

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Maria Lucia Perez Ferres Zakia

**Equidade como parâmetro do justo: a passagem do *logos* teórico ao
logos prático no raciocínio jurídico**

Dissertação em Filosofia do Direito

SÃO PAULO

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Maria Lucia Perez Ferres Zakia

**Equidade como parâmetro do justo: a passagem do *logos* teórico ao
logos prático no raciocínio jurídico**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito sob a orientação da Prof(a). Dra. Nathaly Campitelli Roque.

SÃO PAULO

2016

Banca Examinadora:

Dedico o presente trabalho aos meus pais Gabriel Morgan e Elvira Ferres, à Tomás Zákia, meu perseverante e fiel companheiro de jornada e aos meus filhos Eduardo e Olívia, razão e norte da minha vida. Sem eles nada disso seria possível.

Agradeço especialmente à Fundação CAPES, órgão atrelado ao Ministério da Educação, pela concessão da bolsa de estudos e por ter me propiciado o tão importante auxílio financeiro.

Agradeço aos meus pais, Gabriel e Elvira, por terem me feito existir, pelo amor dedicado, por terem me proporcionado educação e amor pelos estudos, e por sempre me estimularem a continuar.

Ao meu esposo Tomás pela sua incansável boa vontade em me compreender, compartilhando meus ideais e incentivando-me a prosseguir, insistindo para que eu avançasse cada vez mais um pouquinho.

Ao meu filho Eduardo, razão da minha vida, e à minha tão aguardada filha Olívia, que se desenvolveu e me acompanhou durante toda a produção desta dissertação.

À minha orientadora Nathally por ter me escolhido e orientado durante todo o processo que culminou na presente dissertação.

Zakia, Maria Lucia Perez Ferres. Equidade como parâmetro do justo: a passagem do *logos* teórico ao *logos* prático no raciocínio jurídico.

A partir do complexo conceito de justiça desenvolvido por Aristóteles, delimita-se o objeto da justiça, distinguindo-a da moral, com o objetivo de compreender a concepção clássica de direito, considerando seu objeto, conceito e fontes. Para tanto, inicialmente, trabalham-se as concepções aristotélicas do termo “justiça”: sua acepção absoluta e particular, precisamente política, diferenciando-a da justiça doméstica e classificando-a em distributiva, corretiva e recíproca. Segue-se à delimitação do objeto do direito como parte da justiça, à identificação de suas fontes: direito natural e positivo e, finalmente, chega-se ao conceito de equidade como justiça no caso em concreto e seu reflexo de cunho metodológico no processo de aplicação adequada da lei positiva e integração de lacunas. Em seguida, volta-se à análise da concepção moderna de direito, seguindo a mesma metodologia inicialmente adotada, partindo-se da delimitação de seu objeto, conceito e fontes, chegando-se a um conceito diverso de equidade assumido pela filosofia jurídica moderna. Finalmente, procura-se demonstrar o processo de retorno da equidade, nos termos clássicos, como justiça no caso em concreto, ao pensamento jurídico moderno, tanto do ponto de vista material, evidenciando o progressivo descolamento da ciência do direito com a sociedade e a necessidade premente de construção de uma teoria jurídica que abranja valores, em especial, justiça, e responda aos anseios sociais em constante mutação; como do ponto de vista metodológico, identificando a insuficiência do método lógico formal como instrumento único disponível ao julgador e a progressiva introdução do processo dialético de construção da justiça caso a caso e da retórica como instrumento de motivação e persuasão do juiz, sem descuidar do necessário equilíbrio entre realização da justiça e segurança jurídica. Como conclusão, procura-se demonstrar como o processo de absorção da equidade nos moldes clássicos ocasionou novos contornos à ciência jurídica, refletindo no conceito de direito, na identificação de suas fontes, no objeto e no aspecto metodológico.

Palavras-chave: Justiça – direito – equidade - metodologia

Zakia, Maria Lucia Perez Ferres. Equity as a parameter of the justice: the passage from the theoretical *logos* to the practical *logos* in the legal reasoning

From the complex concept of justice developed by Aristotle, the object of justice is delineated, distinguishing it from morality, with the objective of understanding the classical conception of law, considering its object, concept and sources. For this, the Aristotelian conceptions of the term "justice" are worked out: its absolute and particular, precisely political, meaning, differentiating it from domestic justice and classifying it as distributive, corrective and reciprocal. It follows the delimitation of the object of law as part of justice, the identification of its sources: natural and positive law, and finally, we come to the concept of equity as justice in the case in point and its methodological reflex in the process of appropriate application of positive law and integration of gaps. Then, it returns to the analysis of the modern conception of law, following the same methodology initially adopted, starting from the delimitation of its object, concept and sources, arriving at a diverse concept of equity assumed by the modern juridical philosophy. Finally, it is tried to demonstrate the process of return of the equity, in the classic terms, like justice in the case in concrete, to the modern juridical thought, from the material point of view, evidencing the progressive detachment of the science of the law with the society and the necessity In the construction of a legal theory that encompasses values, especially justice, and responds to the ever-changing social desires; As a methodological point of view, identifying the insufficiency of the formal logical method as the only instrument available to the judge and the progressive introduction of the dialectical process of justice construction case by case and rhetoric as an instrument of motivation and persuasion of the judge, without neglecting what is necessary Justice and legal certainty. As a conclusion, it is tried to demonstrate how the process of absorption of the equity in the classic molds caused new contours to the legal science, reflecting in the concept of law, in the identification of its sources, in the object and in the methodological aspect.

Key words: Justice - law - equity - methodology

Sumário

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA DE DIREITO.....	18
2.1.	Delimitação do direito em Aristóteles.....	18
2.1.1.	Justiça Absoluta.....	21
2.1.2.	Justiça Particular.....	22
2.1.2.1.	<i>Justiça Doméstica e Justiça Política.....</i>	<i>23</i>
2.1.2.2.	<i>Justiça Política e classificações.....</i>	<i>26</i>
2.1.2.2.1.	<i>Justiça Distributiva.....</i>	<i>27</i>
2.1.2.2.2.	<i>Justiça Corretiva.....</i>	<i>29</i>
2.1.2.2.3.	<i>Justiça Recíproca.....</i>	<i>31</i>
2.2.	Fontes do Direito.....	34
2.2.1.	Direito Natural.....	34
2.2.2.	Direito Positivo.....	39
2.2.3.	Equidade.....	43
2.2.3.1.	<i>Conceito.....</i>	<i>43</i>
2.2.3.2.	<i>O Juiz e a Equidade.....</i>	<i>46</i>
2.2.3.3.	<i>Metodologia.....</i>	<i>47</i>
2.3.	Aristotelismo e Direito Romano.....	49
2.3.1.	Considerações gerais.....	49
2.3.2.	Magistratura Judiciária: Pretores e Editos.....	52
2.3.3.	Direito Romano e Aristóteles.....	53
3.	CONCEPÇÃO MODERNA DE DIREITO SOB A PERSPECTIVA ARISTOTÉLICA.....	56
3.1.	Delimitação do Direito.....	57
3.1.1.	Características fundamentais da modernidade: ciência, laicidade e individualismo.....	57
3.1.2.	Delimitação do direito.....	61
3.2.	Fontes do Direito.....	64
3.2.1.	Direito natural.....	64
3.2.2.	Direito positivo.....	67
3.3.	Equidade.....	70

3.3.1. Metodologia e papel do juiz.....	71
3.4. Crise.....	74
4. A REVOLUÇÃO COPERNICIANA DO PENSAMENTO JURÍDICO: DO LOGOS TEÓRICO AO LOGOS PRÁTICO.....	78
4.1. Equidade: um conceito clássico para um modelo filosófico moderno.....	78
4.2. A necessidade de flexibilização do sistema jurídico.....	84
4.2.1. O pensamento positivista legalista.....	84
4.2.1.1. <i>Escola da exegese</i>	85
4.2.1.2. <i>Escola funcional e sociológica</i>	89
4.2.1.3. <i>Concepção tópica do raciocínio jurídico</i>	92
4.3. Equidade e lógica jurídica.....	99
4.3.1. Equidade sob o aspecto material: justiça no caso concreto.....	99
4.3.2. Equidade sob o aspecto metodológico: lógica jurídica.....	103
4.3.2.1. <i>Lógica Jurídica: conceito e aplicação</i>	103
4.3.2.2. <i>Lógica jurídica e técnica de raciocínio: retórica</i>	107
4.3.3. Limites para a equidade.....	112
5. CONCLUSÃO.....	118
6. REFERÊNCIAS.....	126

1. INTRODUÇÃO

Inicia-se o presente estudo a partir do conceito clássico de equidade tratado magistralmente pelo pensamento filosófico aristotélico acerca da justiça.

Aristóteles, ciente da natureza humana, define o justo natural e o justo positivo, reconhecendo suas limitações respectivas. Reconhece a dinâmica e vagueza do justo natural, a ponto de considerar impossível tomá-lo como regra concreta e específica a reger uma determinada *pólis*. Reconhece, igualmente, a necessidade do justo positivo, mas ciente de suas limitações (generalidade, rigidez e fruto da racionalidade humana), considera impossível atribuir-lhe valor absoluto ou autoridade soberana.

Segundo a doutrina clássica, a ordem jurídica (a justa partilha) decorre da lei (natural e positiva). Todavia, a lei é, antes de tudo, a lei natural. O Justo é conforme a lei, mas a lei aristotélica é, primeiramente, a ordem da natureza, ordem cuja a fórmula não possuímos e que precisamos pesquisar na essência das coisas. Por isso, o método do jurista se inicia a partir da pesquisa da lei na observação das coisas, da razão imanente nas coisas, e não da dedução a partir de uma regra escrita dada. É verdade que é reservado um papel importante à lei positiva: ela define pontos de arbitrariedade, de pura opção do legislador e objetiva regras. O jurista deve deduzir dela parte do direito, mas não está circunscrito estritamente aos seus ditames.

Assim, o direito, do ponto de vista aristotélico procede, ao mesmo tempo, da natureza e de convenção. O legislador trabalha com base no justo natural, mas lhe acrescenta um conteúdo fixo e arbitrário que, no entanto, não precisa ter caráter autoritário, pois pode advir da incorporação de costumes sociais.

Aristóteles sabe que a lei positiva, ao construir uma justiça geral, inflexível e objetiva afastou-se do modelo original de justiça natural, razão porque desenvolve a teoria da equidade, que chega a denominar de plena realização do igual, de *superjustiça*.

Dentro dessa perspectiva, a equidade é a correção da justiça legal aplicada sempre que o direito positivo, em razão de seu caráter geral e rígido, não dispõe de regra específica e adequada a ser aplicada a um determinado caso concreto, hipótese em que se

deverá recorrer a uma interpretação à luz da equidade para investigar a solução justa a partir do caso em concreto e à luz do direito natural.

Seguindo a linha de raciocínio aristotélico, que compreendia a natureza como fonte do direito, ao mesmo tempo que a compreendia com suas características de mutabilidade, dinamismo e finalidade; bem assim que compreendia que a generalidade e rigidez típica da lei positiva seria, em tese, incompatível com o conceito dialético de justiça; os romanos admitiram o termo equidade como o instrumento de realização de justiça no caso em concreto, que o impedia de enrijecer em uma forma definitiva. Nessa medida, a equidade tende a se identificar com o próprio “*jus*”, no sentido de justiça ideal, finalidade do direito.

Sob o aspecto metodológico, a equidade demanda do juiz a função de concretização da justiça. O processo seria, então, o local de realização da justiça a partir do caso em concreto e segundo o método dialético.

A concepção moderna de direito representou o rompimento definitivo com a filosofia clássica, após longo processo histórico de transformação do pensamento jurídico. Em especial, quando se optou por abandonar a visão universal da natureza, a ver no mundo a ordem dos conjuntos, a ordem da sociedade, ao homem como animal político, e, em lugar, postulou-se uma concepção de direito fundada no sujeito, que é só indivíduo, que não reconhece causas finais, apenas causas eficientes, segundo uma moral de cunho pragmática.

Partindo-se do indivíduo, abandonou-se logicamente a concepção do direito como justa partilha e proporção, apenas se vê o indivíduo e seus direitos subjetivos, solitário. A consequência é uma lei positiva unicamente expressão da vontade individual, inapta a regular relações sociais justas.

Qualquer um que construa sobre esses princípios está fadado ao fracasso. É uma ilusão esperar tornar o positivismo viável fazendo por exemplo retoques em alguns detalhes. Rousseau, por exemplo, substituirá o monarca único de Hobbes pela soberania popular, mas ela não seria menos tirânica. Os liberais, encabeçados por Locke, irão se empenhar em restaurar as liberdades individuais do cidadão perante o Estado, mas não conseguirão fazê-lo sem por em risco a ordem pública, ou sem aumentar ainda mais o campo da injustiça social.¹

O direito não se caracteriza mais por sua finalidade e por seu domínio, mas o é formalmente, pelo estado de acabamento de suas regras. O próprio homem produziu seu

¹ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 754.

direito, sem que nenhum limite seja imposto pela natureza exterior ao seu poder. Não há nada de justo ou injusto afora daquilo que as leis ordenam ou proíbem.

O direito natural não caracteriza mais o direito. O fundamento do direito reside no pacto e no contrato social. O direito se identifica com a lei positiva expressa e efetivamente sancionada, oriunda exclusivamente do poder soberano. A autoridade da lei reside no próprio sistema, pela origem e estado de acabamento de suas regras. As noções de justiça e injustiça alcançam outro sentido: coerência, completude e ausência de ambiguidade no sistema e conformidade à lei.

A identificação do direito com a lei, associado ao princípio fundamental de separação de poderes, infere que ao juiz é vedada qualquer atividade criativa, seu papel reside na obediência às premissas legais de interpretação e, no máximo, na integração de lacunas, tal como previsto expressamente em lei. A interpretação não parte dos fatos, mas da própria lei. O direito se realiza *a priori*, assim como a justiça, no conceito positivista, possui um conteúdo fixo, formal e pré-estabelecido.

Num sistema jurídico geométrico e nada causuístico, tal como construído pelo pensamento jurídico moderno, o termo equidade, sob a acepção clássica de justiça no caso em concreto, resultaria um termo absolutamente alienígena

A filosofia jurídica positivista oriunda do pensamento jurídico moderno ganhou muita força mundo afora, e, em especial, por legitimar qualquer ordenamento jurídico, desde que obedecidas as regras de coerência e unidade e por atender aos anseios de uma elite burguesa liberal moderna que esperava do direito utilidade e segurança das posses individuais. Em razão da ausência de baliza com o conceito de justiça da norma, afora a ordem geométrica, tal pureza epistemológica permite a juridicidade de qualquer regime, incluindo, desde o nazismo até o comunismo.

Hobbes, na era da mecânica e das invenções técnicas, inspirado sem dúvida na doutrina escolástica do contrato social, mas o primeiro a explorá-lo para fazer sair dela todo o direito, construiu, por meio do pacto e do Leviatã que é organizado por meio de uma combinação de pactos, um produto substitutivo: teve a genialidade de substituir o direito natural desaparecido (e os simulacros suspeitos da escola racionalista) pelo positivismo integral.²

² VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 752.

Enquanto o raciocínio jurídico atinente à aplicação da lei foi considerado mera operação dedutiva, devendo ser a decisão apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, desprezando seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável, era possível pretender que uma teoria pura do direito pudesse ignorar juízos de valor.³

O que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e de certas proposições, lógicas e matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles. Frequentemente, quando é necessário superar os desacordos que eles suscitam e tomar uma decisão, é a razão do mais forte que se impõe como melhor, sendo o mais forte aquele que prevalece...⁴

O marco histórico sensível que sinaliza uma ruptura do positivismo puro baseada no pensamento filosófico moderno atingiu indiretamente seu rigor metodológico e reside no pós Guerra, quando o Tribunal Internacional de Nuremberg, ao efetuar o julgamento dos crimes de guerra, decidiu por condenar líderes alemães pela prática de crimes de guerra contra judeus, eslavos, ciganos, entre outros. Em sua defesa, os condenados se declaram inocentes sob alegação, com a boa lógica de um pensamento positivista vigente, no sentido de que obedeceram ao princípio da legalidade, já que nada mais fizeram do que cumprir as leis vigentes em seu próprio país.

Segundo Cláudio Di Cicco, “era o beco sem saída doutrinário a que chegava o Direito moderno legalista, positivista puro: o pedido de absolvição para criminosos de guerra, invocando o princípio da legalidade.”⁵

A concepção positivista tinha como consequência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria.⁶

Face ao golpe à doutrina positivista legalista no pós Guerra, abre-se espaço para a disseminação de inúmeras doutrinas jurídicas em todas as regiões do mundo que, embora guardem suas diferenças, compartilham entre si a assimilação da ideia de justiça, de

³ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 135.

⁴ Ibid. p. 136.

⁵ DI CICCO, Cláudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 321.

⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 136.

valores, de novas técnicas de interpretação que não reduzem o papel do juiz a mero aplicador da norma.

...seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, esta não pode desinteressar-se da reação das consequências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, aceitabilidade social da decisão.⁷

Nos Estados Unidos, ganhou força o Realismo Jurídico de Jerome Frank, que visava fundamentalmente desmistificar a figura de neutralidade do juiz, afirmando que o único Direito que existe é o Direito da sentença⁸. Na Itália desenvolve-se o Idealismo Social e Jurídico de Giole Solari, a partir da combinação do Idealismo de Hegel com o Socialismo de Labriole constrói uma doutrina crítica ao individualismo liberal, mas sem afastar suas premissas: igualdade e liberdade, busca sua concreção na dialética entre sociedade e Estado, moral e Direito, justiça e lei⁹; Na Espanha acompanha-se a ascensão de Recaséns-Siches e sua Lógica do Razoável, segundo a qual o raciocínio do jurista não deve obedecer sempre à lógica da matemática, mas ater-se à decisão mais razoável, à luz dos valores suportados pelas normas e das situações reais e concretas com que o juiz se depara (o direito leva em conta fatos e valores para compreender as normas¹⁰ jurídicas e concretizar a justiça). Na França, Jaques Maritain e Michel Villey marcam o retorno à jusfilosofia aristotélica-tomista, sugerindo repensar os problemas trazidos pelo liberalismo, em especial, condena o individualismo e a distinção entre o indivíduo cidadão e pessoa, cujo fim se destina a limites além do Estado, pleiteia um Estado “capaz de patrocinar um acordo prático entre os homens de diversas convicções, rumo a um acordo de valorização da pessoa humana”¹¹. Finalmente, no Brasil se destaca a Teoria Tridimensionalista do Direito de Miguel Reale a partir dos anos 40, segundo a qual o Direito não pode ser reduzido ao sistema normativo, nem aos fatos, nem aos valores, isoladamente, mas estudado em suas três dimensões: fato, valor e norma, em uma relação dialética de múltipla implicação dentro de determinado contexto sócio-cultural.

⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 13.

⁸ DI CICCIO, Cláudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 329

⁹ *Ibid.*, p. 332

¹⁰ *Ibid.*, p. 333.

¹¹ *Ibid.*, 337.

No Brasil, a Teoria Normativista Pura do Direito dominou por muitos anos a cultura jurídica, sua sistemática se entranhou na cultura jurídica, social e política de forma extremamente forte, razão porque se nota uma grande dificuldade da sociedade jurídica contemporânea em aceitar, assimilar e, por vezes, mesmo compreender sistemas jurídicos mais abertos, capazes de absorver valores e, em especial, de trabalhar com as noções de justiça e equidade no caso em concreto. Há sempre presente um medo com a perda da segurança jurídica, chegando ao ponto de se preferir sacrificar a própria justiça à referida segurança.

O Código Civil Brasileiro de 2002, cujo Projeto de Lei 634 tramitou no Congresso Nacional desde 1975¹², previa a equidade em determinados grupos de casos, em situações previstas pelo legislador e encerradas em rol taxativo, num sistema compatível com o positivismo jurídico, pois o julgador estava subordinado aos critérios fixados em lei. Neste modelo, a equidade se considerava como “fonte mediata de direito, mas não se quer com isso atribuir a força vinculativa à decisão equitativa correta.”¹³

Em 12 de maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça, visando a unificar todas as provas de seleção de magistrados em território nacional, editou a Resolução n.º 75 que, entre outras medidas, introduziu, como obrigatória na fase discursiva dos exames, matéria designada “Humanística”, na qual se exige dos futuros juízes noções claras de justiça, equidade, moral, ética e novas formas de interpretação como a lógica do razoável, sinalizando, claramente a superação da doutrina normativista pura e a necessidade efetiva de incorporar nos julgamentos de todo o país a noção de justiça e de equidade.

Assim, com a introdução da Resolução n.º 75 do Conselho Nacional de Justiça, a equidade ingressa no sistema jurídico pátrio para além dos casos previstos no Código Civil Brasileiro, como instrumento de realização da justiça no caso em concreto pelo próprio juiz, passando a constituir um problema de metodologia jurídica.

Sob o ponto de vista metodológico, é possível concluir que, caso nos ativermos estritamente ao método positivista, a idéia de uma escolha, de uma solução

¹² Projeto de Lei 634 de 1975. Disponível em: http://www.senado.gov.br/publicacoes/MLCC/pdf/mlcc_v1_ed1.pdf. Acesso em: 10out2016.

¹³ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

razoável, de uma decisão equitativa, que implique o uso prático da razão, deverá ser excluída.¹⁴

Ocorre que, regras aparentemente formais, como a regra de justiça segundo a qual é justo tratar de forma igual indivíduos com situações iguais, tem sua aplicação prática intimamente relacionada aos juízos de valor, pois será preciso decidir se uma situação nova é ou não essencialmente semelhante à outra que poderia servir de precedente, tornando-se inevitável recorrer a um juízo de valor.

No entanto, como introduzir valores, trabalhar com a idéia de equidade como justiça no caso em concreto, valor este que se projeta em sede metodológica, num cenário positivista baseado num modelo filosófico que antes de tudo a anulava?

Segundo Alexandre Libório Dias Pereira, a grande transformação do pensamento a partir da equidade resultou de sua silenciosa influência sobre os métodos de elaboração e interpretação do direito, com o sucessivo abandono de uma esquemática lógico-formal resultante da inclusão deliberada de valores jurídicos no processo de interpretação e aplicação das normas.

O resultado desse esforço não será uma teoria da demonstração formal, da qual só se teria de seguir as regras operatórias para chegar a uma conclusão corretamente deduzida, mas uma teoria da argumentação e da controvérsia em que a força e a relevância dos motivos serão apreciados pelo juiz, formado por uma determinada tradição, e para cuja elaboração ele contribui em suas sentenças e a motivação delas.¹⁵

Significaria isso, talvez, afirmar o retorno à dialética como processo de pesquisa da justiça no caso em concreto, da recuperação do *logos* prático aristotélico, do pensar a partir do caso, do renascimento da prudência, a abertura do processo à singularidade das espécies, o retorno à uma retórica argumentativa e de um processo dialético de busca da justiça, da norma do caso, ou seja: a recuperação da equidade?

¹⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 137.

¹⁵ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 505.

2. CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA DE DIREITO

2.1. Delimitação do direito em Aristóteles

Aristóteles (384 a 322), originário de Estagira, na Macedônia, foi aluno de Platão em Atenas, responsável pela educação de Alexandre e, finalmente, fundou sua própria escola, o Liceu. Envolveu-se na vida política na forma de conselheiro de vários príncipes, como educador de Alexandre e como legislador de Estagira, mas foi, especialmente, um estudioso, cultivou a metafísica, psicologia, lógica, retórica, entre outras áreas.

Nas *Éticas* e, sobretudo, em “*Ética a Nicômaco*” descobre em que consiste a felicidade do homem, objetivo de sua conduta moral, e define a virtude como meio termo entre dois extremos. No respectivo Livro V, Aristóteles se dedica ao estudo do direito e da justiça e no Livro VI sobre a Prudência. Em “*Política*”, Aristóteles coloca em prática seu conceito de direito e justiça, ao investigar qual melhor forma de governo, qual a forma natural ao ser humano. Em “*Retórica*” trata da lógica da argumentação como instrumento para tratar com valores.

A filosofia de Aristóteles não é meramente contemplativa, mas realista no sentido de que parte da observação da natureza humana e da linguagem.

Um dos grandes méritos de Aristóteles, no Livro V de *Ética a Nicômaco*, foi elaborar uma definição mais precisa de direito, especialmente se comparada à definição de Platão, extraída da experiência e da linguagem, esta entendida como reflexo da experiência.

Aristóteles identifica o conceito de direito com sua função: justiça. Veja que no grego, a palavra “*dikaion*” é utilizada tanto para se referir ao direito, como ao justo. No entanto, ciente de que uma mesma palavra pode receber, e no caso efetivamente recebe, vários sentidos da língua vulgar, Aristóteles se debruça sobre o sentido da palavra justiça para lhe definir o sentido próprio e os sentidos derivados, delimitando o objeto e o método do justo em relação ao direito e do justo no campo de aplicação da virtude. “Parece que os termos justiça e injustiça são empregados em múltiplos sentidos, mas como sua homonímia apresenta estreita conexão, o homônimo não é percebido...”¹⁶

¹⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 180.

Justiça possui dupla acepção: acepção absoluta, que corresponde a uma conduta moral, uma disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que deveria estar presente ou ser perseguida por todos os seres humanos, e outra acepção particular, que constitui parte da virtude e representa a justiça do trato recíproco e se subdivide em: distributiva, corretiva e recíproca. Convém, oportunamente, uma distinção mais detalhada acerca destas concepções de justiça particular em Aristóteles.

Por ora, seguimos à análise das acepções do justo. A partir da análise das acepções do justo, Aristóteles encontrou o justo como virtude universal, soma de todas as virtudes e relacionada à toda conduta que parece conforme à lei moral. Paralelamente, definiu a justiça particular, cujo objeto é atribuir a cada um o que é seu, traçando os métodos objetivos para se chegar a essas proporções.

O direito é parte especial da justiça¹⁷ e visa a promover boas relações no mundo externo, prescinde de pluralidade e alteridade. O direito tem natureza de finalidade, de termo ao qual tende à justiça, pois a justiça é a plenitude e o direito tem por finalidade transformar potência em ato.

Por ora, o mais importante é destacar o primeiro grande triunfo da teoria aristotélica: o objeto da justiça não se confunde mais com o conjunto da moral, tal como pretendia a teoria ideal platônica de justiça. É o início de uma formulação da arte jurídica menos ampla e confusa.

Observa-se que Aristóteles não ignora o sentido moral da palavra justiça, mas delimita os territórios de atuação da justiça moral e da justiça relacionada ao direito.

Aliás, para Aristóteles a acepção da palavra “justo”, e que, para ele é a primeira, refere-se ao equilíbrio realizado, numa *polis*, entre os diversos cidadãos que nele se reúnem, se associam. A *polis* é formada por homens distintos, com interesses diversos, disputando entre si honras e bens: entre eles funciona o justo político (*dikaion politikón*), principal tipo do justo.¹⁸ Só existe justiça, direito, no sentido próprio da palavra, nas relações entre cidadãos.¹⁹

¹⁷ Segundo Michel Villey, a principal contribuição de São Tomás para o direito medieval foi o resgate à cultura clássica pagã e o renascimento das antigas instituições.

¹⁸ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 44.

¹⁹ Segundo Michel Villey, para Aristóteles, a família é comunidade, não sociedade; dentro dela não há direito, nem justiça no sentido estrito da palavra, porque não há propriamente interesses opostos. Pela mesma razão,

O esforço de Aristóteles em delimitar a justiça referente ao direito observa-se nos capítulos VIII e IX do Livro V de *Ética a Nicômaco*, quando o autor constrói a relação entre direito e justiça, o estudo do direito constitui uma parte específica do estudo da justiça.

...os filósofos que antecederam Aristóteles não chegaram a abordar o tema de justiça dentro de uma perspectiva jurídica, mas como valor relacionado à generalidade das relações interindividuais ou coletivas. Em sua *Ética a Nicômaco*, o Estagirita formulou a teorização da justiça e equidade, considerando-as sob o prisma da lei e do Direito. Tão bem elaborado o seu estudo que se pode afirmar, sem receio de erro, que muito pouco se acrescentou, até nossos dias, àquele pensamento original.²⁰

Desta forma, a lei moral não se confunde com o direito. O homem possui em sua vida cotidiana, intuitivamente, o poder de discernir o bem e o mal, mas tal assunto não diz respeito aos juristas. Embora a intuição e a prudência auxiliem na prática judiciária e na elaboração das leis, são outros os elementos que desenvolvem o direito natural: o estudo das naturezas e seus fins.

A justiça como parte da virtude, e que, portanto, difere da moral, se divide em distributiva e corretiva.

A justiça corretiva tem a função de restaurar, na medida do possível, a ordem justa que foi parcialmente destruída por alguma ação ou ações injustas. A justiça distributiva consiste na obediência ao princípio de distribuição que define a ordem protegida pela justiça distributiva.²¹

A palavra justiça significa a parte atribuída a cada um nessa distribuição. Para alcançar a justiça serão ordenados os atos justos – agir de modo justo é dar a cada um o que é seu: a parte que cabe a cada um em sua relação com os outros. A obra do jurista é formular a justa distribuição.

Portanto, numa visão aristotélica, direito equivale ao justo, é parte do justo total, mas dele se diferencia, pois tem em vista a distribuição proporcional de coisas exteriores, envolve relações humanas e distribuições. O objeto do direito é limitado, não se confunde com a moral que se preocupa mais com as intenções, nem por isso, é menos importante. É por intermédio das coisas que o homem se relaciona, as relações de trocas e

não há justiça entre grupos de amigos, nem tampouco na *polis* ideal de Platão. O fato de afirmar que não existe direito no seio da família ou entre amigos, não implica em afirmar que não haja regras e que não se exerça controle social sobre tais instituições.

²⁰ NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**, 5ª.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 110.

²¹ MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual a racionalidade?** São Paulo: Edições Loyola. 1991, p. 118.

distribuição propiciam a comunicação humana, e são estas relações que constituem a matéria do direito.

2.1.1. Justiça Absoluta:

Justiça absoluta possui a natureza de virtude²². Existe uma diferença entre ser justo e realizar o justo. É possível realizar o justo sem ser intimamente um homem justo. Pode-se devolver um depósito por razões externas, como o medo de ser preso. Da mesma forma, é possível praticar atos injustos por erro ou coação.

Justiça absoluta é a justiça total, tomada em seu caráter universal, e constitui uma disposição de caráter que torna as pessoas propensas a agir conforme o justo e a desejar o justo, ao passo que a injustiça é a disposição que leva as pessoas a atuar de modo injusto e a desejar o que é injusto.²³

O homem justo respeita as leis (justiça absoluta) e a igualdade (justiça particular) e o injusto transgredir a lei e toma mais do que aquilo que lhe é devido, desrespeitando a igualdade. Conseqüentemente, ser justo é respeitar as leis e a igualdade.

O termo injusto é tido como indicativo tanto do transgressor da lei, quanto do indivíduo que quer mais do que aquilo que lhe é devido e o indivíduo não equitativo. ... o indivíduo que obedece a lei e o indivíduo equitativo serão ambos justos. O justo, portanto, significa o legal, o igual ou equitativo, e o injusto significa o ilegal e o desigual ou não equitativo.²⁴

Aristóteles completa afirmando que a justiça absoluta compreende todas as virtudes (virtude completa e perfeita), ganhando materialidade na cidade através da lei. Assim, a lei é justa, todas as coisas lícitas são coisas justas, pois aquilo que é legal é decidido pela legislação e consideramos justas e válidas as decisões desta.

Ora, todas as promulgações da lei objetivam o interesse comum de todos, ou dos mais excelentes, ou dos que detém o poder, seja devido a sua virtude ou do gênero, de sorte que, em um de seus sentidos, justo significa aquilo

²² Na visão de Aristóteles virtude consiste em “*uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consiste numa mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e as paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição de sua essência, a virtude é uma mediania, porém com referência ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo*”. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 177).

²³ *Ibid.*, p. 179.

