

A JUSTIÇA MORAL E A LEI POSITIVA

THE MORAL JUSTICE AND THE POSITIVE LAW

JUSTICIA MORAL Y DERECHO POSITIVO

SUMÁRIO:

1 Considerações iniciais; 2 Nomos (Lei) – A construção de seu significado; 3 O dizer e o fazer – Sócrates e a Lei; 4 A Lei ideal em Platão; 5 Equidade, legalidade e igualdade em Aristóteles; Considerações finais; Bibliografia.

RESUMO:

O objetivo deste artigo é propor uma abordagem sobre a relação entre norma moral e a lei escrita a partir da Grécia Clássica: os Sofistas, Sócrates, Platão e Aristóteles. O conflito da época instiga o direito, a filosofia, a teologia, a economia e, entre outras, a atuação política. Quando uma decisão é justa? Essa questão demanda da reflexão humana a construção de respostas a fim de efetivar as condições de justiça desde as relações primárias até o complexo ordenamento social que precisa ser equitativo, seguro, legítimo e estável, seja em sua referência moral, seja legal. A efetivação da justiça, desde a antiguidade, é a meta que desafia os homens. Fundamentar a justiça considerando a riqueza da tradição demonstra a capacidade humana de atualizar o seu sentido original, aliado ao compromisso de contribuir para a solução das graves injustiças que ainda persistem.

ABSTRACT:

The objective of this paper is to propound an approach on the relationship between the moral norm

Como citar esse artigo:
RODRIGUES,
Ricardo. et al. Sobre
a justiça moral e a lei
positiva. Argumenta
Journal Law,
Jacarezinho - PR,
Brasil, n. 22, p. 231-250
Data de submissão:
05/03/2015
Data de aprovação:
26/07/2015

1. Instituto Federal
Ferroupilha
2. Faculdade
Meridional – IMED
de Passo Fundo
3. Faculdade
Meridional – IMED
de Passo Fundo

and the law written from Classical Greece: the Sophists, Socrates, Plato and Aristotle. The conflict of that time instigates the Law, Philosophy, Theology, Economy and, among others, the political action. When is a decision fair? This question demands, from human reflection, the construction of answers in order to accomplish the conditions of justice from the primary relationships to the complex social system, that needs to be fair and reasonable, secure, legitimate and stable, whether in its moral or legal reference. The realization of justice, since ancient times, is the goal that challenges the human beings. Supporting the justice, considering the richness of tradition, demonstrates the human capacity to upgrade their original sense, together with the commitment of contributing to the solution of the grave injustices that still persist.

RESUMEN:

El objetivo de este trabajo es proponer una aproximación a la relación entre la norma moral y la ley escrita de la Grecia clásica: los sofistas, Sócrates, Platón y Aristóteles. El conflicto de la época instiga el derecho, la filosofía, la teología, la economía y, entre otras, la actuación política. ¿Cuándo una decisión es justa? Esta pregunta viene de la reflexión humana que está orientada a la construcción de respuestas con el fin de efectuar las condiciones de justicia desde las relaciones primarias hasta el orden social complejo que debe ser equitativo, seguro, legítimo y estable, sea en su referencia moral, sea legal. La realización de la justicia, desde la antigüedad, es la meta que desafía a los hombres. Fundamentar la justicia teniendo en cuenta la riqueza de la tradición, demuestra la capacidad humana para actualizar su significado original, junto con el compromiso de contribuir a la solución de las graves injusticias que aún persisten.

PALAVRAS-CHAVE:

Lei Moral. Justiça. *Nómos*.

KEYWORDS:

Moral Law, Justice, Nomos.

PALABRAS-CLAVE:

Ley Moral. Justicia. *Nómos*.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A percepção quanto à necessidade, à importância, bem como a própria noção de lei, está presente no cotidiano da convivência humana e nas relações sociais. Seja pela nossa consciência da sua importância, sabendo do seu poder coercitivo que nos torna, *a priori*, iguais em muitos aspectos, seja pela convicção de que muitos não a consideram relevante para a tomada de decisões, tanto na intenção e ação individual como nos resultados de suas escolhas. E, cabe ressaltar que, antes mesmo da noção de lei, as questões humanas, individuais e coletivas eram resolvidas apenas no plano moral.

Neste artigo, tivemos por objetivos investigar a origem da definição de lei na filosofia clássica, verificar o conflito com a moral e qual o entendimento acerca de sua relevância na sociedade. Além disso, pretendemos comprovar que esses desafios conceituais atinentes à elaboração e consideração da lei não a invalidam e nem diminuem sua importância, mas acenam para a dificuldade que desde sempre acompanha a Filosofia e o Direito. O que é a lei e qual a sua importância para a tomada de decisões dos indivíduos e da sociedade? Por que, mesmo onde existe uma estrutura jurídica forte, ainda persistem graves delitos? É nesse sentido que vamos analisar a origem da *nómos*, lei em grego, e seu desdobramento como instrumento de promoção da justiça, da felicidade humana e da equidade social.

É inegável a importância, relevância e missão da lei na sociedade desde suas origens⁴ que, mesmo aqueles que não a consideram, valem-se dela para debater seus problemas e tomar as decisões, individuais e coletivas, ou mesmo para amenizar ou evitar possíveis condenações⁵.

A lei pode ser instrumentalizada, também, no sentido ideológico, quando produzida para satisfazer os interesses imediatos de quem a propõe, o que costumeiramente denominamos “legislar em causa própria”. Iguamente, há um grupo considerável de pessoas na sociedade que entende que apenas a lei, isoladamente, tem condições de promover mudanças. Nesse sentido, acreditamos que a criação de novas leis com penas mais rígidas e a sua aplicação ou execução com mais eficiência, resolverá os conflitos e dificuldades da convivência humana em sociedade.

A lei é um ente ideal porque a criamos como uma forma de garantia e regulamentação da vida em sociedade, e sua função é sempre coercitiva.

Quando a lei não cumpre essa missão, torna-se apenas uma sugestão ou um aconselhamento, perdendo o seu papel principal.

