobre todos os que crêem; porque não há diferença. Porque todos pecaram e destituídos estão da glória de Deus.” Então, ninguém será julgado pelas obras dos dez mandamentos de Moisés, ou seja, ninguém, será salvo e absolvido por Deus porque não matou, não mentiu, não adulterou, etc., porque quando os homens conheceram a lei eles transgrediram as mesmas e conheceram o pecado. Por isso a justiça divina se manifesta pela fé e não pelas leis e suas obras.

<sup>395</sup> *Bíblia Sagrada*, Evangelho de Mateus, cap. 9-13.

Segundo Jesus, só não serão perdoados os que blasfemarem contra o Espírito Santo.<sup>396</sup> Por isso, como bem afirmou Kelsen, amar a Deus sobre todas as coisas é o mais importante para não ser condenado por ele, o *juiz*, de toda a Terra.<sup>397</sup>

Os Homens costumam pensar ser melhor agradar outros seres humanos para vencerem na vida e terem vida e, portanto, temem o próprio Homem. Entretanto, em primeiro lugar, o correto é temerem a Deus para vencerem o mundo e terem vida, porque não terão que temer os outros Homens, mas somente amá-los e perdoá-los, até mesmo os seus inimigos.<sup>398</sup>

Quando Jesus trata da importância de amar os inimigos, quer enfatizar que é preciso haver reconciliação entre os Homens e vencer a mágoa e o rancor, sentimentos inferiores desconhecidos para o Amor de Deus.

Se alguns Homens desempenham na Terra a tarefa de julgar os demais, é melhor que eles saibam como julgar, conforme manda o *juiz* de todos os juizes. De acordo com a narração do o Apóstolo Mateus<sup>399</sup> no Novo Testamento, Jesus ensinava dizendo:

Bem-aventurados os misericordiosos, porque eles alcançarão misericórdia; bem-aventurados os limpos de coração, porque eles verão a Deus; bem-aventurados os pacificadores, porque eles serão chamados filhos de Deus.

A justiça humana e os Homens que a desenvolvem na vida social devem ser misericordiosos, puros de coração - bons e inocentes -, pacificadores e consoladores para que aquela seja perfeita e alinhada à *ordem natural* do mundo. Se ambos trabalharem para ela e harmonizarem-se com as leis divinas, os resultados serão eficazes e reais.

<sup>396</sup> *Bíblia Sagrada*, Evangelho de Mateus, cap. 12, vers. 32-39: “E, se qualquer disser alguma palavra contra o Filho do homem, ser-lhe-á perdoado; mas, se alguém falar contra o Espírito Santo, não lhe será perdoado, nem neste século nem no futuro”.

<sup>397</sup> *Bíblia Sagrada*, Evangelho de Mateus, cap. 24, vers. 36-39: “Mas daquele dia e hora ninguém sabe, nem os anjos do céu, mas unicamente meu Pai. E, como foi nos dias de Noé, assim será também a vinda do Filho do homem. Porquanto, assim como, nos dias anteriores ao dilúvio, comiam, bebiam, casavam e davam-se em casamento, até ao dia em que Noé entrou na arca, e não o perceberam, até que veio o dilúvio, e os levou a todos, assim será também a vinda do Filho do homem.”

<sup>398</sup> *Bíblia Sagrada*, Evangelho de Marcos, cap. 12, vers. 27: “Ora, Deus não é Deus de mortos, mas Deus de vivos. Por isso vós errais muito”.

<sup>399</sup> *Bíblia Sagrada*, Evangelho de Mateus, cap. 5, vers. 7-9.

Salomão, o mais sábio dentre todos os Homens,<sup>400</sup> aconselha aqueles que têm sede de sabedoria em seus provérbios, dizendo

Não repreendas o escarnecedor, para que não te odeie; repreende o sábio e ele te amará. Dá instrução ao sábio, e ele se fará mais sábio; ensina o justo e ele aumentará em doutrina. O temor do Senhor é o princípio da sabedoria, e o conhecimento do Santo a prudência.

O Homem sábio sabe tratar com o Homem mau, porque este tem dificuldade para agir corretamente e para aprender com aquele. O Homem sábio, quando instruído acerca do bem e da sabedoria, alegra-se e resplandece, pois estabelece continuidade ao ensinamento que recebeu e aperfeiçoa a si mesmo e ao seu próprio instrutor. “O que ama a instrução ama o conhecimento, mas o que odeia a repreensão é estúpido”.<sup>401</sup>

Mediante tais dizeres conclui-se que o bom aluno sempre é capaz de superar seus professores e o bom professor sempre aprende com seu bom aluno. O Homem justo é capaz de produzir boas obras. O que teme a Deus é sábio porque reconhece os mistérios que envolvem a vida humana. O que é santo caminha dias inteiros com a prudência.

O sábio Salomão afirma no seu aconselhamento aos Homens que “Os tesouros da impiedade de nada aproveitam; mas, a justiça livra da morte”.<sup>402</sup> Portanto, desprezar o seu semelhante pode parecer insignificante aos olhos do Homem imprudente, mas aos olhos do Homem sábio, que teme a justiça de Deus, é útil valorizar o próximo, pois sabe que se agir desse modo, viverá, terá longevidade, ao passo que se for indiferente ao seu semelhante, terá os dias encurtados.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 9, vers. 8-10.

<sup>401</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 12, vers. 1.

<sup>402</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 10, vers. 2-3.

<sup>403</sup> Conforme a *Bíblia Sagrada*, Provérbios cap. 10, vers. 27: “O temor do Senhor aumenta os dias, mas os perversos terão os anos da vida abreviados.”

“Os lábios do justo apascentam a muitos, mas os tolos morrem por falta de entendimento”.<sup>404</sup> O Homem justo é consolador e pacificador. “O que acena com os olhos causa dores, e o tolo de lábios ficará transtornado. A boca do justo é fonte da vida, mas a violência cobre a boca dos perversos. O ódio excita contendas, mas o Amor cobre todos os pecados.”<sup>405</sup>

O Homem que acena com os olhos é aquele que mede seu semelhante com preconceito, indignação, superioridade, insensatez e superficialidade. A palavra que sai da boca do justo emana a paz e o Amor que vêm de Deus, enquanto que as palavras do Homem injusto e perverso geram violência, ódio, intolerância e tudo o que fere e causa dor no seu semelhante.

O Homem justo consola a muitos e promove a paz em muitas vidas, mas o tolo fica sem entender, porque não consegue compreender com facilidade. Então, ele cria obstáculos por meio das dúvidas, dos excessivos questionamentos e dos excessivos argumentos contrários ao que é justo, manso e pacífico. “Para o tolo, o cometer desordem é divertimento”.<sup>406</sup>

O Homem tolo é aquele que procura inverter os papéis, pois ele se esforça em provar que o Homem justo é o tolo e o tolo é justo. “O desejo dos justos é tão somente para o bem, mas a esperança dos ímpios é criar contrariedades”.<sup>407</sup> O Homem justo quando causa desordem visa à ordem.

Então, como diferenciar os tolos dos justos? Pelas suas obras e pelos seus frutos, pois “os sábios entesouram sabedoria; mas a boca do tolo o aproxima da ruína”.<sup>408</sup> “E vindo a soberba virá também a afronta; mas com os humildes está a sabedoria”.<sup>409</sup> “Os pensamentos

---

<sup>404</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 10 vers. 21.

<sup>405</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 10, vers. 10-12.

<sup>406</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 10, vers. 23.

<sup>407</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 11, vers. 23.

<sup>408</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 10, vers. 14.

<sup>409</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 11, vers. 2.

dos justos são retos, mas os conselhos dos ímpios, engano”.<sup>410</sup> “Cada um fartar-se-á do fruto de sua boca, e da obra de suas mãos receberá a recompensa.”<sup>411</sup> “O caminho do insensato é reto aos seus próprios olhos, mas o que dá ouvido aos conselhos é sábio”.<sup>412</sup>

“Há alguns que falam como que a espada penetrante, mas a língua dos sábios é saúde. O lábio da verdade permanece para sempre, mas a língua da falsidade, dura por um só momento. No coração dos que maquinam o mal há engano, mas os que aconselham a paz têm alegria. Nenhum agravo sobrevirá ao justo, mas os ímpios ficarão cheios de problemas”.<sup>413</sup>

O Homem insensato é aquele que não aceita os conselhos de Deus e da Natureza, pois ele pensa que o certo é agir conforme suas próprias razões. Contudo, Deus é muito bom e o deixa sempre fazer o que quer conforme sua própria razão e teimosia. Porém, depois de algum tempo, o Homem insensato acaba recebendo o que não quer pelas inevitáveis leis da Natureza.

Os que aconselham a paz recebem a alegria que provém da leveza da alma e da paz de espírito, enquanto a consciência do Homem insensato mantém-se tranqüila enquanto ele dorme. Contudo, acordado, dificilmente escapará das tribulações e das aflições advindas das desobediências das leis naturais.

O Homem insensato sente-se bem enquanto está acordado e no movimento rotineiro. Porém, no momento em que ele pára, sente-se enfadado e infeliz pelo tédio e monotonia que se choca com a ânsia pelos desejos externos, porque ele se esforça em dar atenção ao que atordoia a mente e o coração humanos.

O Homem insensato é aquele que fica maquinando em sua mente muitos planos para si e para os outros e pensando em problemas. Essa postura faz com que ele não perceba os que estão ao seu redor e tampouco perceba a alegria que chega inesperadamente, pois ele pensa que a alegria sempre vem dos setores esperados e planejados.

---

<sup>410</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 12, vers. 5.

<sup>411</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 12 vers. 14.

<sup>412</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 12 vers. 15.

<sup>413</sup> *Bíblia Sagrada*, Provérbios, cap. 12 vers. 18-21.

O Homem insensato dedica seus pensamentos aos desejos e às ambições e pensa que isso é bom e saudável, porque não sabe que já existe um bom caminho para cada um e um verdadeiro tesouro dentro de si, o qual se revela quando desenvolve um diálogo consigo mesmo e com a divindade. O Homem insensato pensa que descobrir-se-á conversando com o seu semelhante, que não é sempre um sábio e por isso pouco poderá acrescentar diante da grandeza que o diálogo interno pode propiciar.

A falta de auto-conhecimento do Homem reflete na dificuldade que muitos têm em descobrir o próprio gosto, o próprio dom e o próprio talento. O Homem sábio pergunta-se, examina-se e pergunta para a Natureza e para Deus o que se espera dele. Ele se preocupa em saber onde está o melhor caminho para fazer-se um ser humano aperfeiçoado e saudável.

Aristóteles<sup>414</sup> medita sobre a *justiça natural* e a *justiça humana* dizendo:

A justiça política é em parte natural, em parte convencional. Uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou outra indiferentemente, ainda que, uma vez estabelecida, deixa de indiferente. Por exemplo: que o resgate de um prisioneiro seja no valor de uma mina, que um sacrifício consista em um bode e não em duas ovelhas, e quaisquer regulamentos promulgados para atender a casos particulares, por exemplo, o sacrifício em honra de Brasidas e ordenações sob forma de decretos especiais. Algumas pessoas pensam que todas as regras de justiça são meramente convencionais, porque enquanto uma lei da natureza é imutável e tem a mesma validade em todos os lugares, como o fogo que queima tanto aqui como na Pérsia, observa-se que as regras da justiça variam. Afirmar que as regras da justiça variam não é verdadeiro em termos absolutos, mas apenas com a presença de [certas] qualificações. Com efeito, entre os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum; mas em nosso mundo, embora haja isso que chamamos de justiça natural, todas as regras da justiça são variáveis. Mas, não obstante isso, há o que reputamos ser a justiça natural, e [afigura-se] fácil ver quais regras da justiça, embora, não absolutas, são naturais e quais não são, mas legais e convencionais, ambos esses tipos sendo igualmente mutáveis. A mesma distinção será aplicável em todas as outras matérias; por exemplo, a mão direita é naturalmente mais forte do que a esquerda; no entanto, é possível que qualquer homem se torne ambidestro. As regras da justiça baseadas na convenção e na conveniência são como medidas padrões. As medidas de trigo e vinho não são iguais em todos os lugares, mas são maiores no atacado e menores no varejo. De modo análogo, as regras da justiça não são ordenadas pela natureza, mas pelo humano, não são as mesmas em todos os lugares, visto que as formas de governo não são as mesmas, ainda que em todos os lugares haja apenas uma forma de governo que é natural, a saber, a melhor forma. As várias regras de justiça e da lei estão relacionadas às ações que a elas se conformam como universais aos particulares, pois enquanto as ações realizadas são

---

<sup>414</sup> *Ética a Nicômaco*, p. 163-164.



muitas, cada regra ou lei é única, sendo universal. Há uma diferença entre aquilo que é injusto e a conduta injusta e entre aquilo que é justo e a conduta justa. A natureza ou uma promulgação declara uma coisa como injusta: quando essa coisa é realizada, tem-se uma conduta injusta; até que seja realizada, é apenas injusta. Algo análogo se aplica à conduta justa (ou mais exatamente à ação justa, que é o termo geral, conduta justa indicando a retificação de uma conduta injusta).

Realmente a justiça natural é a mesma em todos os lugares, não depende da aceitação ou da negação humana e age independentemente da vontade e do pensamento humanos. O Homem é mero espectador da justiça natural enquanto a justiça humana ou justiça política é convencional e legal, pois é organizada pelo Homem e não é a mesma em todos os lugares.

Quando o Estado tornar-se piedoso e bom, sua justiça será a do Amor. Quando os governantes forem bons e piedosos, o povo será feliz e sua vida será farta e abundante. Quando os julgadores e acusadores forem humildes, pacificadores, calmos, pacientes e sensíveis, o povo será manso e pacífico. Contudo, caso isso não ocorra, a causa está no Estado pouco enraizado e com uma justiça impiedosa.

Quando o equilíbrio e a harmonia são perturbados prevalece a confusão. Quando houver equilíbrio e harmonia, cada coisa e cada pessoa estarão em seu devido lugar, pois esta é a ordem natural, a ordem da Natureza e a ordem da vida. A ordem é natural e a ordem natural é o Amor e amar o próximo como a si mesmo. Todo ser humano deve tratar o próximo como ele gostaria de ser tratado e fazer para o outro exatamente aquilo que gostaria que fizessem por ele.

Conforme Thomas Hobbes<sup>415</sup> sobre as leis naturais e políticas:

Que um homem imagine a si mesmo no lugar da parte com quem trata e, reciprocamente, imagine esta no seu lugar. O que nada mais é do que uma troca, tal como entre duas balanças. Pois a paixão de cada homem tem um peso maior na sua própria balança, mas não na balança de seu vizinho. E esta regra é muito bem conhecida e expressa neste velho ditado: *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris* (não faças a outrem o que não quiseses que te façam).

---

<sup>415</sup> *Os elementos da lei natural e política*. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 117.

Porém, hoje os Homens confiam numa ordem mecânica que atua paralelamente à ordem natural, ou seja, confiam nas máquinas e nas técnicas e por isso é tão evidente o caos e as impiedades.

Por exemplo: as faixas de pedestres não são satisfatórias para os a utilizam, pois favorecem os carros e os perigos e insatisfações são inúmeros. É difícil para os idosos, para as crianças e para os portadores de necessidades especiais atravessarem a rua sem correr o risco de um perigo iminente e até as pessoas jovens e saudáveis costumam ser rápidas para evitarem acidentes.

Quando dirige-se um carro e permite-se que o pedestre passe, este sorri e agradece e essa atitude traz a boa fortuna. Quando o motorista faz o pedestre dar dois passos para trás para ele poder passar com o seu carro, humilha o transeunte e essa atitude leva ao infortúnio, porque o Homem arrogante ou indiferente não progride e acaba sendo arrastado à adversidade pelas leis da Natureza e do Amor. Sem as condutas corretas não há progresso.

O mesmo se nota em relação às leis e às decisões judiciais que humilham as pessoas e que colaboram para a desintegração e não para a construção, pois estão em desarmonia com as leis da Natureza e do Amor.

Opostamente, se as decisões judiciais e políticas fazem as pessoas sorrirem e caminharem para a boa fortuna porque estão em harmonia com as inevitáveis leis da Natureza, há o progresso e a ordem. O Amor é a raiz de tudo o que existe de bom e de agradável.

As leis e as técnicas processuais devem ser simples, porque aquilo que é fácil e simples é possível de ser seguido. O fácil e simples evitam os erros e o difícil e complexo são penosos de serem seguidos e quase sempre induz a erros.

O Homem segue com prontidão o simples e o fácil porque traz bem-estar e satisfação. Entretanto, atualmente, o Homem é pretensioso e procura impor a ordem com as

suas próprias leis, embora exista dificuldade em perceber que a ordem e o progresso não ocorrem porque ele não respeita a lei natural do Amor.

Enquanto os Homens não reconhecerem sua pequenez diante do mundo, continuarão obtendo o oposto daquilo que anseiam. Por outro lado, das boas e mesmo das pequenas atitudes surgem a alegria, a paz e a justiça, ou seja, são das pequenas vitórias que surgem as grandes conquistas e das boas sementes que surgem os bons frutos.

Quem semeia a paz, colhe a paz, quem semeia o Amor colhe o Amor e quem semeia a justiça colhe a justiça. Porém, cumpre notar, mesmo que se chame a injustiça de justiça, a força da Natureza, que é muito maior do que a força humana, não responderá na mesma sintonia e tornar-se-á evidente o oposto do que se entende por justiça pelos entendidos e desentendidos da justiça humana.

Enquanto o Homem continuar falando de justiça, mas fazendo injustiça, maiores e mais evidentes serão as injustiças e os infortúnios. Enquanto, o ser humano prosseguir afirmando a paz e concretizando a guerra, maior será a sua vergonha e mais evidentes serão as guerras, porque as forças da Natureza e as forças do Amor não se confundem, isto é, não se deixam enganar porque são perfeitas. É comum ver um Homem perverso receber um prêmio da paz e ao recebê-lo dizer no seu discurso que as guerras serão mantidas com exércitos de pessoas inocentes para a manutenção da paz, tamanha a força do hábito que possuem de se chamar a guerra de paz e a injustiça de justiça.

O Homem consegue enganar-se e ludibriar outro Homem, mas ele não consegue enganar a perfeição daquele que é perfeito e que a tudo criou. Deus criou o Homem e a Natureza. O ser humano destrói as obras do Criador, porque confia em sua imperfeição, em sua racionalidade, em sua superioridade perante os animais, em suas máquinas e artificialidades. Quando o Homem colaborar com a obra da criação, isto é, com a vida humana, animal e vegetal e com a água, a terra e ar no planeta Terra, haverá ordem e progresso.

## CAPÍTULO IV - DIALÉTICA NATURAL DA FILOSOFIA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

### 1. Discurso sobre a Natureza e o Homem Natural

Na Natureza todas as coisas sempre retornam à sua origem comum e distribuem-se em diferentes caminhos. A Natureza aflige-se e preocupa-se? Qual a necessidade para a Natureza dos pensamentos e das preocupações do Homem? A Natureza não se importa com eles pois é simples e clara e não se preocupa ou possui aflição.

O Homem, ao contrário, sempre se preocupa e aflige-se, porque ele está sempre disposto a provar através de postulações, especulações, experimentações e analogias as coisas da Natureza. Por exemplo: o Homem preocupa-se em saber por que razão alguns animais possuem chifres e outros não. Percebe-se que não é capaz de decifrar o mistério miraculoso da Natureza. Esta ultrapassa o conhecimento humano, porém, o Homem não ultrapassa o conhecimento da Natureza.

As influências conscientes do Homem são limitadas, porque são movidas por intenções e interesses, enquanto a Natureza não é movida por intenções e, principalmente, não é a intenção de um ser humano que a move, porque ela se move por si mesma.

O Homem constrói o seu conhecimento e a sua vida acerca de uma meta imperfeita,<sup>416</sup> enquanto a meta da Natureza é perfeita e ninguém sabe o seu plano ou se ela o possui. Ela é misteriosa, porém todos os seus caminhos conduzem à perfeição. Essa forma misteriosa de agir

---

<sup>416</sup> Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 136-137, explicando o pensamento de Diderot sobre o homem natural e a sociedade diz que: “Ora, Diderot, após aceitar a tese do homem natural vivendo isolado, conclui que a associação humana foi realizada, não em virtude de um princípio negativo, mas sim, positivamente, para aumentar, pela conjunção de esforços, os meios de luta pela existência. E acrescenta que uma vez constituída a sociedade, puseram-se os homens em conflito uns contra os outros, porque todos se procuraram apropriar das vantagens comuns. Para dar fim a este conflito, foi preciso firmar convenções, que vieram regular a vida social. E assim, segundo Diderot, o homem passou por três estados: primeiramente, esteve no estado de isolamento; depois, no estado social, criado para o recíproco auxílio, e que se transformou em ocasião de exploração mútua; e, finalmente, no estado das convenções sociais, que é o das sociedades policiadas. Estas idéias devem ter ferido em cheio a imaginação de Rousseau. Ele havia estabelecido que o aumento das necessidades era a causa da corrupção social. Agora, Diderot lhe demonstra que o aumento das necessidades é, exatamente, a causa da associação humana! Mas, então, toda associação humana já nasce corrupta, porque decorre de uma fonte deletéria! E é esta a idéia que começa a trabalhar no espírito de Rousseau.”

transcende a esfera individual, porque é muito ampla e profunda e por essa razão não deveria ser questionada, mas somente observada. Nisso consiste a maior sabedoria humana.

No aconselhamento de Rousseau<sup>417</sup> aos Homens, também trata da Natureza:

Povos, sabei pois, de uma vez por todas, que a natureza quis preservar-vos da ciência, como a mãe arranca uma arma perigosa das mãos do filho; que todos os segredos que ela vos oculta são outros tantos males de que vos resguarda e que a dificuldade que encontráis em vos instruir não é o menor de seus benefícios. Os homens são perversos; seriam ainda piores se tivessem tido a infelicidade de nascer sábios. Quão humilhantes são tais reflexões para a humanidade! Como nosso orgulho deve mortificar-se com elas! Como? A proibição seria filha da ignorância? Que conseqüências não se teriam desses preconceitos? Mas, para conciliar essas aparentes contradições, basta examinar de perto a vaidade e o nada desses títulos orgulhosos que nos deslumbram e que tão gratuitamente conferimos aos conhecimentos humanos. Consideremos, portanto, as ciências e as artes em si mesmas. Vejamos o que deve resultar de seu progresso e não mais hesitemos em concordar em todos os pontos em que nossos raciocínios estiverem de acordo com as induções históricas.

Até o momento em que o Homem continuar a se apoiar nos conhecimentos demonstrados, continuará a apoiar-se em espinhos e em infortúnios,<sup>418</sup> porque assim como ele não valoriza a obra da Natureza, não valoriza o que natural e gratuitamente tem em suas mãos.<sup>419</sup> A partir disso, ele encontra dificuldade em aceitar o simples e o natural. Quando o Homem confiar na Natureza, não mais preocupar-se-á com o futuro.

<sup>417</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*: precedido pelo discurso sobre as ciências e as artes, p. 22-23 (Discurso sobre as ciências e as artes).

<sup>418</sup> Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 135, a respeito do contratualismo de Rousseau cita e comenta um trecho da “Carta a Voltaire, 10 de setembro de 1755” que diz: “Num povo, o gosto das letras e das artes nasce de um vício interior que ele incrementa; e se é verdade que todos os progressos humanos são perniciosos à espécie, os do espírito e dos conhecimentos que aumentam o nosso orgulho e multiplicam nossos desatinos, aceleram logo nossas desgraças. Mas chega um tempo em que o mal é tamanho que as causas mesmo que o fizeram nascer são necessárias para impedi-lo de aumentar; é o ferro que é preciso deixar na chaga, de modo que o ferido expire ao ser arrancado”. No texto, a tese primitiva acha-se sensivelmente modificada. As ciências e as letras já não são mais a causa da perdição humana, mas o produto daquele mesmo “vício interior” que acarreta a dissolução da sociedade. São plantas que só vingam em canteiros de veneno, daquele “veneno lento e secreto” que corrompe os governos – cujas flores, por sua vez, exalam um suave perfume, que embriaga e mata. A que vício, a que veneno Rousseau se referia? Não pode haver dúvida quanto à resposta: referia-se à cobiça, à ambição, aos desejos desenfreados. Mas o essencial no Discurso sobre as Ciências e as artes é a interpretação da história ali feita. Platão, Plutarco, Sêneca, Tácito, os grandes autores da antiguidade haviam assinalado que os impérios se perdem pelo progresso. Rousseau retoma o velho tema e lança sua apóstrofe precisamente quando o mundo civilizado se esquecia da admoestação e da advertência dos pensadores clássicos; com isto, em cheio na era das Luzes, Rousseau se constitui em filósofo da decadência.”

<sup>419</sup> *Natura dedit imnia omnibus* (A Natureza deu todas as coisas a todos os homens). Conforme Thomas Hobbes, *Os elementos da lei natural e política*, p. 95.

Essa excessiva dúvida acerca dos mistérios miraculosos da Natureza e a ansiedade pelos conceitos fazem com que ele precise de definições a respeito do que é simples e natural. A ciência da Natureza é a ciência do simples e do fácil. O Homem faz-se complexo por si mesmo e sua complexidade advém da sua pretensão de negar o simples, o fácil e o natural. Na explicação de Thomas Hobbes<sup>420</sup>:

Existe uma falta da mente que os gregos chamavam de *Amadía*, que é a indocilidade (indocibility), ou dificuldade de aprender. Esta deve se originar de uma falsa opinião daqueles que já conhecem a verdade do que está sendo questionado. Afinal, os homens certamente não são de outra maneira tão desiguais na sua capacidade quanto a evidência é desigual entre o que está sendo dito pelos matemáticos e o que é comumente discutido em outros livros. Portanto, se as mentes dos homens fossem todas como uma folha em branco, eles poderiam quase que igualmente ser propensos a reconhecer qualquer coisa que se dispusesse pelo método correto, e pelo raciocínio certo que a eles é entregue. Mas uma vez que os homens aquiesceram em opiniões falsas e as registraram como testemunhos autênticos em suas mentes, não é menos impossível falar inteligivelmente a cada homem do que escrever legivelmente sobre um papel todo rabiscado. A causa imediata, portanto da indocilidade é o preconceito. E a causa do preconceito é a opinião falsa acerca do nosso conhecimento.

Compreender a Natureza é um dom espiritual e não mecânico, e todos os Homens possuem esse dom espiritual, embora não são todos que o reconheçam e orientem-se por ele. Os animais sempre obedecem às leis naturais; o Homem, ao contrário, não as obedece sempre, pois utiliza-se do seu livre-arbítrio, ou seja, da liberdade de agir conforme sua vontade. Nisso reside a maior dificuldade prática do Direito Natural: se os Homens ignoram as leis naturais, como aplicá-las e conhecê-las em profundidade?

É fácil perceber como o Homem atual desconhece as leis da Natureza, mas conhece todos os detalhes das leis humanas. Por exemplo: é comum ver um jurista sustentar a dificuldade de se julgar com justiça e saber quem está com a razão, porque o Homem contemporâneo sente-se enganado pelas leis da Natureza e até pelo próprio ser humano. Por isso ele sente-se mais seguro no conhecimento que obtém através da leitura dos textos legais,

---

<sup>420</sup> *Op. cit.*, p. 72.

jurisprudenciais e doutrinários, mas não em avaliar os pontos da injustiça e da desigualdade entre duas pessoas que estão diante dos seus próprios olhos.

Essa insegurança faz com que ele prefira não arriscar, não ouvir, não agir na sua observação e apostar no seu limitado conhecimento teórico e nos conceitos e métodos interpretativos. Em contraposição, o Homem, afastado do seu estado de natureza, tem profundo temor em olhar para as pessoas e prefere reduzi-las, a métodos, a esquemas e a conceitos teóricos que, algumas vezes, mostram-se justos e coerentes na teoria, mas injustos e incoerentes quando aproximam-se da realidade da Pessoa Humana.

Os Homens preferem aconselhar-se com outros Homens, ou seja, preferem confiar na verdade transmitida por aquele que teve uma experiência anterior, preferem confiar nos tabus e nos dogmas sociais, mas não acreditam que dentro deles mesmos reside o maior tesouro do mundo. Seguindo o entendimento de Leibniz de “Que cada substância individual exprime o universo todo a seu modo, e que sua noção já encerra tudo o que lhe acontecerá, as circunstâncias destes acontecimentos e a sucessão das coisas externas.”<sup>421</sup> pode-se confirmar a especificidade de cada ser humano.

Conforme Rousseau<sup>422</sup>:

[...] a natureza manda em todos os animais e o bicho obedece. O homem sente a mesma impressão, mas se reconhece livre para aquiescer ou para resistir, sendo sobretudo na consciência dessa liberdade que se mostra a espiritualidade de sua alma, pois a física explica de certa maneira os mecanismos dos sentidos e a formação das idéias; mas, na faculdade de querer, ou melhor, de escolher, no sentido dessa faculdade só se encontram atos puramente espirituais, dos quais nada se explica pelas leis da mecânica.

Portanto, o Homem possui a liberdade de se orientar ou de não se orientar conforme a Natureza e conforme a sua própria natureza. Essa liberdade concedida a ele é uma qualidade espiritual da alma humana.

---

<sup>421</sup> *Discurso de metafísica*, p. 50.

<sup>422</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 173.

A partir disso, sustenta-se no presente estudo que a melhor atitude para o Homem ser mais bondoso, mais justo e mais perfeito está em obedecer à Natureza, a qual nunca erra e nunca mente, e à inclinação de sua alma que lhe faz livre e especial.<sup>423</sup> Conforme Leibniz<sup>424</sup>:

E todas as coisas, quando exercem sua virtude ou potência - quer dizer, quando agem - mudam para melhor e se estendem na ação. Assim, quando acontece uma mudança que tem implicação sobre muitas substâncias (uma vez que, com efeito, qualquer mudança toca a todas elas), creio que se pode dizer que, com isso, aquela que imediatamente passa a um grau superior de perfeição, ou a uma expressão mais perfeita, exerce sua potência e age; e aquela que passa a um grau inferior, acusa sua fraqueza e padece. Julgo, pois, que toda ação de uma substância dotada de percepção implica algum prazer, e toda paixão, alguma dor; e assim vice-versa, pois pode muito bem acontecer de uma vantagem presente ser destruída por um mal maior no futuro. E daí que se segue e que se pode pecar agindo - quer dizer, exercendo a própria potência - e encontrando prazer.

Hans Kelsen<sup>425</sup> explica o *imperativo categórico* de Kant dizendo:

[...] quando declara que “que não é, pois, necessária qualquer ciência ou filosofia para sabermos o que temos a fazer, para sermos honrados e bons, para sermos até sábios e virtuosos”, “que o conhecimento daquilo que se deve fazer compete, portanto, a qualquer homem, mesmo ao mais vulgar”; quando pergunta a sério se não seria mais aconselhável “deixar as coisas morais ao comum juízo da razão (ao senso comum) e apenas utilizar a filosofia, quando muito, para... descrever o sistema moral (System der Sitten) por maneira mais acabada e compreensível”. Por outras palavras: o que é bom e o que é mau compreende-se per si (é de per si evidente). Esta questão não precisa ser respondida por uma ciência da moral.

Conforme foi exposto sobre a facilidade de se compreender a justiça e a injustiça, Kant também considerou desnecessários os grandes e complexos empenhos para se definir o necessário para um Homem ser *bom*, *sábio* e *virtuoso*, pois qualquer ser humano sabe por si mesmo compreender o significado dessas questões. A conceituação do que seja a justiça, a virtude, o bem e o bom são meramente exemplificativas e não taxativas.

<sup>423</sup> Nas palavras de Rousseau, *op. cit.*, p. 162: “Oh, homem, de qualquer terra que sejas, quaisquer que sejam tuas opiniões, escuta: eis tua história, tal como acreditei lê-la, não nos livros de teus semelhantes, que são mentirosos, mas na natureza que jamais mente. Tudo o que vier dela será verdade; só haverá erro no que eu, sem querer, houver introduzido de meu.”

<sup>424</sup> *Discurso de metafísica*, p. 63-64.

<sup>425</sup> *A justiça e o direito natural*, p. 62.



O Homem que não transgredi o seu dever natural de ser bom e de agir conforme uma boa vontade é o *Homem bom*. Entretanto, o é naturalmente bom,<sup>426</sup> porque a Natureza não é ruim, não é vingativa, não é traiçoeira. Em consequência, o *Homem natural* não pode ser ruim, vingativo e traiçoeiro, mas santo porque a Natureza é santa e o Criador é santo.

O *Homem natural* não é o Homem selvagem, porque este surgiu em consequência da desigualdade entre os Homens.<sup>427</sup> O ideal não é todos estarem no mesmo nível intelectual, ou no mesmo lugar, mas sim que cada um esteja no seu devido lugar, no lugar que lhe corresponde e a desempenhar a função que lhe é genuína e natural. Por exemplo: pode um peixe sobreviver fora d'água, ou pode uma águia viver na água? Não! O peixe morre fora d'água em pouco tempo assim como a águia também morrerá se colocada para viver dentro do mar. Assim também é o Homem.

O *Homem selvagem* é o *Homem mau*, é o *Homem corrupto*, é o *Homem artificial*.<sup>428</sup> O ser humano corrompeu-se - e corrompe-se - sozinho a partir do momento em que se afastou da sua essência e dos ensinamentos da Natureza. Posteriormente, o

---

<sup>426</sup> Conforme Emmanuel Kant analisa na primeira secção (“Transição do Conhecimento Moral da Razão Vulgar para o conhecimento Filosófico”) da sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 22: “Neste mundo, e até também fora dele, não é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade.”

<sup>427</sup> Para Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 75: “A primeira fonte do mal é a desigualdade; da desigualdade vieram as riquezas, pois as palavras pobre e rico são relativas e, em toda parte em que os homens forem iguais, não haverá ricos nem pobres. Das riquezas nasceram o luxo e a ociosidade; do luxo vieram as belas artes e, da ociosidade as ciências”.

<sup>428</sup> Conforme Rousseau, *op. cit.*, p. 80-81: “Há uma ignorância feroz e brutal que nasce de um mau coração e de um espírito falso; uma ignorância criminosa que se estende aos deveres da humanidade, que multiplica os vícios, que degrada a razão, avilta a alma e torna os homens semelhantes aos animais: é essa a ignorância que o autor ataca e da qual pinta um retrato muito odioso e muito parecido. Há outra espécie de ignorância razoável, que consiste em limitar sua curiosidade à extensão das faculdades que se recebeu; uma ignorância modesta, que nasce de um vivo Amor pela virtude e só inspira indiferença por todas as coisas que não são dignas de encher o coração do homem e não contribuem para torná-lo melhor; uma doce e preciosa ignorância, tesouro de uma alma pura e contente consigo mesma, que põe toda a sua felicidade em ensimesmar-se, em testemunhar sua inocência e que não tem necessidade de buscar falsa e vã felicidade na opinião que os outros poderiam ter de suas luzes. Eis a ignorância que elogiei e a que peço ao céu como punição do escândalo que causei aos doutos com meu desprezo declarado pelas ciências humanas. Que se comparem, diz o autor, com aqueles tempos de ignorância e de barbárie estes séculos felizes em que as ciências difundiram por toda parte o espírito de ordem e justiça. Estes séculos serão difíceis de encontrar; porém encontraremos com mais facilidade outros em que, graças às ciências, ordem e justiça não serão mais do que palavras vãs, feitas para ludibriar o povo, e em que a aparência delas terá sido conservada com cuidado para destruí-las de fato mais impunemente”.

Homem corrupto corrompeu os demais ao visar aos seus próprios interesses e às más inclinações. Disso resultou o surgimento da sociedade corrompida.<sup>429</sup>

A sociedade corrompida é a sociedade que não se guia e não se orienta pela Natureza porque a repudia. Contudo, direciona-se pela orientação do Homem corrompido e egoísta, porque acredita ser ele próprio o senhor e o dono do mundo, de todos os Homens e de toda a verdade. O Homem corrompido não conhece sua boa porção humana, mas confia excessivamente em si mesmo e por isso prefere sustentar-se na razão humana, negando a existência da Natureza como sua conselheira. Nas palavras de Rousseau<sup>430</sup>:

Como seria agradável viver entre nós, se a continência exterior fosse sempre a imagem das disposições do coração, se a decência fosse a virtude, se nossas máximas nos servissem de regras, se a verdadeira filosofia fosse inseparável do título de filósofo! Mas tantas qualidades caminham juntas, e a virtude não é muito compatível com tão grande pompa. A riqueza dos adereços pode anunciar um homem opulento, e sua elegância, um homem de gosto; o homem sadio e robusto é reconhecido por outros sinais; é sob a roupa rústica de um homem lavrador e não sob os enfeites dourados de um cortesão que se encontrarão a força e o vigor do corpo. Os adereços não são menos estranhos à virtude, que é a força e o vigor da alma. O homem de bem é um atleta que se compraz em combater nu: despreza todos esses vis ornamentos que atrapalhariam o uso de suas forças, a maioria dos quais só foi inventada para ocultar alguma deformidade. Antes que a arte houvesse moldado nossas maneiras e ensinado nossas paixões a falar uma linguagem rebuscada, nossos costumes eram rústicos, mas naturais; e a diferença dos procedimentos anunciava, ao primeiro lance de olhos, a dos caracteres. No fundo, a natureza humana não era melhor, mas os homens encontravam segurança na facilidade de penetrar-se reciprocamente, e tal vantagem, cujo valor já não percebemos, poupava-lhes muitos vícios.

O *Homem natural* pode existir em uma grande sociedade, mas também numa pequena sociedade.<sup>431</sup> Por exemplo: pode acontecer que haja uma pequena sociedade no meio

---

<sup>429</sup> Conforme Rousseau, *op. cit.*, p. 203: “O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado aos seus semelhantes: “Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!” Porém, ao que tudo indica, então as coisas já haviam chegado ao ponto de não mais poder permanecer como eram, pois essa idéia de propriedade, dependente de muitas idéias anteriores que só puderam nascer sucessivamente, não se formou de uma só vez no espírito humano”.

<sup>430</sup> *Op. cit.*, p. 13.

<sup>431</sup> Conforme a explicação de Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 145: “É certo que Rousseau, em seus Discursos, exaltou a vida do homem isolado, vivendo no bosque primitivo. Mas fê-lo, porque viu no selvagem o homem espontâneo e autêntico, em contraste com o homem deturpado pelos vícios da civilização. Isto não significa, entretanto, que o homem, vivendo em sociedade, e, sobretudo, numa sociedade ainda não corrompida (quer dizer, vivendo na sociedade por ele idealizada), não possa conservar-se em estado de natureza”.

da floresta e nela encontrem-se *Homens naturais* e *Homens corrompidos*. Estes se corromperam por si mesmos quando afastaram-se da sua própria essência e esqueceram-se de que a Natureza é a sua guia e conselheira.

*Grosso modo*, pode acontecer que dois Homens vivam isolados numa ilha ou numa floresta, mas um deles tenha os olhos naturais e o outro não.

O Homem que vive em harmonia com a Natureza é o que vive em harmonia com os animais e com as plantas, porém nenhum infortúnio sobrevém a ele e mesmo os animais ferozes ou venenosos não lhe oferecem perigo.

Por outro lado, o Homem que não possui os olhos naturais vive ameaçado pelas plantas, pelos insetos e pelos animais, porque são as questões internas, e não as externas, que fazem o Homem natural.