²⁴ *Ibid.*, p. 180

que produz e preserva a felicidade e as partes componentes desta da comunidade política.²⁵

E segue, afirmando que condutas humanas justas, contemplando a mediania entre diversos extremos (virtudes), são determinadas pela lei justa, por exemplo: a conduta de um homem corajoso é ordenada pela lei, determinando-se que não abandone o posto; assim como a conduta de um homem moderado de não cometer adultério nem ultraje, ou de alguém brando, não ferir nem praticar maledicência.²⁶

Assim, o justo, definido como legal e equitativo expressa a diferença entre a parte e seu todo, pois legal e equitativo diferem entre si como a parte difere de seu todo: “tudo que é não equitativo é ilegal, mas nem tudo que é ilegal é não equitativo”²⁷. A justiça como igualdade é uma parte da justiça no seu sentido amplo.

2.1.2. Justiça particular:

A justiça particular é espécie do gênero justiça absoluta, pois a definição da primeira está contida na segunda. Ambas possuem o mesmo significado social: agir tendo em vista o próximo, eis que a justiça entre as virtudes é o bem alheio, porque se concretiza no momento em que se constitui a vantagem do outro.

Pela mesma razão de significar a relação com alguém, pensa-se que a justiça, exclusivamente entre as virtudes, é o bem alheio, porque concretiza o que constitui a vantagem do outro, seja este o detentor de autoridade, seja um parceiro da comunidade. Como então o pior dos homens é aquele que pratica o vício consigo mesmo e na relação com seus amigos, o melhor não é o que pratica a virtude em relação a si mesmo, mas aquele que o faz em relação aos outros.²⁸

No entanto, enquanto a justiça absoluta diz respeito à virtude plena, à soma das virtudes, a justiça particular concentra-se nos atos virtuosos tomados particularmente.

O direito se relaciona com o resultado no mundo exterior, na relação entre cidadãos, na relação de igualdade material entre as coisas, se preocupa como efeito e não com a motivação. Nada impede, porém, que o jurista possa estimular a moral: as razões que

²⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 181

²⁶ *Ibid.*, p. 182

²⁷ *Ibid.*, p. 184.

²⁸ *Ibid.*, p. 183.

movem o autor a atuar de modo justo, mas as leis apenas morais se distinguem das leis jurídicas. Em Aristóteles, nem toda lei é jurídica. Eis a autonomia do direito.

Vimos, portanto, que o direito para Aristóteles foi definido a partir do método da experiência, da observação dos usos da palavra justiça (*dikaion*), cujo objeto é a justiça, mas apenas uma parcela desta: aquela relacionada com os atos justos, com os efeitos externos dos atos e se restringe a *pólis*, à sociedade, característica por apresentar uma comunidade de cidadãos politicamente organizados e com interesses divergentes entre si.

Por mais abstrata que essa análise possa parecer, ela se diferencia substancialmente da teoria platônica e ideal de justiça que abrange a moral. Aliás, diversas culturas misturam direito e moral, incluindo Platão e Santo Agostinho.

Assim, o direito de Aristóteles é autônomo e diverge do estudo das outras virtudes (caridade, liberdade, solidariedade) e do estudo das intenções (moral). A partir de uma definição objetiva do direito é mais fácil identificar as suas fontes e seu método.

A justiça particular se decompõe em três modalidades: justiça distributiva, corretiva e recíproca, modalidades que trataremos oportunamente. Primeiro, convém diferenciar justiça política e justiça doméstica

2.1.2.1. Justiça Política e Justiça Doméstica:

Como vimos, justiça, nos termos aristotélicos, pode ser compreendida tanto em seu sentido absoluto (como a virtude total), como em seu caráter particular, cujo objeto é atribuir a cada um o que é seu, possui resultado exterior, independentemente das razões humanas que impulsionaram aquele resultado.

Assim, a justiça particular é um conceito externo, relacional, que envolve sujeitos com interesses divergentes e resultado material, dentro de determinada *pólis*

Justiça particular é a justa distribuição de bens em uma *pólis*, é o equilíbrio realizado dentro de determinada *pólis* entre cidadãos que nela se associam. A *pólis* é formada por cidadãos, homens livres com interesses distintos, disputando entre si bens e honras: este é o *locus* do justo político, o principal tipo do justo.

Ela existe entre pessoas livres e iguais do prisma da proporção, ou aritmeticamente iguais, pessoas que vivem uma vida em comum com a finalidade da auto-suficiência. Por conseguinte, entre indivíduos que não atendam a esses requisitos a justiça política não existe, tão somente uma espécie de justiça por similitude. O fato é que somente entre indivíduos cujas relações mútuas são reguladas pela lei há possibilidade de existir justiça, e esta existe no seio daqueles entre os quais também pode ocorrer injustiça²⁹.

Assim, a justiça política é a parte da justiça que concerne ao direito e se materializa no âmbito das relações dos indivíduos na *pólis*, na qualidade de cidadãos, em sua relação com o governante e com seus iguais. Bittar afirma que “existente no meio social, é a justiça que organiza um modo de vida que tende à autossuficiência da vida comunitária (autárkeian), vigente entre homens que partilham de um espaço comum”.³⁰

Com efeito, a administração da justiça política implica em distinção entre o justo e o injusto. Pessoas, dentre as quais a injustiça é possível, podem agir mutuamente de maneira injusta (ainda que na ação injusta nem sempre haja injustiça), ou seja: poderão atribuir-se uma quantidade excessivamente grande do que é simplesmente bom e uma excessivamente pequena do que é simplesmente mau, razão porque não se admite que um ser humano governe, mas a lei, porque aquele o faz em seu próprio interesse se converte em um tirano.

O governante deve atuar como o guardião da justiça, e se o é da justiça, também o é da igualdade. Sendo o governante justo, não se locupleta (não direciona a si próprio uma porção maior daquilo que é simplesmente bom, a não ser que os seus méritos assim informem, pelo contrário, ele se empenha a favor dos outros, razão pela qual dizem que a justiça é o bem alheio). Daí a razão de lhes proporcionarem alguma recompensa, isto é, honra e privilégio. Aqueles para os quais isso não basta se tornam tiranos.³¹

A justiça política se subdivide em natural e convencional. Será natural aquela que vigora do mesmo modo em todos os lugares e não depende de aceitação ou não aceitação³²; enquanto que a convencional se origina a partir de uma convenção, podendo ser

²⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 198.

³⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. 8.ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 140

³¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª. São Paulo: Edipro. 2014. p. 198/199.

³² Afirmar que a justiça natural vigora do mesmo modo em todos os lugares, não equivale na afirmação de que ela, para Aristóteles, a justiça natural seria fixa e imutável, mas apenas que a partir da observação do cosmos, do universo, será extraída a mesma regra em todo o lugar. A justiça natural, para Aristóteles é

desta ou daquela maneira indiferentemente, mas uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente.³³

A justiça natural tem uma força que rompe com as barreiras políticas, sendo que transcende a vontade humana e tem a mesma forma em todo lugar, “como o fogo que queima tanto aqui quanto na Pérsia.”³⁴ Tal afirmativa não significa afirmar que a justiça natural aristotélica é imutável, mas apenas que ela deve ser observada e extraída, não da vontade ou racionalidade humana, mas da observação e contemplação da natureza, da observação das suas causas eficientes e suas causas finais. O homem está em constante descoberta acerca das causas finais da justiça natural, a própria natureza é mutável, assim como o homem é mutável. A observação da natureza é, assim, uma atividade constante de observação e descoberta.

A justiça política legal (ou convencional) fundamenta-se na lei, é definida pela vontade do legislador à luz do direito natural. Uma vez vigente a lei adquire obrigatoriedade e vincula todos os cidadãos.

As coisas consideradas justas com base na convenção e na convivência são como medidas. Com efeito, as medidas de vinho e trigo não são iguais em todos os lugares... De maneira semelhante as coisas tidas como justas ordenadas não com base na natureza, mas no ser humano não são as mesmas em todos os lugares, visto que tampouco o são as formas de governo...³⁵

Quanto à justiça doméstica, apenas cabe ressaltar que é a que se encontra no âmbito da casa, no que se refere ao filho, escravos e a mulher. E não corresponde ao direito.

Aristóteles sustenta que a justiça do senhor com relação ao escravo e a do pai em relação ao filho não é igual à justiça política. Com efeito, não pode haver injustiça no sentido irrestrito em relação a coisas que nos pertencem (visto, na civilização grega, que os escravos não eram cidadãos, mas propriedade, assim como os filhos até determinada idade) e ninguém

mutável e dinâmica, porque a própria natureza contém tais características, razão porque não é possível reduzi-la a princípios rígidos e escritos.

³³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª. São Paulo: Edipro. 2014. p. 200.

³⁴ *Ibid.*, p. 201.

³⁵ *Ibid.*, p. 201.

faz mal a si mesmo. Portanto, não é adequado falar em justiça ou injustiça nestas hipóteses pois ninguém é capaz de fazer mal a si.

Não é que não se reconheça uma justiça nos grupos mais restritos, em especial, no seio da família. É possível, inclusive nela, observar uma justa repartição de bens e honras, mas tal fato não suscita a aplicação do termo relativo à justiça política à família, porque nela não constam os mesmos pressupostos que ensejam o conceito da justiça política. Numa família os interesses não são opostos, capaz de impor uma separação de bens de forma rígida. “O filho “é algo do pai”, ele não é, “outro que o pai”, pai e filho não possuem patrimônios distintos... A família é, como diríamos, comunidade, não sociedade; dentro dela não há direito, nem justiça no sentido estrito da palavra.”³⁶

2.1.2.2. *Justiça Política e classificações:*

Fizemos a análise do complexo conceito de justiça desenvolvido por Aristóteles. De início, delimitamos o objeto da justiça, ao menos para distingui-lo da moral. Em seguida, trabalhamos as diversas concepções do termo “justiça”: primeiro, em sua acepção absoluta, como excelência de virtude, como virtude moral em sua totalidade, disposição humana para fazer o justo, e, posteriormente, em sua acepção particular e precisamente política, construída a partir de um caráter da justiça absoluta - igualdade, consistindo basicamente em uma justiça concreta entre particulares, em relação ao outro; justiça esta que se diferencia da justiça doméstica, e que se decompõe em três modalidades: justiça distributiva, corretiva e recíproca.

A justiça distributiva, manifestada na distribuição de bens públicos (riqueza, honorarias, vantagens) em direção aos particulares segundo o critério da meritocracia adotada pelo sistema político vigente, se orienta pela proporção geométrica.

A justiça corretiva dirige-se a outra espécie de igualdade: a numérica, adota o sistema aritmético de proporção, pressupõe um dano e se dirige a reestabelecer um equilíbrio violado na relação entre particulares, seja por um ato voluntário ou involuntário, redistribuindo as perdas e ganhos entre particulares.

³⁶ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 44.

Por fim, a justiça recíproca orienta-se para uma igualdade comercial, travada nas relações de troca entre particulares, assegurando a equidade nas relações de transação, servindo-se da proporcionalidade diagonal.

Veremos a seguir estas três formas de justiça política.

2.1.2.2.1. *Justiça Distributiva*

Quanto à justiça particular e o justo que lhe corresponde, um dos seus tipos é exercido na distribuição dos bens comuns de uma sociedade: honra, riqueza e outras vantagens compartilháveis na comunidade política³⁷.

A distribuição é igualdade e, em consequência, meio termo entre o mais e o menos, tal como é o justo.

Justo, como igualdade ou meio termo, deve estar em conformidade com uma relação de proporção. Como justo, deve envolver, no mínimo, duas coisas que podem ser maiores ou menores; como igual, deve envolver, pelo menos, duas coisas; e como relativo, o justo se materializa na relação entre as pessoas. São, assim, necessários quatro termos para a distribuição: duas pessoas para que o justo possa de fato ser justo, para as quais a justiça deve ser observada, e dois objetos para os quais a justiça distributiva é feita. O justo, portanto, supõe duas pessoas que partilham e duas porções que ele deva possuir.

A igualdade é no mínimo dupla. É forçoso, em conformidade com isto, não só que o justo seja uma mediania e igual, além do que relativo a algo para determinados indivíduos, como também que na qualidade de mediania esteja entre o mais e o menos, que na qualidade de igual, implique duas porções e que, na qualidade de justo, envolva determinados indivíduos.³⁸

Segundo Aristóteles, similar igualdade entre as coisas a serem partilhadas existe entre as pessoas destinatárias da distribuição. Nesta medida, pessoas iguais devem receber partes iguais na distribuição, enquanto que pessoas diferentes receberão na medida de sua diferença.

O justo, portanto, necessariamente, é, no mínimo, quádruplo. Com efeito, envolve dois indivíduos para os quais existe justiça e duas coisas que são justas... de fato a proporção, entre as coisas será igual a proporção entre os indivíduos, entendendo-se que na medida em que não são iguais, não

³⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 186.

³⁸ *Ibid.*, p. 187.

receberão em pé de igualdade, o que, porém, não impede o surgimento de conflitos e queixas, seja quando iguais tem ou recebem coisas em porções desiguais, seja quando os desiguais tem e recebem coisas em porções iguais.³⁹

A régua para aferição de igualdade ou não entre as pessoas, reside na análise da meritocracia. No entanto, reconhece-se que o mérito é analisado de forma diversa em cada sociedade. De acordo com seu estatuto político, as distribuições devem ser fundamentadas em algum tipo específico de mérito: liberdade (democracia), riqueza (oligarquia), nascimento (oligarquia) e virtude (aristocracia).

Isso ressalta como evidente à luz do princípio da atribuição a partir do mérito. Todos, de fato, são concordes que a justiça distributiva tem que ser a partir de um certo mérito, embora nem todos entendam o mesmo tipo de mérito, para os adeptos da democracia trata-se da liberdade, para os adeptos da oligarquia trata-se da riqueza ou do bom nascimento, enquanto para aqueles da aristocracia trata-se da virtude. O justo é, portanto, certo tipo de proporcional. ... proporção não é meramente uma propriedade numérica relativa a unidades, mas uma propriedade numérica geral. A proporção é uma igualdade de relações de caráter, no mínimo, quadruplo.⁴⁰

Os princípios que governam a distribuição de bens e honras em determinada sociedade variam de acordo com a sua constituição política. Quando se distribui um determinado bem ou honra, ou mesmo atribui-se justiça a determinada ação ou agente, distribui-se de acordo com o princípio de distribuição constitucionalmente estabelecido na *pólis* em particular, uma justiça relativa àquele princípio.

A justiça distributiva consiste na aplicação de um princípio de merecimento a uma variedade de situações. Mas os princípios de merecimento só têm aplicação em contextos que satisfaçam duas condições: deve haver um projeto comum para a realização de cujos objetivos os que são considerados mais merecedores contribuam mais do que os que são considerados menos merecedores; e deve haver uma visão comum de como tais contribuições devem ser medidas e como as recompensas devem ser classificadas. É um empreendimento que visa à realização do bem humano como tal...⁴¹

Como a justiça reside em uma relação de proporção, seja no caso da justiça distributiva, ou corretiva, ou recíproca, cabe analisar qual espécie de proporção se aplica a cada espécie de justiça. Para o autor, cabe à justiça distributiva a relação de proporção

³⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 187.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 187/188

⁴¹ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual a racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola. 1991, p. 121.

geométrica (diversa daquela aplicada à justiça corretiva que visa a uma proporção aritmética).

Segundo a proporção geométrica aplicável à justiça distributiva, o todo está para o todo, assim como a parte está para a parte correspondente. Entre os quatro termos respectivos há uma distribuição semelhante entre as pessoas e as coisas, ou seja, a razão entre dois deles é a mesma da razão entre os outros dois.

É preciso lembrar que a sociedade grega havia uma concepção do cidadão muito mais no aspecto coletivo do que individual. Assim, na qualidade de parte efetivamente integrante da sociedade, natural que o cidadão compartilhe com ela seus méritos, recebendo dela uma distribuição desta participação (riqueza e vantagens) de acordo com seus méritos.

2.1.2.2.2. Justiça Corretiva:

Outra forma de justiça particular é a justiça corretiva ou comutativa, que ocorre nas transgressões contratuais (entre particulares) tanto voluntárias (exemplo: contratos de compra e venda), quanto involuntárias (exemplo: roubo).

Trata-se de forma de justiça que difere da forma distributiva, pois obedece a outra maneira de proporção: a proporção aritmética (e não geométrica); bem assim, parte de outro bem a ser dividido: entre bens particulares (e não entre o comum e o particular), e, finalmente, obedece outro fundamento de distribuição: relação entre perda e ganho (e não a meritocracia), como melhor veremos.

Tanto a justiça distributiva, quanto a corretiva são justiças igualitárias na medida em que visam ao meio termo, mas não com a mesma espécie de proporção. A justiça corretiva não visa à distribuição de riquezas em uma sociedade, mas visa a restabelecer, em determinado caso em concreto, o equilíbrio através de um meio termo entre perda e ganho, tem, pois, como fim, a justa equivalência.

A justiça corretiva é, assim, o meio termo entre a perda e o ganho, na qual a perda representa menor quantidade do bem e maior quantidade do mal, enquanto que o ganho representa o contrário. O igual, no sentido corretivo, é a posição intermediária entre perda e ganho.

Assim, enquanto o igual é uma mediania entre mais e menos, ganho e perda são respectivamente o mais e o menos contrariamente, mais bem e menos mal sendo o ganho, e o contrário a perda e como o igual que declaramos ser o justo, constitui mediania entre eles, conclui-se que a justiça corretiva será a mediania entre a perda e o ganho.⁴²

Mas não é só o fundamento da igualdade (do justo) que distingue a justiça distributiva e a justiça corretiva (aquela com fundamento na meritocracia e está na mediania entre perda e ganho), mas também no ponto de partida de ambas, ou seja, de onde provém aquilo que será dividido. Na justiça distributiva, a distribuição provém daquilo que é comum, sendo os beneficiários os particulares, ao passo que na justiça corretiva a coisa é transferida de uma pessoa para outra, entre dois particulares. A justiça corretiva estabelece uma medida de justiça nas transações, transferindo-se uma coisa de uma pessoa para a outra; na justiça distributiva a transferência parte da comunidade para o individual.

Visando a explicar a proporção aritmética adotada na aplicação da justiça corretiva, Aristóteles serve-se do exemplo de uma linha. O igual é o meio termo entre uma linha maior e uma menor, conforme uma proporção numérica que ocorre pela subtração do excesso da linha maior (daquele que tem mais) em direção ao intermediário, acrescentando o excedente à linha menor (daquele que tem menos). Tal proporção se aplica tanto às relações voluntárias, quanto às relações involuntárias.

Finalmente, ambas as justiças particulares (distributiva e corretiva) diferem entre si quanto ao fundamento da distribuição. Com efeito, na justiça corretiva não se leva em consideração a meritocracia das pessoas envolvidas, mas sim, a relação de perda e ganho desigual entre indivíduos particulares em determinada transação privada. Nas palavras do autor grego:

Com efeito, não faz a menor diferença se alguém bom trapaceou alguém mau ou se este trapaceou aquele, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu adultério, a lei apenas contempla a natureza característica do dano, tratando as partes como iguais, apurando simplesmente se alguém praticou injustiça enquanto o outro indivíduo a sofreu, e se alguém produziu o dano enquanto outro foi atingido. Por conseguinte, se o injusto aqui é o desigual, o juiz se empenha em torna-lo igual, porquanto alguém foi ferido, tendo o outro ferido, ou alguém matou e o outro foi morto, sendo neste caso, a distribuição do sofrer e do fazer desigual, nesta conjuntura o juiz se empenha em torna-los iguais mediante a punição, por ele imposta, retirando o ganho.⁴³

⁴² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 190.

⁴³ *Ibid.*, p. 190.

Quanto à justiça corretiva, merece especial destaque a figura do juiz, eis que, diante de uma desigualdade (ou seja, de uma injustiça), cabe ao juiz restabelecer a igualdade, o meio termo almejado pelo instrumento da pena reparadora.

Eis porque em casos de disputa recorre-se ao juiz. Dirigir-se ao juiz é dirigir-se a justiça. De fato, o juiz é como se fosse a justiça dotada de alma. Outro motivo para buscarmos o juiz é para que ele estabeleça a mediania, pelo que, efetivamente, em alguns lugares, chama-se o juiz de mediadores, pois, se eles atingem a mediania, segundo lhes parece, atingem o justo. É de se concluir, portanto, que o justo é uma e espécie de mediania na medida em que o juiz encarna essa mediania.⁴⁴

Completa o autor afirmando ser o juiz o responsável por restaurar a igualdade, como se de uma linha divisória entre duas partes desiguais, ele extraísse, do seguimento maior, a porção que excede uma metade da linha inteira e a somasse ao segmento menor.

Aliás, quando a transação não resulta nem em aumento nem em diminuição, mas apenas no mesmo que as partes possuíam, as pessoas afirmam que “tem o que lhes cabe”⁴⁵, e nem perderam, nem ganharam. Caso contrário, se não houver mediania entre o ganho e a perda, caberá ao juiz a função de mediador, na acepção aristotélica do termo.

Finalmente, cabe esclarecer que a função do juiz em restabelecer o equilíbrio com a justiça corretiva mediante uma punição possui natureza reparatória e não punitiva. Segundo Ross⁴⁶, o juiz não cumpre um papel punitivo que se concretiza com a aplicação de uma pena punitiva, mas reparatória. Portanto, a função da pena na justiça corretiva não é punir, mas tomar uma parte do ganho do infrator e somá-la à vítima, ainda que se tratem de bens imateriais, por exemplo, quando um recebe o ferimento provocado pelo outro, ocorre uma distribuição desigual do sofrimento, cabendo ao juiz, como mediador, reparar a igualdade violada.

2.1.2.2.3. *Justiça Recíproca*

Vimos duas formas de justiça particular e de qual modo uma difere da outra. A justiça distributiva difere da corretiva, pelo menos, de três maneiras: 1. Pelo critério de distribuição, pois enquanto a primeira apoia-se na meritocracia, a segunda centra-se numa

⁴⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 191.

⁴⁵ *Ibid.*, 191.

⁴⁶ ROSS, Alf. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote. 1987. p.217.

relação particular entre perda e ganho num determinado caso em concreto; 2. Pelo bem que é distribuído, pois a justiça distributiva reparte um bem da comunidade para o particular, enquanto a corretiva redistribui um bem particular em direção a outro particular, e, por último, 3. Pelo critério de proporcionalidade, sendo geométrico na justiça distributiva e aritmético na justiça corretiva.

Resta, neste momento, a análise da justiça recíproca e de qual forma ela se difere das duas outras citadas justizas particulares.

O conceito de justiça é definido pelos pitagóricos a partir da própria reciprocidade, como na Lei de Talião, retribuindo simplesmente o mal com o proporcional mal, num processo de duas operações nas quais uma seria o inverso da outra, não levando em conta questões volitivas subjetivas ou legitimidade para prática dos atos.

Para Aristóteles, a concepção de justiça recíproca como simples retribuição não é correta. Para ilustrar sua não concordância com a teoria pitagórica, fornece o exemplo da autoridade que agride outra pessoa com legitimidade. Não seria, neste caso, concebível que a vítima revidasse contra respectiva autoridade. Por outro lado, destaca também a grande diferença entre a conduta voluntária que causa um determinado dano e a involuntária, sendo nesta última também inconcebível o revide da vítima na mesma medida do dano que lhe foi infligido.

Assim, Aristóteles reserva à reciprocidade o papel de uma justiça relacionada às trocas, não admitindo a equivalência de reciprocidade pura e simples como uma forma de justiça particular.

A reciprocidade, contemplada como justiça particular, para Aristóteles, será a retribuição proporcional ligada às relações de troca/comércio. A troca proporcional entre cidadãos em uma cidade possui função econômica, social e, sobretudo, política, ao manter os homens numa comunhão social.

No intercâmbio de favores, a justiça entendida como reciprocidade é o vínculo que mantém a associação – reciprocidade de acordo com a proporção e não com a igualdade. A própria integridade do Estado depende da reciprocidade fundada na proporção.⁴⁷

⁴⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 193

Aristóteles sugere que, no caso da justiça recíproca, a troca obedeça a uma proporção numa conjunção diagonal, que necessita de uma igualdade proporcional de bens para que a troca seja proporcional e, portanto, justa.

Exemplificando, para que ocorra a troca entre dois produtos diferentes, como seria o caso de uma casa e um sapato, seria necessário aferir a proporcionalidade dessa transação através de um cálculo de quantos sapatos equivaleria a uma casa, já que o trabalho de um construtor, para construção de uma casa, não é equivalente ao trabalho de um sapateiro para confecção de um sapato. Assim, é preciso fixar uma justa proporção entre os produtos de maneira a equiparar as trocas. Somente com a equivalência dos produtos e outras artes, por meio de uma proporção, é que será possível a troca igualitária.

De fato, não são dois médicos que se associam para uma permuta, mas médico e agricultor e geralmente pessoas que são diferentes e possivelmente desiguais; ora, neste caso, tem que ser tornada iguais. A consequência é todas as coisas permitidas necessitem ser, de alguma forma comensuráveis. A introdução do dinheiro ocorreu com o objetivo de atender a essa exigência, sendo uma medida de todas as coisas, de certa forma o dinheiro se converteu em um elemento intermediário, que é, inclusive medida do excesso e da deficiência das coisas...⁴⁸

Destaca-se que a troca tem como força motriz a necessidade. O sapateiro apenas aceitará confeccionar dezenas de sapatos para adquirir uma casa se, efetivamente, tiver a necessidade de adquiri-la.

É forçoso, portanto, que todos os produtos comerciais possuam um padrão de medida ... E esse padrão é na realidade, a necessidade, aquilo que mantém a coesão de tudo, de fato, se as pessoas deixassem completamente de ter necessidades, ou se não as experimentassem entre si em pé de igualdade, o intercâmbio não perduraria ou não segundo uma convenção, a necessidade passou a ser representada pelo dinheiro ...⁴⁹

Que é a necessidade, ao atuar como unidade, que mantém essa coesão, fica claro pelo fato de que, na ausência de necessidade mútua quanto a ambas as partes, ou, ao menos, quanto a uma delas, não se instaura nenhum intercâmbio entre elas.⁵⁰

Como forma de assegurar a satisfação das necessidades futuras dos particulares, de estimular a satisfação das necessidades presentes mediante transações e de tornar todos os produtos e serviços em comensuráveis, restou convencionado uma medida única capaz de unir todas as coisas: o dinheiro.

⁴⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 194.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 195.

Assim, o dinheiro se apresenta como uma unidade, fruto de uma convenção legal (e não natural), representante da necessidade de troca e que age como medida, equipara e torna bens completamente distintos em comensuráveis, o que permite, finalmente, igualdade.

O dinheiro passa a ser a medida de todas as coisas, pois torna todas as coisas comensuráveis, permitindo a troca que, por sua vez, torna possível a associação.

Aqui, a “justiça” não consiste numa virtude, mas numa espécie de “regulador” da máquina econômica, destinada a impedir que os preços de troca se afastem dos seus valores reais, segundo as necessidades humanas dos bens trocados. Talvez tenha sido o reconhecimento desta diferença que levou Aristóteles a não considerar a justiça comercial como um dos tipos fundamentais de justiça, não a introduzindo senão posteriormente⁵¹.

Nesse sentido, a justiça recíproca ou comercial fica reservada à justiça de trocas comerciais, não seria um dos tipos fundamentais de justiça, tal qual a justiça distributiva e recíproca.

2.2. Fontes do Direito:

Aristóteles distingue dois tipos de fontes do direito: o justo natural e o justo positivo. São duas fontes complementares. Por um lado o estudo da natureza e por outro a determinação precisa do legislador ou do juiz. Ao contrário do que sustentam outras teorias, a aristotélica apresenta uma relação de completude entre o direito natural e o direito positivo. O direito natural apresenta uma espécie de existência autônoma, mas bastante imperfeita e inacessível ao homem. Se reconhece, por outro lado, a necessidade e importância da lei positiva e o papel do legislador. Em regra, a solução do direito recorre a ambas as fontes conjuntamente.

2.2.1. Direito natural:

O estudo do direito num primeiro momento é especulativo, é intelectual. Por um lado, procede a partir do estudo da natureza: a partir da observação dos fatos, extraímos

⁵¹ ROSS, Alf. **Aristóteles**. Lisboa: Dom Quixote. 1987. p.219.

não só o “ser”, como conseguimos extrair do próprio movimento da natureza, o que corresponde ao “dever ser”.

Voltemos ao método aristotélico de investigação: experimental, construção a partir da observação dos fatos e da linguagem. A palavra “natureza” (*physis*) apresenta uma imensidade de significados. A partir do estudo de alguns significados de natureza, Aristóteles constrói o sentido de direito natural.

Natureza⁵², para o estagirita, num sentido universal, pode significar o conjunto do mundo exterior que nos rodeia, mas esse conjunto não é estático e meramente material. Trata-se de um cosmos ordenado, obra de inteligência, de um oleiro⁵³, que comporta não só causas formais e eficientes, como causas finais; como é o vaso do oleiro, ordenado em torno de uma finalidade.

Assim, a partir desta concepção universal, natureza designa o conjunto ordenado e dinâmico do mundo que nos rodeia, orientado para determinada finalidade.

A partir do método experimental de observação da natureza, é possível extrair um mundo é cheio de ordem, composto de gêneros, espécies, indivíduos; cada ser ou gênero desse ser apresenta sua ordem, que rege seu ser e seu dever ser, num movimento dinâmico.

A ordem natural trabalha com causas eficientes e causas finais, cada ser obedece ao movimento de sua espécie. São as leis da natureza de cada espécie que os impele a um determinado fim, à plenitude do ser (torna potência em ato). Os movimentos humanos seguem os movimentos da natureza por instinto, mas o homem, através de sua inteligência, sua razão, que o diferencia dos outros animais, pode se afastar da ordem natural.⁵⁴

Natureza, por outro lado, pode designar o dever ser de cada espécie particular, sua forma e seu fim, considerado sempre o plano de natureza universal. A natureza de cada um é seu fim, seu dever ser.

⁵² Segundo Michel Villey “a palavra natureza e a expressão “natureza das coisas”, que curiosamente voltou a estar na moda faz alguns anos, são enganosas para nós. Educados sob a influência difusa do cartesianismo, temos da “natureza das coisas”, do mundo exterior, uma visão pobre, materialista, quantitativa e mecanicista. Como uma “natureza das coisas” pode ser fonte do direito?” (Villey, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 428/429).

⁵³ Aristóteles desenvolve o exemplo de um oleiro que ao produzir um vaso, orienta e ordena suas ações à uma finalidade específica, moldando a argila até que ela adquira a forma desejada. Assim é a natureza que comporta causas formais, eficientes e finais.

⁵⁴ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 142.

Assim, com relação aos seres vivos, a natureza não significa o que eles são de fato, aquilo que é ato, mas o que eles deveriam ser, considerando suas potencialidades e observação de toda a espécie. O homem é potência, não adquire de pronto toda a plenitude de seu ser, o que ele dispõe é de potência, de forma, de seu fim. Assim como um pássaro que nasce e morre em uma gaiola não corresponde à sua natureza; a natureza humana não se observa numa criança, num idoso, num inválido, mas num adulto com seu pleno desenvolvimento físico, intelectual, biológico e psíquico. Há bem mais na natureza dos seres vivos do que eles são presentemente, há o que eles estão destinados a ser em sua plenitude, seu fim, o que seria também sua felicidade.

Natureza poderia também significar um impulso natural de todo ser em buscar a sua plenitude, o seu desenvolvimento máximo, seria um princípio traduzido em um instinto inato que os orienta a uma determinada finalidade. Assim, natureza nos direciona aos fins inerentes a cada ser, a um dever ser inerente ao próprio ser.

A observação da natureza, sob a perspectiva aristotélica, supera a observação dos fatos, não é neutra, nem cega, nem tampouco passiva e descritiva. Reconhecer a natureza nas coisas, significa observar a melhor desenvoltura de toda uma espécie, significa separar aqueles seres sadios e completos, daqueles outros que não atingiram sua potência. A ciência da natureza compreende a observação dos fatos, da ordem e das causas finais, nos ensina a distinguir os seres sadios (em ato) da sua própria potência.

