

O POSITIVISMO LEGAL E A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

LEGAL POSITIVISM AND THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE

Adinna Ketheley Miranda Rodrigues ¹⁷

Gilson Xavier de Azevedo ¹⁸

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende investigar o papel criador do julgador frente à aplicação efetiva da lei. Questiona-se como problemática, se a cultura que procede das inúmeras mudanças nos comportamentos éticos e morais dos indivíduos, consegue abarcar e explicar a realidade dentro das injustiças que podem vir a ocorrer, e se esta, é a chave necessária para a efetiva aplicação das leis. Trabalha-se com a hipótese de que o costume seja um formalizador da moral e da ética de uma sociedade, contudo, não se constituindo como fonte primária para a aplicação da justiça e para a criação das leis, portanto, é necessário zelo legislativo sem igual, no ordenamento jurídico, o que implica em maior racionalidade, que siga a evolução da sociedade, sem criar injustiça com aspecto de justiça, para finalmente, criar leis fundamentadas na realidade presente, bem como aplica-las, já que é a norma escrita que tem o dever de ser a fonte primária de tal ordenamento. A metodologia empregada neste estudo foi a exploratória de caráter bibliográfico com estudo revisional. Apontam-se por resultados, a constatação de que as mudanças de posicionamento dos operadores do direito, vêm permitindo diminuir o excessivo formalismo, dando margem a inovações, de modo que, um estudo deste fenômeno frente a aplicação da ética e da moral e sua relação com os primeiros e mais recentes conceitos sobre justiça, é a abordagem necessária e que se faz importante para compreender a forma como os juristas se manifestam diante das exigências sociais.

Palavras-chave: Direito. Emoção. Fato Gerador. Justiça. Decisões Judiciais.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course intends to investigate the creative role of the judge in face of the effective application of the law. It is questioned how problematic, if the culture that proceeds from the countless changes in the ethical and moral behaviors of individuals, manages to encompass and explain the reality within the injustices that may come to occur, and if this, it is the necessary key for the effective application of the laws? We work with the hypothesis that custom is a formalizer of a society's morals and ethics, however, it does not constitute itself as a primary source for the application of justice and for the creation of laws, therefore, unparalleled legislative zeal is necessary. , in the legal system, which implies greater rationality, that follows the evolution of society, without creating injustice with an aspect of justice, to finally create laws based on the present reality, as well as apply them, since it is the written norm that it has a duty to be the primary source of such ordering. The methodology used in this study was exploratory with a bibliographic character with a revisional study. The results point out that the changes in the positioning of law enforcement officials have allowed the reduction of excessive formalism, giving rise to innovations, so that a study of this phenomenon in view of the application of ethics and morals and their relationship with the first and most recent

¹⁷ Graduanda em Direito pela FAQUI (aketheley@gmail.com).

¹⁸ (Co-orientador) Doutor em Humanidades pela PUC-GO (gilson@faqui.edu.br).

concepts about justice, it is the necessary and important approach to understand how jurists manifest themselves in the face of social demands.

Key-words: Law. Emotion. Taxable event. Justice. Judicial decisions.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende esclarecer o papel criador do julgador, frente a aplicação efetiva da lei. Com o olhar para um passado e a construção futura da lei, demonstrará como as rápidas mudanças nos valores sociais impactam as transformações que constroem os costumes da sociedade, e do mundo hodiernos. A cultura procede desse ambiente de mudanças nos comportamentos éticos e morais dos indivíduos, e pretende-se ilustrar está realidade dentro das injustiças que podem vir a ocorrer, afim de demonstrá-la como fato gerador da discricionariedade do juiz.

O inconfundível protagonismo do Judiciário e de seu empoderamento, esbarra-se em uma conduta praticada por parte de certos julgadores, que leva a uma “modificação” do Direito segundo ideias próprias. Por vezes pelo manuseio equivocado da ética e da moral, tal comportamento tende a afastar a função primordial de resguardar o texto legal, comportamento esse chamado de discricionariedade jurídica, desse modo, o poder conferido ao Juiz para agir livremente, assenta-se em uma atitude criatividade e imprópria.

Não obstante, o presente trabalho tende a apresentar como o Estado faz uso dessas regras de comportamento, criadas culturalmente, para impor condutas. Nesse sentido, também demonstrará como o direito e seus institutos normatizadores usam das mesmas situações dignas de tutela, no uso da discricionariedade, para preencher eventuais lacunas e como tais ações, transformam-se em decisões judiciais sem amparo legal.

