

A Filosofia Jurisdicional

*Andreza Pucca*¹
*Otávio Jorge de Moraes Junior*²

Resumo

Este trabalho tem por objetivo apresentar, analisar, levantar indagações e abrir caminhos para uma compreensão abrangente sobre a filosofia e a justiça e sua importância para o direito, conhecendo o conceito de justiça visto por alguns dos maiores Filósofos de todos os tempos até os dias atuais, onde sua aplicabilidade é essencial e de grande discussão sempre com o intuito incessante do bem comum.

Palavras-chave: Filosofia, jurídica, justiça, jurisdicional, direito.

1. Introdução

O tema ora exposto discorrerá sobre a Filosofia Jurídica, a chamada Axiologia jurídica, ou seja, o estudo ou teoria de valores, especificamente a filosofia e justiça onde ambas são de suma importância para o Direito.

A discussão deste tema é uma questão de análise para que possamos verificar se, para o ordenamento jurídico positivista a Justiça se mostra realmente importante.

Teremos como foco a justiça e a filosofia, onde será demonstrada a sua importância para o Direito positivo e principalmente para o bem comum.

O estudo se mostra necessário, posto que se mostre de relevante importância às questões que dizem respeito à aplicação da justiça dentro do ordenamento jurídico como, por exemplo, se ela é justa ou injusta.

É de imprescindível importância o estudo da filosofia jurisdicional, pois nos norteia para uma melhor visão da aplicação das normas no ordenamento jurídico, colocando à prova se alguma Lei está em acordo ou desacordo com a sua finalidade, ou seja, seu fim social não nos esquecendo da figura da moral e da ética que estão diretamente ligadas à justiça.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque. (2010).

² Pós-Graduado e Mestre em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais. Professor Universitário de Graduação e Pós-Graduação. Advogado.

O tema me desperta a atenção devido às questões filosóficas, onde para entendermos com mais sabedoria o direito, necessariamente temos que estudar a filosofia que nada mais é que o amor ao conhecimento, que operador do direito necessariamente deve ter para exteriorizar o conhecimento das normas e aplica-las com consciência.

A questão proposta é a aplicação da justiça, desde os primórdios da Grécia antiga juntamente com seus filósofos como Sócrates, Platão e Aristóteles, onde a questão da humanidade e do fim social é bastante presente desde os pré-socráticos até os dias atuais.

É sabido que não obstante a extensão do título “Justiça”, é importante ressaltar que a teoria da Justiça, especialmente quanto ao seu conceito e elementos característicos, é fundamental para a compreensão da ciência jurídica.

Nesse prisma, o presente trabalho, analisa as diversas concepções de Justiça, especialmente quanto à sua aceção subjetiva e objetiva; formal e material; suas espécies comutativa, distributiva, convencional e substancial; as relações de Justiça e Filosofia; Justiça e Direito; Justiça e Bem Comum; Justiça e Moral; Justiça, Validade e Eficácia e Justiça e Equidade.

Para realização deste estudo a metodologia a ser aplicada será a pesquisa bibliográfica e a pesquisa via internet.

Começaremos o presente trabalho falando de justiça e filosofia, ressaltando que ambas são de suma importância para o operador do direito que, necessariamente precisa fazer parte do mundo do conhecimento e do saber, para proporcionar a si mesmo e principalmente à sociedade a resposta justa da questão que lhe fora apresentada, e a justiça é o caminho que nos levará ao contentamento ou ao descontentamento do mérito proposto e como já dizia o sábio positivista Hans Kelsen, que a aspiração da justiça é equiparada como a felicidade, onde todos buscam eternamente a felicidade social que é denominada Justiça.

2. Filosofia e Jurisdição

2.1. Histórico do Conceito

Conforme Montoro³

3 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. Justiça Lei Faculdade Fato Social Ciência 26ª edição revista e atualizada. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005, p.166, apud Livro dos Provérbios XI, 5; Livro da Sabedoria VIII, 7 e Aristóteles, Ética e Nicômaco, v.1.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

É importante notar que toda a tradição filosófica, ética e jurídica da humanidade empregou a palavra justiça no sentido subjetivo e pessoal. A Bíblia identifica frequentemente, justiça e virtude, como no Livro dos Provérbios: “A justiça do simples dirige o seu caminho”. E, em sentido mais estrito, no Livro da Sabedoria: “A sabedoria ensina a temperança, a prudência, a justiça e a fortaleza”. Entre os orientais, a palavra justiça é empregada quase sempre no sentido de “sabedoria”. Aristóteles e os pensadores representativos da cultura grega consideram a justiça como “hábito”.

A justiça sempre se demonstrou de forma intrínseca, ou seja, interna, e para ser demonstrada necessariamente deve ser exteriorizada seja de forma justa ou injusta.

Segundo Lorenzetti Marques⁴

A Filosofia criou alguns critérios para que possamos orientar-nos na realização da justiça. Inicialmente o critério básico era o da igualdade. Foi o critério da igualdade que criou o princípio da isonomia, pelo qual todos são iguais perante a lei. Segundo o critério de igualdade, a justiça se realiza como uma relação aritmética de igualdade entre dois termos, ou seja, dar a cada um o mesmo. Cada homem devia contribuir igualmente ao Estado, e cada injúria devia corresponder uma reparação de igual teor.

O termo justiça (do latim *iustitia*), de maneira simples, diz respeito à igualdade de todos os cidadãos. É o princípio básico de um acordo que objetiva manter a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma legal (constitucionalidade das leis) ou na sua aplicação a casos específicos (litígios).

Sua ordem máxima, representada em Roma por uma estátua, com olhos vendados, visa seus valores máximos onde “todos são iguais perante a lei” e “todos têm iguais garantias legais”, ou ainda, “todos têm iguais direitos”. A justiça deve buscar a igualdade entre os cidadãos.

De acordo com Montoro⁵

Entretanto, na moderna linguagem jurídica, é usada preferencialmente a acepção objetiva da justiça. Esta diversidade não significa que exista uma oposição entre o sentido subjetivo e objetivo da justiça. Estamos na presença de dois aspectos de uma mesma realidade. Justiça, no sentido subjetivo, é a virtude pela qual damos a cada um o que lhe é devido. No sentido objetivo, justiça aplica-se a ordem social que garante a cada um o que lhe é devido. Trata-se de um caso de analogia. O que se disser da justiça como virtude aplicar-se-á, também, analogicamente, à ordem social e às demais acepções do vocábulo.

A questão objetiva da justiça diz respeito à exteriorização, ou seja, o direito, a

4 MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTr, 1999, p.35.

5 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. Justiça Lei Faculdade Fato Social Ciência 26ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.167.

norma jurídica e a questão do certo e do errado vista pelo ordenamento jurídico.

Justiça é um princípio de sabedoria que deveria ser utilizado pelo Governo e principalmente pelo Poder Judiciário, é antes de tudo um princípio de equidade, ou seja, de imparcialidade. Ser Justo não é dar vantagem para uns e desvantagem para outros é estabelecer regras claras. É poder através do equilíbrio se satisfazer ou sacrificar por igual sem deixar resíduos de insatisfação.

A palavra Justiça foi empregada no sentido subjetivo e pessoal pela tradição filosófica, ética e jurídica.

Vista como finalidade do Estado a Justiça se reduz à realização do bem comum, o termo Justiça em nossos dias é usado no sentido objetivo, ou seja, indica a ordem social que os atos de Justiça constituem.

Segundo Castro⁶

Para que se realize a justiça no Estado é necessário que cada categoria social exercite a virtude que lhe é correspondente. A virtude superior é a sabedoria. Os governantes devem filosofar e os filósofos devem governar. A vida moral é o exercício intelectual para contemplação das idéias. O ideal da vida é a realização de um bem completamente espiritual. A educação verdadeira é a da alma, que culmina na dialética: só a educação do espírito torna os homens sábios. Educar o corpo é frear os impulsos irascíveis e concupiscíveis, isto é, moderar a desenfreada audácia e os apetites irracionais, tornando a alma forte e temperante.

Sendo a virtude uma sabedoria, é desde os primórdios da Grécia antiga que se vê sua importância para o homem médio e para o bem comum.

1.1.2 – A Concepção de Justiça e Filosofia

Não há como adentrarmos diretamente em filosofia sem sabermos o sentido de sua palavra e significado, filosofia nada mais é que o estudo da sabedoria, o amor ao conhecimento e suas experiências, onde as respostas estão nas perguntas e aí está o seu valor maior.

Do ponto de vista filosófico, o sentimento de Justiça corresponde ao intrínseco e interno à consciência do homem médio, este dotado de justo e injusto; do bem e do mal; do certo e do errado.

Conforme Gusmão⁷

6 CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito**. 7ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p.25.

7 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 9ª revista e anotada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.5.

A “pergunta” é mais importante, lança a dúvida sobre as idéias estabelecidas, abre novos horizontes, novas perspectivas, colocando em questão o estabelecido por “respostas” dadas no passado. As “perguntas” são os temas, as “respostas”, as filosofias. A “filosofia” que pretender ter a resposta definitiva, indiscutível para os problemas do Homem e da sociedade, é dogma, incompatível com o espírito filosófico e crítico. Sócrates compreendeu a perenidade da “pergunta”, tendo sido o primeiro questionador. Era um “perguntador” emérito, levantador de questões eternas, para as quais só temos “respostas” relativas, provisórias. A Filosofia tem nos dado.

A importância da Filosofia está nas perguntas, onde as repostas nelas estão; e aí sua vislumbrante arte do saber e do conhecimento.

A atitude da filosofia é indagar, posto que para que possamos ter respostas do que perguntamos, necessariamente deverá haver uma indagação.

Conforme Chauí existe algumas características dessa tal atitude filosófica que são as mesmas, independente do conteúdo investigado. As características são:

Segundo Chauí⁸

Perguntar o que a coisa, ou o valor, ou a idéia, é. A Filosofia pergunta qual é a realidade ou natureza e qual é a significação de alguma coisa, não importa qual; perguntar como a coisa, a idéia ou o valor, é. A Filosofia indaga qual é a estrutura e quais são as relações que constituem uma coisa, uma idéia ou um valor; perguntar por que a coisa, a idéia ou o valor, existe e é como é. A Filosofia pergunta pela origem ou pela causa de uma coisa, de uma idéia, de um valor.