Em “A Política”, Aristóteles constrói, a partir da observação da natureza, alguns parâmetros sobre a potência humana. Observa, por exemplo, que o homem é um animal que nasce desprotegido e precisa de cuidados por um período longo. A partir de análises de várias sociedades e comunidades e, inclusive, de homens selvagens, observa que tanto os vastos impérios, como as aldeias isoladas propiciam ao homem um desenvolvimento inferior àquele atingido por humanos oriundos de cidades médias, como a Grécia. Desta observação, Aristóteles conclui que o homem é animal político, primeiro pressuposto fundamental ao desenvolvimento de sua potência. A *polis* é, portanto, natural do homem. Isso não equivale a afirmar que o homem não possa viver em grandes ou pequenas sociedades, ou mesmo isolado, apenas significa afirmar que a potência humana, o dever ser humano, será atingido no seio de uma *pólis* ordenada, sem o que o homem será apenas ato.

Mas a lei natural, como já afirmado, não é estática, é possível que se observem futuramente outras formas de convívio social que propiciem maior desenvolvimento humano.

Aristóteles não pretende construir uma teoria acabada sobre a natureza humana, ela está em constante construção a partir da observação da natureza. Tal dinamismo é visível na teoria aristotélica quando nos debruçamos, por exemplo, na análise do autor sobre a melhor forma de governo.

Aristóteles, a partir da observação de diversas constituições diferentes da *pólis* e dos Estados de seu tempo, conclui que não existe o melhor regime para todas as sociedades, embora tenha se aproximado mais daquele regime que comporte um equilíbrio entre aristocracia e democracia, mas extraiu alguns denominadores comuns sobre a política, aceitos até a atualidade, como, por exemplo, de que seria “natural” que os homens não permanecessem por tanto tempo no governo.

Veja que o conceito de direito natural aristotélico é realista⁵⁵ no sentido em que é construído a partir do método da experiência e da observação, é construído a partir da avaliação dos significados da palavra “natureza”. O direito natural é um método experimental, está longe de apresentar um conteúdo fechado e estático, mas, ao contrário, apresenta conteúdo aberto e dinâmico, em constante mutação, complementado pela contínua observação do homem, de seu desenvolvimento e seus elementos novos. Assim, embora se reconheça sua enorme importância, em termos práticos, apenas nos possibilita a obter resultados incertos.

Cabe-nos, neste momento, acrescentar outro elemento sobre a lógica aristotélica: o direito não constitui propriamente uma ciência⁵⁶, porque o objeto do direito (o justo) não nos propicia um conhecimento exato, que se deduz de princípios exatos. Se tivéssemos acesso ao plano da natureza, do oleiro, se possuíssemos a fórmula que define a

⁵⁵ Para Michel Villey, “Em nossos dias, confunde-se habitualmente o direito natural com o direito racional que seria deduzido dos preceitos de nossa razão ou, o que dá quase na mesma, de uma definição abstrata da “natureza do homem” individual. É o que querem o racionalismo e o idealismo modernos. Não há nada disso na filosofia clássica, na qual o direito natural tinha autenticamente por fonte a observação da natureza, da natureza em seu conjunto, de natureza “cósmica”, ou seja, do mundo exterior naturalmente organizado, dos grupos sociais, das *pólis*, espontaneamente vindos à existência.” (VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. p. 428.)

⁵⁶ Se, por ciência, se entender o conceito moderno no sentido de uma lógica da demonstração formal, que utiliza provas analíticas e coercivas e que visa a verdade irrefutável.

essência do ser homem, poderíamos extrair conclusões seguras. Mas o direito está em constante investigação, que se realiza com método da observação, o estudo apenas chega a resultados provisórios.

Assim, a partir da própria essência do direito natural (dinâmico, em constante construção e que recai sobre circunstâncias moventes – visto que o homem e a própria natureza no seu sentido universal estão em constante transformação), podemos concluir pela impossibilidade dele se amoldar a regras fixas, sendo, ao contrário, por essência, móvel. Resultado: o justo natural não está e não pode estar circunscrito a textos. Não se visualiza uma pretensão em Aristóteles de formular regras de direito natural escritas. O justo natural não tem forma de lei expressa.

De qualquer modo, há nesse domínio o natural bem como o que não é determinado pela natureza, e percebemos com clareza quais regras da justiça, ainda que não absolutas, são naturais e quais não são, mas legais e convencionais, ambas sendo igualmente mutáveis.⁵⁷

O acesso ao direito natural pelos homens é escasso e vago e ocorre via método experimental: pela percepção sensorial humana a partir da observação da natureza e não propriamente mediante uma revelação divina. É por isso que se pode afirmar que o método de apreensão do justo natural é o experimental, partirá da observação dos fatos. Todo o conhecimento nos vem através dos sentidos, não se reconhece uma ciência infusa no homem, uma necessidade de imersão mística típica do idealismo. Assim, os resultados obtidos com tal método de observação da natureza tendem a ser realistas, revelando um homem tal como ele é. Os sentidos nos fazem conhecer coisas particulares, não precisamente coisas da natureza humana, é preciso um poder humano de abstrair.

Para além das “substâncias primeiras”, os indivíduos, aprendemos progressivamente as “substâncias segundas”, os gêneros, as espécies, portanto, a ordem estática do universo; e para além dos movimentos particulares de tal ou qual, as “inclinações”, gerais do homem ou de tal espécie de homem; para além de tal ou qual desejo, os fins em função dos quais se organizam naturalmente os atos humanos – a ordem dinâmica da vida. Em suma, para além dos fatos, as naturezas. E é aqui que o trabalho da inteligência (segundo essa teoria clássica do direito natural) leva ao conhecimento do direito. Pois, já que a ordem está na natureza, e a ordem que a ciência aprende com a natureza, a desordem que ela elimina. Nosso intelecto subdividido em “especulativo” e “prático”, constitui nessas funções um só e único “poder”, e saber a essência de uma coisa já seria conhecer seu fim. O ser de uma coisa, que a inteligência especulativa persegue, é seu dever ser, seu bem. “*Mens et bonum convertuntur*”. A

⁵⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª Ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 201.

essência do homem, quanto ao seu corpo, não é o homem caolho, nem o manco, nem o degenerado: mas o homem do cânone grego.⁵⁸

Assim, o estudo do direito natural corresponde a procurar, a partir da observação, a natureza e fins do homem e dos grupos sociais.

No fundo, esse método é muito simples: parte da observação dos costumes das “inclinações” espontâneas supostas, naturalmente boas, mas tenta discernir, entre os costumes ainda naturais, os desvios, passíveis de reconhecimento pelo resultado infeliz, pelo seu fracasso, por deixarem de servir a essa ordem, a essa ligação racional dos atos aos fins que percebemos... É um método do bom senso, ao qual talvez só prestamos um desserviço se tentarmos analisa-la de maneira abstrata.⁵⁹

A busca do justo conforme a natureza nos fornece diretrizes, ainda que de caráter geral, impreciso, flexível e provisório. E, mesmo estas normas incertas, no servem de diretrizes e podem, ainda, servir de único caminho em casos de omissão da lei escrita ou em direito internacional.

2.2.2. Direito Positivo:

Para Aristóteles, as duas fontes do direito: direito natural e positivo, são complementares. Aristóteles é um defensor das leis positivas, reconheceu sua necessidade, descreveu suas fontes e avaliou sua autoridade.

O justo natural é incapaz de nos conduzir a soluções concretas, seu estudo compreende o primeiro estágio da elaboração do direito (especulativo), nos proporciona apenas matéria que nos resta informar. Os princípios vagos e gerais que podem ser extraídos do justo natural não são suficientes para nos dar soluções concretas, é preciso decidir um determinado pedido, para determinado autor, em determinado Estado, com determinada cultura, fatos que exigem a intervenção do legislador e do juiz.

Em outras palavras, o conhecimento humano do direito natural é muito escasso, vago e incompleto. O homem não conhece a si, a sua natureza, nem o universo. Aliás, apenas conhece a natureza a partir de seus efeitos, daí a incompletude desse conhecimento. Reconhece-se, a partir da ausência de qualquer certeza e da mobilidade da própria natureza, a impossibilidade de uma ciência do direito natural. “Sendo o homem livre,

⁵⁸ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 144.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 146.

as situações a regular são mutáveis, portanto, o próprio justo é mutável, não é possível colocá-lo em teoremas fixos”⁶⁰.

Em “Retórica”, Aristóteles nos fornece dois motivos para confeccionar leis escritas e para preferir sua solução ao justo natural, que é vago e impreciso. A primeira razão é que não se poderia deixar toda a tarefa ao juiz (observar o justo natural e dele extrair leis que se amoldem ao justo particular), visto que seria mais fácil em uma *pólis* encontrar alguns legisladores filósofos, mais cultos que guiem a sociedade, do que uma grande quantidade de juízes com as mesmas qualidades. Em segundo, porque é preciso desconfiar da imparcialidade dos juízes, cujo julgamento pode ser levado pela simpatia ou pelo temor. A lei constitui inteligência sem paixão.⁶¹

Assim, o direito positivo ocupa um lugar fundamental nas fontes do direito tal como disposta pelo estagirita.

As leis positivas são necessárias em razão da própria natureza do homem: homem social destinado à ordem política. Além do seu conteúdo repressivo e permissivo, é responsável por criar novas obrigações entre homens na *pólis*.

O direito positivo é um prolongamento do direito natural, fruto da razão nesse sentido, mas também, da vontade humana, na medida em que o poder legislativo apresenta-lhe concreitude, conteúdo fixo, objetivo e preciso.

O direito natural é mutável, porque o homem é mutável. Da mesma forma, não se pode admitir que as leis humanas positivas, como expressão do direito natural que são, sejam imutáveis.

Exige-se de uma lei positiva que ela seja justa a seu tempo e ao seu contexto, considerando, especialmente, os fins da respectiva sociedade. Todo povo possui um fim natural e toda lei deve se organizar com essa perspectiva. Ademais, considerando que a natureza é mutável, toda lei deve ser adaptada as condições de tempo e de lugar.

Finalmente, a autoridade da lei positiva reside no justo natural. É certo que, se a lei é fruto da razão e da vontade, sua autoridade também reside na arbitrariedade dos

⁶⁰ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 148.

⁶¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Folha de São Paulo. 2015. p. 60.

legisladores. Ocorre que a autoridade da lei positiva é sempre condicional: a lei só é lei se cumprir sua função, sua finalidade, que é a justiça.

Sobre a autoridade da lei positiva, Aristóteles não define precisamente quem deveria ser o autor das leis: o legislador. Para o estagirita, é a própria natureza pessoal daquele detentor das virtudes necessárias que o orientará para essa função dentro de uma *pólis* e não propriamente predomina o voto da maioria nessa escolha. Não há em Aristóteles a doutrina do contrato social.

O homem é animal social. É a *pólis* que treina seus cidadãos no exercício das virtudes. “A hierarquia do melhor tipo de *pólis* implica em ensinar e aprender, não a dominação irracional.”⁶²

De qual forma o legislador extrai princípios e regras do justo natural para aplicar à legislação positiva? O que se soma à observação de princípios e regras naturais para resultar no justo positivo é resultado de puro arbítrio do legislador. Para Aristóteles, não se trata de obra da inteligência dos legisladores, mas resulta de sua vontade, do exercício de uma opção, não é algo passivo de explicação racional, mas questão política.

As coisas consideradas justas com base na convenção e na conveniência são como medidas. Com efeito, as medidas de vinho e de trigo não são as mesmas em todos os lugares, mas são maiores no atacado e menores no varejo. De maneira semelhante, as coisas tidas como justas ordenadas não com base na natureza, mas no ser humano, não são as mesmas em todos os lugares, visto que tampouco o são as formas de governo, ainda que haja apenas uma que do ponto de vista da natureza é a melhor.⁶³

Todavia, a prudência deve orientar os legisladores na elaboração das leis. Prudência aqui entendida como virtude intelectual que decide, com vistas à ação, sobre situações contingentes, sem ter o tempo, nem os meios de expor suas razões. Ela é a virtude e a Excelência do legislador e do juiz.⁶⁴

Deste modo, o complemento do justo natural, que vem a integrar o justo positivo, tem duas razões principais. Em primeiro, como o justo natural é essencialmente dinâmico e móvel, de outro modo, ele não teria fim, é preciso concluí-lo para que se apresente à *pólis*. Em segundo, as determinações arbitrárias e fixas que se acrescentam ao

⁶² MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Edições Loyola. 1991. p. 120.

⁶³ ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 201.

⁶⁴ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 58.

justo natural, para formar o justo positivo, assim devem ser para dar objetividade e concretude às regras que serão apresentadas à *pólis*.

O direito procede, ao mesmo tempo, da natureza e de convenção. O legislador trabalha com base no justo natural, mas lhe acrescenta um conteúdo fixo e necessariamente arbitrário que, por outro lado, não precisa ter caráter autoritário, mas pode incorporar práticas comuns da sociedade.

Qual seria a autoridade das leis positivas na perspectiva filosófica do direito positivo de Aristóteles? As leis positivas contêm o justo natural, pois é nela que repousam suas ideias iniciais, e o justo positivo, na medida em que ingressam no mundo jurídico por um processo e uma autoridade que naturalmente possui virtudes para ocupar tal função em determinada *pólis*.

Desta forma a parte do direito positivo que advém do direito natural apresentam um valor universal. Os elementos mais precisos que advém do poder legislativo, fixos e arbitrários, são apenas válidos nos locais aonde se estendem os poderes do legislador. O direito positivo tem dupla razão para ser obedecido: em especial, funda-se em uma ordem natural a qual todos os cidadãos são capazes de observar e reconhecer: a observação da ordem da natureza. A lei positiva também cria hábitos, cria um dever de consciência, uma obrigação moral de agir desta e não de outra forma.

A autoridade das leis positivas reside no justo natural também porque não haveria razões para que o legislador legislasse na contramão do justo natural. Qual fundamento se serviria o legislador para buscar as regras de guarda, por exemplo, se não a partir do que ordinariamente ocorre na natureza? A lei é inteligência sem paixão. Ademais, considera-se que o legislador seja dotado de virtudes para ocupar o cargo, cuja função desempenha exatamente por sua natureza. Caso, no entanto, se verifiquem legisladores indiferentes ao interesse público, ignorantes ou sem qualquer virtude, suas leis carecerão de autoridade, desobrigando aos juízes.

2.2.3. Equidade:

2.2.3.1. Conceito:

Aristóteles conclui o Livro V de *Ética a Nicômaco* abordando a equidade, o equitativo e a relação entre equidade com a justiça e entre equidade com o justo, entendendo-se, em última instância, como equitativo, a correção da justiça legal.

Neste momento, poderemos nos questionar se o justo positivo é justo? Explico. A grande característica do justo natural, que o torna absoluto e reinante, é o seu método experimental, construído a partir da observação da natureza, do ser humano, de sua essência e de seu fim, conceitos estes móveis. O justo natural, como afirmamos, é dinâmico, não é suscetível de positividade, tem sua capacidade de reconhecer e absorver novas formas de sociedade que potencializem o ato humano, que levem ao homem à sua plenitude.

Ao contrário, o justo positivo apresenta-se escrito, estático, fechado e concluído, mas ele age sobre o mesmo plano do justo natural: sobre o homem e sua natureza (seu dever ser). Como pode, então, o justo positivo, fixo e imutável, ser justo?

Essa dificuldade foi notada já em Platão.

...jamais uma lei será capaz de estabelecer com exatidão o melhor e o mais justo a todos simultaneamente. Na verdade, entre os homens, como entre os atos, há dessemelhanças, além de que nenhuma coisa humana é imutável, o que não permite a nenhuma arte, seja ela qual for, formular nenhum princípio cuja simplicidade valha para toda uma matéria, sobre todos os pontos, sem exceção, e para todos os tempos.⁶⁵

Aristóteles sabe que a lei positiva, ao construir uma justiça inflexível e objetiva afastou-se do modelo original de justiça natural, razão porque desenvolve a teoria da equidade, que chega a denominar de plena realização do igual, seria uma *superjustiça*.

Como o justo positivo é estático e objetivo, diferente do mundo natural, da própria natureza humana e de suas relações, a lei escrita, assim como uma régua de chumbo, não consegue se amoldar à superfície acidentada representante da realidade. A lei é universal, mas deve ser aplicada a um caso particular. O juiz está autorizado a adaptar a universalidade do texto positivo às singularidades do caso particular. Com mais razão, ainda,

⁶⁵ PLATÃO. *O Político*. São Paulo: Abril Cultural. 1991. p. 52.

o juiz está autorizado a afastar a aplicação de uma determinada lei a qual não corresponda minimamente ao justo natural. Caso não agir em função do bem comum da *pólis*, esta lei não possui autoridade.

Para o estagirita, o equitativo é semelhante ao justo, mas aquele é ainda melhor, pois o equitativo é a correção do justo legal. A razão disso reside no caráter geral da lei e nos casos concretos que não se enquadram nessa generalidade corretamente, casos nos quais não é possível discursar em caráter geral.

Não por seu caráter geral e impossibilidade de abarcar a complexidade da vida real é que se pode afirmar que a lei é incorreta, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza das coisas.

Quando então a lei se expressa em termos gerais e apresenta-se um caso que não se enquadra na regra geral, será, então correto corrigir a deficiência, pronunciando-se conforme o legislador atual tivesse se pronunciado caso houvesse previsto tal hipótese particular, sempre com vistas ao direito natural. Por consequência, o equitativo é o justo e superior a certa espécie de justiça, porém não superior àquela absoluta.

Tal é natureza própria da equidade, ou seja, ele constitui uma correção da lei uma correção da lei onde esta é lacunar por força de sua generalidade. A propósito, aí reside a razão de nem todas as coisas serem determinadas pela lei, a saber, em alguns casos (e situações) é impossível estabelecer uma lei necessária e decreto com efeito... tal como a régua não é rígida, podendo ser flexibilizada de modo a se ajustar ao formato da pedra, é um decreto produzido para se ajustar aos fatos circunstanciais. Está claro, portanto, o que é o equitativo, que é justo e superior a certa espécie de justiça. A partir disso se evidencia, igualmente, quem é o indivíduo equitativo, nomeadamente alguém que por prévia escolha e hábito pratica o que é equitativo, e que não é inflexível quanto aos seus direitos, exibindo o pendor de receber uma porção menor mesmo que tenha a lei a seu favor. E o estado que se identifica com isso é a equidade, a qual é uma espécie de justiça e não um estado distinto.⁶⁶

Desta forma, resta claro que, na visão aristotélica, a equidade é a correção da justiça legal, aplicada sempre que o ordenamento jurídico, em razão de seu caráter geral, não disponha de regra específica a ser aplicada a um determinado caso concreto, caso em que deverá recorrer a uma interpretação à luz da equidade para investigar de qual forma o

⁶⁶ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 212/213.

legislador atual regularia tal fato jurídico, à luz do direito natural, caso o tivesse expressamente previsto.

Visando exemplificar seu conceito de equidade, Aristóteles serve-se da metáfora de uma régua de chumbo que, como o direito, dá a medida dos fatos, mas, como o direito, por ser rígida, não consegue se amoldar às superfícies irregulares ou à todas as situações específicas para tornar possível a medição. Sendo assim, a equidade se apresenta como corretivo de tal inflexibilidade, fazendo com que a régua se amolde aos fatos concretos, tornando possível sua medição, servindo para a realização plena do Direito e do justo/equitativo.

Para Aristóteles, uma lei que não cumpre a sua função, que não está destinada à sua potência, à sua finalidade, não é lei, assim como uma faca que nunca cortará, não é uma faca.

Ciente da natureza humana, Aristóteles define o justo natural e o justo positivo, reconhecendo suas limitações respectivas. Reconhece a dinâmica e vagueza do justo natural, a ponto de considerar impossível tomá-lo como regra concreta e específica a reger uma determinada *pólis*. Reconhece, igualmente, a necessidade do justo positivo, mas ciente de suas limitações (generalidade e rigidez), considera impossível atribuir-lhe valor absoluto, nem autoridade soberana.

Assim, Aristóteles revela a incapacidade da lei positiva em abranger todas as questões, de atingir o justo universal, em razão de sua generalidade e de sua rigidez, razão porque será necessária a equidade, instrumento do magistrado capaz de moldar a lei ao caso concreto e às finalidades daquela determinada *pólis*.

E outras palavras, certo de que a lei pode apenas agir com zelo nas regras gerais, não podendo abarcar a imensidão de situações que possam se desenvolver no plano concreto, e que sua rigidez é incompatível com o dinamismo da sociedade, é preciso abandonar os detalhes à inteligência humana, à apreciação mais justa dos magistrados, para que eles julguem e decidam. “...querer que a lei mande, é querer que Deus e a razão mandem

sós; mas dar superioridade ao homem é dá-la ao mesmo tempo ao homem e à fera... A inteligência sem paixão, tal é a lei.”⁶⁷

A equidade tipifica a atividade jurisdicional no exercício da justiça corretiva. Compete ao juiz a análise de cada caso em concreto, com suas peculiaridades, adaptando a generalidade e a imutabilidade da lei escrita ao caso concreto em determinada *pólis* e em determinado contexto histórico. “... (os magistrados) são autorizados mesmo a corrigir e a retificar, caso a experiência lhes prove ser possível fazer melhor que as disposições escritas.”⁶⁸

2.2.3.2. O juiz e a equidade:

Sobre a pessoa do juiz, Aristóteles afirma que deve ser uma pessoa virtuosa por essência e que, ademais, receba uma educação completa.

Cada indivíduo julga corretamente o que conhece, sendo disso um bom juiz. Para que possa, portanto, julgar um assunto particular é preciso que o indivíduo seja educado nesse sentido; para ser um bom juiz, em geral, é necessário que tenha recebido uma educação completa. Sendo assim, o jovem não está apto para o aprendizado da política, porque carece de experiência de vida, que é que supre o objeto de estudo e as teorias; além do que, ele é conduzido por suas paixões, de modo que seu estudo será sem um propósito ou proveito, porquanto a finalidade nesse caso é a ação, e não o conhecimento. E não importa se é jovem na idade ou é uma questão de imaturidade. A lacuna não tem cunho cronológico; o problema é que a sua vida e as várias metas desta são norteadas pela paixão, pois para tais indivíduos o conhecimento, como para aquele destituídos de autocontrole, é inútil. Entretanto, para aqueles que guiam seus desejos e ações pela razão, o conhecimento dessas matérias poderá ser sumamente valioso.⁶⁹

Segundo a teoria aristotélica o trabalho do jurista é de pesquisa, de busca de uma solução justa por intermédio da natureza “cósmica”, com ajuda das leis escritas, mas sem se tornar escravo dessas leis, reiniciando a busca em cada caso particular, para que a solução responda àquela causuística, recorrendo ao método lento e tortuoso da dialética.

⁶⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala Educacional. 2006. p. 103.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 103.

⁶⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 48.

O juiz, ao julgar um caso concreto, procura a justiça e, como tal, procura o meio termo. A lei é o meio termo, seja ela escrita, seja ela baseada nos costumes, tendo estes, inclusive, mais importância do que aquelas.⁷⁰

O Juiz, na concepção clássica, é peça chave para consecução da justiça. Uma vez revelada a incapacidade da lei, por si só, de abranger a imensidão de hipóteses reais – o justo universal - faz-se necessário que a lei seja adequada ao caso concreto, a partir da própria causuística. É o juiz que deve alcançar a adequação da lei que a sua generalidade não pode alcançar.

Eis a razão porque em casos de disputas, recorre-se ao juiz. Dirigir-se ao juiz é dirigir-se à justiça. De fato, o juiz é como se fosse a justiça dotada de alma. Outro motivo para buscarmos o juiz é para que ele estabeleça a mediania, pelo que, efetivamente, em alguns lugares, chamam-se os juizes de mediadores, pois se eles atingem a mediania, segundo lhes parece, atingem o justo. E de se concluir, portanto, que o justo é uma espécie de mediania na medida em que o juiz encarna essa mediania.⁷¹

Veja que o magistrado não deve se distanciar da lei escrita nos casos em que ela mesma prever uma solução justa, porque ela é o meio termo. Mas a lei não pode incluir todas as matérias. “Com efeito, aquilo que se leva a ser julgado não pode ser regulado por lei”.⁷²

Assim, a equidade aristotélica, como forma de adaptação da generalidade da lei ao caso singular, se coaduna com a atividade judiciária. O juiz é titular da aplicação da justiça corretiva, atribuindo a cada um o que lhe é devido.

2.2.3.3. Metodologia:

Segundo análise de Aristóteles, o trabalho do jurista consistia em buscar a solução justa por intermédio da natureza “cósmica”, com ajuda, por certo, das leis escritas (onde se condessam os resultados previamente obtidos dessa ciência do direito natural e que são um complemento indispensável para o direito natural), mas sem se tornar escravo dessas leis, recomeçando a busca em cada caso particular, para que a solução responda exatamente às circunstâncias, recorrendo à controvérsia, aos procedimentos lentos típicos da dialética.

⁷⁰ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Escala Educacional. 2006. p. 104.

⁷¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014. p. 190/191.

⁷² *Ibid.*, p. 104.

Aqui cabe anotar mais uma vez que o direito não constitui ciência, se se entender esta como o grau mais alto de certeza⁷³, mas relaciona-se com a arte da dialética, que não produz um saber perfeito, mas engendra uma opinião, a qual teremos confiança, para a qual penderá a nossa inclinação, mas acompanhada do medo de que vença a opinião contrária, sem se ter certeza da verdade.⁷⁴

A dialética, nos termos do *Organon*⁷⁵ de Aristóteles, constitui uma parte da lógica caracterizadas pelas seguintes características:

“1) *Valor de seus resultados* – em comparação com a ciência, sua marca seria a de não levar a conclusões “necessárias”. Ela produz apenas “a opinião”, a simples “probabilidade”. Suas conclusões só contêm verdade na maioria dos casos, *in plerisque*.

2) *Função* – Enquanto a ciência é “judicativa”, ou seja, julga sobre o verdadeiro e o falso, a segunda parte da lógica é chamada de “inventiva”. A dialética é uma pesquisa... Pesquisa do “que são” as coisas, mas sem a intenção de atingir o limite. *Inquisistio – quaerere*. É exercida com base em premissas interrogativas, escreveu Aristóteles. Primeira razão para São Tomás lhe dar lugar em seu estudo....

3) *Premissas* – Lemos no comentário à *Metafísica* (p. 33) que uma filosofia científica se baseia nos “princípios das coisas”; assim ela se manteria na verdade. Não estando em posse do “princípio das coisas”, a dialética parte de opiniões; visões fragmentarias e duvidosas....

4) *Meios* – entrechoque de opiniões – mas eis uma quarta característica, a mais conhecida, mas na qual está o segredo de sua fecundidade “inventiva”. Enquanto o intelecto é individual (compreender é ato de cada um em particular), e o discurso da ciência é impessoal, anônimo, a operação dialética é um jogo de vários atores, reunidos em torno de uma questão, ou seja, de uma coisa por conhecer. Isso decorre da definição de Aristóteles: a dialética parte da opinião, é forçoso que, sobre um mesmo objeto de conhecimento, haja opiniões múltiplas, pontos de vista diversos e parciais, disséramos, portanto, discordantes. Precisam ser confrontados. Comungar, mesclar as visões de um e de outro para sair da contradição. s raciocínios de cada um dos jogadores serão condicionados por uma regra comum do jogo, a lógica deve leva-lo em conta.⁷⁶

⁷³ “A marca da ciência é sua “certeza”. É chamada de científica a proposição com a qual sejamos obrigados “necessariamente” a anuir, sua verdade não pode “faltar”; a ciência é a posse de uma verdade indubitável. ... Em latim a raiz da palavra manifesta o que é ciência, em seu primeiro sentido: a coisa daquele que sabe (*scientis, donde scientia*). Scire, saber, exclui a dúvida. É estar seguro de conhecer uma verdade, porque também são sabidas as suas razões, ela é demonstrada por suas “causas””. VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2014, p. 26.

⁷⁴ VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. São Paulo: Martins Fontes. 2014, p. 25.

⁷⁵ O *Organon* é o conjunto dos escritos filosóficos de Aristóteles que abordam o tema da lógica, considerada por seu autor um conhecimento cujo fim não está em si mesmo.

⁷⁶ VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. São Paulo: Martins Fontes. 2014, p. 39.

O dialético raciocina com base nos conceitos dos autores que deve discutir, das “intenções”, “seres da razão” (*entia rationis*). Parte da opinião, mas não está fadada à esfera da opinião. Já o cientista teria o privilégio de partir dos “próprios princípios das coisas” (*entia naturae*). Por conseguinte, atingiria a verdade.⁷⁷

Os clássicos praticavam em suas escolas a arte da discussão oral. As categorias principais de sua lógica (proposição- contradição-refutação), assim como seu constante cuidado com as distinções semânticas, evidenciam a preocupação com a experiência do diálogo. Constituíram, assim, a arte do diálogo para uso da filosofia.

Aristóteles faz da dialética um instrumento da filosofia, porque a considera, ao contrário da matemática, uma pesquisa permanente. A dialética assim manejada não pretende atingir o saber absoluto, mas é capaz de concluir, tal como do juiz, se exige uma sentença.

A dialética é o método aplicado ao direito por Aristóteles: é pesquisa da solução justa a partir do caso concreto, mas também ensina e produz uma doutrina. O juiz preside as controvérsias judiciais e é encarregado de proferir uma sentença, ou, ao menos, de organizar os pedidos e as controvérsias, sanar o processo e apontar as soluções possíveis, para que se possa atingir o ponto da conclusão.

O juiz serve como um mestre para cuidar da ordem das discussões, dos diálogos, e, finalmente, formular conclusões. O processo, então, orientado pelo magistrado, seria o local de produção da justiça, a partir do caso concreto e segundo o método dialético.

2.3. Aristotelismo e Direito Romano:

2.3.1. Considerações gerais:

Após a dominação romana sob a magna Grécia, os romanos foram influenciados pela cultura grega. Os juristas romanos assimilaram o conceito aristotélico de direito e de seu objeto específico: a justiça, compreendida como distribuição proporcional de bens e honras em determinada *pólis*. Assimilaram também que o direito é parte especial

⁷⁷ VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. São Paulo: Martins Fontes. 2014. p. 33.

da justiça, que a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto e, sobretudo, que o direito se ocupa daquilo que é justo: distribuição e trocas.⁷⁸

O direito romano ganha grande organização e sistematização aproximadamente na época ciceroniana, momento em que a influência aristotélica é forte.⁷⁹ As escolas de retórica difundem as noções aristotélicas de justiça, equidade, de lei, de direito natural. É certo que os intelectuais romanos são ecléticos, recebendo também influências da moral estoica e da concepção platônica de justiça. Contudo, só Aristóteles analisa sistematicamente o direito e suas fontes.

Os romanos não definiam o direito a partir de suas características formais, mas pela sua própria substância, sua finalidade: atingir o bem, a justiça.

A grandeza de Roma não constitui em doutrinar o Direito, mas em vive-lo. Não existe uma teoria jurídica romana, na qual se procura, de maneira clara e intencional, distinguir o jurídico do não jurídico. Existiu, entretanto, uma experiência jurídica bem clara e bem consciente de sua especificidade.⁸⁰

Os romanos entenderam a diferença do justo e do honesto e, em geral, mantiveram fora do alcance da ciência do direito, as relações intrafamiliares e as razões internas e subjetivas, buscando se ater ao direito político. Os filósofos da época clássica, a quem coube a iniciativa de sistematizar o direito, definiram fronteiras precisas do objeto do direito, servindo-se da filosofia aristotélica.

Na mesma esteira, os romanos passaram a identificar o direito com a palavra “*jus*”, ou justo, sinalizando que direito não é lei, o direito é o justo, sobretudo, o justo natural.

Assim, não só a definição de direito e do justo que os romanos adquiriram da filosofia do estagirita, também a principal fonte do direito romano equivale à fonte estudada nas lições aristotélicas: o justo natural. Os romanos alicerçam o seu direito na observação da natureza e não na lei.⁸¹ O que não significa que a lei positiva romana não tivesse a sua importância reconhecida, pois a lei positiva tinha sua importância reconhecida em Aristóteles.

⁷⁸ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 71.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 70.

⁸⁰ REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1979. p. 145.

⁸¹ “A fonte primeira do direito, de acordo com a descrição feita pelos autores romanos, e apesar do que nos informam nossos manuais modernos, não é a lei, mas a natureza. E o direito clássico é, acima de tudo, obra da doutrina que busca o justo segundo a natureza, mais precisamente resultado do trabalho dos jurisperitos.” (VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 72).