A oscilação das decisões atinge os entendimentos dos órgãos jurisdicionais, assim como as demais instâncias jurídicas, a instabilidade subsequente desse comportamento desagua na necessidade de entender os limites e a capacidade dos julgadores responsáveis por avaliar e aplicar a lei em função da máxima justiça.

Desse modo, o direito, ao menos em tese, deve se moldar para atender as demandas sociais e positivar os costumes de um povo, tendo em vista que nosso Estado é trino e ambos os poderes atuam em sua constituição, o Estado parece não acompanhar a rapidez com que tais valores se criam.

Por isso, se faz pertinente elucidar que, o costume de uma sociedade não constitui fonte primária para a aplicação da justiça e para a criação das leis, a norma escrita é que possui o dever de ser fonte primária das leis, assim, o zelo legislativo se faz valoroso, e apontar o limite desse cuidado para que ele siga a evolução da sociedade, sem criar injustiça, com aspecto de justiça, para finalmente, criar leis fundamentadas na realidade presente, é o caminho proposto por este estudo.

Não obstante, igualmente se evidenciará o importante papel do Direito no mundo das criações humanas, assim como, sua relevante atribuição na ordem social que é carregada de coerção, ao mesmo tempo, que é a medida das garantias de liberdades dentro de conjunto de temas que se abrem à compreensão da justiça e sua efetividade.

As mudanças vêm permitindo diminuir o excessivo formalismo jurídico, dando margem a inovações, e é por isso, que um estudo deste fenômeno frente a aplicação da ética e da moral e sua relação com os primeiros e mais recentes conceitos históricos sobre justiça é a abordagem necessária para compreender a forma como os juristas se manifestam diante das exigências do desenvolvimento social com o uso de sua discricionariedade na efetivação da lei, a luz da justiça.

1 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA ÉTICA E DA MORAL

Em um primeiro momento, faz-se necessário trazer à baila conceitos, definições e questões panorâmicas acerca do que se entende por ética e moral. Desse modo, moral é o resultado dos valores auferidos no exercício de costumes reiterados do indivíduo. Já a ética, é a forma como o homem exerce a moral dentro da sociedade, é o resultado da prática consciente e convicta, e não apenas por tradição ou educação, do melhor modo de se viver. Desse modo, ambos se referem a comportamentos externos e adquiridos por hábito.

Contudo, é tênue a linha que separa estas vertentes, por isso, é importante conhecer, historicamente, os conceitos filosófico-sociais que definiram o que se entende atualmente, por moral e ética, a fim de se compreender a influência que tem ambos os institutos comportamentais, no ambiente jurídico-social.

Portanto, uma compreensão da causa e efeito que permeiam as implicações práticas da moral e, por consequência da ética, se faz necessária, justamente porque, para que a ética se manifeste, antes é preciso uma moral estabelecida. Afinal, os valores implantados nesses institutos se incompatíveis em sua aplicabilidade, causam caos e desigualdade social, o que altera a fundação e execução da justiça que mantém o equilíbrio

da vida em sociedade. Fato este que marcou desde a história da sociedade primitiva até a contemporânea.

É nesse ponto que se faz importante entender como os valores influenciam a ética e a moral e por consequência, embasam os comportamentos humanos que constroem a cultura. Para tanto:

Muito embora a palavra “valor” tenha inicialmente surgido no contexto das ciências econômicas (Adam Smith, 1723-1790), querendo com isso denotar algo que é valioso e que se pode usar ou trocar, foi a partir da segunda metade do séc. XIX e início do séc. XX, mais concretamente com Nietzsche (1844-1900), que a palavra valor, com a correspondente conotação axiológica, foi primeiramente introduzida na filosofia. (PEDRO, 2014, p. 489).

É preciso compreender a respeito da ciência dos valores, saber este que se dedica ao estudo dos preceitos e regras que, estabelecidas socialmente, regulam o comportamento humano, também chamado de Axiologia.

Assim, a ciência dos valores como é conhecida atualmente, originou-se com os gregos, a partir de Sócrates (470 a.C.-399 a.C.), que foi contra o relativismo moral dos sofistas; Platão (427 a.C.-347 a.C.), que propôs os valores para o mundo das ideias e Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.), que apresentou a Teoria das Virtudes.

Logo, mais tarde, entre os filósofos, a começar por Kant (1724-1804), surgiu a ideia de que os valores estejam relacionados a uma característica individual de cada homem e de seu dever de agir definido por sua consciência. Valores estes que não descrevem a realidade como ela se apresenta, mas, como, conscientemente, cada um a enxerga, assim podem tornam-se subjetivos.