A justiça é uma questão mais complexa, onde não há como descrevê-la tão simplesmente, pois o que seria justo para um não é justo para outro é questão puramente subjetiva, pessoal e a filosofia adentra ao mérito para questionar o que seria o justo e o que seria o injusto desde os primórdios incluindo Sócrates, Platão e Aristóteles, um dos maiores pensadores da Filosofia. Então o que é Justiça? Desde os primórdios da Grécia antiga já era claro a preocupação quanto ao bem comum, este essencial para uma vida em sociedade com harmonia entre governantes e governados.

Conforme Gusmão⁹

Mais de vinte séculos de especulação sobre essa idéia nos antecedem e, apesar de tudo, dela ainda temos uma noção vaga. Jamais a esgotaremos por não estar ao alcance da inteligência, não sendo, assim, conceituável. Dentro de uma situação histórica é possível concebê-la. Nesse caso, é a justiça para uma situação. Fora dela, mantém-se virgem, intocável, inapropriável, forjando idéias históricas, vencidas pelo tempo, por ela mesma com o tempo julgadas e condenadas. Apesar disso, filósofos, intelectuais, juristas, pensadores, políticos e

8 CHAÚÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12ª edição 5ª impressão. São Paulo: Ática, 2002, p.14.

9 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 9ª revista e anotada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.89 e 90.

homens de letras insistem em defini-la com alcance universal. Como a entendem? Começamos por Platão em sua obra *A República*. Nesse diálogo, Trasímaco diz ser justo “fazer o que é do interesse do mais forte”. Sócrates, depois de várias considerações, com as quais acabou concordando Trasímaco, responde-lhe: “os que se encontra em posto de comando, exercendo funções de governo, não devem perseguir seus próprios interesses, mas sim os de seus subordinados, em função dos quais devem agir”. Nesse caso, agir, não no interesse próprio, mas no da comunidade, seria a virtude máxima. Daí Sócrates identificá-la coma virtude por excelência, que, se praticada, tornaria possível o Estado perfeito. Justiça prossegue Sócrates, respondendo a Glauco, consiste ainda em exercer o ofício que nos cabe socialmente. Fazer cada um o que lhe compete, não fazer o que for da alçada de outros, eis a “regra de ouro” da justiça socrática. O saber, segundo o ensinamento socrático, é condição da ação e de vislumbrar a justiça. Virtude que consiste em agir na medida da competência ou do saber de cada um. Virtude que obriga a cada um ao exercício da função a que está habilitado pelo saber que domina. Virtude que deve ser observada por governantes e governados. Mas, essa idéia nos dá uma visão parcial da justiça, válida em um mundo em que o saber desempenha papel relevante. Ordem e harmonia sociais são metas da justiça. Mas, qual a ordem justa ou como é possível a harmonia social? Eis aí uma questão fundamental que só parcialmente soluciona a “regra de ouro” socrática. Qual a “virtude” de dar a cada um o seu ofício ou de dar a cada um a pena que merece por ter praticado uma falta? Quem tente responder é Pitágoras ao conceber a justiça como igualdade. A reciprocidade de tratamento seria, também, segundo ele, uma de suas modalidades. Como igualdade tem sido entendida há muitos séculos. Aristóteles assim a concebeu: tratamento igual de homens e fatos. A “justiça distributiva, para ele, consiste na igualdade das relações. As honras devem ser dadas na razão do mérito a repartição mal feita gera a injustiça, porque quem tem mais é uma ofensa a quem tem menos. A justiça corretiva, ao contrário, consiste na igualdade aritmética, punindo igualmente os delitos. É indiferente para a justiça que um homem probo tenha sido roubado por um biltre ou que sucedesse o contrário. Os culpados são tratados como iguais. E quando um homem sofre injustiça, o juiz, ao infringir a pena ao ofensor, anula a vantagem por ele obtida.

Ressalta Gusmão¹⁰

A justiça quer requer a igualdade de tratamento, não nos diz como universalmente estabelecê-la. Talvez, por isso o direito prescreva de forma igual e geral para o futuro, enquanto a justiça, que não se satisfaz só com esse tratamento formal e frio, prescreve, e não para o futuro, para cada caso, a solução jurídica de acordo com o princípio de igualdade ou de proporcionalidade. Exige a justiça, além do equilíbrio entre pretensões e obrigações e entre ações e reações, a igualdade de oportunidades, proporcionalidade, reciprocidade, respeito a deveres morais, pois, do contrário, estaria em conflito consigo mesma, porquanto, é valor moral. Exige, por isso não causar dano injusto a outrem, respeitar os compromissos assumidos desde que haja proporcionalidade das pretensões, das sanções ao ato ilícito, da indenização ao dano, do lucro ao investimento etc.

Não importa qual seja a forma da organização da Justiça, de seu sistema, ela corresponde de fato a uma das mais antigas aspirações em todas as sociedades.

10 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 9ª revista e anotada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.91 e 95.

Na função de Justiça, em todos os lugares o Estado sempre se constitui baseado nele mesmo em seus esboços mais primitivos.

Na ordem jurídica a Justiça é o que se faz conforme o Direito ou segunda as regras prescritas em lei.

2.1.3 – A Ótica Filosófica da Jurisdição

De acordo com Nader¹¹, “com base nas compreensões e entendimentos de Platão e Aristóteles, o jurista Ulpiano assim a formulou: Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu.”

Representada, por São Tomás de Aquino, Santo Agostinho e Isidoro de Sevilha o qual faziam parte da tradição patrística e medieval, consideravam a justiça como uma “virtus”, ou seja, virtude, força de vontade, força moral.

No passado a concepção de justiça tinha um fundamento, que era o de acreditar que jamais o governante usaria do poder para prejudicar o bem público ou o bem comum.

Os filósofos do direito partidário do direito natural, tanto quanto outros negadores desse direito concordavam em fazer do contrato social a fonte do poder do governante ou príncipe, vendo neste mesmo contrato a segurança de que o detentor do poder executivo não abusaria do poder contra o povo. Para os jusnaturalistas, que acreditavam na existência de direitos naturais anteriores ao Estado, o direito estabelecido pelo contrato social não era mais que a positivação desses direitos e para os que não admitiam direitos naturais pré-estatais - os direitos naturais anteriores ao Estado - como Hobbes, por exemplo, a segurança de que o governante faria tudo em prol do bem comum estava no princípio de obediência ao contrato “*pacta sunt servanda*”.

De acordo com Lorenzetti Marques¹²

Sócrates (468-400 a.C) era um filósofo de Atenas que, apesar de nunca ter escrito um livro nem ter ensinado regularmente, foi um personagem marcante na história da Filosofia. Com a sua maiêutica, Sócrates questionava tudo e todos, principalmente sob um prisma ético, o que valeu um grande número de inimigos, que o levaram a julgamento por traição e a condenação à morte por ingestão de cicuta. A justiça como qualidade das pessoas e da ordem social de Atenas era uma constância da atuação de Sócrates. Questionava não apenas a atuação e a qualidade de indivíduos, mas também da própria sociedade ateniense, De certa

11 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito de acordo com a CF de 1988**. 22ª edição revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.101.

12 MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTr, 1999, p.33.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

forma estes dois tipos de questionamentos foram posteriormente divididos em dois ramos diferentes do nosso saber: a moral – que estuda a justiça no seu sentido subjetivo – e – direito – que estuda o seu aspecto objetivo.

Declara Sócrates que, “se alguém diz que a justiça significa restituir a cada um o que lhe é devido, e se por isso entende que o homem justo deve prejudicar os inimigos e ajudar os amigos, não é sábio quem expõe tais idéias, pois a verdade é bem outra: que não é lícito o mal a ninguém e em nenhuma ocasião.”¹³

Para Sócrates, a virtude de justiça resume-se em proferir a verdade e em restituir o que se tomou de alguém.

A discussão de justiça é marcada por uma intencionalidade, marcante no sentido da composição harmônica dos valores, sendo concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos.

Historicamente cada um tem sua imagem ou idéia de justiça, dependente da escala de valores dominantes nas devidas sociedades, porém nenhuma dela é toda a justiça.

Na visão de Reale¹⁴, é como inclinação, tendência, forma de querer, que a justiça é vista, como algo que está no homem mesmo antes de se realizar na sociedade.

No entanto, se o homem age segundo a justiça, obedecendo ao impulso subjetivo, individual e pessoal, instaura numa ordem social, uma ordenação de convivência, onde tal ordenação social por ele objetivada se dá o nome de justiça.

Segundo Reale¹⁵ “a justiça passou a ser vista de forma objetiva e como realização da ordem social justa, resultante de exigências transpessoais inseparáveis ao processo do viver coletivo”

Nos dizeres de Gusmão¹⁶

Mas, que é justiça? Eis aí uma questão formulada desde Sócrates até nossos dias, sem resposta ainda. Não há quem não tenha dado pelo menos uma vaga idéia. Defini-la, quantas tentativas têm sido mal sucedidas. Desde Kant diz-se não ser possível conceituá-la por ser a razão cega para os valores. Boa desculpa para governantes e para as grandes potências no plano internacional. Mas o grande problema atual não é defini-la – logicamente impossível dada a sua natureza (valor) – mas realizá-la e garanti-la. Uma coisa é certa: diante da injustiça, todos

13 PLATÃO. **Os pensadores. A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000 p. 16 e 17.

14 REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

15 REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

16 GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 9ª revista e anotada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 79.

sentem revolta, por ser ela reconhecível no ato, no ato ou na conduta injustas. Mas definir o injusto ou o justo põe em desacordo gregos e troianos. Assim, na presença da injustiça, exige-se justiça por ser aí possível saber como ela deva ser para o caso concreto.

Segundo Lorenzetti Marques¹⁷

Platão (429 a 343 a.C) era amigo de Sócrates e desenvolveu em grande parte a dialética. Dedicou-se mais especificamente ao estudo da justiça, chegando à conclusão de que a justiça era a máxima virtude do indivíduo e do Estado. Tentando abarcar as concepções subjetivas e objetivas de justiça em um só conceito.”