Para chegar à decisão buscada era necessário inserir o problema controvertido em uma tradição, atestada por uma autoridade, civil ou religiosa, pôr em evidência a similitude do caso a ser julgado com uma decisão anterior aceita, ou subsumi-lo em um texto legal que tratava de caso da mesma espécie: tanto no caso do argumento *a simili* quanto na subsunção. Admitia-se como justa uma decisão conforme à regra da justiça que exige tratamento igual de casos essencialmente semelhantes.⁸²

O direito clássico busca o justo a partir da observação da natureza, o que resulta no trabalho dos jurisperitos. Os textos positivos romanos fornecem o complemento necessário à previsão genérica e vaga das regras de direito natural e, por muito tempo, apenas se ocuparam por descrever as sanções precisas no quadro do justo natural.⁸³

Seguindo a mesma linha de raciocínio aristotélico, que compreendia a natureza como fonte do direito, ao mesmo tempo que a compreendia com suas características de mutabilidade, dinamismo e finalidade; bem assim que compreendia que a generalidade e rigidez típica da lei positiva seria, em tese, incompatível com o conceito dialético de justiça; para os romanos, o termo equidade era admitido como o instrumento de realização de justiça no caso em concreto, que o impede de enrijecer em uma forma definitiva. Nessa medida, a equidade tende a se identificar com o próprio “*jus*”, no sentido de justiça ideal, finalidade do direito.

Por esta razão, afirma Moreira Alves que o sentido de equidade não foi sempre o mesmo em Roma, variando de acordo com a concepção social de cada época “no período clássico, tem o sentido moderno de justiça, de direito justo; no pós-clássico, toma o aspecto de benevolência, caridade, ocasião em que os imperadores derogavam leis e princípios para, por exemplo, favorecerem humildes.”⁸⁴

Na época clássica, equidade é considerada como expressão do direito natural – da justiça ideal – veículo responsável por abrandar o rigor do *ius civile*⁸⁵, tida até como fonte suprema do direito.⁸⁶

⁸² PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 10.

⁸³ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 72.

⁸⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol I, p. 78.

⁸⁵ O *ius civile* era o Direito Romano antigo aplicável restritamente aos cidadãos romanos.

⁸⁶ CARMIGNANI, Maria Cristina. **A Equitas e a aplicação do Direito em Roma**. Revista da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo. v. 104. jan/dez2009, p. 115-119.

2.3.2. Magistratura Judiciária: Pretores e Editos.

Os Pretores eram magistrados que exerciam suas funções pelo período de um ano e tinham a faculdade de promulgar *editos*⁸⁷ posteriormente fixados em uma tábua branca denominada de *álbum*⁸⁸, dividindo-se entre peregrinos e urbanos⁸⁹.

O procedimento romano era dividido em três fases. Na primeira fase, denominada *in iure*, concentrava-se a organização do processo, a admissão ou não da ação, a declaração das normas jurídicas pertinentes à controvérsia fundada no *ius civile*, com a indicação de possíveis soluções. O Pretor romano se restringia a atuar na primeira fase⁹⁰. Na segunda fase, denominada de *apud iudicem*, considerando que o processo já estava sanado e organizado, com a indicação, inclusive, das possíveis soluções, as partes elegiam um árbitro privado para julgamento.

Foi durante a fase romana da magistratura dos Pretores que se introduziu o processo formulário⁹¹, superando o procedimento das ações da lei – *legis actiones* – excessivamente rigoroso e formalista na medida em que só concebia as ações expressamente descritas no *ius civile*. Pelo sistema da *legis actiones* não havia um direito subjetivo de demanda, mas um sistema de ações possíveis. Logo, com a complexidade da sociedade romana, esse sistema tornou-se odioso por deixar de amparar uma diversidade de litígios.

Neste contexto, o processo formulário mostrou-se como um meio de ampliação do acesso à justiça e de evolução do direito. O processo formulário era menos rígido, mas obedecia sempre a um mesmo padrão e fundava-se em fórmulas extraídas dos editos dos pretores adaptadas ao caso concreto, redigidos em um documento pelo Pretor com auxílio das partes, no qual também se apontava o objeto da demanda que seria julgado na segunda fase.

Com essa nova função, os Pretores passaram a sistematizar um direito causuístico, formulando regras fundadas na realidade das interações humanas e inspiradas

⁸⁷ *Editos* eram as proclamações orais de seus programas elaboradas no início do respectivo mandato.

⁸⁸ No *álbum* o pretor elaborava um inventário com os meios disponíveis a um particular para exercício de seu direito, relacionava-se as ações que poderiam ser manejadas pelo cidadão com fundamento no *ius civile*.

⁸⁹ Os Pretores eram divididos entre urbanos e peregrinos. Os primeiros cuidavam dos litígios entre cidadãos romanos, enquanto os últimos se ocupavam dos litígios que envolvessem estrangeiros.

⁹⁰ Somente no período pós clássico é que a *iurisdictio* passa a fazer parte do poder público de julgar e executar o julgado, quando então a instância passa a se desenrolar perante um único juiz, funcionário do Estado.

⁹¹ O processo formulário foi criado pela Lei *Aebutia* na segunda metade do século II a.C.

no ideal de justiça, na equidade, corrigindo, suprimindo ou até afastando o *ius civile* quando este se mostrasse inadequado aos ideais de justiça.

Neste cenário, os Pretores poderiam não só ampliar o acesso à justiça, como adequar o ordenamento jurídico aos novos valores sociais da época, representando um direito mais avançado e eficiente se comparado ao *ius civile* antigo.

2.3.3. Direito Romano e Aristóteles:

A produção jurisprudencial romana era basicamente o método de interpretação do direito natural, conforme os ensinamentos de Aristóteles. Também se aplicava a lei positiva, mas ciente de suas limitações, recorria-se à equidade para atualização, aplicação da lei e adaptação da universalidade do comando legal ao caso concreto e mais:

O “método de interpretação” – ou melhor, de elaboração do direito – dos jurisconsultos clássicos é, em essência, conforme os ensinamentos de Aristóteles: recursos aos textos provenientes quer da tradição jurisprudencial (*jus civile*), quer do pretor, dos comícios ou do Senado; e, contudo, caso seja necessário, correção do texto em nome da *equidade*, noção aristotélica; livre investigação *dialética*, confrontação da investigação dos grandes juristas e das escolas de jurisprudência; atenção às circunstâncias, uso da causuística (*quaestiones, casus*), tentativas de encontrar regras que manifestem a justiça e a coerência das soluções, mas desconfiança em relação às regras, que jamais atingem o justo e que não devem ser confundidas com o *direito*. Não acreditemos poder tirar o direito das regras mas, a partir do justo, que existe (que está nas coisas: direito natural), tentemos construir regras: *jus nos a regula sumatur, sede x jure, quod est, regula fiat.*⁹²

Reforça-se que o direito romano não tem como fonte apenas a filosofia clássica grega aristotélica, mas o método de interpretação e de formação da jurisprudência obedece à sua dialética: o direito não é extraído da regra, mas do justo, a lei é apenas uma das fontes, mas o objetivo é o alcance da justiça, da distribuição equilibrada e natural e, para tanto, era preciso, inclusive, construir regras, pois o justo está nas próprias coisas, a partir da observação de sua natureza.

Numa conferência pronunciada no Instituto de Direito Romano, o grande romanista Max Kaser denunciava a imagem enganosa que os modernos, a partir do século XVII, nos deram do direito romano, ao moldarem as soluções dos jurisconsultos clássicos no direito moderno, axiomático e deduzido em leis, preocupado, acima de tudo, com a coerência, a

⁹² VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 72/73.

uniformidade: com efeito, os juristas romanos não temiam se contradizer; eles discutiam, adaptavam as soluções às circunstâncias, a arte deles era a busca incessante, tateante do justo. No mesmo sentido, o romanista italiano R. Orestano mostrou a falsa crença num direito romano uniforme (tal como foi o direito francês a partir do Código Civil) sobre o qual se baseou, no século XIX, a “caça às interpolações”.⁹³

Assim, como característica da experiência romana podemos destacar a vinculação entre a função jurisdicional e a função criadora do direito dos pretores, os quais sequer estavam vinculados às suas próprias regras, pois podiam modificá-las no seu edito durante o curso de seu mandato de um ano.⁹⁴

Contudo, as regras contidas nos editos eram estáveis, pois os novos pretores tendiam a inserir em seus editos as regras dos editos de seus antecessores aprovadas na prática, formando assim, um corpo de casos a serem aplicados aos casos futuros. Eram verdadeiros precedentes judiciais, passíveis de serem modificados se a experiência mostrasse que tais soluções não eram mais justas.

O pretor era, pois, o intérprete da justiça de seu tempo, era o instrumento de realização da equidade, da justiça ideal e é exatamente esse o conteúdo da equidade no direito clássico: a justiça no caso em concreto.

...tanto entre os juristas romanos quanto entre os tamulistas ou os glosadores da Escola de Bolonha, o direito se elabora através das controvérsias e das oposições dialéticas, das argumentações em sentido diverso... A controvérsia tinha como resultado, em primeiro lugar, excluir certos argumentos, demonstrando que não eram pertinentes, em segundo lugar, eliminar, por serem despropositadas, certas soluções preconizadas, sem, entretanto, impor necessariamente um gênero de argumento e uma única solução impositiva.⁹⁵

Foi esse o direito, causuístico, de criação da Magistratura, que impulsionou o direito romano, tornando-o um direito erudito.

Jurisdicere – dizer o que é de direito em cada caso concreto, esta é a obra do juiz, é a obra dos pretores. O Direito Romano um Direito doutrinário e jurisprudencial por excelência, porquanto é orientado pelo saber dos jurisconsultos combinado com as decisões dos pretores, ambos atuando em função da experiência, porquanto é orientado pelo saber dos jurisconsultos combinado com a decisão dos pretores, ambos atuando em função da experiência”.⁹⁶

⁹³ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 73.

⁹⁴ Em 67. a. C. foi proibida a possibilidade de o Pretor alterar as regras contidas em seu edito.

⁹⁵ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 10.

⁹⁶ REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1979. p. 145.

Assim, como bem salientado por Miguel Reale, o direito romano se construía no caso em concreto, caso a caso, numa relação dialética entre o saber dos jurisconsultos e as decisões dos pretores, ambas voltadas à experiência.

3. CONCEPÇÃO MODERNA DE DIREITO

Não se pretenderá aqui afirmar que há apenas uma filosofia do direito moderno. Se reconhece a existência de diferentes escolas de filosofia jurídica que emergem no continente europeu, como o *racionalismo* na Alemanha, com forte influência de Decartes e seus sistemas; o método empirista inglês, com seus ícones em Francis Bacon, Jonh Locke e um ecletismo da escola do direito natural que tenta conciliar a antiga escolástica tomista e o individualismo moderno desenvolvido por Thomas Hobbes e Espinosa. Contudo, há um mínimo denominador comum entre essas teorias que pode ser identificada, uma tendência comum aos sistemas jurídicos modernos, cujas raízes remontam na Idade Média: laicidade, cientificismo e individualismo.⁹⁷

...a laicidade, o respeito à razão profana, vêm da escola de são Tomás; o individualismo e suas consequências, o positivismo jurídico, o conceito de direito subjetivo surgem da escola rival do começo do século XVI, da escola franciscana e, sobretudo, do nominalismo de Guilherme de Ockham.⁹⁸

Ademais, dar-se-á maior destaque à doutrina de Thomas Hobbes, eis que, segundo Michel Villey, inaugura em definitivo o pensamento jurídico moderno, pois é nele que o direito se desprende definitivamente de uma vontade exterior (divina ou natural) e alça voos independentes: a ordem jurídica passa a ser criação artificial e exclusiva do Estado, identificada à lei civil.

O Século XVII parece ser o das grandes sínteses, convergindo inúmeras correntes doutrinárias, produzindo sistemas completos, que finalmente suplantarão a antiga filosofia aristotélica, responsável pela maioria dos princípios que hoje nos são tão naturais. É o século de Bacon, Descartes, Leibniz, Grócio, Hobbes, Putendorf e Locke.⁹⁹

Todavia, merece destaque o fato da filosofia jurídica, produzida por esses escritores, ter sido fruto de um sistema que apenas a encontrou indiretamente, pelo viés da política e da moral, pois os estudos centralizavam-se, primordialmente, na moral. A grande

⁹⁷ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 175.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 179.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 581

literatura francesa e inglesa do século XVII abunda em obras de moralistas¹⁰⁰, lembrando que a tradição cristã domina o pensamento deste século, seja na sua versão protestante ou anglicana.

3.1. Delimitação do Direito:

3.1.1. Características fundamentais da modernidade: ciência, laicidade e individualismo.

O século XVII dá continuidade, em religião e moral, a vias abertas, para a cultura da Idade Média e do Renascimento, mas o fenômeno mais marcante é o desenvolvimento da ciência.

Importa destacar que a ciência moderna, herdeira do nominalismo, só percebe fatos singulares, sem considerar a harmonia dos conjuntos¹⁰¹. Abusa da linguagem exata, da matemática, serve-se da dedução e da indução, descarta a dialética. Mas além de uma lógica, a ciência moderna apresentava uma moral: o pragmatismo. A ciência volta-se para a ação prática, sujeita-se às necessidades do homem. Essa tendência ao pragmatismo conquista toda a filosofia do direito.

A partir de uma visão pragmática, o mundo não é mais compreendido do ponto de vista das causas finais, constituído em torno de uma finalidade¹⁰². Só é útil percebê-lo para alguma determinada finalidade específica e do ponto de vista de suas causas

¹⁰⁰ Corneille, Racine, La Fontaine, Moliere, Descartes, Pascal, são moralistas, e Locke escreveu seu tratado sobre a educação, Espinosa sobre a ética. Perpetuam-se os temas como da “natureza do homem” revalorizados no século XVI pelo estoicismo e epicurismo.

¹⁰¹ Em absoluta contraposição à filosofia aristotélica-tomista que entende o homem não ser capaz de aprender a realidade a partir do individual. Aristóteles tencionava a conhecer o mundo como ele é, que apresenta o inconveniente de não se reduzir em formas. Para Aristóteles, seguido por São Tomás de Aquino, só aprendemos fatos singulares na dependência de conceitos universais. É que o espírito humano não poderia atingir a inteligência completa das realidades deste mundo, porque elas diferem infinitamente no tempo e no espaço. (VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. São Paulo: Martins Fontes. p. 31).

¹⁰² Lembremos que em Aristóteles a natureza é compreendida não apenas em suas causas mecânicas, mas, sobretudo, em suas causas finais. A realidade é dinâmica, mutável. É preciso interrogar indefinidamente a realidade natural e esse trabalho nunca termina: tanto mais que o objeto é movediço, que a natureza humana é mutável e que o homem livre vê-se constantemente lançado em situações cambiantes, de forma tal que o trabalho do investigador do direito natural nunca cessa e jamais pode ser convertido em regras fixas e imutáveis. (VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 192/193).

eficientes. É uma visão da natureza seca, mecânica, incompatível com a idéia clássica de direito natural.

Assim, o objetivo da ciência não é observar a ordem harmoniosa do cosmos, ou aprender causas finais¹⁰³, mas é a busca das causas eficientes para poder dominar a natureza, aumentar o poder do homem e se tornar senhor das coisas.

A partir da moral pragmática perseguida pela ciência, o método de conhecimento é o empírico, parte da reunião do maior número possível de observações particulares¹⁰⁴, reaplicando ao singular um entendimento nivelado e igual. Posteriormente, parte-se para a experiência propriamente dita, seguindo o método da indução.

Neste cenário, Francis Bacon chega a afirmar que o fim do direito não é ser justo, mas útil.

O direito, para Bacon, consiste nas leis, esses fatos positivos. A formação das leis é da alçada do homem de Estado, não do filósofo. O Chanceler Bacon preocupava-se com sua boa redação, com sua certeza, com sua clareza, com sua ordenação sistemática na forma de um novo Código. Quer que o interprete se limite a exegese estrita dos textos, que não haja espaço para a pretensa equidade, que a “doutrina” não pretenda exercer um papel criador. Já temos – em termos muito impressionantes – o sistema positivo moderno, engendrado pelo método de Bacon.¹⁰⁵

A laicidade, típica do pensamento filosófico moderno, é característica que se desenvolve em oposição à escolástica da Alta Idade Média. A ciência do direito natural medieval coloca em Deus e na fé nos textos revelados os fundamentos do direito. Esse fundamento será substituído pela confiança na razão, acompanhada ou não de experiência. Assim, a finalidade que a maioria dos modernos atribui ao direito é terrena, temporal.

Segundo Michel Villey, essa laicidade não se acompanha inicialmente de uma postura anti-religiosa. Por muito tempo ela caminha paralelamente à teologia cristã, tal como caminhou em são Tomás de Aquino. Os grandes filósofos do direito do Século XVII se

¹⁰³ Segundo Francis Bacon “não se deve buscar a ciência como uma espécie de passatempo ou como um tema próprio para disputas... mas para ser útil e aplica-la às coisas da vida” (VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 593).

¹⁰⁴ Francis Bacon, herdeiro do nominalismo, considera apenas os fatos singulares, afirmando que “mais vale dissecar a natureza que abstrai-la”, descrente da existência de realidades universais. (VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 595).

¹⁰⁵ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 596.

empenham em harmonizar a teoria do direito com a religião cristã, utilizando-se, inclusive, das Sagradas Escrituras para reforçar suas teses.

Logo, no entanto, se inicia uma fase racionalista (em especial, com o empirismo inglês), do cientificismo moderno. Agora sim, destaca-se uma posição contrária à fé cristã.¹⁰⁶

O individualismo moderno apresenta raízes remotas, já na Grécia e Roma através do estoicismo¹⁰⁷, mas ganha impulso decisivo na Idade Média com Santo Agostinho, e se consagra com o nominalismo de Guilherme de Ockham¹⁰⁸.

A peça capital do nominalismo é o poder atribuído ao indivíduo, é o direito subjetivo, sinal do poder absoluto que pertence a Deus, mas que é conferido parcialmente ao homem como feito à sua imagem e semelhança.

A partir de então, a teoria do direito subjetivo alçou voo. Presente nos tratados de jurisprudência humanista em Bodin, Althusius, Grócio¹⁰⁹; nas inúmeras redefinições da palavra *jus*. Enfim, o direito começa a se organizar em torno da noção de direito subjetivo.

O individualismo está em toda a parte no mundo moderno, pois passa a ser o ponto de partida da teoria do conhecimento. O primeiro objeto do conhecimento é o indivíduo e é a partir dele que se conhece o mundo, “seja quando Descartes extrai seu sistema da evidência subjetiva da própria existência, seja quando Hobbes, Locke ou Espinosa reconstroem o universo social a partir do homem em “estado de natureza”, previamente separado e isolado para análise”¹¹⁰.

¹⁰⁶ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 176

¹⁰⁷ O Estoicismo originário não é uma doutrina do Direito, mas da moral. Visava indicar os deveres de cada um, mais do que definir direitos. No entanto, é uma doutrina que se dedica a “natureza do homem” e trata dos deveres do indivíduo. Será uma das fontes de Hobbes, depois de servir de fonte para os humanistas no Renascimento. (VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 692).

¹⁰⁸ Nas palavras de Villey, “*Para Guilherme de Ockham existem tão somente indivíduos: este mundo é um mundo de pessoas e de coisas singulares; toda ciência se constrói não só sobre a noção dos conjuntos, mas a partir das coisas singulares, e toda ciência humana, a partir e em torno dos indivíduos. Assim como as noções gerais, os organismos coletivos, as pólis não são naturais: são criações artificiais dos indivíduos.*” (VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. p. 693).

¹⁰⁹ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 693

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 176.

O conjunto da criação hobbesiana gravita em torno da noção de direito subjetivo¹¹¹. Está no alicerce do edifício de sua teoria como princípio do contrato social, permanece na vida social como liberdade natural e desemboca na forma de direitos civis subjetivos.

A noção de direito construído por Hobbes tendo como primeiro degrau o direito subjetivo – seguida por toda a filosofia moderna - se contrapõe frontalmente à concepção clássica aristotélica. Em Aristóteles, o direito natural fundamentava a ordem jurídica, essa ordem universal, rica em potência, dinâmica, mutável e finalística, responsável por orientar, pelo menos quanto ao essencial, as trocas e as distribuições. Para Hobbes, não há justiça comutativa, nem distributiva naturais, porque não há sociedade humana natural. No topo da ordem jurídica apenas uma ordem: a de não violar os pactos.

A construção do direito a partir dos direitos subjetivos tem como objetivo a realização dos direitos privados dos cidadãos, mas encontra seu calcanhar de Aquiles na realização dos direitos públicos em relação ao Estado. “O drama do individualismo, quando tem de dar conta da ordem social, é de ser obrigado a negar a si mesmo e engendrar os regimes mais opressivos para o indivíduo.”¹¹²

O drama do individualismo é exatamente ter que ordenar a sociedade, que é objeto do direito. Ora, fundar o direito, essencialmente relacional, no indivíduo separado, é, no mínimo, contraditório. A partir do indivíduo, de seu direito subjetivo, não se chegará a ordem social, mas exatamente a ausência de ordem jurídica.

Jamais se encontrará o Direito a partir do nominalismo. A filosofia originada em Guilherme de Ockham e em Galileu (ou seja, grosso modo, a filosofia moderna) não pode dar conta do direito. Só é possível pensar o direito na perspectiva do realismo que considera as sociedades como naturais porque um sistema de relações sociais só encontra sua fonte nas sociedades. É preciso começar a admitir que o homem é um animal político, “naturalmente” político.”¹¹³

¹¹¹Segundo Michel Villey, é sobre a noção de direito do indivíduo que está erguido todo o edifício. O contrato social é a cessão recíproca dos direitos individuais, o pacto, a renúncia ao direito próprio. Assim, o pacto deriva do direito subjetivo do homem no estado de natureza. O pacto, por sua vez, é a fonte de toda a ordem jurídica positiva: só haverá injustiça na violação do pacto. (VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 702/703).

¹¹² VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 719.

¹¹³ *Ibid.*, p. 719/720.

O preço dessa contradição em si será evidenciado pelo curso do tempo e revelado pela história. Fato é que para que possamos compreender o mundo jurídico moderno é preciso notar que ele concorda com determinadas teses, todas elas com seu selo eminentemente individualista:

- existência de “direitos naturais” do indivíduo, fundamento do sistema de Hobbes, amorosamente acalentados por Locke, por Putendorf, Thomasius, Wolff, até produzirem nossas solenes Declarações dos Direitos dos Homens.
- construção artificial de Estado pelo contrato social, no interesse, para utilidade dos indivíduos;
- positivismo jurídico (no sentido originário da palavra) que é o corolário da tese do contrato social e dos estado de natureza anárquico: pois, se o indivíduo é livre no estado de natureza e a natureza não regula as relações sociais, não pode haver outro direito senão aquele disposto pelo Estado (há bastantes positivismo atenuado pelo reconhecimento de uma camada superior de direito natural, até mesmo na escola de direito natural);
- enfim, o elemento primordial do sistema do direito (tanto positivo como natural) passa a ser a noção de direito subjetivo, de que a teoria do contrato constitui apenas um prolongamento; e também seu sucesso acaba sendo universal.¹¹⁴

3.1.2. Delimitação do direito:

O direito não se caracteriza mais por sua finalidade ou por seu domínio, mas o é, formalmente, pelo estado de acabamento das regras. As leis naturais não são exatamente o direito, apenas seu germe natural, a natureza é apenas a fonte longínqua e o direito ganha forma completa nas leis expressas e efetivamente sancionadas.

O próprio homem produziu seu direito. Ele o desenvolve e o modifica ao longo da história, sem que nenhum limite seja imposto pela natureza exterior ao seu poder criador. Oradores arrancam os primeiros agrupamentos humanos da selvageria primitiva, das desgraças do “estado de natureza”, como chamarão os filósofos da Europa moderna.

Segundo Michel Villey, Hobbes inaugura, em definitivo, o pensamento jurídico moderno.

¹¹⁴ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 177.

O positivismo de Hobbes é com efeito mais radical: nele o Direito é disposto não mais por Deus, mas apenas pela vontade do homem... A originalidade de Hobbes foi reservar a criação da ordem jurídica apenas à lei do Estado. O direito é postulado apenas pelo Estado e à essa lei por excelência que aos olhos dele é a lei civil.¹¹⁵

A função da lei civil será construir um ordenamento jurídico.¹¹⁶ Somente o príncipe, cabeça do corpo político, apresenta condições para construir essa ordem, apoiado no pacto e no contrato social.

O soberano criará boas leis, adaptadas ao contexto do corpo político, claras, objetivas e executáveis. Essas leis originam as distribuições das riquezas, os direitos próprios, a força dos contratos, promovendo segurança do comportamento futuro dos súditos, sob pena de uma sanção real, temporal e eminente. Assim, a lei civil gera todo o conteúdo das obrigações sociais e, por ser fruto do contrato social, não se haverá de questionar sua justiça.

Montesquieu, de outro ângulo, atacou violentamente a idéia de uma jurisprudência universal e retoma, mais de vinte anos depois do *Leviatã*, a idéia de que não pode haver nada de justo ou injusto fora daquilo que as leis ordenam ou proíbem. No entanto, quem aplica a justiça legal não pode ser o Soberano, pois haveria o risco dele impor leis que apenas o favorecessem, reforçando ainda mais seu poder. Segue a teoria da Separação de Poderes em “*O Espírito das Leis*”, não podendo o poder Legislativo ser concedido ao poder Executivo, nem aos juízes. Estes serão a “boca da lei”, seres inanimados que não podem moderar-lhe, nem a força nem o rigor, como condição para a segurança jurídica.

Rousseau, inspirando em Hobbes, para quem o direito é a vontade do Soberano, inovou ao conceder-lhe outra roupagem: não o identifica mais como um monarca absoluto, mas com a nação, com a sociedade política organizada, cuja vontade geral impõe o justo e o injusto através da lei promulgada pelo Estado. Neste cenário da lei como expressão da vontade geral, será ela sempre reta e expressão da justiça.

¹¹⁵ VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes p. 726/727.

¹¹⁶ A lei divina não rem condições de fornecer o ordenamento jurídico, porque Hobbes é nominalista, seu Deus é pessoal, fala de pessoa para pessoa e só edita leis morais, não é mais um Deus organizador do universo. Tampouco nossa razão subjetiva possui condições de construir essa ordem. Assim, apenas a razão do homem público (do soberano) está em condições de constituir a ordem jurídica.

Será combinando essas diversas ideologias que a Revolução Francesa identifica chegará a identificar o direito com o conjunto de leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juizes, em virtude do princípio da separação dos poderes. O poder de julgar será o de aplicar o texto das leis às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador.¹¹⁷

Assim, direito não se confunde mais com sua finalidade, com justiça, com a justa partilha, mas compreende uma ordem constituída de relações sociais, de obrigações e de direitos claramente definidos, produto apenas da lei civil humana e positiva, não mais da lei natural.

Promover a justa distribuição não é mais o papel central do direito. Ele se adequa, inclusive aos interesses da classe burguesa dominante. Não tem outra vocação senão conservar a proporção dada de fato pela natureza, completada pelas leis do príncipe, senão defender a proporção que resulta simplesmente dos pretensos direitos subjetivos dos indivíduos: direito de propriedade fundado na posse efetiva, o direito do “primeiro ocupante”, porque a lei moral obriga a não roubar o que o outro possui; o direito de crédito, porque a lei moral obriga a cumprir promessas. Mais uma vez, como esse sistema simplista de distribuição é conveniente para os ricos! Como essa transposição para o direito de uma lei moral privada, por essência unilateral (arbitrariamente privilegiada: porque não privilegiar o dever moral dos ricos de suprir as necessidades dos pobres?) rebaixa o ofício do direito! No final da obra empreendida pelos criadores dos sistemas do Renascimento humanista, haverá direitos absolutos de propriedade ou de crédito, de conteúdo rígido, que se impõem ao próprio Estado e de qualquer maneira aos juristas de nosso Código Napoleônico. Assim, o direito ganha em certeza e perde em justiça.¹¹⁸

Portanto, para concluirmos sobre o sistema jurídico de Hobbes, ele não é mais uma ciência da justiça, ciência da harmonia social. Não há nada mais ausente da obra de Hobbes que a idéia de justiça social, de justiça distributiva, de partes justamente distribuídas entre membros de um grupo social. Como um discípulo de Ockham e de Galileu poderia propor como objetivo a harmonia de um todo que para ele não tem existência natural? O sistema jurídico de Hobbes é uma ciência de direitos subjetivos, direitos dos soberanos e dos súditos, e do que decorre desses direitos: os pactos, o Estado e a lei que incide sobre os direitos, remodelados e lhes confere a

¹¹⁷ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 23.

¹¹⁸ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 485/486.

força e a segurança ligadas ao estatuto dos direitos civis no corpo político. É nisso que se transformou o objeto do “jurídico” para os modernos.¹¹⁹

O pensamento jurídico moderno reformula a ciência do direito. Trata-se de uma ciência voltada para a concepção individualista de mundo, que não contempla a harmonia do universo, mas centra-se na garantia de um conjunto de direitos individuais subjetivos, fundamentados em pactos e na força da lei. Todavia, o que mais nos importa é o seu descolamento com o direito natural, direito divino ou outra ordem maior, mas em seu lugar, um direito artificial, construído exclusivamente pelo soberano, fruto exclusivamente da racionalidade humana. O direito foi finalmente reduzido à lei positiva.

3.2.Fontes do Direito:

3.2.1. Direito Natural:

O direito natural mantém o nome, mas perde-se em conteúdo. Não guarda mais relação com a concepção clássica de direito natural. Um amplo setor da escola do chamado direito natural perde-se em um racionalismo capaz de imaginar possível construir sistemas de direito natural fixos e imutáveis.

Hobbes, Ockham e seu nominalismo não podem compreender o direito natural como a ordem universal, pois para eles só existem singulares. A lei, assim, não pode ser extraída de um todo, mas de um indivíduo, já que apenas eles existem. Assim, a lei só pode ser obra da vontade, ordem arbitrária de uma autoridade investida de poder.

A natureza deixou de ser essa fonte substancial, a ordem que encontramos fora de nós nas sociedades já constituídas. É nada mais que a “natureza do homem” é nada mais que a “razão dos sábios”, essa força subjetiva que tem a infelicidade de ser apenas uma palavra, verbal e vazia. Pelo menos, do ponto de vista do jurista, pois não poderíamos deduzir relações de direito da Razão. Do direito natural de Aristóteles, manteve-se o rótulo, mas perdeu-se a substância. ... Entrega-se o direito ao querer de uma certa elite culta, sob pretexto de que ele seria racional. Na prática, o direito é formulado pelos dirigentes das *pólis*, os grandes homens, os grandes oradores. O “direito natural” confinado a nada mais ser senão a “Razão”, não passa de um biombo que esconde essa realidade cínica: o direito é obra

¹¹⁹ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 717.

dos ricos, dos homens mais influentes – digamos: da “classe dominante” – na verdade mais arbitrário do que justo e racional¹²⁰.

Hobbes é responsável por inverter definitivamente a política de Aristóteles. Ele separa *jus* da palavra lei. Enquanto o *jus* é entendido num estado de natureza, lei é definido no estado civil. É exatamente o inverso da filosofia Aristotélica, que, quando define lei, recorre, antes de tudo, à lei da natureza.¹²¹

LEI DA NATUREZA (*Lex Naturalis*) é a Norma ou Regra geral estabelecida pela Razão, que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir a sua vida ou privá-lo ou fazê-lo omitir os meios necessários à sua preservação. Apesar da confusão feita entre Jus e Lex, o Direito e a Lei, pelos que tratarem desse assunto é preciso fazer a distinção entre esses enunciados. Assim, o Direito é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a Lei obriga a agir ou omitir. Portanto, entre a Lei e o Direito há a mesma diferença que entre a Obrigação e a Liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria.¹²²

As leis da natureza não se confundem com as leis civis. As leis civis existem desde o momento em que o Estado é constituído, tratam-se de ordens do Estado, o poder soberano obriga os homens a cumpri-las. A lei da natureza consiste na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais, que não são leis, mas qualidades que predis põe o humano à obediência e à paz.¹²³

Lembremos que, segundo a doutrina clássica, a ordem jurídica (a justa partilha) decorre da lei. Todavia, a lei é, antes de tudo, a lei natural. O Justo é conforme a lei, mas a lei aristotélica é, antes de tudo, a ordem da natureza, ordem cuja a fórmula não possuímos e que precisamos pesquisar no interior das coisas. Por isso o método do jurista se inicia a partir da pesquisa da lei na observação das coisas, da razão imanente nas coisas, e não da dedução a partir de uma regra dada. É verdade que é reservado um papel importante à lei positiva: ela define pontos de arbitrariedade, de pura opção do legislador e objetiva regras. O jurista deve deduzir dela parte do direito, mas não está circunscrito restritamente aos seus ditames.