No entanto, existem aqueles que antes de, conscientemente, formarem seus próprios preceitos, submeteram-se a existência dos valores que, naturalmente, residia muito antes deles, os valores tidos como tradicionais advindos de crenças já estabelecidas ao longo dos anos, estes são valores objetivos.

Desse modo, conclui-se pelo relativismo dos valores que rodeiam as ações dos homens. Isto porque, não se pode limitar o conceito já que o ato de valoração vem de duas formas, quais sejam: os valores criados, conscientemente, pelos homens, ou seja, subjetivos e racionais, e aqueles cujo os atos se dão ao experimentar algo “valioso” em determinada ocasião e por isso, atribui-se valor ao feito que foi relevante ao sujeito por determinado tempo, ou seja, objetivo e material.

Entretanto, é preciso considerar ainda que, é possível que o indivíduo escolha pela opção errada caso o valor esteja atrelado a uma preferência consciente e subjetiva, como por exemplo, considerar o uso de entorpecentes como algo importante. Isso acontece porque, a ideia de valor pode facilmente ser confundida como a ideia de “bem”, e ele por si só não é valor, afinal, o bem existe por si só, independentemente de qualquer preferência humana. Vejamos:

O bem só se transformará em valor enquanto satisfizer a condição de apreciação subjetiva (e: os alimentos constituem um bem portador de valor para uma pessoa que tenha fome, mas deixam de o ser para quem tenha comida em abundância). (PEDRO, 2014, p. 492).

A confusão entre valor e a ideia de bem é um erro comum, visto que, corriqueiramente, os homens têm por hábito tornar o que é verdadeiro uma falácia, visto a carga de emoções depositadas nos valores intelectuais.

Nesse sentido, é importante compreender que para que algo adquira valor é preciso uma relação pessoal do sujeito com determinado fato, assim, não é o valor um instituto independente, pois, corresponde a emoções que norteiam as necessidades do homem e assim sendo, de forma pessoal e preferencial, criam juízos de valor social que transformam a vida do sujeito e de seu modo de se relacionar em comunidade:

Revista Científica da Faculdade Quirinópolis

Em suma: há valor sempre que: 1. O sujeito se interessa pelo objeto e este não lhe é indiferente; 2. O objeto (bem) tem interesse (ou é útil) em si mesmo; 3. Há uma apreciação parcial, ou um “parti Pris” (Lively, 1951, p. 186), que o sujeito adota face ao objeto. Porém, é a combinação de cada um destes fatores que forma o valor e não um deles tomado isoladamente. (PEDRO, 2014, p. 492).

Importante frisar, como refere Hesse (2001, p. 23), “*valor é sempre valor para alguém. Valor é a qualidade de uma coisa, que só pode pertencer-lhe em função de um sujeito dotado de uma certa consciência capaz de a registrar*”. Desse modo, entende-se que, os valores mesmo quando individuais, são compartilhados entre os indivíduos e tornam-se culturais, isto acontece por causa da relação que existe entre os objetos, coisas, e o mundo onde os sujeitos vivem em conjunto.

No entanto, é preciso se ter em mente que os valores precisam das normas e regras instituídas pela moral e pela ética e ambas precisam dos objetos e coisas que uma sociedade considera valorativa para sua existência, existe aqui uma causa de interdependência das causas que determinam a forma como os homens vivem.

Para tanto, é necessário que o homem descubra as reais virtudes por trás dos “valores” de seus valores e suas próprias perspectivas dos fenômenos que ocorrem diante de si e qual sua relação com estes acontecimentos, sejam bons ou ruins. Partindo da reinterpretação dos valores, o homem tem a chance de reinterpretar e reavaliar os valores da moral e da ética, por meio de sua própria consciência, a virtude sempre se apresentou como sabedoria, ou seja, o saber maior, sobre si e sobre o mundo e por consequência as regras que o sustentam.

É preciso ter em mente que para que a moral e a ética surgissem, houve inúmeros confrontos ao longo da história. O que temos como justiça foi ao longo do tempo custeado por um alto preço de comportamentos de opressão, ódio e autocondenação entre credores e devedores, ricos e pobres e entre chefes religiosos e seus fiéis. Por isso, o homem precisava retomar sua consciência para que ela não acabe se tornando vítima de um processo de generalização de valores corrompidos por condutas sem qualquer virtude.