De acordo com Nader¹⁸

A idéia de justiça havia sido a pedra angular do sistema filosófico de Platão, que a concebera como a *máxima virtude do indivíduo e do Estado*. Sem chegar a defender um determinismo social, mas convencido das desigualdades humanas, armou o seu raciocínio a partir da premissa de cada indivíduo é dotado de uma aptidão própria. Assim é que uns nascem para governar e outros para serem comerciantes, artistas, militares, agricultores, auxiliares, entre outras profissões. Todo indivíduo, por imperativo de justiça, deveria dedicar-se apenas à atividade para a qual possuísse qualidades. A fórmula de justiça consistiria em que os homens se limitassem apenas aos afazeres que lhes competissem. Foi com Aristóteles que a idéia de justiça alcançou o seu lineamento mais rigoroso e preciso. O discípulo de Platão distinguiu a justiça em dois tipos: *geral e particular*. A primeira corresponde a uma virtude da pessoa, concebida anteriormente por Focílides e Teógnis, poetas do séc. VI a. C., e por Platão. A justiça particular dividiu-a em duas espécies: *distributiva e corretiva*, esta também denominada igualadora ou sinalagmática. A justiça distributiva consistia na repartição da honras e dos bens entre os indivíduos, de acordo com o mérito de cada um e respeitado o princípio da proporcionalidade, que chamou de proporção geométrica. Cumpria principalmente ao legislador a sua fixação. Já a justiça corretiva se aplicava às relações recíprocas e atingia não apenas às transações voluntárias, que se manifestavam pelos contratos, como às involuntárias, que eram criadas pelos delitos. Del Vecchio vê, na justiça corretiva de Aristóteles, duas subespécies: *comutativa e judiciária*. A primeira se aplicaria às relações de troca, em que deveria haver igualdade entre os quinhões das duas partes. A *judiciária*, desenvolvida pelos juízes, se destinaria a corrigir os desequilíbrios, a violação dos deveres, tanto na esfera civil como da criminal.

Nos dizeres de Lorenzetti Marques¹⁹

Aristóteles (384 a 322 a.C) nasceu na Macedônia, mas também habitou em Atenas, sendo inclusive discípulo de Platão. Foi denominado o príncipe dos Filósofos e considerado por muitos como o criador da anatomia e da fisiologia comparadas, da lógica e da história da filosofia. Foi com Aristóteles que a idéia de justiça atingiu o seu lineamento mais rigoroso e preciso.

17 MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTr, 1999, p.33.

18 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109 e 110.

19 MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTr, 1999, p.33.

Conforme filosofolionessantos²⁰

A principal teoria sobre a Justiça proposta por Aristóteles encontra-se no livro *Ética à Nicômaco*. O livro V da *Ética à Nicômaco* é dirigido a questão da justiça. Para Aristóteles, a justiça é o principal fundamento da ordem do mundo. Todas as virtudes estão subordinadas à justiça. A justiça, para Aristóteles, é indissociável da polis, ou seja, da vida em comunidade. A justiça se realiza na prática constante da relação com o outro. Segundo Aristóteles, a *Ética* e a *Justiça* não são adquiridas nos livros ou através do pensamento, mas sim, através da vida prática. A justiça considerada como virtude moral consiste essencialmente em dois fatores: a obediência às leis da polis e o bom relacionamento com os cidadãos. A teoria aristotélica no livro V permite fundamentar a existência de juristas e do direito como uma entidade autônoma. Aristóteles destaca dois sentidos de justiça e injustiça: o justo pelo respeito à lei, e o justo por respeito à igualdade. Aristóteles formulou a teoria da justiça da “equidade”. A noção de equidade foi exposta como uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade, ou seja, um complemento da justiça que permite adaptá-la aos casos particulares. A justiça eqüitativa permite dar a cada um o que lhe é devido, levando-se em consideração: seus dotes naturais, sua dignidade, as funções que desempenha e o grau hierárquico que ocupa na sociedade. Ao estudar a questão da justiça, Aristóteles identifica vários tipos. A justiça enquanto virtude denomina-se justiça geral, enquanto a justiça mais específica chamamos de justiça particular. Essa é o objeto próprio do Direito, da ciência jurídica. Com essa distinção, Aristóteles estabelece já aí a divisão entre a justiça natural e positiva. “Da justiça política, uma parte é natural, a outra é legal. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões; a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo; mas, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente” (Cap. 7, Livro V, *Ética à Nicômaco*). A lei suprema da moralidade consiste em realizar a essência, a natureza. O que é natural é moral, de acordo com a essência imutável. A lei natural tem sua essência no justo de acordo com a natureza. Mas, os indivíduos devem viver também na lei positiva que varia sempre, deve realizar-se na lei positiva que é meramente convencional, produto de situações particulares, meros pronunciamentos de um corpo de legisladores. A classificação aristotélica da justiça segue o princípio lógico de estabelecer as características ou propriedades do geral, para depois analisar os casos particulares. Há, desse modo, segundo Aristóteles, uma justiça geral e uma justiça particular. A justiça geral é a observância da lei, o respeito à legislação ou as normas convencionais instituídas pela polis. Tem como objetivo o bem comum, a felicidade individual e coletiva. A justiça geral é também chamada de justiça legal. Para os gregos, a justiça legal compreendia não somente a justiça sob a forma do ordenamento jurídico positivo, mas principalmente as leis não escritas, universais e não derogáveis do Direito Natural. Para Aristóteles, a lei positiva tem seu fundamento nos costumes. Disso decorre que a lei não tem nenhuma força para ser obedecida a não ser pelo costume. As leis civis são uma garantia contra a injustiça, mas elas não tem poder para fazer os indivíduos justos e bons. Justiça particular – tem por objetivo realizar a igualdade entre o sujeito que age o sujeito que sofre a ação. Esta divide-se em justiça distributiva e justiça corretiva. A justiça distributiva consiste na distribuição ou repartição de bens e honraria segundo os méritos de cada um. A justiça corretiva visa a correção das transações entre os indivíduos, que pode ocorrer de modo voluntário, como nos delitos em geral. Nesta forma de justiça, surge a necessidade da intervenção de uma terceira pessoa que deve decidir sobre as relações mútuas e o eventual descumprimento de acordos ou cláusulas contratuais. Surge a necessidade do juiz que, segundo Aristóteles, passa a personificar a noção do justo. A justiça corretiva é também denominada equiparadora ou sinalagmática: (As partes estabelecem obrigações recíprocas).

²⁰Filosofolionessantos/ Autor: **filosofolionessantos**. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711955-justi%C3%A7a-em-arist%C3%B3teles/> publicado em 24 de nov. de 2007. Acesso em: 26 de out. de 2009 12h54.

De acordo com filosofolionessantos²¹, a Justiça se subdivide em:

Justiça comutativa – que preside os contratos em geral: compra e venda, locação, empréstimo, etc. Esse tipo de justiça é essencialmente preventiva, uma vez que a justiça prévia iguala as prestações recíprocas antes mesmo de uma eventual transação. - Justiça reparativa – visa reprimir a injustiça, a reparar ou indenizar o dano, estabelecendo, se for o caso, a punição. Aristóteles argumenta que; num mundo onde a maioria dos indivíduos se encontra submetida às paixões, é preciso conceber uma polis dotada de leis justas. Para isso, é necessário estudar a ciência da legislação a qual é uma parte da Política. É melhor ser governado por leis do que por excelentes governantes, porque as leis não estão sujeitas as paixões, enquanto que os homens, por mais excelentes que sejam não estão livres delas.

2.2 – A Justiça, o Direito e o Bem Comum

Conforme Plácido e Silva²²

JUSTIÇA Derivado de justiça quer o vocábulo exprimir, na linguagem jurídica o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei. É, assim, a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que pode ela se reconhecer a legitimidade dos direitos e se restabelece o império da própria lei.

Nas palavras da Bíblia Sagrada²³

Conselhos para a vida em sociedade:

Não faça o mal, e o mal não lhe acontecerá. Afaste-se da injustiça, e ela se afastará de você. Meu filho, não semeie nos sulcos da injustiça, e não a recolherá sete vezes mais. Não peça ao Senhor o poder, nem ao rei um lugar de honra. Não pretenda ser justo diante do Senhor, nem sábio diante do rei. Não procure tornar-se juiz, se não tiver força para eliminar a injustiça. Do contrário, você se acovardaria diante de um poderoso e mancharia a sua própria integridade. Não ofenda a assembléia da cidade, para não se tornar inimigo do povo. Não repita duas vezes o mesmo pecado, porque basta uma vez para se tornar culpado.

Em nossos dias, usa-se de preferência o termo justiça no sentido objetivo, ou seja, indica a ordem social que os atos de justiça constituem, onde objetivamente defende-se a tese em que a justiça se reduz à realização do bem comum, vista como finalidade do Estado.

O bem, enquanto bem do indivíduo, como fim último dessa direção axiológica, ou seja, a teoria dos valores constitui o objeto da Moral, e objetivo último da Ética.

É nesse sentido que Miguel de Unamuno (Bilbao – 1864, Salamanca – 1936),

21 filosofolionessantos/ Autor : **filosofolionessantos**. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711955-justi%C3%A7a-em-arist%C3%B3teles/> publicado em 24 de nov.de 2007.Acesso em: 26 de out. de 2009 12h54

22 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.466.

23 Bíblia Sagrada. **Edição pastoral eclesiásticos 6-7**. São Paulo: Paulus, 1990, p.861.

filósofo, poeta e dramaturgo espanhol, membro destacado da geração de 1898, dizia que “o homem vale mais que toda a Humanidade” tinha uma busca ansiosa para encontrar um sentido para a existência humana; desta necessidade, infere a existência divina.

Justiça quer dizer, então, ordem social justa cuja natureza e significado é objetivo fundamental da filosofia do Direito, a qual estuda o conjunto das condições lógicas, axiológicas e normativas da experiência jurídica, cujo conceito lhe cabe determinar.

De acordo com Castro²⁴ “Justiça é a institucionalização do direito. É a justiça o alicerce das relações interindividuais, entre o indivíduo e o grupo, intergrupais”.

Muitas pessoas confundem o significado dos termos Justiça e Direito. A Justiça é um princípio moral enquanto que o direito o realiza no convívio social. A justiça moral é individual e a justiça jurídica é social. A justiça é mais ampla que o Direito. O Princípio da Justiça é normalmente interpretado através da visão da Justiça distributiva como sendo a distribuição justa, eqüitativa e apropriada na sociedade. Aristóteles propôs a justiça formal, afirmando que os iguais devem ser tratados de forma igual e os diferentes devem ser tratados de forma diferente.