O Homem que vive isolado na floresta, numa ilha ou numa praia deserta possui maior liberdade de escolha, porque não existe uma lei externa imposta por outros Homens e a lei é a Natureza. Em razão disso, goza de maior liberdade, pois tudo é externamente permitido, embora a limitação provenha do seu interior e das leis da Natureza.

Por exemplo: quando chega a noite não há luz elétrica, mas é provável que ele se recolha para repousar e esse repouso seja consequência de uma imposição natural. Uma forte chuva o impede de ir pescar ou de caçar e o comando disso adveio da Natureza.

Portanto, será mais difícil de haver corrupção entre aqueles que vivem em meio à Natureza, porque é fácil para ser humano que vive sob essas condições perceber o que a Natureza e a sua própria essência desejam dele.

Além disso, a questão está mais em se corrigir as falhas de caráter e de rebeldia internas porque a Natureza pode agir com maior facilidade naquele que não está sujeito às corrupções externas, mas somente às internas.

Na vida civilizada é incomum a chuva deter o caminhar de um Homem e devido à existência da luz elétrica ele pode ou não repousar à noite e escolher um livro na madrugada.

O governante afastado do seu estado natural, ainda que ele seja engenheiro, não consegue usar a sua habilidade para prever a chuva e preparar-se para recebê-la com segurança porque não é previdente e não vive harmonizado com a Natureza e com o povo. Então, ele desconsidera a necessidade da coleta do lixo urbano diariamente e advém a chuva forte que alaga a cidade.

Os bairros mais carentes sofrem com o lixo em meio às águas e o Homem sofre para se locomover de automóvel por causa dos alagamentos. Tudo isso porque o governante é internamente corrompido e sua corrupção interna reflete-se externamente.<sup>432</sup>

Se o governante não visa à cooperação, à reciprocidade e ao bem-estar do povo, mas visa a vantagens pessoais e acerca das quais ele ainda atribui como mérito, subjugando o povo. Esse é o governante artificial, o governante corrompido que só promete e não cumpre.<sup>433</sup>

Internamente, ele ri do povo e externamente ele se coloca como bonzinho e faz o povo sofrer. Ele governa sem firmeza, não conclui a tarefa que se propôs a fazer e, por isso, não promove a justiça, a igualdade e a liberdade. Quando o governante age dessa forma, as

---

<sup>432</sup> Conforme a óptica desenvolvida por Platão, *A República*, p. 42: “mas se é pela virtude que lhe é própria que realiza bem uma tarefa quem dela está incumbido, e se é pelo vício que a realiza mal”.

<sup>433</sup> De acordo com John Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 429-430: “é verdade que os membros mais bem situados na sociedade têm uma probabilidade maior que os outros são de contrair obrigações políticas que não se confundem com deveres políticos. Em geral são essas pessoas que estão mais capacitadas a conseguir um cargo político e a beneficiar-se das oportunidades oferecidas pelo sistema constitucional. Elas têm, portanto, vínculos ainda mais fortes com o sistema de instituições justas. Para salientar esse fato, e enfatizar o modo como muitos vínculos são voluntariamente assumidos, o princípio de equidade nos é útil. Esse princípio deveria nos permitir oferecer uma explicação mais detalhada dos conceitos de dever e obrigação. O termo “obrigação” será reservado, portanto, para exigências morais provenientes do princípio de equidade, ao passo que outras exigências serão denominadas “deveres naturais”. Uma vez que o princípio de equidade será mencionado em seções posteriores, em conexão com questões políticas, discorrerei aqui sobre sua relação com as promessas. O princípio da fidelidade é apenas um caso especial do princípio da equidade aplicado à prática social de fazer promessas. A argumentação a favor disso começa pela observação de que prometer é uma ação definida por um sistema público de normas. Essas normas são, como no caso das instituições em geral, um conjunto de convenções constitutivas. Assim como as regras de jogo, especificam certas atividades e definem certas ações. No caso das promessas, a norma básica é a que rege o uso das palavras “Prometo fazer x”. Sua formulação é mais ou menos a seguinte: se uma pessoa diz “Prometo fazer x” nas circunstâncias apropriadas, deve fazer x, a não ser que condições dirimentes existam. Podemos conceber essa norma como a norma da promessa; podemos considerá-la como uma representação da prática como um todo. Não é, por si só, um princípio Moral, mas uma convenção constitutiva. Nesse aspecto, assemelha-se às normas e estudos legais, e às regras de jogo; como acontece com estes, ela existe em uma sociedade quando é observada com certa regularidade.”

desigualdades, as insatisfações latentes e as injustiças passam a existir e a reinar, pois o governante corrompido não protege o povo e o desampara ainda mais.

O *governante natural* é previdente e pensa no povo como o agricultor pensa na colheita. Esta tem que ser salva da chuva e da peste e por isso ele trabalha observando a Natureza para colher os bons frutos. Ele observa e percebe a melhor época para plantar e prepara a terra. Do mesmo modo o governante natural observa a melhor época da chuva forte e toma precauções, pois trabalha para que ela não judie do seu povo.

O governante ajuda seu povo a plantar e lhe fornece a semente; ajuda o estudante a estudar e a preparar-se para trabalhar; ajuda as famílias a se alimentarem e a alimentar seus filhos. Desse modo, ele promove a igualdade e a liberdade.

O *governante natural* pensa no povo e o serve com o que tem de melhor dentro de si: governa sem vaidades, busca favorecer a todos os seres e alcança a paz entre os Homens, porque todos sentem-se satisfeitos e livres.

Quando o *governante natural* harmoniza-se com o povo também reina a justiça. Ele é favorável com o povo e por estarem em harmonia também promove a justiça e a igualdade porque cada um está feliz com o que tem e, então, a igualdade, a liberdade e a justiça são reais.

A sociedade dos dias atuais é selvagem e o Homem que se entrega a ela e aos seus caprichos torna-se também selvagem e artificial. Ela possui uma poderosa força que o corrompe e que não o aprimora, ao passo que a Natureza o aprimora e restaura a sua vitalidade. A sociedade adoece o Homem, pois ela veda os olhos bons que a Natureza lhe deu.

O *Homem natural* enxerga o mundo ao seu redor com os olhos da Natureza, com os olhos de um vegetal, ou seja, com os seus próprios olhos e com inocência, porque a Natureza é esclarecida para o Homem natural. Ela se esclarece e se mostra para o Homem natural de modo fácil e simples.

Por outro lado, para o Homem artificial a Natureza é misteriosa, perigosa, complexa e oculta. O *Homem natural* conhece a sua própria essência humana e domina seus instintos inferiores com facilidade e simplicidade.

O Homem que se afastou da Natureza a afronta e por isso o câncer de pele é comum e o mata, porque ele provoca a força do sol. Também é comum o ser humano morrer com picadas de insetos já que vive em desarmonia com o natural.

O Homem natural é saudável e a boa fortuna sempre lhe acompanha. As enfermidades, os acidentes e infortúnios que o Homem sofre são decorrentes do seu afastamento do estado natural.

O Homem natural está internamente em harmonia com as coisas e com a Natureza e por isso os acontecimentos não lhe afetam negativamente, mas positivamente.

O infortúnio e prejuízo externos ao Homem são a consequência da desarmonia interna com as coisas, com a Natureza e com a natureza humana, isto é, consequência da desarmonia com outras pessoas ou consigo mesmo<sup>434</sup>.

O Homem absorve nas sensações, nos sentimentos, nas intuições, na alimentação, na respiração os elementos essenciais para viver bem e para a sua estabilização como ser humano. A intuição revela a potencialidade da essência das coisas em si mesma, porque ela está ligada às grandes verdades.

Por exemplo: o Homem colhe os frutos dos seus maus pensamentos, colhe os frutos da sua má alimentação, colhe os frutos da sua deficiência respiratória e colhe os frutos dos seus maus sentimentos.

Num primeiro momento, todas essas colocações parecem dispensáveis, porém o bom funcionamento interno do organismo humano torna o Homem mais apto e preparado para desenvolver suas funções na vida em sociedade.

---

<sup>434</sup> Na explicação de Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 140: “Temos a convicção de que Rousseau chegou a essas duas concepções, utilizando-se de uma só via: a de auto-observação, a da observação interior.”

Por exemplo: o *juiz* que tem as suas emoções e seus sentimentos harmonizados está melhor preparado para julgar com maestria, porque o seu desequilíbrio interno pode influenciar no seu julgamento.

Tais idéias estão de acordo com o pensamento de Rousseau<sup>435</sup> em seu *discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os Homens*, como no fragmento a seguir:

Hoje, quando pesquisas mais sutis e um gosto mais refinado reduziram a princípios a arte de agradar, reina em nossos costumes uma vil e enganosa uniformidade e todos os espíritos parecem ter sido lançados numa mesma fôrma: incessantemente a polidez exige, o decoro ordena; incessantemente seguem-se os hábitos tradicionais, jamais a própria índole. Já não se ousa parecer o que se é; e, nessa coerção perpétua, os homens, que formam esse rebanho a que se chama sociedade, postos nas mesmas circunstâncias, farão todos as mesmas coisas, se motivos mais fortes não os desviarem. Portanto, nunca se saberá com quem se está lidando: será preciso, pois para conhecer um amigo, esperar as grandes ocasiões, ou seja, esperar que já não haja tempo para tanto, uma vez que é para essas mesmas ocasiões que seria essencial conhecê-lo. Que cortejo de vícios não acompanhará essa incerteza! Acabaram-se as amizades sinceras; acabou-se a estima real; acabou-se a confiança fundamentada. As suspeitas, as desconfianças, os temores, a frieza, a reserva, o ódio, a traição se ocultarão continuamente sob esse véu uniforme e pérfido de polidez, sob essa urbanidade tão louvada que devemos às luzes do nosso século. Não mais profanarão com juramentos o nome do senhor do universo, mas o insultarão com blasfêmia, sem que nossos escrupulosos ouvidos se ofendam com isso. Não elogiarão o mérito próprio, mas rebaixarão o alheio. Não ultrajarão grosseiramente o inimigo, mas o caluniarão com habilidade.

O Homem artificial enxerga o mundo ao seu redor com os olhos alheios, com medo, com malícia e com insegurança.

Por exemplo: o *Homem natural* ao viver em sociedade ensina a seus filhos a serem conforme a sua própria essência, a qual não se confunde com a do pai e da mãe. Assim, ensina ao filho a ouvir a voz do seu próprio coração e a sua própria mente, pois o coração e a mente ensinam o caminho correto que lhe é naturalmente apropriado.

De outro lado, o Homem artificial já se corrompeu porque deixou levar-se pelo turbilhão do mundo e afastou-se da sua essência natural. Ele ensina a seus filhos a partir dos seus próprios

---

<sup>435</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 13-14.

conceitos, a partir dos seus olhos medrosos, desconfiados, ansiosos e inseguros e lhes transmite, em essência, que a vida encerra uma luta, uma batalha num mundo selvagem e competitivo.<sup>436</sup>

O *Homem natural* não possui essa mentalidade porque sabe que se ele está em harmonia com a Natureza, as coisas boas que lhe pertencem vêm para as suas mãos e para o seu caminho, inevitavelmente, pelas leis naturais, sem que precise desesperar-se, corromper-se e muito fazer. Ele sabe que tem que agir conforme o tempo que a Natureza lhe indica: ora agindo e ora esperando.

O Homem artificial pensa que o correto é sempre agir e incansavelmente agir, e nunca parar e esperar, porque ele considera a espera como se fosse o ócio e o fracasso. Mesmo o Homem que desempenha atividade ociosa vive apressado e atribulado com o tempo e com o mundo ao seu redor, porque carece de paz interior e de tranqüilidade interna.

De acordo com o pensamento de Rousseau<sup>437</sup>:

Era uma antiga tradição, transmitida do Egito para a Grécia, que um deus inimigo do repouso do homem era o inventor das ciências. Que opinião deveriam, pois, ter delas os próprios egípcios, entre os quais elas nasceram? É que eles viam de perto as fontes que as haviam produzido. Com efeito, seja folheando os anais do mundo, seja suprimindo crônicas incertas com investigações filosóficas, não se encontrará uma origem para os conhecimentos humanos que corresponda à idéia que se gosta de formar a esse respeito. A astronomia nasceu da superstição; a eloqüência, da ambição, do ódio, da lisonja, da mentira; a geometria, da avareza; a física de uma vã curiosidade; todas, até mesmo a moral, do orgulho humano. As ciências e as artes devem, pois, seu nascimento a nossos vícios; teríamos menos dúvidas

<sup>436</sup> Conforme Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 145-147: “A tese de Rousseau é a seguinte: “tenha-se em conta, em primeiro lugar, que ao querer formar o homem da natureza, não se trata por isto de fazer dele um selvagem e relegá-lo ao interior dos bosques: basta fazer que ele, envolto no torvelinho social, não se deixe arrastar pelas paixões nem pelas opiniões dos homens; que veja com seus olhos e sinta com seu coração; que nenhuma autoridade o governe, fora da sua razão”. (Emílio III). Impossível pois confundir, como fez a “natureza” de Rousseau com a dos cínicos. Não se pense igualmente, que a volta à natureza pregada pelo genebrino tenha qualquer semelhança com a que é preconizada pelos enciclopedistas, seus contemporâneos. Estes, inspirados por Galileu e Newton, enquadrados no movimento dos naturalistas, empregando os métodos empíricos de Bacon e Locke, deixaram-se, também, como que fascinar pela natureza. Mas natureza, para eles, era o mundo físico, ou seja, o mecanismo universal da matéria e do movimento. Natureza era o objeto da consideração intelectual. E o próprio ser pensante ou espírito, encarado não como sujeito, mas como objeto de conhecimentos, nada mais era do que um produto passivo da ação da natureza, ou seja, uma parte do mundo físico. Assim, os Enciclopedistas transformavam em objeto o que é sujeito, e reduziram o espírito a uma simples manifestação da matéria. Rousseau, pelo contrário, sente o objeto viver dentro do sujeito, isto é, a natureza palpitar dentro do homem. Bacon queria fazer *tabula abrasa dos idola mentis*, a fim de que o intelecto considerasse seu objeto sem perturbações de ordem subjetiva. Rousseau quer coisa completamente diferente: quer livrar-se da influência do intelecto, a fim de mergulhar no mundo subjetivo, que é o mundo da espontaneidade, e portanto da autenticidade. O que ele deseja, acima de tudo, é ser ele mesmo, sem as deturpações impostas pelo mundo objetivo; e ser ele mesmo, significava ser livre em consciência e em sentimento, senhor absoluto de sua personalidade. Numa carta a Verne, Rousseau escrevia: “Deixei, pois, de lado a razão e consulte a natureza, isto é, o sentimento interior que dirige minha crença independente da razão”. Pelo seu subjetivismo, Rousseau se alinha, incontestavelmente, entre os pensadores que se filiam ao cogito de Descartes. Sucede, porém, que tais pensadores eram sempre, ou quase sempre, eminentemente intelectualistas, ao passo que Rousseau é subjetivista sentimental. Para ele, o sentimento está acima da razão, porque a razão se deixa iludir pelos artifícios do mundo, ao passo que o sentimento é a própria voz da natureza dentro do homem.”

<sup>437</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 25-26.



sobre as suas vantagens se o devessem a nossas virtudes. O defeito de sua origem se nos patenteia nitidamente em seus objetivos. O que faríamos nós das artes sem o luxo que as nutre? Sem as injustiças dos homens, para que serviria a jurisprudência? O que seria da história se não houvesse tiranos, nem guerras, nem conspiradores? Quem, em suma, desejaria passar a vida em estéreis contemplações, se cada qual, consultando apenas os deveres do homem e as necessidades da natureza, só tivesse tempo para a pátria, para os infelizes e para os amigos? Então fomos feitos para morrer atados às bordas do poço para onde se retirou a verdade? Essa simples reflexão deveria demover, já nos primeiros passos, qualquer homem que procurasse instruir-se seriamente pelo estudo da filosofia. Quantos perigos! Quantas estradas erradas na investigação das ciências! Por quantos erros, mil vezes mais perigosos do que é útil a verdade, não é preciso passar para chegar a ela! A desvantagem é visível, pois o falso é suscetível de uma infinidade de combinações; mas a verdade tem apenas uma maneira de ser. Quem, aliás, a procura com toda a sinceridade? Mesmo com a melhor boa vontade, por que sinais fica-se certo de reconhecê-la? Nessa profusão de sentimentos diferentes, qual será o nosso critério para bem julgá-lo? E, o que é mais difícil, se por felicidade finalmente o encontramos, quem de nós saberá dar-lhe um uso adequado?

O Homem natural possui a paz e a alegria interior, em sua mente e em seu coração. O Homem artificial, o corrompido, procura a paz por diferentes caminhos e dificilmente encontra a verdadeira paz interior e a alegria plena, pois ele as procura externamente sem perceber e por não acreditar que brotam de dentro e por isso elas se exteriorizam. Hans Kelsen fala sobre a justiça e a felicidade em sua obra *A justiça e o direito natural*<sup>438</sup> e nela recorda os ensinamentos de Platão:

Platão ensina que o justo, e apenas o justo, é feliz; ou que temos de conduzir os homens a crer em tal. E, de fato, o problema da justiça tem uma importância tão fundamental para a vida social dos homens, a aspiração à justiça está tão profundamente enraizada nos seus corações porque, no fundo, emana da sua indestrutível aspiração à felicidade. Nenhuma justiça simplesmente relativa, apreensível pela razão humana, pode atingir este fim. Uma tal justiça relativa apenas conduz a uma satisfação muito parcial. A justiça pela qual o mundo clama, “a” justiça por excelência é, pois, a justiça absoluta. Esta é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus. Por isso, a fonte da justiça e, juntamente com ela, também a realização da justiça, têm de ser relegadas do Aquém para o Além - temos de nos contentar na terra com uma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada. Em vez da felicidade terrena por Amor da qual a justiça é tão apaixonadamente exigida, mas que qualquer justiça terrena relativa não pode garantir, surge a bem-aventurança supraterrena que promete a justiça absoluta de Deus àqueles que nele crêem e que, conseqüentemente, acreditam nela. Tal é o engodo desta eterna ilusão.

O presente estudo examina o Homem natural dentro da sociedade e não fora, pois acredita que possam existir Homens fiéis a si mesmos e à Natureza, ou seja, mesmo vivendo em sociedade e levando uma vida normal.

---

<sup>438</sup> p. 98.

O Homem, em seu estado natural, além de bom é também generoso e feliz.<sup>439</sup> Porém, quando ele passa a viver conforme os ditames morais da sociedade, torna-se artificial, mau, corrupto e profundamente infeliz e perdido no abismo no qual ele mesmo criou.

Goffredo Telles Júnior<sup>440</sup> explica o pensamento de Rousseau afirmando que:

Com a consagração do princípio da propriedade e da desigualdade, ficou destruída, sem compensação, a liberdade natural. Todas as injustiças e todos os males que afligem os homens são decorrências diretas desse fato. “O homem selvagem”, escreve Rousseau, “após ter jantado, está em paz com toda a natureza, e é amigo de todos os seus semelhantes. Se às vezes, tem que lutar pela sua refeição, jamais chega a vias de fato, sem antes haver comparado a dificuldade de vencer à de encontrar alhures sua subsistência; e como o orgulho não interfere no combate, este termina com alguns socos; o vencedor come, o vencido vai tentar a sorte e tudo se pacifica. Mas com o homem em sociedade, o caso é bem outro: trata-se primeiro de atender ao necessário, e depois ao supérfluo; e em seguida vêm as delícias e depois as imensas riquezas, e depois os subjugados e depois os escravos: não há um momento de descanso. O que nisso há de singular é que quanto menos as necessidades são naturais e urgentes, mais crescem as paixões, e, o que é pior, o poder de satisfazê-las; de sorte que, depois de longas prosperidade, depois de haver tragado muitos tesouros e desgraçado muitos homens, nosso herói terminará por estrangular tudo, até que se torne o único senhor do universo. Tal é em resumo o quadro moral das pretensões secretas do coração de todo homem civilizado”. Assim se resume o Discurso sobre a Desigualdade entre os homens. As duas idéias novas lançadas nesta obra são as do estado de natureza pacífico e feliz e do homem natural essencialmente bom.

O Homem que desenvolver em si mesmo suas potencialidades naturais e se desligar dos paradigmas da sociedade poderá viver em seu estado natural em meio ao turbilhão do mundo. Basta que ele seja fiel à sua essência, pois esta está em harmonia com a Natureza.

Na prática, pode acontecer que o Homem natural diferencie-se muito do Homem artificial na sua maneira de ser, de se comportar e de agir, porque o código do primeiro não é o mesmo do segundo. Então, por essa razão, é muito provável que aquele seja muito criticado por não valorizar os tabus da sociedade, porque seus olhos e sua visão não apreciam as mesmas coisas e os mesmos valores apreciados por este.

---

<sup>439</sup> Conforme o pensamento de Platão, *A República*, p. 48: “Quem pretende ser feliz deve amar.—Bem! Mas não é essa a opinião da maioria das pessoas...Elas a incluem entre os bens penosos de que se deve ocupar por causa dos salários e do bom nome, tendo em vista a opinião dos outros, mas que, por eles mesmos devem ser evitados porque, segundo essas pessoas, eles são difíceis de alcançar.— Sei, disse eu, que é essa a opinião da maioria, e já há algum tempo Trasímaco vem censurando a justiça por ser ela difícil de alcançar e elogiando a injustiça. Pelo jeito, porém, sou um pouco cabeça dura...”

<sup>440</sup> Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 139-140.

O pensamento sustentado nesse estudo filosófico harmoniza-se com o pensamento de Rousseau. Na explicação de Goffredo Telles Júnior<sup>441</sup>:

Facilmente se descobre a argumentação que se deve ter imposto a Rousseau: os homens que vivem em sociedade são maus; e são maus em conseqüências das paixões suscitadas e desenvolvidas pela vida social; suprimamos a nossa vida social: encontraremos o homem sem paixões e, portanto bom. Em conclusão: o homem natural é bom, e não um lobo feroz, como o pintaram os autores já citados; e o estado de natureza foi uma era de paz e felicidade, e não um período de sofrimento e de guerra. Eis que, sobre esse tema, brota da pena de Rousseau, o Discurso sobre a Origem e os fundamentos da Desigualdade entre os homens. Esta obra principia com a comparação do homem civilizado a Glauco, o Deus marinho, cujas formas verdadeiras são invisíveis, por se acharem ocultas sob os sedimentos e musgos que as recobrem. O homem civilizado não é propriamente o homem no sentido de homem originário e puro; é um homem deturpado e artificial, contagiado pelas impurezas da civilização. Afastado de suas condições naturais, corrompido em sua consciência, é um ser infeliz. E “a fonte de suas misérias está no seu suposto aperfeiçoamento”.

Esse aperfeiçoamento que Rousseau menciona deve ser entendido como o modo e a noção que o Homem considera de se aperfeiçoar ser equivocada e falsa. Isso ocorre pelo fato de ele não buscar aperfeiçoar-se junto à Natureza e à sua própria essência. Se assim fizesse, tornar-se-ia mais perfeito. Ao contrário disso, a noção de aperfeiçoamento que ele considera é ilusória, pois está distante de sua essência.

A maior dificuldade em explicar o regresso do Homem ao seu estado natural reside nas tendências obscurecidas pela razão que o próprio ser humano tem como referencial. O Homem que não vive em seu estado natural tem em sua mente um livro já escrito e compreendido. Para regressar seria melhor que ele apagasse esses escritos e deixasse a Natureza escrever para ele ou mesmo ele escrevesse novamente com lápis e papel fornecidos por ela.

Se o Homem não conhece a si mesmo e não conhece a Natureza, suas comparações e suas indagações ficarão muitas vezes sem respostas, porque ele busca referência no seu oposto, naquilo que é falso e equivocado perante o natural e verdadeiro. Isso ocorre pelo seu afastamento

---

<sup>441</sup> Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 137.

da Natureza com seu livre-arbítrio. Aquele que não conhece o caminho natural também não possui o discernimento, por isso dificilmente compreenderá o seu verdadeiro significado.

Por exemplo: para uma pessoa fazer um bolo de chocolate não é o bastante ter os ingredientes, pois é necessário que saiba a receita e o modo de fazê-lo. Por isso precisa saber quais ingredientes vão primeiro, saber misturá-los e ainda o tempo e a temperatura do forno para que ele fique bom. Do mesmo modo, acontece com a compreensão das leis da Natureza: é preciso conhecê-las em profundidade e saber manuseá-las na prática.

Num primeiro momento, transmitir o conhecimento é simples, porém concretizá-lo requer treino e disposição para o aprendizado. Por exemplo: duas pessoas compram o mesmo livro de receitas; uma sabe cozinhar maravilhosamente bem, enquanto a outra nunca cozinhou em toda sua vida. Então, as duas propõem-se a fazer a mesma receita de um doce. Pergunta-se: qual delas fará o melhor doce e em menor tempo? Provavelmente ficará melhor o doce daquela que tem prática na cozinha. A outra talvez não o acerte em sua primeira tentativa. Entretanto, se ela praticar e se dedicar, acertará depois, porque ela propôs-se a fazê-lo.

Contudo, cumpre assinalar que as tarefas são desenvolvidas com maior perfeição por aqueles que possuem maior inclinação ou potência para realizá-las. Por essa razão, é provável que algumas pessoas encontrem maiores facilidades para viver em seu estado natural do que outras.

Outra questão pode surgir em decorrência destas afirmações: é possível uma *Sociedade Natural*? Sim, é possível. A Sociedade Natural é aquela composta por Homens naturais. Quando a maioria dos Homens voltarem ao seu estado natural, isto é, quando harmonizarem-se internamente com a Natureza e com a sua essência humana, viverão e conviverão em sociedade em uma harmonia externa, mas em seu estado natural, ou seja, sem as preocupações, sem os medos, sem as ansiedades, sem o espírito de trapaça, sem buscar os ganhos a todo custo.

O caminho para o regresso ao estado natural é a sabedoria, ou seja, a prática das virtudes. Se cada uma das pessoas esforçasse-se ao máximo, conforme o seu potencial

genuíno em aprimorar, mesmo que seja apenas uma virtude, conduzirá a humanidade a um estágio mais pleno, pacífico, mais desenvolvido e celestial.

O Homem natural exerce profissão? Sim, mesmo no estado natural e na Sociedade Natural existirá o agricultor, o professor, o *juiz*, o promotor de justiça, o médico, o advogado, o governante, o líder espiritual, o estudante, o filósofo, o poeta, o artista, o psicólogo, o empresário, o operário, o pai, a mãe, etc.

Cada qual desempenhará seu dom e seu talento com a consciência de que é preciso agir conforme a Natureza, ou seja, tanto com a Natureza externa - ambiente familiar, ambiente profissional, etc. - quanto com a Natureza interna - a sua própria Natureza humana. Para tanto, basta que ele mantenha-se intimamente ligado à sua Natureza essencial e primordial e harmonize-se verdadeiramente com a Natureza, com os seus semelhantes e com todas as coisas ao seu redor e passe a priorizar as ações sensoriais e espontâneas e a se afastar das ações mecânicas e condicionadas, dos valores morais e da excessiva preocupação com os julgamentos alheios a respeito de si mesmo.

Contudo, para que esta sociedade seja justa e todos sejam felizes, não poderá haver a supervalorização e a desvalorização de um ofício ou de uma profissão. Nos ensinamentos de Emmanuel Kant<sup>442</sup>:

Todo ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exatamente esta aptidão das suas máximas a constituir a legislação universal é o que distingue como fim em si mesmo. Segue-se igualmente que esta sua dignidade (prerrogativa) em face de todos os simples seres naturais tem como consequência o haver de tomar sempre as suas máximas do ponto de vista de si mesmo e ao mesmo tempo também do ponto de vista de todos os outros seres racionais como legisladores (os quais por isso também se chamam pessoas). Ora desta maneira é possível um mundo de seres racionais (*mundus intelligibilis*) como reino dos fins, e isto graças à própria legislação de todas as pessoas como membros dele. Por conseguinte cada ser racional terá de agir como se fosse sempre, pelas suas máximas, um membro legislador no reino universal dos fins. O princípio formal destas máximas é: Age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais). Um reino dos fins só é portanto possível por analogia com um reino da natureza; aquele porém, só segundo máximas, quer dizer regras que se impõe a si mesmo, e este só segundo leis de causas eficientes externamente impostas.

Conforme observou Kant, o Homem é digno quando submete-se a uma lei na qual passa a ser considerado o legislador universal, porque assim ele não será tratado como meio,

---

<sup>442</sup> *Fundamentação metafísica dos costumes*, p. 86-87.

mas valorizado em si mesmo, como ele é. O requisito para se tornar legislador universal está na sua conduta, pois tem que emanar uma boa vontade e um bom caráter.

O Homem natural possui a consciência de que será julgado pela Natureza caso contrarie a ordem natural do ser humano e das coisas, enquanto o Homem artificial possui a consciência de que será julgado pelos seus semelhantes, caso viole as normas morais, por isso ele possui uma excessiva preocupação sobre o que os outros pensam a respeito dele e toma precauções para não ser submetido a esse julgamento.<sup>443</sup>

O Homem natural não se preocupa com os pensamentos alheios, pois sabe que tudo que acontece, por mais estranho que pareça, está em harmonia com as leis da Natureza. Sabe que a Natureza dá gratuitamente e a razão humana desconhece as razões naturais. Por isso, o Homem natural aceita de bom grato o que naturalmente lhe advém.

O Homem que vive em harmonia com ele mesmo e com as leis naturais não sofre com as preocupações e com as aflições, porque a Natureza é positiva e não negativa. O Homem corrompido estabelece inúmeras diferenças entre o ser humano e a Natureza, entre um Homem e outro Homem. Este Homem sente-se superior aos animais e às plantas por possuir o dom de falar e de expressar seu pensamento. Não percebe, entretanto, que mesmo entre os animais alguns também possuem algo mais especial do que outros.

A sensibilidade traz clareza diante das complexidades das palavras, das complexidades do mundo. O mundo moderno é tão complexo que as pessoas estão mais preocupadas, mais

---

<sup>443</sup> Conforme as palavras de Goffredo Telles Júnior sobre o pensamento de Rousseau: “Escrevendo a Bordes, chegou a dizer: “o homem naturalmente bom... como tenho a felicidade de sentir”. Em suas Confissões, revela que o Discurso sobre a Desigualdade foi arquitetado dentro da floresta de Saint-Germain, onde ele “encontrava a imagem dos primeiros tempos cuja história fielmente traçava”. E, mais tarde, haveria de fazer a confissão expressa de que o homem natural não era outro senão Jean-Jacques Rousseau: “De onde o pintor e o apologista da natureza, hoje tão desfigurada e caluniada, pode ter tirado seu modelo, se não de seu próprio coração? Ele o descreveu como ele mesmo se sentia. Os preconceitos, pelos quais não estava subjugado, as paixões fictícias, de que não era preso, não ofuscavam a seus olhos, como aos olhos dos outros, esses primeiros traços tão geralmente esquecidos ou desconhecidos. Esses traços, tão novos para nós e tão verdadeiros, uma vez delineados, ainda encontravam no fundo dos corações o atestado de sua exatidão, mas nunca se teriam mostrado por si mesmos, se o historiador da natureza não começasse por afastar a ferrugem que os escondia. Uma vida retirada e solitária, um gosto vivo pelo sonho e pela contemplação, o hábito de se recolher dentro de si e ali procurar, na calma das paixões, esses primeiros traços desaparecidos na multidão, eram os únicos meios para poder encontrá-los de novo. Em uma palavra, era preciso que um homem se pintasse a si mesmo, para nos mostrar assim, o homem primitivo”. (Rousseau *Juíz* de Jean Jacques, Terceiro Diálogo. In: Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 141).

medrosas e vivem correndo riscos fatais, porque fogem do seu próprio potencial de vida. As pessoas carregam potenciais vitais, portam algo próprio e essencial dentro de si próprias sem serem rigorosas consigo mesmas.

Na explicação de Gadamer<sup>444</sup> sobre o pensamento de Platão: “Assim como a luz vincula o mundo visível à visão, o verdadeiro Ser surge no pensamento. A potência para algo, na verdade, sempre é determinada pelo que ela desempenha”.

A essência elementar do Homem não é específica, não possui forma, mas tem caráter construtivo e provém do mundo invisível e sutil. Dela origina-se a construção do Homem em si mesmo. Os paradigmas externos - morais e culturais - são falsos e ilusórios porque aplicam-se a alguns, mas não a todos.

O sutil é invisível, mas real e concreto, fundamental e verdadeiro. É concreto, porque é o suporte das essências, dos talentos, dos dons, das características elementares das coisas em si e das características elementares do Homem. Esse suporte determinará e mostrará a força do caráter do *juiz*, a inteligência do estudante, a potencialidade do empregado e a virtude do governante. A essência elementar humana mostra externamente como o Homem realmente é.

Para Emmanuel Kant<sup>445</sup>:

A essência das coisas não se altera pelas suas relações externas, e o que, sem pensar nestas últimas, constitui por si só o valor absoluto do homem, há de ser também aquilo por que ele deve ser julgado, seja por quem for, mesmo pelo Ser supremo. A moralidade é pois a relação das ações com a autonomia da vontade, isto é com a legislação universal possível por meio das suas máximas. A ação que faz concordar com a autonomia da vontade é permitida; a que não concorde é proibida. A vontade, cujas máximas concordem necessariamente com as leis da autonomia, é uma vontade santa, absolutamente boa. A dependência em que uma vontade não absolutamente boa se acha em face do princípio da autonomia (a necessidade moral) é a obrigação. Esta não pode, portanto, referir-se a um ser santo. A necessidade objetiva de uma ação por obrigação chama-se dever.

Quanto mais intuitivo<sup>446</sup> for o Homem, mais refinado será, porque busca a essência do elemento mais primordial: o Homem natural.<sup>447</sup> Quanto mais refinado é o governante,

<sup>444</sup> *A idéia do bem entre Platão e Aristóteles*, p. 90.

<sup>445</sup> *Fundamentação Metafísica dos Costumes*, p. 88-89.

mais buscará na essência do povo os elementos para se bem governar. Esse é o *governante natural*.

Quando o governante atender aos anseios elementares e essenciais do povo, ele governará com a consciência do Amor e tornar-se-á o *governante natural* em seu estado de natureza, ou seja, aquele que não está distante da natureza das coisas e da natureza dos Homens.

---

<sup>446</sup> Conforme Emmanuel Kant, *Crítica pura da razão*, p. 53-54: “Qualquer que seja o modo de como um conhecimento possa relacionar-se com os objetos, aquele em que essa relação é imediata e que serve de meio a todo pensamento, chama-se intuição (Anschauung). Mas esta intuição não tem lugar senão sob a condição de nos ser dado o objeto, e isto só é possível, para o homem, modificando nosso espírito de certa maneira. A capacidade de receber (a receptividade) representações dos objetos segundo a maneira como eles nos afetam, denomina-se sensibilidade. Os objetos nos são dados mediante a sensibilidade e somente ela é que nos fornece intuições; mas pelo entendimento que elas são pensadas, sendo dele que surgem os conceitos. Todo pensamento deve em última análise, seja direta ou indiretamente, mediante certos caracteres, referir-se às intuições, e, conseqüentemente, à sensibilidade, porque de outro modo nenhum objeto nos pode ser dado. A impressão de um objeto sobre esta capacidade de representações, enquanto somos por ele afetados, é a sensação”. Convém anotar que a intuição é o modo pelo qual o homem adquire conhecimentos a partir de objetos de forma direta ou indireta através do pensamento. A intuição fornece ao homem um conhecimento estético de um objeto e esse conhecimento foi obtido através da imagem que o objeto transmite. O conhecimento intuitivo é estético porque se forma a partir do entendimento que o objeto transmite externamente. O conhecimento ou juízo intuitivo se forma a partir dos elementos que o objeto transmite ao pensamento. O homem pode perceber de modo intuitivo a representação de um objeto (ou de um fato). Por exemplo, o conhecimento intuitivo não imediato pode se formar quando uma pessoa narra uma estória ou um fato ocorrido com ela para outra pessoa, e, conforme a pessoa vai narrando os fatos, as informações vão despertando naquela que ouve uma série de representações e sensações que se aglomeram na forma de conhecimentos intuitivos, porque de forma indireta o ouvinte foi despertado por sensações, e, estas sensações proporcionam a ele a formação de um juízo intuitivo. A sensibilidade é que conduz o pensamento a formar o conhecimento intuitivo. De acordo com Kant, *op. cit.*, p. 54: “A capacidade de receber (a receptividade) representações dos objetos segundo a maneira como eles nos afetam, denomina-se sensibilidade. Os objetos nos são dados mediante a sensibilidade e somente ela é que nos fornece intuições; mas é pelo entendimento que elas são pensadas, sendo dele que surgem os conceitos. Todo pensamento deve em última análise, seja direta ou indiretamente, mediante certos caracteres, referir-se às intuições, e, conseqüentemente, à sensibilidade porque de outro modo nenhum objeto nos pode ser dado. A impressão de um objeto sobre esta capacidade de representações, enquanto somos por ele afetados, é a sensação. Chama-se empírica toda intuição que relaciona ao objeto, por meio da sensação. O objeto indeterminado de uma intuição empírica, denomina-se fenômeno. No fenômeno chamo matéria àquilo que corresponde à sensação; aquilo pelo qual o que ele tem de diverso pode ser ordenado em determinadas relações, denomino “forma do fenômeno”. Como aquilo mediante o qual as sensações se ordenam e são suscetíveis de adquirir certa forma não pode ser a sensação, infere-se que a matéria dos fenômenos só nos pode ser fornecida “a posteriori”, e que a forma dos mesmos deve achar-se já preparada “a priori” no espírito para todos em geral, e que por conseguinte pode ser considerada independentemente da sensação”. Cumpre aqui observar que a sensibilidade é produto da capacidade receptiva que um indivíduo possui de assimilar as representações dos objetos de acordo com a maneira como ele o afeta. A capacidade receptiva é o oposto e o complemento da capacidade criativa. Todo homem porta a capacidade receptiva e a capacidade criativa, porém, alguns possuem maior capacidade receptiva, enquanto outros possuem maior capacidade criativa.

<sup>447</sup> A idéia de homem natural que o estudo desenvolve se opõe ao pensamento de Hobbes, Spinoza e Puffendorf que pensaram que o “homem, em estado de natureza, conduzido somente pelo instinto de conservação e pelo egoísmo, é tão selvagem como os mais ferozes animais. Sustentam que o homem natural tinha o direito de fazer e possuir tudo quanto lhe agradasse.” (Goffredo Telles Júnior, *A criação do direito*, p. 136). Para eles o homem natural é o homem mau, enquanto que o pensamento filosófico aqui desenvolvido entende que o homem natural é o homem bom. Se a natureza é boa e generosa com todos os seres, qual a razão do homem ser mau? O homem natural é simples e sábio, ao passo que o homem que se afasta da sua natureza é rude e egoísta. A essência do homem bom provém da essência da natureza por isso ele é bom. O homem se corrompe depois de se afastar da ordem natural das coisas e da natureza ao tentar dirigir a si mesmo e a tudo que esteja ao seu redor conforme a sua vontade.



O *juiz* que age com maior intuição e sem o sentimento ou a noção de ganho ou de perda, navega em águas profundas e elementares dele mesmo e do próprio ser humano. Este é o *juiz natural* – que vive em harmonizado com si mesmo e com a Natureza -.

Quanto mais refinado for o *juiz* mais buscará nos fatos e nas partes o que existe de elementar e essencial no que elas estão transmitindo, pois assim haverá maior concretude na solução do problema levado até ele e controlará a situação com harmonia e prudência na lide com essas vidas. Quando o *juiz* julga conforme a natureza das coisas e conforme a natureza do Homem, julga de acordo com a consciência do Amor, porque daí provém o refinamento e o exercício de se auto-refinar. Este é o *juiz natural* que vive em seu estado de natureza.