Considerando a dependência da democracia de uma estrutura legal para o seu funcionamento e organização, precisamos resgatar o sentido estrito da lei. Mais do que considerá-la como um caminho seguro, é preciso refletir sobre os seus limites, as suas possibilidades, a qualidade técnica e ética dos legisladores e dos demais operadores do direito e justificar o seu conteúdo e a sua arquitetura.

De forma sequencial, Sócrates, Platão e Aristóteles defendem que essa elaboração destaca a construção moral e legal da concepção clássica de justiça. A força da conduta moral e do aparato jurídico, além de seu aspecto dicotômico e conflitivo, evidencia a necessidade de esclarecimento, fundamentação e construção do significado que orienta o comportamento humano, a responsabilidade social, as formas de participação e decisão e a estrutura jurídica de uma sociedade. Resgatar o sentido moral, afirma a necessidade de estruturar e atualizar a vivência e atuação na sociedade orientada por leis, regras e normas.

2 NOMOS (LEI) – A CONSTRUÇÃO DE SEU SIGNIFICADO

Nos primórdios da filosofia grega, a ideia de lei não tinha a conotação elaborada, positivista e inflexível como percebemos em nosso tempo. Os gregos situavam-na num horizonte centrado em relações menos complexas e exigentes, e, talvez, bem mais ligada ao fundamento da vida social do que propriamente ao seu sentido coercitivo ou normativo, embora fosse notório o reconhecimento de seu papel social e de viabilização da justiça e da harmonia social (*polis*).

A necessidade de participação social, isto é, dos debates públicos, preferencialmente na praça, supunha um cidadão motivado pelo compromisso com a identidade e as virtudes da sua comunidade. A conduta pessoal e a atuação na sociedade formavam uma mesma identidade do homem grego. Exercer a cidadania representava um espaço privilegiado de demonstrar a comunhão entre a esfera privada, familiar e social⁶. O conflito estabelecido em *Antígona*, de Sófocles, é representativo desse contexto em que o justo por natureza e o justo por lei ou convenção não estão apaziguados.

Isso não retira o caráter coercitivo e normativo da lei ou o seu mérito,

apenas acena para a gênese, ou seja, para sua dimensão mais autêntica e originária. Havia uma compreensão mais voltada ao princípio e fundamento da norma, cujo objetivo era a felicidade pessoal e coletiva, do que propriamente a funcionar como um mecanismo ou uma estrutura de coação do estado ou como força de regulamentação social, conforme foi referido.

No entanto, se observarmos desde a antiguidade, a lei tem certa conotação de imposição quando reconhecida como instrumento de controle dos governantes sobre a população. Nesse sentido, vale a distinção feita por Vázquez (2001) entre ética, moral, moralidade, direito e valores. A ética é a teoria sobre o comportamento humano, enquanto a moral está mais no plano das regras escritas ou não, que determinam o comportamento humano. A ética tem uma relação maior com a filosofia moral, reflexão sobre as normas, justificação e sentido destas do que propriamente o reconhecimento desta ou daquela regra ou norma moral. Já a moralidade é aplicação e implicação prática de um ideal (moral).

Dito da forma mais alargada, sabemos que esta ou aquela situação, mais ou menos grave, é considerada certa por uma determinada sociedade. Nesse contexto, a convicção de que aquilo é certo ou errado depende dos costumes de cada sociedade. Diferente de autores como Kant, Vázquez sugere que a moralidade é o ato da escolha em si, não tudo o que envolve a escolha, mas o ato de escolher concretamente, de tornar o ideal da norma ou da regra algo real ou não. Os valores, por sua vez, sempre estão ligados e dependentes de uma construção moral que formam um referencial para o agir social em comunidades menos exigentes e complexas. Os valores sempre têm caráter eletivo, consideramos isso ou aquilo um valor a partir de um contexto ou de uma referência compartilhada. É nesse sentido que Vázquez (2001) assinala que o que é específico sobre o campo dos valores, da ética, da moral e da moralidade é distinto do campo da legalidade ou do Direito. Isso porque, para o pensador, o legal como instrumento de coação e coerção do estado não oferece e nem deve oferecer alternativas. Por exemplo, quem ultrapassar o limite de velocidade permitido, no que se refere às leis do trânsito, será multado e não há recursos ou discussão em vista de amenizar a sanção prevista em lei. Na aplicação da lei pelo estado, não há reflexão ou debate: é ou não é. Portanto, algo bem distinto da reflexão ética ou moral que está relacionado, preferencialmente, à deli-

beração e decisão individual ou de grupos.

Considerando a Grécia Clássica, notamos que a lei escrita não era a referência prioritária. Dessa forma, o sentido mais legalista-jurídico, conforme entendemos atualmente, era precedido por uma visão mais principiológica, comportamental ou de convivência e, com menos intensidade, era seu caráter coercitivo.

3 O DIZER E O FAZER – SÓCRATES E A LEI

Sócrates é precursor de um debate a respeito do sentido, da origem e missão da lei. Nesse sentido, está em desacordo com os sofistas, para quem a lei era entendida como uma oposição entre *physis* e *nómos*⁷. Assim, a lei tinha um caráter de mera convenção, ou seja, uma função acidental na sociedade, por não representar algo da natureza humana.

Para os sofistas, a lei tem um papel provisório, já que convencionalmente não há outra forma de viver, a não ser em sociedade, as normas escritas (sentido positivo da lei) nada mais são do que ‘convenção’ com o papel de organizar a cidade. Oposto a Sócrates, os sofistas⁸ não concebiam a lei como um fundamento natural da vida em sociedade. Segundo concebiam, a lei não tinha uma relação direta com a moral. Portanto, seguir ou não a lei tinha apenas uma conotação jurídica.

Sócrates, na passagem⁹ expressa por Platão, tem um posicionamento diferente. Nesses embates conceituais contra os sofistas, percebemos que Sócrates inicia um movimento filosófico e jurídico que equaciona a relação entre lei e moral, ser e lei. Isso porque, segundo Rogue (2005, p. 54), quando o *lógos* é separado do ser, a ação pode separar-se do valor. Isso também serve para corrigir o problema do mau uso da retórica, em virtude de que podemos falar bem ou bem falar. Nesse sentido, quem tem um domínio habilidoso da linguagem pode impor algo que parece ser verdade, como verdadeiro. Os sofistas separavam ser e lei, lei e moral, porque isso facilitava a relativização dos conceitos e da verdade. Com isso, persistia como verdadeiro aquilo que pudesse ser mais bem sustentado com argumentos convincentes, ou melhor, formulados.