Sendo o Direito uma ciência essencialmente normativa e a estrutura lógica de toda a proposição jurídica um dever-ser, pergunta-se: Qual o ideal objetivado pela norma? Nas palavras de Del Vecchio, a noção do justo se mostra como pedra angular de todo o ordenamento jurídico. Busca-se sempre, na aplicação do Direito, a sentença “justa” ou a aplicação “justa” da lei.

A concepção de Direito que se revela no presente trabalho, dentre diversas, é a de considerá-lo como exigência da justiça. Já os latinos denominavam Direito como *jus* e não como *lex*. Na mesma esteira, os gregos o consideravam como “devido” ou “justo” (*dekaion*) e a lei como *nómos*. Direito, portanto, é propriamente aquilo que é “devido” por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade, ou seja, “dar a cada um o seu direito”.

Mas até que momento o direito pode ser considerado justo? Autores há que determinam à separação do Direito da Justiça. Os positivistas consideram o Direito como uma imposição da força social, enquanto a Justiça se caracteriza como um elemento estranho à formação e validade do Direito. Kelsen condiciona à religião ou à metafísica a determinação da Justiça, já que seus critérios, segundo o referido jurista,

são simplesmente emocionais e subjetivos.

De Acordo com Nader²⁵

A idéia de justiça faz parte da essência do Direito. Para que a ordem jurídica seja legítima, é indispensável que seja a expressão da justiça. O Direito Positivo deve ser entendido como um instrumento apto a proporcionar o devido equilíbrio nas relações sociais. A justiça se torna viva no Direito quando deixa de ser apenas idéia e se incorpora às leis, dando-lhes sentido, e passa a ser efetivamente exercitada na vida social e praticada pelos tribunais. Ao estabelecer em leis os critérios da justiça, o legislador deverá basear-se em uma fonte irradiadora de princípios, onde também os critérios vão buscar fundamentos para a avaliação da qualidade das leis. Essa fonte há de ser, necessariamente, o Direito Natural. Enquanto as leis se basearem na ordem natural das coisas, haverá o império da justiça. Se o ordenamento jurídico se afasta dos princípios do Direito Natural, prevalecem as leis injustas. Da mesma forma que o Direito depende da justiça para cumprir o seu papel, a justiça necessita também de se corporificar nas leis, para se tornar prática.

A justiça ganha significado quando se refere ao fato social, por intermédio de normas jurídicas.

Nas palavras de Nader²⁶, a justiça é importante não apenas no campo do Direito, mas em todos os fatos sociais por ela alcançados. A vida em sociedade, sem ela, seria insuportável.

A palavra "justiça" emprega-se por vezes, referindo-se ao direito, em expressões como palácio de justiça, administração da justiça e outras semelhantes. Mas num exame mais rigoroso do que é o direito, é preferível evitar tais usos, que podem induzir a confusão. Todos nós utilizamos com grande freqüência a palavra "direito" em expressões tais como "eu tenho direito de fazer tal coisa" ou "você não tem direito de fazer tal coisa". Se nos perguntassem o que queremos dizer com essas frases, provavelmente responderíamos que "ter direito" significa, aí, "poder fazer ou exigir algo". Este poder não se refere, porém, à capacidade física de fazer.

Também não nos referimos a uma exigência puramente moral, se bem que numa linguagem pouco precisa, o seu uso seja possível. Às vezes diz-se "tenho direito a que um amigo me empreste algo", pela amizade que nos une ou, inclusive, porque lhe fiz alguns favores que merecem o seu agradecimento, o que deverá levá-lo a oferecer-me ajuda quando necessitar; mas é fácil verificar que a palavra "direito" não é

24 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 103.

25 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.107

26 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.103.

a mais apropriada para este caso. Seria mais correto dizer que esse amigo "deve" emprestar algo, ou que é "moralmente obrigado" a fazê-lo. Quando falo de direito, refiro-me geralmente a um poder que, a não ser possível agir de outro modo, é suscetível de se impor coercitivamente, o que não acontece no caso indicado no exemplo anterior. Não se trata de uma coação puramente material, como acontece na hipótese do ladrão, mas de uma coação socialmente aceita. Ou seja, uma coação que a comunidade em que vivemos apóia ou mesmo cria.

De acordo com Lorenzetti Marques²⁷

O Direito, além de ser uma ciência cultural ou humana, pois estuda objetos culturais, também é uma ciência normativa. As normas jurídicas são normas éticas. As normas éticas são aquelas que condicionam o comportamento humano em função da realização de um valor. Nas normas éticas sempre existe um dever ser. O destinatário deve agir de determinada forma porque assim realizará um determinado valor, escolhido previamente pelo criador da norma. O valor é uma idéia de difícil conceituação, mas está intimamente relacionado com a idéia do bem e do mal, que por sua vez nos remetem ao chamado subconsciente coletivo e a sensações prazerosas ou dolorosas.

Nas sociedades primitivas a proteção do direito está, freqüentemente, a cargo do próprio interessado. O reconhecimento social consiste apenas em estabelecer os casos e a maneira segundo a qual essa proteção pode exercer-se. Assim o primitivo direito romano permitia matar o ladrão surpreendido em flagrante, se o roubo fosse à noite, se o ladrão se defendesse com quaisquer armas, ou se fosse um escravo. Nos nossos dias, esta defesa privada é pouco freqüente, mas também existe. Assim, em certas circunstâncias, todos têm o direito de repelir pela força um ataque que nos seja movido (legítima defesa) ou, num caso menos dramático, o proprietário de uma terra tem o direito de cortar as raízes das árvores vizinhas que penetrem no seu solo. No entanto, a regra generalizada é que a coação não pode ser exercida pelo interessado, e que este deve recorrer aos organismos sociais especializados, como são, por exemplo, os tribunais. Compete a estes últimos verificarem se existe realmente o direito alegado e, se necessário, impô-lo a força.

Ao conjunto de normas apoiadas por uma coação social organizada daremos o nome de "direito objetivo" ou simplesmente direito.

De acordo com Ferraz Junior²⁸

27 MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTr, 199, p.41. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

Enquanto se pode postular como certo que as normas jurídicas são regras que de alguma forma se adaptam às mudanças sociais posto que possam deixar de valer ao serem revogadas, conforme o interesse da decidibilidade dos conflitos, o que essa procura é uma espécie de estrutura de resistência à mudança, que assegure à experiência jurídica em sentido persistente. Desde a Antiguidade, foi na idéia de justiça que se buscou essa estrutura.

Nas palavras de Nader²⁹

A noção de bem comum acha-se compreendida no conceito mais amplo de um outro valor, que é a justiça. A idéia de bem comum consiste em um *acervo de bens, criado pelo esforço e a participação ativa dos membros de uma coletividade e cuja missão é a de ajudar os indivíduos que dele necessitam, para a realização de seus fins existenciais*. Os membros de uma sociedade ou comunidade vinculam-se aos interesses do bem comum, de um duplo modo: *como seus elaboradores e beneficiados*. Há o dever de todos na formação do bem comum, o qual se põe a serviço do aperfeiçoamento moral e cultural dos indivíduos, bem como de seus interesses econômicos vitais. Este controle e organização estão entregues à política social do Estado, não obstante a existência de instituições particulares que desenvolvem a nobre função de prover o bem comum. A justiça é um valor compreensivo que absorve a idéia de bem comum. A justiça geral e distributiva, associadas à justiça social, atendem plenamente às exigências do bem comum.

Nos dizeres de Montoro³⁰

O bem comum é o fim da sociedade. É, também, a finalidade última de toda Lei. E é o objeto da justiça social. Para viver e para desenvolver, os homens precisam de uma série de sociedades: família, escola, grupo profissional, empresa, associações, sociedade civil etc. em cada uma delas há, de certa forma, um bem comum, que é sempre o bem de uma comunidade de pessoas. O bem comum de uma sociedade não é simples soma de vantagens e benefícios oferecidos aos cidadãos, como estradas, escolas, meios de comunicação, hospitais, etc. Não se confunde, também, com o progresso do Estado, suas boas finanças, seu poder militar. Também não é apenas o conjunto de instituições, leis, costumes, tradições históricas e riquezas de cultura. Muito mais do que isso, mais simples, mais concreto, mais humano, o bem comum é o bem de uma comunidade de homens. Ele consiste, fundamentalmente, na vida dignamente humana da população, ou, em outras palavras, na boa qualidade de vida da população.

Segundo Montoro³¹ “Condição do bem comum é a “paz”. É aquele mínimo de unidade, tranqüilidade e segurança, sem o qual é impossível a própria existência da

28 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p.352.

29 NADER, Paulo Nader. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.112 e 113.

30 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. Justiça Lei Faculdade Fato Social Ciência 26ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.268 e 269.

sociedade”.

Segundo Montoro³²

A doutrina tomista do bem comum é mais exigente em relação à justiça social do que as doutrinas de inspiração materialista. Porque, conforme o pensamento tomista, uma sociedade só realiza o bem comum quando assegura à sua população não apenas a suficiência de bens materiais, mas também aquele mínimo de liberdade e condições culturais para o exercício de uma vida humana digna.

2.2.1. Os Símbolos e a Representação da Justiça

O Direito sem a balança para pesá-lo é força bruta e irracional. E sem a espada para obrigar sua aplicação é a fraqueza do Direito. Um deve completar o outro para que a Justiça seja a mais justa possível.

Nas palavras de France Farago³³

Se os critérios fundamentais da justiça são litigiosos, a inspeção do conceito e das representações quase espontâneas às quais eles deram lugar na história é repleta de ensinamentos. Há, de fato, uma espécie de congruência entre os conceitos de justiça, reciprocidade, simetria e equilíbrio: testemunham a iconografia da justiça, as inumeráveis alegorias arremessadas do esquema da pesagem. O símbolo da justiça herdado dos hieróglifos do Egito Antigo, a balança (que pesa dois pesos e duas medidas segundo o célebre título de Shakespeare), sugere que a medida e o equilíbrio são seus atributos eficientes, acompanhados, todavia do gládio que se abate sobre aquele que venha a comprometer, por suas transgressões, a paz a lei faz reinar.

Conforme a Faculdade Novafavi³⁴

A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a importância do direito”. (Rudolf Von Ihering). A balança como símbolo do direito e da Justiça é um dos símbolos profissionais mais conhecidos. No entanto, a representação original não é a balança sozinha, e sim, a balança, em perfeito equilíbrio, sustentada por mãos femininas.

De acordo com a Faculdade Novafavi³⁵

31 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. Justiça Lei Faculdade Fato Social Ciência 26ª edição revista e atualizada. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005, p.268 e 269.