Nas palavras de Goffredo Telles Júnior<sup>448</sup>: “O equívoco de que se acha viciada a premissa fundamental do Formalismo Jurídico, acarretou, como seria de esperar, conseqüências contrárias à natureza das coisas e à consciência humana.”

Quando o Homem agir conforme a natureza das coisas e da natureza humana, não encontrará em si motivos para se preocupar e se afligir, porque perceberá que tudo de que necessita está em suas mãos e ninguém poderá perder o que naturalmente lhe pertence.

O Homem natural é aquele que age conforme a sua natureza e a natureza das coisas ao seu redor. O Homem artificial é prisioneiro de si mesmo e das coisas que criou, sem perceber que quando foge da sua essência, baseia-se em um conhecimento alheio e se torna escravo do outro.

Enquanto o Homem não buscar conhecer a essência de si mesmo, viverá algemado e alienado nos conceitos de outros Homens e estará sempre vulnerável às ondas dos diferentes modismos presentes na sociedade. Por exemplo: determinada teoria é moda no ambiente acadêmico do Direito, determinada cor é moda entre as vestimentas, determinados produtos são moda no

---

<sup>448</sup> *A criação do direito*, p. 188.

mercado, determinado investimento é moda no mercado financeiro, determinada palavra é moda no linguajar corriqueiro acadêmico, determinada conduta é moda no meio social.

Os hábitos e os costumes do Homem natural não são os mesmos da pessoa que não vive em meio à Natureza, porque seus olhos, seu coração e sua mente estão em harmonia com a sua essência natural. O Homem natural é aquele que vive em meio à sociedade moderna, industrializada e civilizada como se não vivesse nela, mas em meio a uma floresta ou numa ilha deserta, porque ele procura aconselhar-se com a Natureza e consigo mesmo e suas maiores características são: a simplicidade em ver e sentir o mundo ao seu redor e a humildade que se manifesta no modo em que se relaciona com os semelhantes com os quais convive.

Não só o *Homem natural* pode viver e conviver em sociedade, mas também o *juiz natural*, o *governante natural* e todo aquele que se harmonizar com a sua própria essência natural e com as forças da Natureza também viverá em seu estado natural. Esse é o espírito do estudo no tocante ao tema sob análise.

## **2. As Diferenças entre o Homem Sábio e o Homem Instruído**

Seguindo o entendimento de Rousseau: “Deveríamos chamar de mais virtuoso aquele que resistisse menos aos simples impulsos da Natureza”.<sup>449</sup> A sabedoria humana não se expressa através do conhecimento demonstrado, mas na simples observação do conhecimento das coisas em si mesmas. Entre os Homens poucos são sábios, enquanto muitos são os instruídos.<sup>450</sup> As virtudes não devem ser estudadas, mas somente praticadas.<sup>451</sup>

---

<sup>449</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 187.

<sup>450</sup> De acordo com Rousseau, *op. cit.*, p. 19: “Porque os mais hábeis dentre eles sobressaem em sua especialidade, vêem-se como os mais sábios dos homens.”

<sup>451</sup> Conforme Rousseau, *op. cit.*, p. 20-21: “Desde que os sábios começaram aparecer entre nós, diziam seus próprios filósofos, eclipsaram-se as pessoas de bem. Até então os romanos haviam se contentado em praticar a virtude; tudo se perdeu quando começaram a estudá-la”.

O Homem sábio é o Homem virtuoso, ou seja, é o Homem que vive praticando virtudes.<sup>452</sup> O Homem instruído é o Homem culto e erudito que conhece a teoria sobre as virtudes e a teoria sobre a sabedoria, mas não as pratica.<sup>453</sup> O Homem culto e instruído dedica-se ao aprendizado teórico enquanto o Homem sábio dedica-se ao aprendizado prático.

O Homem sábio, além de viver o bem de si mesmo, convive com o seu próprio mal, mas também convive com o bem e o mal dos outros e transforma-se e aprimora-se.<sup>454</sup> Ele não

<sup>452</sup> Para Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 39-40: “Sendo a virtude, como vimos, de dois tipos, nomeadamente, intelectual e Moral, a intelectual é majoritariamente tanto produzida quanto ampliada pela instrução, exigindo, conseqüentemente, experiência e tempo, ao passo que a virtude Moral ou ética é produto do hábito, sendo seu nome derivado, como uma ligeira variação da forma, dessa palavra. E, portanto, fica evidente que nenhuma das virtudes morais é em nós engendrada pela natureza, uma vez que nenhuma propriedade natural é passível de ser alterada pelo hábito. Por exemplo, é da natureza da pedra mover-se para baixo, sendo impossível treiná-la para que se mova para cima, ainda que nos dispuséssemos a tentar treiná-la a fazê-lo lançando-a para cima ao ar dez mil vezes; nem pode o fogo ser treinado a mover-se para baixo e tampouco qualquer outra coisa que naturalmente se comporta de uma maneira ser treinada de modo a adquirir um hábito para comportar-se de uma outra maneira. As virtudes, portanto, não são geradas em nós nem através da natureza nem contra a natureza. A natureza nos confere a capacidade de recebê-las, e essa capacidade é aprimorada e amadurecida pelo hábito. Ademias, as faculdades que nos são transmitidas pela natureza nos são concedidas primeiramente como potência, e nós exibimos sua atividade posteriormente. Isso claramente ocorre com nossos sentidos: não adquirimos a faculdade da visão ou da audição por ver repetidamente ou ouvir repetidamente, porém de outra maneira, ou seja, porque possuímos os sentidos principiamos a empregá-los, não os obtivemos através do seu uso. As virtudes, ao contrário, nós a adquirimos por tê-las inicialmente praticado, tal como praticamos as artes. Aprendemos uma arte ou ofício fazendo as coisas que teremos que fazer quando (a) tivemos aprendido. Exemplo: homens se tornam construtores construindo casa e se tornam tocadores de lira tocando lira. Analogicamente, nos tornamos justos realizando atos justos, moderados realizando atos moderados, corajosos realizando atos corajosos; legisladores tornam os cidadãos bons treinando-os em hábitos de ação correta, o que é a meta de toda legislação que, se falhar no seu atingimento, será um fracasso, [tarefa] no que se distingue a boa constituição da má.”

<sup>453</sup> No pensamento de Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 34: “Há milhares de prêmios para os belos discursos, nenhum para belas ações”.

<sup>454</sup> Conforme o pensamento de Rousseau, *op. cit.*, p. 77-79, expresso na resposta ao Rei da Polônia sobre as críticas que sua obra recebera: “Pergunta-me se eu gostaria que o vício se mostrasse a descoberto. Claro que eu gostaria. A confiança e a estima nasceriam entre os bons, aprenderíamos a desconfiar dos maus e com isso a sociedade ficaria mais segura. Prefiro que o meu inimigo me ataque com armas na mão a que venha traiçoeiramente ferir-me por trás. Como! Cumpriria juntar o escândalo ao crime? Não sei, mas bem gostaria que não lhes ajuntasse a falsidade. São muito cômodas para os corruptos todas essas máximas que nos impingem há muito tempo sobre o escândalo; se as quiséssemos seguir rigorosamente, seria preciso deixar-se pilhar, trair, matar impunemente e jamais punir ninguém, pois é um objeto muito escandaloso um celerado sofrendo o suplício da roda. Mas será a hipocrisia uma homenagem que o vício presta à virtude? Sim, como aquela dos assassinos de César, que se prosternavam aos seus pés para degolá-lo com mais precisão. Por mais brilhante que seja esse pensamento, por mais autoridade que lhe dê o nome de seu autor, nem por isso é mais justo. Acaso dir-se-á de um larápio, que veste a libré de uma casa para dar seu golpe com mais comodidade, que presta homenagem ao dono da casa que rouba? Não, cobrir sua maldade com perigoso manto da hipocrisia não é honrar a virtude, é ultrajá-la profanando-lhe as insígnias; é acrescentar a covardia e a trapaça a todos os vícios, é impedir em definitivo a si próprio qualquer volta à probidade. Há temperamentos elevados que mantêm até no crime algo de altivo e de generoso, que ainda deixa ver no íntimo uma centelha desse fogo celeste feito para animar as belas almas. Mas a alma vil e rastejante do hipócrita é semelhante a um cadáver, em que já não se encontra nem fogo, nem calor, nem possibilidade de vida. Recorro à experiência. Viram-se grandes celerados recolher-se em si mesmo, terminar santamente sua carreira e morrer como predestinados. Mas o que ninguém jamais viu foi um hipócrita tornar-se homem de bem.”

é o Homem natural, pois este é um Homem santo e desfruta dos poderes sobrenaturais da Natureza e do seu Criador.

O Homem sábio é o Homem intermediário, porque ao praticar as virtudes afasta-se da corrupção do gênero humano e aproxima-se do Homem natural. A prática das virtudes conduz o Homem ao seu estado natural e a se dedicar a vencer as próprias fraquezas, pois os maiores inimigos do Homem sábio são os vícios humanos: o egoísmo, a vaidade, a avareza, o orgulho, a soberba, etc.<sup>455</sup>

O Homem instruído aprende com outro ser humano, enquanto o Homem sábio aprende com Deus e com a Natureza, pois os Homens são capazes de ensinar aos Homens, mas são incapazes de ensinar a Deus e à Natureza.

O Homem sábio é aquele que anda dias e dias inteiros no bom caminho de Deus e não apenas por alguns momentos. Ele vive e convive com o turbilhão do mundo, mas mantém-se ligado ao céu e livre de pretensões, pois o Homem pretensioso nada sabe e nada conhece, e pensa e age como se tudo soubesse sobre as coisas e sobre os Homens.<sup>456</sup> A mente e o coração do Homem sábio são guiados pelo céu, mas ele anda sobre a terra e envolve-se com os assuntos do mundo.<sup>457</sup>

---

<sup>455</sup> No entendimento de Rousseau, *op. cit.*, p. 173-174: “Mas, ainda que as dificuldades que envolvem todas essas questões deixassem algum ponto controverso sobre o homem e o animal, há outra qualidade muito específica que os distingue, e sobre a qual não pode haver contestação: a faculdade de aperfeiçoar-se; faculdade essa que, com a ajuda das circunstâncias, desenvolve sucessivamente todas as outras, e reside entre nós, tanto na espécie quanto no indivíduo; ao passo que um animal é, ao cabo de alguns meses o que será por toda a sua vida, e sua espécie, ao cabo de mil anos, o que era no primeiro ano desses mil anos.”

<sup>456</sup> Segundo o filósofo Rousseau, *op. cit.*, p. 66, em sua réplica sobre o que foi falado do seu discurso sobre as ciências e as artes: “O filósofo, que se vangloria de penetrar nos segredos de Deus, ousa associar sua pretensa sabedoria à sabedoria eterna: aprova, censura, corrige, prescreve leis à natureza e limites à divindade; e, enquanto, ocupado com seus vãos sistemas, tem um trabalho imenso para arranjar a máquina do mundo, o lavrador que vê a chuva e o sol e bendiz a mão que lhe propicia essas graças, sem se preocupar com a maneira pela qual estas lhe chegam. Não procuram justificar sua ignorância ou seus vícios por incredulidade. Não censura as obras de Deus e não se declara contra seu senhor para fazer brilhar sua pretensão”

<sup>457</sup> Conforme Rousseau, *op. cit.*, p. 67, em suas observações sobre a resposta que foi dada ao seu discurso sobre as ciências e as artes: “Temos um guia interior bem mais infalível do que todos os livros e que nunca nos abandona no momento de necessidade. Bastaria ele para nos conduzir inocentemente, se quiséssemos sempre escutá-lo. E como seríamos obrigados a experimentar nossas forças para nos assegurar de nossa virtude se um dos exercícios da virtude é fugir das ocasiões do vício? O homem sábio está continuamente alerta e sempre desconfia das próprias forças, reserva toda a sua coragem para quando for necessário e nunca se expõe indevidamente”

O Homem santo não se envolve com os assuntos do mundo e dele emanam naturalmente as virtudes. Ele está no caminho que conduz à santidade. O Homem sábio é adaptável, vive em constante transformação e mantém bom relacionamento com todos os indivíduos da Terra, com os grandes e com os pequenos, com os bons e com os maus, porque para Deus todos do gênero humano são iguais aos seus olhos.

O Homem sábio conversa e entende as diferentes linguagens e os diferentes idiomas, pois o Homem que somente se relaciona com os grandes ou somente com os menores da sociedade está cheio de orgulho, de vaidade e de preconceito. O Homem que teme outro ser humano diferente dele por causa dos seus modos, costumes e linguagem, está cheio de medo e egoísmo.

O Homem que vive enclausurado em seu meio ambiente está repleto de moralidade e de preconceito e nada sabe sobre o mundo, sobre as diferentes linguagens e sobre os diferentes comportamentos. Atualmente é comum entre os Homens valorizar excessivamente algo e desvalorizar outra coisa, porque aquele que não é sábio abre os olhos para algumas coisas e fecha os seus olhos para outras. O Homem sábio, porém, mantém seus olhos abertos para todas as coisas.

A prática das virtudes proporciona a igualdade de oportunidades, a liberdade, a justiça, o Amor e a paz. Quando os Homens tornarem-se mais virtuosos haverá mais ordem no mundo, porque o Homem virtuoso assegura-se do melhor andamento das coisas e aproxima-se da perfeição natural e da ordem espontânea das coisas no mundo.

O Homem sábio possui a capacidade de se fazer entender pelos grandes e pelos pequenos da sociedade, pois, por mais diferentes que sejam as linguagens, ele faz-se entender e entende a todos: quem compreende faz-se compreender.

O Homem sábio é muito adaptável, porque sua missão é o seu aprimoramento como Homem. Por conseqüência, ele mantém bom relacionamento com todos os Homens porque ele vive e pratica os ensinamentos primordiais - celestiais - em si mesmos.

Para o Homem sábio a virtude não é um conceito, uma teoria ou uma filosofia. Ele também não aprende a ser virtuoso pelos conceitos ou pela teoria ou pela filosofia, mas através da convivência com os seus semelhantes.

Existem Homens sábios que são instruídos, cultos e eruditos, porém também existem Homens sábios que não são instruídos, não são cultos e eruditos, porque internamente eles são virtuosos e sabem como praticar as virtudes, mesmo não tendo posse de instrução alguma. Para o Homem ser sábio, tem que provar as virtudes e o bom caráter em suas atitudes.<sup>458</sup>

O Homem sábio procura facilitar a existência do seu semelhante no mundo e não complicá-la ainda mais, pois percebe que viver no mundo atual é muito difícil, por mais fácil que pareça ser.

O Homem sábio não despreza o seu semelhante porque sabe que aquele que assim procede provavelmente será em uma outra oportunidade desprezado conforme as inevitáveis leis da Natureza que regem o mundo e a todos.

Por tudo isso a *justiça humana* precisa aproximar-se da *justiça natural* para que seja mais perfeita e possa emanar justiça, porque se a primeira afastar-se demais da segunda todos sofrerão com um jugo natural no seu cotidiano, um jugo mais severo do que o humano, porque ele não poupa ninguém.

Não é sábio pensar que a justiça divina ou natural só existe e age em outro mundo; é mais sábio perceber que a justiça divina já está entre nós todos os dias, julgando e ensinando os Homens a andarem no bom e santo caminho.

---

<sup>458</sup> Para Emmanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 22: “Moderação nas emoções e paixões, autodomínio e calma reflexão não são somente boas a muitos respeitos, mas parecem constituir até parte do valor íntimo da pessoa”.

Aos olhos do *juiz* dos juizes, nada se esconde, nada pode ser negado, pois nada passa despercebido aos seus olhos oniscientes e onipresentes, que conhece todos os pensamentos, sentimentos, intenções e ações de cada ser humano. Acreditar ou não acreditar na existência divina ou na justiça natural não interfere em nada na Natureza e na verdade divina, porque ela é observadora, nunca recebe ordens e sempre sabe o que deve fazer.

Os Homens são tão equivocados em seu senso de justiça que na atualidade, de modo geral, avaliam os outros Homens pelos que eles possuem materialmente e não pelo que eles são em seu caráter, tamanho o engano que os envolve Homens em sua vida em sociedade.

O Homem que fala e não faz, não é o Homem sábio. A instrução que o sábio recebe para se tornar virtuoso é muito mais rígida do que a instrução que um Homem recebe para se tornar instruído, mestre ou doutor em determinado assunto.

A instrução que um Homem recebe para se tornar sábio e virtuoso é prática, pois tem que viver o ensinamento, praticar a virtude e, acima de tudo, tem que viver a teoria que conhece em si próprio, tem que ser a prova viva do ensinamento teórico, ou seja, tem que viver para ser sábio e virtuoso.

O Homem instruído instrui-se para ser o melhor naquilo que se propõe a aprender e a fazer, enquanto o Homem sábio, ou virtuoso, instrui-se para ser bondoso e um ser humano melhor, ou seja, mais verdadeiro.<sup>459</sup> Suas palavras são provadas com sua conduta, pois a sua teoria comprova-se em todos os detalhes na vida cotidiana e disso provém a rigidez do ensinamento das suas virtudes e da sua sabedoria.

O Homem instruído fala uma coisa e faz outra e escreve algo a partir do pensamento de outro Homem que pensou primeiro. Os Homens envaidecem-se e orgulham-se com grande

---

<sup>459</sup> Conforme Platão, *A República*, p. 37: “— Ah! O homem justo se parece com o sábio e bom, e o injusto com o mau e ignorante. — Pode bem ser. — Mas nisto estamos de acordo... Cada um é tal qual aquele com quem se parece. — De fato estamos de acordo. — Ah! Para nós está evidente que o homem justo é bom e sábio, mas o injusto, ignorante e mau. Trasímaco concordou com tudo isso, não facilmente como estou relatando agora, mas depois de forçado e a custo, suando – e quanto! – já que era verão. Foi nesse momento que, pela primeira vez, vi o que nunca tinha visto antes, um rubor na face de Trasímaco... Então, depois que entramos em acordo de que a justiça é virtude e sabedoria”.

facilidade dos seus títulos e dos seus cargos. A partir dessa postura e da mentalidade de ser o melhor ou o mais bem instruído e informado surgem as desigualdades entre os seres humanos.

O Homem instruído tem muita cultura, lê muito e vive pouco, conhece pouco da vida, conhece pouco das pessoas e do mundo ao seu redor.<sup>460</sup> Ele é o Homem teórico que aprende com os resumos, com conceitos, com as aulas e com livros.<sup>461</sup>

A sabedoria algumas vezes não se expressa em palavras, mas em atitudes e bons pensamentos a respeito do mundo, dos Homens e da Natureza. Os bons sentimentos e os bons pensamentos dão harmonia, beleza e leveza às palavras e à voz. A sabedoria expressa-se na boa sonoridade e na harmonia, na rima e prosa, nos diálogos e palavras escritas, que não se limitam à poemas ou versos poéticos. Tudo isso porque a Natureza emite sons agradáveis aos ouvidos humanos.

---

<sup>460</sup> Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 47, se defende da refutação de seu Discurso pelo Sr. Gautier, professor de Matemática e de História e membro da Academia Real de Letras de Nancy dizendo: “O Sr. Gautier não pensou que, com um pouco de trabalho, está-se certo de fazer o pão, mas que, com muito estudo, é muito duvidoso que se consiga fazer um homem sensato”.

<sup>461</sup> Conforme Rousseau, *op. cit.*, p. 88-89: “A ciência são a obra-prima do gênio e da razão. O espírito de imitação produziu as belas-artes, e a experiência as aperfeiçoou. Devemos às artes mecânicas grande número de invenções úteis que contribuíram para os encantos e as comodidades da vida. Estas são verdades com as quais concordo seguramente de bom grado. Mas consideremos agora todos esses conhecimentos com relação aos costumes. Se inteligências celestiais cultivassem as ciências, disso só resultaria o bem; digo o mesmo dos grandes homens, que são feitos para guiar os demais. Sócrates, sábio e virtuoso, foi uma honra para a humanidade, mas os vícios dos homens comuns envenenam os conhecimentos mais sublimes e os tornam perniciosos às nações; os maus tiram deles muitas coisas nocivas; os bons pouco proveito tiram. Se ninguém mais além de Sócrates tivesse pretensões filosóficas em Atenas, o sangue de um justo não teria clamado vingança contra a pátria das ciências e das artes. É uma questão para ser examinada, se seria proveitoso aos homens possuírem a ciência, supondo-se que aquilo que chamam por esse nome o merecesse de fato; mas é uma loucura pretender que as quimeras da filosofia, os erros e as mentiras dos filósofos possam um dia ter alguma serventia. Seremos nós sempre logrados pelas palavras? E compreenderemos um dia que estudos, conhecimentos, saber e filosofia não passam de vãos simulacros erguidos pelo orgulho humano, e muito indignos dos pomposos nomes que ele lhes dá? À medida que o gosto dessas parvoíces se difunde numa nação, esta perde o gosto das virtudes sólidas, pois custa menos distinguir-se pela tagarelice do que pelos bons costumes, desde que se é dispensado de ser homem de bem contanto que se seja um homem agradável. Quanto mais o interior se corrompe, mais compostura adquire o exterior, é assim que a cultura das letras engendra insensivelmente a polidez. O gosto também nasce da mesma fonte. Sendo a aprovação pública o primeiro prêmio dos trabalhos literários, é natural que os que deles se ocupam reflitam sobre os meios de se agradar; e são essas reflexões que com o tempo formam o estilo, aprimoram o gosto e espalham por toda parte a gentileza e a urbanidade. Todas essas coisas serão, se preferirem, o suplemento da virtude, mas jamais se poderá dizer que sejam a virtude, e raramente se associarão a ela. Haverá sempre esta diferença: aquele que se torna útil trabalha para os outros, e aquele que só pensa em tornar-se agradável trabalha apenas para si. O adúlador, por exemplo, não poupa nenhum cuidado para agradar e, no entanto, só faz o mal. A vaidade e a ociosidade, que engendraram nossas ciências, também engendram o luxo. O gosto do luxo sempre acompanha o das letras, e o gosto das letras acompanha amiúde o do luxo. Todas essas coisas fazem assaz fiel companhia uma às outras, porque são obras dos mesmos vícios”.



O Homem que desvaloriza a Natureza devido à importância assumida atualmente pelos valores econômicos na vida moderna civilizada não é o Homem sábio, podendo ser ele um Homem com sucesso econômico e profissional, porém desprovido de sabedoria.

O Homem que se envaidece de seus méritos não é o Homem sábio. Este deixa de bom grado a fama aos outros, é humilde e não se assoberba diante do seu semelhante mesmo quando diferencia-se em algo porque não vê a necessidade em ostentar aquilo que é ele mesmo ou somente seu para não atrair a inveja.<sup>462</sup>

O Homem sábio é adaptável, porém discreto. Os Homens de hoje recebem gratuitamente seus dons e talentos da natureza, mas não repassam aos seus semelhantes gratuitamente, da forma que receberam, porque não visam o bem pelo bem, mas buscam sempre o benefício próprio. Eles também repudiam beneficiar a Natureza e o seu semelhante porque pensam que quando não ganham, perdem.

Conforme a crítica de Rousseau às artes e às ciências na resposta que dá ao Rei da Polônia, Duque de Lorena<sup>463</sup>:

---

<sup>462</sup> Para John Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 655-656: “A inveja sentida pelos menos privilegiados com relação aos que estão em melhor situação é, normalmente, inveja geral no sentido de que invejam os mais favorecidos pelos tipos de bens, e não pelos objetos específicos que possuem. As classes mais altas afirmam ser invejadas por suas maiores riquezas e oportunidades; aqueles que as invejam querem vantagens semelhantes para si. A inveja específica pelo contrário, é típica da rivalidade e da concorrência. Os derrotados na disputa por posições ou honraria, ou pelo afeto de outrem, estão propensos a invejar o êxito dos rivais e cobiçar o mesmo que eles possuem. Nosso problema é, então, saber se os princípios de justiça e, principalmente, o princípio de diferença com igualdade equitativa de oportunidade têm probabilidade de engendrar, na prática, demasiada inveja geral destrutiva. Volto-me agora para a definição de inveja que parece apropriada para essa questão. Para organizar as idéias, vamos supor que as comparações interpessoais necessárias são feitas com base em bens primários objetivos, a saber, liberdade e oportunidade, renda e riqueza, que, por simplicidade, tenho normalmente usado para definir as expectativas na aplicação do princípio da diferença. Podemos, então, conceber a inveja como a propensão de perceber com hostilidade o bem maior dos outros, embora o fato de serem mais afortunados que nós não diminua nossas próprias vantagens. Invejamos as pessoas cuja situação (avaliada por intermédio de algum índice acordado de bens, conforme comentário anterior) é superior à nossa e estamos dispostos a privá-los de seus benefícios maiores, mesmo que para isso tenhamos de abrir mão de alguma coisa também. Quando as pessoas tomam conhecimento da nossa inveja, passam a zelar mais por sua melhor situação e tornam-se ansiosas por tomar precauções contra os atos hostis aos quais a nossa inveja nos torna propensos. Assim entendida, a inveja é coletivamente desvantajosa: o indivíduo que inveja um outro está disposto a fazer coisas que pioram a situação de ambos, desde que isso reduza o suficiente a discrepância entre os dois.”

<sup>463</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 62.

A ciência por mais bela e sublime que seja, não é feita para o homem, que ele tem o espírito tacanho demais para fazer grandes progressos nela, e paixões demais no coração para deixar de fazer mau uso dela; que lhe basta estudar bem seus deveres, e que cada um recebeu todas as luzes necessárias para esse estudo. Meu adversário confessa, por sua vez, que as ciências se tornam prejudiciais quando delas se abusa, e que muitos realmente abusam delas. Nisso creio eu que não dizemos coisas muito diferentes, acrescento, é verdade, que delas se abusa muito, e que delas se abusa sempre, e não me parece que se sustente o contrário na resposta. Portanto, posso assegurar que nossos princípios, por conseguinte todas as proposições que deles se podem deduzir, nada têm de opostos, sendo isso o que eu tinha de provar. Entretanto, quando concluímos, as nossas duas conclusões mostram-se contrárias. A minha era que, já que as ciências fazem mais mal aos costumes do que bem à sociedade, seria desejável que os homens se dedicassem a ela com menos ardor. A de meu adversário é que, conquanto as ciências produzam muito mal, não se deve deixar de cultivá-las por causa do bem que trazem. Confio, não no público, mas no pequeno número dos verdadeiros filósofos, para saber qual das duas conclusões deve ser preferida.

Segundo a ponderação de Piero Calamandrei<sup>464</sup>:

De tanto ver publicadas nas revistas as mais “belas” fundamentações isoladas dos dispositivos, e de vê-las consideradas título de mérito no chamado “escrutínio” para as promoções, é perigoso que algum *juiz* se habitue a considerar o dispositivo um elemento secundário da sentença, isto é, apenas uma ocasião para fazer uma bela fundamentação, a qual se tornaria, assim, em vez de uma ponte de passagem para a justa conclusão final, o verdadeiro fim do ato de julgar. Pode-se dar por certo que não entenderia a santa seriedade da justiça o *juiz* que, mais que oferecer aos sofrimentos das partes uma justa solução, se empenhasse em oferecer ao entretenimento dos leitores um ensaio de bela literatura. Poderia resultar daí uma espécie de padre Zapata judiciário, o *juiz* que fundamenta bem e decide mal.

O exercício profissional deve além de respeitar os dons, os talentos deve também equilibrar-se com toda a Natureza, para que se construa um mundo melhor. Quando os dons e os talentos são desenvolvidos em desarmonia com a Natureza produz-se a destruição.

O Homem dos dias atuais preocupa-se excessivamente em obter títulos e esquece-se de ser bondoso. O senso crítico aqui expresso não deve ser entendido no sentido de que não são necessárias as ciências, as escolas e as artes, porém a crítica deve ser compreendida a partir do excessivo valor que se dá a elas.

---

<sup>464</sup> *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 179-180.

Em outras palavras, quando o Homem valoriza excessivamente uma coisa, ele desvaloriza, certamente, uma outra e a partir dessa situação surgem as desigualdades, a valorização dos vícios humanos e a desvalorização das virtudes.

Quando o Homem obstina-se por algo ele fatalmente distancia-se da Natureza, porque ele não pode ter desejos descontrolados que conduz à ambição viciosa. Existem as boas obstinações, tais como os que são obstinados por paz, justiça, Amor e coragem. Contudo, a obstinação não pode ser cega e apaixonada, mas virtuosa e equilibrada, para que prevaleça a harmonia, a humildade e tolerância. Nas palavras de Lenio Luiz Streck,<sup>465</sup>

Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social –, ocorre uma disfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito brasileiro – e a dogmática jurídica que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa disfuncionalidade, que paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano da hermenêutica, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito, produto de modo liberal-individualista-normativista de produção de direito, entendendo-se como modo de produção e legitimação num dado espaço nacional, num momento específico, que inclui: a) o modo que a profissão jurídica e a prestação de seus serviços são organizados; b) a localização de papéis entre as várias posições no campo jurídico (praticantes, aplicadores da lei, guardiões da doutrina, acadêmicos, etc.); c) o modo com que o campo produz o habitatus, incluindo variações na educação e a importância das vantagens sociais (antecedentes e relações pessoais) para o recrutamento no campo; d) as modalidades para a articulação da doutrina preponderante e os modos com que estas incidem em relações entre jogadores e posições; e) o papel que os advogados, juntamente com os protagonistas globais e regimes transnacionais, representam num dado campo jurídico; f) a relação entre regulamentação e proteção; g) o modo dominante de legitimação. Assim, a partir disso, pode-se dizer que, no Brasil, predomina / prevalece (ainda) o modo de produção de Direito instituído/ forjado para resolver disputas interindividuais, ou como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício ou onde Caio é o agente / autor e Tício (ou Mévio), o réu / vítima. Assim, se Caio (sic) invadir (ocupar) a propriedade de Tício (sic), ou Caio (sic) furtar botijão de gás ou um automóvel de Tício, é fácil para o operador do Direito resolver o problema. No primeiro caso, a resposta é singela: é esbulho, passível de imediata reintegração de posse, mecanismo jurídico de pronta e eficaz atuação, absolutamente eficiente para a proteção dos direitos reais de garantia. No segundo caso, a resposta igualmente é singela: é furto (simples no caso do botijão; qualificado, com uma pena que pode

<sup>465</sup> *Hermenêutica e(em) crise*, p. 31-34. Ver também: José Eduardo Faria, *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995; Luciano Feldens, *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; Ela Volkmer de Castilho, *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Cumpre ainda anotar a observação de Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica e(m) crise*, p. 32: “Uma observação necessária: os personagens “Caio, Tício, Mévio (a)” são aqui utilizados como uma crítica aos manuais de Direito, os quais embora sejam dirigidos –ou deveriam ser– a um sistema jurídico (brasileiro!) no interior do qual proliferam Joãos, Pedros, Antônio e Josés, Marias, Terezas, teimam os manuais em continuar usando personagens “idealistas\idealizados”, desconectados da realidade social. Registre-se que até mesmo no provão do MEC os personagens Caio e Tício (re)aparecem...”

alcançar 8 anos de reclusão, se o automóvel de Tício (sic) for levado para outras unidade da federação). Ou seja, nos casos apontados, a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um prêt-à-porter significativo contendo uma resposta pronta e rápida! Mas quando Caio (sic) e milhares de pessoas sem teto ou sem terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (sic), ou quando Caio (sic) participa de uma “quebradeira” de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel, etc.) os juristas só conseguem “pensar” o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito. Como respondem os juristas a esses problemas, produtos de uma sociedade complexa, em que os conflitos (cada vez mais) têm um cunho transindividual? Na primeira hipótese, se a justiça tratar da invasão / ocupação de terras do mesmo modo que trata os conflitos de vizinhanças, as conseqüências são gravíssimas (e de todos conhecidas...!). Na segunda hipótese (crimes de colarinho branco e similares), os resultados são assustadores, bastando, para tanto, examinar a pesquisa realizada pela Procuradora da República Ela Castilho, cujos dados dão conta de que, de 1986 a 1995, somente 5 dos 682 supostos crimes financeiros apurados pelo Banco Central resultaram em condenações em primeira instância na Justiça Federal. A pesquisa revela, ainda, que 9 dos 682 casos apurados pelo Banco Central também sofreram condenações nos tribunais superiores. Porém - é isso de extrema relevância - nenhum dos 19 réus condenados por crime de colarinho branco foi para a cadeia! Esse quadro, passados mais de 10 anos, não apresenta alterações significativas. A pesquisa em questão ressalta, ainda, que o número de 682 casos apurados é extremamente pífio, em face dos milhares de casos de crimes do colarinho branco que ocorrem a todo ano no país! E os crimes contra o meio ambiente, como são tratados? Como funciona o Direito nas relações de consumo, mormente quando se percebe que a televisão brasileira que deveria ser um veículo para transmitir cultura e educação (art. 221 da Constituição Federal), transformou-se em um “bingo pós-moderno”? Não é temerário afirmar que, a partir de um exame cuidadoso pouquíssimas concessões de canais de televisão e de rádio passariam pelo crivo das disposições elencadas no aludido artigo 221. A crise do modelo (modo de produção de Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc.). Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina. No âmbito da magistratura - e creio que o raciocínio pode ser estendido às demais instâncias de administração da justiça - Faria aponta dois fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática: “o excessivo individualismo e o formalismo na visão de mundo: esse individualismo se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas. Já o formalismo decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocráticos e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da ‘segurança do processo’. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.

Por exemplo: o curso de Direito contemporâneo, algumas outras ciências e artes recebem uma valorização excessiva e, em contrapartida, há uma diminuição, ou uma

desvalorização, de outras profissões e o resultado que se obtém é a banalização das profissões com profissionais poucos dotados e talentosos.

Com isso, o profissionalismo que era para ser belo, iluminado e verdadeiro torna-se feio, obscuro e mentiroso, porque buscam-se vantagens, bens matérias - que são alimentos que não nutrem-, mas não virtudes.<sup>466</sup>

Não se sente o direito e a justiça nos bancos das universidades, mas aprendem nos bancos acadêmicos, os conceitos e as teorias do Direito.

A escola ensina a literatura e o poético a partir da História da Literatura e da poesia sem profundidade, sem ir até o essencial. Por isso, são poucos os poetas e os que inovam no literário, assim como são poucos os gênios no Direito.<sup>467</sup> São essas as causas dos abusos decorrentes da má utilização das ciências e das artes.

Na opinião de Lenio Luiz Streck<sup>468</sup>:

Os próprios exemplos utilizados em sala de aula ou em determinadas obras jurídicas estão desconectados do que acontece no cotidiano da sociedade. Isto decorre de uma cultura estandardizada, no interior da qual a dogmática jurídica trabalha com *prêt-à-porters*

<sup>466</sup> Conforme as palavras de Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juízes*, p. 26: “Tem ficado em plano secundário a aferição dos conhecimentos jurídicos dos candidatos. No entanto, esse é um dado importante, embora não deve ser o único. É óbvio que devem ser pressupostos da escolha a honestidade dos candidatos e sua disposição de priorizar a busca da justiça. Mas a evolução da humanidade foi no sentido de uma complexidade maior da vida social, tornando-se mais difícil a captação da idéia predominante de justiça. A par disso, os conflitos de direitos passaram a ter o caráter de disputas sobre regras escritas, que são em grande número sujeitas a obscuridades e contradições, com o que se desenvolveram técnicas de interpretação, sem prejuízo da atenção aos valores sociais. A consequência é que, por mais que se queira evitar, não há como recusar a profissionalização dos juízes, determinada por circunstâncias de ordem prática. Isso, por um lado, pode criar certos riscos, com a formação do espírito corporativo, sujeito a degenerar em exagerado corporativismo, como temia Thomas Jefferson. Além do que, há também o perigo de se ter o *juiz-burocrata*, que vê na magistratura apenas a possibilidade de um bom emprego, com remuneração mais ou menos elevada e propiciador de prestígio social.”

<sup>467</sup> Conforme Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 33-34: “Vejo em todos os lugares estabelecimentos imensos nos quais, com grandes despesas, se educa a juventude, para ensinar-lhes todas as coisas, exceto os seus deveres. Vossos filhos ignorarão a própria língua, mas falarão outras que não são usadas em parte alguma; saberão compor versos que mal conseguirão compreender; sem saber distinguir o erro da verdade, possuirão a arte de torná-los, mediante argumentos especiosos, irreconhecíveis aos outros; mas as palavras magnanimidade, equidade, temperança, humanidade, coragem, eles não saberão o que são; a doce palavra pátria nunca lhes atingirá os ouvidos; e se ouvirem falar de Deus será menos para reverenciá-lo do que para temê-lo. Gostaria tanto, dizia um sábio, que meu aluno tivesse passado o tempo num jogo de péla, pelo menos seu corpo estaria mais disposto. Sei que é preciso dar ocupação às crianças e que a ociosidade é o perigo que mais se deve recear para elas. O que então deverão aprender? Aí está por certo uma bela pergunta! Que aprendam o que devem fazer quando homens, e não o que devem esquecer.”

<sup>468</sup> *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 80-81.

significativos. Há uma proliferação de manuais, que procuram “explicar” o Direito a partir de verbetes jurisprudenciais ahistóricos e atemporais (portanto, metafísicos). Ocorre, assim, uma ficcionalização do mundo jurídico, como se a realidade social pudesse ser procustianamente aprisionada / moldada / explicada através de verbetes e exemplos com pretensões universalizantes. Alguns exemplos beiram ao folclórico, como no caso da explicação do “estado de necessidade” constante no art. 24 do Código Penal, não sendo incomum encontrar professores (ainda hoje) usando o exemplo do naufrágio em alto-mar, em que duas pessoas (Caio e Tício, personagens comuns na cultura dos manuais) “sobem em uma tábua”, e na disputa por ela, um deles é morto (em estado de necessidade, uma vez que a tábua suportava apenas o peso de um deles...!) Cabe, pois, a pergunta: porque o professor (ou o manual), para explicar a excludente do estado de necessidade, não usa um exemplo do tipo “menino pobre entra no Supermercado Carrefour e subtrai um pacote de bolacha a mando de sua mãe, que não tem o que comer em casa? Mas isto seria exigir demais da dogmática tradicional. Afinal de contas, exemplos desse tipo aproximam perigosamente a ciência jurídica da realidade social...!

O Direito é uma ciência que cuida de diversas relações entre as pessoas e, portanto, os exemplos não deveriam ser os mesmos dos autores clássicos e antigos, pois a realidade é rica e capaz de fornecer os mais variados e atuais exemplos que demonstram a modernidade da ciência e do profissional do Direito, além de remover muitas dúvidas que os estudantes possuem e acabam sem respostas porque as lições são mais teóricas do que práticas.

Conforme expõe Piero Calamandrei<sup>469</sup>:

Disse um *juiz*, que tinha certa fantasia, a um professor de direito processual: - Vocês passam a vida ensinando o que é processo; seria melhor para torná-los bons advogados, ensinar-lhes o que não é o processo. Por exemplo, o processo não é um palco para histriões; nem uma vitrina para expor mercadorias; nem uma academia de conferencistas; nem um salão de desocupados que trocam frases espirituosas; nem um círculo de jogadores de xadrez; nem uma sala de esgrima... - nem um dormitório... - continuou timidamente o professor.