No discurso em que Sócrates parece condenar quem simula ser justo¹⁰, há embutida a denúncia sobre o engano a respeito da harmonia, da justiça e do belo. É preciso reconhecer que começa com Sócrates um movimento que visa à distinção entre aquilo que é e aquilo que é aparente

ou aparenta ser. Assim como há a preocupação conceitual entre o que significa dizer bem e bem dizer (arte de bem falar versus falar bem), ou seja, há nesse posicionamento socrático um claro distanciamento com o posicionamento teórico e prático dos sofistas em torno da lei.

Para melhor localizarmos o pensamento de Sócrates a respeito da lei, podemos considerar as palavras de Górgias¹¹, em que ele (Sócrates) sugere que a contradição entre ser, dizer e fazer consiste numa atitude de ignorância. Notemos que ao “amar o que se diz que é feio, injusto ou mau, odiar o que se diz que é belo ou bom”¹² comete-se a pior ignorância¹³. Para Sócrates, o problema não é apenas a contradição entre o que se crê e o discurso a respeito, mas o risco de que a ignorância acima descrita possa, confundindo aquilo que é do que aparenta ser, destruir o papel do *lógos*, e, em consequência, ruir com toda a moral que dá sustentação a vida na *polis*¹⁴. Aos moldes de seu mestre, Platão parece insinuar que é preciso ver intelectualmente e distinguir o que é do que aparenta ser, e o resultado desse processo é que permitiria ao cidadão desejar uma vida justa, procurar ser sábio¹⁵ e, portanto, ser capaz de viver em sociedade.

É nesse sentido que devemos resgatar a noção de ideia. No sentido estrito, *ideín*, em grego, significa ver intelectualmente, superando, assim, a noção limitada à opinião, crença, reminiscência, separando aquilo que é uma opinião verdadeira daquilo que é opinião falsa e distinguindo aquilo que é daquilo que é pensamento¹⁶.

Conforme Gobry (2007, p. 96), em Sócrates, nos *Memorabilia* de Xenofonte (IV, 4), há o apelo para as leis eternas como referência às leis do Estado. As leis não escritas¹⁷ que aparecem na invocação de Sófocles, em *Antígona*, contra as decisões de Creonte¹⁸ e que também são mencionadas por Aristóteles, na *Política*¹⁹, indicam que há um sentido²⁰ anterior à própria lei que precisa ser considerado no entendimento e na elaboração da lei.

Essa é uma perspectiva a considerar como relevante, a *agraphoi nomói* (lei não escrita) deve ser a base para a lei escrita. Para os gregos, preceitos fundamentais da vida em sociedade são pressupostos tão importantes que deveriam ser considerados *a priori*. Notamos algo semelhante no direito inglês, em que certos preceitos ou determinação da vida em sociedade são consuetudinários. Não é preciso prever na lei certas atitudes ou comportamentos, pois estes já estão inseridos nas convicções e ações das

peçoas que convivem naquela determinada sociedade.

4 A LEI IDEAL EM PLATÃO

N'A República²¹, Platão sustenta que a vida social é uma necessidade²². Por isso, a importância da educação²³. O Estado, nesse caso, é um espaço de entrelaçadad humana. Aqui, podemos perceber um duplo movimento sobre o sentido e objetivo da lei. De um lado, o afirmativo e otimista da lei como fundamentação de um modo de vida em que todos os que compõem a cidade possam satisfazer as suas necessidades.

Em Platão, temos um legado sobre o sentido e o papel da lei. Praticamente na conclusão de sua obra, na maturidade, ele se refere às leis. *Das Leis*, especificamente no último capítulo, argumenta contra a concepção teológica e mítica tradicional e sugere uma nova visão sobre os deuses como fundamento para a lei. Isso é bastante peculiar. Enquanto na mitologia os deuses antropomórficos são concebidos como maus e com características humanas, mas não apenas na dimensão física, as atitudes divinas eram também de ciúme, castigo, entre outras. Assim, numa perspectiva marcada pela soteriologia²⁴, não havia sentido em pensar os deuses como aliados ou bons, mas como oposição e até inimigos.

Em Platão, há nitidamente um fundamento metafísico para o sentido da lei. Notamos isso n'A República, principalmente nos capítulos I e II, quando “desenvolve uma crítica semelhante a que Xenófanes (570-475 a. C.), censura os poetas por terem retratado os deuses como homens tanto no físico como no moral e, pior ainda, como homens que se comportam” de forma errada, guerreando entre si e enganando-se uns aos outros.

Segundo Pradeau & Brisson (2010, p. 31-32), Platão, nos livros I e II d'A República, quando critica a imagem tradicional de *théos* (deus), não faz propriamente uma teologia, porque não importa para ele fazer um discurso sobre como os deuses são. Mas o foco da investigação platônica é sobre os aspectos que os deuses têm e que os tornam imortais. Entre esses aspectos está a capacidade de contemplar a verdade por meio da reflexão. A inovação filosófica²⁵ na compreensão e definição dos aspectos e características divinas, que, no início d'A República, são apresentados os deuses como bons, permite que eles nos leguem a lei. Notamos isso ao ler A República, livro II, 379b, em cuja passagem, Platão afirma que os deuses são bons e responsáveis pelo bem. N'A República II, 381b, afirma que os

deuses não podem mudar, nem de corpo e nem de comportamento.

Em Platão, a visão a respeito dos deuses era de que eles eram ciumentos, inimigos ou adversários dos humanos. Portanto, maus de alguma forma, deuses antropomórficos em todos os sentidos. Na visão tradicional, os deuses viviam em permanente conflito entre si e não raramente estendiam a fúria, o ciúme, a inveja e outras características humanas contra os humanos. Disso decorria a infelicidade humana. Na visão do mestre Platão, há uma nova perspectiva, como notamos em passagens como Lísiass, 218a e Timeu, 47 a-b, nas quais sugere que a Filosofia é um benefício que vem dos deuses.