32 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. Justiça Lei Faculdade Fato Social Ciência 26ª edição revista e atualizada. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2005, p.270.

33 FARAGO, France. **A justiça**. Barueri: Manole, 2004, p. XI e XII.

34 NOVAFAPI. **Faculdade**. Disponível em: <http://www.novafapi.com.br/cursos/direito/simbolo.php>
Acesso em: 23 de out. de 2009 15h17.

Na Grécia, a mulher era a deusa *Diké*, filha de Zeus e de *Thémis*, que, de olhos abertos, segurava, com a mão direita, a espada e, com a esquerda, uma balança de dois pratos. A balança (representa a igualdade buscada pelo Direito) e a espada (representa a força, elemento inseparável do Direito). Existe uma grande polêmica com relação a quem é realmente a Deusa Grega que segura a balança. A maioria atribui a Deusa *Thémis* o papel mas a verdadeira Deusa da Justiça é sua filha *Diké*. A Deusa *Thémis* foi considerada a guardiã dos juramentos dos homens e, por isso, ela foi chamada de “deusa do juramento ou da Lei”, tanto que costumava-se invocá-la nos juramentos perante os magistrados. Por isso, a confusão em considerá-la também como a Deusa da Justiça. *Thémis* era uma deusa dotada dos mais nobres atributos. Tinha três filhas: *Eumônia* – a Disciplina, *Diké* – a Justiça, e *Eiriné* – a Paz. *Thémis*, filha de Urano (céu, paraíso) e *Gaia* (Terra), significa lei, ordem e igualdade e fez da sua filha *Diké* (ou *Astraea*). Que viveu junto aos homens na Idade do Ouro, Deusa da Justiça. (fonte Theosophical Universith Press – 1999). A diferença física entre as duas Deusas é que enquanto *Diké* segurava a balança na mão esquerda e a espada na direita, *Thémis* era apresentada somente com a balança ou segurando a balança e uma cornucópia.

De acordo com Antonio Nunes³⁶

Mais tardiamente, em Roma, é a figura da deusa romana *Ivstitia* que aparece de olhos vendados, sustentando uma balança já com o fiel da balança ao meio. Pensa-se que as deusas gregas da Justiça, *Thémis* e *Diké*, armadas de espada, sem o fiel da balança, representam uma realidade epistemológica e normativa anterior e menos desenvolvida que a deusa romana *Ivstitia* com fiel da balança. A atividade do executor simbolizada pela espada punitiva perde importância, para os romanos, face à valorização do conhecimento, do intelecto e do rigor, simbolizados pelo fiel da balança, alegórico ao pretor romano. Ainda associados à imagem deusa romana *Ivstitia*, não é raro estarem representadas as *Tábuas da Lei*, alegóricas à *Lei das Doze Tábuas*, escrita em doze tábuas de bronze (cerca de 451 a.C.) e considerado o primeiro *código romano*, ou outros elementos em alegoria à Lei e ao Direito: ramos de louro, um código representativo da lei, ou ainda, uma imagem ostentando a pena, alusiva ao ato de legislar ou criar lei. Na simbologia temos: a espada – representa a força, prudência, ordem, regra e aquilo que a consciência e a razão ditam; a balança – simboliza a equidade, o equilíbrio, a ponderação, a justeza das decisões na aplicação da lei; a Deusa de olhos vendados – pode significar o desejo de nivelar o tratamento de todos por igual, sem distinção, tem o propósito da imparcialidade e da objetividade; e a ausência de venda – pode ser interpretada como a necessidade de ter os olhos bem abertos, para que nenhum pormenor para a aplicação da lei seja descurado.

Conforme a faculdade Novafapi³⁷

A venda foi invenção dos artistas alemães do século XVI, que, por ironia,

35 NOVAFAPI. **Faculdade**. Disponível em: <http://www.novafapi.com.br/cursos/direito/simbolo.php>
Acesso em: 23 de out. de 2009 15h17.

36 NUNES, Antonio. Disponível em: http://www.mj.gov.pt/sections/o_ministerio/historia_do_ministerio/simbolos/downloadfile/attachedFile_fo/Os_Simbolos_da_Justica.pdf?nocaché1176919315.19. Acesso em: 23 de out. de 2009 15h20.

37 NOVAFAPI. **Faculdade**. Disponível em: <http://www.novafapi.com.br/cursos/direito/simbolo.php>
Acesso em 23 de out. de 2009 15h17.

retiraram-lhe a visão. A faixa cobrindo-lhe os olhos significa imparcialidade: ela não via diferença entre as partes em litígio, fossem ricos ou pobres, poderosos ou humildes, grandes ou pequenos. Suas decisões, justas e prudentes, não eram fundamentadas na personalidade, nas qualidades ou no poder das pessoas, mas na sabedoria das leis. Hoje, mantinha ainda a venda, pretende-se conferir à estátua de Diké a imagem de uma justiça que, cega, concede a cada um o que é seu sem conhecer o litigante. Imparcial, não distingue o sábio do analfabeto; o detentor do poder do desamparado; o forte do fraco; o maltrapilho do abastado. A todos, aplica o reto Direito. A história diz que ela foi exilada na constelação de Virgem mas foi trazida de volta à Terra para corrigir as injustiça dos homens que começaram a acontecer. Mais tarde, em Roma, a mulher passou a ser a deusa Iustitia (ou Justiça), de olhos vendados, que, com as duas mãos, sustentava uma balança, já com o fiel ao neio. Para os romanos, a Iustitia personifica a Justiça. Ela tem os olhos vendados (para ouvir bem) e segura a balança com as mãos (o que quer dizer ter uma atitude bem firme). Distribuiu a justiça por meio da balança que segurava com as duas mãos. Ela ficava de pé e tinha os olhos vendados; dizia (declarava) e direito (jus) quando fiel (lingüeta da balança indicadora do equilíbrio) estava completamente vertical.

Em seu discurso de posse, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie³⁸ citou a importância da Justiça:

Em suma, todos nós temos compromisso com a Justiça. E apenas quando a relação de consideração e respeito pelo direito alheio falha que nós, os juizes, somos chamados a atuar. Talvez por isso é que visionariamente, como é próprio dos artistas, e desejando um futuro em que não seja necessário fazer uso tão freqüente da balança, nem brandir a espada para garantir a execução do julgado, que o gênio de Ceschiatti fez repousar tranquilamente a Thémis que dá as boas vindas aos que adentram a esta casa. Ela representa o ideal a ser perseguido, o de uma sociedade pacificada, que nada distraia de seu grande futuro. Onde a Justiça, como uma senhora que é, possa sentar-se em dignidade, e descansar sobre o regaço o gládio que é seu atributo impositivo.

2.3 – Critérios Analíticos da Justiça Formal e Justiça Material

O primeiro passo na análise racional da idéia de justiça é que certos critérios, para configurar o seu conteúdo são praticamente indiscutíveis e de aceitação geral.

Conforme Ferraz Júnior³⁹

As discussões modernas sobre a justiça costumam encará-la sob dois aspectos que poderíamos classificar da seguinte maneira. E seu aspecto formal, ela aparece como um valor ético-social de proporcionalidade em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas, exige-se a atribuição a alguém daquilo que lhe é devido. Trata-se da idéia clássica do *sum cuique tribuere*, que reclama, porém, num segundo aspecto, a determinação daquilo que é devido a cada um. A conformidade ou não com critérios sobre o que e a quem é devido é o problema do aspecto material da justiça.

38 GRACIE, Ellen. Discurso Ministra. Disponível em: www.amb.com.br/portal/docs/discursos/posse_ellengracie.pdf. Acesso em: 23 de out. de 2009 08h10.

Assim a idéia de justiça aparece geralmente associada à de “igualdade”. A igualdade e, portanto, a justiça pressupõe que, se uma regra é válida para todos, ninguém a pode infringir em benefício próprio e prejuízo alheio. Por exemplo, quando um cinema tem muito público, as pessoas formam fila para adquirir as entradas por ordem de chegada. Esta é a regra. Mas se chega alguém que se pretende colocar à frente do último lugar que lhe responde, levanta-se imediatamente um protesto generalizado, pois todos consideram injusta essa conduta. Este princípio segundo o qual os casos desiguais devem ser desigualmente tratados completa-se com o da “proporção”, também facilmente aceita. A diferença de tratamento deve ser proporcional, ou seja, de comparação à desigualdade de circunstâncias. No exemplo dos estudantes que vão ter notas diferentes devido a terem mostrado aptidões diferentes, é evidente que a desigualdade de notas estará em proporção com a dos exames. Este mesmo exemplo conduz-nos a outra aplicação essencial do princípio da proporção: os méritos (neste caso o estudo) devem ser recompensados de acordo com o seu valor. E, pela mesma razão, as faltas devem ser sancionadas de acordo com a sua gravidade. Parecer-nos-ia a todos da máxima injustiça castigar um simples furto com pena de morte, enquanto um homicídio tivesse por única pena alguns meses de prisão.

Através destes princípios procurou chegar-se a uma primeira e breve formulação de justiça, descobrindo a sua essência no dever de dar a cada um o que lhe pertence. Por “lhe pertence” entende-se aqui não apenas o que é de sua propriedade, ou é seu a qualquer título, mas também o que merece pelos seus méritos e qualidades, ou pelos seus defeitos, pelos seus atos virtuosos ou reprováveis e, em geral, pelo conjunto da sua conduta e personalidade. Esta formulação é válida e tem grande utilidade prática, pois opõe a justiça à arbitrariedade, ou seja, a resolução depende só da vontade. Se um roubo é castigado com uma determinada pena, todos os que o cometerem devem sofrê-la igualmente. Mas o que fica ainda por resolver é o problema de saber o que de verdade cabe a cada um. Encontramo-nos aqui perante uma concepção “formal” da justiça, aplicável, por isso, qualquer que seja o seu conteúdo concreto, ou seja, existente em forma material. Se acreditarmos, como Aristóteles, que há homens nascidos para serem escravos e outros para serem senhores, a justiça “formal” exigirá que, de fato, os primeiros sejam escravos e os segundos senhores. Se entendermos,

pelo contrário, que todos os homens são livres e substancialmente iguais, essa mesma concepção da justiça obrigar-nos-á a tratar todos os seres humanos como iguais e dignos de respeito. Mas será insignificante qualquer tentativa de, com esse critério, descobrir qual das opiniões sobre a natureza humana é a mais justa.