Na opinião de Plauto Faraco de Azevedo<sup>470</sup>:

A ‘morte das utopias’, o ‘fim das ideologias’ os acantona na estreita função de conselheiro técnico. [...] Mais do que nunca, faz-se necessário superar, no ensino e na prática do direito, o positivismo impeditivo da formação de uma consciência crítica da realidade histórico-cultural, de que o direito é parte atuante, ao mesmo tempo em que dela se recebe influência. [...] Para buscar influir no rumo da história, em favor da dignidade humana, é indispensável um pensamento mais complexo e penetrante, capaz de tudo discutir e ponderar, na certeza de que a argumentação é meio idôneo para avaliar a gradação infinita do erro e do acerto nas opções humanas.

<sup>469</sup> *Eles, os juízes vistos por um advogado*, p. 114.

<sup>470</sup> *Direito, Justiça social e neoliberalismo*, p. 125, 131 e 133.

Os estudantes de Direito precisam ser estimulados a ter um posicionamento crítico com o fim de que surjam novas ideologias e novos pensamentos filosófico-técnicos a respeito da ciência do Direito.

Deve-se exercitar o pensamento para que se promova o auto-conhecimento dos próprios sentimentos que se expressam nas palavras - faladas e escritas - e nas ações durante a convivência com os semelhantes e no dia-dia das práticas judiciárias.

Como bem assinala Dalmo de Abreu Dallari<sup>471</sup>:

Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimentos sobre a história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. A partir disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia, pois, seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los. A metodologia de ensino jurídico que prevalece na América Latina oscila entre dois vícios. Num extremo, o estudo limita-se à análise de doutrinas e doutrinadores, no plano das abstrações e do jogo intelectual, agredindo o estudante com uma profusão de autores e de teorias. E como o estudante não chega a perceber que utilidade tem esse conhecimento para o exercício de uma profissão jurídica, é natural que não tenha interesse e procure apenas memorizar, para o uso a curto prazo, aquilo que é necessário para conclusão do curso. No extremo oposto, existem muitos professores que concebem e praticam o ensino jurídico como sendo a transmissão de informações sobre textos de códigos e leis. O professor lê os textos para os seus alunos, como se estes fossem analfabetos, e faz comentários breves e superficiais, que são pouco mais do que a releitura do texto por meio de sinônimos. Com esses tipos de preparo um aluno que opte, por exemplo, pela magistratura, terá grande dificuldade quando for obrigado a utilizar uma conceituação jurídica básica, para confrontar um texto de lei com os fatos e circunstância da realidade social, procurando a solução jurídica e justa para um conflito. E como são muitos os cursos que utilizam essa metodologia, existem boas razões para que se diga que cabe muita responsabilidade às escolas de Direito por deficiências de profissionais das áreas jurídicas, inclusive magistrados.

O estudante de Direito precisa ter maiores conhecimentos sobre a História dos Homens sob várias ópticas científicas e não apenas conhecer o Homem através dos olhos da Sociologia, mas também a partir dos olhares da História antiga e das atualidades, da

---

<sup>471</sup> *Poder dos juízes*, p. 30-31.

Psicologia, da poesia, da Literatura, das Artes e da diferentes culturas ocidentais e orientais, porque assim o aluno poderá ter em si os conhecimentos necessários para se aprimorar e contribuir com o desenvolvimento dos seus semelhantes.

O estudante de Direito precisa ser estimulado a exteriorizar os seus próprios pensamentos a respeito do que considera ser o direito, a justiça e o justo para que haja a reciclagem dos conhecimentos e a aparição de novos gênios nessa ciência.

Ele precisa ser estimulado de forma que cada um descubra em si o seu talento, para que alguns se vejam mais como teóricos ou cientistas ou professores, enquanto outros se apercebam mais práticos, como advogados, juízes ou delegados de polícia ou promotores de justiça, etc.

O método de avaliação do conhecimento deve ser capaz de permitir a auto-expressão e não a mera reprodução de outros pensamentos tidos como dogmas clássicos e modernos.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck<sup>472</sup> sobre a dogmática e ensino jurídico:

Uma pergunta se torna inevitável: que tipo de visão têm os operadores jurídicos – mergulhados no sentido comum teórico – sobre a aplicação e a eficácia das leis existentes no Brasil? Por exemplo, um funcionário público de alto escalão engaveta um processo (administrativo ou judicial) durante 3 ou 4 anos. Dentro dos cânones estabelecidos pela dogmática jurídica, para processá-lo por crime de prevaricação é muito difícil, em face da exigência do dolo, uma vez que o “legislador” não previu a hipótese de prevaricação culposa. Desse modo, se o acusado alegar em sua defesa, que “o processo ficou parado tanto tempo” porque foi preguiçoso, desleixado ou até mesmo negligente, fatalmente será absolvido (isto no caso de chegar a ser denunciado e a denúncia ser recebida). Tudo porque a preguiça, a negligência ou do desleixo são consideradas causas que excluem o dolo (aliás, como se diria na dogmática tradicional, “nesse sentido a jurisprudência é mansa e pacífica”: RT 451/414; 486/356; 565/344; 543/342...). Exige-se, ao que parece, uma espécie de “dolo de engavetamento”. Como contraponto, veja-se o caso de um indivíduo que furta uma galinha e a leva para a sua casa. Neste caso, basta que com ela (com a res furtiva) fique alguns minutos, para que, em sendo preso, esteja caracterizado o crime de furto (cuja, pena, aliás, é várias vezes maior do que a da prevaricação). Isto porque, “nessa linha existe copiosa jurisprudência”, dando conta de que “o furto atinge a consumação no momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor, ainda que este não obtenha a posse tranqüila”. Evidentemente, estes exemplos apontam apenas em direção à ponta do iceberg. Paradoxos como estes deveriam colocar em xeque a dogmática jurídica, chamando a atenção dos juristas para a crise. Porém, envolvidos no interior do sentido comum teórico, não se dão conta dos paradoxos, até porque, como um mito – que só o é para quem nele acredita –

---

<sup>472</sup> *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 77-79.



também o paradoxo só é “paradoxal” para quem tem consciência de sua existência. É evidente que a formação desse sentido comum teórico tem uma relação direta com o processo de aprendizagem nas escolas de Direito. Com efeito, o ensino jurídico continua preso às velhas práticas. Por mais que a pesquisa jurídica tenha evoluído a partir do crescimento do número de programas de pós-graduação, estes influxos reflexos ainda estão distantes das salas de aula dos cursos de graduação, não se podendo olvidar, nesse contexto, que o crescimento da pós-graduação é infinitamente inferior à explosão do número de faculdades instaladas nos últimos anos. A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos na sala de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. O positivismo ainda é a regra. A dogmática trabalhada nas salas de aula (e reproduzida em boa parte dos manuais) considera o Direito como sendo uma mera racionalidade instrumental. Em termos metodológicos, predomina o dedutivismo, a partir da reprodução inconsciente da metafísica sujeito-objeto. Nesse contexto, o próprio ensino jurídico é encarado como uma terceira coisa, no interior da qual o professor é um *outsider* do sistema. A doutrina que sustenta o saber jurídico resume-se a um conjunto de comentários resumidos de e mentários de jurisprudência, desacompanhados dos respectivos contextos. Cada vez mais a doutrina doutrina menos, isto é, a doutrina não mais doutrina; é, sim, doutrinada pelos tribunais. É nisto que se baseia o casuísmo didático: a partir da construção de “categorias”, produzem-se raciocínios “dedutivos”, *como se a realidade pudesse ser aprisionada no “paraíso dos conceitos do pragmatismo positivista dominante”*. A hermenêutica praticada nas salas de aula continua absolutamente refratária ao giro lingüístico (*linguistic turn*); em regra, continua-se a estudar os métodos tradicionais de interpretação (gramatical, teleológico, etc.), como se o processo de interpretação pudesse ser feito em partes ou em fatias. A teoria do Estado, condição de possibilidade para o estudo do Direito Constitucional (para ficar nesta disciplina fundamental, que, aliás, não ocupa, na maioria dos cursos jurídicos, mais do que dois semestres), não vem acompanhada da necessária interdisciplinaridade.

A interdisciplinaridade é necessária para que o aluno não se perca na rigidez e no radicalismo teórico e técnico e distancie-se da realidade e, principalmente, para que ele não se esqueça de que terá que lidar com vidas humanas.

O *juiz* também é aprovado num concurso para ingressar na carreira sem conhecer em profundidade a essência da justiça e do direito. Por isso, ele torna-se *juiz* sem conhecer e possuir os elementos naturais e essenciais inerentes ao *juiz natural* (nato) e à justiça natural, pois a preparação que recebeu é somente teórico-jurídica ou técnico-jurídica e na maior parte dos casos nada sabe sobre si mesmo, sobre as coisas essenciais da vida e das coisas da

Natureza, porque para os Homens de hoje é loucura observá-la e perscrutar a essência das coisas em si mesmas.<sup>473</sup>

O que sabe sobre a vida, sobre as pessoas e sobre a Natureza aquele que passa a maior parte do tempo sentado estudando?<sup>474</sup> Esse aprendizado origina-se do ócio, da prática do vício humano e não da prática das virtudes. Por isso a justiça que daí se origina não emana virtude.

Cumprе enfatizar que do ócio também nascem grandes injustiças, por exemplo, os cargos mais importantes dos poderes de um Estado, os quais decidem acerca da vida das pessoas e dos cidadãos com uma simples assinatura, sempre sentados em uma bela cadeira e apoiados em uma mesa.

---

<sup>473</sup> Rousseau responde sobre a refutação de seu Discurso pelo Sr. Gautier, professor de Matemática e de História e membro da Academia Real de Letras de Nancy dizendo: “O Sr. Gautier admira em toda a parte a pureza de nossos costumes atuais. Essa boa opinião que tem deles assegura muita honra aos seus, mas não denota grande experiência. Dir-se-ia pelo tom em que fala que estudou os homens como os peripatéticos estudavam a física, sem sair de seu gabinete. Quanto a mim, fechei os livros e, depois de ouvir os homens falarem, olhei-os agir. Não é de espantar que, tendo seguido métodos tão diferentes, tenhamos pouca semelhanças em nossos juízos. Vejo que não se poderia empregar uma linguagem mais correta do que a do nosso século, sendo isso que impressina o Sr. Gautier. Mas vejo também que não se poderiam ter costumes mais corrompidos, sendo isso que me escandaliza. Pensamos então ter-nos tornado pessoas de bem, porque à força de dar nomes decentes aos nossos vícios, aprendemos a não mais nos envergonhar deles? Diz ainda que, mesmo que se pudesse provar com fatos que a dissolução dos costumes sempre reinou com as ciências, daí não se seguiria que a sorte da probidade dependesse dos progressos delas. Depois de ter empregado a primeira parte de meu Discurso para provar que essas coisas sempre andaram juntas, destinei a segunda a mostrar que, de fato, uma dependia da outra. A quem então posso imaginar que o Sr. Gautier quer responder aqui? Ele me parece sobretudo muito escandalizado com o modo que falei da educação dos colégios. Informa-me que neles ensinam os jovens sei lá quantas coisas belas que podem ser de muita utilidade para seu divertimento quando forem grandes, mas confesso que não vejo qual a relação delas com os deveres dos cidadãos, pelos quais deve começar sua instrução. “Costumamos nos indagar, saberá ele grego ou latim? Escreverá em verso ou em prosa? Tornou-se ele, porém, melhor ou mais instruído, era o principal, e é isso que fica para trás. Exclamai de um passante ao nosso povo: oh, homem douto! E de outro: oh, bom homem!” (*Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 45-46).

<sup>474</sup> Conforme os ensinamentos de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 40: “os jovens não estão aptos para o estudo da política, porque carecem de experiência de vida e de conduta, que é o que supre as premissas e a matéria de estudo desse ramo da filosofia; além do que eles são conduzidos por suas paixões, de modo que estudarão sem um propósito ou proveito porquanto a finalidade dessa ciência é a ação e não o conhecimento. E não faz diferença alguma se são jovens em anos ou se é uma questão de imaturidade. A lacuna não tem cunho cronológico; o problema é que suas vidas e as várias metas destas são norteadas pelo passional, pois para tais indivíduos seu conhecimento, como para os indivíduos faltos de autocontrole, é inútil. Entretanto, para aqueles que guiam seus desejos e ações através do princípio racional, o conhecimento dessas matérias poderá ser sumamente valioso.” Se valendo das palavras de Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?*, p. 34, citando Lord Devlin na “Chorley Lecture” de 1975: “Os juízes, como toda categoria de homens idosos, que tenham vivido vidas geralmente não aventureiras, tendem a ser tradicionalistas nas suas idéias. Este é um fato natural.”

É impossível conhecer-se as necessidades do povo através das frestas de uma janela, dentro de um gabinete, lendo livros ou checando papéis, ou lendo os jornais, ou assistindo à televisão, como se a vida do semelhante fosse banal e sem valor especial para Natureza.

A vida moderna civilizada conduziu os Homens à excessiva comodidade que faz com que uns sejam considerados mais dignos do que outros, embora a teoria repreenda essa atitude é o que se concretiza nas ações, que são reflexos dos sentimentos e pensamentos que os Homens desenvolvem a respeito dos seus semelhantes.

A opinião de Rousseau<sup>475</sup> sobre o ócio e o luxo cultuados pelos Homens desde os tempos passados:

O luxo pode ser necessário para dar pão aos pobres, mas, se não houvesse luxo, não haveria pobres. Ele ocupa os cidadãos ociosos. E porque há cidadãos ociosos? Quando a agricultura era admirada, não havia miséria nem ociosidade e havia muito menos vícios. Vejam que se empenham muito pela causa do luxo, a qual fingem, porém, querer separar da causa das ciências e das artes. Concordarei, portanto, já que o querem tanto, que o luxo serve para a sustentação dos Estados, como as cariátides servem para sustentar os palácios que decoram; ou melhor, como as vigas com as quais se escoram construções deterioradas e que amiúde acabam por derrubá-las. Homens sábios e prudentes, saí de qualquer casa que esteja escorada. Isso pode mostrar quão fácil me seria virar em meu favor a maioria das coisas que pretendem opor-me. Porém, para falar com franqueza, não as acho suficientes provadas para ter coragem de prevalecer-me delas. Afirmam que os primeiros homens formam maus, daí se segue que o homem é naturalmente mau. Esta não é uma asserção de pouca importância; parece-me que merecia ter sido provada. Os anais de todos os povos que ousam citar-me como prova são muito mais favoráveis à suposição contrária e seriam necessários muitos testemunhos para obrigar-me a crer num absurdo. Antes que as horríveis palavras teu e meu fossem inventadas, antes que houvesse essa espécie de homens cruéis e brutais chamados senhores e essa outra espécie de homens velhacos e mentirosos chamados escravos, antes que houvesse homens bastante abomináveis para ousar ter o supérfluo enquanto outros homens morrem de fome, antes que uma dependência mútua os houvesse forçado a todos tornarem-se hipócritas, invejosos e traidores, eu gostaria muito que me explicassem em que podiam consistir esses vícios, esses crimes que lhes condenam com tanta ênfase. Asseguram-me que há muito tempo se desiludiram da quimera da idade de ouro. Por que não acrescentam também que há muito tempo se desiludiram da quimera da virtude?

Do ócio muda-se o rumo da vida de uma ou de várias pessoas, algumas vezes para melhor, mas na maioria das vezes para muito pior, pois dele nasce a falta de sensibilidade, a

---

<sup>475</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 94-95.

insensatez, a soberba e acima de tudo a desigualdade interna daquele que se sente superior e melhor do que os demais.

Essa mentalidade de se sentir superior fere o princípio da Dignidade da Pessoa Humana que estabelece que todos são iguais. Do ócio surgem as consciências tranqüilas daqueles que cometem injustiças sob o manto das leis e da falsa justiça.<sup>476</sup> Do ócio nasce a burocracia.

---

<sup>476</sup> Conforme narra Piero Calamandrei, *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 189-190: “O advogado se dá conta (pois se trata de seus instrumentos de trabalho) das inexoráveis exigências da lógica jurídica e das razões de ordem geral que aconselham a manutenção, na medida do possível, da uniformidade da jurisprudência, garantia da certeza do direito e da igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Mas, em certos casos, como pode conseguir explicar a seu cliente, especialmente se este é uma pessoa humilde e ignora das coisas jurídicas, que a uniformidade da jurisprudência às vezes pode servir para justificar as mais impiedosas das injustiças? Basta-me recordar um caso. Um barão latifundiário, quando já tinha uma prole legítima nascida da sua nobre consorte, por uma fantasia da maturidade seduzira uma moçoila de suas terras, tendo com ela um filho e uma filha; depois cansou-se do capricho e deixou sem ajuda a mãe, que no entanto, com seu trabalho, conseguiu criá-los e fazer deles duas pessoas honestas – dois pobres, uma bordadeira e um pequeno funcionário. O barão morreu em 1940, deixando todas as terras para os filhos legítimos, sem uma palavra para os filhos naturais. Mas, como um artigo do código reconhece aos filhos naturais o direito de uma “pensão vitalícia, proporcional às substâncias hereditárias”, os dois pobrezinhos, aos quais os herdeiros legítimos, é óbvio, bateram com a porta na cara, tiveram de intentar um processo para obter a pensão que lhes cabia por lei sobre o patrimônio paterno. A causa durou dez anos. Finalmente, em 1950, o tribunal de apelação, depois de longas investigações instrutórias, condenou os herdeiros legítimos, que haviam herdado um patrimônio avaliado em cerca de meio bilhão de liras, a pagar todo ano a seus irmãos naturais uma pensão global de um milhão (uma miséria, diante das rendas efetivas daquele patrimônio). Mas os herdeiros legítimos, ávido também daquele milhão, recorreram; e o Tribunal de Cassação, conformando-se à jurisprudência “consolidada”, que, em respeito ao chamado “princípio nominal” da moeda, estabeleceu diferença (incompreensível para um profano) entre “dívida de valor” e “dívida de dinheiro”, considerou que essa pensão vitalícia devia ser liquidada proporcionalmente ao patrimônio estimado de acordo com a moeda do tempo em que se abria o inventário, isto é, segundo os valores monetários de 1940, sem levar em conta a desvalorização ocorrida. Em 1940, o patrimônio valia, em moeda de então, cinqüenta vezes menos que hoje; portanto, a pensão também devia ser reduzida na mesma proporção, ou seja, a vinte e cinco mil liras por ano, para os dois filhos naturais, sobre um patrimônio que vale hoje meio bilhão. Decisão perfeitamente coerente com a lógica jurídica, mas Moral e socialmente um escárnio, ou uma blasfêmia. No debate oral, procurei sustentar que as exigências lógicas deviam ceder às exigências morais do penosíssimo caso (e o procurador – geral me apoiou); mas a corte não me seguiu: “dívida de dinheiro”, “princípio nominal”, ídolos inexoráveis, aos quais não era vedado sacrificar vítimas humanas, contanto que se respeitasse a jurisprudência consolidada. Meus dois pobres clientes, que tinham assistido à sessão, saíram tranqüilos, não podendo sequer imaginar que o tribunal pudesse cometer contra eles aquilo que devia lhes parecer, mais que uma injustiça, um absurdo. Mas eu estava apreensivo, e quando, à tarde, recebo em meu escritório a notícia nada imprevisita, comecei a me atormentar com a idéia de ter de comunicar dali a pouco, às vítimas, aquela condenação atroz, incompreensível para eles. De repente, o telefone tocou. Era a voz, destroçada pelo pranto, do irmão mais velho: — Senhor advogado, já soubemos. Estou telefonando da estação. Queremos voltar já para casa, para a nossa miséria; não queremos mais respirar nem mesmo um bocado deste ar maldito. Eu não sabia o que dizer. Também a mim o pranto estrangulava. Em quarenta anos de profissão raras vezes me sentira tão aviltado... – Nossos cumprimentos, senhor advogado... - E, após um soluço: — Mas por que vocês nos fizeram tanto mal? Que mal lhes fizemos para nos fazerem sofrer assim? Na sua ingenuidade popular, ele imaginava advogados e juízes como cúmplices de uma mesma trama monstruosa: os ricos aliados contra os pobres; a lei e a justiça, essa máquina inexorável construída pelos ricos para triturar as razões dos pobres... (As pessoas acham que, com o passar dos anos, os advogados se habituariam à injustiça. Eu, naquela noite, depois de quarenta anos de exercício da profissão, não consegui dormir, de desespero).”

Na explanação de Dalmo de Abreu Dallari<sup>477</sup> sobre os que mantêm sua consciência tranqüila sob o manto do formalismo e com uma abstração fora da realidade:

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com justiça. Extensas e minuciosas discussões teóricas, farta citação de autores e jurisprudência, acolhimento ou refutação dos argumentos dos promotores e advogados, tudo isso gira em torno da escolha da lei aplicável e da melhor forma de interpretar um artigo, um parágrafo ou mesmo uma palavra. São freqüentes as sentenças e os acórdãos recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão da justiça. Não se percebe preocupação com os interesses e angústias das pessoas que dependem das decisões e que muitas vezes já não têm mais condições para gozar dos benefícios de uma decisão favorável, porque esta chegou quando os interessados já tinham sido forçados a abrir mão de seus direitos, arrastados pelas circunstâncias da vida ou da morte. Ainda é comum ouvir-se um *juiz* afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é escravo da lei. E com isso fica em paz com a sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse *juiz* perceberia a contradição de um *juiz*-escravo e saberia que um julgador só pode ser justo se for independente. Um *juiz* não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei.

Para Piero Calamandrei<sup>478</sup>:

Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver. O tradicionalmente aforismo *iuria novit curia* não tem nenhum valor prático se não se acompanhar deste outro: *mores novit curia*.

Lenio Luiz Streck<sup>479</sup> tece comentários sobre a superficialidade das provas que avaliam os conhecimentos e as habilidades dos candidatos e a dificuldade que a dogmática jurídica encontra para lidar com os fenômenos sociais, além de expor a falta de criatividade aliada à abstração da realidade dos exemplos teóricos obsoletos com personagens arcaicos que

<sup>477</sup> *O poder dos juízes*, p. 84.

<sup>478</sup> *Eles, os juízes, vistos por nós advogados*, p. 183-184.

<sup>479</sup> *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, p. 81-82.

distanciam o Direito e a justiça da realidade dos fatos com profissionais pouco engajados com as situações da vida da atualidade, as quais requerem uma postura mais humana.

Em importante concurso público realizado no Rio Grande do Sul, perguntou-se: Caio quer matar Tício (igualmente com veneno!) Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (na pergunta não há qualquer esclarecimento acerca de como o personagem Tício – com certeza um idiota -, bebe as duas porções de veneno). Em consequência da ingestão das meias-doses, Tício vem a perecer... Encerrando a questão do aludido concurso indagava: Caio e Mévio respondem por qual tipo penal??? Em outro concurso de âmbito nacional, a pergunta dizia respeito à solução jurídica a ser dada ao caso de um gêmeo xifópago ferir o outro (com certeza, gêmeos xifópagos andam armados, e em cada esquina encontramos vários deles...!). Dito de outro modo: dessa forma, a cultura standard fornecida pelos manuais é reproduzida nas salas de aula e nos concursos públicos. A propósito, há um manual que, para explicar a diferença entre culpa consciente e dolo eventual, utiliza um exemplo a partir do ato de um jardineiro que quer cortar as ervas daninhas e corta o caule da flor...! Não se olvide o “clássico” exemplo da macieira de Caio, cujos galhos (e frutas) pendem sobre a propriedade de Tício, exemplificando-se, a partir daí, o direito de propriedade (em um país eivado de conflitos de terras, e onde dois por cento da população possui cinquenta por cento das terras).

Na explanação de Dalmo de Abreu Dallari<sup>480</sup>, deve ser avaliado no candidato à magistratura não somente os conhecimentos técnico-jurídicos para que se tenha uma boa magistratura, mas também é preciso perceber se o candidato possui consciência de que suas decisões envolvem interesses humanos.

A aferição do preparo intelectual dos candidatos a *juiz* é um ponto de extrema relevância, que se liga diretamente às concepções relativas ao papel social do *juiz*. Não basta verificar se o candidato tem bons conhecimentos técnicos - jurídicos, pois o *juiz* que oferece apenas isso, ainda que em alto grau, não conseguirá ser mais do que um eficiente burocrata. É indispensável, para a boa seleção e, conseqüentemente, para que se tenha uma boa magistratura, que sejam selecionadas pessoas que, a par de seus conhecimentos jurídicos, demonstrem ter consciência de que os casos submetidos a sua decisão implicam interesses de seres humanos. O candidato a *juiz* deverá demonstrar que tem condições para avaliar com independência, equilíbrio, objetividade e atenção aos aspectos humanos e sociais, as circunstâncias de um processo judicial, tratando com igual respeito a todos os interessados e procurando, com firmeza e serenidade, a realização da justiça.

---

<sup>480</sup> *O poder dos juízes*, p. 27-28.

Kazuo Watanabe<sup>481</sup> trata da mentalidade conservadora dos juízes sobre os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil e da carência de ensino universitário no tocante ao assunto, fatores que geram dificuldades na implementação prática da justiça conciliativa e fazem com o que o estudante seja apanhado de surpresa ao ter que lidar com o assunto na prática.

O grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo *juiz* como representantes do Estado. É esse o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do Brasil. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução contenciosa dos conflitos. Após a Lei n.º 9.307, de 1996, que disciplinou melhor a arbitragem, houve alguma avanço da área de arbitragem. Não se nota ainda, todavia, um investimento maior na formação e treinamento de profissionais voltados à solução não contenciosa de conflitos, como negociação, conciliação e mediação. Somente nos *Juizados Especiais* a conciliação é praticada mais intensamente. Mas, mesmo assim, como foi revelado por uma recente pesquisa de âmbito nacional realizada pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), o índice de soluções amigáveis alcançadas deixa muito a desejar, isto em razão da falta de investimento maior no recrutamento, capacitação e treinamento dos conciliadores/mediadores. Todavia, nem sempre foi assim em nossa história jurídica. Tivemos no passado, por exemplo, a Constituição do Império (1824), que em seu art.161 dispunha expressamente que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”. E o art. 162 estabelecia que “para esse fim haverá *juiz* de paz”. Na Constituição atual, o *juiz* de paz recupera, em parte, sua importância funcional, pois o inciso II do art. 98 dispõe que, na forma da lei, o *juiz* de paz poderá exercer “atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”. Mas não consta tenha, até agora, alguma unidade da Federação Brasileira organizado a justiça de paz para lhe conferir essa importância funcional. O nosso atual sistema processual, na linha sempre seguida pelo nosso legislador, procura prestigiar, em vários dispositivos, os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação (art. 125, IV, 331, 447 a 449, 559, do CPC) e a arbitragem (lei de *juizados especiais*, anteriormente *juizados* de pequenas causas) E temos agora a lei especial de arbitragem (n.º 9.307/1996). Todavia, a mentalidade forjada nas academias e fortalecida na práxis forenses é aquela já mencionada, de solução adjudicada autoritativamente pelo *juiz*, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados (os juízes cíveis da Capital dos Estados de São Paulo recebem, anualmente cerca de 5.000 novos processos). Disso tudo nasceu a chamada cultura da sentença, que se consolida assustadoramente. Os juízes preferem proferir sentenças ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos. Em razão dessa mentalidade, o art. 331 do Código de Processo Civil, que determina a designação de audiência preliminar para a tentativa de conciliação e para um contato pessoal entre as partes e seus advogados, e destes com o *juiz* e, em caso de insucesso na tentativa de conciliação, para a fixação oral pelo *juiz*, após ouvir as partes, dos pontos controvertidos da causa, é cumprido como mera formalidade por muitos magistrados. Poucos se aperceberam do real objetivo do legislador, que é o de indução de papel mais ativo do *juiz* na condução dos processos e

---

<sup>481</sup> *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*, p. 6-7.

para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador processual.

A partir do explicitado acima, muitos juízes, por desapego às virtudes e apego ao ócio, preferem sentenciar ao invés de conciliar as partes e não procuram facilitar a existência da pessoa humana na sociedade. Por egoísmo e indiferença com a vida dos seus semelhantes, optam por complicar a existência da Pessoa Humana.

Essa postura rígida de os juízes optarem pela solução contenciosa e adjudicada dos conflitos compromete a virtude da justiça e cria um muro divisor com a existência de decisões justas de um lado e decisões injustas de outro, embora ambas sejam equivocadamente chamadas de justas. Em essência, não acontece essa fusão entre o fator justo e o fator injusto, mas somente na aparência.

É mister observar que Rousseau vislumbrou algumas verdades. A primeira, quando percebeu que nos primórdios, o Homem em seu estado de natureza não necessitava das ciências, das artes, dos títulos, dos cargos e das profissões. A segunda, quando vislumbrou o futuro decadente do Homem afastado do seu estado natural, fato que hoje se comprova com facilidade.

Rousseau descobriu como era o Homem natural ao analisar o passado e muitas coisas também vislumbrou acerca do futuro decadente da humanidade. Porém, não lhe foi revelado os acontecimentos depois que a decadência se esgotasse, ou chegasse ao seu extremo, ao ápice da corrupção, ao cume do afastamento do Homem do seu estado natural. Portanto, tudo que se exaure por completo retorna em seu oposto.

Rousseau não observou que Deus, o Criador supremo, não fará o Homem retroceder ao seu estado natural como foi nos primórdios ao viver numa floresta, num deserto, numa praia ou num jardim. Porém, fará o Homem viver em seu estado de natureza em meio às artes, às ciências, às cidades, à modernidade, às escolas e transformará o seu interior.



Já existem Homens naturais que vivem em seu estado de natureza, mas que sucumbiriam e morreriam se não houvessem as escolas, o magistério, a medicina, a farmácia, a magistratura, as artes e as ciências, o cinema, a gastronomia, o turismo, as cidades, etc., tudo isso porque Deus concedeu dons, talento e deveres únicos aos Homens de acordo com o mundo de cada época.

O Criador concedeu os deveres únicos e exclusivos a cada um, porém, não garantiu aos Homens esses lugares que fazem jus (conforme aos seus méritos e necessidades) com tanta facilidade, porque no mundo ainda reina muita injustiça, desigualdade e perversidade, enquanto, a paz natural<sup>482</sup> e a igualdade natural<sup>483</sup> entre os Homens são utópicas. A sociedade tornou-se caótica, e, ninguém, está imune ou livre desse desequilíbrio por mais que se engane e iluda-se ao sentir-se seguro ou protegido dos revezes da vida.

O Homem sábio encaminha o mundo a mais perfeita ordem porque ele contribui com o Criador e com todas as criaturas, e quanto maior o número de sábios, o mundo tornar-se-á mais ordenado e pacífico, afinal uma só andorinha não é capaz de animar um verão, porém, cumpre salientar, que Homem nenhum será capaz de conduzir o mundo a mais completa ordem e o Homem ao seu estado natural, pois, tamanha revolução depende da espontaneidade das forças criadoras da Natureza e de Deus.

A cada término segue uma nova etapa, depois do desabrochar da rosa ela morre e nasce de novo. A rosa desabrocha em um piscar de olhos e sem nenhum motivo aparente vai secando e morre e logo vem outra em seu lugar, nisso consiste as maravilhas misteriosas da natureza.

O Homem será mero espectador do regresso da humanidade ao seu estado natural: aquele que numa bela manhã de domingo descansa em seu jardim apreciando a natureza e num piscar de

---

<sup>482</sup> De acordo com Thomas Hobbes, *Elementos da lei natural e política*, p.112: “E isso também é uma lei da natureza, Que todos os mensageiros de paz, que são recrutados para procurar e manter a amizade entre este e aquele homem, possam seguramente ir e vir. Pois visto que a paz é a lei geral da natureza, os meios para chegar a ela, tais como estes homens, devem ser compreendidos na mesma lei.”

<sup>483</sup> Segundo assinala Thomas Hobbes, *op. cit.*, p. 114: “Que todo homem reconheça o outro como seu igual. E a quebra desta lei é o que chamamos de orgulho (pride)”.

olhos vê o desabrochar de uma flor. Seria muita pretensão dele pensar que possa sozinho, ou com auxiliares, reverter o caos com as suas próprias forças ou metas. Isso seria o mesmo que ele tentasse deter um forte movimento das águas do mar com a força dos próprios braços.<sup>484</sup>

É impossível negar a importância, e os benefícios que trouxeram, aos Homens e às ciências, as obras de Isaac Newton, de Einstein, de Sócrates, de Aristóteles, de Platão, de Pitágoras, de Pablo Picasso, de Paracelso, entre muitos outros.

Entretanto, estes Homens receberam gratuitamente seus dons e suas idéias da Natureza e desenvolveram seus dons. Suas idéias genuínas e suas mentes brilhantes produziram obras inestimáveis.<sup>485</sup> Todos os Homens possuem seus dons sobrenaturais, mas para que cada um descubra o gênio que existe dentro de si ele, tem que buscar em seu interior e não no exterior.

Para Platão<sup>486</sup> é justo que cada indivíduo que possui uma virtude genuína para desenvolver uma determinada tarefa coloque-se a serviço de desenvolvê-la. Por outro lado, é injusto que aquele que possui uma virtude não consiga espaço para desenvolver a sua função.

---

<sup>484</sup> Conforme observa Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 83: “nunca se viu um povo, uma vez corrompido, voltar à virtude. Em vão pretendereis destruir as fontes do mal; em vão suprimiríeis os alimentos da vaidade, da ociosidade e do luxo; em vão, também, traíreis os homens de volta a essa primeira igualdade, conservadora da inocência e fonte de todas as virtudes: seus corações, uma vez estragados, assim permanecerão, a não ser uma grande revolução quase tão temível como o mal que poderia curar, e que é condenável desejar e impossível prever”.

<sup>485</sup> Conforme Rousseau, *op. cit.*, p. 39: “Os Bacons, os Descartes e os Newtons, esses preceptores do gênero humano, não tiveram outros mestres além de si mesmos, e que guias os teriam conduzido até onde levou seu imenso gênio? Mestres comuns só poderiam ter encolhido seu entendimento comprimindo-o na estreita capacidade deles. Foi com seus primeiros obstáculos que aprenderam a fazer esforços e se exercitaram para transpor o espaço imenso que trilharam. Se é preciso permitir a alguns homens dedicarem-se ao estudo das ciências e das artes, isso só será concedido àqueles que sentirem a força de caminhar sozinhos por seus próprios passos e de ultrapassá-lo. A esse pequeno número é que compete erguer monumentos à glória do espírito humano. Mas, se quisermos que nada esteja acima de seu gênio, cumpre que nada esteja acima de suas esperanças. Eis o único encorajamento que necessitam.”

<sup>486</sup> Conforme o raciocínio desenvolvido por Platão, *A República*, p. 41-42, sobre a tarefa de cada coisa e de cada um: “— Pensa que há uma tarefa própria do cavalo? — Penso que sim. — Será, então, que darias como tarefa de um cavalo ou de outro animal qualquer aquela que só se faz com ele ou, pelo menos, só com ele de modo perfeito? — Não estou entendendo, disse. — Mas, se eu perguntar assim? Enxergarias com outra coisa que não os olhos? Não, claro. — Então? Ouviria com outra coisa que não os ouvidos? — De forma alguma. — Então, com justiça afirmariamos que aí estão as tarefas deles? — Certamente! Não poderias podar os ramos da videira com uma espada ou com uma faca ou muitos outros instrumentos? — Como não? — Mas com nada o farias tão bem, creio, que com uma foice para isso. — É verdade. — Não teremos isso como uma tarefa dela? — Teremos sem dúvida. — Agora, creio, entenderias melhor minha pergunta de há pouco, quando procurava saber se não era a tarefa de cada coisa o que só ela faz ou se ela faz com perfeição. — Ora, entendo, disse, e na minha opinião essa é a tarefa de cada coisa. — Bem! Disse eu. E não te parece que cada um a quem se impõe determinada tarefa tem uma virtude?”

Então, essa noção de justiça, e do seu oposto - a injustiça -, não decorre do sistema judiciário, mas tem seu início na vida familiar, depois na escola, na vida social e, por conseguinte, no chamado mercado de trabalho e nas políticas do Estado.

Existem cozinheiros genuínos, pianistas genuínos, comediantes genuínos, arquitetos genuínos, pilotos genuínos, professores genuínos, juristas genuínos, comerciantes genuínos, etc. O comerciante genuíno deveria estar atrás do balcão ou numa empresa produzindo fortunas. O pianista genuíno deveria estar tocando piano.

É inconcebível existir na vida em sociedade aquele que possua o dom de criar vacinas e esteja limpando o chão, ou que aquele que possua o dom da justiça e trabalhe servindo mesas, ou aquele que possui o dom de escrever poemas e esteja trabalhando na roça, etc., porque se for assim surgirão doenças incuráveis, surgirão falhas na justiça e carências na literatura.<sup>487</sup>

Também é inconcebível existir na vida em sociedade a mentalidade de que é preciso estudar algo porque o mercado exige. Assim todos vão querer estudar computação, fazer MBA, Mestrado e Doutorado, todos vão querer estudar inglês, espanhol e chinês e assim todos terão o mesmo currículo só por ambição, só para ser diferente.

---

<sup>487</sup> Seguindo o raciocínio de Platão, *op. cit.*, p. 11-12: “Bem! Para os que não estão doentes, caro Polemarco, o médico de nada serve. — É verdade. — Nem o piloto para os que não estão navegando. Nem o piloto. — Será que também para os que não estão em guerra o homem justo de nada serve? — De modo algum é isso que penso! — Ah! Na paz também a justiça é útil? — É útil, sim. E a agricultura também. Ou não? — Sim. — Para a obtenção de frutos? — Sim. Também a arte do sapateiro? — Sim. — Dirias, creio, que ela é útil para a aquisição de sapatos? — É sim. — E a justiça? Poderias dizer para que uso e para que aquisição ela é útil na paz? Para os contratos. — Chamas de contratos as associações ou outra coisa? — As associações. — O homem justo seria um sócio bom e útil para dispor as peças de um jogo, ou seria o jogador? — O jogador. — Mas, para dispor tijolos e pedras, o homem justo é um parceiro melhor que o pedreiro? — De maneira alguma. — Mas para quais parcerias o homem justo é melhor parceiro que o citarista, como o citarista é melhor que o homem justo para tanger as cordas? — Em questões de dinheiro, parece-me. — Talvez, Polemarco, exceto em relação ao uso do dinheiro, quando uma parceria se tem de comprar ou vender um cavalo a dinheiro. Aí o melhor, penso, é o tratador de cavalos. Não é? — Parece. — E quando se trata de um barco, é o construtor de barcos ou piloto. — Parece. — Então, quando se tem de usar dinheiro ou ouro em sociedade com outra pessoa, em que o homem justo é mais útil que os outros? — Quando algo deve ficar depositado e a salvo, Sócrates. — Então, dizes que é quando não se precisa usá-lo para nada, bastando apenas que esteja em depósito? — É sim. — Ah! Quando o dinheiro é inútil, nesse momento e em razão disso, a justiça é útil? — Pode bem ser... — E, quando se tem de manter guardada uma foice, a justiça é útil tanto comunitária quanto individualmente; mas quando se tem de fazer uso dela, útil é a arte do vinhateiro? — Parece.”

O Homem de hoje pensa que é loucura não se dedicar àquilo que não está em voga ou que não tem boa remuneração.<sup>488</sup>

Então se pensa assim: “Ah! Essa profissão é boa, está em alta, você fez uma escolha inteligente!” A inteligência confunde-se com a disposição para se obter vantagens.

A mentalidade do Homem de hoje é ser diferente e ele não percebe que assim abandona o próprio talento e torna-se igual àquilo que poderia fazer melhor se ele fosse ele mesmo.<sup>489</sup> O Homem sábio quer ser ele mesmo, apesar de estar fora da moda ou nadando contra a maré.