Em Hobbes vale primeiro a lei civil. A lei, em geral, é uma ordem que emana de uma autoridade e possui forma de regra expressa, manifestada pela palavra ou por escrito.

¹²⁰ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 485/486.

¹²¹ *Ibid.*, p. 724

¹²² HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Ícone. 2014. p. 99.

¹²³ *Ibid.*, p. 195.

Sua função é obrigar.¹²⁴ As leis são a restrição da liberdade de cada um e, nessa medida, é o contrário do direito, pois o direito é liberdade inerente a cada um.

...A lei é o contrário do “direito”, pois direito é liberdade, ao passo que a lei é restrição da liberdade de cada um. O direito é poder, qualidade *interna* de seu titular. Ao passo que a lei vem de fora, é a ordem de *outrem*. O “direito” é tão somente direito subjetivo, e seu contrário (o direito objetivo) passará agora a ser intitulado¹²⁵

A originalidade de Hobbes, com relação aos seus antecessores (e então incluímos Duns Escoto, Guilherme de Ockham, Suárez, Grócio) foi reservar a ordem jurídica apenas à lei do Estado (o direito não é mais exposto por Deus, por um direito natural, por uma ordem superior, mas apenas pela vontade do homem). O direito é postulado apenas pelo Estado e pela sua lei civil.

A lei natural, para Hobbes, não engendra uma ordem jurídica. A lei natural procede de uma fonte individual, pois o nominalismo (do qual Hobbes se utiliza) ignora a natureza das sociedades, apenas se considera a lei individual humana e dessa natureza humana se extrai uma moral que visa primordialmente sua preservação.

O pensamento definitivo de Hobbes sobre a lei natural me parece ser de que, sem dúvida, ela não é uma lei “em sentido próprio”. Ela é a lei divina por sua fonte, mas falta-lhe ser nos claramente expressa. Ela é em nós apenas uma tendência, um modo de ser espontâneo...¹²⁶

A lei da natureza seria então um princípio permanente na estrutura de Hobbes. Os homens seguem sua natureza interna da razão ou da consciência moral que é natural e é por ela que os homens permanecem em obediência e na ordem, com as determinações que a lei civil a eles impõem.

Essa lei natural não é uma lei jurídica, muito embora seja o fundamento da relação que vincula os súditos ao soberano. É impossível extrair da lei natural regras que regulem a relação entre os homens, dela não se deduz nenhuma regra de direito positivo, apenas de conteúdo moral.

Assim, pode-se afirmar que, em Hobbes, a lei natural regula apenas disposições interiores do homem, não a exterioridade dos atos. Nela está o motor da ação:

¹²⁴ A lei difere do “pacto”. Pelo pacto as pessoas se obrigam, pela lei são obrigadas.

¹²⁵ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 725.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 730/731.

regular as intenções subjetivas, mas este é também o seu limite. Não se espera da lei natural que regule as relações entre os homens. É ela também desprovida de sanção temporal, pois nenhuma autoridade humana tem autoridade para examinar as consciências. “Faltar para com a lei natural é um pecado ao qual Deus é o juiz, não um crime da alçada de um juiz terrestre. Na velha linguagem dos canonistas, Hobbes professa que a lei natural vincula o homem apenas ao “foro íntimo””.¹²⁷

Assim, a partir de Hobbes, fica demonstrado que a lei natural – seja entendida como a lei do evangelho ou razão subjetiva do indivíduo – não possui conteúdo jurídico. Apenas se pode deduzir diretamente dela a liberdade e a igualdade dos homens quanto ao seu poder absoluto, que não convém em uma sociedade de pecadores ou de homens moralmente decaídos. Dela só pode se deduzir a ordem inviável do “estado de natureza”.

O direito natural tem importância para a existência da lei natural moral humana e desempenha papel decisivo no princípio das ações humanas, mas não é jurídica, não se extraem dela regras relacionais, tarefa reservada exclusivamente à lei civil, fruto de criação do Soberano e imposta pelo Estado.

3.2.2. Direito Positivo:

A lei se separa de sua filosofia materna – o direito natural clássico – e encontra novos fundamentos no “pacto” e no “contrato social” e pretende se constituir por si só e sua própria autoridade: o positivismo jurídico de Hobbes rompe definitivamente com Aristóteles e inaugura uma nova era: a do pensamento jurídico moderno.

Nas palavras de Hobbes, o conceito de Lei Civil se restringe ao que é criado pelo soberano e imposto pelo Estado. O legislador em todos os Estados é unicamente o soberano, somente ele é legitimado a fazer a lei. “Somente o Estado prescreve e ordena a observância das regras a que chamamos leis, portanto, o Estado é o único legislador.”¹²⁸

A Lei Civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por qualquer outro suficiente sinal de sua vontade, usando-as para distinguir o que é certo do que é errado. Isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra.

¹²⁷ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 737.

¹²⁸ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Ícone. 2014. p. 195.

Na filosofia clássica a autoridade da lei não é incondicional e não reside simplesmente na forma. Uma lei injusta não é lei. Uma lei proposta por um legislador louco que, por exemplo, pretenda condenar todos os judeus à morte, não tem autoridade de lei. Até se pode reconhecer um halo de incerteza quanto à determinação da autoridade do direito positivo na perspectiva clássica, pois não nos parece fácil precisar, do ponto de vista do direito natural, o legislador competente, ou seja: em que medida ele está numa democracia, oligarquia ou monarquia. Mas não nos enganemos com a criação de um sistema irreal que prioriza a segurança a ponto de estraçalhar o valor justiça.

Já a noção de justiça de Hobbes é estritamente atrelada ao cumprimento ou descumprimento do pacto. Antes do pacto, todos os homens tem direitos à todas as coisas, portanto, nenhuma ação seria injusta. “Entretanto, após a celebração, é uma Injustiça romper o Pacto. A definição de injustiça é, pois, o não Cumprimento de um Pacto. Tudo quanto não é Injusto é Justo.”¹²⁹

Assim, para que as palavras Justo ou Injusto possam ter algum significado, é preciso haver alguma espécie de Poder coercitivo que obrigue igualmente os homens a cumprirem seus Pactos e esse poder deve infundir o temor de alguma pena superior ao benefício esperado com o rompimento do Pacto e capaz de dar força à Propriedade adquirida pelos homens através do Contrato mútuo, como recompensa do Direito universal a que renunciaram. Este Poder não pode existir antes da constituição do Estado.¹³⁰

Essa é a fraqueza da nossa inteligência, que resulta uma boa dose de imperfeição e de incerteza na vida jurídica. Mas não nos enganemos: é assim que é a realidade. A partir da filosofia clássica, sabemos apenas que obedecemos às leis porque o homem é um animal político, através da observação da natureza se extrai que o homem atinge suas potencialidades quando associado, com chefes investidos para agregar aos dados incertos, a fixidez de regras indispensáveis para o bem do grupo.

“A contribuição original de Hobbes foi ter conseguido construir - partindo da natureza, mas não deduzido na natureza – uma maquinaria geradora de soluções jurídicas.”¹³¹ A partir da lógica dedutiva, Hobbes nos transporta de um “estado natural”, de uma natureza humana decaída, através do “pacto”, para o estado de “vida política”. O homem sai da natureza e ingressa numa sociedade política criada artificialmente pelo

¹²⁹ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Ícone. 2014. p. 108.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 108.

¹³¹ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 739.

homem, fabricada para suprir as necessidades do homem decaído, cuja lei será a lei civil, única fonte do direito.

Na concepção hobbesiana, o homem moderno não é um animal político, sua natureza não é como a das formigas ou abelhas que vivem socialmente, o homem se envolve em competição por honra e dignidade, é suscetível à inveja, ao ódio e, finalmente, à guerra. O homem, diferente das abelhas ou formigas, só encontra felicidade na comparação com outros homens, não tem uma natural predisposição à promoção do bem comum. Além do mais, o uso da razão humana faz com que os homens se julguem mais sábios e mais capacitados que outros para o exercício do poder público, fato que novamente os conduz à desordem e à guerra. Também a palavra contribui para a desordem, ao desvirtuar a natureza das coisas, ao apresentar o bem como mal e vice-versa. Finalmente, a associação entre homens é artificial, emerge de um pacto, e não naturalmente, como no caso das abelhas e formigas.¹³²

Uma vez que algumas criaturas vivas, como as abelhas e as formigas, vivem socialmente (e por isso são consideradas por Aristóteles como criaturas políticas), e não tem outra diretriz que os juízos e apetites particulares, pois não podem fazer o uso da palavra, a fim de poder indicar umas às outras o que consideram adequado para o benefício comum, talvez haja alguém interessado em saber porque a humanidade não pode fazer o mesmo.¹³³

Seguindo a análise de Hobbes por Michel Villey, a lei positiva é análoga à lei natural, mas aquela opera no corpo político sobre o homem decaído. O autor da lei positiva é o soberano, “é o Deus fictício, o “Deus mortal”, instituído por meio dos pactos e que, este sim, reina efetivamente.”¹³⁴

A partir de então obtemos uma regra firme, pois a lei civil, essa “razão” fabricada pelo corpo político, especialmente por sua cabeça (o soberano), se exprime em fórmulas claras. Hobbes pretende que as leis sejam claras, breves e acessíveis a todos, para que possam obrigar de maneira efetiva.

A lei civil, ao contrário da lei natural, tem a vantagem de apresentar sanções temporais, imediatas, reais e bem expressas, pois o homem decaído não pode ser mais

¹³² HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Ícone. 2014. p. 126.

¹³³ *Ibid.*, p. 125.

¹³⁴ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 741.

conduzido de forma eficaz apenas com sanções morais. “Eis o momento em que a sanção se torna o critério do jurídico.”¹³⁵

3.3. Equidade:

O pensamento jurídico moderno baseado na identificação do direito à lei, fruto da criação exclusiva da vontade do Soberano e apoiado no método jurídico tradicional tenderia a considerar a equidade termo alienígena num sistema jurídico mais geométrico e nada casuístico.

A equidade, na concepção da filosofia do direito clássico, se encontraria nas antípodas do direito moderno. (...) “a busca da equidade poderia introduzir ao raciocínio jurídico elementos de incerteza, dificilmente aceitáveis para espíritos mais afeitos ao raciocínio científico, especialmente pelos lógicos.”¹³⁶

Segundo Hobbes, equidade é uma das virtudes morais oriunda do direito natural, não consiste propriamente em uma lei, mas em uma qualidade que predispõe o homem à obediência e à paz. No caso de se pretender estabelecer a equidade (ou a justiça) como algo obrigatório, será necessário que seja ela regulamentada pela lei civil, e, neste caso, “A EQUIDADE ou Justiça Distributiva é gerada pela observância da Lei que determina que se distribua equitativamente a cada homem o que lhe cabe, segundo a Razão.”¹³⁷

O direito, ou a lei, fruto do contrato social realizado por indivíduos iguais, livres e racionais, era essencialmente norma geral, abstrata e formal: para tal efeito, exigia-se que as leis sejam concisas, claras e objetivas, residindo a justiça na neutralidade e objetividade da decisão.

O direito - formal, geral e abstrato –compreende uma justiça que se realiza *a priori* em juízos legislativos expressos nos textos legais. Não há qualquer sentido na expressão “justiça no caso em concreto”, portanto, o papel da equidade, tal como compreendida no modelo clássico aristotélico, é nulo.

¹³⁵ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 743.

¹³⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 13.

¹³⁷ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Ícone. 2014. p. 116.

Por se preocupar com a rudeza do caso em concreto, a equidade despertaria no juiz tentações de decidir segundo suas próprias convicções, afastando-se da lei, e abrindo lugar para um direito irracional e arbitrário, nessa medida, é inimiga da segurança jurídica e da igualdade legal.

No âmbito do pensamento jurídico moderno, a equidade ganha conteúdo diverso. No sistema legalista, não se exclui a possibilidade de silêncio do texto normativo diante de um caso concreto, capaz de dar vazão a um sentimento clássico de equidade. Mas reconhece-se que o legislador é precisamente equitativo, o dever de equidade reside no príncipe. A equidade corretora das leis apenas pode ser corrigida pelo príncipe. A interpretação da lei é de titularidade exclusiva do legislador soberano. “O direito não é extraído da ciência privada, mas sim da vontade pública”¹³⁸. Enfim, o que regulará a interpretação dos juízes será exclusivamente a vontade do soberano, trata-se, no máximo e exclusivamente, da busca da intenção do legislador.

3.3.1. Metodologia e papel do juiz.

Quanto à metodologia, a decisão do caso concreto, segundo o pensamento jurídico moderno, consiste em uma operação lógica dedutiva de subsunção da norma geral ao caso em concreto singular. É isso o que importa para os juristas modernos, a consequência, o método.

O direito é estatuto, não é costume, nem prática. A decisão não pode ser injusta ou contra a razão, porque os súditos conhecem de antemão o valor do pacto e do contrato social. O costume e a jurisprudência apenas valem se confirmados pela lei.

Portanto, o que faz a lei não é a *Juris Prudentia* ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão desse homem artificial, o Estado, e sus Ordens. Tendo em vista que o Estado é, em seu representante uma só pessoa, não é fácil surgir uma contradição nas leis, e quanto tal acontece a mesma razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição. Em todos os tribunais de justiça quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que a sua sentença esteja conforme com ela e, nesse caso, será a sentença do soberano, caso contrário será sua e, portanto, injusta.¹³⁹

¹³⁸ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 750.

¹³⁹ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Ícone. 2014. p. 197.

Para o juiz ou legislador, ou o jurista que os guia, a lei é um pouco curta, é vazia, não indica ao legislador nenhum método de descoberta, nada que ajude a tornar a lei justa, nada que limite a sua arbitrariedade. Faz do juiz e do jurista simples exegetas, não sem risco de sujeição aos textos, à letra morta dos textos, dado o caráter incerto e logomáquico do apelo à razão soberana¹⁴⁰.

Por esta razão, não se exigia dos juízes as aptidões de um bom intérprete da lei, tal como se exigia dos advogados. Afirma Hobbes que os Lordes ingleses que constituíam o parlamento inglês, ainda que atuassem como juízes de causas muito difíceis, eram pouco versados no estudo das leis e pouquíssimo faziam delas uso na sua profissão. “De maneira semelhante, nos julgamentos de direito comum, os juízes são doze homens do povo, que dão sentença não apenas de fato, mas de também de direito.”¹⁴¹

Ele (o juiz) não deve preocupar-se antecipadamente com aquilo que vai julgar, porque o que deverá dizer relativamente aos fatos ser-lhe-á dado pelas testemunhas, e o que deverá dizer em matéria de lei ser-lhe-á dado por aqueles que em suas alegações o manifestem ou tem autoridade para interpretá-lo no próprio local.¹⁴²

Lembremos que, no direito romano, orientado pela filosofia clássica aristotélica, o “direito de cada um”, é precisamente o problema que o jurista deverá resolver e que não está decidido de antemão, do qual terá de tratar considerando a cada vez as circunstâncias e todos os interesses da causa, a fim de instaurar ou manter uma justa distribuição. O “direito de cada um” é a parte que merece lhe ser atribuída, considerando todos os lados da coexistência social. É mais ou menos uma incógnita.¹⁴³

No pensamento jurídico moderno, o ofício do jurista tende a se tornar bem mais simples: o jurista não tem que pesquisar tentando adivinhar o plano da natureza, pois a natureza não tem plano, a natureza não é um fim (a natureza é apenas, atrás de nós, uma causa eficiente, essa força que é a razão). Não tem nenhuma necessidade de interrogar o mundo exterior: apenas se pede a esse jurista que obedeça aos mandamentos da razão, ou seja, das leis pretensamente oriundas da razão na forma das quais o direito lhe seria dado de antemão. O direito identifica-se, portanto, com as leis.

¹⁴⁰ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 485.

¹⁴¹ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 3ª ed. São Paulo: Ícone. 2014. p. 204

¹⁴² *Ibid.*, p. 204.

¹⁴³ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 576.

A identificação do direito com a lei, associado ao princípio fundamental de separação dos poderes, infere que ao juiz é vedada qualquer atividade criativa. O trabalho do juiz reside na obediência das premissas legais de interpretação e, no máximo, na integração de lacunas conforme estabelecido pela lei, na investigação da vontade do soberano.

A interpretação judicial tem por objeto a norma legal, ou seja: o texto da lei. O instrumento metódico se realiza na interpretação do elemento gramatical, no elemento histórico, no elemento sistemático e no elemento teleológico, tal como proposto por Savigny.

Em tese, a interpretação não é a partir dos fatos, não é causuística, mas é a partir da lei. É o elemento gramatical contido na lei que permite a determinação de um conjunto de sentidos possíveis encerrados na letra da lei, remetendo ao intérprete a um glossário conceitual que determina o sentido exato das palavras utilizadas pelo legislador.

Uma vez esgotados todos os sentidos gramaticais extraídos da letra da lei, o restante dos elementos interpretativos (histórico, sistemático e teleológico) permitem apurar o sentido do espírito da lei, restrito às correntes subjetivistas de interpretação. Todavia, o sentido do espírito da lei deve encontrar na letra da lei um dos seus sentidos possíveis que oriente e limite os resultados da interpretação, a saber: interpretação declarativa, interpretação restritiva, interpretação extensiva.

Caso a interpretação da norma não logre à conclusão de constituir umas das espécies previstas na hipótese da norma, então resta impossível a operação lógica de subsunção, não seria possível a aplicação da norma. Trata-se de uma hipótese de lacuna.

As lacunas, na concepção positivista legalista, se integram de duas formas: *analogia legis* ou *analogia iuris*. Na primeira hipótese (*analogia legis*) aplica-se uma regra que regule um caso análogo, que embora não fosse diretamente subsumível ao gênero previsto na hipótese da norma, por carecer de elemento essencial informador da sua natureza jurídica, apresentasse elementos relevantes que possibilitassem idêntica regulamentação. Na *analogia iuris*, decide-se segundo os princípios gerais logicamente induzidos da interpretação da norma que regulamente o instituto concernente ao caso que mais se aproxima.

Nas duas situações de método analógico, o juiz não cria direito, os métodos se extraem por extensão lógica do sistema, para conservá-lo. Tanto no método interpretativo, como no analógico, o legislador é única fonte do direito.

3.4.Crise:

A concepção moderna de direito representou o rompimento definitivo com a filosofia clássica, em especial, quando se optou por abandonar a visão universal da natureza, a ver no mundo a ordem dos conjuntos, a ordem da sociedade, ao homem como animal político, e, em lugar, postulou-se o nominalismo que é só indivíduo, que não reconhece causas finais, apenas causas eficientes.

Partindo-se do indivíduo, abandonou-se logicamente a concepção do direito como justa partilha e proporção, apenas se vê o indivíduo e seus direitos subjetivos, solitário. A consequência é uma lei unicamente expressão da vontade individual, inapta a regular relações sociais justas. Um direito justo, aceitável para todos, só poderia por essência proceder de uma fonte supra-individual.

Qualquer um que construa sobre esses princípios está fadado ao fracasso. É uma ilusão esperar tornar o positivismo viável fazendo por exemplo retoques em alguns detalhes. Rousseau, por exemplo, substituirá o monarca único de Hobbes pela soberania popular, mas ela não seria menos tirânica. Os liberais, encabeçados por Locke, irão se empenhar em restaurar as liberdades individuais do cidadão perante o Estado, mas não conseguirão fazê-lo sem por em risco a ordem pública, ou sem aumentar ainda mais o campo da injustiça social.¹⁴⁴

A filosofia jurídica oriunda do pensamento jurídico moderno ganhou muita força mundo afora, em especial, por legitimar qualquer ordenamento jurídico, desde que obedecidas as regras de coerência e unidade e por atender aos anseios de uma elite burguesa liberal moderna que esperava do direito utilidade e segurança das posses individuais. Em razão da ausência de baliza com o conceito de justiça da norma, afora a ordem geométrica, tal pureza epistemológica permite a juridicidade de qualquer regime, incluindo, desde o nazismo até o comunismo.

Hobbes, na era da mecânica e das invenções técnicas, inspirado sem dúvida na doutrina escolástica do contrato social, mas o primeiro a explorá-lo para fazer sair dela todo o direito, construiu, por meio do pacto e do Leviatã que

¹⁴⁴ VILLEY, Michel. **Formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes. p. 754.

é organizado por meio de uma combinação de pactos, um produto substitutivo: teve a genialidade de substituir o direito natural desaparecido (e os simulacros suspeitos da escola racionalista) pelo positivismo integral.¹⁴⁵

Enquanto o raciocínio jurídico atinente à aplicação da lei foi considerado mera operação dedutiva, devendo ser a decisão apreciada unicamente segundo o critério de legalidade, desprezando seu caráter justo ou injusto, razoável ou aceitável, era possível pretender que uma teoria pura do direito pudesse ignorar juízos de valor.¹⁴⁶

O que parece justificar o ponto de vista positivista é que, graças à experiência e à demonstração, pode-se estabelecer a verdade de certos fatos e de certas proposições, lógicas e matemáticas, enquanto os juízos de valor permanecem controvertidos, sem que seja possível encontrar um método racional que permita estabelecer um acordo a respeito deles. Frequentemente, quando é necessário superar os desacordos que eles suscitam e tomar uma decisão, é a razão do mais forte que se impõe como melhor, sendo o mais forte aquele que prevalece...¹⁴⁷

O marco histórico sensível que sinaliza uma crise do positivismo puro baseada no pensamento filosófico moderno atingiu indiretamente seu rigor metodológico e reside no pós Guerra, quando o Tribunal Internacional de Nuremberg, ao efetuar o julgamento dos crimes de guerra, decidiu por condenar líderes alemães pela prática de crimes de guerra contra judeus, eslavos, ciganos, entre outros. Em sua defesa, os condenados se declaram inocentes sob alegação, com a boa lógica de um pensamento positivista vigente, que obedeceram ao princípio da legalidade, já que nada mais fizeram do que cumprir as leis de seu próprio país.

Segundo Cláudio Di Cicco, “era o beco sem saída doutrinário a que chegava o Direito moderno legalista, positivista puro: o pedido de absolvição para criminosos de guerra, invocando o princípio da legalidade.¹⁴⁸” Para fins de condenação, foi ressuscitaram um conceito de crime contra humanidade, fundamento tão repudiado pelos positivistas como jusnaturalismo.

A concepção positivista tinha como consequência inevitável restringir o papel da lógica, dos métodos científicos e da razão a problemas de conhecimento puramente teóricos, negando a possibilidade de um uso prático da razão. Opunha-se, por isso, à tradição aristotélica, que admitia

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 752.

¹⁴⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 135.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 136.

¹⁴⁸ DI CICCO, Cláudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 321.

uma razão prática, que se aplica a todos os domínios da ação, desde a ética até a política, e justifica a filosofia como a busca da sabedoria.¹⁴⁹

Face ao golpe à doutrina positivista legalista no pós Guerra, abre-se espaço para a disseminação de inúmeras doutrinas jurídicas em todas as regiões do mundo que, embora guardem suas diferenças, compartilham entre si a assimilação da ideia de justiça, de valores, de novas técnicas de interpretação que não reduzem o papel do juiz a mero aplicador da norma.

Nos Estados Unidos, ganhou força o Realismo Jurídico de Jerome Frank, que visava fundamentalmente desmistificar a figura de neutralidade do juiz, afirmando que o único Direito que existe é o Direito da sentença¹⁵⁰. Na Itália desenvolve-se o Idealismo Social e Jurídico de Giole Solari, a partir da combinação do Idealismo de Hegel com o Socialismo de Labriole constrói uma doutrina crítica ao individualismo liberal, mas sem afastar suas premissas: igualdade e liberdade, busca sua concreção na dialética entre sociedade e Estado, moral e Direito, justiça e lei¹⁵¹; Na Espanha acompanha-se a ascensão de Recaséns-Siches e sua Lógica do Razoável, segundo a qual o raciocínio do jurista não deve obedecer sempre à lógica da matemática, mas ater-se à decisão mais razoável, à luz dos valores suportados pelas normas e das situações reais e concretas com que o juiz se depara (o Direito leva em conta fatos e valores para compreensão das normas¹⁵² jurídicas e concretizar a justiça). Na França, Jaques Maritain e Michel Villey marcam o retorno à jusfilosofia aristotélica-tomista, sugerindo repensar os problemas trazidos pelo liberalismo, em especial, condena o individualismo e a distinção entre o indivíduo cidadão e pessoa, cujo fim se destina a limites além do Estado, pleiteia um Estado “capaz de patrocinar um acordo prático entre os homens de diversas convicções, rumo a um acordo de valorização da pessoa humana”¹⁵³. Finalmente, no Brasil se destaca a Teoria Tridimensionalista do Direito de Miguel Reale a partir dos anos 40, segundo a qual o Direito não pode ser reduzido ao sistema normativo, nem aos fatos, nem aos valores, isoladamente, mas estudado em suas três dimensões: fato, valor e norma, em uma relação dialética de múltipla implicação dentro de determinado contexto sócio-cultural.

¹⁴⁹ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 136.

¹⁵⁰ DI CICCIO, Cláudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 329

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 332

¹⁵² *Ibid.*, p. 333.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 337.

No Brasil, a Teoria Normativista Pura do Direito dominou por muitos anos a cultura jurídica, sua sistemática se entranhou na cultura jurídica, social e política de forma extremamente forte, razão porque se nota uma grande dificuldade da sociedade jurídica contemporânea em aceitar, assimilar e, por vezes, mesmo compreender sistemas jurídicos mais abertos, capazes de absorver valores e, em especial, de trabalhar com as noções de justiça e equidade no caso em concreto. Há sempre presente um medo com a perda da segurança jurídica, chegando ao ponto de se preferir sacrificar a própria justiça à referida segurança.

Em 12 de maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça, visando a unificar todas as provas de seleção de magistrados em território nacional, editou a Resolução nº 75 que, entre outras medidas, introduziu, como obrigatória na fase discursiva dos exames, matéria designada como “Humanística”, na qual se exige dos futuros juízes noções claras de justiça, equidade, moral, ética e novas formas de interpretação como a lógica do razoável, sinalizando, claramente a superação da doutrina normativista pura e a necessidade efetiva de incorporar nos julgamentos de todo o país a noção de justiça e de equidade.

Sob o ponto de vista metodológico, é possível concluir que, caso nos ativermos ao método positivista, a idéia de uma escolha, de uma solução razoável, de uma decisão equitativa, que implique o uso prático da razão, deverá ser excluída.¹⁵⁴

Ora, regras aparentemente formais, como a regra de justiça segundo a qual é justo tratar de forma igual indivíduos com situações iguais, tem sua aplicação prática intimamente relacionada aos juízos de valor, pois será preciso decidir se uma situação nova é ou não essencialmente semelhante à outra que poderia servir de precedente, tornando-se inevitável recorrer a um juízo de valor.

No entanto, como introduzir valores, trabalhar com a idéia de justiça e de equidade, do ponto de vista material e formal, em um sistema formal positivista de direito pensado a luz do pensamento filosófico moderno?

¹⁵⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 137.

4. A REVOLUÇÃO COPERNICIANA DO PENSAMENTO JURÍDICO: DO *LOGOS* TEÓRICO AO *LOGOS* PRÁTICO

A revolução copernicana do pensamento jurídico, com a passagem do *logos* teórico ao *logos* prático, é termo utilizado por Alexandre Libório Dias Pereira¹⁵⁵ para ilustrar o fenômeno jurídico em que o centro de gravidade do pensamento jurídico deixa de ser a norma e passa a ser o caso em concreto.

“...depois da euforia do cientificismo vivida em Oitocentos, o *fin de siècle* traria consigo a “ressaca do positivismo”. Assim como na filosofia se encontra “o filósofo apanhado nas teias da linguagem”, dizendo-o com Friedrich Nietzsche, também no direito se depara o jurista preso num edifício conceptual fechado às exigências da realidade histórica-social com “as sete chaves” da lógica apofântica”¹⁵⁶

Trata-se da recuperação do *logos* prático aristotélico nas ciências jurídicas, tanto no campo da filosofia, quanto da metodologia, com a introdução silenciosa da equidade como parâmetro do justo.

4.1. Equidade: um conceito clássico para uma filosofia do direito moderna:

O termo equidade, na concepção clássica se liga embrionariamente com demais conceitos clássicos: de direito natural, de justiça, de direito positivo e sua autoridade, de homem como animal político; além de pressupor o direito natural e o direito positivo simultaneamente como fontes do direito e a identificar o direito com seu objetivo: a justa partilha.

Na concepção clássica, conforme já vimos, o direito é parte especial da justiça e visa promover boas relações no mundo externo, prescinde de pluralidade e alteridade, e tem natureza de finalidade, de termo ao qual tende à justiça, pois a justiça é a plenitude e o direito tem por finalidade transformar potência em ato, a partir da observação do cosmos, do universal, do movimento da natureza.

¹⁵⁵ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

¹⁵⁶ Ibid., p. .

Assim, o direito natural ocupa papel fundamental na filosofia clássica do direito, na medida em que serve de base para pesquisa das potencialidades, do movimento contínuo dos seres, dos grupos, para investigação das causas finais.

Mas esse direito natural é um método experimental, está longe de apresentar um conteúdo fechado e estático, ao contrário, apresenta conteúdo aberto e dinâmico, em constante mutação, complementado pela contínua observação do homem e de seu desenvolvimento e seus elementos novos. Assim, embora se reconheça sua enorme importância, em termos práticos, apenas nos possibilita a obter resultados incertos.

A partir da própria essência do direito natural clássico (dinâmico, em constante construção e que recai sobre circunstâncias moventes – visto que o homem e a própria natureza no seu sentido universal estão em constante transformação) conclui-se não ser ele apto a se amoldar a regras fixas, ao contrário: por essência, é móvel, portanto, não pode estar circunscrito a textos.

De forma diversa, o justo positivo, reconhecidamente fonte simultânea do direito na concepção aristotélica, apresenta-se escrito, estático, fechado e concluído, mas age sobre o mesmo plano do justo natural: sobre o homem e sua natureza (seu dever ser). Como pode, então, o justo positivo, fixo e imutável, ser justo? Se a própria justiça é conceito incompatível com uma formulação fixa e *a priori*?

Ora, como o justo positivo é estático e objetivo, diferente do mundo natural, da própria natureza humana e de suas relações, não consegue se amoldar à superfície acidentada representativa da realidade. A lei é universal e estática, mas deve ser aplicada em um caso particular e dinâmico. O juiz está, então, autorizado a adaptar a universalidade e rigidez do texto positivo às singularidades do caso particular. Com mais razão ainda, o juiz está autorizado a afastar a aplicação de uma determinada lei a qual não corresponda minimamente ao justo natural, pois caso não agir em função do bem comum da *pólis*, a lei não possui autoridade.

Aristóteles sabe, portanto, que a lei positiva, ao construir uma justiça inflexível e objetiva afastou-se do modelo original de justiça natural, razão porque desenvolve a teoria da equidade, que chega a denominar de plena realização do igual, de *superjustiça*.

Desta forma, resta claro que, na visão aristotélica, a equidade é a correção da justiça legal, aplicada sempre que o ordenamento jurídico, em razão de seu caráter geral e rígido, não disponha de regra específica a ser aplicada a um determinado caso concreto, hipótese em que se deverá recorrer a uma interpretação à luz da equidade para investigar de qual forma o legislador atual regularia tal fato jurídico, com vistas ao direito natural.

Assim, a natureza conferida pela filosofia clássica à equidade consiste em corrigir a lei, na medida em que ela, em razão de seu caráter geral, se torna insuficiente. Em “A República”, Aristóteles ressalta, ainda, como função da equidade, seu valor interpretativo e integrativo, indicando não apenas a adequação ao caso concreto, como também a integração de lacunas.