A contemplação do inteligível, que somente pode ser feita por *théos* e não pelo humano, não faz de deus um ser mau, mas bom por sua natureza e com capacidade plena de contemplar permanentemente o inteligível. Notamos que a bondade está ligada ao saber e imortalidade no sentido daquilo que Platão nos apresenta, e só pode ser entendida nesse sentido. Na possibilidade de assemelhar-se a deus, desenvolve-se a faculdade de contemplar o inteligível²⁶.

Especificamente no livro X, *Das Leis*, sobretudo em 893b-895d, há a prova físico-teleológica da existência dos deuses, exposta por Platão como fundamento central do sentido e da lei humana. Para Platão, segundo Pradeau & Brisson (2010, p. 33), a providência divina que ordena e controla a regularidade dos corpos celestes é capaz de garantir o bom funcionamento da cidade dando-lhe um funcionamento divino, recompensando com a semelhança aos deuses a quem respeita a lei e punindo *pos-mortem* quem não a respeita.

Dessa forma, o sentido da lei, não é apenas um mecanismo ordenador jurídico, tem uma conotação metafísica, um sentido para além da própria lei. Claro que em Platão há a tentativa de superação do sentido da *agón* (luta) entre humanos e deuses, mortais e imortais, para o encaminhamento de que a verdadeira *agón*²⁷ é a luta interior que o humano deve travar para constituir-se como sujeito digno de conviver na cidade e contribuir significativamente com ela.

Não é a lei no sentido da coerção que deve fazer o indivíduo ordenar-se para a vida pública, mas é a *enkrateia*²⁸, o resultado de uma profunda revisão das convicções e desejos, que faz do indivíduo um ponto de equilíbrio na vida social. Essa luta permanente e interior, conforme A Re-

pública, livro X, e o amor à verdade citado na República VI, juntamente com o amor à lei, é que tornam um espírito elevado, na visão de Platão. E, portanto, quem faz esse caminho de forma eficaz está pronto para a convivência harmônica e justa com os demais humanos que compõem a polis.

5 EQUIDADE, LEGALIDADE E IGUALDADE EM ARISTÓTELES

Na afirmação que o homem é “animal social por natureza”²⁹, temos um indício importante sobre a compreensão de lei em Aristóteles. Para o Estagirita, é mais urgente uma distinção entre natureza e lei do que propriamente uma visão de total oposição. Quando, na Política, faz uma análise da teoria do Estado em geral, classificando as várias espécies de constituições, o objetivo central é sugerir que o bom legislador, ao elaborar leis, deve conhecer³⁰ todos os tipos de constituições, distinguir entre constituição, lei e decreto para que o resultado de seu trabalho tenha uma eficácia maior.

Aristóteles, além disso, aborda a importância da lei e da sua elaboração com o necessário cuidado e a devida qualidade³¹. Ao confrontarmos A Política com Ética a Nicômaco, sobretudo no livro V, perceberemos que Aristóteles reconhece a limitação da própria lei³².

O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza (Aristóteles, 1991, p. 120).

Ao tratar da justiça, o Estagirita avalia que a limitação ou principal falha da lei reside na sua característica de generalidade. Por isso, sugere a equidade como forma de correção das deficiências da lei, ou seja, um indicativo para qualificar a justiça e os mecanismos de sua efetivação. Nesse

caso, o papel do juiz – enquanto *ergon* (função que lhe é própria) como mediador – é fundamental para considerar os elementos peculiares que envolvem um fato, um julgamento, para a aplicação e interpretação da lei que de fato reestabeleça a justiça e não amplie a injustiça. Isso porque, para Aristóteles³³, a ordem prática carrega irregularidade, mutabilidade e contingência.

Aristóteles enuncia que sobre certos casos e assuntos é impossível legislar³⁴. A ideia de correção da lei, nesse caso, não significa total garantia para a aplicação da justiça, mas, segundo Hobuss³⁵, retifica-se a deficiência da lei, considerando o novo caso ou o caso singular, rompendo, assim, com o caráter absoluto da lei.

Além de considerar a lei em si mesma, quando o magistrado considera as diversas circunstâncias que envolvem um determinado evento em particular, ato ou fato, terá os elementos suficientes e necessários para tomar a decisão mais justa, e essa é a missão e responsabilidade do magistrado por excelência³⁶, não apenas conhecer e aplicar as leis, mas reunir um maior número de elementos que possam fundamentar a sua decisão e aproximá-la do que é o mais justo.

No livro da Retórica³⁷, sobretudo no capítulo I, livro 15, conforme observa Hobuss³⁸, Aristóteles faz um apelo à lei comum³⁹, isso quando as leis escritas não contemplam uma das partes. Em termos argumentativos, a parte interessada e o árbitro devem valer-se da equidade, ou seja, quando a lei positiva se torna ineficaz, o princípio da equidade, por ser da ordem do permanente e imutável, parece ser a escolha mais adequada como critério de julgamento.

Como a lei sempre é *katholou* (geral), ela precisa ser corrigida⁴⁰. Até mesmo no exercício da persuasão⁴¹, no sentido de prevalecer o argumento, devemos dispor, segundo o Estagirita, de todos os recursos possíveis.

Por Aristóteles reconhecer os limites e deficiências da lei, não significa afirmar que ele despreza a lei e a sua função na sociedade, o que parece estar muito claro nas suas teses é a definição de que o justo de fato ultrapassa a lei escrita. Isso porque, se, por um lado, não podemos prever tudo numa lei, aquilo que Aristóteles denomina como *apeirian*⁴², por outro lado, legislar é necessário⁴³, embora seja impossível elaborar ou propor leis precisas e perfeitas em termos gerais.

Para Aristóteles, as deficiências⁴⁴ na lei podem ser voluntárias ou

involuntárias. No primeiro caso, *ekontôn* (voluntárias) porque sempre que elaboramos leis, usamos uma fórmula geral, e nisso os particulares ou o particular fica sempre de fora. Já no caso da *akontôn* (involuntárias), ao elaborar uma lei universal, como regra geral, determinados casos particulares automaticamente escapam.