Contudo, cumpre indagar: “Por que o Homem de hoje tem pensado e agido assim?”

A resposta certamente será: por causa da desigualdade e da necessidade de dinheiro para

---

<sup>488</sup> Conforme Jonh Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 532: “O rumo que uma pessoa segue, a combinação de atividades que se acha mais atraente, é decidido pelas suas inclinações e talentos, pelas circunstâncias sociais, e por aquilo que seus associados apreciam e provavelmente vão incentivar. Desse modo, bens naturais e oportunidades sociais obviamente exercem influência sobre as cadeias que os indivíduos finalmente preferem.”

<sup>489</sup> Conforme salienta Platão, *A República*, 24-26: “O médico que, no sentido rigoroso da palavra, é médico, aquele de quem falavas há pouco, cuida de ganhar dinheiro ou cuida dos doentes? Fala só do que realmente é médico. — Cuida dos doentes, disse ele. — E o piloto? O verdadeiro piloto é chefe dos marinheiros ou marinheiro? — Não se deve levar em conta, creio, se navega no navio, pois não é por isso chamado de piloto, mas por sua arte e pelo comando dos marinheiros. — É verdade, disse. — Então, para cada um deles há algo vantajoso? — Há sim. — E o objetivo natural da arte não é buscar e propiciar algo vantajoso a cada um? — É sim. Então também para cada uma das artes o vantajoso não será outra coisa senão ser ela o mais perfeita possível? — Qual é a tua pergunta? — Esta aqui, disse eu. Se me perguntasse se para o corpo basta que ele seja corpo ou ele carece de algo a mais eu diria: ‘É certo, sim, que ele precisa de algo a mais, e a arte médica foi inventada por causa disso, porque o corpo é carente e não lhe basta ser assim. A arte, portanto, foi preparada para proporcionar ao corpo o que lhe é vantajoso’ — Parece-te que, se falasse assim, falaria corretamente? Ou não? — Falaria corretamente, disse. — E então? A medicina, em si mesma, pouco vale? Ou uma arte às vezes precisa de uma faculdade a mais, como os olhos precisam da visão e os ouvidos da audição, e por esse motivo precisa de uma arte que vise e propicie o que lhe é vantajoso? Será que também, no íntimo da própria arte, há uma deficiência e cada uma delas precisa de outra arte que procure ver o que traz vantagem e, por sua vez, aquela que está nessa procura precisa de outra assim, e isso ao infinito? Ou ela mesma visará ao que é vantajoso para si mesma? Ou, então, nem precisa de si mesma nem de outra arte para cuidar do que é vantajoso para sua fragilidade ou falha alguma, nem cabe a uma arte buscar o vantajoso de outro que não seja aquele de quem é arte e, sendo verdadeira, é sem falha e sem mancha, na medida em que, rigorosa, é por inteiro o que é? Examina com aquela linguagem rigorosa! Ela é assim ou diferente disso? — Parece que ela é assim, disse. — Ah! A medicina não visa ao vantajoso para a medicina, mas para o corpo. — Sim, disse. — Nem a equitação, ao vantajoso para a equitação, mas ao vantajoso para os cavalos, nem nenhuma outra arte visa ao vantajoso para si, pois de nada precisa a mais, mas ao vantajoso daquele de quem é arte. — Parece que é assim, disse. — Mas Trasímaco, artes governam e dominam aqueles que as têm como sua arte. Nesse ponto ele concordou, e muito a custo. — Ah! Nenhuma ciência tem em vista nem impõe o que é vantajoso para o mais forte, mas para o mais fraco e é governado por ela mesma. Por fim, concordou com isso também, mas com relutância. Depois que concordou, eu disse: — Nenhum médico, portanto, enquanto médico, tem em vista nem impõe o vantajoso para o médico, mas para o doente? Estamos de acordo que é o médico, no sentido vigoroso, que comanda os corpos e não negociante. Ou não há esse acordo entre nós? Ela assentiu. — E que também o piloto, no sentido rigoroso, comanda os marinheiros, mas não é marinheiro? — Nisso chegamos a acordo. — Ah! Um tal piloto e chefe não procurará e imporá o vantajoso para o piloto, mas para o marinheiro e para o subordinado. Concordou a custo. — Então, Trasímaco, disse eu, nenhuma outra pessoa, em nenhum posto de comando, na medida em que é chefe, tem em vista e impõe o útil para si mesmo, mas o útil para o governado e para aquele a que ele presta serviço e, voltando os olhos para isso e para o que é útil e conveniente para aquele, diz tudo o que diz e faz tudo o que faz. Quando a discussão chegou a esse ponto e ficou evidente para todos que a definição do justo viera dar no seu contrário.”

sobreviver em sociedade. O Brasil ainda é um país escravocrata, embora a escravidão<sup>490</sup> esteja disfarçada sob o véu da democracia e do Estado de Direito.<sup>491</sup>

Conforme observação de Lenio Luiz Streck:<sup>492</sup>

Com efeito, nossas classes dirigentes continuam na modernidade arcaica. Com uma indústria que só dispões de mercado se a renda for concentrada para viabilizar a demanda; uma agricultura eficiente, mas voltada para a exportação; megalópolis que são incapazes de oferecer os serviços para os quais elas deveriam existir; estrutura de transporte urbano nos moldes dos países ricos, mas que condena, por falta de dinheiro, milhões de pessoas a caminhar como andarilhos medievais, os quilômetros entre suas pobres casas e o trabalho; e obriga aqueles que tem acesso à modernidade, ao desperdício de tempo em engarrafamentos que seriam desnecessários em um sistema de transporte eficiente. Enfim, *a modernização é vista independente do bem-estar coletivo*. Obtém-se um imenso poder econômico, mas ele não consegue resolver os problemas da qualidade de vida. Constroem-se estruturas sociais que, aos se fazerem modernas, mantêm todas as características do que há de mais injusto e estúpido. As promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso! *O apartheid social!* Para completar, levantamento revela que 5.000 famílias “muito ricas” – ou 0,001% do total de famílias do país – reúnem um patrimônio que representa 46% do PIB. Não há, pois, como não dar razão a Leonardo Boff, quando, afirma que (essas) nossas elites construíram um tipo de sociedade “organizada na espoliação violenta da *plusvalia* do trabalho e na exclusão de grande parte da população”. Daí a existência no Brasil de duas espécies de pessoas: o *sobreintegrado* ou *sobrecidadão*, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o *subintegrado* ou o *subcidadão*, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso. A absoluta maioria da sociedade passa a acreditar que existe uma ordem de verdade, na qual cada um tem o seu “lugar (de) marcado”. Cada um “assume” o “seu” lugar. Essa maioria, porém, não se dá conta de que essa “ordem”, esse “*cada-um tem-o- seu -lugar*”, engendra a verdadeira violência simbólica da ordem social, bem para além de todas as correlações de forças que não são mais do que a sua configuração movente e indiferente na consciência moral e política.

<sup>490</sup> Conforme Contardo Calegari, A praga escravagista brasileira. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Mais, p. 5): “No Brasil, talvez por ele ter sido e talvez por se ainda o maior sistema escravagista do mundo ocidental, a modernização aconteceu pela metade. Nas classes médias, geralmente a regra é o poder moderno sobre e pelas coisas. Podemos comprar o trabalho de um e de outro, seus serviços, mas não dispomos de seu corpo. Mas na relação entre as classes média e as classes ditas eufemisticamente não favorecidas o poder ainda é poder sobre os corpos, construído ainda no modelo da escravatura. As classes médias brasileiras não abriram as portas do poder sobre as coisas para metade da população do país. Não por razões econômicas: a manutenção do escravagismo caseiro é um péssimo negócio que estrangula o mercado interno. Foi por tradição ou por gosto atávico escravocrata.”

<sup>491</sup> Conforme salienta Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, p. 35: “Falar em Estado-de-direito é falar na face jurídica do Estado, considerando em primeiro lugar a legalidade a que submetido o exercício do poder. Enquanto tal e considerada isoladamente, esta nada tem a ver com os postulados liberal-democráticos, sabido que o jurídico é superficial e serve a qualquer infra-estrutura social e política.”

<sup>492</sup> *Hermenêutica e(m) crise*, p. 27-28.

Cumpra explicar que Lenio Streck insinuou com a expressão “cada um tem seu lugar” que a sociedade é estratificada em classes sociais, na qual os ricos ocupam os seus lugares de ricos enquanto os pobres ocupam seus lugares de pobres.

Há, assim, uma segregação social disfarçada pelos direitos fundamentais e sociais que são muito úteis para os que deles se utilizam e inexistentes para os que não têm o acesso devido às situações básicas, pois vivem de opressão e de repressão em realidades distantes das leis e dos direitos que possuem em tese, mas não desfrutam dele na prática.

Essa injustiça também não é decorrente das leis e do sistema judiciário, mas decorre do sistema político e dos governantes que possuem a mentalidade corrompida ao pensar ser justo serem servidos pelo povo oprimido pela miséria que enfraquece o corpo e a mente, que fere a alma e adoece o espírito.

Na análise de Rousseau<sup>493</sup>:

Os antigos políticos falavam incessantemente de costumes e de virtude; os nossos só falam de comércio e dinheiro. Um vos dirá que em tal região um homem nada vale e outros em que ele vale menos do que nada. Avaliam os homens como rebanhos de gado. Segundo eles, um homem vale para o Estado apenas o consumo que nele efetua.

Marcelo Neves<sup>494</sup> diz que:

O Estado de Direito não se realiza pela simples declaração constitucional dos procedimentos legitimadores. É imprescindível a concretização constitucional dos mesmos. Mas esta depende de um conjunto de variáveis complexas, sobretudo de fatores socioeconômico-culturais que possam viabilizar a desprivatização do Estado e a superação de relações de subintegração e sobreintegração. Impõe-se assim enfrentar conseqüentemente a conexão paradoxal de legalismo e impunidade, no sentido da construção de um espaço público de legalidade e constitucionalidade, como também na perspectiva da generalização da cidadania.

---

<sup>493</sup> *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 28.

<sup>494</sup> *Entre Themis e Leviatã*, p. 305-306.

Andréa Joachim Krell<sup>495</sup> afirma que:

É obrigação de um Estado Social controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Assim, numa sociedade onde existe a possibilidade fática da cura de uma doença, o seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade (Helmut Willke). Dessa maneira, os Direitos Fundamentais da primeira geração foram tomados como fontes de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado.

Plauto Faraco de Azevedo<sup>496</sup> assinala que:

A Ciência do Direito e seu ensino também têm muito a enriquecer – se, cuidando dos direitos humanos, de sua validade tanto imanente quanto legal ou constitucional, e de sua real eficácia, em favor da dignidade humana. Não se pode perder de vista que “muitas das lutas políticas e dos impasses constitucionais, nesse continente, não passam de esforços e tentativas quase sempre frustradas para tornar real o que as Constituições de seus respectivos países asseguram formalmente ser direito dos cidadãos, mas que se tornaram na realidade, privilégio de alguns setores sociais. Nesse assunto, é por demais evidente a importância da aplicação jurisdicional do direito, cabendo aos juízes efetivar concretamente as franquias individuais, consagradas pelo liberalismo, assim como os direitos sociais advindos do Welfare State, consagrados na Constituição e nas demais normas jurídicas. A formulação das primeiras constitui notável marco civilizatório, mas sua realização depende de eficácia últimos. Há uma “exigência fundamental para que a afirmação do direito de ser livre corresponda à possibilidade de ser livre: é que o direito autenticamente elaborado seja efetivamente aplicado”. Por outra parte, não se pode esquecer que “os homens, que no século XVIII quiseram o direito de ser livres, desejavam apenas que ninguém interferisse na utilização dos meios de que já dispunham. Mas os homens que na metade do século XX aspiram à liberdade, já perceberam que o direito de ser livre é um fórmula vazia, um simples jogo de palavras, se não lhes for assegurada a possibilidade de serem livres” o que supõe “a possibilidade de acesso a todos os bens sociais”. Não é admissível a abstenção do Estado diante de uma dinâmica social de que resulta a perda da liberdade para a maioria das pessoas, à míngua de meios a dar-lhe sustentação.

Quando o governo servir ao povo, então este deixará de ser escravo daquele e haverá justiça na sociedade, pois ainda hoje o povo paga os seus impostos e nada recebe de volta.

Por exemplo: o governo não devolve ao povo o que a Constituição Federal prevê na saúde e na educação e pune severamente o cidadão que sonega os impostos ou descumpra as

---

<sup>495</sup> Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços básicos. *Anuário dos Cursos de Pós- Graduação em Direito*. UFPE, Recife, n. 10, 2000, p. 56-57.

<sup>496</sup> *Direito, justiça social e neoliberalismo*, p. 75-76.

leis. Entretanto, o povo pouco sabe sobre as causas daquele que descumpriu a ordem maior e que diz que o poder emana do povo.

É ilusória a afirmação de que o poder emana do povo porque tem o direito ao voto.<sup>497</sup> Como chamar de poderoso um povo, que na sua maioria, alegra-se quando tem arroz para oferecer para sua família? Como pode ser poderoso e forte um povo em que muitas pessoas moram nas ruas, conduzem carrocinhas como veículo, mexem nos lixos e não possuem alho e cebola?

O povo, detentor do poder brasileiro, sorri mesmo com poucos dentes na boca, ou seja, mesmo sob a égide de um Estado Democrático de Direito o povo pode tornar-se escravo do governo que somente dá ordens e punições, mas nunca se doa ou se compadece com o seu povo.

Como pensar que o povo brasileiro é detentor do poder se ele não come o que quer, não veste o que quer, não trabalha como quer, não vive como quer, mas vive escravizado como o governo quer?

Como observa Mauro Cappelletti<sup>498</sup>:

Certamente, o declínio da confiança nos parlamentares constitui fenômeno que se apresenta com diversos sentidos e gravidade em muitos países; em certa medida, porém, constitui elemento característico de todo mundo ocidental. De outro lado causou problemas não menos sérios também a emergência do estado administrativo. Desnecessário mencionar o perigo de abusos por parte da burocracia, a ameaça da situação de “tutela” paternalística, quando não de opressão autoritária, sobre o cidadão por parte do onipresente aparelho administrativo e, por isso, ao mesmo tempo distante, inacessível e não orientado para o seu serviço, o sentimento de impotência e abandono que termina por invadir todos os cidadãos incapazes, ou sem vontade de se reunirem em grupos poderosos, com condições de obter acesso às inumeráveis alavancas da máquina burocrática, exercitando pressões sobre ela, a abulia e o anonimato, enfim, da grande maioria dos que também tiveram aquela capacidade ou vontade, por meio da qual uniram-se à massa dos participantes de tais grupos de pressão. Não é decerto sem boas razões que tão grande parte da filosofia, psicologia e sociologia modernas trata excessivamente dos temas da “solidão na multidão”, tornados de escaldante atualidade. Paradoxalmente, o ideal do bem estar geral, em que se fundou o “estado social”, o *État providence* ou *welfare state*, terminou por lavrar o campo no qual cresce a planta tentacular da infelicidade geral,

---

<sup>497</sup> Conforme o parágrafo único do artigo 1.º da Constituição Federal: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>498</sup> *Juízes legisladores?*, p. 45-46.



com os seus agudos e perversos fenômenos, que conduzem, no limite à droga e ao terrorismo. Em estreita conexão com tudo isso, há também o problema da legitimação democrática. De novo nas meditadas palavras de Koopmans: “os sistemas representativos de governo andavam orgulhosos do convencimento de incorporar, pela sua própria natureza, o consenso dos governados: o povo vivia sob o império por ele mesmo estabelecido, por meio de representantes por ele eleitos. Mas hoje (...) tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição do membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à “legitimação” dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenômeno [...] que pode ser encontrado em todos os países industrializados do Ocidente”.

Ao tornar a justiça totalmente gratuita, a prestação judiciária eleva-se em virtude e cumpre seu mister de ser justa. Porém, importa observar que não pode aceitar a injustiça social, porque ao aceitá-la e se conformar, ela não está sendo justa.

A justiça gratuita torna-se virtuosa porque torna prático o ensinamento teórico, mas não pode aceitar que existam pessoas que recorram a ela sem dignidade e em condições sub-humanas. Na explicação de Cândido Rangel Dinamarco<sup>499</sup>:

A universalidade da tutela jurisdicional constitui acentuadíssima tendência generosa da atualidade e está presente nas preocupações e nos movimentos dos processualistas mais modernos. As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da legitimidade de seus institutos e de seu ordenamento jurídico. Existe um leque mais ou menos aberto de causas dessa lamentada estreiteza. Situam-se no campo econômico (pobreza, alto custo do processo), no cultural, ou psicossocial (desinformação, descrença) e no jurídico (legitimidade ativa individual). Como se vê, o tema do acesso ao processo não equivale, em extensão, à questão social. Além disso, falar do acesso ao processo não significa somente cuidar da possibilidade de valer-se dele como demandante, mas igualmente da defesa, a qual também sofre limitações de ordem psicossocial e econômica. Nesse contexto, o custo do processo e a miserabilidade das pessoas ocupam, apesar de não preencherem todo o espaço, lugar de muito destaque nas preocupações acerca da universalidade da tutela jurisdicional. A justiça é cara e da brasileira pode-se dizer o que com sarcástico humor britânico fora dito: is open to all, like the Ritz Hotel. Não só carecem de muita revisão e aperfeiçoamento os custos do processo perante o Estado (custas, taxas judiciária) e critérios de sua fixação, como ainda as exigências de adiantamento (preparo). A situação foi significativamente amenizada na Justiça Federal, quando o art. 7.º da lei 9.289, de 4 de julho de 1996, declarou que “os

<sup>499</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 323-326.

embargos à execução não se sujeitam ao pagamento de custas”; o ônus de antecipação das despesas do processo, que não se confunde com a obrigação de pagá-las ao final, jamais poderia prevalecer quanto a um processo (o dos embargos) que por visível destinação é defensivo e cuja instauração é praticamente imposta ao seu autor pela atitude do embargado ao promover a execução (ele, sim, provocando realmente a atividade jurisdicional).

Embora o artigo 5.º, inciso LXXIV, da *Constituição Federal* estabeleça que “será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”, o preceito constitucional ainda está muito longe de tornar-se real e satisfatório, mesmo sendo de grande importância para a sociedade e para a credibilidade do Poder Judiciário.

Devido às custas do processo, até para aqueles que gozam de maior riqueza, não é sempre que o processo mostra-se uma saída atrativa para a solução dos problemas que poderiam ser resolvidos sem a via judicial, devido aos investimentos com advogado, pela morosidade e a burocracia que causam desgaste pessoal de tempo, além do imprevisto e da incerteza quanto ao resultado satisfatório.

Nesse sentido, têm-se os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco<sup>500</sup>:

O patrocínio técnico gratuito não passa de solene promessa constitucional, cumprida em casos que ainda são muito poucos. O Estado não oferece como deveria e prometeu; os profissionais liberais não se consideram obrigados a prestar serviço gratuito, ainda que isso seja de grande relevância social. Compreende-se a recusa dos advogados, institucionalizada em movimentos da categoria e amparada na garantia constitucional do trabalho remunerado; mesmo assim, essa atitude constitui uma entre muitas manifestações de individualismo e de descrença na Justiça que alguma educação para a participação comunitária nos serviços desta poderá afastar. Tentativa muito empenhada na superação desses óbices existe na Lei dos *Juizados Especiais*, com a total gratuidade da justiça em primeiro grau e o efetivo serviço de assistência judiciária a ser implantado junto a cada *juizado*, como requisito para a própria existência deste. No sistema das pequenas causas, não só aos necessitados economicamente se prestará a assistência judiciária, mas a todos os que a solicitem (então, ela não será necessariamente gratuita), para assegurar a todos a efetiva participação no contraditório processual, em paridade de armas. Augura-se que o funcionamento desse sistema, já em progressiva implantação, seja capaz de mostrar as suas excelências e depois propague ao processo comum as sadias inovações ali instituídas. A experiência-piloto como os *juizados* informais de conciliação mostrou resultados auspiciosos, inclusive quanto ao despertar de consciências, entre os advogados, para essa participação comunitária: contam-se às dezenas os profissionais da categoria que voluntariamente e em caráter honorário se dispõem a participar das atividades do *juizado*, como conciliadores ou orientadores dos interessados que lá comparecem. Além de tudo isso, o processo exige despesas de

---

<sup>500</sup> *Ibidem*, p. 326-328.

outras ordens, cujo adiantamento não pode ser exigido aos pobres, sob pena de lhes impossibilitar a participação no processo. A isenção dos preparos oferece solução somente parcial ao problema econômico dos adiantamentos e, por maior elastério que se dê a essa dispensa (para abranger também, v.g. a dispensa do depósito inicial na ação rescisória) ficam sempre despesas com auxiliares da Justiça em geral (peritos) e de modo particular com entidades que lhe prestam serviços (exames biológicos de paternidade). Onde e quando essas pessoas ou entidades não se disponham a realizar suas tarefas sem prévio adiantamento, não dispõem de meios o Poder Judiciário para impor-lhes exigências: elas não pertencem ao quadro fixo da Justiça, não são hierarquicamente subordinados ao *juiz* do ponto de vista administrativo. Ainda no campo econômico, não só os pequenos ficam afastados da tutela jurisdicional, mas de todos é a apreensão em face do investimento que são obrigados a fazer para litigar, sem a certeza dos resultados. Esse é um mal de difícil eliminação, seja porque envolve todo o superado discurso sobre a conveniência de uma Justiça sempre gratuita para todos ou onerosa como é em todos os lugares, seja porque dos custos perante o Estado existem os outros, igualmente inevitáveis. Quando o investimento no processo aparece aos olhos da pessoa como desproporcional ao proveito a postular e em face do risco assumido, ele constitui freio inibitório ao exercício da ação e possivelmente será mais um fator de permanência de insatisfações. A esses óbices, somem-se aqueles relacionados com o modo de ser dos processos (lentos na apresentação de resultados e fonte de incômodos para as próprias partes, testemunhas, etc.) e ter-se-á como avaliar todo o custo social a que eles estão sujeitos. Também quanto a isso, a legislação referente ao processo dos *juizados* especiais cíveis, é portadora de propostas muito realistas, não somente porque gratuito o processo, como ainda porque dispensa o patrocínio técnico (e a despesa advocatícia constitui muitas vezes peso desproporcional à causa) e abrevia o procedimento, poupando partes e testemunhas de sucessivos comparecimentos.

É dever da justiça lutar pela dignidade do povo e se aceita e recebe as pessoas desprovidas de dignidade, a falha é dela. Se a instituição que recebeu o encargo de lutar pela dignidade e pelos direitos fundamentais do povo não o faz ou não se empenha em seu mister por comodismo, vaidade, egoísmo e não cumpre seu dever e sua incumbência perante o povo, pois sua maior preocupação é fiscalizar a lei e não havendo uma dedicação eficaz e real em defender os direitos sociais e fundamentais, porque ele serve ao governo e não ao povo.

Não é justo aceitar a injustiça social e enquanto houver pessoas pobres, esfomeadas e desdentadas sorrindo pelas ruas, praças, favelas, avenidas e viadutos, muitos serão os belos, ricos, formosos e bem sucedidos, chorando sem saber a razão e, ao não conseguirem sorrir, mesmo podendo exhibir belos dentes, porque seus semblantes são sérios e sisudos.

Na verdade não é sábio exigir que um Homem que passa fome ou esteja vivendo privado de condições mínimas de dignidade - moradia, alimentação, vestimenta, higiene, oportunidades, etc. - seja um Homem forte, calmo, lúcido, pacífico e racional, porque “o

selvagem somente é mau como um lobo que está com fome”<sup>501</sup>, ou seja, um felino feroz só mata outro animal para saciar a fome, pois quando não está, é manso.

A Pessoa Humana será dignamente tratada pelo Estado e pelo Direito quando os princípios forem respeitados, os elementos e os conhecimentos naturais inerentes ao Homem e às coisas a ele relacionadas. Conforme os ensinamentos de Rousseau<sup>502</sup>:

Com que olhos se pensa que poderão encarar a fome, a sede, as fadigas, os perigos e a morte, homens que a menor necessidade abate e que a menor dificuldade desalenta?

O respeito à Dignidade da Pessoa Humana para ser efetivo, absoluto e real deve respeitar à essência individual de cada ser humano, analisado separada e individualmente.

### **3. O Homem Justo e o Homem Injusto**

O *Homem justo* é moderado e sua qualidade é a generosidade, porque com a moderação ele não se precipita e não corre o risco de fracassar. O *Homem moderado* é aquele que vive em sintonia com a Natureza.

Também é característica do *Homem justo* a bondade que gera a coragem, qualidade indispensável aos líderes. O *Homem justo* é bom com os Homens bons e também com os Homens maus e perversos.

Conforme o entendimento de Thomas Hobbes<sup>503</sup> sobre a piedade e o perdão como preceito de Natureza:

*Que um homem desculpe e perdoe aquele que lhe fez alguma injustiça, a partir do arrependimento deste, e da precaução para o futuro. Pois o perdão (pardon) é a paz concedida àquele que, tendo provocado a guerra, o solicita. Portanto não é caridade, mas medo, quando um*

---

<sup>501</sup> Jean-Jacques Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos sobre a desigualdade entre os homens*, p. 269.

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>503</sup> *Elementos da lei natural e política*, p. 111-112.

homem concede a paz àquele que não se arrepende, nem toma os cuidados para mantê-la daí aos tempos futuros. Pois aquele que não se arrepende continua com a afecção de um inimigo; assim também faz aquele que recusa tomar cuidado e, conseqüentemente, presume-se que não busca paz, mas vantagem. E portanto esta lei da natureza não determina que ele seja perdoado, nem é uma caridade, mas pode algumas vezes ser prudência. Por outro lado, nem perdoar por arrependimento e precaução, considerando que os homens não podem se abster de provocarem uns aos outros, nunca é conceder a paz. E isso vai contra a definição geral da lei da natureza. E dado que a lei da natureza determina o perdão, quando existe arrependimento e precaução quanto ao futuro, segue-se que a mesma lei ordena *Que nenhuma vingança deve ser feita em consideração apenas da ofensa passada, mas do benefício por vir*. Isso significa dizer que toda vingança deve tender à correção, seja da pessoa ofensora, ou de outrem, pelo exemplo da sua punição. Isto é suficientemente aparente naquela lei de natureza que determina o perdão, onde o tempo futuro é seguro. O mesmo é também aparente pelo seguinte, que a vingança quando considera a ofensa passada, é nada mais do que o triunfo presente e a glória, e direcionado a um fim. O que é direcionado não a um fim é por isso inútil. Conseqüentemente, o triunfo da vingança é vã glória. E tudo o que é vão é contrário à razão; e ofender a outrem sem razão é contrário àquilo que supostamente traz benefício a todos os homens, a saber, a paz; e o que é contrário à paz é contrário à lei de natureza. E porque todos os sinais que nós apresentamos a um outro de ódio e desprezo, provoca no maior grau de querelas e batalhas (visto que a própria vida, com a condição de duradouro desdém, não se considera merecido gozo, muito menos a paz), precisa necessariamente ser subentendida uma lei da natureza, *Que nenhum homem reprove, insulte, ridicularize ou de outra maneira declare o seu ódio, desprezo ou desestima a outrem*. Mas esta lei é muito pouco praticada. Afinal, o que é mais comum do que as reprovações daqueles que são ricos através daqueles que não são? Ou daqueles que ocupam o posto da judicatura, através dos quais aqueles são acusados na corte, embora molestá-lo dessa maneira não parte da punição para seus crimes, nem faz parte do seu ofício. Mas prevaleceu o costume de que era legítimo no senhor em relação ao servo que ele mantinha é também praticado como legítimo no mais forte em relação ao fraco; entretanto, eles em nada contribuem com respeito à sua manutenção.

Todos os Homens são bons e justos? Não, porque os Homens facilmente se embriagam com o mal e com o ilusório. Somente os que procuram ligar-se ao Amor permanecem ligados a ele. Quem são os *Homens justos*? Os que dão exemplo de bondade, de generosidade, de misericórdia, de prudência, de compreensão, de caridade, de inocência, de humildade, de modéstia e de piedade.

Thomas Hobbes<sup>504</sup> discorre sobre a generosidade ressaltando:

É também uma lei da natureza *Que todos os homens ajudem e se empenhem em manter os demais tão longe quanto puderem, sem perigo para si próprio e perda dos seus meios*, de modo a manterem e defenderem a si mesmos. Considerando que as causas da guerra e desolação procedem daquelas paixões pelas quais nós lutamos para conciliar a nós mesmos, e deixar os outros tão longe quanto pudermos diante de nós, se segue que aquela paixão pela qual lutamos mutuamente para conciliar um com o outro deve ser a causa da paz.

---

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 110-111.

O Homem sábio é o Homem bom, justo, de boa vontade e não ousa estar à frente do mundo, porque ele é: prudente<sup>505</sup>, modesto, humilde e flexível. Ele pode ser o professor dos que estão preparados e dos que são exímios peritos. Por ser bom e virtuoso não impede a caminhada espontânea dos talentosos e dos bem dotados que chegam para ocupar os lugares que lhe corresponde, porque sua virtude é a prudência, a temperança, a modéstia, a humildade, a mansidão e a bondade.

O *Homem justo* é aquele que melhor tem a compreensão do seu semelhante, porque a incompreensão caminha longe da justiça e do Amor e aproxima-se do preconceito, da ira, da insensatez, da estupidez, da intolerância, da alienação, etc. Aquele que compreende o próximo é tolerante e, conseqüentemente é justo e detentor da verdadeira autoridade da *justiça do amor*. O Homem verdadeiramente justo e bom corrige a si mesmo, extingue o mal e não exige que as pessoas sejam como ele, mas ao contrário: aceita-as como elas são.

---

<sup>505</sup> Para Emmanuel Kant, *Fundamentação metafísica dos costumes*, p. 58: “Os imperativos da prudência coincidiram totalmente com os da destreza e seriam igualmente analíticos, se fosse igualmente fácil dar um conceito determinado de felicidade. Com efeito, poder-se-ia dizer aqui como acolá: quem quer o fim, quer também (necessariamente conforme a razão) os únicos meios que para isso estão no seu poder. Mas infelizmente o conceito de felicidade é tão indeterminado que, se bem que todo o homem a deseja e quer. A causa disto é que todos os elementos que pertencem ao conceito de felicidade são na sua totalidade empíricos, quer dizer, têm que ser tirados da experiência, e que portanto para a idéia de felicidade é necessário um todo absoluto, um máximo de bem-estar, no meu estado presente e em todo o futuro. Ora é impossível que um ser, mesmo o mais perspicaz e simultaneamente o mais poderoso, mas finito, possa fazer idéia exata daquilo que aqui quer, quantos cuidados, quanta cilada não pode ele chamar sobre si! Se quer muito conhecimento e sagacidade, talvez isso lhe traga uma visão mais penetrante que lhe mostre os males, que agora ainda se lhe conservam ocultos e que não podem ser evitados, tanto mais terríveis, ou talvez venha a acrescentar novas necessidades aos desejos que agora lhe dão já bastante que fazer! Se quer vida longa, quem é que lhe garante que ela não venha a ser uma longa miséria? Se quer pelo menos saúde, quantas vezes a fraqueza do corpo nos preserva de excessos em que uma saúde ilimitada nos teria feito cair! Etc. Em resumo, não é capaz de determinar, segundo qualquer princípio e com plena segurança, o que é verdadeiramente o faria feliz; mas apenas segundo conselhos empíricos, por exemplo: dieta, vida econômica, cortesia, moderação, etc., acerca dos quais a experiência ensina que são, em média, o que mais pode fomentar o bem-estar. Daqui conclui-se: que os imperativos da prudência, para falar com precisão, não podem ordenar, quer dizer representar, as ações de maneira objetiva como praticamente necessárias; que eles se devem considerar mais como conselhos (consilia) do que como mandamentos (praecepta) da razão; que o problema de determinar certa e universalmente que ação poderá ordenar, no sentido rigoroso da palavra, que se faça aquilo que nos torna felizes, pois que a felicidade não é um ideal da razão, mas da imaginação, que assenta somente em princípios empíricos dos quais é vão esperar que determinem uma conduta necessária para alcançar a totalidade de uma série de conseqüências de fato infinita. Este imperativo da prudência seria entretanto, admitindo que era possível determinar exatamente os meios da felicidade, uma proposição analítica-prática; pois ele distingue-se do imperativo da destreza só em que neste o fim é simplesmente possível, enquanto que naquele é dado. Mas como ambos apenas ordenam os meios para aquilo que se pressupõe ser querido como fim, o imperativo que manda querer o fim é em ambos os casos analíticos.”

Os *bons governantes* e as *boas autoridades* são os capazes de se corrigir, e ao se corrigirem tornam-se a própria norma e o próprio exemplo de justiça, pois a humildade por parte daqueles que governam e decidem faz com que o povo reconheça naturalmente sua autoridade, nobreza e poder. Deles são provenientes as primeiras qualidades e características que vão formar o caráter do povo.

A tranqüilidade do povo depende das ações e intenções dos governantes e das autoridades de um Estado. O bem-estar social é independente de previsões legais constitucionais ou infra-legais, mas depende dos bons sentimentos e boas atitudes desses perante o povo.

Quando os governantes e as autoridades de um Estado percebem que a alegria compartilhada com o povo é a alegria redobrada, a justiça torna-se visível, plena, efetiva e reconhecida por todos - povo e governo-. É preciso bondade para governar, julgar e decidir acerca de vidas humanas, sendo desnecessários conhecimentos técnicos a respeito das artificialidades que desrespeitam a vida humana.

O *Homem justo* é aquele que não aceita a desigualdade e não impõe critérios que criam desarmonia na relação entre os seres humanos. O Homem injusto sempre encontra argumentos para sentir-se superior a outra pessoa devido ao seu grau de escolaridade, ou condição social ou idade e por isso, procura impor condições que criam desigualdades e causam desarmonias muito além dos limites das relações.

O *Homem injusto* é o *Homem mau e rígido* sempre se coloca à frente da ordem das coisas,<sup>506</sup> porque inibe a capacidade de agir do próximo, não é pacífico e sua tempestuosidade causa um desequilíbrio nas relações sociais e na harmonia do mundo, porque age conforme sua força e seus interesses. Em razão disso, é comum ouvir dizer-se que ocorre a banalização da vida, porque o corpo e a mente oprimidos reagem com violência.<sup>507</sup>

---

<sup>506</sup> Conforme Platão, *A República*, p. 37: “O homem injusto quer ser superior a quem é igual e a quem não é igual a ele? Ou não é isso que dizias? É isso, disse.”

<sup>507</sup> Platão observa que: “a injustiça propicia rebeliões, ódios e lutas de uns com os outros, mas a justiça, concórdia e a amizade.” (*Op. cit.*, p. 39).

O *Homem injusto e perverso*<sup>508</sup> quase sempre usurpa o poder que detém e corre o risco de conceder méritos àquele que não tem talentos e quase sempre condecora os não merecedores. O *Homem ousado e pretensioso* intromete-se demais nos acontecimentos e corre o risco de errar e de escolher a pessoa errada.

O *Homem rígido* é o *Homem injusto, perverso, não virtuoso e de má vontade*<sup>509</sup>, pois tira a dignidade do seu semelhante e quer dirigir o mundo e ser o dono das situações.

Enquanto que o *Homem justo, bom, sábio e virtuoso* compreende a natureza das situações, não tem a pretensão de controlar o que não tem controle e percebe que sempre é melhor ceder com mansidão e não reter com pretensão. O *Homem injusto*, ao contrário, é movido por interesses egoístas.

---

<sup>508</sup> Conforme salienta Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 151-152: “Ora, visto que um homem injusto é alguém não equitativo, além de ser injusto, iníquo, está claro que correspondendo ao iníquo desigual, há uma mediania, nomeadamente aquele que é igual, pois em qualquer tipo de ação na qual há um mais e um menos, é também admissível o igual. Se, então, o injusto é o iníquo (desigual), o justo é o igual uma posição que recomenda a si mesma a todos sem necessidade de evidência; e uma vez que o igual é uma mediania, o justo será uma espécie de mediania também. Por outro lado a igualdade envolve no mínimo dois termos. É forçoso, em conformidade com isso, não só que o justo seja uma mediania e igual {e relativo a algo e justo para determinados indivíduos}, como também que, na qualidade de uma mediania, implique certos extremos entre os quais ele se coloca, a saber, o mais e o menos, que na qualidade de igual, implique duas porções que são iguais e que, na qualidade de justo, ele envolva determinados indivíduos para os quais é justo. É, portanto, necessário se inferir que a justiça envolve, ao menos, quatro termos, ou seja, especificamente dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções que são justas. E haverá a mesma igualdade entre as porções que são justas. E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais [detêm ou recebem] porções iguais que surgem conflitos e queixas. Isso também ressalta como evidente à luz do princípio da atribuição em função do mérito. Todos estão concordes de que a justiça no que respeita às distribuições tem que ser baseada em mérito de algum tipo, embora nem todos queiram dizer o mesmo tipo de mérito; para os democratas mérito identifica com a condição de homem livre; aqueles são adeptos da oligarquia o identificam com a riqueza ou o bom nascimento; os seguidores da aristocracia fazem desse mérito a virtude.”

<sup>509</sup> Para John Rawls, *Uma teoria da justiça*, p. 543: “Podemos, assim, distinguir entre a pessoa injusta, a má e a perversa. À guisa de ilustração, vejamos o fato de que algumas pessoas lutam por poder excessivo, isto é por autoridade sobre outras pessoas que ultrapassa o que os princípios de justiça permitem e que pode ser exercida de maneira arbitrária. Em cada um desses casos existe a disposição de fazer o que é errado e injusto, para alcançar os próprios objetivos. A pessoa injusta, porém, procura dominar em nome de objetivos como riqueza e segurança que, quando devidamente limitados, são legítimos. A pessoa má deseja poder arbitrário porque gosta da sensação de domínio que seu exercício lhe proporciona e procura aclamação social. Também tem um desejo desproporcional de possuir coisas que, quando devidamente limitadas, são boas, ou seja, a estima dos outros e o sentido de autodomínio. É sua maneira de satisfazer essas ambições que a torna perigosa. A pessoa perversa, em contraste, aspira a uma dominação injusta precisamente porque transgredir o que pessoas independentes consentiram numa situação original de igualdade e, portanto, a possessão e a ostentação dessa dominação manifestam sua superioridade e afrontam o auto-respeito de outros. É essa ostentação e afronta que se deseja. O que motiva a pessoa perversa é o Amor pela injustiça: ela se deleita com a impotência e a humilhação daqueles submetidos a ela e se delicia ao ser reconhecida por aquelas como a autora consciente de sua degradação.”



O grau de injustiça e de rigidez humanas mede-se pela capacidade que os Homens têm para evitar os fatos e pelo grau de intromissão nos mesmos fatos, pois essa intromissão, omissão e rejeição geram um mal-estar que sempre traz más conseqüências. As sementes dos *Homens injustos e rígidos* não são boas e seus frutos geralmente são prejuízos, humilhações e inquietações. O *Homem rígido* acredita que as coisas estão em pleno florescimento, mas como as boas sementes demoram a darem seus frutos, assim também são as sementes do mal, pois cedo ou tarde encontram seu fim.