Traçadas em linhas bem gerais o conceito clássico de equidade cabe lembrar que ela apresenta como paradigma do justo a justa distribuição, a justa partilha. No âmbito da justiça distributiva significa afirmar que a distribuição de honras e benefícios Estado-sujeito deverá seguir critérios meritocráticos determinados pelo próprio modelo e plano da *pólis*. No plano da justiça recíproca, reservada às trocas comerciais, o equitativo buscará mensurar trocas equilibradas e justas, e, quanto à justiça corretiva, o equitativo objetivará aferir um meio termo entre a perda e o ganho, sem levar em conta qualidades pessoais das partes.

Ademais, importante consignar o importante papel do juiz no uso da equidade. É no Juiz, na concepção clássica, que reside a peça chave para consecução da equidade no âmbito da justiça corretiva. Uma vez revelada a incapacidade da lei de abranger a imensidão de hipóteses reais e atuais (por sua generalidade e imutabilidade) – o justo universal - faz-se necessário que a lei seja adequada ao caso concreto, a partir da própria causuística. É o juiz que deve alcançar a adequação da lei que a sua generalidade e rigidez não pode alcançar.

O juiz serve como um mestre para cuidar da ordem das discussões, dos diálogos e, finalmente, formular conclusões. O processo, então, orientado pelo juiz, seria o local de produção da justiça, a partir do caso concreto e segundo o método dialético.

Pois bem, diante de tais considerações e pressupostos relativos à equidade aristotélica, questiona-se de qual forma esse instituto poderia ser absorvido por nosso

pensamento jurídico atual, herdeiro da filosofia do pensamento jurídico moderno, cujas premissas e própria concepção de direito divergem radicalmente da concepção clássica?

Com o advento da moral cristã, a equidade passou a ter conotação de piedade, caridade, misericórdia, sendo, posteriormente, inserida como norma suprema no direito canônico:

Francisco Suarez, apoiado no pensamento de São Tomás de Aquino apontou três funções à equidade canônica: (i) impedir resultados injustos na aplicação do direito, mediante recurso ao direito natural ou divino; (ii) evitar o cumprimento de obrigações injustas porque inexigíveis e (iii) interpretação da lei segundo a vontade do legislador.¹⁵⁷

No século XIV, plena Idade Média, surgia na Inglaterra um sistema paralelo ao da *Common Law*, denominado *Equity*, segundo o qual, nos termos do Lord Chancellor seria concedida misericórdia não assimilável à *ratio decidendi* dos precedentes.¹⁵⁸

Assim, a equidade, seja na filosofia clássica ou na Idade Média, foi convocada como padrão de justiça no caso em concreto, seja como método de interpretação, integração ou mesmo contra a letra da lei.

Todavia, segundo o pensamento moderno, o direito não se caracteriza mais por sua finalidade e por seu domínio, mas o é, formalmente, pelo estado de acabamento das regras. As leis naturais não correspondem mais ao direito. O direito ganha forma completa nas leis humanas expressas e efetivamente sancionadas. O próprio homem produziu seu direito. E ele o desenvolve e o modifica ao longo da história, sem que nenhum limite seja imposto pela natureza exterior ao seu poder criador.

A lei se separa de sua filosofia materna – o direito natural clássico – e encontra novos fundamentos no “pacto” e no “contrato social” e pretende se constituir por si só e sua própria autoridade: o pensamento jurídico moderno rompe definitivamente com Aristóteles e inaugura uma nova era: a do pensamento jurídico moderno¹⁵⁹.

¹⁵⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Na filosofia clássica a autoridade da lei não é incondicional e não reside simplesmente na forma. Uma lei injusta não é lei. Uma lei proposta por um legislador louco que, por exemplo, pretenda condenar todos os judeus à morte, não tem autoridade de lei.

A lei civil, ao contrário da lei natural, tem a vantagem de se ajustar a qualquer ordenamento e apresentar sanções temporais, imediatas, reais e bem expressas, pois o homem decaído não pode ser mais conduzido de forma eficaz apenas com sanções morais. A sanção se torna então o critério do jurídico.

O direito é estatuto, não é costume, nem prática. A decisão não pode ser injusta ou contra a razão, porque os cidadãos conhecem de antemão o valor do pacto e do contrato social. Faz do juiz e do jurista simples exegetas, não sem risco de sujeição aos textos, à letra morta dos textos, dado o caráter incerto e logomáquico do apelo à razão soberana.

Ademais, no pensamento jurídico moderno, ofício do jurista é mais simples: não precisa pesquisar o plano da natureza, pois a natureza não tem plano, a natureza não é um fim (a natureza é apenas uma causa eficiente: é a razão). Não precisa interrogar o mundo exterior: apenas deve obedecer aos mandamentos da razão, ou seja, as leis pretensamente oriundas da razão na forma das quais o direito lhe seria dado de antemão. O direito identifica-se, portanto, com as leis.

A identificação do direito com a lei, associado ao princípio fundamental de separação dos poderes, infere que ao juiz é vedada qualquer atividade criativa. O trabalho do juiz reside na obediência das premissas legais de interpretação e, no máximo, na integração de lacunas conforme estabelecido pela lei, conforme a investigação da vontade do legislador. A interpretação não é a partir dos fatos, não é causuística, mas é a partir da lei.

O direito - formal, geral e abstrato – compreende uma justiça que se realiza *a priori* em juízos legislativos expressos nos textos legais. Não há qualquer sentido na expressão “justiça no caso em concreto”. Portanto, o papel da equidade, tal como compreendida no modelo clássico aristotélico, seguido pela Idade Média, é nulo.

O positivismo legalista baseado na identificação do direito com a lei e apoiado no método jurídico tradicional tenderia a considerar a equidade como termo alienígena num sistema jurídico mais geométrico e nada causuístico.

Palavra rebelde (equidade), pois que lhe cumpre ser o padrão de justiça em face da rebeldia do caso em concreto.... para se ir conseguindo a adequação do direito à vida.

(...)

Espírito rebelde que o movimento codificador de Oitocentos não conseguiu “domesticar”. Como é sabido, o positivismo legalista postulou o direito à lei, essa “sublime instituição”, filha do contrato social entre homens livres, iguais e fraternos, como diria Rousseau. A lei era entendida como norma geral, abstrata e formal.¹⁶⁰

Nada obstante, a equidade volta a estar no centro de discussões de juristas em todo o mundo, em ordenamentos jurídicos cujas filosofias repousam sob orientação do pensamento jurídico moderno.

No Brasil, por exemplo, a equidade foi valorada pelo Conselho Nacional de Justiça Brasileiro como padrão de justiça no caso em concreto. É que em 12 de maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça, visando unificar todas as provas de seleção de magistrados em território nacional, editou a Resolução nº 75 que, entre outras medidas, introduziu, como obrigatória na fase discursiva dos exames, matéria designada “Humanística”, exigindo dos futuros juízes noções claras de justiça, equidade, moral, ética e novas formas de interpretação com a lógica do razoável, sinalizando a equidade como instrumento à disposição do juiz para fins de obter justiça no caso em concreto¹⁶¹.

Até o momento, a equidade era prevista no Código Civil em determinados grupos de casos, em situações previstas pelo legislador e encerradas em *numerus clausus*, num sistema compatível com o positivismo jurídico, pois o julgador estava subordinado aos critérios normativos fixados na lei. Neste modelo, a equidade se considerava como “fonte mediata de direito, mas não se quer com isso atribuir força vinculativa à decisão equitativa concreta”¹⁶².

Com a Resolução n.º 75 do Conselho Nacional de Justiça, a equidade foi introduzida no sistema jurídico pátrio, para além dos casos previstos no Código Civil, como

¹⁶⁰ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

¹⁶¹ CNJ. **RESOLUÇÃO Nº 75, DE 12 DE MAIO DE 2009**. Art. 47. A primeira prova escrita será discursiva e consistirá: I - de questões relativas a noções gerais de Direito e formação humanística previstas no Anexo VI; **ANEXO IV: D) FILOSOFIA DO DIREITO 1- O conceito de Justiça**. Sentido lato de Justiça, como valor universal. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político. Divergências sobre o conteúdo do conceito. 2 - O conceito de Direito. Equidade. Direito e Moral. 3 - A interpretação do Direito. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo. Interpretação segundo a lógica do razoável.

¹⁶² PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

instrumento de realização de justiça no caso concreto pelo próprio juiz, passando a constituir um problema de metodologia jurídica.

Conforme já afirmando, não se trata de um fenômeno nacional. Em Portugal, a Escola de Filosofia de Direito de Coimbra também valora a equidade como padrão de justiça, ao passo que o Código Civil português apenas admite a equidade, tal como no Brasil, nas hipóteses expressamente previstas pelo legislador.¹⁶³

Todavia, como a equidade, entendida como valor de padrão de justiça no caso em concreto, valor este que se projeta em sede metodológica, em termos que contrastam frontalmente com os *numerus clausus* em que se admite a decisão equitativa no cenário positivista, conseguiu se infiltrar num modelo de direito que, antes de tudo, a anulava?

4.2. A necessidade de flexibilização do sistema jurídico:

4.2.1. O pensamento positivista legalista:

O pensamento jurídico moderno insistiu no fato de que a função precípua e própria do direito não é a realização da justiça, nem a busca do bem comum, mas a segurança jurídica, garantida por uma ordem conhecida por todos. A partir desta ideologia, construiu um sistema jurídico que responderia de antemão a todas as dificuldades, dissiparia as ambiguidades da lei, resolveria antinomias e dissiparia as lacunas, tudo sem contrariar a lógica do sistema.

Sabe-se que esta lógica ideal de elaboração sistemática de um direito estático, análogo a um sistema lógico ou matemático ficou abalado já na segunda metade do século XIX, graças a uma concepção teleológica de direito, tal como encontramos em Von Ihering e Gény, e mormente graças à concepção sociológica de direito que se impõe já no primeiro quarto do século XX (Ehrlich, Roscoe Pound e Duguit).¹⁶⁴

Um sistema formalizado busca eliminar toda controvérsia e ambiguidade, mas, com essa finalidade, acaba por construir uma linguagem artificial que descreverá de modo exaustivo todos os elementos e preverá todas as possíveis combinações corretas, de

¹⁶³ Alexandre Libório Pereira ainda cita os exemplos da Alemanha e da França inseridos no processo de revolução copernicana do pensamento jurídico. (PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

¹⁶⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 422.

modo que cada signo e cada combinação sejam unívocos. A partir de então, com regras lógicas de dedução e indução poderemos demonstrar teoremas, axiomas. A condição indispensável para a sobrevivência destes sistemas é a manutenção da coerência: não se pode afirmar uma proposição e sua respectiva negação dentro do mesmo sistema.

Este sistema formal, construído de forma rígida para impor a univocidade dos signos, é artificial e isolado do resto do universo, não consegue a interação com elementos que lhe são exteriores.

Essa concepção conduz a uma visão legalista do direito, pois ele expressa exclusivamente a vontade do poder legislativo e a passividade do juiz satisfaz a necessidade de segurança jurídica.

O pensamento jurídico moderno quis que o papel do juiz se tornasse puramente passivo, que se limitasse à aplicação da lei, expressão objetiva da vontade nacional consentida pelos jurisdicionados, um instrumento que executa de forma impessoal e uniforme a vontade do legislador.

Desde 1790, da instauração de dever de motivação das decisões judiciais, é possível visualizar amostras da lógica jurídica. Tais motivações identificam a ideologia dos juízes, a forma como concebem sua função e como se relacionam com o poder legislativo.

A partir de uma análise sobre as decisões judiciais do período compreendido entre 1790 e 1945, Chaim Perelman, considerando uma visão sistemática e simplificada da realidade para fins metodológicos, distinguiu três grandes períodos do positivismo: 4.2.1.1. Escola da exegese, compreendido entre 1790 e 1880, 4.2.1.2. Escola funcional ou sociológica, entre 1880 e 1945 e 4.2.1.3. Concepção tópica do raciocínio jurídico, a partir de 1945, influenciada pelo regime nacional-socialista e pelo processo de Nuremberg.

4.2.1.1. Escola da Exegese:

A Escola da Exegese se subdivide em outras três fases: i. Promulgação do Código Civil Napoleônico em 1804 até 1840; ii. Fase do apogeu entre 1840 e 1880 e iii. Fase de declínio, que encerra em 1899, quando a obra de Geny lhe anunciou o fim.¹⁶⁵

¹⁶⁵ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 31.

A Escola da Exegese pretendia basicamente realizar o objetivo a que se propôs a Revolução: reduzir o direito à lei e, de modo mais objetivo, o direito civil ao Código de Napoleão. Na fase de apogeu (1830- 1880), vigorava a máxima de que os códigos nada deixavam ao arbítrio do intérprete.

Segundo esta concepção, o juiz limita-se a aplicar o direito que lhe é dado... Essa concepção conduz a uma visão legalista; a passividade do juiz satisfaz nossa necessidade de segurança jurídica. O direito é um dado que deve poder ser reconhecido por todos do mesmo modo. Essa visão do direito conduz também a uma aproximação do direito com as ciências. Quer o consideremos um sistema dedutivo que assimilemos a uma pesagem o ato de distribuir a justiça, o juiz parece tomar parte de uma operação de natureza impessoal...¹⁶⁶

Tratou-se também de uma reação aos abusos cometidos no Antigo Regime, uma tentativa de aproximar o direito a um cálculo capaz de tranquilizar os jurisdicionados, dando a idéia de que não estaríamos a mercê dos homens, mas ao abrigo das instituições relativamente impessoais.

Uma vez estabelecidos os fatos, aplicava-se o silogismo judiciário, cuja maior era estabelecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na norma estavam preenchidas, sendo a decisão resultante do silogismo.

Assim, tradicionalmente, a decisão do juiz era esquematizada por aquilo que denominamos por silogismo judiciário, eis o raciocínio: toda vez que certas condições estão reunidas (A), então certos resultados decorreriam (B) – se A, então B – e o resultado disso resulta de uma operação de dedução.

A doutrina deveria limitar-se, sob essa concepção de direito, a transformar o conjunto da legislação em um sistema de direito coeso e harmônico. A dogmática forneceria ao juiz instrumento mais perfeito quanto possível para praticar o silogismo judiciário.

Para desempenhar esse papel de instrumento perfeito, o sistema de direito deveria se apresentar tão próximo quanto possível de um sistema formal, de sorte que houvesse, para cada situação, uma previsão correspondente, isenta de ambiguidade, tanto quanto à significação dos signos, quanto às regras de seu manejo. Ademais, seria preciso que o sistema se mostrasse coerente: não permitir que se afirme uma proposição e logo sua

¹⁶⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 33.

negação (não haverá contradição interna). Por fim, o sistema seria completo: o sistema deve fornecer uma decisão determinada para cada caso real: não pode haver questões insolúveis.

Essa concepção não podia, teoricamente, dar espaço à teoria da argumentação, à arte de persuadir e convencer, porquanto a personalidade do juiz não deveria desempenhar nenhum papel na administração da justiça.

Em lógica formal, a primeira exigência (ausência de ambiguidade) até pode ser cumprida, mas apenas às custas da elaboração de uma linguagem artificial matemática completamente divorciada da realidade social. A segunda exigência (coerência) pode ser realizada abandonando um sistema formal artificial por outro a cada vez que se encontrar uma situação de incoerência insolúvel. Finalmente, a experiência tem mostrado que a terceira exigência (completude) só pode ser realizada em lógica em sistemas bastante pobres.¹⁶⁷

Por não conseguir solucionar estas três problemáticas (completude, coerência e ausência de ambiguidade) dentro do sistema do direito, a Revolução Francesa procurou uma solução a esse problema: pelo Decreto de 24 de agosto de 1790, sobre a organização judiciária, instituiu o procedimento denominado de “*Référé Législatif*” querendo dizer com isso que cada vez que o juiz tem dúvidas quanto à interpretação da lei, ou à aplicação da lei, deve recorrer ao legislativo para que este interprete ou complete o texto que levanta dúvidas, de forma que se permita ao juiz tomar decisões”¹⁶⁸.

Pretendia-se, através do sistema, que o juiz não interviesse como legislador, não deveria completar ou interpretar a lei, em proteção aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica. Todavia, em razão do evidente atravancamento que essa medida gerou nos tribunais, pois não se imaginou o enorme volume de lides com tais “problemas”, a solução mostrou-se inócua e foi abandonada¹⁶⁹. A partir de então, foi introduzido o art. 4º do Código Napoleônico, segundo o qual o juiz não poderia eximir-se de julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei.

E, ao instituir-se a obrigação de julgar transformou-se completamente o sistema do direito que quiseram assimilar a um sistema dedutivo, a um

¹⁶⁷ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 519.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 520.

¹⁶⁹ O “*Référé Législatif*”, além dos inconvenientes práticos, recriava outra confusão de poderes. Querendo evitar que o juiz legisle, acabou por criar um legislador que julga e ainda de forma retroativa, porque toda interpretação da lei pelo legislador é retroativa, ferindo de igual forma o princípio da separação dos poderes.

sistema formal. Por quê? Porque o juiz é obrigado a julgar, e também obrigado a motivar a sua decisão, foi necessário, por conseguinte, dar-lhe os meios, os instrumentos intelectuais indispensáveis para o cumprimento de sua tarefa. Se há uma ambiguidade, ele deve decidir.¹⁷⁰

Consequentemente a jurisprudência passa a ganhar maior relevo. As decisões não são indiferentes, em virtude da regra da justiça formal. Para ser justo é preciso aplicar a regra fundamental de justiça formal: tratar igual pessoas essencialmente semelhantes. Cumpre, então, que se saiba como os outros juízes estão julgando os casos de ambiguidade, obscuridade e silêncio da lei. É preciso reunir, publicar um repositório de jurisprudência para conhecer os precedentes. Inicia-se o processo de respeito aos precedentes judiciais.

Os juízes passam então, de fato, a colaborar com o direito: deve-se fazer caso dos precedentes judiciais, pois se não há razões válidas para se afastar deles, é preciso que os juízes atuem conforme os precedentes, mesmo que a isso não sejam legalmente obrigados, porque a segurança jurídica é garantia essencial em direito.

Assim, a partir da introdução do art. 4º no Código Napoleônico, foi preciso fornecer ao juiz instrumentos intelectuais que já não podem simplesmente ser condicionados à verdade ou à lógica formal. “O juiz vai cumprir sua tarefa condicionado por outros valores, do equitativo, do socialmente eficaz, da segurança jurídica garantida pela justiça formal, mas também da justiça material, da equidade em outros termos.”¹⁷¹

Era essencialmente nos casos excepcionais, de antinomias e lacunas, que os juízes deveriam exercer papel mais ativo: eliminar as primeiras e preencher as segundas, devendo também, nestes casos, motivar as decisões e recorrer aos textos legais. Visando o cumprimento de tal tarefa é que, progressivamente, rui a teoria do direito inaugurada no século XVIII, mantida, a duras penas, até o final do século XIX.¹⁷²

O problema das antinomias transparece quando duas regras de mesma envergadura, porém incompatíveis, são aplicáveis a um mesmo caso e não há regra geral capaz de atribuir prioridade de uma sobre outra.

¹⁷⁰ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p.521.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 523.

¹⁷² PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 54.

A percepção da lacuna na lei ocorre quando o juiz não consegue extrair a solução de determinado caso, por dedução, a partir do texto legal¹⁷³.

A solução das antinomias e lacunas leva ao abandono das concepções da escola da exegese, “admitindo outras formas de direito além da lei positiva, a doutrina, seguida pela jurisprudência, se servirá das técnicas de antinomia para afastar a aplicação de textos legais a favor de soluções mais equitativas e razoáveis”.¹⁷⁴

4.2.1.2. Escola Funcional e Sociológica:

Na Escola da Exegese o direito foi reduzido, sob forte influência do racionalismo moderno, a um sistema dedutivo, nos moldes de um sistema geométrico ou aritmético, a partir dos textos legais, expressão da vontade do legislador. Os defensores de tal escola se opõem à jurisprudência universal e aos partidários de um direito natural, porque não se fundamentariam em axiomas racionais válidos sempre e em todo lugar.

No caso de obstáculos à assimilação do direito ao sistema dedutivo (silêncio, obscuridade, lacuna) o papel da doutrina era de remediá-lo.

No caso de obscuridade resultante de imprecisão ou ambiguidade, a doutrina deveria esforçar-se para dirimir todo e qualquer sentido possível para a lei, objetivando um raciocínio estrito, esperando-se, assim, reduzir drasticamente ambiguidades e controvérsias.

Quanto às lacunas, era preciso encontrar técnicas segundo as quais os juízes pudessem completá-las, admitindo um princípio geral de liberdade ou, recorrendo a um raciocínio *a pari* ou *a contrario*, por analogia, ou por antítese, capaz de guiar de modo suficiente o juiz¹⁷⁵.

¹⁷³ Segundo Chaim Perelman: “O problema das lacunas nasceu do princípio da separação dos poderes que impõe ao juiz a obrigação de aplicar um direito preexistente e que se supõe ser-lhe conhecido. Antes da Revolução Francesa, este problema não existia, pois o juiz devia encontrar a regra aplicável: na ausência de uma regra expressa, podia procurar outras fontes do direito além da lei positiva e, se as fontes não fossem concordes, importava saber em que ordem deveria ser classificadas essas fontes de direito supletivo. Como não era proibido aos juízes formular regras por ocasião de litígios (“as sentenças de regulação”) e não tinham de motivar suas sentenças de forma expressa, compreende-se que o problema das lacunas não tenha surgido antes do século XIX.” (PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins fontes. 2004. p. 63.

¹⁷⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 62.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 70.

Todavia, na segunda metade do século XIX, o estudo histórico do direito romano, a partir da escola histórica de Savigny, conduziu gradualmente a uma mudança de perspectiva, a uma visão funcional de direito que domina o pensamento jurídico do final do século.¹⁷⁶

Segundo essa concepção, o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados. É um meio do qual se serve o legislador para atingir seus fins, para promover certos valores. Mas como ele não pode contentar-se com enunciar tais fins, assinalar tais valores, pois esse modo de proceder introduziria no direito uma indefinição e uma insegurança inadmissíveis, deve formular com certa precisão regras de conduta que indicam o que é obrigatório, permitido ou proibido para atingir esses fins e realizar esses valores. Consequentemente o juiz já não pode mais contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais, deve remontar do texto a intenção que guiou a sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade. Pois o que conta, acima de tudo, é o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei.¹⁷⁷

A partir dessa nova concepção da norma, o papel da doutrina será de investigação teórica da vontade do legislador, que presidiu a elaboração da lei e não mais será de determinar o sentido exato dos termos empregados pela norma.

Ocorre que o recurso de recorrer à vontade do legislador para interpretação de um texto pode ser extremamente ambíguo. “Tratar-se-á da vontade expressa nitidamente? O mais das vezes será apenas a vontade de um ministro ou de um deputado, ou no melhor dos casos, de uma pequena fração do corpo legislativo.”¹⁷⁸

A utilização de argumentos gerais permitiria interpretar textos consoante a intenção do legislador. Tais argumentos não pertencem à lógica formal, mas à matéria do raciocínio.¹⁷⁹

A concepção funcional no direito atribui ao direito a função de alcançar o fim almejado pelo legislador, o que exclui a assimilação de um sistema puramente formal, pois

¹⁷⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 70.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 71.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 74.

¹⁷⁹ Chaim Perelman elencou treze tipos de argumentos que permitem interpretar textos jurídicos consoante a intenção do legislador: *a contrario, a simili, a fortiori, a completudine, a coherentia*, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, econômico, *ab exemplo*, sistemático, naturalista. (PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 75).

este não visa a realização de uma finalidade social e o direito só pode ser compreendido em relação ao meio material ao qual é aplicado.

Se este meio se transforma sob a influência de novidades técnica ou de uma mudança nos costumes ou nos valores socialmente aceitos, o papel do juiz será invocar o histórico e a presunção de continuidade que este implica, o que conduz a uma concepção estática da interpretação judiciária, ou ele poderá adaptar o texto de modo dinâmico, considerando que a lei não previu essa situação nova e que, diante de uma lacuna da lei, ele deverá decidir “conforme as regras que estabeleceria se devesse agir como legislador?”¹⁸⁰

Ora, em outras palavras, em que medida ao juiz cabe, mais do que ao próprio legislador, adaptar os textos legais às necessidades sociais? Há casos em que os juízes providenciam a adaptação da lei à necessidade social e outros em que simplesmente esperam que o legislativo tome a iniciativa de alterar a lei, sem qualquer critério pré-definido.

Um modo comum de o juiz alterar a aplicação da lei ao caso em concreto é mediante a ficção jurídica. Se o juiz, por exemplo, confere a um grupo de pessoas personalidade jurídica, à revelia da lei, para a finalidade de lhe aplicar as regras pertinentes, ele recorre à ficção. O recurso à ficção jurídica é também muito comum quando o júri quer evitar a aplicação da lei em sede de tribunal do júri¹⁸¹.

O recurso à ficção jurídica para conseguir obter uma decisão aceitável, do ponto de vista social e significativo, enfatiza que a realidade da justiça constitui um freio inadmissível à boa administração da justiça.

Aquele que recorre à ficção jurídica manifesta uma revolta contra a realidade jurídica, a revolta de quem acredita não ter condições de modificá-la, mas recusa-se a submeter-se a ela, porque ela o obrigaria a tomar uma decisão que julga injusta, inadequada ou insensata.

Para solucionar o problema o mais sensato seria a edição de novas leis conforme a evolução da sociedade. Mas se o legislador demora a se manifestar, os tribunais podem resolver a questão reinterpretando os textos, mas abandonando a ideologia positivista e legalista do direito, segundo a qual o direito é expressão da vontade da nação, cujo porta-

¹⁸⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p.81.

¹⁸¹ Exemplifica Chaim Perelman que na Bélgica e na França, em vários casos de eutanásia, quando os fatos eram patentes e incontroversos, o júri respondeu negativamente à questão: O acusado é culpado da morte de tal pessoa? (PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 87)

voz qualificado é exclusivamente o legislador, segundo o princípio da separação dos poderes.

“A tendência de acentuar o poder dos juízes na elaboração do direito acentuou-se em decorrência dos danos causados pelo regime nacional-socialista e da repercussão mundial do tribunal de Nuremberg...”¹⁸² A nova visão das relações entre legislativo e o judiciário, vai ao encontro de uma concepção nova do raciocínio jurídico, especialmente judiciário, que ganha espaço no Ocidente, na segunda metade do século XX.

4.2.1.3. Concepção tópica do raciocínio jurídico:

As concepções de raciocínio jurídico desenvolvidas após a Segunda Grande Guerra constituem uma reação ao positivismo legalista e suas duas fases sucessivas: Escola da exegese, com sua concepção analítica e dedutiva do direito e Escola Funcional ou Sociológica, que interpreta os textos legais conforme a vontade do legislador.

O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência à valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto, arbitrário.¹⁸³

Enquanto a prática jurídica estava coerente com os hábitos, costumes, instituições culturais e sociais, a expressão positivista de direito era capaz de expressar de forma satisfatória a realidade do fenômeno jurídico. Todavia, a partir do descolamento da lei com a sociedade, passou a ser difícil sustentar que “lei é lei”, e que o juiz deve sempre se conformar a ela.

Se, por um lado, é aceitável que o direito objetive a segurança jurídica e a estabilidade, é inaceitável que, para atingir esta finalidade, se isole do contexto social em que atue, desprezando valores que compartilha com a moral e a política.

¹⁸² PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 89.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 91.

Enfim, o caráter estático do sistema não resistiu indefinidamente às mudanças históricas, culturais e políticas ocorridas na sociedade.

Questiona Chaim Perelman: “Mas que fazer se o próprio legislativo legisla de modo iníquo, se um Estado soberano se porta de modo criminoso? Seria razoável, apesar de tudo, sustentar a doutrina do positivismo jurídico segundo a qual “lei é lei”, seja qual for seu conteúdo?”¹⁸⁴

O preço da contradição gerada a partir da construção de uma filosofia do direito baseada no direito subjetivo e organizada num sistema jurídico artificial que ignora a visão da realidade, dos conjuntos e do universo, associada a uma lógica matemática, foi alto e cobrado ao longo da história.

A análise prática do direito nos prova que a teoria das fontes do direito não basta para explicar seu funcionamento porque os textos, por si só, não fornecem senão raramente a resposta unívoca quanto a maneira de aplicá-los. A solução encontrada deverá igualmente levar em conta as consequências que resultam de sua aplicação: cumpre que a solução seja equitativa, conforme o interesse geral, razoável, numa palavra, aceitável.¹⁸⁵

O positivismo de Hans Kelsen e de sua escola dispõe o direito como um sistema hierarquizado de normas, que difere de um sistema puramente formal, pois a norma inferior não é simplesmente deduzida da superior mediante deduções puramente formais, mas de acordo a uma determinação segundo a qual estará autorizada a criação de normas inferiores, dependendo a eficácia do sistema da adesão a uma pressuposta norma fundamental.

A teoria pura do direito dispõe certa dinamicidade ao sistema conferida pela existência de uma norma superior que delimita as ações dos poderes subjacentes.

A teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de atuação qualquer referência à juízos de valor, à idéia de justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autorizam. Kelsen reconhecia sem dúvida que o juiz não era um autômato, na medida em que as leis que aplica, permitindo diversas interpretações, dão-lhe certa latitude, mas a escolha entre estas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária que uma pesquisa

¹⁸⁴ Chaim Perelman sustenta tal questionamento com fundamento nos juízes alemães que, segundo o próprio autor, aplicaram uma legislação iniqua embasados no positivismo legalista.

¹⁸⁵ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 448.

científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum.¹⁸⁶

Embora Kelsen reconheça que o juiz exerce sua função a partir de um âmbito legal indeterminado, fato que lhe fornece a possibilidade de deduzir a solução concreta a partir da regra geral ou proceder livremente a partir da interpretação da lei, ele apenas age estritamente dentro do sistema, “o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário”, tal ação é compatível com a de um administrador público encarregado de determinada função, que ele exerce da melhor forma...”.¹⁸⁷

Os fatos que sucederam no pós Guerra evidenciam a impossibilidade de restringir e identificar o direito com a lei, em razão do conhecimento de princípios que, ainda que não delineados por uma lei expressa, impõe-se a todos, pois o direito não é só expressão da vontade do legislador, mas dos valores que estes têm como missão promover, dentre os quais se destaca a justiça.

Essa reação contra a univocidade da vontade do legislador, antes incontestada, significou a rejeição de uma “concepção positivista, legalista e estatizante do direito, expressão da vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetida a nenhum valor.”¹⁸⁸

Abre-se espaço para uma inevitável conclusão: o juiz deve exercer sua função, motivando sua decisão de modo aceitável, deve apreciar o valor desta decisão, deve satisfazer a necessidade de justiça e equidade.

Como vemos, é a intervenção do juiz que possibilita introduzir no sistema jurídico considerações relativas à justiça e ao interesse geral, que parecem alheias ao pensamento jurídico moderno, pois tais considerações apenas podem ser construídas a partir do caso em concreto.

Cumprirá instituir em cada sistema de direito, seja qual ele for, órgãos competentes para dirimir os litígios e restabelecer a paz social. Conceder-se-á a certas pessoas ou a colégios designados por suas funções, a competência de tomar decisões autorizadas, tanto para interpretação e a aplicação de regras existentes, como para instauração de regras novas.¹⁸⁹

¹⁸⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 93.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 93

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 96.

¹⁸⁹ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.p. 424.

Todavia, sabe-se que as noções de justiça e equidade são vagas. Qual critério para adoção de tais valores? Qual critério para que o juiz possa se afastar da norma e, ainda assim, considerar cumprida sua função?

O fato de constituir um empreendimento público, considerando que o Estado confere poder ao juiz para desempenho de sua autoridade e competência, nos informa que o direito não pode menosprezar a segurança jurídica, deve, portanto, evitar a arbitrariedade e subjetividade. A afirmação de que um direito se superpõe a outro em um dado litígio presume a existência de uma dada ordem jurídica estabelecida, sem a qual seria impossível motivar de modo juridicamente válido.