Além dos problemas com a elaboração e aplicação da lei, Aristóteles também acena para uma distinção importante na hora do julgamento do árbitro ou do juiz. É preciso distinguir⁴⁵ entre o que é um erro na ação, no sentido daquilo que pode ser digno de perdão e delitos que são causados quando a virtude é o vício, ou seja, situações em que o delito é causado por um vício. Notamos claramente, no sistema judiciário brasileiro, a aplicação desse preceito em julgamentos do que chamamos réu primário ou mesmo situações que o árbitro/juiz considera outros elementos, não apenas as circunstâncias que produziram o fato, ou mesmo o fato em si.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao retomarmos a questão da lei, sobretudo no contexto grego mais originário, nossa meta é, também, analisar e refletir sobre o sentido da lei em nosso contexto e sociedade. Não queremos, aqui, sugerir que a lei é ineficiente ou ineficaz por natureza, mas que a positividade da lei, isoladamente, não é suficiente para garantir as demandas de uma sociedade. Isso porque toda lei quando positivada, sempre terá de ser arbitrada por alguém quando houver a desobediência desta, pois não há como prever tudo na lei. Nesse sentido, mesmo com uma detalhada estrutura legal e a informatização plena do judiciário, sempre haverá a necessidade de juízes competentes no sentido técnico, ético e moral para garantir que uma decisão judicial se aproxime da necessária realização da justiça.

Sempre haverá riscos na interpretação do fato e na promulgação de uma sentença, e os fatores são muitos. A própria ideia de hermenêutica jurídica, quando distorcida, prerroga ao juiz ou ele se prerroga a total habilidade de decidir o que é o justo, e, não raras vezes, invade o campo do legislativo ao decidir para além daquilo que é o legal ou da sua competência. Por outro lado, nem sempre o campo legal, da lei positiva, atende às demandas de uma determinada intercorrência, e o juiz tem a missão de decidir para além do que a lei prevê. Nesse caso, a hermenêutica torna-se aliada da justiça.

Outro problema é a anacronia das leis que precisam ser avaliadas e atualizadas constantemente. Como exemplo, ao discutirmos o alcance da lei sobre publicidade na *internet* para crianças e adolescentes, notamos que o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Direito do Consumidor de 1990, embora documentos recentes e, por isso, atualizados, são insuficientes e incapazes de atender grande parte das demandas interpostas pelo cotidiano. Como um juiz irá tomar uma decisão sensata e justa sobre um problema emanado desse setor, se a *internet* surgiu no Brasil meia década depois, em 1995?

Ao revisitarmos o sentido da lei (nómos) para os gregos e a sua recepção na idade média (lex), percebemos que a lei escrita sempre foi e é desafiada pela lei não escrita (norma moral). Os preceitos culturais, as convicções pessoais, as tradições de determinada sociedade, o bom senso e incontáveis convicções e valores estão presentes na vida social e solucionam inúmeros conflitos. E, nesse sentido, a lei não escrita sempre desafiará a lei escrita, ora a fundamentará e muitas vezes será uma oposição ou crítica, dissenso, além de poder servir de contraponto ou reflexão sobre a norma positivada e o seu papel na sociedade.

Para os gregos, a lei escrita e a lei não escrita existiam simultaneamente. E, muitas vezes, a concretização da justiça e da harmonia em sociedade deve advir da decisão judicial que contempla, também, a lei não escrita, não somente a escrita. Esse desafio ainda persiste, em vários sentidos. Como exemplo, vejamos: Sobre o aborto no Brasil, vige a lei que prevê o aborto em caso de risco de vida da mãe e de estupro. Mas já houve decisões favoráveis a mães em relação ao nascituro anencéfalo. Decisões como essas abrem discussão justamente no sentido do que estamos propondo. Como podemos tomar decisões justas nesse campo? Se por de um lado está posta a lei que prevê a impossibilidade de interrupção da gravidez, por outro há uma demanda humana, de uma mulher que clama por amparo, alegando que não pode ser obrigada a levar adiante algo que lhe produz sofrimento e seu resultado será a inevitável morte do feto? O que é o mais justo nesse caso?

Casos como esse remetem ao fato de termos profissionais de diversas áreas que precisam ser ouvidos e considerados, tais como psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, enfim, não, talvez, no sentido de decidirem com o juiz, mas de apoiarem, orientarem e esclarecerem sobre os elemen-

tos necessários para uma decisão que se aproxima o máximo daquilo que entendemos e sentimos ser o justo.

Questões polêmicas como o aborto, a descriminalização de alguns entorpecentes, pena de morte, eutanásia e inúmeros outros temas não se resolvem apenas promulgando uma lei ou impedindo-a. A reflexão honesta e cuidadosa, pluriversal de toda a sociedade faz-se necessária, mesmo porque aprovando ou não a lei, os problemas vão persistir, decisões judiciais serão e deverão ser tomadas, em todos esses campos. Sabe-se, contudo, que, em quase todos os casos, a lei escrita não dará conta da totalidade.

Sendo o Estado laico, a própria constituição federal garante o direito de culto, ou seja, por ser laico, o estado brasileiro também prevê a liberdade de culto e de crença, e isso também gera demandas e debates por causa da orientação moral das religiões que, em certas circunstâncias, estão em desencontro com a lei. Isso também repercute em diversos campos e temas, não apenas como o aborto, a eutanásia e a pena de morte. Isso porque há pessoas que defendem a plena liberdade das suas convicções e práticas morais como legítimas. De outra banda, há convicções também legítimas que entendem que os preceitos e convicções, valores, de determinadas crenças religiosas, por exemplo, precisam ser combatidos.

O que é o justo? O que é o certo? O que é o legal?

Essas questões filosóficas são fundamentais em qualquer tempo, para não reduzirmos o entendimento de que o justo é apenas o legal, e que a mera aplicação positiva da lei constitua a efetivação da justiça. A reflexão filosófica aqui visa aprimorar o entendimento sobre a relação entre justiça, lei e a moralidade. O justo sempre transcende o legal e a noção de certo precisa ser refletida para além dos parâmetros da lei. Ou dito de outro modo, não podemos confundir justiça com o Poder Judiciário e nem mesmo reduzir o âmbito da justiça ao universo do Direito. O Direito quando muito atrelado a uma visão positivista de justiça, do que é o certo e legal, pressupõe uma transcendência ao universo do Direito que não é adequada. Isso porque juízes são apenas humanos e o Judiciário é apenas mais um dos arranjos simbólicos que construímos. Enfim, a lei não pode ser vista como fim em si mesmo, mas como meio e condição de possibilidade para a vida em sociedade.