Nessa luta por romper as cordas que prendem o homem nessa sociedade de moral questionável, o desejo era de que ao homem fosse permitido ser apenas homem, em sua condição mais pura de humanidade. Que a moral tradicional fosse substituída por uma que torne o homem livre das amarras que o prenderam em sua própria consciência e em uma vida que o torna infeliz e limitado, e que por fim, apareça uma moral genuinamente virtuosa a que irá trazer poder absoluto a ética e, como consequência, fará o homem equilibrado o suficiente para manusear a justiça.

Outro aspecto que torna as distinções históricas ou regionais comuns entre si, é que em ambos, existem os chamados juízos morais ou juízos de valores, estes se referem a liberdade do homem em tomar suas próprias decisões e assumir as consequências de suas escolhas com disposição. No entanto, é preciso ressaltar que, ainda que exista similaridade entre os juízos de valores quanto a forma de agir diante do mundo, existe uma distinção entre aqueles que defendem o que é bom e aqueles que defendem o que é justo.

É nesse ponto que a ética é fundamental, posto que, é ela que permite a reflexão a respeito das concepções morais, afim de não permitir que o homem apenas aceite determinado preceito moral sem antes verificar, racionalmente, sua validade dentro do campo do que é bom e justo.

2 A EVOLUÇÃO DO POSITIVISMO

Com a promessa e a crença de que viveríamos harmonicamente e teríamos um Estado Organizado e Forte, o positivismo é uma corrente que começa a ganhar força no século XVIII na Europa e torna-se a base da revolução francesa no século XIX e lema nacional no Brasil no século XX. Depois de considerar no capítulo anterior, a questão da construção social da ética e da moral, propõe-se agora pensar nos impactos do positivismo sobre a construção das decisões jurídicas.

A procura por verdades absolutas, por meio da objetividade, já caminhava, mesmo que sucintamente, na era dos pensadores Gregos, no entanto, a primeira corrente epistemológica, foi o positivismo, que surgiu em um período pós-iluminista. Por epistemológica entende-se ser a ciência que busca investigar o conhecimento e as crenças. Nesse sentido, o positivismo é o ramo que procura estabelecer métodos e evidenciar aquilo que é concreto para regular as relações humanas, desde 1830 quando foi pela primeira vez descrito por Saint-Simon, em seus estudos a respeito da ciência e como ela era formada e funcionava.

Auguste Comte, filósofo francês, nascido em 1798, foi um dos fundadores do pensamento positivista e o mais conhecido por sistematizá-lo. O nascimento do positivismo ocorreu por volta do século XIX, no meio das modificações sociais do movimento capitalista, neste período, ocorria diversas mudanças econômicas, políticas, ideológicas, tecnológicas e científicas advindas das atividades industriais.

Aprendiz do pensamento de Saint-Simon e filho de seu tempo, publicou famosos trabalhos a respeito do positivismo como *Système de philosophie positive (1830-1842)* e *Cathéchisme positiviste (1852)* e *Système de politique positive (1851-1854)*, *Appel aux conservateurs (1855)* e *Synthèse subjective (1856)*, já com sua intelectualidade mais amadurecida e no meio dos intensos conflitos da Revolução Francesa e Industrial, onde as ideias no universo francês permeavam o mundo.

Outras influências não tão diretas também podem ser detectadas no pensamento de Augusto Comte, tais como a filosofia de Francis Bacon (1561-1626) e Renè Descartes (1596-1650), para citar os clássicos, e de filósofos, historiadores, ideólogos e economistas contemporâneos seus como Destut de Tracy (1754-1836), David Hume (1711-1776), Adam Smith (1723-1790), Cabanis (1757-1808), Volney (1757-1820) e Jean-Baptiste Say (1767-1863) entre outros com os quais manteve contato durante sua ausência da Escola

Politécnica por ocasião de seu fechamento temporário, em 1816, acusada de jacobismo. (Publicação Quadrimestral, 2010).

Comte marcou sua época por buscar conciliar a razão e a tecnologia por conta de todo o quadro capitalista que estava se expandindo a pleno vapor. Nesse sentido, o ser humano começa a ser estudado a partir de sua relação com sua família, pátria e também a coletividade. Desse modo, *o grande lema positivista é: o amor por princípio e a ordem por base; o progresso por fim.* (COMTE, 1978).