Nos dizeres de Nader⁴⁰

Critérios Formais da Justiça. A idéia de justiça exige tratamento igual para situações iguais. No direito a igualdade está consagrada pelo princípio da isonomia, segundo o qual *todos são iguais perante a lei*. Foi Pitágoras que considerou, primeiramente, a importância da igualdade na noção de justiça. Posteriormente, Aristóteles deu curso a esse pensamento, desenvolvendo-o. A simples noção de igualdade não é suficiente para expressar o critério de justiça. O *dar a cada um o mesmo* não é medida ideal. A proporcionalidade é elemento essencial nos diversos tipos de repartição.

De acordo com Nader⁴¹

Critérios Materiais da Justiça. O que se deve levar em consideração ao julgar: o mérito, a capacidade ou a necessidade? Mérito é o valor individual, é a qualidade intrínseca da pessoa. O atribuir a cada um, segundo o seu mérito, requer não um tratamento de igualdade, mas de proporcionalidade. Ao se recompensar o mérito de alguém, deve-se fazê-lo de acordo com o seu grau de intensidade. Como os valores possuem bipolariedade, ao lado do mérito existe o demérito, que é um desvalor ou valor negativo, que condiciona também a aplicação da justiça. A ele deve apresentar uma graduação. A *capacidade*, como critério de justiça, corresponde às obras realizadas, ao trabalho produzido pelo homem. Este elemento deve ser tomado como base para a fixação do salário a ser pago ao trabalhador a ser aplicado também nos exames e concursos. Ao se estabelecer a contribuição de cada indivíduo para a coletividade, deve ser observada a capacidade de todos. *A fórmula a cada um segundo suas necessidades corresponde à justiça social*, que modernamente vem se desenvolvendo e se institucionalizando pelo Direito. As necessidades devem ser as essenciais ao homem. A distinção entre necessidades essenciais e as outras oferece, na prática, alguma dificuldade e controvérsia.

Dar um conteúdo “material”, isto é, concreto, à idéia de justiça pressupõe decidir quais são os princípios essenciais que devem reger a nossa conduta nas relações humanas e estabelecer os fundamentos da organização social. Ora, isso implica decidir sobre questões metafísicas como em que medida e em que casos se reconhecer à propriedade privada e a herança; se existem, e, em caso afirmativo, quais são os direitos fundamentais do homem que devem ser respeitados pelos outros homens e

dominação. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p.352 e 353.

40 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.108.

41 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.109.

pelos poderes públicos; deve-se admitir ou não a pena de morte, etc.

Nestas circunstâncias, não é difícil compreender que, objetivamente, a procura de critérios válidos para configurar a justiça material tenha sido, e seja ainda hoje, uma das preocupações mais constantes de filósofos e, em geral, de todos aqueles que se preocupam com as questões políticas e sociais.

3. Aplicabilidade da Tutela Jurisdicional

3.1 – Classificação da Justiça

Conforme Nader⁴²

A classificação atual da justiça decorre ainda da distinção aristotélica entre a justiça distributiva e corretiva. A esta divisão, Santo Tomás acrescentou a justiça geral. Modernamente à humanidade reconhece a necessidade de implantar as justiças sociais, que não constitui uma espécie distinta das anteriores, mas se caracteriza pela condição dos beneficiados e pelas necessidades que visa a entender.

Segundo Nader⁴³

Justiça *convencional* é a que decorre da simples aplicação das normas jurídicas aos casos previstos por lei. É alcançada quando o juiz ou o administrador subministram às leis de acordo com o seu verdadeiro sentido. É irrelevante, para esta categoria, que a lei seja intrinsecamente boa, consagre ou não os valores positivos do direito. O valioso é que a lei se destine efetivamente ao caso em questão. Diz-se que é *convencional*, porque fruto apenas de uma convenção social, sem qualquer outro fundamento. Esta é a única conotação de justiça admitida pelos positivistas. Não é a legalidade que confere justiça a uma relação social. Na arbitrariedade, que é um ato de violação da ordem jurídica, às vezes se encontra a verdadeira justiça. A justiça *substancial* se fundamenta nos princípios de Direito Natural. Não se contenta com a simples aplicação da lei. É a justiça verdadeira, que promove efetivamente os valores morais. É a justiça que dá a cada um o que lhe pertence. Pode estar consagrada ou não em lei. Quando coincide o justo convencional com o substancial, a sociedade acha-se sob o império de uma ordem jurídica legítima. A hipótese contrária caracteriza injustiça.

Nas palavras de Nader⁴⁴

Justiça Distributiva: esta espécie apresenta o Estado como agente, a quem compete à repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade. Orienta-se de acordo com a igualdade proporcional, aplicada aos diferentes graus de necessidade. A justiça penal inclui-se nesta espécie, pois o Estado participa da

42 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito de acordo com a CF de 1988**. 22^a revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.107.

43 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito de acordo com a CF de 1988**. 22^a revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.110.

44 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito de acordo com a CF de 1988**. 22^a revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.110.

relação jurídica e impõe penalidades aos autores de delitos.

Segundo Nader⁴⁵

Justiça Comutativa: é a forma de justiça que preside às relações de troca entre os particulares. Abrange as relações de coordenação e o seu âmbito é de Direito Privado. Manifestam-se principalmente nos contratos de compra e venda.

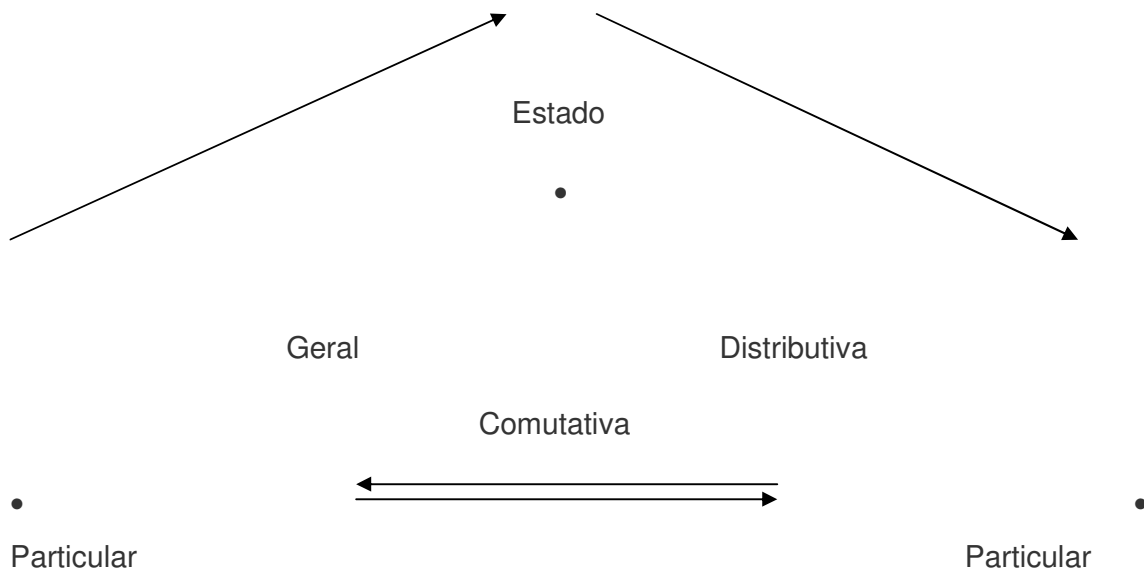
De acordo com Nader⁴⁶,

Justiça Social Tem como finalidade a proteção aos mais pobres e aos desamparados, mediante adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada das riquezas. Justiça Social: é aquela que observa os princípios da igualdade proporcional e considera a necessidade de uns e a capacidade de contribuição de outros.

Nas palavras de Nader⁴⁷

Inclui em suas classificações de justiça a Justiça Geral que para São Tomás de Aquino – “Doutor Angélico”, esta forma de justiça diz respeito à contribuição dos membros de uma sociedade para o bem comum, é chamada de legal por alguns, pois geralmente vem expressa em lei.

Gráfico das três espécies de Justiça:



45 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito de acordo com a CF de 1988**. 22ª revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.107.

46 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito de acordo com a CF de 1988**. 22ª revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.108.

47 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito de acordo com a CF de 1988**. 22ª revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.108.

O particular contribui para o bem comum junto ao Estado, sendo este o agente a quem compete repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade, que consiste numa troca entre particulares.

Segundo Nader⁴⁸

Justiça Geral para o *Doutor Angélico* esta forma de justiça consiste na contribuição dos membros da comunidade para o bem comum. Os indivíduos colaboram na medida de suas possibilidades, pagando impostos, prestando o serviço militar etc. É chamada *legal* por alguns, pois geralmente vem expressa em lei.

Descreve Montoro⁴⁹

O “Devido “na Justiça Social, onde “quando dizemos que a justiça consiste em dar a outrem o que lhe é “devido”, tomamos este termo em sentido estrito de dever legalmente exigível (ou *debitum legale*). Existira, na justiça social, este “devido” rigoroso exigível pela sociedade? Ou haverá penas um dever moral (*debitum morale*), que recomendaria aos cidadãos a prática de alguns atos de interesse social, a título de liberalidade ou assistência? Dentro de uma concepção individualista esse dever rigoroso, legalmente exigível, não existe, mas uma virtude anexa ou semelhante à justiça.

Segundo Castro⁵⁰

Justiça social implica responsabilidade coletiva. Então, como tudo o que implica atuação de todos, dilui-se, atomiza-se. Ficando um na dependência dos outros, perde-se em teorizações e na competição, característica da sociedade contemporânea. A justiça social é simultaneamente meta e resultante. Estabelece-se como fator da concretização do direito e das outras expressões da justiça.

3.2 – Eficácia, Aplicabilidade e Exeqüibilidade Jurisdicional

Nos dizeres de Bobbio⁵¹

São três os critérios de valoração e segundo o estudo das regras de conduta, em particular das regras jurídicas, apresenta muitos problemas interessantes e atuais, não só da teoria geral do direito (sobretudo depois de Kelsen), mas também da lógica e da filosofia contemporânea.

Ressalta Bobbio⁵²

48 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.111.

49 MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. Justiça Lei Faculdade Fato Social Ciência 26ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.266.

50 CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. 2ªra. São Paulo: Atlas, 2003, p.177.

51 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 1ª edição. Bauru: Edipro, 2001, p.45.