Ao retomarmos a lei, em nosso tempo, inspirados pela visão grega

originária de Sócrates, que decidiu morrer para respeitar a lei da cidade, não há dúvida de que, para ele, a lei era importante. Na visão do pai da ética, o justo, o legal e o natural estão alinhados. Não renunciou apenas as suas convicções teóricas em favor da lei, mas abriu mão da própria vida por causa da sua convicção sobre a importância da lei na constituição de uma sociedade justa. Esse é um primeiro desafio conceitual para nós brasileiros, para quem, normalmente, a lei tem um caráter mais sugestivo, mas não efetivo, de coerção. Basta analisarmos o trânsito, por exemplo, e a corrupção na política. Na Apologia de Sócrates há uma convocação à Sabedoria humana de que é preciso distinguir entre aquilo que é e aquilo que aparenta ser. Isso é uma dura crítica aos sofistas que entendiam a lei como mera convenção, praticamente um mal necessário, algo que poderia ou não ser importante, dependendo das circunstâncias. Para Sócrates, a lei era a garantia da vida em sociedade. Portanto, algo natural e necessário.

Platão, na sua maturidade, escreve sobre as leis e sugere que o papel da educação humana deve nos levar ao ápice que é a arte de saber governar e saber ser governado pela lei, para que a partir disso possamos constituir uma sociedade justa. Na República, capítulo VI, sugere que é o amor à lei que torna um espírito elevado e sábio. A lei, nesse sentido, tem uma função de não apenas coagir as pessoas a agirem de forma justa, mas é a concretização daquilo que nos aproxima dos deuses, pois justamente os deuses têm como privilégio a contemplação da verdade. Para Platão, a reflexão filosófica é o que nos assemelha aos deuses, e, nesse sentido, as leis decorrem dessa capacidade de refletirmos e construirmos perspectivas, regras e normas que visam garantir a felicidade na medida em que é o desejo de uma vida feliz em sociedade que é a condição fundamental para a concretização da sociedade justa.

Ou seja, Platão insiste na educação integral (Paideia) desde cedo para que o indivíduo eleve sua capacidade de se relacionar com a lei, pois esta é garantia de uma vida social bem ordenada. Embora os problemas conceituais decorrentes daí, Platão concebe a lei como o espaço público privilegiado para evitar os desvios de conduta individuais e coletivos, e por assim dizer inviabilizar a vida em sociedade. Para ele, o certo era agir conforme a lei, mas não pelo aspecto positivo da lei apenas, mas por essa representar a condição primeira para evitarmos a corrupção e o desvio de uma vida social justa. A lei não é um fim, mas meio.

Para Aristóteles, a lei é necessária em dois sentidos. Tanto como instrumento moral e ético para moldar as novas gerações, como da maneira que está dito na *Ética a Nicômaco V*. Nota-se que enfatiza a dimensão educativa e pedagógica da lei. E, na *Política*, sugere que a lei perfeita seja uma reflexão sobre as diferentes formas de lei e de governo, extraindo desses a melhor elaboração e construção. Assim, legisladores, advogados, cidadãos, promotores e juízes, ou operados do Direito em geral, devem ter e ser de múltiplas competências. Para Aristóteles, na *Retórica*, deve-se ter capacidade teórica, argumentativa, ética e jurídica no sentido estrito. A justiça, para ele, é resultado de um conjunto complexo de fatores, não apenas decorre da elaboração da lei e de sua execução, mas da competência ampla de seus responsáveis no sentido da participação crítica e efetiva da sociedade como um todo.

Em Aristóteles, o justo não decorre da simples aplicação da lei. Mas de um amplo e complexo conjunto de fatores que implica em muitos cuidados desde a qualidade moral e técnica (intelectual) dos legisladores, a qualidade moral e técnica dos juízes e atenção permanente dos cidadãos para que o interesse privado ou os desvios de conduta se sobreponha ao bem comum. O processo de legislar, executar as leis e julgar para que elas de fato cumpram o seu papel social é um movimento infinito. O certo, o legal e o justo precisam ser refletidos constantemente, reavaliados, retomados e aprimorados *ad infinitum* para evitarmos que a tirania e a oligarquia possam constituir-se a qualquer momento maquiadas nesta ou naquela instituição, escondidas no simbolismo discursivo do bem comum. O certo, o justo e o legal precisam ser refletidos sempre, e não dados *a priori* como verdade absoluta. Assim como a ética é uma filosofia moral, precisamos de uma Filosofia do Direito ou Jurídica que a cada momento histórico reflita cuidadosamente o que é o Direito, como ele se constitui e qual a sua finalidade social. Filosoficamente, as leis é que tornam possível a vida em sociedade, mas sem a devida reflexão sobre o que elas são, por que e como as fazemos, a própria vida em sociedade corre sérios riscos.

Notas

- 1 autor
- 2 autor
- 3 autor
- 4 Uma abordagem introdutória e com importantes recursos históricos sobre a concepção de justiça e a sua relação com a moral e o direito pode ser encontrada em: REA-

LE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

5 É o caso de muitos que não consideram a lei na hora da ação, mas socorrem-se dela para evitar uma punição ou para amenizá-la. Exemplo: na hora de cometer um delito ou desviar dinheiro público, alguém pode desconsiderar a lei, mas na hora de um julgamento de tal fato, pode valer-se do direito de permanecer calado, de não produzir provas contra si etc. Ou seja, no momento de agir, a lei é desconsiderada, quando é conveniente, ela é resgatada como base para a defesa. Isso não apenas evidencia a incapacidade de a lei resolver grande parte dos problemas humanos, mas de como ela, não raramente, é instrumentalizada.