Segundo Chaim Perelman, foi sucessivamente reconhecido ao longo da história, ao lado das leis escritas, a existência de um direito geral, traduzido em princípios gerais de direito, aplicáveis mesmo na ausência de texto, com valor de direito positivo. Não se identificam com regras consuetudinárias, não se confundem com criação jurisprudencial, nem tampouco com simples considerações de equidade. O juiz os declara, lhes constata a existência, se formam independentemente do juiz e impõe-se a ele.¹⁹⁰

Construções de teorias jurídicas, como princípios gerais, foram empenhadas para relativizar a aplicação de certos textos legais, como é o caso da teoria do abuso de direito¹⁹¹. “O direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de qualquer direito que seja, pela razão irrefutável de que um só e mesmo ato não poder ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito.”¹⁹²

Os princípios gerais de direito não submetíveis ao controle da experiência, tal como as teorias científicas, servem para guiar a ação do juiz e fornecer as justificações de direito conformes ao interesse público e à moral dominante.

A dogmática jurídica tem a função então de fornecer aos operadores do direito argumentos para que estes possam adotar uma posição. Todavia, qual a origem de tais princípios? Remontam do direito natural? Da tradição e costumes? De uma ideologia prévia?

¹⁹⁰ Constitui maior exemplo de princípio geral de direito: *audiatur et altera pars* (PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 105).

¹⁹¹ A teoria do abuso de direito defende a premissa de que os direitos subjetivos não podem ser exercidos de modo contrário ao interesse geral, sem que tal forma de uso traga utilidade alguma para o titular.

¹⁹² PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 109.

Segundo Chaim Perelman, não se trata de uma criação arbitrária, nem de uma simples constatação, mas de uma situação intermediária, resultam de uma análise do raciocínio judiciário, de uma reflexão de ordem essencialmente metodológica¹⁹³.

...a enumeração de métodos de interpretação de textos, o recurso aos precedentes e aos princípios gerais, às finalidades e aos valores que o legislador busca promover e proteger, todo esse arsenal de argumentos é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, pois nenhum sistema estabelecido *a priori* pode indicar-lhe, num caso concreto, a qual método de raciocínio deve recorrer, se deve aplicar a lei diretamente, ou, ao contrário, restringir ou alargar seu alcance.¹⁹⁴

Assim, uma solução justa de determinada controvérsia não resulta necessariamente da sua conformidade com a lei, como afirmaria o positivismo típico da Escola da Exegese. Não há apenas um modo de se conferir a legalidade da decisão. A legalidade da decisão resultará da idéia prévia daquilo que constituiria uma solução justa, sensata, aceitável que norteará o juiz na busca de uma solução juridicamente satisfatória.

A ideia prévia do que seja uma solução social e moralmente satisfatória em determinado meio não é externa ao direito, como pretenderia a teoria normativista pura de Hans Kelsen, que se esforça para excluir do direito qualquer juízo de valor.

A renovada concepção de direito nos informa que são exatamente os valores relativos ao caráter adequado da decisão que guiam o juiz em busca daquilo que, no caso específico, será justo e conforme o direito.

O raciocínio jurídico deixa então de representar uma dedução silogística cuja conclusão se impõe, mesmo que pareça desarrazoada, mas tampouco não se identifica com uma mera busca de decisão equitativa que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica concreta. “A tarefa que o juiz se impõe é portanto a busca de uma síntese que leva em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito: o teórico deverá apenas examinar os métodos que o juiz utiliza para chegar a esse resultado.”¹⁹⁵

Nessa perspectiva metodológica judiciária, nota-se uma nova relação entre o poder legislativo e o poder judiciário.

Essa dialética, implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e

¹⁹³ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 112.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 113.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 115.

conforme o direito, coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio. É por essa razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito em controvérsias judiciais¹⁹⁶

Assim, a problemática do raciocínio jurídico se ocupará de elaborar uma dialética capaz de, a partir da busca de uma decisão razoável e aceitável no determinado meio, enriquecer o arsenal metodológico, que permite tornar o sistema mais coerente e flexível.

Segundo Chaim Perelman, o direito só se mostra eficaz se dispor de um consenso suficiente no meio em que é aplicado. Os juízes terão que dizer o direito em cada caso particular, estendendo ou restringindo o alcance das regras de modo a evitar soluções desarrazoadas¹⁹⁷, surpreendentes para os jurisdicionados, porque injustas ou inadequadas àquela determinada situação.

Assim, as técnicas de flexibilização das regras inventadas pelos juristas objetivam tornar suportáveis as disposições jurídicas, evitando reações violentas contra as autoridades responsáveis.

Segundo Chaim Perelman, se o limite para aplicação do direito na perspectiva filosófica positivista era formal e residia na dicotomia: racional e irracional, na medida em que a lei só poderia ser racionalmente aplicada pelo juiz, de modo lógico e coerente, obedecidos os limites do sistema: não contradição, eliminação de ambiguidades, visando a segurança jurídica, sem qualquer preocupação com a consequência da decisão. Na perspectiva contemporânea, o novo limite para aplicação do direito é essencialmente material e reside na razoabilidade ou irrazoabilidade das respectivas consequências sociais

¹⁹⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 116.

¹⁹⁷ Chaim Perelman denomina de “desarrazoado” o uso inadmissível do direito, que pode ser qualificado de diversas maneiras: abuso de direito, excesso ou desvio de poderes, iniquidade, má-fé, contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados, etc. O que é essencial, afirma o autor, é que, num Estado de direito, quando um direito é submetido ao poder judiciário, ele poderá ser censurado se exercido de forma desarrazoada, portanto, inaceitável.

da decisão, pois todo direito é concebido com vistas a certa finalidade. “Nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o desarrazoado não é direito.”¹⁹⁸

O razoável, direito válido e eficaz, é sempre relativo a uma dada sociedade, em que se supõe um consenso suficiente sobre um conjunto de valores comumente admitidos.

Nessa perspectiva, sem negar a autoridade do legislador, admitir-se-á que a vontade não pode ser arbitrária, que os textos que adota devem cumprir uma função reconhecida, promover valores socialmente aceitos. O direito positivo deve ser razoável, noção vaga que expressa uma síntese que combina a preocupação da segurança jurídica com a da equidade, a busca do bem comum com a eficácia na realização dos fins admitidos. Será no juiz bem mais do que no legislador que se confiará para a realização dessa síntese, pois é impossível fornecer de uma vez por todas o critério do razoável¹⁹⁹

Embora o raciocínio jurídico deva objetivar soluções equitativas, aceitáveis, razoáveis, é essencial responder a seguinte questão: Quais procedimentos intelectuais o juiz deve observar para chegar a tal decisão equitativa, aceitável e razoável, quando se tratam de valores altamente controvertidos, sem sacrificar a segurança jurídica?

A resposta à essa questão adentra no universo da lógica prática jurídica: da dialética e da retórica. É que na ausência de técnicas unanimemente admitidas, se impõem recursos de raciocínios retóricos e dialéticos, objetivando estabelecer um acordo entre valores e sua aplicação, quando estes figurarem como centro de uma controvérsia.

Vê-se aparecer assim o caráter central da noção de acordo, tão desprezada pelas filosofias racionalistas ou positivistas, nas quais o que importa é a verdade uma proposição, vindo o acordo por acréscimo, uma vez que a verdade foi estabelecida pelo recurso à intuição ou à prova. Mas a noção de acordo torna-se fundamental quando os meios de prova inexistem ou são insuficientes, principalmente quando o objeto do debate não é a verdade de uma proposição, mas o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, equitativas, razoáveis, oportunas, louváveis, ou conforme o direito.²⁰⁰

¹⁹⁸ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 437.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 463.

²⁰⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 140.

Como é possível obter esse acordo? A partir da lógica jurídica, da retórica, da dialética, como instrumentos da razão prática.

4.3. Equidade e lógica jurídica

4.3.1. A equidade sob o aspecto material: Justiça no caso em concreto

Vimos a profunda transformação pela qual vem passando o pensamento jurídico moderno ao longo da história, tanto sob o aspecto material: com a apresentação de situações históricas limite capazes de colocar em questão o conceito de direito, a teleologia do direito, as fontes do direito, a autoridade das fontes, o papel do juiz, os limites para aplicação do direito; quanto sob o ponto de vista formal: momento em que se reconhece a incompletude do sistema jurídico formal e se admite um papel ativo do juiz, capaz de reconhecê-lo como fonte criadora do direito, de precedentes, ao mesmo tempo que se introduz a necessária lógica da argumentação e dialética como instrumentos necessários para que o juiz possa cumprir a sua nova função.

A equidade, estigmatizada pelo pensamento jurídico moderno como fonte do subjetivismo, arbitrariedade e insegurança jurídica, ingressa num sistema pouco parecido com o modelo filosófico aristotélico, embora carregue o mesmo sentido clássico de instrumento da justiça no caso em concreto, e passa a ser concebida, inclusive, como “motor do entendimento das próprias instituições”²⁰¹.

Na filosofia clássica aristotélica o padrão de justeza reside na observação do direito natural, na observação da passagem da potência em ato, na natureza interna das próprias coisas. Era nesse contexto que se aplicava a fórmula aristotélica de tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, a partir de suas diferenças.

Por outro lado, em direção completamente diversa, o pensamento jurídico moderno aceitava como padrão do justo o estrito cumprimento da lei, esta regra geral, abstrata e impessoal, cuja aplicação deve ser a mesma para todos e cuja justiça não poderia ser questionada, porque frutos do pacto e do contrato social.

²⁰¹ ESSER, Joseph. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts**, 3. Auf. Tübingen 1974. citado por PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

De fato, na atualidade, não é mais possível sustentar a medida do justo como o estrito cumprimento da lei, nem tampouco identificar simplesmente o direito à lei.

Concebendo o direito, nem como expressão da justiça da razão, nem como a expressão da vontade do legislador, e sim como a expressão de um consenso político e social sobre uma solução razoável numa sociedade em rápida evolução, como um fenômeno essencialmente relacional e mutável, com vistas a determinadas finalidades, afirmamos que essa solução resulta, o mais das vezes, de um compromisso difícil entre valores incompatíveis e cuja coexistência importa organizar. O direito, assim concebido, só ganha forma através de conflitos e das controvérsias em todos os níveis, e já não pode oferecer a imagem tranquilizadora de uma ordem estável, garantida por um poder imparcial²⁰².

A dificuldade do assunto é que lidamos com o estudo de relações entre conceitos mutáveis, o que nos conduz a uma maneira antes dialética do que analítica. Ademais, no centro de todos os problemas metodológico criados pela interpretação e aplicação do direito está o conflito de juízos de valor. É isso que reclama a lógica da controvérsia.

Aceita-se hoje que o juiz tenha que aplicar a lei e, para tanto, dispõe de um conjunto de técnicas que lhe permitem não se restringir à subsunção da lei ao caso, mas adaptar as regras ao resultado buscado. Pela intervenção do juiz se introduz no sistema jurídico considerações relativas à oportunidade, à justiça e ao interesse geral que pareçam, numa perspectiva positiva, alheias ao direito.

Se sob a hegemonia do pensamento jurídico moderno o limite para o aplicador da norma era formal e residia na dicotomia racional e irracional, pois o juiz deveria aplicar a lei racionalmente, com coerência, resolvendo eventual ambiguidade e sem contradições; atualmente, se impõe ao aplicador da lei um papel central na administração da justiça, cujos limites são materiais e residem na dualidade razoabilidade ou irrazoabilidade²⁰³.

Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, com excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada de

²⁰² PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 463.

²⁰³ As noções razoável e irrazoável foram trabalhadas na obra do mexicano Ricaséns Siches, há 30 anos, quando desenvolveu uma lógica do razoável.

disposições legais, como contrário aos princípios gerais de direito comuns a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial, é que num Estado de direito, quando um poder legítimo ou direito qualquer é submetido ao controle do judiciário, ele poderá ser censurado se exercido de forma desarrazoada, portanto, inaceitável.²⁰⁴

Estaríamos abandonando a identificação do direito com a lei, típica do pensamento jurídico moderno, e retornando a uma visão aristotélica, segundo a qual o direito equivale à justa distribuição no caso em concreto? Opera um consenso geral entre os filósofos do direito contemporâneos no sentido de que o direito, tal como em Aristóteles, volta a se relacionar com o resultado no mundo exterior, na relação entre cidadãos, na relação de igualdade material entre as coisas, se preocupa como efeito, com as consequências.

Uma visão teleológica do direito, tal como em Aristóteles, que defina uma finalidade na sociedade e que respeite a sociedade mutável como ela é, não é indiferente às consequências de sua aplicação. Para adaptar-se ao seu papel de meio, é necessário que o direito se flexibilize, introduza em sua estrutura elementos de indeterminação que ensejem interpretações divergentes.

De fato, sob o ponto de vista material, na atualidade, a equidade tem desempenhado uma função importante na adequação do direito à sociedade. A doutrina e jurisprudência possuem papel de destaque no retorno à equidade, como exemplos: 1) reconhecimento do contrato como relação obrigacional complexa geradora deveres laterais de prestação; 2) doutrina do abuso de direito, do *venire contra factum proprium*, do *supressio surrectio*, do *tu quoque*; 3) doutrina da quebra da base relacional.

Todas essas teorias servem para opor um valor a outro valor, a restringir ou ampliar o alcance da lei, e não somente para aclará-la. O juiz tem como missão dizer o direito, mas de um modo conforme a consciência da sociedade. Por quê? Porque seu papel é estabelecer a paz judiciária, e a paz judiciária só estará estabelecida quando ele houver convencido as partes, o público, seus colegas, seus superiores, de que julgou de forma equitativa.²⁰⁵

Essas grandes construções doutrinárias servem para modificar o campo de aplicação da lei. Quando criaram a teoria do abuso de direito, pretenderam que o proprietário já não estará protegido no exercício de seu direito de propriedade, se quiser amparar-se nele para prejudicar outra pessoa. Substituíram o direito de propriedade, concebido como direito

²⁰⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 429.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 527.

absoluto, reduziram-no à sua função social. O direito só deve ser protegido quando cumpre a sua função. Elaboraram toda uma teoria para dizer que o proprietário não está protegido em certos casos.

Na medida em que o juiz aplica as novas técnicas de lógica jurídica, segunda as quais confronta valores em vistas a uma decisão, deixa de lado o rigor e a falta de ambiguidade exigida outrora em prol a busca da justiça no caso em concreto. Introduce certa insegurança no direito em nome do valor da equidade. Por esta razão, a técnica jurídica passa a ser uma técnica das boas razões para tomar uma decisão. Uma razão boa em direito apenas se poderá aferir em relação à determinada pessoa, para certa época e determinado lugar.

Na medida em que se desenvolveu ao juiz um papel primordial na administração da justiça, sendo a voz da justiça no caso em concreto, a equidade voltou a estar no centro das discussões judiciárias. O juiz não aplica mais a lei direta e simplesmente. O juiz decide depois de ouvir as partes, de escutar pontos de vista opostos, de sopesar a argumentação de cada parte, analisar os pros e os contras, os valores em jogo, as consequências sociais económicas e políticas de cada decisão, podendo se chegar a decisões opostas conforme a importância que se dê a uma ou outra espécie de argumentos.

A baliza material para a equidade, ou seja: o padrão de justiça da equidade que norteará o juiz só pode ser buscada na natureza da própria sociedade, entendendo o termo natureza na concepção aristotélica: como processo da potência ao ato, dinâmica, mutável, passível de observação em seu conjunto, com suas causas finais e, em especial, voltando a admitir o homem como um animal político, admitindo-se a sociedade não como uma construção puramente artificial, mas natural.

Afirma Orlando de Carvalho que “esse paradigma (do justo) só pode achar-se no projecto de sociedade que toda sociedade incorpora ... (e) que corresponde ao modelo de convivência que ela realiza”, em função da nossa “própria condição de animais conviventes e dialogantes”. Ou seja, esse paradigma há de encontrar-se no arquétipo, no “princípio genético conformador e informador” da sociedade *hic et nunc*. Sendo que esse princípio genético radica na “realização da pessoa na comunidade e da comunidade na pessoa”, tendo em conta a natureza de *zoon politikon* do ser humano.²⁰⁶

²⁰⁶ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

Assim, o padrão do justo da equidade, da justiça do caso em concreto, da justa distribuição, não pode ser encontrado *a priori*, na lei escrita, mas só pode ser buscada na natureza da própria sociedade em constante movimento, observada em conjunto, com sua hierarquia de valores, em seu contexto histórico, pesquisando sua finalidade. A sociedade é que dirá se determinada decisão é ou não aceitável, é ou não razoável, é nela que reside o limite do aplicador do direito.

4.3.2. A equidade sob o aspecto metodológico: lógica jurídica.

O cientificismo moderno nos levou a crer que o termo “lógica formal” se restringe ao campo do raciocínio demonstrativo, passível de controle mecânico da correção formal, confundindo-se com o ramo mais geral da matemática.

O inconveniente dessa concepção (única de lógica formal) é que ela tem como consequência negligenciar o estudo das formas de raciocínio que têm grande importância em certas disciplinas não-matemáticas e, mais *a fortiori*, *a priori*, *ao contrário* e o argumento por analogia.²⁰⁷

4.3.2.1. Lógica jurídica: conceito e aplicação:

Neste momento, para além da lógica formal²⁰⁸, típica do pensamento jurídico moderno, foi preciso revisitar a lógica jurídica desenvolvida pelo pensamento clássico.

Aristóteles, considerado pai da lógica formal, não relegou papel secundário à lógica argumentativa, concedia às provas dialéticas um papel específico que é impossível cumprir por meio das provas analíticas²⁰⁹.

A partir de uma lógica argumentativa não obtemos resultados formalmente corretos ou incorretos, mas aceitáveis ou não aceitáveis. O argumento não se apresenta na

²⁰⁷ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 471.

²⁰⁸ Para alguns autores, tal como Kalinowski, a lógica é uma ciência formal por definição.... Ao limitar a lógica aos problemas que interessam aos matemáticos, à análise do raciocínio demonstrativo, cuja correção formal poderia, no limite, ser controlado mecanicamente, elabora-se uma ciência que se confunde com o ramo mais geral das matemáticas. A lógica se torna uma disciplina que deixa de ser filosófica e adquire o respeitável estatuto de uma ciência rigorosa, que estuda a estrutura de sistemas lógicos ou de cálculos não interpretados. (PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 470).

²⁰⁹ ARISTÓTELES. Retórica. São Paulo: Folha de São Paulo 2015. p. 60.

forma de correto ou incorreto, mas na forma de aceitável ou não, relevante ou não, forte ou fraco, sempre consoante as razões que lhes justificam o caso.

É por isso que o estudo dos argumentos não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, concebida a um exemplo de cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação relacionada a uma lógica jurídica²¹⁰.

A lógica jurídica se apresenta como um conjunto das regras de raciocínio que permite ao juiz conciliar, em cada caso específico, o respeito pelo direito com aceitabilidade da solução encontrada. A fonte do direito, tal como é reconhecida em cada sistema, servirá de ponto de partida para o raciocínio dos juristas. Estes, no entanto, se esforçarão por adaptar os textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva.

De diversos modos, ao longo da história, a prática jurídica evidenciou que a lógica formal resta insuficiente à disciplina do direito. Foi preciso visitar os clássicos, a argumentação é a antiga dialética dos antigos negligenciada há séculos: de Sócrates, de Platão e de Aristóteles.

Quando o debate diz respeito a premissas que não são evidentes, nem indiferentes, cumprirá decidir-se a escolher uma ou outra das teses confrontadas. Se essa escolha é refletida é porque se apoia em argumentos que constituem as razões, que fornecem os motivos da decisão ocorrida. Tais argumentos não serão corretos ou incorretos, ou seja, conformes ou não a regra de uma dedução válida, porém de maior ou menor pertinência, de maior ou menor eficácia, para ganhar a adesão do auditório a que se dirigem.²¹¹

Se a solução dos conflitos de valores é questão central no direito, como é possível motivar e justificar em direito, as decisões tomadas? Que espécie de raciocínio o juiz vai utilizar nesses casos, uma vez que o recurso ao raciocínio dedutivo e indutivo é nitidamente insuficiente?

Por influência do crescente prestígio do pensamento científico, das ciências matemática e naturais, o modelo dedutivo e experimental se impusera ao pensamento dos juristas modernos, que haviam perdido de vista as especificidades de sua disciplina.

Uma vez afastado o estrito cumprimento da lei, o juiz deverá fundamentar suas decisões por argumentos, que não serão mais coercivos como numa fórmula

²¹⁰ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 471.

²¹¹ *Ibid.*, p. 536.

matemática, mas terá de apresentar uma força convincente variável. A aplicação de um texto legal de preferência a outro, a interpretação destes textos, a avaliação das consequências que resultaria da aplicação de uma ou outra lei, todos esses elementos serão sopesados. Tal demanda supera a capacidade da lógica formal²¹² em fornecer instrumentos de solução.

Hoje, se reconhece na lei a existência de antinomias, lacunas, conflitos entre regras jurídicas, incompatibilidades entre regras de solução de antinomias, omissão deliberada ou não, além da previsão proposital de inúmeros princípios abertos, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, que evidenciam a necessidade reconhecida de um papel ativo do juiz no ato do julgamento para pesquisa e adequação de uma justiça no caso em concreto.

Ademais, com muita frequência, os textos legais apresentam expressões cuja natureza vaga e imprecisa resta clara, tais como: ordem pública, equidade, estado de embriaguez. Toda vez que deve aplicar semelhante lei a um caso particular, o juiz deve dizer se os fatos são ou não conforme a ordem pública ou à equidade, constituem uma falta, permitem afirmar que o réu estava em estado de embriaguez. Quanto mais vagos e imprecisos os termos da lei, maior o poder de interpretação deixado ao juiz.

Cada vez que uma decisão da justiça deve ser capaz de apreciar a importância dos valores em jogo, que deve poder pesar o pro e o contra, para chegar a uma decisão bem motivada, que leve em conta, de um forma equilibrada, as exigências da equidade e da segurança jurídica, o juiz não poderá limitar-se ao cálculo de um autômato, mas deverá recorrer a todos os recursos da argumentação, tanto em sua deliberação íntima, em sua tomada de decisão, quanto na redação de uma sentença que comprometerá sua responsabilidade pessoal²¹³.

Por outro lado, o conflito dos juízos de valor está no centro de todos os problemas metodológicos criados pela interpretação do direito. É por isso que a lógica jurídica deixa de ser uma lógica puramente formal, é uma lógica de controvérsia.

...o que há de específico em uma lógica jurídica é que ela não é uma lógica de demonstração formal, mas uma lógica da argumentação que utiliza não provas analíticas, que são coercivas, mas provas dialéticas – no sentido

²¹² O desenvolvimento da lógica formal moderna, que se situa numa tradição cientificista, primeiro cartesiana, depois lebniziana, fizeram afastar da lógica todos os meios de prova alheios à prova demonstrativa, ou seja, coerciva. A lógica moderna se limita, assim, ao estudo das provas que ele qualificava de analíticas, omitindo todas aquelas que ele qualificava de dialéticas. Em razão do uso hoje generalizado que identifica a lógica com a lógica formal, há enorme resistência em se admitir a existência de uma lógica jurídica. A lógica jurídica seria então uma “lógica material”, específica, mas para não se opor ao uso atual da lógica (que se resume à lógica formal), muitas vezes a lógica jurídica é designada como “raciocínio jurídico”, “pensamento jurídico”, etc.

²¹³ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 516.

aristotélico dessa distinção – que visam convencer ou ao menos persuadir o auditório, de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica²¹⁴.

A lógica jurídica não se opõe à lógica formal. Já sob a hegemonia do pensamento jurídico moderno, o juiz se via sem instrumentos quando se tratava de escolher a lei aplicável, em especial, quando a escolha desta regra levantava um problema de direito, porque várias regras concorrem entre si ou porque é preciso preencher as lacunas da lei ou, ainda, interpretá-la precisando-lhe os campos de atuação.

É mormente por ocasião das antinomias e das lacunas, de conflitos entre regras jurídicas e incompatibilidades entre regras de solução de antinomias, que se recorre à lógica jurídica. Por vezes a solução que prevalecerá resultará da apreciação das consequências, em termos de justiça ou de bem comum, da escolha de uma ou outra técnica de raciocínio. Assim, poderá acontecer que a decisão não resulte da primazia conferida a esta regra sobre aquela, mas que a apreciação das consequências incite a conceder a preferência a tal regra sobre a outra. p 503.

É evidente que, nestes casos, a lógica formal se mostra insuficiente, ao passo que a lógica da controvérsia nos fornece argumentos de ordem geral ou particular para utilização na controvérsia jurídica.

As decisões da justiça, com seus motivos e seu dispositivo fornecem, por excelência, os textos cuja análise permitirá evidenciar as argumentações próprias da lógica jurídica. Basta um instante de atenção para constatar que não se trata de um raciocínio teórico, em que, a partir de premissas verdadeiras, se chega, por meio de leis lógicas, a uma conclusão igualmente verdadeira, mas de uma decisão que o juiz justifica, pelos motivos indicados, sem desprezar as razões que lhe permitem descartar as objeções que as partes opõem ao seu dispositivo.²¹⁵

A lógica jurídica se apresenta, assim, como um conjunto de regras de raciocínio que permite ao juiz conciliar, em cada caso específico, o respeito pelo direito com aceitabilidade da solução encontrada. A fonte do direito, tal como é reconhecida em cada sistema, apresenta-se como ponto de partida para o raciocínio dos juristas, que se esforçarão por adaptar os textos jurídicos às necessidades e às aspirações de uma sociedade viva.

²¹⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 500.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 500.

4.3.2.2. Lógica jurídica e técnica de raciocínio: retórica:

Segundo Aristóteles, retórica é a arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis.

É, pois, evidente que a retórica não pertence a nenhum gênero em particular e definido, antes se assemelha à dialética. É também evidente que ela é útil e que sua função não é persuadir, mas discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, tal como acontece em todas as outras artes...²¹⁶

Nas palavras de Chaim Perelman, a partir do conceito clássico, retórica tem como objeto “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar o aumento da adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento.”²¹⁷

Para Chaim Perelman, é preciso, ainda, destacar quatro observações que diferenciam a retórica da lógica formal²¹⁸. Em primeiro, a retórica tem como objetivo persuadir por meio do discurso e não pela experiência. O recurso à experiência para obter a adesão do público foge ao objeto da retórica.

Em segundo, em retórica as premissas podem ser evidências construídas a partir de idéias claras e distintas. As palavras podem assumir diversos sentidos surgindo um problema de escolha, cujo orador terá que fornecer razões para obter a adesão do público. Aqui diverge da lógica formal, na qual as premissas são prováveis, portando, mais persuasiva e consistentes.

A terceira observação é de que a adesão a uma tese pode ter intensidade variável por envolver valores e não verdades. Assumir uma tese não significa necessariamente negar a outra, mas preferir aquela sobre esta. Diferente ocorre com a compatibilidade entre os fatos e as verdades: assumir uma tese como verdadeira, implica em aceitar a falsidade da tese oposta.

Por fim, a quarta consideração afirma que a retórica diz mais respeito à adesão do que à verdade. “As verdades são impessoais, e o fato de serem reconhecidos ou não, nada muda em seu estatuto”²¹⁹

²¹⁶ ARISTÓTELES, **Retórica**. São Paulo: Folha de São Paulo. 2015. p. 61

²¹⁷ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 141.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 141.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 143.

Ademais, a noção de auditório torna-se central na retórica. Um discurso, para ser eficaz, deve ser adaptado ao auditório a que se destina.

O orador deve conhecer os valores dominantes no seu auditório, suas tradições, sua história, a metodologia, as teorias que nela são reconhecidas, as consequências econômicas deste ou daquele posicionamento. Aqui percebemos nítida diferença entre o discurso sobre o real e sobre valores. Aquilo que se opõe ao verdadeiro é o falso e não é preciso escolher, mas apenas reconhecer o verdadeiro. Todavia, aquilo que se opõe ao valor é outro valor, não será negado pelo reconhecimento de um valor de maior importância, ele continuará a existir e poderá, inclusive, prevalecer futuramente. Trata-se de uma adesão com maior ou menor intensidade e uma questão de escolha.

Os raciocínios argumentativos têm maior ou menor força e possuem como objeto aumentar ou diminuir a adesão do auditório a um determinado valor ou suscitar a adesão a novas teses.

É preciso admitir a pluralidade de valores e a inexistência de uma hierarquia fixa entre eles. A visão tradicional e racionalista dos valores sempre tentou eliminar o pluralismo de valores e das normas via um sistema de hierarquização que se pretendia objetiva.

Recorrendo à ontologia ou à uma ciência do comportamento, transformamos todas as vezes os problemas concernentes aos valores em problemas relativos à verdade, problemas práticos em problemas teóricos: damos continuidade sob diversas variantes, à atitude do sábio, que espera encontrar com um melhor conhecimento da ordem universal, da natureza humana e dos mandamentos divinos, a solução certa, dos problemas criados pela ação, assim pondo fim aos desacordos e às controvérsias.²²⁰

Ocorre que, quando aplicamos as prenoções às realidades particulares, instaura-se o conflito entre os homens. Já não há o mesmo consenso teórico se determinada conduta, por exemplo, transmite um ato de coragem ou de irresponsabilidade, de patriotismo ou de mera ilegalidade, etc.

Por tais “insuperáveis” discordâncias e pela impossibilidade a se submeterem às regras da ciência, notou-se um ceticismo crescente sobre o papel da razão prática e uma

²²⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 150.

separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor, sendo estes considerados irracionais, subjetivos dependentes das emoções e dos interesses particulares.

O inconveniente de tal ceticismo reside no abandono à violência e à força das questões ligadas aos valores. Com a negação do valor em todo o raciocínio prático, todos os valores práticos, tais como a justiça, a equidade, o bem comum, o razoável, passam a ser simples palavras vazias que cada um preenche de seu sentido próprio conforme seus próprios interesses.

Todavia, se, por um lado, reconheceu-se, ao longo da história, que os juízos de realidade não são independentes dos valores (veja-se que a simples escolha dos aspectos relevantes de um caso para proceder à subsunção será orientado por um juízo de valor do intérprete), por outro lado, é preciso construir uma forma de raciocinar com os valores que afaste a afirmação positivista de que tudo o que concerne aos valores é arbitrário.

...toda estrutura do real é acompanhada da valorização de alguns aspectos, ou seja, juízos de valor concomitantes. Mas, quando uma visão do real se impõe e deixa de ser objeto da controvérsia, passa-se a considerá-la expressão fiel da realidade, sem perceber os juízos de valor subjacentes.²²¹

A partir da retórica²²², a argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira, embora a verdade seja um valor proeminente na maioria dos casos, mas por ser mais equitativa, mais razoável, mais útil, etc.

Ademais, toda argumentação deve partir de teses preliminares que vem do auditório que se quer persuadir. Cada orador, em dada época, tem a noção do que é aceito pelo senso comum: dos fatos, das presunções, das teorias, dos valores e das normas que se supõem admitidos. Cada orador conhece e deve partir do senso comum.

No campo jurídico, as teses preliminares referem-se primeiramente aos fatos, enquanto não contestados. Em seguida, sobre as presunções, enquanto não derrubadas. Depois, sobre valores, sua hierarquia e lugares-comuns, reconhecidos por determinada sociedade. Finalmente, sobre a existência e sobre a interpretação das regras de direito, servindo-se dos textos legais e da jurisprudência.²²³

²²¹ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 180.

²²² Segundo Chaim Perelman a Nova Retórica é termo designado para o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas. (PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 154).

²²³ *Ibid.*, p. 239.

O senso comum, designado por Aristóteles como “lugar comum”, é uma noção característica de todas as teorias da argumentação, “é, antes de tudo, um ponto de vista, um valor que é preciso levar em conta em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará numa regra, numa máxima que o orador utilizará em seu esforço de persuasão.”²²⁴

Os lugares comuns desempenham na argumentação um papel análogo ao dos axiomas em um sistema formal. Podem servir de ponto inicial justamente porque o supomos comuns a todos os espíritos. Mas se diferem dos axiomas porque a adesão que se lhes concede não é fundamentada na evidência deles, mas, ao contrário, na ambiguidade deles, na possibilidade de interpretá-los e de aplica-los de modo diverso.²²⁵

O senso comum está para o pensamento não especializado, assim como os lugares específicos estão para uma disciplina particular.

Em direito, podemos definir como lugares específicos os princípios gerais de direito, ou seja, afirmações de ordem muito gerais, aceitas pelo auditório especializado.