52 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 1ª edição. Bauru: Edipro, 2001, p. 45.

Se quisermos estabelecer uma teoria da norma jurídica com fundamentos sólidos, é que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas, e que estas valorações são independentes umas das outras.

Segundo Bobbio⁵³

Frente a qualquer norma jurídica pode-se colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica. O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é, sendo assim norma justa aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser.

Nos dizeres de Bobbio⁵⁴

Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale entre o que é real e o que é ideal. Por isso o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do direito. O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independente do juízo de valor sobre ela ser justa ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica. Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a invocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade.

De acordo com Diniz⁵⁵

Consiste a eficácia no fato real da aplicação da norma, tendo, portanto, um caráter experimental, por se referir ao cumprimento efetivo da norma por parte de uma sociedade, ao reconhecimento dela pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que ela suscita pelo seu cumprimento.

Uma norma pode ser eficaz sem ser justa, o fato de uma norma ser universalmente seguida não demonstra sua justiça, assim como também, o fato de não

53 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 1ª edição. Bauru: Edipro, 2001, p. 46.

54 BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 1ª edição. Bauru: Edipro, 2001, p. 46, 47 e 48.

55 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 400.

ser absolutamente obedecida não pode ser considerado prova de sua injustiça.

Os três critérios, justiça, validade e eficácia são independentes, ou seja, a justiça não depende nem da validade, nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça nem da validade e a validade não depende da justiça nem da eficácia.

Assim sendo, uma norma pode ser justa sem ser válida, pois no direito natural em seus tratados um sistema de normas advindo de princípios jurídicos universais. Quem os formulava considerava-as justas, porque as inferia de princípios universais de justiça.

Porém estas normas, a não ser que fossem escritas em um tratado de direito natural, não eram válidas, tornavam-se válidas na medida em que eram acolhidas por um sistema de direito positivo. O direito natural pretende ser o direito justo por excelência, mas somente pelo fato de ser justo não é também válido.

Uma norma pode ser válida sem ser justa, onde nenhum ordenamento jurídico é perfeito, pois entre o ideal da justiça e a realidade do direito há um vazio, pois temos como experiência uma sala de aula quando estudamos as normas jurídicas, percebemos que o “dever ser” permanece entre quatro paredes, sendo compreendida e interiorizada, mas o que parece prevalecer é o “ser”, ou seja, o que está fora destas quatro paredes, o externo, onde a justiça que é o dever ser se confunde com o direito do ser.

Sendo assim deve-se prevalecer o dever ser, sendo como mais justo próprio da justiça, tido como ensinamento de Sócrates que já via um “mundo ideal”, era um idealista.

No mundo “ideal” as normas existem para serem seguidas sendo interiorizadas, já no mundo real é a exteriorização do que está em mente, ou seja, o ideal e acaba se transformando no real.

Cabe aqui a validade ser justa ou não no mundo do “dever ser” e do “ser”. A norma também pode ser válida sem ser eficaz, como por exemplo, uma norma que deveria ser cumprida, pois está no dispositivo legal, na lei e não é. É o caso da venda de bebidas alcoólicas que é proibida para menores de dezoito anos, observamos que o “dever ser” acaba se tornando o “ser”, sendo que não é difícil ver menores comprando bebidas alcoólicas em estabelecimentos comerciais. Penso que a eficácia da lei é ineficaz, pois não há fiscalização quanto ao mesmo.

Uma norma também pode ser eficaz sem ser válida, é o caso de muitas normas

sociais, sendo seguidas espontaneamente ou pelo menos habitualmente, são eficazes, por exemplo, entre um círculo de pessoas, as regras da boa educação, tais regras, pelo simples fato de serem seguidas, não se tornam por isso regras pertencentes a um sistema jurídico.

Conforme Diniz⁵⁶, “a norma jurídica deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça da comunidade que rege. É tão somente o meio necessário para alcançar a finalidade de justiça almejada pela sociedade”.

3.3 – A Justiça Judiciária

Nas palavras de Farago⁵⁷

A justiça, além do princípio moral que permite distinguir com clareza aquilo que é justo ou injusto, representa a função jurisdicional das instituições de arbitragem com as quais as sociedades estão equiparadas.” Ela pronuncia-se em julgamento que consiste em generalizar os casos específicos porque atingem as pessoas e os fatos individuais sob a regra do direito que estabelece a normatividade instituidora da cidadania, dotada de um Código Civil e de um Código Penal que prevê as penas a serem aplicadas àquelas que transgridem a lei fundadora da coexistência civilizada. Toda sociedade elabora necessariamente um direito, seja ele costumeiro ou legislativo, com a finalidade de regular a vida das pessoas e dos grupos. A justiça como virtude ou, se quisermos entendê-la como dever, funda-a e a requer: funda-a pela normatividade axiológica que é sua forma, e a requer com instância mediadora entre as pessoas em conflito, ou entre as pessoas e outras instituições. Ela é o terceiro elemento indispensável para afastar o espírito da vingança e substituir a reação passional frequentemente mortal á racionalidade de seus processos: *Nullum crimen sine lege*. A arbitragem do juiz, guiada pela determinação legal das penas, é a melhor garantia contra o arbítrio e a vindita passional que só pode acompanhar a desavença. O princípio da legalidade dos delitos e das penas é o fundamento do Direito Penal.

Ressalta Farago⁵⁸

A vingança é a pretensão do indivíduo de fazer justiça por si mesmo. A justiça não se opõe apenas às violências tais como agressão, o seqüestro, os golpes e ferimentos, o assassinato, etc., mas também a esta simulação da justiça que constitui a vingança. Neste sentido, pode-se dizer que uma sociedade é civilizada quando ela confisca o direito de se fazer “justiça por si mesmo” aos particulares, dotando-se das leis penais que proporcionam as penas incorridas aos danos infligidos e que são pronunciadas nas barras do tribunal. A intervenção judiciária realiza um retorno prático: o sujeito que cometeu a falta é intimado a falar diante daquele que a sofreu, e esta posição de interlocutor permite “ajustar” a palavra, de torná-la justa, isto é, verdadeira para todos os procedimentos de verificação, de testemunhos, de reconstituição. O julgamento vem, através de um terceiro, quebrar o excesso de subjetividade, provar ao sujeito que é possível haver um

56DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 402.

57 FARAGO, France. **A justiça**. Barueri: Manole, 2004, p.307 e 308.

58 FARAGO, France. **A justiça**. Barueri: Manole, 2004, p.308 e 309.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

outro olhar sobre ele, que há leis na vida humana e que sua transgressão não saberia aboli-las, e que os processos existem para lembrá-los disso. A vingança é a expressão mais direta do homem ofendido. A justiça neutraliza os efeitos mortíferos disso interpondo-se entre as partes adversas e substitui a paixão pela avaliação racional da pena prevista por um código.

Segundo discurso da Ministra Ellen Gracie⁵⁹

Justiça não é assunto que diga respeito exclusivamente aos membros do Poder Judiciário. Justiça, em sentido amplo, é tarefa cotidiana de todos os cidadãos e responsabilidade do convívio social. Faz justiça todo aquele que demonstra consideração e respeito pelo direito do próximo. Em suma, todos nós temos compromisso com a justiça. Justiça é tarefa de todos, é o ato de construir, persistente e quotidianamente uma sociedade melhor.

3.4 – Justiça, Direito e a Moral

Conforme Ferraz Junior⁶⁰

A justiça é o princípio e o problema moral do direito. É preciso, porém, esclarecer uma última questão: como se distingue o direito da moral e como se comporta a validade das normas jurídicas perante as exigências dos preceitos morais de justiça. Primeiramente, é preciso reconhecer certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos tem caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem moral. Não obstante isso, ambos não se confundem. A distinção mais famosa proposta pelo pensamento ocidental corresponde à tese segundo a qual normas jurídicas dizem respeito à conduta externa do indivíduo, sendo indiferente aos motivos e às intenções, ao passo que os preceitos morais referem-se ao aspecto interno do comportamento. Outro critério de distinção costuma ser apontado na instância que qualifica o comportamento. Diz-se que a moralidade dos atos repousa na própria subjetividade de quem age, enquanto o direito exige instâncias objetivas. Em conseqüência, a imoralidade do ato exige arrependimento do agente, ou seja, o tribunal da moral é a própria consciência, enquanto no direito a pressão para o cumprimento da ação lícita é objetiva e depende de instâncias externas ao agente. Uma terceira possibilidade estaria em distinguir direito e moral pelo fato de que normas jurídicas passam a existir por deliberação e promulgação, ao passo que os preceitos morais desconhecem essa exigência. Apesar da objeção apontada, há uma diferença importante entre a norma jurídica e o preceito moral. Enquanto aquela admite a separação entre ação motivada e o motivo da ação, o preceito moral sempre os considera solidariamente. Isto é, o direito pode punir o ato independentemente dos motivos – por exemplo, nos casos de responsabilidade objetiva – mas isto não ocorre com a moral, para qual a motivação e a ação motivada são inseparáveis.

De acordo com Kelsen⁶¹

59 GRACIE, Ellen. **Discurso Ministra.** Disponível em: www.amb.com.br/portal/docs/discursos/posse_ellengracie.pdf. Acesso em: 23 de out. de 2009 08h10.

60 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p.356 e 357.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 1 – nº 1 - 2010

A justiça, diferentemente do direito positivo, deve apresentar uma ordem mais alta e permanece em absoluta validade, do mesmo modo que todo empirismo, como a idéia platônica, em oposição à realidade e como a coisa-em-si transcendental, se opõe a fenômenos.

Para Kelsen⁶²

A ciência do direito é ciência espiritual e não ciência natural, pode-se discutir se a antítese natureza e espírito coincide com realidade e valor, ser e dever ser, lei causal e norma; ou se o âmbito do espírito é mais amplo que o do valor, do dever ser ou da norma. Quando o direito se apresenta como um elemento da moral, isso se torna obscuro, se significar uma exigência natural para que o direito seja apresentado como moral, ou, se isso significar que o direito, como seja parte integrante da moral, possui um caráter efetivamente moral, tenta-se atribuir um valor absoluto ao direito, levando-se em conta a moral. Como categoria moral, direito significa o mesmo que justiça. Essa é a expressão para a verdadeira ordem social, ordem essa que alcança plenamente seu objetivo ao satisfazer a todos.