6 Essas características ao mesmo tempo complexas, dinâmicas e de difícil compreensão, se comparadas às conquistas do período moderno, das quais emergiram as bases da concepção e estrutura do Estado e da sociedade atuais, foram descritas por Reale (2002, p. 626): “Desejamos apenas que a vida política dos gregos tinha um centro fundamental que era o Estado-Cidade ou a pólis. Sem a ideia de Pólis não se entende a política dos helenos, tanto assim que a Grécia jamais chegou a construir uma Nação no sentido que damos modernamente esse termo, só logrando ser, em certos momentos decisivos, uma federação de cidades sob a hegemonia de uma delas. A cidade era um, pequeno Estado dominado por uma classe, dos ‘cidadãos’, colocados uns perante os outros como seres com igual direito de participar da administração da coisa pública. Os homens gregos não tinham plena consciência do que denominamos liberdade política e liberdade jurídica, como binômio estrutural do Estado Moderno. Nossa ideia ou nosso sentido de liberdade implica a convicção de que existe uma esfera peculiar e própria reservada aos indivíduos, insuscetível de interferência ou de contestação por parte do Estado. O homem grego, ao contrário, não poderia jamais compreender o indivíduo como um núcleo isolado no seio da comunidade política e capaz de contrapor-se à comunidade. Era, como dizem alguns tratadistas, uma liberdade em sentido coletivo, e não uma liberdade em sentido individual.”

7 Nómos em grego significa lei.

8 Essa tese foi exposta por Hípias (*Memorabilia IV, IV,4*) e entre outros por Cálicles em *Górgias (482)*, e por Trasímaco na *República (II, 358e-359b)*. Posteriormente, foi exposta pelos cétricos Pírron, Tímon, Enesídemo (D. L., IX). Cf. Groby, 2007, p. 97.

9 Cf. *Leis, III, 689a*;

10 Protágoras, 323b lemos o seguinte: “proclame-se que todos os homens devem dizer que são justos, quer sejam ou não, e quem não finge que é justo é um tolo”.

11 *Górgias, 482e; 482d*; lemos “mais amiúde, a natureza e a lei se contradizem; é, pois, impossível, se por falsa vergonha se teme dizer o que se pensa, não cair na contradição”. *Górgias sustenta que a injustiça não é feia, mas bela (cf. Rague, 2005, p. 56)*.

12 Rague, 2005, p.56-57.

13 Cf. *Leis, III, 689a*, nessa passagem, Sócrates sugere que amar o que se diz que é feio, injusto ou mau, odiar o que se diz que é belo ou bom é cometer ignorância, ou seja, confundir o que é com o que aparenta ser não é sabedoria, como sugere *Górgias*, mas provar a falta dela.

14 Cf. Rague, 2005, p. 57, com base na visão de Sócrates, para que um edifício moral de uma cidade não seja implodido, convém fazer a distinção entre verdadeiro e falso, o ser e a aparência, o pensamento e o ato etc.

15 Afirma Platão: “Sábio é, portanto, aquele que, tendo atingido a visão e o conhecimento do Bem (agathós) pela via da dialética, isto é, da ascensão de sua alma até o plano mais elevado e mais abstrato do real, é capaz de agir de forma justa”. (*A República, 517c*).

16 São inúmeras passagens nos textos de Platão que remetem a essa discussão, destacamos aqui: *Górgias, 454-455a; Mênon 85b-56b; Filebo 38c-39a; A República V,*

476c-480a; A República VI, 509d-511e; Timeu, 37 a-c.

17 Cf. Groby, 2007, p. 97, há vários textos mais antigos que acenam para as leis não escritas, dentre eles podemos citar Da Lei e da Justiça de Arquitas, Da Lei de Ocelo de Lucânia, Preâmbulo às Leis de Zaleucos e Carondas etc. No Górgias de Platão, 488-491e, Sócrates conclui no debate com Cálicles que governar a si mesmo é “uma coisa simples, como todos entendem: ser equilibrado e capaz de autocontrole, dominar os desejos e as paixões”.

18 Xenofonte, Memorabilia, V, 453-455.

19 Aristóteles, Política, VI, 5.

20 Nesse caso, podemos definir como *ágraphoi nómoi*, ou seja, as leis não escritas são referências para as leis escritas. Na ética nicomaqueia, V, 7, notamos que Aristóteles distingue duas espécies de direito (*physikón*[natural] e *nomikón*[legal]). Segundo Groby, 2007, p. 96-97, essa distinção tenta desaprisionar a natureza do poder da lei, como no que observava o sofista Antifonte que acusava a lei de aprisionar a natureza. Notamos que Aristóteles na Retórica, livro I, X, 1, denomina a lei escrita como *ídios* (particular) e a lei não-escrita como *koinós* (comum).

21 Diálogo socrático, escrito por Platão, no século IV, a.C., tendo como tema central a Justiça, pode ser considerado o primeiro tratado no ocidente que versa sobre a importância da educação, da busca pela superação da ignorância como forma de constituir uma sociedade justa e harmônica.

22 A República, II, 369c.

23 Aristóteles faz uma explícita menção a Platão quando postula: “por isso deveríamos ser educados de uma determinada maneira desde a nossa juventude, como diz Platão, a fim de nos deleitarmos e de sofrermos com as coisas que nos devem causar deleite ou sofrimento, pois essa é a educação certa”. Aristóteles, EN, II, referência aos textos de Platão - Leis, 653 ss.; A República, 401-402.

24 Soteriologia, em seu sentido grego é a compreensão de que os deuses exigiam algo em troca para proteger ou abençoar os humanos. Por exemplo, na época nos jogos olímpicos sacrificavam-se animais para que o sangue desses servisse como oferenda para que os deuses permitissem um bom andamento dos jogos, enfim, para que as atividades humanas ocorressem mais ou menos dentro do previsto, os deuses deveriam receber algo em troca. No cristianismo, há algo semelhante que é a promessa e o sacrifício para que Deus conceda determinada graça. Em suma, é uma espécie de troca em que os humanos oferecem algo para receber determinada benção ou proteção.

25 Cf. Timeu 39e-40d; Fedro 246b-d; Fedro 249b-d; Banquete 204a; A República II, 378e-383a.

26 Cf. A República X, 611e; Teeteto 176b; Timeu 90 d, a imortalidade humana não pode ser entendida de modo algum como sobrevida, mas como projeção do humano em relação ao saber, reservando a devida diferença que no humano há a possibilidade do *philosophéi* e não do *sophós* que é apenas privilégio dos deuses.