O *Homem rígido é injusto* porque mexe na ordem espontânea do mundo e conduz tudo que está sob o seu domínio ao caos. Contudo, ele também encontra no mundo seus momentos de glória, a qual é tão evidente ante o caos e a destruição no planeta Terra. Quanto maior o prolongamento do poder e o domínio dos *Homens injustos e perversos*, menos o povo importar-se-á com a vida e com a morte, porque torturado reagirá instintivamente.

Segundo os diálogos de Platão<sup>510</sup> em *A República*, Livro I,

– “Dizes que são amigos os que parecem honestos a cada pessoa ou os que são realmente honestos, embora não pareçam? Quanto aos inimigos, minha pergunta é a mesma. — É de esperar, disse ele, que alguém ame aqueles que considera honestos e odeie aqueles a quem considera maus.— Será que, em relação a isso, os homens não cometem um engano tendo a muitos avaliando de maneira contrária? — Cometem um engano. — Ah! Para eles, os bons são inimigos e os mau amigos? Certamente. — Mas, apesar disso, nessa situação, para eles é justo ajudar os maus e prejudicar os bons? Mas os justos são bons e incapazes de cometer injustiça? — É verdade. — Segundo o que dizes, é justo fazer o mal àqueles que nada cometem de injusto. — De forma alguma, Sócrates! Disse ele. Acho perversa essa afirmação! — Ah! Muitos homens, Polemarco, a todos quantos estão enganados ocorrerá que o justo seja prejudicar seus amigos, já que são maus, e ajudar seus inimigos, já que são bons. Sendo assim, estaremos dizendo justamente o contrário da afirmação que atribuíamos a Simônides. — É bem isso que acontece, disse. Mas vamos melhorar nossa definição, pois pode muito bem ser que não tenhamos definido corretamente o amigo e o inimigo. — Ao defini-lo como, Polemarco? — Amigo é quem parece bom. — E, agora, disse eu, como melhoraremos essa definição? — Amigo é quem me parece bom, disse ele, e realmente é bom; quem parece bom mas não é parece ser amigo mas não é. A respeito do inimigo, nossa definição será a mesma. — Amigo, pelo que se vê, de acordo com essa definição, será o homem bom e inimigo o mau. — Sim. — Ordenas que à idéia do justo acrescentemos algo além do que dizíamos a princípio, quando afirmávamos que é justo tratar bem o amigo e mal o inimigo e, agora, que a isso acrescentemos que é justo fazer

<sup>510</sup> Platão em *A República*, p. 14-16 vale-se dos diálogos entre seus personagens para mostrar as diversas concepções que os homens se utilizam para compreender a justiça e o justo. Neste trecho que será agora citado do Livro I, ele mostra como muitos homens entendem o justo e a justiça, mas de forma alguma o trecho demonstra a sua conclusão final.

o bem ao amigo, que é bom, e prejudicar o inimigo, que é mau? — É bem isso, disse. Assim, parece-me, está bem. Ah! Será, disse eu, que é próprio de um homem justo prejudicar um homem, seja ele quem for? — É, sim! Disse. Aos maus e aos inimigos deve-se prejudicar. — Quando maltratados, os cavalos se tornam melhores ou piores? — Piores. — Em relação à virtude dos cães ou dos cavalos? — À dos cavalões. — Então, será que, quando maltratados, também os cães se tornam piores em relação à virtude dos cães, mas não em relação à dos cavalos? — Necessariamente. — E quanto aos homens, companheiro? Não diremos que, quando, são maltratados, tornam-se piores em relação à virtude dos homens? — Sem dúvida! — Mas a justiça não é uma virtude dos homens? — Necessariamente também... — Ah! E os homens, meu amigo, quando são maltratados, necessariamente tornam-se mais injustos. — É o que se vê. — Então, será que com a música os músicos podem tornar os outros ineptos para a música? — Impossível. — Mas com a equitação, os cavaleiros são capazes de tornar os outros ineptos para a equitação? — Não são. — Mas, com a justiça, os homens justos são capazes de tornar os outros injustos? Ou, falando de maneira mais geral, com a virtude os bons são capazes de tornar maus os outros? — Mas é impossível! — Não é, creio, tarefa do calor o tornar frio, mas a do seu contrário. — Sim. — Nem é próprio do homem causar prejuízo, mas do seu contrário. — Parece. — E o homem justo é bom? — Sem dúvida. — Ah! Se alguém afirma que é justo devolver a cada um o que lhe é devido, e se para ele isso significa que aos inimigos, da parte do homem justo, o devido é causar-lhe prejuízo, mas aos amigos prestar ajuda, não seria sábio quem o diz, pois sua afirmação não é verdadeira. Em momento algum, ficou evidente que seja justo prejudicar alguém”.

Para o *Homem bom* é justo ajudar os amigos e os inimigos, enquanto para o *Homem mau* é justo apenas ajudar o amigo e prejudicar o inimigo. Para o *povo bom*, ou para um grupo de pessoas boas, é justo ajudar os amigos e ajudar os inimigos. Enquanto para o *povo mau* ou para um grupo de pessoas más, é justo ajudar os amigos, ou os *Homens bons*, e prejudicar os inimigos, ou os *Homens maus*.

Para o ordenamento jurídico enraizado na ira e na maldade é justo ajudar os bons e punir os maus, enquanto que para o ordenamento jurídico enraizado no Amor e no bem é justo ajudar os bons e ajudar os maus. Para o *bom juiz* é justo socorrer os menores e os maiores da sociedade. Para o *mau juiz* é justo socorrer os maiores e abandonar os menores da sociedade. Para o *bom governante* é justo socorrer os menores e os maiores da sociedade, enquanto que para o *mau governante* é justo proteger os maiores e abandonar os menores da sociedade.

O Conselho Nacional de Justiça Brasileiro em parceria com o Ministério da Justiça têm promovido a iniciativa de incentivar os órgãos públicos, as empresas e as micro-empresas a

contratarem os ex-detentos e a fornecerem bolsas como incentivos.<sup>511</sup> Essa iniciativa demonstra o senso de justiça de um *Homem bom* que pretende corrigir o senso de justiça do *Homem mau*, porque a punição severa não se origina do *Homem bom* ou do seu senso de justiça.

Embora a iniciativa seja louvável, poderia ser mais eficaz se a primeira atitude que condenou fosse mais amena e mais compreensiva para tornar mais simples e natural o regresso à vida social daquele que se desvirtuou. O correto é impor disciplina para corrigir o caráter, tratar do desvirtuado sem maltratá-lo, sem castigá-lo severamente, pois ao se impor punições severas desperta-se no Homem que a aplica e no povo que a permite a mesma animosidade, insensatez e crueldade na alma e no ser daquele que sofre a punição ou castigo.

Se na maior parte das vezes, a justiça humana compadece-se com os fortes e grandes da sociedade, não é coerente castigar severamente os fracos e os pequenos da Terra. Não se deve interpretar que se sugere o castigo dos fortes, pois estes também devem ser disciplinados de modo a se corrigi-los no caráter sem que haja os castigos excessivos decorrentes do recolhimento em prisões ao modo brasileiro, qual seja: com isolamento da pessoa em local precário, tumultuado e que não reabilita ninguém, mas ao contrário, torna o Homem mais doente e perverso.

Com os grandes e fortes e com os fracos e menores deve-se evitar a animosidade, a qual não contribui com a correção da índole e com a construção da Dignidade do ser humano. Contudo, critica-se a incoerência maldosa que se esconde sob o manto da indisciplina e despande tratamento desigual para com aqueles em que há igualdade no distúrbio da índole e do caráter entre os Homens.

---

<sup>511</sup> Conforme o Conselho Nacional de Justiça: “O programa Começar de Novo compõe-se de um conjunto de ações voltadas à sensibilização de órgãos públicos e da sociedade civil com o propósito de coordenar, em âmbito nacional, as propostas de trabalho e de cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário, de modo a concretizar ações de cidadania e promover a redução da reincidência. O programa comporta as seguintes iniciativas: 1) realizar campanha de mobilização para a criação de uma rede de cidadania em favor da ressocialização; 2) estabelecer parcerias com associações de classe patronais, organizações civis e gestores públicos, para apoiar as ações de reinserção; 3) implementar iniciativas que propiciem o fortalecimento dos Conselhos da Comunidade, para o cumprimento de sua principal atribuição legal – reintegração social da pessoa encarcerada ou submetida a medidas e penas alternativas. 4) Integrar os serviços sociais nos Estados para seleção dos beneficiários do projeto; 5) Criar um banco de oportunidades de trabalho e de educação e capacitação profissional; 6) Acompanhar os indicadores e as metas de reinserção.” Consta ainda que o Supremo Tribunal Federal já abraçou a iniciativa e contratou 15 ex-detentos. Essa campanha tem sido divulgada nas rádios, revistas e televisão conforme anuncia as páginas do site. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

No Brasil, aquele que furta um chocolate, uma cabeça de gado, um automóvel é punido com o recolhimento às prisões, enquanto aquele que subtrai milhões de reais dos cofres públicos continua em liberdade, mas o desvio do caráter é o mesmo. Sustenta-se nesse estudo que a justiça assenta-se no Amor e na generosidade. Tal justiça deve evitar o ódio, pois como bem assinala Thomas Hobbes “declarar ódio é guerra”<sup>512</sup>.

A justiça assenta-se na generosidade e vê-se estimulada para promover a conciliação<sup>513</sup> e o diálogo<sup>514</sup> entre as partes conflitantes. Conforme acima citado, deve-se agir com generosidade: “conciliar um com o outro deve ser a causa da paz”.<sup>515</sup> Promover a conciliação de um com o outro é também uma lei da Natureza e fundamenta-se na generosidade.<sup>516</sup>

O *Movimento Instrumentalista do Processo* também defende a conciliação como forma de julgamento. Para Cândido Rangel Dinamarco<sup>517</sup>:

O poder de pacificação é muito grande na conciliação, pois além de encontrar o ponto de equilíbrio aceito para os termos de dois interesses conflitantes, geralmente logra também levar a paz ao próprio espírito das pessoas: a idéia até vulgar de que “mais vale um mau acordo que uma boa demanda” é uma realidade no sentimento popular e as soluções concordadas pelas partes mostram-se capazes de eliminar a situação conflituosa e desafogar as incertezas e angústias que caracterizam as insatisfações de efeito anti-social. Por isso é que a conciliação é o substituto generoso da Justiça, ainda quando conduzida por esta ou por seus auxiliares.

<sup>512</sup> *Elementos da lei natural e política*, p. 112.

<sup>513</sup> Conforme o Conselho Nacional de Justiça Brasileiro: “O que é conciliação? É um meio alternativo de resolução de conflitos entre as partes que confiam a uma terceira pessoa (neutra), o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo à aproximação de interesses e à harmonização das relações”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

<sup>514</sup> Conforme Cândido Rangel Dinamarco, *Instrumentalidade do processo*, 152-153: “O juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando declarada finda a instrução – e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional. Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação, ele não estará ultrajando a garantia constitucional do contraditório, mas dando-lhe uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair ele do imobilismo do juiz-espectador. As citações e intimações serão feitas por modo bastante simplificado e sem rigorosas exigências formais, mas em cada caso o juiz apreciará se cumpriram sua finalidade de comunicação processual, também para que não deixe de ter prevalência o contraditório. Ele dará oportunidade iguais às partes e, no informalismo de atos não desenhados minuciosamente em lei, garantirá que a luta entre elas se trave em paridade de armas”.

<sup>515</sup> Thomas Hobbes, *Elementos da lei natural e política*, p. 111.

<sup>516</sup> *Ibidem*, p. 110-111.

<sup>517</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 333.

A justiça não fere o Homem, mas a injustiça o fere. A justiça não o maltrata, somente a injustiça o maltrata.<sup>518</sup> Platão em *A República*, nos diálogos entre seus personagens diz assim:

— Vamos! Depois disso, examina o seguinte... Há uma tarefa da alma para a qual não contarias com nenhuma outra coisa, com nenhuma que seja? Por exemplo, administrar, governar deliberar e todas as atividades como essas. Com justiça atribuiríamos essas tarefas a um outro qualquer que não a alma? Diríamos que elas são próprias da alma? — De mais ninguém.... — E agora, quanto ao viver? Afirmaremos que é tarefa da alma. — Com certeza disse. — Afirmamos, então, que há uma virtude da alma? — Afirmamos. — Então, Trasímaco, a alma realizará sua tarefa própria, se for privada de sua virtude específica, ou isso é impossível? — Impossível. — Ah! Uma alma, se é má, necessariamente governa e administra mal, mas se é boa, tem êxito em tudo. — Necessariamente. — Então, chegamos a acordo de que a justiça é virtude da alma e a injustiça um vício? — Chegamos, de fato. — Ah! Alma justa e o homem justo viverão bem e o injusto mal? — É o que parece, segundo tua argumentação. — Mas o que vive bem será venturoso e feliz, e não o será quem não vive bem? — E poderia não ser assim? — Ah! O homem justo será feliz e o injusto infeliz? — Que sejam, suponhamos...disse. — Mas ser infeliz não traz vantagem, ser feliz traz... — E poderia não ser assim? — Ah! Jamais, venturoso Trasímaco, a injustiça traz mais vantagem que a justiça... — Banqueteia-te com essas iguarias, Sócrates, na festa das Bendídias! disse. — Mas as recebi de tuas mãos, Trasímaco, disse eu, já que te fizeste amável comigo e deixaste de ser rude. Se não me regalei, foi por minha causa, não por tua. Ao contrário, acho que fiz como os gulosos que pegam e provam aquilo que vai sendo oferecido, antes de

<sup>518</sup> Nesse sentido tem-se também o pensamento de Rousseau, *Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens*, p. 189-191: “Falo de piedade, disposição conveniente a seres tão fracos e sujeitos a tantos males quanto o somos; virtude tanto mais universal e tanto mais útil ao homem por preceder nele o uso de qualquer reflexão, e tão natural que os próprios bichos às vezes dão sinais perceptíveis dela. Sem falar da ternura das mães por seus filhotes, e dos perigos que enfrentam para protegê-los, observa-se todos os dias a repugnância que sentem os cavalões em calcar os pés um corpo vivo; um animal não passa sem inquietação ao lado de um animal morto de sua espécie; há até alguns que lhes dão uma espécie de sepultura, e os tristes mugidos do gado ao entrar num matadouro anunciam a impressão que recebe do horrível espetáculo que o impressiona. Vê-se com prazer o autor da Fábula das Abelhas, forçado a reconhecer o homem como um ser compassivo e sensível, sair, no exemplo que dá, de seu estilo frio e sutil para nos oferecer a patética imagem de homem aprisionado que avista do lado de fora um animal feroz arrancando uma criança do seio da mãe, partindo-lhe com os dentes assassinos os fracos membros e estraçalhando com as unhas as entranhas palpitantes da criança. Que tremenda agitação não sente essa testemunha de um acontecimento pelo qual não tem nenhum interesse pessoal? Que angústias não sofre ao ver aquilo, por não poder prestar nenhum socorro à mãe desfalecida nem a criança agonizante? Tal é o movimento puro da natureza, anterior a qualquer reflexão; tal é a força da piedade natural, que os costumes mais depravados ainda têm dificuldade de destruir, pois que vemos todos os dias, em nosso espetáculos, enternecer-se e chorar-se pelas desventuras de um desafortunado, aquele mesmo que, se estivesse no lugar do tirano, agravaria ainda mais os tormentos de seu inimigo. (Como o sanguinário Sila, tão sensível aos males que não havia causado, ou aquele Alexandre de Feras, que não ousava assistir à representação de nenhuma tragédia, temendo que o vissem gemer com Andrômeda e Príamo, enquanto ouvia sem emoção os gritos de tantos cidadãos que, todos os dias, eram degolados por sua ordem. Mandeville percebeu bem que, com toda a sua Moral, os homens nunca teriam passado de monstros se a natureza não lhes houvesse concedido piedade para o apoio da razão; não viu, porém, que somente dessa qualidade decorrem todas as virtudes sociais que quer contestar nos homens. Com efeito, o que são a generosidade, a clemência, a humanidade, senão a piedade aplicada aos fracos, aos culpados, ou à espécie humana em geral? Mesmo a benevolência e a amizade são, em suma, produções de uma piedade constante, fixada num objeto particular, pois desejar que alguém não sofra será diferente de desejar que seja feliz?”

saborear suficientemente o prato anterior. Parece que, antes de chegar ao que a princípio examinávamos – o que é justiça? –, deixei escapar que esse tema e dei um salto, passando a examinar se ela é ou vício e ignorância, ou sabedoria e virtude; e, de novo, mais tarde, ao ocorrer a afirmação de que a injustiça é algo que traz mais vantagem que a justiça.

Para Platão a justiça é uma virtude da alma e a injustiça, um vício. Segundo o autor, se uma alma é má, governa e administra mal, mas se a alma é boa, obtém êxito em tudo. Porém, de acordo com o pensamento do antigo filósofo, a injustiça é um grande e apetitoso banquete para os que dela se saboreiam.<sup>519</sup>

No fragmento abaixo há a análise filosófica de Platão<sup>520</sup> a respeito da justiça do seu tempo:

Segundo dizem, por natureza, cometer injustiça é um bem e sofrê-la, um mal, mas o que sofre injustiça se destaca mais porque o mal que há nela é maior que o bem que há em cometê-la. Sendo assim, quando os homens, uns contra os outros, cometem injustiças e dela são vítimas, ao sentirem o gosto de uma e de outra coisa, se não são capazes de evitar o gosto de uma e outra coisa, se não são capazes de evitar uma e obter a outra, parece-lhes útil estabelecer um contrato que proíba de mutuamente cometer injustiça e sofrê-la. E foi a partir de então que os homens começaram a estabelecer suas leis e convenções e a chamar legal e justo o prescrito pela lei. Essa é a origem e a essência da justiça que fica entre o ótimo, cometer injustiça e não ser punido, e o péssimo, ser vítima de injustiça e não ser punido, e o péssimo, ser vítima da injustiça e não poder vingar-se.

Há também a análise de Dalmo de Abreu Dallari<sup>521</sup> sobre a justiça dos dias atuais:

Também são contrárias à existência da magistratura independente as estruturas sociais e políticas que, embora não se caracterizem como ditaduras, são intrinsecamente antidemocráticas ou não favoráveis à democracia, mantendo mecanismos de decisão política que asseguram a supremacia de grupos sociais determinados. Essas formas políticas, geralmente classificadas como oligárquicas ou autoritárias, costumam utilizar formalidades democráticas sem conteúdo democrático, inclusive uma legalidade aparente, para legalizar injustiças. A cumplicidade da magistratura tem papel importante nesse processo. Um dos modos mais sutis para negar independência à magistratura, aparentando exaltá-la e defendê-la, é a manipulação de elementos teóricos e doutrinários, utilizando-se a fachada de altas indagações filosóficas e de sólido embasamento científico, de tal modo que se reduz o direito a uma forma sofisticada, que aceita o conteúdo mais conveniente aos dominadores, ficando eliminada a preocupação com a justiça. Em muitos países, inclusive no Brasil, tem-se usado muito esse artifício, mediante o predomínio do

<sup>519</sup> Platão em *A República*, p. 42-43.

<sup>520</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>521</sup> *O poder dos juízes*, p. 50-51.

chamado positivismo jurídico, que reduz o direito à lei e admite que esta seja uma criação arbitrária, desde que respeitadas formalidades escritas. O formalismo jurídico tem papel fundamental para o estabelecimento e a manutenção de sistemas dessa espécie. Todas as imposições governamentais e as decisões dos conflitos são rigorosamente baseadas na lei, mas precisamente através da lei é que se fazem as amputações da independência, tanto de indivíduos e grupos sociais quanto da própria magistratura. Essa doutrina jurídica facilita a utilização de argumentos sofisticados, incluindo fundamentos filosóficos e raciocínio aparentemente lógico, que no entanto não passam de sofismas, para mascarar as arbitrariedades. Onde predomina essa concepção jurídica, os atos são considerados justos quando são legais, não havendo a hipótese que de se procure considerar legal só aquilo que for reconhecido como justo. Assim funciona a mera legalidade formal e a partir daí todos os poderes públicos são manipulados. Concentra-se a maior soma de poderes no ramo Executivo, que, com base na Constituição e nas leis, interfere muito no processo legislativo e age com grande desenvoltura na aplicação dos recursos públicos, na utilização da força militar ou policial e na desintegração de pessoas para o exercício de cargos e funções na esfera pública. O ponto extremo da utilização desse instrumental doutrinário foi a criação de “ditaduras constitucionais”, absurdo lógico que, no entanto, tem sido cinicamente endossado por teóricos e professores de direito, além de outros profissionais da área jurídica, evidentemente mais preocupados com seus interesses pessoais do que com os da justiça. O que é mais grave, porque atinge uma instituição que, por definição, está comprometida antes de tudo com a justiça, é a aceitação dessa doutrina por juízes e tribunais. Isso tem ocorrido com efeitos muito negativos, maléficos para a sociedade e para a imagem do Judiciário como a prática tem demonstrado.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>522</sup> também explica que:

Essa atitude de apego exagerado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico desenvolvido no século dezenove e que, por sua vez, foi uma aplicação degenerada de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”. Quando as revoluções burguesas dos séculos dezessete e dezoito enterraram o absolutismo, trouxeram a bandeira do legalismo, que foi exaltada como a garantia da justiça contra o arbítrio. Na obra consagrada de Montesquieu, *Do espírito das leis*, está presente a idéia de que todos os seres humanos estão sujeitos a leis, que são expressões da razão. Há uma lei política e uma lei civil, não sendo admissível um relacionamento humano fora da lei. A lei sendo igual para todos e todos ficando subordinados à lei, deve ser o princípio da igualdade e a garantia da liberdade. Entretanto, a lei de que falavam Montesquieu e os primeiros liberais era a lei natural numa concepção racional, entendida como a “relação necessária que deriva das naturezas das coisas”. E o que acabou prevalecendo foi a lei apenas formal, fabricada artificialmente pelos Legislativos, sem qualquer preocupação com a justiça com os direitos humanos e os interesses sociais.

Conforme o pensamento de Aristóteles<sup>523</sup>:

---

<sup>522</sup> *Op. cit.*, p. 85.

<sup>523</sup> *Ética a Nicômaco*, p. 161-162.

Mas não devemos olvidar que a matéria que é objeto de nossa investigação é, qualificadamente, a justiça no sentido absoluto e a justiça política. Justiça política quer dizer justiça entre pessoas livres e (real ou proporcionalmente) iguais, que vivem uma vida comum com a finalidade de satisfazer suas necessidades. Conseqüentemente, entre indivíduos que não são livres e iguais, a justiça política não pode existir, porém apenas uma espécie de justiça num sentido metafórico, pois a justiça só pode existir entre aqueles cuja relações mútuas são reguladas pela lei e esta existe no seio daqueles entre os quais há uma possibilidade de injustiça, uma vez que a administração da lei implica a distinção entre o justo e o injusto. Pessoas, portanto, entre as quais há possibilidade da existência da injustiça podem agir injustamente entre si (ainda que a ação injusta não envolva necessariamente a injustiça), agir injustamente significando atribuir-se uma porção excessivamente grande das coisas geralmente boas e uma porção excessivamente pequena das coisas geralmente más. Eis a razão porque não admitimos que um ser humano governe, mas a lei, porque um homem governa em seu próprio interesse e se converte num tirano; mas a função do governante é ser o guardião da justiça e, se assim o é (ou seja, da justiça) então da igualdade. Um governante justo parece não tirar qualquer proveito de seu cargo, pois não dirige a si próprio uma porção maior das coisas geralmente boas, a não ser que isso seja proporcional aos seus méritos; pelo contrário, ele se empenha pelos outros, o que concorda com o dito mencionado anteriormente, de que “a justiça é o bem do outro”.

Para Aristóteles, o Homem é naturalmente político e, em seu estado de natureza, um selvagem.<sup>524</sup> Contudo, cumpre indagar: se o Homem é naturalmente político porque necessita de leis humanas? Esse pensamento é falho porque se fosse tão fácil viver em sociedade não haveria necessidade de leis humanas para se conviver uns com os outros.

Se fosse natural viver em sociedade, tornar-se-ia fácil e simples a vida social. Entretanto, não é isso que se percebe e parece que a convivência em sociedade é complexa.

As leis humanas tornam-se necessárias quando o Homem passa a desrespeitar e a desconhecer as leis naturais, fato que significa indagar por que as revoluções burguesas dos

---

<sup>524</sup> Conforme Aristóteles, *A política*, p. 56-57: “Fica evidente, pois, que a Cidade é uma criação da natureza, e que o homem, por natureza, é um animal político [destinado a viver em sociedade], e que o homem que, por sua natureza e não por mero acidente, não tivesse sua existência na cidade, seria um ser vil, superior ou inferior ao homem. Tal indivíduo, segundo Homero, é “um ser sem lar, sem família, sem leis”, pois tem sede de guerra e, como não é freado por nada, assemelha-se a uma ave de rapina. Que o homem é um animal político em um grau muito mais elevado que as abelhas e os outros animais que vivem reunidos é evidente. A natureza, conforme freqüentemente dizemos, não faz nada em vão: ela deu somente ao homem o dom do discurso (lógos). O mero som da voz é apenas a expressão de dor ou de prazer, e disso são capazes tanto os homens como os outros animais. Mas enquanto estes últimos receberam da natureza apenas essa faculdade, nós, os homens, temos a capacidade de distinguir o bem do mal, o útil do prejudicial, o justo do injusto. Com efeito, é isso o que distingue essencialmente o homem dos outros animais: discernir o bem e o mal, o justo e o injusto, e outros sentimentos dessa ordem [as qualidades ou propriedades de suas ações]. Ora, é precisamente a comunicação desses sentimentos o que engendra a família e a cidade. Assim, por natureza uma vez que toda a Cidade é anterior à família e ao indivíduo, uma vez que o todo é anterior à parte.”



séculos dezessete e dezoito rebelaram-se contra o absolutismo ao levantar a bandeira do legalismo, a qual passou a ser exaltada como garantia contra o arbítrio. O que significa essa revolta contra o arbítrio?

Existem dois tipos ou modos de arbítrio: (1) o bom arbítrio; (2) o mau arbítrio. Ambos são produtos ou frutos do livre-arbítrio, porém, o *bom arbítrio* surge da boa vontade, ao passo que o *mau arbítrio* surge da má vontade. Então, primeiro os *Homens de boa vontade* rebelaram-se contra os *Homens de má vontade* e pensaram que as leis humanas que traziam as lembranças das leis naturais resolveriam o problema social causado pelos Homens de má vontade.

No presente momento, os *Homens de boa vontade* criticam o formalismo legal e as leis injustas e são como aqueles que se revoltaram outrora com o absolutismo. Eles procuram inibir a má vontade dos Homens. Entretanto, estes agora são representados pelos *legisladores de má vontade*, os quais devem a sua origem aos *Homens de boa vontade* que, por sua vez, imaginaram serem eles capazes de inibir e vencer a má vontade dos reis.

Os pensamentos dos antigos teriam dado certo se todos os Homens fossem bons e usassem o seu arbítrio, ou vontade, para o bem. Porém, isso não aconteceu e os *Homens de má vontade* passaram a apoiar-se nessas teorias e desvirtuaram a boa vontade de seus mentores.

Hoje, os *estudiosos de boa vontade* e também defensores da instrumentalidade do processo procuram primeiro vencer a má vontade do legislador, quando este elabora leis injustas e que se distanciam da natureza das coisas, para depois vencerem a má vontade dos juízes que se rendem aos legisladores de má vontade. Portanto, as leis contemporâneas não impedem o *governante de má vontade* de governar em seu próprio interesse, como pensou Aristóteles.

Nos ensinamentos de Emmanuel Kant:<sup>525</sup>

É absolutamente boa a vontade que não pode ser má, portanto quando a sua máxima, ao transformar-se em lei universal, se não pode nunca contradizer. A sua lei suprema é pois também este princípio: Age sempre segundo aquela máxima cuja

---

<sup>525</sup> *Fundamentação metafísica dos costumes*, p. 84-85.

universalidade como lei possas querer ao mesmo tempo; esta é a única condição sob a qual uma vontade nunca pode estar em contradição consigo mesma, e um tal imperativo é categórico. E pois que a validade da vontade, como lei universal para as ações possíveis, tem analogia com a ligação universal da existência das coisas segundo leis universais, que é o elemento formal da natureza em geral, o imperativo categórico pode exprimir-se também assim: Age segundo as máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza. Assim fica constituída a fórmula de uma ação absolutamente boa. A natureza racional distingue-se das restantes por se pôr a si mesma um fim. Este fim seria a matéria de toda a boa vontade. Mas como na idéia de uma vontade absolutamente boa, sem condição restritiva (o fato de alcançar este ou aquele fim), se tem de abstrair inteiramente de todo o fim a realizar (o que faria toda a vontade só relativamente boa), o fim aqui não deverá ser concebido como um fim a alcançar, mas sim como fim independente, portanto, só de maneira negativa; quer dizer, nunca se deverá agir contra ele, e não deve ser avaliado nunca como simples meio, mas sempre simultaneamente como fim em todo querer. Ora este fim não pode ser outra coisa senão o sujeito de todos os fins, porque este é ao mesmo tempo o sujeito de uma possível vontade absolutamente boa.

Do presente estudo dir-se-ia que encontrou uma solução caso as normas jurídicas fossem elaboradas com boa vontade e, acima de tudo, por *Homens de boa vontade*. Contudo, a experiência dos antigos já comprovou que não é esse o caminho, porque na prática a teoria falhou ao ser desvirtuada pela força da má inclinação dos Homens, e não por causa dos seus argumentos teóricos. Em outras palavras, a teoria não falhou, mas o Homem falhou na sua aplicação.

A falha está no caráter do Homem e não na teoria. Se todas as leis estivessem em harmonia com a natureza das coisas e, conseqüentemente, com o Direito Natural, as leis seriam espelhos de justiça ou das normas de justiça e não haveria necessidade de críticas e movimentos contra elas.

Qual a solução proposta pela *Filosofia da Instrumentalidade do Processo*? A reforma das leis? A reforma do processo? A reforma dos Poderes do Estado? Não! A principal proposta aqui desenvolvida é convencer acerca da necessidade de se reformular o caráter do Homem e de cada um corrigir-se a si mesmo. Será em vão reformular as leis se os Homens não estiverem dispostos a se tornarem bons e de boa vontade.

A segunda proposta do presente estudo aposta no *Pensamento Instrumentalista do Processo*, o qual demonstra nobres valores humanos em seus ideais e alia-se também à boa vontade de seus defensores ainda muito criticados e pouco compreendidos. Esta proposta faz-

se necessária porque a sociedade ainda não está preparada para conviver em paz com a inexistência de leis. Porém, abre-se o caminho para que no futuro isso aconteça ao haver o aperfeiçoamento do Homem.

Platão, Aristóteles e Montesquieu pensavam que as leis eram necessárias para vencer o mau arbítrio dos Homens, ou para inibir os *Homens de má vontade*.

Quando todos os Homens agirem somente segundo o bom arbítrio ou com boa vontade, serão desnecessárias as leis, os seus sistemas e os seus ordenamentos. Porém, a existência das leis não fará a vida social pacífica e ordenada enquanto houver *Homens de má vontade*.

Somente o *Homem de boa vontade* convive bem em sociedade, porque o *Homem de má vontade* não dispõe de facilidade para o convívio social, mesmo isolado dela, porque tentará escravizar outro ser humano e, provavelmente, se vivesse sozinho numa floresta tentaria escravizar os animais e a própria Natureza.

O *Homem de hoje*, além de escravizar o seu semelhante, também escraviza a Natureza desmatando-a e matando os animais. Em relação a estes, tal situação já se tornou mais do que real ao escravizá-los e expô-los presos e enjaulados para divertir os *Homens*: famílias e crianças.

Entende-se também nesse presente estudo que o *Homem natural* é mais livre do que o *Homem social*, porque em seu estado de natureza o diálogo íntimo é muito mais envolvente do que seu diálogo com seus semelhantes.

A vida social aprisiona o Homem ao torná-lo profundamente insatisfeito e enfadado, porque primeiro é prisioneiro da família, depois da comunidade, depois do Estado, e perde a sua identidade íntima. Ao perdê-la perde também a si mesmo, e após se perder de si mesmo, abandona o seu estado natural.

Quando o Homem deixa de se orientar pela sua boa vontade e passa a orientar-se pela vontade do seu semelhante, coloca-se prisioneiro da vontade do outro porque deve responder aos anseios familiares e sociais e deixar de lado os seus anseios íntimos.

Por exemplo: quando a mulher tem seu primeiro filho, o marido perde um pouco de sua atenção por causa do filho e o íntimo da mulher volta-se para a criança. Se o Homem fosse tão social, saberia como dividir sua atenção com o marido e o filho com equilíbrio.

O mesmo acontece com o esposo: por mais que se esforce em dividir suas vitórias e conquistas profissionais com a sua esposa, pode ser que isso não ocorra como ela espera, porque o valor íntimo que o Homem dá à sua conquista é muito pessoal para que divida o brilho dos seus olhos e a alegria do seu coração com quem está ao seu lado.

A intimidade está relacionada à liberdade e não à sociabilidade. Por exemplo: o Homem tem necessidade de viver cada um com a sua família em uma casa, mas se fosse extremamente social viveriam todos apenas numa casa.

Ainda assim, dentro de uma casa existem vários quartos, porque cada membro de uma mesma casa necessita de seu ambiente íntimo para sonhar, planejar, conhecer-se, construir-se e desenvolver-se como ser humano individual.

Por exemplo: quando os pais inibem em demasia a liberdade de ser, de pensar e de agir dos filhos surgem conflitos e desentendimentos familiares, porque cada ser precisa de liberdade para seguir aquilo que lhe é próprio e de liberdade, respeito e intimidade consigo mesmo para seguir seus impulsos naturais que foram dados por Deus.

Outro exemplo: se uma família composta por cinco pessoas (pai, mãe, dois filhos e a sogra) vive em uma pequena casa de apenas um quarto e um banheiro, uma sala e uma cozinha, então todos dormem num mesmo quarto.

Sendo assim, os pais dormem ao lado dos filhos e com a sogra. Por tudo isso, essa família gozará de parca privacidade e de quase nenhuma dignidade humana, devido à maior importância da liberdade e da intimidade do que da sociabilidade do Homem.

Hoje se sabe que o Homem que vive numa floresta ou numa ilha deserta não se torna um lobo selvagem - menino lobo - como pensavam os antigos. É muito provável que Aristóteles se surpreendesse se visse o grande número de europeus vivendo na floresta amazônica em harmonia com os índios e com a Natureza.

Com certeza ele se surpreenderia ao ver os europeus ensinando e aprendendo com os nativos da floresta. Contudo, esse modo de ver dos antigos é totalmente explicável, pois na época a vida em meio à Natureza era muito misteriosa, porque eles valorizavam as vestimentas e a etiqueta. Por essa razão, eles tinham uma falsa impressão da vida num ambiente rústico.

A noção atual de vida com qualidade é bem diferente, pois os Homens buscam na Natureza maior relaxamento, saúde e tranquilidade pela ausência de barulhos de carros, de motores, etc.

As pessoas que têm maiores e melhores condições econômicas procuram a vida natural: conhecer o fundo do mar; andar de canoa; hospedar-se em hotéis e pousadas em meio às florestas; aprender com os índios e conviver com eles para obter simplicidade e paz; alimentar-se com peixes frescos e evitar os congelados; beber das águas das fontes puras; respirar ar puro e também trabalhar menos.

Hoje a vida em meio à Natureza tornou-se um luxo para aqueles que podem evitar a vida caótica e violenta nas cidades. Na época de Aristóteles, os Homens desconheciam os mares e as matas e por isso os Homens desse momento histórico demonstravam grande pavor à vida natural e grande apreço pela vida nas cidades.

#### 4. O *Juiz Natural* (Nato) e as Virtudes e os Vícios Humanos

Os Homens portam a capacidade de obter conhecimentos sensíveis a respeito de si próprios e das coisas que estão ao seu redor. Esses conhecimentos sensíveis decorrem da capacidade receptiva e da capacidade criativa que possuem.

São características da receptividade, ou do indivíduo receptivo, inerente ao Homem: a seriedade, o caráter consciencioso, a modéstia, a passividade, a docilidade, a serenidade, a piedade,<sup>526</sup> a solidão, a dedicação, a devoção, a moderação,<sup>527</sup> o repouso, a justiça<sup>528</sup> e a mansidão.<sup>529</sup>

As características negativas da receptividade são: a inércia, o ócio, a indecisão, a dúvida, a indiferença e a frieza,<sup>530</sup> as quais conduzem as coisas à estagnação e produzem prejuízos, injustiças e infortúnios.

O *juiz natural* ou nato, a mulher e a Natureza, por exemplo, portam em potencial os elementos da receptividade em si mesmos. Portanto possuem todas as boas e as más qualidades da receptividade.

Nas observações de Piero Calamandrei<sup>531</sup> têm-se o exemplo acerca da virtude da passividade e da submissão do *juiz*:

---

<sup>526</sup> Na noção explicitada por Thomas Hobbes, *Os elementos da lei natural e política*, p. 60: “a piedade (pity) é a imaginação ou ficção de uma calamidade sobre nós mesmos, com o efeito do sentimento de calamidade presente de outrem.”

<sup>527</sup> Conforme Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 71: Um homem é moderado se abstém-se de prazeres do corpo e considera a própria abstinência prazerosa; é um desregrado se a experimenta como aborrecida.”

<sup>528</sup> Para Aristóteles, *op. cit.*, p. 145: “Observamos que todos que entendem por justiça aquela disposição Moral que torna os indivíduos aptos a realizar atos justos e que os faz agir justamente e desejar o que é justo, e analogicamente, por injustiça aquela disposição que leva os indivíduos a agir injustamente e desejar o que é injusto.”

<sup>529</sup> Conforme Aristóteles, *op. cit.*, p. 68: “Alguns homens se tornam moderados e brandos, outros dissolutos e irascíveis por se comportarem realmente de uma forma ou de outra em relação a essas paixões.”

<sup>530</sup> Para Thomas Hobbes, *Os elementos da lei natural e política*, p. 61: “O contrário da piedade é a dureza do coração (hardness of heart), que procede seja da lentidão da imaginação ou de alguma opinião extremada de sua própria isenção quanto a semelhantes calamidades, ou do ódio a todos os homens ou à maioria deles.”

<sup>531</sup> *Eles, os juízes vistos por um advogado*, p. 111.

Deve ser um grande tormento para os juízes estar ouvindo um advogado que diz coisas inúteis ou insensatas. Para fazer cessar esse tormento, é preciso que o orador pare de falar, o que o *juiz* enérgico obtém interrompendo-o; ou que o ouvinte pare de ouvi-lo, o que o *juiz* pacífico obtém adormecendo. Acho que, muitas vezes, o sono dos juízes é premeditado: eles adormecem voluntariamente, para não ouvir o que o advogado diz e para poder, todavia, segundo a sua consciência, dar razão à parte que se defende. O sono muitas vezes é um hábil expediente com que o *juiz* defende a parte dos erros do seu defensor.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>532</sup> também fala sobre a dose necessária de sensibilidade para o *bom juiz* e o vício da indiferença que caracteriza o *mau juiz* afirmando:

Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do *juiz* aos valores sociais e às mutações axiológicas da sociedade. O *juiz* há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o *juiz* – Pilatos, que é o *juiz* indiferente, em cujo espírito reina a indesejável premissa do processo como instrumento meramente técnico, sem compromissos com a justiça e injustiça dos julgamentos.