Mas não é porque se concorde sobre as teses gerais, que se estará de acordo com os casos de aplicação, assim como ocorre com o acordo entre valores e o desacordo no caso de suas aplicações.

Os fatos, valores, lugares comuns, servirão de ponto inicial, mas já constituem uma escolha efetuada em meio a uma massa de dados disponíveis.

Também a noção de presença e a escolha do repertório na língua exercerão papéis fundamentais na teoria da argumentação. A primeira, porque a arte de apresentação tem inegável função persuasiva. A segunda, porque toda exposição de fatos pode situá-lo em diversos níveis. A maneira de escolher as palavras, juntar preposições permite orientar o pensamento e coordenar o raciocínio, hierarquizando os acontecimentos.

Também as técnicas de apresentação são fundamentais na atividade de distinção ou apontar semelhança entre dois casos, “...podem acentuar a singularidade dos acontecimentos, naquilo que tem de particular ou mesmo único ou, pelo contrário, no que

²²⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 159.

²²⁵ *Ibid.*, p. 159.

tem de exemplar e que reclama uma generalização, uma subsunção na categoria de acontecimentos semelhantes.”²²⁶

A grande diferença do pensamento jurídico para o pensamento filosófico é que aquele demanda um final: uma solução concreta, não pode se contentar apenas com fórmulas gerais e abstratas, o direito é obrigado a considerar nas soluções as dificuldades de se aplicar as fórmulas gerais aos casos concretos, em tempo razoável.

É exatamente na busca de soluções concretas que o aplicador do direito precisará, por vezes, rever princípios que preliminarmente estivesse aplicando, opor o espírito à letra da lei, avaliar o ponto de vista pragmático da decisão que leva em conta as consequências na sociedade.

Isso porque, a argumentação se insere num contexto psicossocial, não pode ser separado integralmente das forças subjacentes: militares, econômicas, ideológicas, institucionais. “Falar de argumentação pura, ou de uma teoria pura do direito, é desprezar elementos, sem os quais, o raciocínio prático funcionaria no vazio...”²²⁷

Assim, não basta partir de princípios gerais, é preciso escolhê-los de modo aceitável ao auditório, formulá-los e apresentá-los de modo adequado, propiciando uma aplicação pertinente.

A argumentação nunca é impositiva, como a demonstração, será muito mais frequente um acordo sobre o ponto de partida da argumentação, do que sobre a conclusão. As técnicas de argumentação fornecem um arsenal de razões, mais ou menos pertinentes, mas que podem, partindo de um mesmo ponto, orientar a conclusões diferentes, inclusive opostas.

Ademais, a eficácia da argumentação, ou seja: o fato de exercer maior ou menor influência sobre o auditório, depende dos argumentos como apresentados em conjunto: a totalidade do discurso.

Por outro lado, também importa na maneira de como o discurso é recebido o que Aristóteles denomina de *ethos* do autor: a idéia da qual o público faz sobre o orador,

²²⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 163.

²²⁷ *Ibid.* p. 168.

pois o discurso, como ato do orador, pelo qual é responsável, não deixa de influir sobre a opinião da qual se faz sobre o autor.

É preciso organizar o discurso de modo a que ele atinja com a melhor eficácia a sua finalidade. Certo é que diante de auditórios especializados existe uma ordem esperada, convencional, da qual é perigoso se afastar sem uma forte razão.

Chaim Perelman destaca, dentre as técnicas de argumentação mais pertinentes: as técnicas de ligação e as técnicas de dissociação de noções. As técnicas de ligação se subdividem em: argumentos quase lógicos (lembra a estrutura do raciocínio formal, lembrando o princípio da identidade), argumentos fundamentados na estrutura do real (se utilizam das relações de sucessão ou coexistência: argumento pragmático, como é o caso da relação entre uma pessoa e seus atos) e argumentos que fundamentam a estrutura do real (raciocínio por analogia, por observação de regularidades).

A analogia, muito utilizada em argumentação jurídica, estabelece uma proporção no sentido de que A está para B, assim como C está para D, objetiva esclarecer, a partir de uma relação conhecida, outra relação desconhecida. Veja que a escolha entre uma ou outra analogia, em direito, deverá ser explicada por toda espécie de considerações, não constitui uma hipótese de trabalho sujeita ao controle da experiência.

4.3.3. Limites para a equidade:

Após a Revolução Francesa, com a proclamação e adoção do princípio da separação dos poderes por grande parte das nações, com a publicação de leis elaboradas pelo poder soberano e a obrigação do juiz de motivar as suas sentenças referindo-se à legislação vigente, foi alçado a primeiro plano, no pensamento jurídico, o valor segurança jurídica, traduzido na conformidade das decisões com as prescrições legais.

O juiz não deveria ignorar as leis aplicando critérios de justiça próprios, seu senso de equidade deveria inclinar-se diante da vontade geral e soberana dada pela legislação. “Essa submissão completa do juiz à letra, e eventualmente ao espírito da lei,

orientou o esforço de sistematização do direito, empreendido pelos teóricos da escola da exegese²²⁸. A decisão justa, no sentido positivo do termo, era a decisão conforme a lei.

O processo de Nuremberg denunciou ao mundo uma evidencia já sentida por pensadores e antes adeptos do positivismo: “o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos”²²⁹. Crescia a corrente de teóricos que abrem espaço para a interpretação da lei e para a aplicação criativa na busca de uma solução não só conforme a lei, mas que, ao mesmo tempo, se mostrasse equitativa, razoável e aceitável, que pudesse ser, paralelamente, justa e conforme o direito em vigor.

Assim, a solução pretendida deveria inserir-se no sistema e mostrar-se social e moralmente aceitável para as partes, para os especialistas e para a sociedade.

Essa solução confia ao juiz a tarefa de buscar, para cada caso em particular, uma decisão razoável, equitativa e dentro do sistema de direito adotado. Evidentemente, para o desempenho dessa tarefa, é-lhe permitido dotar o direito de certa flexibilidade graças à intervenção cada vez mais crescente de regras de direito não escritas (representadas pelos princípios gerais de direito) e pelo fato de levar em consideração os tópicos jurídicos.

Essa nova concepção de direito altera as relações existentes entre poder legislativo e judiciário, acresce poder à magistratura, concede-lhe a tarefa de completar a obra do legislador, aproximando a concepção continental de direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law*.

O poder de o juiz complementar a lei, permitirá que adapte os textos aos casos específicos, sem tal poder, não teria como solucionar os conflitos com equidade sem recorrer a ficções jurídicas. “A natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder normativo e criativo no domínio do direito.”²³⁰

De fato, ainda sob a égide do positivismo típico da escola da exegese, era possível observar que o costume e a jurisprudência exerciam influência sobre o direito, porém, mas a teoria dominante não conseguia explicar tal fenômeno.

²²⁸ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 184.

²²⁹ *Ibid.*, p. 184.

²³⁰ *Ibid.*, p. 203.

Na concepção atual do direito, menos formalista, porque preocupado com a maneira pela qual o direito é aceito pelo meio regido por ele e que, por isso mesmo, se interessa pelo modo pelo qual a legislação funciona na sociedade, é impossível identificar pura e simplesmente o direito positivo com o conjunto de leis e regulamentos, votados e promulgados em conformidade com critérios que lhe garantam a validade formal.²³¹

O raciocínio judiciário, tal como concedido atualmente, não permite estabelecer uma distinção nítida entre direito natural e direito positivo, assim como era possível no século XIX. É que o direito positivo já não coincide estritamente com os textos de lei, mas é o direito que funciona em dada sociedade. Sofre, por um lado, as influências dos princípios gerais de direito e regras não escritas que aumentam ou limitam o espectro de incidência da lei, por outro lado, certos textos deixam de ser aplicados porque incompatíveis com a finalidade daquela sociedade em determinado tempo.

A paz judicial não se alcança com a mera subsunção do fato à norma, mas só se restabelece quando a solução é acompanhada de argumentação jurídica sólida. A busca de tal argumentação deriva do esforço conjugado da doutrina e da jurisprudência e é o que favorece a evolução do direito.

Como se trata de buscar uma solução de justiça aceitável, fato que pressupõe a adesão de seu auditório, o recurso às técnicas da argumentação será inevitável.

O raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia, na qual argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso de valores, que possam ser aceitos em um meio e um momento dados.²³²

O raciocínio jurídico manifesta-se por excelência no processo judiciário. É na motivação que se pode observar o raciocínio jurídico. Desde a Revolução Francesa o juiz tem o dever de motivar as suas decisões. A sentença motivada substitui o raciocínio puramente silogístico por uma tentativa de persuasão.

Não é suficiente para motivar apresentar o silogismo judiciário que abrange: a regra aplicada, a constatação dos fatos e a respectiva conclusão. Isso seria possível se nem a escolha da regra, nem a escolha das características relevantes dos fatos fossem contestadas.

²³¹ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 186/187.

²³² *Ibid.*, p. 182.

Se esse fosse o caso, não haveria sequer litígio, as partes concordariam com a conclusão lógica dos fatos. Qualquer considerando apresentado pelo julgador como uma evidência, ignora as razões apresentadas pelo menos por uma das partes, transporta o jurista a um mundo ideal, não real. O conflito surge exatamente da contestação de um ou todos esses fatores e somente a motivação poderá demonstrar porque se escolheu um ou outro aspecto do fato ou o texto de lei, argumentando e valorando sua decisão, com vistas a uma aceitação das partes, da sociedade e das instâncias judiciais superiores.

Assim, na medida em que o raciocínio jurídico deixa de ser puramente formalista, visando a adesão das partes e do público, não basta indicar que a decisão está sob a proteção da autoridade de determinado dispositivo legal, mas é preciso demonstrar que a decisão é equitativa, razoável e socialmente útil, ou seja: preciso a adesão do auditório, através das técnicas de retórica.

É exatamente no auditório que se encontra o limite da atuação equitativa do juiz e se evita a arbitrariedade no momento em que se afasta da lei. O juiz, ao prolatar uma decisão, não argumenta a partir de sua opinião pessoal. A qualificação dos fatos e as consequências jurídicas correspondentes devem coincidir com uma opinião comum revelada pela jurisprudência e doutrina, deve ser controlada via órgãos colegiados e instância recursal.

A motivação da decisão revelará que a decisão parte de princípios gerais de direito aceitos pela sociedade e que está de acordo com o direito em vigor, tal como entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados.

Nunca será demais ressaltar a importância atribuída a todos esses debates à tradição reconhecida, tal como se manifesta pelos processos, instituição e jurisprudência. Neste sentido, a aplicação das noções a que as partes recorreram para descrever essa solução como conforme à letra e ao espírito da lei, como justa, equitativa e razoável, não pode expressar uma opinião puramente subjetiva. Ela manifestará um aspecto intersubjetivo justificado por sua conformidade com o funcionamento do aparelho judiciário.²³³

Porém, ainda assim, a busca de uma solução equitativa pode levar a soluções diametralmente opostas com o passar dos anos. É o que ocorreu com a jurisprudência relacionada à responsabilidade civil analisada por Chaim Perelman entre 1928 e 1968²³⁴.

²³³ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 221.

²³⁴ *Ibid.*, p. 235.

O autor apontou os artigos 1382 à 1836 do Código Civil Belga tratavam sobre a responsabilidade civil. Dispunham sobre a obrigação de reparar o dano daquele que causa prejuízo a outrem, por seus atos próprios, por sua negligência ou imprudência e definia a responsabilidade por ato de terceiro (guarda de coisas ou animais). Conforme os dispositivos legais, cabia à vítima provar a negligência ou imprudência na origem do dano, presumindo-se a culpa do proprietário da coisa ou animal nos casos de responsabilidade por ato de terceiro. Resultava, então, que a responsabilidade civil derivada de culpa, dependia da prova da vítima, caso contrário, esta arcaria com as consequências.

A solução legal pareceu iníqua à jurisprudência quando se tratava de acidente de trabalho, criando-se a teoria do risco da profissão. Quanto aos acidentes de trânsito, afastou-se o rigor da letra da lei para absolver da responsabilidade os proprietários em casos de acidentes envolvendo veículos roubados, bem assim o proprietário que sem culpa causasse danos ao “carona” em caso de transporte desinteressado.

Analizou-se por fim se as modificações na jurisprudência foram arbitrárias ou equitativas e razoáveis. Concluiu que as alterações na jurisprudência derivaram de inúmeros fatores novos na vida em sociedade, tais como: a instituição e popularização do seguro obrigatório, capaz de conduzir o sentimento de justiça para outra vertente após analisados todos os elementos em jogo. Portanto, a lei passou a se demonstrar muito rigorosa em determinados casos em que o senso de equidade coletivo demandou uma alteração de posicionamento, uma flexibilização.

Assim, o papel do direito não é conhecer uma verdade e então aplicá-la de modo impessoal, mas regular e organizar o funcionamento de sociedades humanas determinadas em seu tempo e espaço, realizando nelas uma ordem tão equitativa quanto possível. Para tanto, precisa analisar os problemas concretos apresentados por essas sociedades respondendo com soluções viáveis e adequadas, que não existem *a priori*, mas que é preciso construir e reconstruir conforme a superveniência de mudanças e as respostas das consequências de soluções anteriores, devendo coordenar essas mudanças entre si para que formem um grupo coerente quanto possível, condenado a uma incessante atualização.

Todavia, tal afirmativa não implica em arbitrariedade. Para se afastar da lei, o juiz precisa motivar, argumentar de forma muito convincente de modo a persuadir a maior

parte da comunidade jurídica e social, demonstrando que a sua solução é mais equitativa e realiza de melhor modo a finalidade e os valores da determinada sociedade.

O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável.²³⁵

Para Chaim Perelman o equilíbrio encontra-se também em uma tensão na própria estrutura do sistema jurídico. Os juízes de primeiro grau, mais próximos à situação fática e às partes, tendem a decidir de forma mais equitativa, pois mais sensíveis às consequências da decisão, enquanto que os tribunais, responsáveis pela elaboração, manutenção e coerência da jurisprudência, tendem a salvaguardar a conformidade com o direito.

O papel da lógica formal consiste em averiguar a solidariedade entre as premissas e a conclusão. Já a função da lógica jurídica é a de demonstrar a aceitabilidade tanto das premissas, quanto da conclusão para a comunidade jurídica, partes e a sociedade.

²³⁵ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 238.

5. CONCLUSÃO

O pensamento jurídico moderno insistiu no fato de que a função própria e precípua do direito não é a realização da justiça, nem a busca do bem comum, mas a segurança jurídica, garantida por uma ordem conhecida e aceita por todos mediante o pacto e contrato social. A partir desta premissa, construiu um sistema jurídico que responderia de antemão a todas as dificuldades, dissiparia as ambiguidades da lei, resolveria antinomias e lacunas, tudo sem contrariar a lógica do sistema.

Um sistema formalizado que busca atingir a completude e eliminar toda a ambiguidade e contradição, constitui um sistema artificial e isolado do resto do universo, que descreverá de modo exaustivo todos os elementos e preverá todas as possíveis combinações, de modo que cada signo e seu correspondente sejam unívocos. A partir de tal construção, podemos nos servir de uma lógica de indução e dedução para resolver todos os problemas. A condição indispensável à manutenção deste sistema é a manutenção da coerência: não se admite a afirmação de uma proposição e sua respectiva negação dentro do mesmo sistema.

Essa concepção conduz a uma visão legalista do direito: para cada ser, um dever ser; e expressa unicamente a vontade do legislativo e a passividade do judiciário.

O pensamento jurídico moderno quis que o papel do juiz se tornasse puramente passivo, se limitasse à aplicação da lei, expressão da vontade do poder soberano consentido pelos jurisdicionados, instrumento que executa de forma impessoal e uniforme a vontade do legislador.

A doutrina deveria limitar-se a transformar o conjunto das leis em um sistema harmônico e coeso, sempre a partir de respostas produzidas com base nos textos da própria norma.

No entanto, a própria realidade denunciava que a vida em sociedade não poderia ser subsumida em um sistema lógico formal, ou seja: que um sistema puramente formal não conseguiria responder à riqueza da sociedade em movimento. As três exigências para a sobrevivência de um sistema formal não se mostraram passíveis de solução: ausência de ambiguidade, coerência e completude.

A experiência revela que um sistema isento de ambiguidade apenas é possível a partir de uma linguagem matemática artificial, ou seja: sacrificando a realidade social. A coerência leva ao abandono constante de um sistema e a busca de outro adequado, exigindo sucessivamente tal movimento de substituição de um sistema por outro. A completude, por sua vez, raramente consegue ser solucionada, em especial, após a introdução do art. 4º no Código Napoleônico em 1790, que dispunha que o juiz não poderia eximir-se de julgamento sob pretexto de obscuridade, silêncio ou insuficiência de lei.

Essa problemática no sistema ficava especialmente patente no caso de lacunas e antinomias. Não era possível encontrar respostas satisfatórias a tais ruídos sem deturpar o próprio sistema formal. Em outras palavras, não se conseguia visualizar uma maneira de o juiz responder a todas as lides no caso de ausência de previsão de solução em lei ou mesmo no caso de existência de mais de uma lei aplicável, sem exercer um papel criativo, no primeiro caso, ou sem recorrer à escolha deliberada entre uma das normas, no segundo caso. Ambas as soluções fogem à lógica formal e desfiguram o sistema.

Ao se instituir a obrigação de julgar, iniciou-se o longo processo de ruína da teoria do direito inaugurada no Século XVIII, transformando-se completamente o sistema de direito, porque o juiz agora é obrigado a julgar e motivar sua decisão, sendo, portanto, necessário fornecer-lhe instrumentos intelectuais que transcendem a lógica formal, para o cumprimento de tal tarefa.

Em decorrência do cumprimento do dever de julgar e motivar e no dever de concretização da regra fundamental de justiça formal, cujo corolário é de que pessoas em situações similares devem ser tratadas de maneira similar, a jurisprudência passa a ganhar maior relevo. Cumpre agora que se saiba como os juízes estão julgando, bem assim contribuir para a manutenção da coerência entre os julgamentos. Inicia-se o processo de reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito (o direito já não pode ser identificado estritamente com a lei), reconhece-se papel ativo do juiz na elaboração do direito (o direito já não é obra exclusiva do poder soberano), inicia o processo de respeito aos precedentes judiciais (aproximando-se ao sistema da *common law*), bem assim, se introduzem técnicas de interpretação causuísticas, a partir de casos já julgados (a interpretação não se restringe mais à investigação da letra da lei) e técnicas de

motivação que não buscam a justificativa apenas na letra da lei, mas em julgados, em casos similares. É preciso servir-se de técnicas de argumentação e persuasão para justificar a decisão (a motivação não se restringe mais a mera subsunção, mas envolve técnicas de argumentação).

Segundo a concepção positivista funcional do direito, corrente que ganha força logo após a fase de declínio da escola da exegese ao final do século XVIII, o direito passa a ter como função atingir os fins do legislador, estes devem ser investigados para o preenchimento das lacunas e antinomias.

A partir dessa concepção, a doutrina se voltará à investigação da vontade do legislador e não mais se restringe a determinar os exatos termos da letra da lei.

No entanto, tal técnica inunda o direito de grande carga de subjetividade, incompatível com um sistema formal. A concepção funcional atesta a impossibilidade de reduzir o direito a um sistema puramente formal, pois a solução encontrada, de atribuir ao direito uma finalidade almejada pelo legislador, conduz ao intérprete a se servir de técnicas de argumentação que não pertencem à lógica formal.

A tendência de acentuar o papel dos juízes na elaboração do direito foi intensificada em decorrência da repercussão mundial do tribunal de Nuremberg que evidenciou a impossibilidade de um sistema de direito que eliminasse qualquer referência à idéia de justiça e de valores, bem como a impossibilidade de restringir e identificar o direito à lei, em razão do reconhecimento de princípios gerais que, ainda que não delineados em lei escrita, impõe-se a todos, pois o direito não é só expressão unívoca do legislador, mas dos valores que este tem como missão promover, tais como a justiça.

Evidenciada a ruptura das bases fundamentais do pensamento jurídico moderno que culminou no positivismo legalista, disseminaram-se inúmeras doutrinas que, embora guardem suas diferenças, compartilham entre si a assimilação da ideia de justiça, de valores, de novas técnicas de interpretação que não reduzem o papel do juiz a mero aplicador da norma.

Com o reconhecimento da atividade jurisdicional com poderes ativos de introduzir no sistema jurídico concepções de justiça, reconhece-se a equidade na sua acepção clássica: justiça no caso em concreto. Ao se reconhecer uma finalidade de bem comum, de justiça, altera-se, por vias oblíquas, o raciocínio jurídico, passa-se a pensar a

partir do caso em concreto e não mais a partir da norma escrita: é a passagem definitiva do *logos* teórico ao *logos* prático no pensamento jurídico.

Segundo Alexandre Libório Dias Pereira, a grande transformação do pensamento a partir da equidade resultou de sua silenciosa influência sobre os métodos de elaboração e interpretação do direito, com o sucessivo abandono de uma esquemática lógico-formal resultante da inclusão deliberada de valores jurídicos no processo de interpretação e aplicação das normas.

Em termos metodológicos a equidade demanda um pensar que gravita em torno do caso concreto. O juiz, no campo da lógica da argumentação, procede pela comparação do caso em análise com uma série de casos já julgados e decididos por outros juízes. Por isso, é possível afirmar que usualmente o caminho percorrido a partir do caso e com vistas à decisão se faz pela comparação, pela analogia, caso a caso, de particular a particular, a não ser que seja verificada uma razão mais forte e excepcional capaz de modificar a jurisprudência.

O resultado desse esforço não será uma teoria da demonstração formal, da qual só se teria de seguir as regras operatórias para chegar a uma conclusão corretamente deduzida, mas uma teoria da argumentação e da controvérsia em que a força e a relevância dos motivos serão apreciados pelo juiz, formado por uma determinada tradição, e para cuja elaboração ele contribui em suas sentenças e a motivação delas.²³⁶

No Brasil, em 12 de maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça, visando a unificar todas as provas de seleção de magistrados em território nacional, editou a Resolução nº 75 que, entre outras medidas, introduziu, como obrigatória na fase discursiva dos exames, matéria designada “Humanística”, na qual se exige dos futuros juízes noções claras de justiça, equidade, moral, ética e novas formas de interpretação como a lógica do razoável, sinalizando, claramente a superação da doutrina normativista pura e a necessidade efetiva de incorporar nos julgamentos de todo o país a noção de justiça e de equidade.

Até o momento, a equidade era prevista no Código Civil Brasileiro em determinados grupos de casos, em situações previstas pelo legislador e encerradas em rol taxativo, num sistema compatível com o positivismo jurídico, pois o julgador estava subordinado aos critérios fixados em lei. Neste modelo, a equidade se considerava como

²³⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 505.

“fonte mediata de direito, mas não se quer com isso atribuir a força vinculativa à decisão equitativa correta.”²³⁷

Com a introdução da Resolução 75 do Conselho Nacional de Justiça, a equidade ingressa no sistema jurídico pátrio para além dos casos previstos no Código Civil Brasileiro, como instrumento de realização da justiça no caso em concreto pelo próprio juiz, passando a constituir um problema de metodologia jurídica.

Já o Código de Processo Civil Brasileiro promulgado na Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015, representou um importante passo no reconhecimento da aceção clássica da equidade e da nova metodologia jurídica, destacando-se, ao menos, três alterações cruciais.

Em primeiro, ao reconhecer a força normativa dos precedentes judiciais criando um sistema de precedentes, indica-se a jurisprudência como fonte do direito, o papel ativo do juiz no processo de elaboração do direito e se reconhece, consequentemente, a alteração da relação entre legislativo e judiciário, não sendo o direito mais obra exclusiva do poder soberano. Ademais, reconhece-se, por vias oblíquas, a mudança na metodologia jurídica no sentido de se admitir que o raciocínio jurídico não parte mais do texto da norma, mas do caso em concreto.

Em segundo, ao alterar o conceito de motivação das decisões no artigo 489 do Código de Processo Civil²³⁸, exigindo dos juízes uma argumentação detalhada das razões da decisão, sendo insuficiente a mera indicação do dispositivo de lei invocado, sinaliza-se a

²³⁷ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5 mai 2016.

²³⁸ Código de Processo Civil. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà o nome das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submetem. §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento; §2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão; §3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

alteração da metodologia jurídica no sentido de reconhecer a necessidade de se auxiliar da lógica dos argumentos para convencimento das partes, sociedade e comunidade jurídica, evidenciando a insuficiência do método de subsunção como único e suficiente instrumento de concretização da segurança jurídica.

Aliás, a exigência de motivação segundo a lógica dos argumentos, sinaliza que a segurança jurídica não reside mais estritamente na manutenção da coerência do sistema jurídico formal decorrente da subsunção do fato à norma, mas na aceitação do auditório (partes, tribunal recursal e sociedade) quanto aos valores materializados na solução da lide concreta, levando em conta as consequências daquela decisão.

Em terceiro, ao admitir a importância dos princípios fundamentais de processo civil logo no início do diploma processual, nos artigos 1º à 11º do Código de Processo Civil, indicando-os claramente como premissas a serem integradas e aplicadas pelo juiz no processo de interpretação e solução com vistas aos valores vigentes na sociedade e admitidos na jurisprudência, indica-se a alteração do conceito de direito, não identificado mais com a mera letra da lei, mas como instrumento que tende à realização dos valores vigentes na sociedade com fins à paz social, dos quais se destaca a justiça.

Nesta nova perspectiva, o papel do juiz, no processo de interpretação e decisão, que envolve necessariamente valores, volta-se a produção da justiça a partir do caso em concreto: a equidade é admitida finalmente como finalidade do direito, como justiça no caso em concreto. Por vias indiretas, altera-se radicalmente a metodologia jurídica. É preciso fornecer ao juiz instrumentos para tratar com valores, é preciso construir uma lógica jurídica: revisitar a lógica dos argumentos do período clássico.

Para Fredie Didier Junior, as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo interferem decisivamente no Direito processual civil e na Teoria Geral do Processo.

A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX... O direito processual não ficou imune a toda essa transformação.

A compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia. (...)²³⁹

²³⁹ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Jus Podivm. 2015.

O direito ganha em efetividade, introduz valores e consegue incorporar e responder melhor aos anseios sociais. No Brasil, há quem denomine essa fase de “pós positivismo”²⁴⁰, “neoconstitucionalismo”²⁴¹, “neopositivismo” ou “formalismo valorativo”²⁴².

Deste modo, o processo de introdução da equidade no sistema jurídico, valor este que se projeta em sede metodológica, num cenário positivista baseado num modelo filosófico que antes de tudo a anulava, foi longo e precedeu de inúmeras transformações que foram ruindo aos poucos as bases do positivismo característico do século XVIII até a primeira metade do século XX.

Assim, a grande transformação no pensamento da equidade não se consumou através de um combate aberto, mas pela silenciosa transformação nos métodos de interpretação e elaboração do direito. Com o abandono de uma esquemática jurídica estritamente lógico formal, com a inclusão de valores na interpretação e processo de decisão se introduz a lógica da argumentação. Assim, através de uma interpretação aperfeiçoada e na melhora na integração de lacunas através da casuística, assim como em razão da formação de um direito jurisprudencial, alcançou-se uma situação em que a solução com base na norma e a solução de equidade coincidem.

Trata-se, nas palavras de Orlando de Carvalho²⁴³, da recuperação do *logos* prático aristotélico, do seu pensar a partir da consideração do caso, do renascimento da prudência, a abertura do processo à singularidade das espécies, o retorno de uma retórica argumentativa e de um processo dialético para a busca da justiça, da norma do caso, ou seja: a recuperação da equidade.

²⁴⁰ Segundo Eduardo Cambi, a designação “pós-positivismo” não quer dizer muita coisa, a não ser que se refere a uma fase posterior ao positivismo característico da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX, talvez fosse mais apropriado referir-se a um “positivismo jurídico reconstruído” ou mesmo “neopositivismo” (CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT. 2010, p. 78.

²⁴¹ Termo utilizado por Susanna Pozzolo (POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional**. 1998. p. 339. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21vo.II_25.pdf. Acesso em: 25nov2016.

²⁴² Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira o nome formalismo-valorativo se justifica por destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Revista de Processo. São Paulo: RT. 2006. n.137).

²⁴³ PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016.

Em termos metodológicos a equidade demanda um pensar que gravita em torno do caso concreto. O juiz, no campo da lógica da argumentação, procede pela comparação do caso em análise com uma série de casos já julgados e decididos por outros juízes. Por isso, é possível afirmar que usualmente o caminho percorrido a partir do caso e com vistas à decisão se faz pela comparação, pela analogia, caso a caso, de particular a particular, a não ser que seja verificada uma razão mais forte e excepcional capaz de modificar a jurisprudência.

É possível afirmar que o que confere à equidade garantia de que ela se incorpora no pensamento jurídico atual sem representar subjetividade e insegurança é exatamente o tipo de racionalidade que lhe é exigida neste novo modelo para que seja aplicada, ou seja: a resposta à problemática reside tanto no processo dialético adotado durante todo o processo assumindo um vai e vem de argumentos e diálogos entre as partes e o juiz na busca de estabelecer os aspectos fáticos e jurídicos que deverão prevalecer de modo justificado na solução; quanto na retórica como instrumento de decisão do juiz obrigado a fundamentar a solução de modo a abordar os valores socialmente admitidos pela sociedade e pelos tribunais recursais com vistas a uma aceitação do seu auditório (partes, instâncias recursais e sociedade), assim como na adoção da analogia como matriz do discurso jurídico no modo de produção da justiça no caso em concreto, que se inicia na investigação do caso singular, procede na investigação de caso a caso e chega a uma solução norteada na lei e nos precedentes, mas que depende da aceitação final do seu auditório.

Em última instância, na perspectiva contemporânea, o novo limite para aplicação do direito é essencialmente material e reside na razoabilidade ou irrazoabilidade das respectivas consequências sociais da decisão, pois todo direito é concebido com vistas a certa finalidade. “Nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o desarrazoado não é direito.”²⁴⁴

²⁴⁴ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 437.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol I.

AMORIN, Ana Paula Dezem. **A Justiça em Aristóteles: Estudo sobre o caráter particular da justiça aristotélica**. Disponível em: [http://:www.direitofranca.br](http://www.direitofranca.br). Disponível em: 13nov2015.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala Educacional. 2006.

_____ **Ética à Nicômaco**. Tradução: Edson Bini. 4ª ed. São Paulo: Edipro. 2014.

_____ **Retórica**. Tradução: Manuel Alexandre Junior, Paulo Farmhouse Alberto e Alberto do Nascimento Pena. São Paulo: Folha de São Paulo, 2015.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CARMIGNANI, Maria Cristina. **A Equitas e a aplicação do Direito em Roma**. Revista da Faculdade de Direito do Estado de São Paulo. v. 104. jan/dez2009

DI CICCIO, Cláudio. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2014.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Processo Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Jus Podivum. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2016.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Tradução: Rosina D'Angina. 3ª Edição. São Paulo: Ícone. 2013.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual a racionalidade?** Tradução: Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Edições Loyola. 1991.

MONTESQUIEU, **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Da Equidade**. Revista da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/28733>. Acesso em: 5mai2016

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

_____ **Lógica Jurídica**. Tradução Virgínia K Pupi. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

_____ **Tratado da Argumentação: A Nova Retórica**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

PLATÃO. **O Político**. São Paulo: Abril Cultural. 1991.

REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1979

ROSS, Alf. **Aristóteles**. Lisboa: Dom Quixote. 1987

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2012.

SANTO AGOSTINHO. **Sobre a potencialidade da alma**. Tradução: Aloysio Jansen de Faria. Rio de Janeiro: Vozes. 1997.

SICHES, Luis Recaséns. **Direcciones contemporaneas del pensamiento jurídico: La Filosofia del Derecho em el siglo XX**. Colonia del Carmen: Ediciones Coyoacán. 2007.

TOMAS DE AQUINO. **Comentário a La Ética a Nicômaco por San Tomas de Aquino**. Disponível em: http://www.oocities.org/aquinante/Temas_Principales/Etica/TP-COMET-TEX1-HTML.htm. Acesso em 13nov2015

VIEIRA, Daniela Arantes. **Alasdair MacIntyre e a crítica à modernidade: Uma contribuição para o debate liberais versus comunitários**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2002.

VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes: 2014.