27 A República, livro X.

28 Também no sentido daquilo que é apresentado por Platão no Górgias, 488a – 491e – ligando o sentido de *Béltion* (melhor) a *enkrateia* (autogoverno), segundo esse texto a autodeterminação, o bom governo de si mesmo, autodomínio e autocontrole.

29 Política, Livro I, cap. I, 1253 a, § 9.

30 Política, Livro VI, cap. I, § 4.

31 Sublinha Reale (2002, p. 624): “O Estagirita reconhece que existe o justo por lei e o justo por natureza afirmando que este tem por toda parte a mesma força, por não depender das opiniões e dos decretos dos homens, expressão que é da natureza racional do homem. A lei é a inteligência menos a paixão, ou seja, depurada de todas as incli-

nações capazes de lançar um homem contra outro homem, esquecidos das exigências racionais, ambiciosos de mando e ávidos de bens.” [...] Tratando da justiça como uma das virtudes, Aristóteles soube genialmente determinar o que a distingue e a especifica, a sua proporcionalidade a outrem, ou, em palavras modernas, a nota de socialidade. A justiça é uma virtude que implica sempre algo de objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também, “justiça”.

32 EN 1137b 26-27.

33 EN 1137b 17-19.

34 EN 1137 22-29.

35 Hobuss, 2006, p. 151.

36 Política, 1287a 23-27.

37 1375a 22- 1375b 2.

38 Hobuss, 2006, p. 151.

39 Isso também porque a lei comum é *káta physin gar estin* (segundo a natureza) – Retórica 1375a 30-32.

40 Isso é sugerido de forma muito semelhante em EN 1137b 12-13; Retórica XIII, livro I.

41 Segundo Aristóteles, Retórica, livro I, cap. XV, no tribunal, no exercício da retórica forense, devem ser usados todos os recursos possíveis para deixar claro e conciso o ponto de vista da parte interessada. Só que convém observar que não se trata de um abandono a princípios, mas recurso ao princípio argumentativo como forma de garantir a justiça. É importante notar a diferença entre a noção de juiz, presente na ética nicomaqueia, livro V, e a noção de árbitro sugerida na Retórica. Hobuss, *ibid.*, ressalta que essa distinção é uma forma de reconhecer que o juiz não consegue se desvencilhar da justiça legal, enquanto o árbitro consegue certo distanciamento, o suficientemente necessário para corrigir as leis escritas.

42 Na Retórica 1374a 32, Aristóteles reconhece que não há como prever tudo numa lei escrita.

43 Retórica, I, XIII.

44 Retórica 1374a 26-30.

45 Retórica 1374b 4-9.

7 REFERÊNCIAS

Aristóteles. The Complet Works of Aristotle. The revised Oxford Translation, J. Barnes, ed. Princeton: Princeton University Press. 1984. 2 vols.

_____. Rhétorique. Texte établi et traduit par H. Carteron. Paris, Les Belles Lettres, 1966.

_____. Ética a Nicômaco ; Poética / Aristóteles ; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. (Os pensadores ; v. 2) Ética a Nicômaco : tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross ; Poética : tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza, São Paulo : Nova Cultural, 1991.

BRISSON, L.; PRADEAU, J. F. Vocabulário de Platão. Tradução de Cláudia

Berlinger. Revisão técnica de Tessa Moura Lacerda. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GOBRY, I. Vocabulário grego da Filosofia. Tradução de Ivone C. Benedetti. Revisão técnica de Jacira de Freitas. Caracteres gregos e transliteração do grego de Zélia de Almeida Cardoso. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HOBUSS, J. F. Virtude e Mediedade em Aristóteles. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Filosofia, UFRGS, 2006.

Platão. Le lois. Oeuvres complètes. Introduction, traduction, commentaire et notes par L. Robin. Paris, Gallimard, 1992.

_____. La République. Traduction et présentation par G. Lerouk. Paris, Flammarion, 2002.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROGUE, C. Compreender Platão. Tradução de Jaime A. Clase. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2005.

VÁZQUEZ, A. Z. Ética. Rio de Janeiro: RJ, Civilização Brasileira, 2001.

Lisandra Moreira MARTINS¹
Isael José SANTANA²
Muriel Amaral JACOB³

PROVA NÃO PROVA

EVIDENCE DOES NOT PROVE

PRUEBA NO PRUEBA

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Da liberdade e da segregação; 2. A prova no Direito Processual Penal; 3. A Atividade Probatória como Alcance da Verdade; 4. O novo Código Processo Penal: a prova e a dúvida; 5. Reflexões sobre a prova na prática a partir da Ação Penal nº 470; Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO:

O tema prova apresenta diversas vicissitudes interpretativas, sendo imperioso discutir sobre a espécie de verdade que se busca atingir para embasar uma decisão pautada na Justiça. No processo penal constitucional democrático, além da aplicação da reprimenda, são sobrelevadas as garantias do cidadão, mais especificamente, o direito à Liberdade. Desta forma, considerando que a verdade real jamais será alcançada em virtude da dificuldade de reconstrução do fato passado e pelos próprios óbices legais, o presente artigo visa correlacionar o objetivo da prova e o êxito da almejada verdade. Trata-se de um estudo descritivo e exploratório, realizado por meio de pesquisa bibliográfica.

ABSTRACT:

The 'proof' theme bears several interpretative difficulties, which deem it imperative to discuss the kind of truth that one seeks to achieve to base a decision ruled in court. In the democratic constitutional criminal procedure, apart from the application of reprimand, the guarantees of citizens, more specifically, the right to freedom, are outweighed. Thus, consider-

Como citar esse artigo:
MARTINS,
Lisandra Moreira. et
al. Prova não prova.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho - PR,
Brasil, n. 22, p. 251-274
Data de submissão:
01/04/2015
Data de aprovação:
08/07/2015

1. Universidade
Estadual de Mato
Grosso do Sul
2. Universidade
Estadual de Mato
Grosso do Sul
3. Universidade
Estadual de Mato
Grosso do Sul