Contudo, cumpre observar que a linha que separa a virtude do vício é tênue e quase imperceptível e a prática da *virtude* ocorre quando o *juiz*, por exemplo, age conforme a exigência de cada circunstância, enquanto o *vício* revela-se quando o ser humano age sempre da mesma maneira. Por isso a mansidão, a paciência e a submissão, algumas vezes, podem parecer-se com o ócio, com a inércia e com a frieza, mas não se confundem.

Ao considerar as observações de Piero Calamandrei<sup>533</sup>, que exemplifica os vícios do ócio e da indiferença, têm-se que:

Quando, estagiário, comecei a freqüentar as salas dos tribunais, admirava-me ver os magistrados comparecerem à sessão, com tanta freqüência, de óculos escuros; e dava a mim mesmo, ingenuamente, duas explicações diferentes para esse uso: ou se tratava de uma doença profissional derivada das noites de vigília passadas no estudo dos processos à luz da vela; ou se tratava de um anteparo que servia de proteção a seu segredo, para evitar que os advogados indiscretos adivinhassem antes do tempo o pensamento dos juízes, pelo lampear dos seus olhos. Esta segunda explicação me seduzia, mas me intimidava: incutia-me submissão, por trás daquelas lentes escuras que escondiam as pupilas, aqueles olhos vigilantes sem olhar, impenetráveis como os olhos facetados de certos coleópteros. E eu pensava que atrás daquele esconderijo estivessem à espreita os juízes mais inexoráveis, os que fecham diante de si, para não se deixarem comover, toda e qualquer via de acesso a seu espírito. Mas estes dias ouvi uma explicação mais simples de um velho magistrado, a quem,

<sup>532</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 348.

<sup>533</sup> *Eles, os juízes vistos por um advogado*, p. 117-118.

conversando disso e daquilo, eu contara que nas casas de certos países nórdicos não existem, como em nosso país, os escuros das janelas. No fim ele comentou: — Eu não poderia viver nessas casas. Estamos acostumados à italiana: precisamos do escuro para dormir.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>534</sup> também exemplifica um caso em que o vício humano causa o impasse e a inércia no julgamento a partir da seguinte situação:

A tradicional exacerbação do ônus da prova constitui postura insensível à moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual. No fundo, ela é uma linha burocrática e, como burocrática que é, revela intolerável dose de comodismo: a burocracia é fruto do medo, da pobreza intelectual e do comodismo e, como já foi dito e destacado, a busca incessante da verdade não é de hoje que serve de pretexto para as práticas burocráticas. É preciso ousar. É indispensável ao *juiz* moderno romper com isso e vencer certos imobilismos.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>535</sup>, seguindo a ideologia da instrumentalidade do processo também expõe sua crítica à burocracia judiciária, produto do ócio e do vício humanos dizendo que:

[...] a forma na medida certa é fator de garantia. A ausência dela enseja abusos, normalmente por parte dos mais fortes. O formalismo exagerado, todavia, é sinônimo de burocracia, escudo utilizado pelos covardes e preguiçosos para esconder-se.

A afirmação acima exposta merece elogios por se preocupar com o equilíbrio das formas dos atos processuais com o intuito de se alcançar um processo que apresente melhores resultados e pleno acesso à justiça através da humanização dos atos do processo rumo à prática das virtudes humanas. Confirma também que a burocracia exagerada dá abrigo para a covardia e para a preguiça, qualidades que afastam o Homem da virtude e da sabedoria. A

---

<sup>534</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 298.

<sup>535</sup> *A efetividade do processo e técnica processual*, p. 25.



burocracia judiciária imobiliza o *Homem virtuoso* e inibe a sua boa vontade porque ela o obriga.<sup>536</sup>

São muitas as concepções de *justiça* e de *justo*, contudo a justiça e a injustiça carregam sentimentos e causam impressões a todos os Homens, desde os mais instruídos até os não instruídos. A justiça carrega o sentimento de justiça e a impressão de justiça, enquanto, a injustiça carrega o sentimento e a impressão de injustiça. Somente os juristas compreendem a técnica, enquanto até mesmo os leigos são capazes de compreender o que é justo.

Ao povo, ou às partes litigantes, não convêm que as decisões sejam excelentemente técnicas, mas excelentemente justas e eles somente saberão identificar se as decisões são justas ou injustas. O povo deve olhar para uma decisão ou ação e dizer: “Veja, isso é justo!”

Dalmo de Abreu Dallari<sup>537</sup> responde à questão “Quem é o povo?”

O povo compreende, portanto, as pessoas de todas as camadas sociais, que se acham integradas numa unidade, merecendo todas as pessoas, enquanto participantes do

<sup>536</sup> Nesse sentido tem-se o acórdão do TJ-RJ, Agravo de instrumento n.º 2009.002.21052, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo: “Agravo de instrumento. Decisão do juízo a quo que rejeitou a impugnação ofertada pelo agravante, ao argumento de que outra já havia sido apresentada e igualmente rejeitada. Aduz o agravante que a referida decisão viola o disposto no artigo 5.º, inciso LV, da CRFB/88 e o artigo 475-J, § 1º do CPC e que a referida planilha de débito computou “diferença de taxa judiciária” que deveria, por sua vez, ser paga ao TJERJ e não ao exequente. Os atos processuais possuem determinadas formas, que, por sua vez, visam a organizar e a regularizar a tramitação dos processos judiciais, cabendo ao *juiz* fiscalizar o cumprimento destas regras processuais e, no caso de violação, estipular a sanção correspondente. Contudo, é cediço também que o ordenamento processual pátrio é regido por uma série de princípios, muitos dos quais agem de forma a atenuar o rigor estabelecido pelas normas processuais, privilegiando, assim, a economia processual e o regular acesso à justiça. Nesse sentido, exurge cristalino o princípio da instrumentalidade das formas, que permite ao magistrado, mesmo nos casos em que haja patente impropriedade de forma, o aproveitamento do ato processual praticado. Ora, a decisão que rejeitou a petição do agravante, em que pese privilegiar a forma, pecou por desconsiderar a finalidade do ato. Assim sendo, como adequadamente explicitou a Procuradoria de Justiça, às fls. 383, deve a impugnação de fls. 354/361 ser recebida como simples petição, determinando-se, assim, o recálculo da execução com o expurgo dos valores que eventualmente se apurem como indevidos. Em razão dos argumentos acima explicitados, dá-se provimento ao presente recurso para que seja procedida a remessa dos autos ao contador judicial, que, por sua vez, deverá verificar a correção dos cálculos apresentados pelo exequente, nos exatos termos da fundamentação”. Na mesma sintonia o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n.º 5238- São Paulo, Min. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo: “A prova da titularidade, em se tratando de retomada fundada nos incisos III ou X do artigo 52 da Lei 6.649/79, deve vir com a inicial. No entanto, se o *juiz* da causa não se utilizou do art. 284, CPC, saneou o processo e proferiu sentença sem qualquer objeção da locatária a respeito, não deve o segundo grau decretar de ofício a carência da ação, sem antes ensejar a juntada daquela prova, sob pena de praticar exacerbado formalismo, em atrito com os fins instrumentais do processo”.

<sup>537</sup> *O poder dos juízes*, 147-148.

mesmo povo, exatamente o mesmo respeito, a mesma consideração e a mesma garantia de direitos. Não há base moral nem jurídica para o tratamento diferenciado das pessoas, tendo em conta fatores sociais, políticos, econômicos, ou qualquer outro que se pretenda usar para contrariar o princípio segundo o qual, enquanto seres humanos, todas as pessoas são essencialmente iguais e devem receber o mesmo tratamento. O direito consagrou um princípio segundo o qual “todos são iguais perante a lei”, mas, além disso, é preciso adicionar que “todos são iguais perante o juiz” como parte do pressuposto da igualdade de todos em direitos e dignidade.

Conforme o exemplo citado por Piero Calamandrei<sup>538</sup>:

Um velho magistrado presidira um processo contra um velho caixa, a vida inteira honesto, mas que na velhice, para remediar os malefícios de um filho destrambelhado, se apropriara de um dinheiro do patrão. Era um caso doloroso, mas lei é lei e tiveram que condená-lo a dois anos de reclusão. Poucos dias depois dessa condenação, o advogado que defendera o pobre coitado deu, na mesma calçada, com o velho presidente que vinha cabisbaixo, arrastando o passo, imerso em seus pensamentos. — Bom dia, senhor presidente. Este pára, como que despertando de um sonho, ergue o rosto taciturno e perturbado... — O que foi, senhor presidente? — Advogado, advogado, uma grande dor... Uma senhora me deteve, ali na esquina: a velha empregada daquele desgraçado que condenamos a dois anos. Disse-me: “O que vocês fizeram com o meu patrão? Que mal ele lhe fez? Faz quarenta anos que trabalho para ele e sei o quanto ele é bom. Por que o fazem sofrer assim?” Advogado, advogado, daqui a pouco chego à idade-limite; a vida inteira exerci esta profissão. Já deveria estar acostumado, mas não resisto à censura dos humildes... E ele se foi cambaleando, cobrindo os olhos com a mão.

Nas palavras de Plauto Faraco de Azevedo<sup>539</sup>:

Não pode o trabalho do jurista consistir “simplesmente em um trabalho de análise formal das normas, visto que reconduz a uma compreensão de fundo dessa mesma realidade social a que o direito vai aplicar-se, bem como à análise das vias de comunicação que se estabelecem entre a norma e a realidade social através dessa aplicação”. Se o direito “é para o jurista algo que lhe vem dado, positum, posto (...), tão somente em certa medida se encontra feito”. Incumbe-lhe determinar o significado do direito, para a aplicá-lo corretamente à realidade social. A vida do direito não se dá sem valorações, isto é com contraposições de normas a fatos sociais, em busca da regulação mais apropriada ao contexto social. A simulação da objetividade estrita é campo onde se ocultam as escolhas indefensáveis, que resistem a vir à tona por serem orientadas pelo interesse de grupos, setores, classes, desconformes com os interesses sociais gerais. “Embora poucos juristas se preocupem com saber a que servem”, limitando-se a obedecer, não é de modo nenhum suficiente dizer que estão a serviço da ordem e da segurança, pois importa definir de que ordem se trata. Com efeito, “o ofício próprio do jurista não consiste em distinguir dentre as ordens, dentre os comandos advindos dos diferentes poderes, aqueles que devem ser obedecidos?” O jurista, cujos trabalhos orientam o *juiz* e, por vezes, o legislador, “não é neutro,

<sup>538</sup> *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 186-187.

<sup>539</sup> *Direito, justiça social e neoliberalismo*, p. 73-75. Ver também: Michel Villey. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962, p. 113.

irresponsável”. Ao invés de lavar as mãos diante da iniquidade social, verdadeira chaga no Brasil, a Ciência do Direito deve veicular um discurso aberto, centrado na realidade, na certeza de que o direito deve ser instrumento de realização da justiça social. Apesar da importância da técnica jurídica, a ela não pode reduzir-se o direito, o que não exclui a necessidade de seu conhecimento minudente. Sendo instrumental, a técnica não é neutra. Não pode o jurista ser insensível ao clamor de seu povo e surdo às lições da História. Querendo-se que a Ciência do Direito constitua uma elaboração conseqüente do direito positivo, tendo em vista sua aplicação às situações práticas, não há como deixar de ter em conta a situação de exclusão de grande parte do nosso povo, que sobrevive como pode, sem saneamento básico, vivendo em subhabitações, subalimentando-se, distante dos bens em sentido amplo, que ainda de modo ambíguo, a tecnologia tem colocado diante dos homens. Não basta constatar que a ordem jurídica não os discrimina de modo explícito. Tem-se de buscar dela extrair meios para obviar essa situação, para o que são necessários operadores jurídicos servidos por ampla formação, tanto jurídica quanto geral, abertos ao horizonte social, libertos dos antolhos positivistas, em que se apascenta o ideal da ciência pela ciência, servido pelo egoísmo e a indiferença pelo próximo.

Conforme explica Dalmo de Abreu Dallari<sup>540</sup>:

Uma exigência básica, relativamente à democratização, é a mudança no relacionamento do Judiciário com o povo, sob vários aspectos. Antes de tudo, é indispensável que os juízes, de todos os níveis, percebam que eles existem em função do povo, que é quem lhes dá legitimação para proferirem julgamentos e cujos interesses devem merecer permanente respeito e atenção. Isso sem falar no fato de que é o povo quem paga o salário dos juízes.

A linha que divide a *solidão virtuosa* da *solidão viciosa* é tênue. Por isso, a solidão deve ser conservada e valorizada de modo que favoreça a todos e não somente a si mesmo. Se a solidão demonstra medo, receio e egoísmo, ela é viciosa.

Porém, se ela demonstra meditação, inspiração interior, compreensão com as impressões que chegam ao Homem solitário, ela é virtuosa. Nos ensinamentos de Piero Calamandrei<sup>541</sup>:

Para entender a diferença entre a psicologia do advogado e a do *juiz*, costuma-se dizer que o primeiro é chamado a encontrar, diante de uma conclusão já conhecida (a que dá razão a seu cliente), as premissas que melhor servem para justificá-las, enquanto o segundo é chamado a tirar de premissas conhecidas (as que resultam do processo) a conclusão que delas decorre logicamente. Mas a diferença nem sempre é tão clara assim. Algumas vezes, o *juiz* também se desdobra para conceber a

<sup>540</sup> *O poder dos juízes*, p. 147.

<sup>541</sup> *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 178.

posteriori os argumentos lógicos mais aptos a sustentar uma conclusão já sugerida antecipadamente pelo sentimento. Portanto, pode acontecer que também o *juiz* como o advogado, parta da conclusão para chegar às premissas. Mas enquanto para o advogado essa conclusão é determinada pelo cliente, para o *juiz* é estabelecida por aquela misteriosa e clarividente virtude de intuição, que se chama senso de justiça.

A *solidão virtuosa* é o isolamento interno que traz a proteção à consciência, enquanto, a *solidão viciosa* é externa, autoritária e egoísta e gera a incompreensão de uns com os outros porque se sustentou numa postura rígida e limitada das coisas ao seu redor. Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari<sup>542</sup>, o distanciamento do *juiz* para com o povo deve-se ao excesso de isolamento - *solidão viciosa* - e ao formalismo que produz excessiva frieza, fere e viola a dignidade da pessoa humana e dificulta o acesso à justiça daquele que dela necessita.

É verdade que sempre existiram juízes que procuraram uma aproximação maior com o povo, mas o aparato judicial, a linguagem convencional rebuscada e até mesmo a escassez de tempo, tudo isso contribui para que os juízes fiquem muito distantes, o que é reforçado por um sentimento de superioridade social, que muitos juízes associam à importância de suas funções. Um dado importante quanto ao relacionamento com o povo e à percepção de seus valores culturais é o distanciamento maior dos juízes à medida em que evoluem na carreira judicial. Com efeito, os juízes de primeira instância, em início de carreira, trabalhando em pequenas cidades, são geralmente tratados como pessoas especialmente importantes na comunidade, mas ainda assim conseguem perceber com relativa facilidade as características do povo. É bem verdade que para muitos começa aí o processo de distanciamento, pela convicção de que são tratados com especial consideração porque são pessoas superiores. Mas a possibilidade de manter proximidade sempre existe. Já nas grandes cidades ocorre uma espécie de despersonalização. O *juiz* é uma instituição, que sufoca a pessoa, e os interessados num processo são apenas “partes”, cujas características humanas desaparecem, ficando em seu lugar uma noção técnica. Para muitos juízes, a convivência com as partes deve ser evitada, porque pode criar uma intimidade incompatível com a dignidade do cargo de *juiz*, mas além disso o relacionamento amistoso com as partes é visto sempre como coisa perigosa, que precisa ser cuidadosamente recusados. Por esses e outros motivos são muitos os juízes que, sistematicamente e como regra, jamais atendem as partes num processo, só admitindo atender os advogados. Muitas vezes até estes são mantidos a distância. E desse modo os juízes perdem a percepção da dimensão humana dos litigantes, deixando de receber elementos que poderiam ser preciosos para um julgamento justo. Quando os juízes passam a integrar um tribunal de apelação, seu relacionamento com o povo é praticamente rompido. Na realidade, os juízes, nesse nível, só se relacionam, e assim mesmo procurando preservar certa distância, com os representantes do Ministério Público e com os advogados. As sessões dos tribunais são públicas mas o ambiente aparatoso, o modo de trajar dos participantes do cerimonial, a impossibilidade de compreender a linguagem que freqüentemente oscila entre o tecnicismo e o pedantismo, isso tudo contribui para que não haja povo nos auditórios dos tribunais. O distanciamento torna-se tão grande que os juízes, em sua totalidade, esquecem que decidem em nome do povo e para o povo. Um fato ocorrido no Tribunal Regional Eleitoral em São Paulo no ano de 1991, e registrado naquela ocasião pela imprensa, dá bem a medida dessa perda de dimensão humana e popular,

<sup>542</sup> *O poder dos juízes*, p. 149-150.

que deve ser inerente ao exercício de um poder democrático. Naquela oportunidade, o tribunal deveria decidir sobre uma questão de muita importância para os trabalhadores da área da saúde pública do município de São Paulo, que era a validade de seus contratos de trabalho. Pela importância do julgamento e tendo sido informados do dia e da hora em que ele iria ocorrer, muitos daqueles trabalhadores foram ao tribunal, decentemente trajados, sentando-se no auditório de modo absolutamente respeitoso, esperando em silêncio o início da sessão. Quando o desembargador, que era então presidente do tribunal, viu aquele povo presente ao julgamento, ficou profundamente perturbado, protestando em altos brados, afirmando que a presença daquelas pessoas era uma atitude de coação, que o Judiciário não poderia tolerar. Entretanto, não havia qualquer motivo razoável, nem justificativa legal, para expulsá-las do auditório e por isso ali permaneceram, o que, como ficou evidente, influenciou de modo negativo sobre o ânimo do desembargador no momento de julgar. E era simplesmente o povo presente a um julgamento que, por exigência legal e a bem da Justiça, deveria ser público.

A análise sobre a mãe em relação ao seu filho remete ao instinto dela de levá-lo até a maturidade. A mãe espera o filho se alimentar, aprender a falar e a escrever, casar-se e procriar. Por isso, toda a sua vida submete-se a admirá-lo e a se curvar a ele. Por exemplo: a mãe dedica-se ao seu filho desde o seu nascimento na amamentação, na alimentação e nos cuidados. Ela devota-se a ele por toda a sua vida, pois sua admiração por ele é infinita e inesgotável. No mesmo sentido, o solo recebe passivamente a semente, assim como também recebe o Homem. As características positivas da solidão e do repouso revelam-se no fato de que é necessário um tempo para reunir forças e concluir o planejado.

Conforme os ensinamentos de Piero Calamandrei<sup>543</sup>:

Um artigo do código de processo civil obriga as partes e seus defensores a se comportarem com “lealdade”. Do *juiz*, a lei não fala; mas a obrigação de lealdade está implícita em sua função, especialmente na fase em que ele se põe a redigir a fundamentação da sua sentença. Sua lealdade consiste em escrever na sentença os fundamentos verdadeiros que o levaram a decidir assim e, antes de tudo, em procurar dentro de si (o que nem sempre é fácil) quais são os fundamentos verdadeiros. Um estudioso alemão publicou, cerca de dez anos atrás, um livro sobre a motivação das sentenças, em que demonstra, com uma centena de decisões cíveis e penais, que muitas vezes os motivos declarados são bem diferentes dos verdadeiros e que, com muita frequência, a fundamentação oficial nada mais é que um biombo dialético para ocultar os móveis verdadeiros, de caráter sentimental ou políticos, que levaram o *juiz* a julgar assim. Pode-se compreender, mesmo quando ele quer ser, na fundamentação, sincero a qualquer preço, que assuma sem querer uma posição mais de defensor do que de *juiz*. Quando o decisório já foi adotado, o redator é levado naturalmente, como fazem os advogados para defender seu cliente, a escolher e a pôr em evidência os argumentos que podem servir para defender aquele dispositivo não mais discutível. Mas a deslealdade começaria quando a escolha dos fundamentos lhe fosse sugerida não pelo interesse geral da justiça, mas pelo interesse pessoal da sua carreira, o que aconteceria se o *juiz* – que, para explicar o dispositivo, poderia limitar-se a pôr em evidência a circunstância de fato que o

<sup>543</sup> *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 190-193.

colegiado achou decisiva – se pusesse a adornar a fundamentação com inúteis ostentações de ciência jurídica, para poder servi-se dessa decisão como um dos títulos para a sua promoção; ou se o *juiz* para evitar que sua sentença fosse reformada em grau de cassação, procurasse esconder as razões de direito, que o Tribunal poderia achar errôneas, sob uma fundamentação de fato, que é inatacável. Porque o Tribunal de Cassação não pode se manifestar sobre ela. Estas são pequenas artimanhas cavilosas, às quais seria preferível que o *juiz* nunca recorresse, do mesmo modo que não gostaríamos de perceber que, certas vezes, os magistrados, chamados a enfrentar em suas sentenças questões gerais de ressonância política (como certas questões relativas à liberdade religiosa ou à liberdade de imprensa), decidem segundo a justiça no dispositivo, mas na fundamentação encontram o meio para se refugiar por trás de argumentos de fato, a fim de não se comprometerem a dar sua opinião sobre a questão de direito. Essa arte de eludir as questões comprometedoras pode ser apreciável num diplomata; no *juiz*, eu a qualificaria como inconveniente timidez. O caso mais grave, porém, seria o do magistrado que, encarregado de redigir a fundamentação de uma decisão já adotada pelo colegiado, pusesse deliberadamente em relevo, em vez dos fundamentos capazes de justificá-las, os que melhor servissem para desacreditá-la, com o propósito de fazer os leitores sagazes compreenderem que a decisão é injusta, e de pôr na boca dos julgadores do recurso os argumentos para reformá-la. Muitos anos atrás, essas sentenças eram chamadas “suicidas”. Mas, em vez de suicídio, eu falaria de homicídio premeditado, porque elas nasciam sob a ameaça de um engenho explosivo de efeito retardado, que o *juiz* redator escondera habilmente nas entrelinhas da fundamentação. Assim, a decisão ia pelo mundo levando dentro de si, sem saber, a máquina infernal que no momento exato a faria saltar em pedaços. Na verdade, esse protesto sorrrateiro com que o *juiz* redator traía a vontade da maioria do colégio tinha todas as características do atentado terrorista que se rebela, com a violência, contra as regras do jogo colegiado; mais que uma deslealdade, era um ato de sedição.

Todo projeto e toda obra levam um tempo para serem bem concluídos. É necessário que haja um tempo para ponderar as impressões e as sensações que chegam e evitar a precipitação e a ansiedade. O *juiz natural* deve estar solitário para que não seja influenciado por fatores externos e conserve a sua lealdade e a sua honestidade. Precisa também de um tempo para concluir uma decisão final do caso concreto com virtude.

Na natureza é a mesma coisa: se hoje o indivíduo planta uma muda de laranja, ele não a colherá no dia seguinte, pois a muda leva um tempo para dar frutos e é preciso esperar por eles. Se o Homem semeia hoje, no dia seguinte a semente repousará no solo solitariamente, mas depois de um tempo ela produzirá seus frutos abundantemente. A mulher fecunda num dia e espera nove meses para dar à luz ao seu filho, porque o repouso e a solidão são qualidades inerentes ao que é receptivo.

O indivíduo que porta a qualidade de receptivo, além de precisar estar só, precisa ser submisso para evitar a ação e o ódio. Sendo solitário, evita a ação; sendo submisso, evita o ódio. Caso contrário, sempre terá que se deixar conduzir. O *juiz natural* evita o ódio que o caso concreto possa causar a ele e submete-se ao que é correto e justo, mas também evita a ação e a influência dos ânimos externos vindos da comoção social.

Conforme Plauto Faraco Azevedo<sup>544</sup> valendo-se dos ensinamentos de Helmut Coing e de Ruy Rosado Aguiar Júnior:

Deve o *juiz* ter consciência da escolha ideológica, para que possa fazer-lhe frente. Sofre ele “a atuação de fatores múltiplos, de ordem emocional, psíquica, circunstancial”, como também “sente o efeito de suas convicções ideológicas”, necessitando “ter lucidez suficiente que lhe permita, identificar, analisar e criticar as circunstâncias que o acometem, inclusive para se policiar, pois, do contrário, seria um ingênuo, influenciado por fatores que ele mesmo desconhece, mas que certamente existem e são eficazes”

O indivíduo que possui a característica da receptividade sempre deixa a vontade e o interesse próprios de lado para seguir a vontade do criativo que dirige.

O receptivo evita o ódio e a paixão através da solidão e da submissão, porque sempre tem que se submeter para que não prevaleça o seu interesse, sua vontade e assim pode encontrar a paz na solidão, porque atinge a maturidade sem chamar a atenção cedo demais.

O receptivo é discreto, porque sempre tem que manter a reserva seja na solidão, seja no turbilhão do mundo. Ademais, quando assume uma posição de destaque, tem que ser discreto, porque sua posição não é independente, mas dependente.

Outra característica do receptivo é a equanimidade, porque sempre dá apoio a todos e os invade. O receptivo atinge o justo porque não pensa em si mesmo, mas dá forma a todos sem propósitos íntimos.

---

<sup>544</sup> *Direito, justiça social e neoliberalismo*, p. 12. Conferir também: Ruy Rosado Aguiar, *Interpretação. Revista da Ajuris*, Porto Alegre, a. 16, v. 45: 7-20, mar. 1989, p. 18.

Por exemplo: a Natureza cria os seres sem cometer erros e a todos fornece apoio. Ela é justa, equânime e perfeita, mas tudo o que é equânime também é perfeito e equilibrado, daí provém a justiça.

Outro exemplo: o Homem equânime é justo e fornece apoio e compreensão com os pequenos e grandes da sociedade, pois é livre de preconceitos. O receptivo divide, separa e distingue e disso provém sua virtude de fazer justiça. E ainda: a Natureza dá a cada ser seu habitat e suas características.

O *juiz natural* também divide proporcionalmente, separa, aumenta e diminui para fazer justiça virtuosamente. O *juiz natural* deve agir conforme a situação. Por exemplo: o *juiz* deve ter sensibilidade receptiva para que possa receber as impressões intuitivas que lhe chegam através dos fatos. Contudo, a excessiva passividade causa o prejuízo da estagnação e do impasse.

O receptivo sempre se adapta e nunca avança às cegas, mas espera e aprende com o meio ambiente social ao analisar o que meio lhe exige. A tarefa do receptivo não é dirigir, mas se deixar conduzir.

O receptivo possui grande capacidade para aceitar, e se assim o fizer, provavelmente, encontrará a orientação correta para aquela determinada situação. Ele espera ver nas circunstâncias o que se espera dele.

Por isso a solidão propicia ao Homem o contato com a Natureza e com as verdades eternas e se constitui em uma *solidão virtuosa* quando não se contamina com os preconceitos.

Gadamer<sup>545</sup> explica que para Platão “o Bem seria aquilo por meio do que todas as outras virtudes se tornariam úteis e valiosas”.

São características positivas do *elemento criativo* ou do *indivíduo criativo* ou da *capacidade criativa*: criatividade, a atividade, a força, a firmeza, o sucesso, a perseverança, o

---

<sup>545</sup> A idéia do bem entre Platão e Aristóteles, p. 88.



sublime, as virtudes, o Amor, a coragem,<sup>546</sup> a auto-confiança,<sup>547</sup> o poder, a verdade<sup>548</sup> e ser digno de confiança. As características negativas do *elemento criativo* são: a incompreensão, a intolerância, a ira,<sup>549</sup> a impiedade, a arrogância e o autoritarismo. O indivíduo do sexo masculino, os líderes, os governantes naturais – natos - e Deus possuem o elemento da criatividade em potencial.

#### No entendimento de Thomas Hobbes<sup>550</sup>

“Existe ainda uma outra paixão que às vezes é chamada Amor, só que mais propriamente se chama boa vontade ou caridade (good will or charity). Não pode haver argumento mais forte para um homem sobre o seu próprio poder do que achar-se apto não apenas para realizar os seu próprios desejos, como

---

<sup>546</sup> Conforme Thomas Hobbes, *op. cit.*, p. 66: “a coragem (courage), numa significação ampla, é a ausência de medo na presença de qualquer mal que seja; mas num significado estrito e mais comum, ela é o desprezo dos ferimentos e da morte, quando estes desafiam um homem no caminho em direção dos seus fins.” (Thomas Hobbes – Os elementos da lei natural e política, p. 59) Para Aristóteles “ele é corajoso se encara o perigo com prazer e, aconteça o que acontecer, sem experimentar dor; covarde, se o fizer experimentando sofrimento.” (*Ética a Nicômaco*, p. 70). Gadamer explica o sentido que Platão entende a virtude da coragem dizendo que: “Sobretudo quando Protágoras defende a posição especial da *andreia* [coragem] contra a unidade insolúvel das outras virtudes, torna-se bastante claro quão superficial é a maneira como julga a convenção Moral: a *andreia* surge como uma qualidade especial que se exige dos soldados”. Continua Gadamer dizendo que: “A coragem, que no Protágoras ainda representa o mais duro ponto de resistência da Moral convencional, agora é compreendida não apenas - como ocorre em Protágoras - como o conhecimento sobre o perigoso e o não perigoso. Essa provocação paradoxal é sobrepujada por meio de um paradoxo maior; com isso, evidencia-se o que Platão tem em mente. “Coragem” não se revela tanto na obviedade de uma ameaça a ser temida quanto no perigo oculto que o “encantadoramente- agradável” representa - e isso, no campo da política, é o perigo da bajulação, que se deve temer mais que a ameaça aberta proveniente do antagonista. O significado universal de coragem que Platão quer mostrar torna-se evidente ao lhe oferecermos a referência mais genérica e abrangente que inclui a “coragem civil”: é o perigo do conformismo, contra o qual se faz necessária a coragem que não se deixa enganar, mas que “sabe”. (*A idéia do bem entre Platão e Aristóteles*, p. 67). Para Platão a coragem civil seria expressa por aquele que consegue ficar imune ou resistir à sedução ou corrupção do poder. Conforme explica Gadamer, *op. cit.*, p. 97: “O que Sócrates enxerga é plenamente justificado, na medida em que se trata de verdadeira coragem “política”, e não apenas de coragem “física”. Não se trata aqui do medo físico enquanto tal, que pode acometer um indivíduo, mas da reflexão à qual o medo seduz... parece-me claro que Platão aqui pensa principalmente na lisonja bajuladora que legitima poderosos no abuso de seu poder.

<sup>547</sup> Conforme observa Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 68: “É através da participação em transações com nossos semelhantes que alguns de nós se tornam justos e outros injustos; através da ação em situações arriscadas e ao formar o hábito do (sentimento) do medo ou (daquele) da autoconfiança que nos tornamos corajosos ou covardes. E o mesmo ocorre com nossas disposições relativamente aos apetites e [sentimentos] de animosidade.

<sup>548</sup> Conforme Aristóteles, *op. cit.*, mesma página: “No que toca à verdade, o caráter mediano pode ser chamado de veraz e a mediana veracidade”

<sup>549</sup> Conforme Thomas Hobbes, *Os elementos da lei natural e política*, p. 59: “a ira (anger), ou coragem súbita, nada mais é do que o apetite ou desejo de transpor uma oposição presente. Ela tem sido comumente definida como uma tristeza proveniente de uma opinião de desprezo; o que é rebatido pela nossa experiência freqüente de que somos levados à ira por coisas inanimadas e sem sentido, e conseqüentemente incapazes de nos desacatar.”

<sup>550</sup> *Os elementos da lei natural e política*, p. 65.

também para auxiliar outros na conquista dos seus. Essa é aquela concepção na qual consiste a caridade. Na qual, primeiro, está contida aquela afeição natural dos pais pelos seus filhos, os gregos chamavam de *Storgé*, como também aquela afeição com a qual os homens buscam auxiliar àqueles que o seguem. Mas a afeição com a qual os homens muitas vezes oferecem seus favores aos estranhos não deve receber o nome de caridade, mas antes de contrato (*contract*), pelo qual os homens buscam adquirir amizade.”

É importante o equilíbrio entre as características positivas e as características negativas, para que as virtudes da receptividade e da criatividade não se convertam em vícios.<sup>551</sup>

O *filho* - pólo receptivo - tem que se adaptar aos seus *pais* - pólo criativo -. Do mesmo modo o *juiz natural* (receptivo) tem que se adaptar às *partes* (criativo), porque tem que agir conforme a situação. Então, tem que se deixar conduzir pelas provas e pelos fatos apresentados pelas pessoas conflitantes. Cada ser vivente - receptivo - corresponde à vontade de Deus - criativo -, e todos os seres se submetem à vontade do Criador. Mesmo que neguem a existência e a condição criativa de Deus, os seres sempre se submetem à sua direção: a de viver ou a de morrer.<sup>552</sup>

---

<sup>551</sup> Conforme a análise de Emmanuel Kant, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 22: “Discernimento, argúcia de espírito, capacidade de julgar e como quer que possam chamar-se os demais talentos do espírito, ou ainda coragem, decisão, constância de propósito, como qualidades do temperamento, são sem dúvida a muitos respeitos coisas boas e desejáveis; mas também podem tornar-se extremamente más e prejudiciais se a vontade, que haja de fazer uso destes dons naturais e cuja constituição particular para isso se chama caráter, não for boa. O mesmo acontece com os dons da fortuna. Poder, riqueza, honra, mesmo a saúde, e todo o bem-estar e contentamento com a sua sorte, sob o nome de felicidade, dão ânimo que muitas vezes por isso mesmo desanda em soberba, se não existir também a boa vontade que corrija a sua influência sobre a alma e juntamente todo o princípio de agir e lhe dê utilidade geral; isto sem mencionar o fato de que um espectador razoável e imparcial em face da prosperidade ininterrupta duma pessoa a quem não adorna nenhum traço duma pura e boa vontade, nunca poderá sentir satisfação, e assim a boa vontade parece constituir a condição indispensável do próprio fato de sermos dignos da felicidade.”

<sup>552</sup> Como explica Thomas Hobbes, *op. cit.*, p. 75-76: “E visto que assim como Deus Todo-Poderoso é incompreensível, segue-se que nós não podemos ter uma concepção ou imagem da Divindade, e conseqüentemente todos os seus atributos significam a nossa inabilidade e impotência para conceber qualquer coisa concernente à sua natureza, e não alguma concepção sua, excetuando-se apenas esta, que existe um Deus. Afinal, os efeitos que naturalmente reconhecemos envolvem um potência (*power*) que os produziu antes que eles estivessem sido produzidos; e essa potência pressupõe alguma coisa existente que a tenha enquanto potência. E a coisa que assim existe com potência para produzir, se não fosse eterna, deveria ter sido produzida por alguma outra anterior a ela, e esta novamente por outra anterior a ela, até que chegássemos a uma eterna, ou seja, à potência primeira de todas as potências, e causa primeira de todas as causas. E esta é aquela que todos os homens concebem pelo nome de Deus, envolvendo eternidade, incompreensibilidade e onipotência. E então todos os que o considerarem poderão saber que Deus existe, mas não o que ele é.”

Deus ama - *atitude criativa* - o Homem e este recebe o Amor e a vida de Deus<sup>553</sup> - *atitude receptiva* -. O homem ama (*atitude criativa*) a mulher e esta recebe - *atitude receptiva* - o Amor do homem. O filho recebe o Amor dos pais e os ama - reciprocidade - equilíbrio entre as forças criativas e receptivas - correspondência entre as forças positivas receptivas e criativas. A Natureza doa-se para o Homem - *atitude receptiva* - e o Homem transforma a Natureza - *atitude criativa* -. O governante natural ama seu povo - *atitude criativa* - e o povo submete-se ao governante - *atitude receptiva* -. O empregador dirige o empregado - *atitude criativa* - e o empregado submete-se ao seu empregador - *atitude receptiva* -.

O *juiz natural*, que possui as características inerentes à faculdade de julgar, não precisa das leis para bem julgar, porque as qualidades receptivas são inerentes a ele. Ensinar o *juiz natural* (nato) a julgar através das leis é a mesma coisa que tentar ensinar a mulher como cuidar de seu filho. Nas palavras de Piero Calamandrei<sup>554</sup>:

Mais que nos virtuosismos cerebrais da dialética, os bons juízes confiam em sua sensibilidade moral. E, quando são obrigados a encher de argumentações jurídicas a fundamentação das suas sentenças, consideram esse trabalho um luxo de intelectuais desocupados, porque estão convencidos de que, quando aquela voz íntima já ditou dentro deles, suas respostas não necessitam de provas adicionais.

A mulher e o *juiz natural* (nato) não precisam de manuais para desenvolverem as qualidades e faculdades que lhes são naturalmente inerentes, porque aqueles que possuem as características em si desenvolvem suas faculdades e conhecimentos naturais de modo simples e fácil. Conforme ensina Piero Calamandrei<sup>555</sup>:

---

<sup>553</sup> Seguindo os ensinamentos de Thomas Hobbes, *op. cit.*, p. 76, tem-se que: “E visto que atribuímos a Deus-Todo-Poderoso a visão, a audição, a fala, o conhecimento, o amor e as coisas afins, por cujos nomes entendemos alguma coisa que os homens atribuem a si, não entendemos nada por este meio acerca da natureza de Deus”.

<sup>554</sup> *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 178.

<sup>555</sup> *Op. cit.*, p. 181.

Digo que o *juiz* ótimo é aquele em que prevalece, sobre a cauta cerebralidade, a pronta intuição humana. O senso de justiça, pelo qual, sabidos os fatos, logo se sente quem está com a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito – como na música, em que a maior inteligência não consegue suprir a falta de ouvido.

A mãe que não cuida e não ampara o seu filho é a exceção e não a regra, assim como o *juiz natural* que não desenvolve a sua faculdade de bem julgar é a exceção. Todavia, pensar que a ausência de leis faz com que o *juiz natural* (nato) seja arbitrário e ativista é desconsiderar as qualidades inerentes às coisas em si mesmas, é tratar a exceção como se fosse a regra. De acordo com Piero Calamandrei<sup>556</sup>:

Penso que a angústia mais obsessiva para um *juiz* escrupuloso deve ser exatamente esta: sentir, sugerida pela consciência, qual a decisão justa, mas não conseguir encontrar os argumentos para demonstrá-la logicamente. Sob esse aspecto é bom que também o *juiz* tenha um pouco da habilidade do advogado, porque, ao redigir a fundamentação, deve ser o defensor da tese já estabelecida por sua consciência.

É natural ao *juiz nato* a passividade e a qualidade negativa dessa qualidade é o excesso de passividade e frieza.<sup>557</sup> O *juiz* que favorece um diálogo entre as partes está agindo com passividade virtuosa, porque assim consegue com maior exatidão solucionar a contenda com justiça e através do melhor contato com as pessoas e com os fatos. Demonstra humildade

<sup>556</sup> *Op. cit.*, p. 179.