Segundo Kelsen⁶³

A justiça, diferentemente do direito positivo, deve apresentar uma ordem mais alta e permanece em absoluta validade, do mesmo modo que todo empirismo, como a idéia platônica, em oposição à realidade e como a coisa-em-si transcendental, se opõe a fenômenos. A aspiração da justiça é – encarada psicologicamente– a eterna aspiração da felicidade, que o homem não pode encontrar sozinho e, para tanto, procura-a na sociedade. A felicidade social e denominada “justiça”. Justiça é um ideal irracional. Seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o é para o conhecimento. A este se oferece o direito positivo, ou melhor, encarrega-se dele.

3.5 – A Equidade Como Modalidade de Justiça

Na abordagem de Reale⁶⁴

A primeira grande mente que dedicou a devida atenção à equidade, ou seja, a disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um, foi Aristóteles, e para o autor da *Ética a Nicômaco*, a equidade é uma forma de justiça, ou melhor, é a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação ao caso concreto. Segundo Aristóteles, a equidade é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, à particularidade de cada fato corrente. Enquanto a justiça em si é abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere. Foi por esse motivo que Aristóteles a comparava à “régua de Lesbos”. Tal régua era

61 CRETELLA, José e CRETELLA Agnes. **Teoria pura do direito Hans Kelsen**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 60.

62 CRETELLA, José e CRETELLA Agnes. **Teoria pura do direito Hans Kelsen**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59 e 60.

63 CRETELLA, José e CRETELLA Agnes. **Teoria pura do direito Hans Kelsen**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

64 REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4ª edição – 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 123 e 126.

especial, pois os operários a usavam para medir certos blocos de granito, por ser feita de metal flexível que lhe permitia ajusta-se às irregularidades do objeto.

De acordo com Reale⁶⁵

A justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a equidade é específica e concreta, como a “régua de Lesbos” flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também, as variações e curvaturas inevitáveis de experiência humana. Segundo Aristóteles, mister é que a justiça se ajuste à vida. Este se ajusta à vida, como momento do dinamismo da justiça, é que se chama equidade, cujo conceito os romanos inseriram na noção de Direito, dizendo: “*jus est ars aequi et boni*”. Na sua essência, a equidade é a justiça bem aplicada, ou seja, prudentemente aplicada ao caso. A equidade é, portanto o momento dinâmico da concreção da justiça em suas múltiplas formas. A norma de equidade resulta também do nosso Direito positivo, porquanto rezava o art. 114 do Código de Processo Civil de 1939 que, “quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabelecerá se fosse legislador”. Já o Código de 1973 se limita a determinar que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (art. 127).

Conforme Lorenzetti Marques⁶⁶

Os homens sempre recearam os juízes e a justiça devido a sua implacável dureza. Além de tudo porque é notório que a aplicação estrita e formal do direito, sem o tempero das situações que envolvem o caso concreto, pode suscitar clamorosas injustiças. Esta foi a razão pela qual Aristóteles apontou a equidade como superior à justiça. Assim, se a justiça exige que o interesse do credor seja assegurado, a equidade exige que, sem prejuízo deste interesse, os direitos do devedor também sejam respeitados. Paralelamente, o infrator de uma norma cuja falta de cumprimento ameace a ordem social deverá ser punido, em observância dos princípios legais. Mas, salvaguarda a ordem, a equidade levará a suavizar o castigo. O castigo deverá ser aplicado com misericórdia e sem quebra do respeito que é devido ao próprio justicado. É importante ressaltar, porém, que a equidade não envolve qualquer derrogação da justiça, mas apenas o seu aperfeiçoamento. A idéia é ainda a realização da justiça, mas percebe-se que a aplicação estrita da norma não é o suficiente para a realização do valor justiça. O que moveu Aristóteles a desenvolver o conceito de equidade foi a constatação de que as normas são abstratas e gerais. As normas são abstratas e gerais porque não são feitas para um caso específico e envolvendo pessoas determinadas, mas, ao contrário, são feitas em termos genéricos, para ser aplicadas a um sem números de situações com algum grau de similitude. Portanto, naturalmente escapam às normas jurídicas as particularidades do caso específico. A equidade está para as normas assim como a alma está para o corpo.

Segundo Nader⁶⁷

65 REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4ª edição – 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 123 e 125.

66 MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTr, 1999, p.45 e46.

67 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.113 e 114.

Tal é a diversidade dos acontecimentos sociais submetidos à regulamentação jurídica que ao legislador seria impossível a sua total catalogação. Daí por que a lei não é casuística e não prevê todos os casos possíveis, de acordo com as suas peculiaridades. A sistemática exige do aplicador da lei, juiz ou administrador, uma adaptação da norma jurídica, que é genérica e abstrata, às condições do caso concreto. Não fosse assim, a aplicação rígida e automática da lei poderia fazer do Direito um instrumento da injustiça, conforme o velho adágio *Summum jus, summa injuria*. Também configura a equidade o fato de o juiz, devidamente autorizado por lei, julgar determinado caso com plena liberdade. Nesta circunstância não ocorre uma adaptação da norma ao caso concreto, mas a elaboração da norma e sua aplicação. Tal prática se enquadra no conceito de que *equidade é a justiça do caso concreto*.

Conforme Nader⁶⁸

No direito brasileiro a equidade está prevista no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que determina a sua aplicação “na falta de disposições legais ou contratuais”. Enquanto que a Lei de Introdução ao Código Civil é omissa, o Código de Processo Civil, em seu art. 127, dispõe que: “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. O Código Civil de 2002, no capítulo sobre *indenização* – parágrafo único do art. 944 – autoriza o juiz a reduzir *equitativamente* a indenização na hipótese de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Igualmente o autoriza a fixar o valor da indenização, *equitativamente*, quando a vítima não puder comprovar prejuízo material (art. 953, parág. Único).

A Lei de Introdução ao Código Civil determina em seu artigo 4º e 5º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Segundo Reale⁶⁹ “Há casos em que a própria lei positiva confere ao juiz o direito de julgar por equidade, o qual, na prática, se impõe mais do que pretende o formalismo legal.”

4. Considerações Finais

A idéia de justiça faz parte da essência do Direito. Para que a ordem jurídica seja legítima, é indispensável que seja a expressão da justiça. O Direito Positivo deve ser entendido como um instrumento apto a proporcionar o devido equilíbrio nas relações sociais. A justiça se torna viva no Direito quando deixa de ser apenas idéia e se incorpora às leis, dando-lhes sentido, e passa a ser efetivamente exercitada na vida social e praticada pelos tribunais.

A discussão sobre a justiça, de acordo com vários pensadores desde os pré-

68 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30ª edição revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.113 e 114.

socráticos até os mais atuais, é uma indagação do que seria justiça “justa”.

Vivemos em “dois mundos” o dever ser e o ser, qual seria o ideal. A norma jurídica e o direito devem andar juntos com a justiça, porém se for necessária uma escolha, fique com o direito, ou seja, o regimento das normas jurídicas. Em se tratando de justiça há uma obscuridade, pois envolve vários pensamentos, incluindo a validade e a sua eficácia.

Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma jurídica equivale pensar sobre o que seria “ideal” e o que seria “real”.

Prevalecendo o dever ser, sendo como mais justo próprio da justiça, “mundo ideal”, as normas existem para serem cumpridas, sendo interiorizadas, cabendo ao “mundo real” exteriorizá-la.

Um povo só se torna realmente justo quando conhece, de fato, o real significado da palavra justiça. O princípio de justiça ainda não é muito bem compreendido pelo povo brasileiro. Infelizmente, na Língua Portuguesa a palavra justiça também é utilizada para referir-se a órgãos do Setor Judiciário, (Justiça do Trabalho, Justiça Federal, etc... Essa duplicidade na linguagem ajuda a confundir os cidadãos menos esclarecidos. Já é hora dos brasileiros saberem que justiça é, antes de tudo, um princípio de equidade, de igualdade proporcional, de sabedoria que deveria se utilizado pelo Governo e principalmente pelo Poder Judiciário.

Justiça é o princípio básico de um acordo que objetiva manter a ordem social através da preservação dos direitos em sua forma legal e na aplicação a casos específicos.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro, 2002.

BÍBLIA SAGRADA. **Edição pastoral eclesiásticos 6-7**. São Paulo:Paulus, 1990.

CASTRO, Celso Antonio Pinheiro de. **Sociologia do direito: fundamentos de sociologia geral; sociologia aplicada ao direito**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.
_____. **Sociologia aplicada ao direito**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12ª edição 5ª impressão. São Paulo: Ática, 2002.

CRETELLA JUNIOR, J. e Cretella Agnes. **Teoria pura do direito Hans Kelsen**. 3ª edição revista de tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella (versão condensada pelo próprio autor: Hans Kelsen). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª edição, São Paulo: Atlas 2003.

FARAGO, France. **A justiça**. Tradução Maria Jose Pontieri. Barueri: Manole, 2004.

Filosofolionessantos. **A justiça em Aristóteles**. Disponível em: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711955-justi%C3%A7a-em-arist%C3%B3teles/> publicado em 24 de nov.de 2007. Acesso em 26 de out. de 2009.

GRACIE, Ellen. **Discurso**. Online. Disponível em: http://pt.www.amb.com.br/portal/docs/discursos/posse_ellengracie.pdf. Acesso em: 23 de out de 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 9ª revista e anotada. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JUSTIÇA. Online. Disponível em: [http:// pt. wikiédia.org/wiki/Justi%C3%A7a_a_justiça_pdf](http://pt.wikiédia.org/wiki/Justi%C3%A7a_a_justiça_pdf) Acesso em 05 Ago. 2009.

MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: LTr, 1999.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito. Justiça, lei, faculdade, fato social, ciência**. 26ª edição rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo de direito de acordo com a CF de 1988**. 22ª edição rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Introdução ao estudo de direito**. 30ª edição rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NUNES, Antonio. On line. Disponível em: http://ptwww.mj.gov.pt/sections/o_ministerio/historia_do_ministerio/simbolos/downloadfile/attachedFile fo/Os_Simbolos_da_Justiça.pdf?nocaché1176919315.19 Acesso em: 23 de out. de 2009.

PLATÃO. **A república**. Coleção os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4ª edição 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 16ª edição rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Símbolo do Direito. Online. Disponível em:

<http://ptwww.novafapi.com.br/cursos/direito/simbolo.php> Acesso em: 23 de out. de 2009.