<sup>557</sup> Conforme Emmanuel Kant, *A metafísica dos Costumes*, p. 29-30: “Mais ainda: se a natureza tivesse posto no coração deste ou daquele homem pouca simpatia, se ele (homem honrado de resto) fosse por temperamento frio e indiferente às dores dos outros por ser ele mesmo dotado especialmente de paciência e capacidade de resistência às suas próprias dores e por isso pressupor e exigir as mesmas qualidades dos outros; se a natureza não tivesse feito de um tal homem (que em boa verdade não seria o seu pior produto) propriamente um filantropo, não poderia ele encontrar ainda dentro de si um manancial que lhe pudesse dar um valor muito mais elevado do que o dum temperamento bondoso? Sem dúvida! E exatamente aí é que começa o valor do caráter, que é moralmente sem qualquer comparação o mais alto, e que consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever. Assegurar cada qual a sua própria felicidade é um dever (pelo menos indiretamente); pois a ausência de contentamento com o seu próprio estado torvelinho de muitos cuidados e no meio de necessidades insatisfeitas poderia facilmente tornar-se uma grande tentação para transgressão dos deveres. Mas também, sem considerar aqui o dever, todos os homens têm já por si mesmos a mais forte e íntima inclinação para a felicidade, porque é exatamente nessa idéia que se reúnem uma soma das inclinações. Mas o que prescreve a felicidade é geralmente constituído de tal maneira que vai causar grande dano a algumas inclinações, de forma que o homem não pode fazer idéia precisa e segura de todas elas a que chama-se felicidade; por isso não é de admirar que uma única inclinação determinada, em vista daquilo que promete e do tempo em que se pode alcançar a sua satisfação, possa sobrepor-se a uma idéia tão vacilante. Assim um homem, por exemplo um gotoso, pode escolher o regalo que lhe dá qualquer comida de que gosta e sofrer quanto pode, porque, pelo menos segundo o seu cálculo, não quis renunciar ao prazer do momento presente em favor da esperança talvez infundada da felicidade que possa haver na saúde.”

e propicia o pleno acesso à justiça, pois acessar o que é justo não significa somente favorecer o pleno ingresso em juízo no início, mas também assegurar todo um caminho - um meio e um fim - do processo com justiça e segurança.<sup>558</sup>

Conforme as palavras de Cândido Rangel Dinamarco<sup>559</sup>, o exemplo do *juiz virtuoso* age com passividade e equanimidade perante as partes e favorece o diálogo e o direito que elas têm no processo:

As partes têm verdadeiro direito ao processo, corporificado nessas regras formais do sistema processual e garantias constitucionalmente mediante a explícita adoção da cláusula *due process of law*. Compreende-se facilmente, ainda, que sequer essa solene garantia constitucional de legalidade vale por si própria, mas como penhor da observância de algo de maior significado substancial, que é o contraditório processual. O cumprimento do devido processo legal, que legitima os provimentos jurisdicionais, legitima os provimentos jurisdicionais, legitima-os justamente porque a experiência mostra ao constituinte, ao legislador e ao *juiz* e a todos que a experiência é o caminho mais seguro para a efetividade do contraditório. É indispensável todo o sistema de informes às partes sobre os atos processuais do *juiz*, dos seus auxiliares e da parte contrária. É indispensável que a esses atos e provimentos possa a parte reagir adequadamente, gerando situações novas, de sua conveniência. É indispensável, também, que entre as partes e o *juiz* se instale no processo um diálogo construtivo, no sentido de melhor instrução daquele para decidir. Informação mais reação com diálogo – eis a receita do contraditório, segundo a sua mais moderna conceituação. Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é a parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do *juiz natural*, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar de efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.

A paridade de “armas” dadas às pessoas que litigam em juízo não deve ser meramente mecânica, matemática e formal, mas ampla, simples e real, de modo que os fatos

<sup>558</sup> Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 17: “O instrumento estatal de controvérsias deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-processual, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção.”

<sup>559</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 360-362.

sejam compreendidos em profundidade, sem superficialidade pelo julgador. Conforme assinala José Roberto dos Santos Bedaque<sup>560</sup>:

Ainda que a parte venha perder a faculdade de produzir determinada prova, em decorrência da preclusão temporal, pode o *juiz* ordenar a sua realização de ofício, por entendê-la necessária à formação de seu convencimento. Não parece haver risco para a imparcialidade se o *juiz* assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade. A questão não está ligada tão-somente à técnica processual. Em face dos valores envolvidos, possível conflito entre as regras relativas à preclusão e o disposto no art. 130 do CPC deve ser solucionado segundo o escopo maior do processo. A preclusão é simples mecanismo técnico destinado a permitir o normal desenvolvimento da relação processual. Deve ceder diante de valor maior, como o representado pelo convencimento do *juiz* à respeito da realidade jurídico-material.

O *juiz* deve procurar todos os elementos necessários para o seu convencimento,<sup>561</sup> promovendo todos os meios suficientes para que haja melhor e mais profundo esclarecimento dos fatos e de familiarização com o assunto. Assim como o agricultor não colhe os frutos verdes, mas somente os maduros, o *juiz* deve procurar maiores elementos para o amadurecimento do seu convencimento, o qual se obtém com a produção das provas dos fatos.

A parcialidade que deve ser evitada ocorre quando ele procura impor seus próprios critérios de justiça e de equidade sem respeitar o sentimento social de justiça, ou quando privilegia uma das pessoas em conflito de forma que produza um desequilíbrio na relação ou no julgamento. Deve também ser evitada a conduta de fazer justiça com suas próprias razões, fato equivalente ao fazer justiça com suas próprias mãos. Por isso, o *juiz* tem que se submeter ao clamor das partes e perceber em que ponto crucial está a maior necessidade e quem mais sofre com a maior injustiça.<sup>562</sup> Nesse sentido vão os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco<sup>563</sup>:

<sup>560</sup> *Poderes instrutórios do juiz*, p. 21-22.

<sup>561</sup> Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, p. 39, sustenta que: “Todo indivíduo julga corretamente os assuntos com os quais está familiarizado e conhece, sendo deles um *bom juiz*”.

<sup>562</sup> Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 233, quando o *juiz* “projeta sobre os fatos em exame, quando ele traz os seus sentimentos e preferências pessoais e os projeta sobre o julgamento que em nome do Estado é chamado a fazer, ele poderá estar criando realmente.”

<sup>563</sup> *Op. cit.*, p. 378.

Mesmo não sendo o *juiz* equiparado ao legislador, o seu momento de decisão é um momento valorativo e, por isso, é preciso que ele valore situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo. Ele tem na lei o seu limite, não competindo ao Poder Judiciário impor os seus próprios critérios de justiça ou de equidade, mas esses limites têm valor relativo, a saber: sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do *juiz* optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador (ainda que as palavras da lei ou a mens legislatoris possam insinuar solução diferente). Ele há de interpretar a prova e os fatos, também, por esse mesmo critério.

Contudo, observa-se que o pensamento dos que defendem que o *juiz* deve cumprir a lei, mesmo que não haja a pacificação social plena com justiça, parece não querer que se olhe para o fato social e para a dignidade da pessoa humana. O problema de ordem prática surge quando o indivíduo não possui características de justiça e se propõe a desenvolvê-las com facilidade e simplicidade ao exercitar faculdades que naturalmente desconhece.

O *juiz* que não sabe deixar-se conduzir pelo sentimento angustiante e procura se esconder do *Homem desatento e insensível*, não porta a qualidade natural de *juiz*. O *juiz natural* (nato) é aquele que mantém uma relação de reciprocidade (cooperação) com as partes. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira<sup>564</sup> menciona a postura que o *juiz* deve assumir ao cooperar com o cidadão:

O processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa para o segundo plano, como mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O *juiz*, mais do que ativo deve ser cooperativo, como exigido, por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, idéias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual.

Portanto, as partes precisam cooperar com o julgador sendo leais e o *juiz* precisa cooperar com as partes manuseando o processo de forma que ocorra o melhor resultado, o

<sup>564</sup> *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*, p. 3.

qual não deve atender aos anseios egoístas das partes mas, na verdade, a justiça e o equilíbrio.

Como bem informa José Roberto dos Santos Bedaque<sup>565</sup>:

Em suma: se todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado do processo, não se deve deixar nas mãos das partes, apenas, a iniciativa instrutória. Ao contrário, tudo aconselha que também o *juiz* desenvolva atividades no sentido de esclarecer os fatos. Enquanto as partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o *juiz* tem em vista o interesse geral. Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a verdadeira paz social. Aquele que não vê reconhecido o seu direito, em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado. A finalidade de atuação da lei e, portanto, de alcance da verdadeira paz social, sobrepõe-se aos possíveis interesses egoístas das partes, que não são movidas pelo interesse na correta aplicação da regra material e na obtenção de resultado justo. Os sujeitos parciais do processo buscam apenas vitória e, para alcançar esse objetivo, valem-se da dialética, deduzindo argumentos e produzindo provas favoráveis exclusivamente ao interesse próprio. Isso quando não se valem de mecanismos protelatórios, quando verificam ser iminente a derrota. Como elas defendem suas pretensões mediante ação e defesa, compete ao *juiz* manter o equilíbrio necessário ao bom funcionamento do mecanismo processual, agindo de forma imparcial e com o intuito de tornar possível a reprodução nos autos da realidade fática ocorrida no plano material. Se ele verifica que, por qualquer motivo, provas importantes, necessárias ao esclarecimento dos fatos, não foram apresentadas, deve, *ex officio*, determinar sua produção. Com isso não estará beneficiando qualquer das partes, mas proporcionando um real equilíbrio entre elas, além de impedir que prevaleça no processo apenas o raciocínio dialético, segundo o qual não importam a verdade e a justiça, mas a vitória.

Quando o *juiz* determina *ex officio* a produção de provas, ele está colaborando com a justiça e com a igualdade que procuram esconder dos seus olhos devido aos anseios egoístas das pessoas conflitantes. A determinação *ex officio* de produção de provas é um mecanismo para suprir a carência dos elementos necessários para a definição do julgamento e deve atender a justiça e a verdade, mas evitar que uma das pessoas seja injustiçada e tenha a sua dignidade agredida por falta de material probatório na instrução da causa.

A sensibilidade criativa é aquela que dá forma e concretude às idéias. Quando o indivíduo compõe uma música, ou escreve um poema, ou cria uma teoria ou inventa um produto, ele está utilizando e exercitando sua sensibilidade criativa. A característica da sensibilidade criativa no Homem é ativa o tempo todo, indo e retornando pelo caminho certo.

---

<sup>565</sup> *Poderes instrutórios do juiz*, p. 70-71.



Por isso, a característica do criativo é a verdade e as atividades mental e física são incansáveis.

A força da sensibilidade criativa gera oportunidade de haver mudança e revolução ao que se tornou estagnado pela excessiva sensibilidade receptiva. O excesso de atividade criativa conduz a uma carência de tolerância. O excesso de autoconfiança gera a arrogância e o orgulho.<sup>566</sup> Contudo, não é a sensibilidade receptiva ou a sensibilidade criativa que devem ser escassas ou excessivas.

O excesso da sensibilidade criativa gera insensibilidade receptiva. Por exemplo: a excessiva sensibilidade criativa do Homem tornou-o insensível com a Natureza, que também transmite excessiva passividade, mansidão e receptividade para com ele. A Natureza alimenta todos os seres e se adapta ao que é criativo, enquanto o criativo adapta-se à sua própria criação.

Por exemplo, quando o Homem excede em sua atitude criativa em relação à Natureza, ou seja, quando ele age negativamente através do seu poder criativo, ela responde negativamente com o seu poder receptivo. Por essa razão, são comuns, nos dias atuais, os cataclismas - terremotos, ondas gigantes, tufões, etc. - como respostas aos seres humanos que têm feito mau uso da Natureza e dos recursos naturais. O Homem que se afasta dela também sofre com os prejuízos advindos da ordem natural-sobrenatural. O *juiz natural* (nato), que se afasta da receptividade, ou da capacidade receptiva, sofre com os erros advindos da ordem natural.

Quais fatores têm faltado na relação entre o Homem (criativo) e a Natureza (receptivo)? Falta entre eles a reciprocidade (cooperação), que também é uma qualidade inerente às coisas em si mesmas. Por exemplo: quando o homem respeita a mulher, esta o respeita e há o respeito mútuo entre ambos ou reciprocidade (cooperação). A reciprocidade

---

<sup>566</sup> Conforme Thomas Hobbes, *Os elementos da lei natural e política*, p. 114: “Que todo homem reconheça o outro como o seu igual. E a quebra desta lei é o que chamamos orgulho (pride).”

(cooperação) é a qualidade natural entre os seres e se mostra efetiva na vida harmônica entre eles.

Quando há reciprocidade entre os Homens, há harmonia social. Quando há cooperação entre os Homens, há reciprocidade. Hoje a reciprocidade tornou-se exceção, por exemplo: é comum não haver a reciprocidade e a cooperação entre os Homens e por isso há a ausência de lealdade e de boa fé nas suas relações das mais diferentes espécies, porque cada um, busca defender seus próprios interesses.<sup>567</sup>

Quando não há reciprocidade (cooperação) entre os Homens, surgem os conflitos e as desconfianças. Quando falta reciprocidade entre o homem e a mulher, o casamento está fadado ao fracasso. Quando não há reciprocidade entre pais e filhos, os ânimos da família se exaltam. Quando não há reciprocidade entre o governante e o povo, surgem guerras, desordens e facções. Então cada qual procura resguardar seus próprios interesses, porque quando o governante não coopera com o povo, este não coopera com o governante.<sup>568</sup>

---

<sup>567</sup> Conforme Piero Calamandrei conta um caso verídico: “Numa comissão de estudo para a reforma da organização judiciária, ouvi dizer que uma vez (talvez duas) aconteceu que um magistrado que acabava de ser promovido, enquanto esperava ser destinado a uma nova sede, pediu para passar da magistratura julgante onde até então se desenrolara toda a sua carreira, à magistratura requerente (isto é, ao Ministério Público); e isso não por se sentir particularmente adequado às funções da acusação pública, que reclama dotes oratórios notáveis, mas porque, em geral, na magistratura requerente os cargos disponíveis são mais numerosos do que na magistratura julgante e é mais fácil, para o magistrado que escolhe a primeira, encontrar livre um cargo numa cidade do seu agrado. Depois, esse magistrado, uma vez obtida a sede desejada, apresentou um atestado médico comprovando que sofria de rouquidão crônica, que o impedia de falar em público; e, por esse motivo, conseguiu ser retransferido, como excedente, na magistratura julgante daquela mesma cidade. Brillante truque. Mas eu não gostaria que a um magistrado assim coubesse amanhã decidir sobre uma dessas causas, tão freqüentes na prática, que se reduzem a uma questão de lealdade e de boa fé.” (*Eles, os juizes, vistos por um advogado*, p. 304-305).

<sup>568</sup> Trazendo à luz a análise irônica de Platão a respeito das leis e do governo de seu tempo que nos dias de hoje se apresentam atuais: “E, em cada cidade, o governo estabelece as leis tendo em vista sua própria vantagem: o governo democrático estabelece leis democráticas, o tirânico leis tirânicas, o aristocrático, e os outros da mesma forma. Estabelecidas as leis, declaram que o vantajoso para eles é o justo para os subordinados e punem quem infringe essa norma, como transgressor da lei e culpado de injustiça. Eis, portanto, excelentíssimo, o que eu digo ser justo sempre, em todas as cidades sem exceção: o vantajoso para o governo estabelecido. É ele que tem o poder e, para quem raciocina corretamente, em todos os lugares, o justo é sempre a mesma coisa, a vantagem do mais forte.” (*A República*, p. 20) Por exemplo, se o governante faz um filme cinematográfico, ele faz isso para benefício próprio ou para o benefício do povo? Parece óbvio que é para o seu próprio benefício e para nutrir sua própria vaidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa surgiu da necessidade de responder ao questionamento inicial, no qual nos perguntamos se a lei respeita a Dignidade da Pessoa Humana ou a trata como objeto e se não seria o Homem escravo da vontade da lei e da vontade do legislador. Porém, se o *juiz*, ao aplicar a lei, prefere primeiro conferir coerência ao sistema legal, mesmo sendo incoerente com a Dignidade da Pessoa Humana, em que se beneficia a Pessoa Humana desse sistema legal? Em que medida deve prevalecer a Teoria da Tripartição dos Poderes se a concretização da teoria demonstra um desvirtuamento e corrupção dos poderes do Estado em prejuízo da Dignidade da Pessoa Humana?

Com a finalidade de responder tais questionamentos, traçamos os objetivos do estudo: verificar se o Amor e o Respeito ao Próximo aproximam a justiça da Dignidade humana ao plano real; analisar diferentes fontes bibliográficas com a intenção de observar as dificuldades existentes na práxis do direito e o distanciamento teórico do sistema legal da realidade social e, principalmente, do Respeito da Dignidade individual de cada Pessoa Humana.

Foi-nos possível concluir que a Tripartição dos Poderes do Estado Brasileiro corrompeu-se e não se apresenta idônea no plano real, sendo efetiva somente no plano formal dos documentos.

O Estado Brasileiro, mesmo com a aparência de Estado Democrático de Direito e de Estado Social, tem escravizado o cidadão brasileiro que, além de ser objeto em suas mãos, tem sofrido com a falta da prestação dos direitos sociais e com a luta entre as classes sociais, as quais geram violações à Dignidade da Pessoa Humana no sentido patrimonial e existencial e se refletem no caos e nos problemas sociais que afetam o bem-estar das famílias.

Comprovamos que a justiça humana encontra-se ainda muito distante da justiça divina ou natural, pois encontra-se enraizada na insensibilidade e na impiedade com a Pessoa

Humana. Muitos são os aplicadores das leis que se mantêm à distância dos consumidores e dos necessitados da justiça, prevalecendo as desigualdades interna e externa entre as pessoas que desrespeitam a noção moderna de Dignidade de que todos são iguais.

Identificamos que o problema da justiça é também reflexo do ensino e do método de avaliação para ingresso na magistratura brasileira, a qual não valoriza o potencial do estudante e os concursos tampouco valorizam a capacidade prática e o dom do candidato para julgar com facilidade e simplicidade.

Outro óbice apresenta-se na conduta humana de se valorizar os vícios humanos em detrimento das virtudes, pois muitos dos aplicadores da lei julgam as pessoas envolvidas nos conflitos à distância, as quais encontram dificuldades para expor suas intenções e necessidades pessoalmente, fator que ocasiona equívoco e opiniões parciais ao invés de julgamentos justos. As práxis jurídicas ainda estão muito distantes da valorização da Dignidade da Pessoa Humana e, por isso, restou claro que algumas decisões jurídicas encontram asilo na injustiça e somente algumas são justas.

Portanto, o estudo comprovou que a rígida aplicação da lei viola a Dignidade da Pessoa Humana quando procura dar excessivo valor às leis e às formalidades em detrimento do sofrimento e da necessidade da Pessoa Humana.

Concluimos, também, que o *movimento metodológico da instrumentalidade do processo* harmoniza com o Amor e com o Respeito à Pessoa Humana e traz uma benéfica transformação no critério de julgamento: acusa os vícios humanos presentes nas posturas dos aplicadores da lei.

Nosso estudo comprovou que o pensamento instrumentalista apresenta maior avanço teórico com algum avanço prático, apesar de seus argumentos teóricos e de suas sugestões práticas ainda serem pouco aceitos e considerados pelos aplicadores da lei e pelos tribunais.

Isso ocorre por haver a predominância da postura do formalismo e do positivismo jurídico que oferecem uma forte resistência que marca a mentalidade dos teóricos e dos aplicadores da lei.

Por essa razão, o avanço provou-se maior no campo teórico do que no prático. Esta oposição às tendências instrumentalistas causa um retrocesso na valorização da Dignidade da Pessoa Humana, porque se afasta do Amor e do Respeito à Pessoa Humana como forma de critério de julgamento.

Concluimos ainda que a implementação das vias conciliativas processuais conduz a um aprimoramento da justiça e se aproxima da generosidade. Há, portanto, uma transformação virtuosa no critério de julgamento que se verificou no plano real.

A sociedade depende do Direito para que exista a ordem, mas este depende do caráter e da sabedoria dos seus aplicadores, dos doutrinadores, dos operadores e dos governantes para que ele seja bom e virtuoso.

A efetividade das leis depende diretamente do caráter dos governantes, dos julgadores e dos demais operadores do Direito (advogados, delegados de polícia, promotores de justiça), porque o que dá vida às leis é o caráter, as virtudes e a retidão deles.

A ordem social equilibrada que se espera através das leis também depende dos membros do Poder Judiciário, porque pode acontecer que uma lei benevolente seja mal aplicada por favorecer interesses políticos e morais, ou que o julgador não possua a virtude necessária para julgar com justeza ao não se fundamentar na preocupação exata com a Pessoa Humana.

As bases da verdadeira justiça e da verdadeira política devem sempre se aproximar das virtudes humanas (da benevolência e da sabedoria) e se afastar dos vícios humanos (do egoísmo, da vaidade, do ódio, da soberba e da indiferença com o sofrimento alheio).

O Direito não pode evitar os fatos sob um argumento moral-cultural, enquanto que uma determinada situação da vida, que não esteja prevista em lei, não poderá deixar de ser amparada por um julgamento.

O problema da justiça brasileira não decorre somente do sistema judiciário, mas também do sistema político. Por essa razão, no estudo também desenvolvemos um discurso nesse sentido, chamando atenção para o fato de que o bem-estar do povo e das famílias depende de um bom governante.

A justiça humana e as suas leis, para refletirem uma justiça que assegure o efetivo Respeito à Dignidade da Pessoa Humana, devem carregar nobres ideais, os quais não se identificam sempre com a Moral e com os valores culturais, pois aquela não compreende e não aceita os novos e diferentes hábitos, modos e costumes.

A Moral e a cultura criam restrições e rotulações que violam a liberdade íntima e a igualdade da Pessoa Humana, porque agem sugerindo ser com igualdade e com liberdade, mas obrigam a todos a agirem sempre da mesma maneira. Entretanto, a liberdade e a igualdade são verdadeiras quando cada um age conforme a sua inclinação natural.

A Pessoa Humana não pode ser desrespeitada, porque pensa, age ou se comporta de modo diferente da maioria do seu grupo social e cultural e também não pode agir diferente, pois estará sendo limitada em sua liberdade de escolha.

Os nobres valores em que o Direito inspira-se devem estar em harmonia com o Amor e com o Respeito ao Próximo e se distanciarem da Moral e da cultura, as quais não acolhem sempre a todos com respeito e com igualdade devido ao excessivo grau de rigidez que impõem às pessoas para obterem o cumprimento e a continuidade dos mesmos hábitos e costumes.

A existência das leis e dos direitos escritos protege a Pessoa Humana no plano teórico, mas na prática, quase sempre, isso não se verifica, pois mesmo quando ela é

superestimada por um ordenamento constitucional, a efetividade da letra da lei é muito distante da realidade.

Percebe-se que o próprio Estado, mesmo com a roupagem de Estado de Direito e de Estado Social, é o principal inimigo da Pessoa Humana e de sua Dignidade, pois policia o povo, mas não se policia, cobra os deveres do povo e não cumpre com os seus deveres. O povo nunca vê o Estado ser cobrado por aquilo que ele tem o dever de fazer e não faz.

E, assim, mudam as leis, mudam as roupagens do Estado, mudam as gerações e o povo continua sofrendo com as mesmas mazelas de sempre. Mesmo com as leis mais belas e mais humanas, os crimes das mais variadas espécies continuam a acontecer, a corrupção permanece estampada para quem quiser ver e ouvir, as promessas políticas de dias melhores continuam a aparecer, mas a vida do povo permanece igual.

Basta sair nas ruas e ver quantos ainda conduzem carrocinhas com a força dos braços, quantos ainda dormem em frente de casas e lares de pessoas que pagam seus impostos corretamente, quantos ainda perambulam sem rumo e sem direção. Assim prossegue a sociedade moderna, sobrevivendo precariamente ao modo antigo e antiguíssimo. E o Direito moderno, com uma mentalidade antiga que se opõe às mudanças benéficas, segue seu rumo sem conseguir coordenar a sociedade.

Por tudo isso, conduzimos nosso estudo num discurso de que é hora de o Homem pensar em se aprimorar, pois quando se aprimorar, a sociedade, o Estado e a justiça serão reflexos desses aprimoramentos internos e virtuosos do Homem consigo mesmo.

O Homem deve procurar conhecer-se e desenvolver as práticas das virtudes para que ele se torne bom, sábio e esteja em harmonia com os seus semelhantes na vida social e com a Natureza ao seu redor.

O estudo comprovou que não está tudo perdido, pois existem Homens bons e virtuosos trabalhando para o bem-estar de muitas pessoas, sedentas de paz, de igualdade, de

liberdade e de justiça através do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional que se revela no *pensamento da instrumentalidade ou da efetividade do processo*.

O trabalho desses juristas têm sido a insistência, o empenho e a perseverança num caminho que procura transformar a mentalidade dos aplicadores e dos estudiosos das leis acerca da necessidade e da importância de se olhar primeiro para os fatos, para o contexto da vida social e para Pessoa Humana individualmente considerada para que resplandeça a justiça.

Tais juristas também tecem argumentos para que se transforme a mentalidade daqueles que se dão por satisfeitos somente através da mera declaração, da imposição ou do cumprimento da lei, e que se contentam apenas com a aparência de uma justiça, que é formal, e repudiam a idéia da aplicação da lei de forma mais flexível, mesmo quando isso seja feito para valorizar a Dignidade da Pessoa Humana.

Os que se contentam com a mera aplicação e cumprimento da lei são os Homens acomodados e não virtuosos, pois eles se mostram indiferentes às dores e aos sofrimentos alheios. De outro lado estão aqueles que buscam o aprimoramento da justiça através da valorização da Pessoa Humana e mostram-se sábios, bons, corajosos e ricos nas diversas formas de virtudes porque se empenham em ajudar o seu semelhante e, acima de tudo, em recuperar o caráter desvirtuado da justiça pelo Homem.

O *bom juiz* deve navegar por essa Moral ideal, perfeita, virtuosa e generosa. O Homem, porém, deve cumprir com o seu dever sem buscar obter vantagens pessoais e sem tratar o seu semelhante como um meio de se conseguir vantagem ou como um meio para se alcançar um determinado fim.

O Homem desvirtuou o caráter da justiça humana, mas ele não é capaz de fazer o mesmo com o caráter da justiça divina ou natural. Contudo, enquanto alguns Homens empenham-se em desvirtuar o caráter da justiça humana com os mais diversos argumentos



insensatos, outros Homens de boa vontade empenham-se em fazer nela resplandecer o caráter e a virtude da *justiça divina* ou *natural* alinhando-a ao Amor e à generosidade.

O *bom governante* é aquele que possui imensa boa vontade em se doar e servir ao povo e repudia a idéia e a condição de ser servido. O *mau governo* produz tamanhas más conseqüências para as famílias, para sociedade, para a educação e para a justiça que as famílias tornam-se incapazes de solucionar seus problemas, a sociedade torna-se incapaz de solucionar os problemas sociais e a justiça torna-se incapaz de solucionar, com virtude, todos os problemas que chegam até ela.

Nesse momento, muitas são as pessoas que têm sua Dignidade violada pelo governo, porque quando as pessoas não possuem todas as condições para vivenciar e desenvolver seus talentos e habilidades surge a desordem nas famílias e, conseqüentemente, na sociedade e no seu universo de trabalho, pois ninguém ocupa o lugar que lhe corresponde, muitas vezes, e não sabe como fazer para que isso venha a acontecer. O governo não é o amigo do povo e não é solidário com o povo, e as pessoas precisam aprender a sobreviver sozinhas sem oportunidades e Dignidade.

O Homem deve agir com respeito e ser bondoso com os seus semelhantes para que seja plenamente feliz. O respeito começa em tratar a si mesmo com respeito e assim tratar o seu semelhante sob a mesma regra que trata a si mesmo. Desse modo, evita violar a Dignidade do seu semelhante e a sua própria Dignidade.

O Homem precisa entender que ao violar a dignidade alheia, ele mesmo tem a sua dignidade violada porque sendo indigno com o próximo está sendo falho consigo mesmo.

## RECOMENDAÇÕES

*A Filosofia da Instrumentalidade do Processo* opõe-se à Moral e ao Positivismo Jurídico, é teórica com intuito prático e a sua aplicação prática depende primeiramente de sua compreensão teórica. Depois que houver compreensão teórica o caminho prático estará aberto.

O presente estudo filosófico somente surtirá efeitos práticos quando a corrupção tornar-se uma utopia entre o povo e as instituições, porque ela aposta no Amor e na bondade, os quais não podem ser definidos e conceituados, mas vividos e experimentados por todos os Homens, desde os mais instruídos até os menos instruídos no dia-a-dia da convivência humana em sociedade.

Os mais desatentos podem achar que a mensagem encaminhe o mundo à mais completa desordem, mas ocorre que dificilmente os que se beneficiam da justiça produzem injustiças e aceitarão desprender-se desse sistema de justiça que lhes trazem vantagens pessoais.

A justiça, através das leis escritas e de seu sistema de Direito Positivo, criou e conduziu o mundo à desordem, às guerras, à miséria e às injustiças. Entretanto, nesse estudo, pretendeu-se demonstrar por um caminho filosófico que estão chamando a injustiça de justiça, mas seria impossível provar isso através dos caminhos deixados pelas leis, pelo Direito Processual Civil, pelo Direito Constitucional e pelo Direito Civil. Por essa razão, o caminho escolhido foi o filosófico.

Alguns Homens também podem crer que a mensagem filosófica não seja capaz de produzir efeitos práticos. Contudo, o motivo da argumentação ter sido excessivamente filosófica deve-se ao fato de o espírito crítico contido nas argumentações do estudo ser oposto à realidade prática do Direito Positivo e à justiça dele decorrente.

A argumentação filosófica do presente estudo encontrou apoio prático no *movimento metodológico processual da instrumentalidade do processo* e por isso uniu o conteúdo filosófico-teórico que possui essências da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito com o conteúdo da Instrumentalidade do Processo pertencente ao Direito Processual Civil. A Filosofia da Instrumentalidade do Processo não deve ser entendida como doutrina, mas como uma crítica filosófica.

Talvez a visão aqui exposta, se colocada em prática, também seja falha e insuficiente, mas do senso crítico brotaram as idéias expostas. Portanto, o Homem deve aprimorar-se e se aperfeiçoar, pois é vã a tentativa de aperfeiçoá-lo através das leis morais, das normas jurídicas, dos conceitos e das teorias.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci de Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. Coleção Estado de Sítio.

AGUIAR, Rui Rosado. Interpretação. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, a. 16, v. 45, mar. 1989, p. 7-20.

ALENCAR, Marco Túlio. Criança e adolescente: direitos e políticas públicas. *Inesc*. Disponível em: <<http://protagonismojuvenil.inesc.org.br>>. Acesso em: 29 out. 2009.

ALVIM, José Manoel Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975-1976, v. 2 e 3.

\_\_\_\_\_. *Código do consumidor comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. V. 1.

ANGELIS, Barrios de. *Introducción al estudio del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1983.

ARISTÓTELES. *A ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. 3. ed., Bauru: Edipro, 2009.

\_\_\_\_\_. *A política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. 5. ed., São Paulo: Martin Claret, 2009.

ASCARELLI, Túlio. Economia di massa e statistica giudiziaria. In: *Saggi di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 1995.

ASSAGRA, Gregório de Almeida. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, v. 9, jan./mar. 2002, p. 20.

\_\_\_\_\_. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, jul./set. 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia Jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores de seu anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Trad. Maria Celeste Leite dos Santos, revisão técnica de Cláudio de Cicco com apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. UNB (Universidade de Brasília), 1999.

BRAIBANT, Guy et Marcou Gerard. *Les Droits de L' homme: universalité et renouveau 1789-1989*. Paris: Editions L Harnattan, 1990.

BRAUDEL, Fernand. *A gramática das civilizações*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BYDLIINSKI, Franz. Diritto, metodo e giurisprudenza. *Riv. Vita Notarile Esperienze Giuridiche*. Palermo, Edizioni Giuridiche Buttitta, n. 1, 1994.

CABRAL, Otávio; RIBEIRO, Gustavo. Poder, dinheiro, corrupção e..., *Revista Veja*, São Paulo, Abril, ed. 2142, a. 42, n. 49, 9 dez. 2009, p. 84.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALEGARIS, Contardo. A praga escravagista brasileira. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Mais, p. 5.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di diritto processuale*. 1975, v. 30. Trad. Revista de processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 5, 1977.

\_\_\_\_\_. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi, in le azioni a tutela di interesse collettivi*. Padova: CEDAM, 1976.

\_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI & GARTH. *Access to Justice*. Milano: Giuffrè, 1978, v. I, Book I. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão Carneiro. *Intervenção de terceiros*. 16. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO, Sandra (org.). Direitos humanos no Brasil 2003. *Relatório anual do Centro de Justiça Global*. Trad. Carlos Eduardo Gaio et. al. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2004. Disponível em: <[http://www.global.org.br/principal.asp?id\\_menu=43](http://www.global.org.br/principal.asp?id_menu=43)>. Acesso em: 29 out. 2009.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CATILHO, Ela Volkmer de. *O controle penal dos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. O crédito ao consumidor e a estabilização da economia. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, v. 1, set./dez. 1996, p. 96.

COING, Helmut. *Fundamentos de filosofia del derecho* (Grundzüge der Rechtsphilosophie). Trad. Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961.

COMISSÃO DE PATRIMÔNIO CULTURAL DA USP. Direitos Humanos em dissertações e teses da USP 1934-1999. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 15 e 16, ano XIII, 1974.

\_\_\_\_\_. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed., de acordo com a reforma do Judiciário. 2. tir., São Paulo: Saraiva, 2008.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas (efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, ano 26, jul./set. 2001, p. 9.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 18. ed., São Paulo: Saraiva: São Paulo, 2004. V. 7.

DIREITOS HUMANOS NO COTIDIANO. Prefácio De Fernando Henrique Cardoso. 2. ed., São Paulo: Ministério da Justiça, Secretaria do Estado dos Direitos Humanos, UNESCO e Universidade São Paulo, 2001.

ENCONTRO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: Ultraset, 1994. Série Eventos n. 4.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FABRETTI, Daniel. *Mediação e gerenciamento do processo*. 2. reimpr., São Paulo: Atlas, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do código civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2000, v. 76, p. 129

FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 235, 1955.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

FERACINE, Luiz. *Estudo introdutório à obra de Giovanni Pico: a dignidade do homem*. 2. ed., Campo Grande: Uniderp, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional: de acordo com a constituição de 1988*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *A idéia do bem entre Platão e Aristóteles*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia; *et al.* *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



GRECO, Leonardo. As invalidades processuais e a execuão. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, dez. 1999, vol. 2-5.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

\_\_\_\_\_. As novas ações coletivas ambientais. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 03 nov. 1991.

\_\_\_\_\_. *O processo em evolução*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

\_\_\_\_\_. A ação civil pública no STJ. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. Ação popular portuguesa: uma análise comparativa. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Juizados especiais criminais*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Benefício de prazo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, ano XXII, n. 69, v. 19, dez. 2002, p. 13.

\_\_\_\_\_. O anteprojeto de código modelo de processos coletivos para Ibero-América.

Gritos de guerra do BOPE assustam Parque Guinle. *Jornal O Globo*, São Paulo, 24 set. 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed., rev. ampl., São Paulo: Celso Bastos-IBDC, 2001.

HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política*. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2002. Coleção Fundamentos do Direito.

IRTI, Natalino. *Rivista Di Diritto Civile*. Padova, v. 25, n. 2, mar./abr. 1979.

\_\_\_\_\_. *L'età della decodificazione*. 4 ed., Milano: Giuffrè, 1999.

\_\_\_\_\_. *Dialogo su diritto e tecnica*. Roma: Laterza, 2001.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. 3. ed., São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. *Crítica da razão prática*. Trad. Paulo Barrera. Revisão da Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Ícone, 2005. Coleção Fundamentos do Direito.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

\_\_\_\_\_. *Crítica pura da razão*. Trad. Rodrigues de Mereje. Rio de Janeiro: Ediouro, [s.d.].

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.

\_\_\_\_\_. *A justiça e o direito natural*. Trad. e prefácio de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

KRELL, Andréas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços básicos. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. UFPE, Recife, n. 10, 2000, p. 56-57.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 28, jul. 1983, p. 10.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, 1959, p. 563.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Discurso de metafísica*. Trad. Gil Pinheiro: São Paulo: Ícone, 2004.

LEITÃO, José Francisco Lopes de Miranda. *Sentença declaratória*. São Paulo: Malheiros, 1999.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*, 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. V. 5.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Trad. de Vera Maria Jacob Fradera do original *Las normas fundamentales do Derecho Privado*, Argentina-Santa Fé: Rubinazal-Culzoni, 1995.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUNO, Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitucion*. 6. ed., Madrid: Tecnos, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 782, dez. 2000, p. 30.

\_\_\_\_\_. *Manual do consumidor em juízo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de plano de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, Padma, v. 8, out/dez 2001.

\_\_\_\_\_. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n 51, jul/set., 2004.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1.º a 74.º – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986.

\_\_\_\_\_. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDEIROS, Luiz Cezar. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. 3 ed., Florianópolis: Conceito, 2008.

MELLO, Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a Constituição*. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia, desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 4. tir., São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 9. tir., São Paulo: Malheiros, 2008.

MESQUITA NETO, Paulo de. *Segundo relatório nacional sobre os direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed., rev., Coimbra: Coimbra, 1991. T. II e IV.

MONDUGNO, Franco. *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: G. Giappicheli, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 34. ed., rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva de acordo com o Novo Código Civil (Lei n 10.406, de 10-01-2002), São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos lato sensu, decorrentes de questões de massa. *Revista de Direito do Consumidor*: São Paulo, n. 56, out./dez. 2005, p. 148-149.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY, Rosa Maria Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção): uma análise histórica e cultural*. Tese de Livre Docência. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

\_\_\_\_\_. Idéias do mundo antigo: equação do justo e o direito de obrigações. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, ano 5, out./dez., 2004, p. 13.

\_\_\_\_\_. Dano Moral e patrimonial: fixação do valor indenizatorio. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 21, ano 6, p. 11-21, jan./ mar. 2005.

\_\_\_\_\_. *Trabalho escrito em homenagem à Eminente Professora Doutora Maria Garcia*.

NERY JUNIOR, Nelson. Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 46, 1987, p. 8.

\_\_\_\_\_. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Leis civis comentadas*. 2. tir., atual. até 20.7.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Themis e Leviatã*.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

PLATÃO. *A República*. Trad. Ana Lia Amaral de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed., São Paulo: Renovar, 2007.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação e poder judicial: sobre epistemologia da construção constitucional*. Coimbra-Portugal: Coimbra, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Comissão de Patrimônio Cultural da USP*. Direitos Humanos em Dissertações e teses da USP, 1934-1999, p. 26-27.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1969.

\_\_\_\_\_. *Lições preliminares de direito*. 23. ed., São Paulo, Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal comentada e legislação especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROQUE, Sebastião José. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2006. Coleção Elementos de Direito.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho processual civil*. Buenos Aires: EJE, 1995.

ROSSEAU, J.J. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens: precedido de discurso sobre as ciências e as artes*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

ROUSSEN, Dominique. *Libertés Individuelles et la Dignité de la personne humaine*, Paris: Montchrestien, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo código civil e a Constituição*. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

SCALISI, Antônio. *Il valore della persona nel sistema e è nuove diritti della personalità*. Milano: Giuffé, 1990.

SILVA, Clóvis Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. 3. tir., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio Batista da. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Direitos humanos como educação para a justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed., rev. ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 2. ed., rev., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. *Palavras do amigo aos estudantes do direito: bocejos extra-curriculares, proferidos no escritório do Professor, em 2002*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Código de defesa do consumidor, código civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 56, out/dez., 2005, p. 10.

VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Madrid: Civitas, 1990. Caderno Civitas.

\_\_\_\_\_. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Ed Cuadernos Civitas, 1991.

VECCHIO, Giorgio Del. *O Estado e suas fontes do direito*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor (artigos 81-90 e 101-102)*. 8. ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2005.

\_\_\_\_\_. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.



\_\_\_\_\_. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.