Nesse contexto histórico, Comte tinha como intuito de explicar os fenômenos industriais fundando a chamada física social, que mais à frente fundamentou o surgimento da sociologia. Essa ciência utilizou o método da investigação, afim de encontrar as regras que gerenciam o prosseguimento e simultaneidade dos fenômenos. A ciência criada por Comte observou estes fenômenos tanto sociais, como históricos, para trazer exatidão e um sistema firme frente aos problemas da modernização enfrentados naquele período.

Esses métodos ganharam proporção e produção de uma ciência e assim nasce o princípio da lei, ou seja, a ciência só poderia ser real se permitisse prever as implicações que poderiam vir a ocorrer no futuro, utilizando como ferramenta pesquisas que trouxessem dados panorâmicos das leis que regiam os acontecimentos sociais, desse modo, com o tempo e a constância desses eventos, poder-se-ia criar leis positivadas.

Isto porque, o que havia por trás dos acontecimentos e fenômenos sociais não era tão somente seus fins ou causas, mas, as leis que regiam esses comportamentos, afinal, elas poderiam ser capturadas pela simples observação e, por isso, seria um conhecimento válido na ciência positivista e o resto seria imaginação ou especulação.

No entanto, para que a humanidade alcançasse o patamar elevado de leis positivas que tivesse a capacidade de beneficiar toda sociedade, era necessário ultrapassar, primeiro, os obstáculos trazidos pelos avanços tecnológicos e a forte influência dos impulsos dos homens em seus desejos por domínio da natureza e, por fim, a consequente posição privilegiada que a indústria detinha. E assim, surge q conhecida Teoria dos Três Estados, ideia está que se baseia, justamente, nos métodos criados a partir dos alicerces históricos.

Nessa Lei dos Três Estados, a humanidade passaria por três estados ou estágios. Segundo Comte, haveria um estágio teológico, um metafísico e um positivo ou científico. Os dois primeiros são partes necessárias de um processo de evolução e, portanto, devem ser removidos pela história, uma vez tendo cumprido seus papéis, cabendo ao último estágio a plenitude da humanidade. Logo, o positivismo é também a consagração da cientificidade, isto é, da era na qual o ser humano dominaria pela ciência todos os fenômenos naturais e sociais. A sociedade industrial baseia-se na crença do conhecimento como condutor da humanidade e, com isso, descarta a coexistência das religiões fundadas em dogmas distantes da ciência e de sua capacidade de elucidar e dar soluções às necessidades da humanidade. (BRUYNE; GREEFF, 2000).

Isto posto, para Comte o estudo da ordem social devia ser inverso, na verdade a sociedade não deveria ser explicada por meio do homem, mas o homem por meio da sociedade, ou seja, de forma assídua o pensador sempre demonstrou que é o indivíduo que está vinculado a coletividade, portanto, é a natureza da comunidade que coordena toda ação humana, traços estes vistos de forma forte naquele século XIX, marcado pelas fortes manifestações sociais, existia, naturalmente, um forte anseio por encontrar bases sólidas no meio das grandes comoções sociais.

Nesse ponto, esse pensamento filosófico positivista se espalhou em diversos países, na Europa por volta de 1870 ele já era presente em praticamente todo o continente, incluindo o Brasil. Se faz importante mencionar que o viés de uma filosofia científica do campo de atuação do pensamento positivista de Comte, trouxe a sociedade, inclusive, uma reforma política, no sentido de reorganizar a sociedade de forma sistemática com a teoria dos três estados.

Positivismo (fr. Positivisme) 1. Sistema filosófico formulado por Augusto Comte, tendo como núcleo sua teoria dos três estados, segundo a qual o espírito humano, ou seja, a sociedade, a cultura, passa por três etapas: a teológica, a metafísica e a positiva. As chamadas ciências positivas surgem apenas quando a humanidade atinge a terceira etapa, sua maioridade, rompendo com as anteriores. Para Comte, as ciências se ordenaram hierarquicamente da seguinte forma: matemática, astronomia, física, química, biologia, sociologia; cada uma tomando por base a anterior e atingindo um nível mais elevado de complexidade. A finalidade última do sistema é política: organizar a sociedade cientificamente com base nos princípios estabelecidos pelas ciências positivas. 2. Em um sentido mais amplo, um tanto vago, o termo 'positivismo' designa várias doutrinas filosóficas do séc. XIX, como as de Stuart Mill, Spencer, Mach e outros, que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências. Contemporaneamente muitas doutrinas filosóficas e científicas são consideradas 'positivistas' por possuírem algumas dessas características, tendo este termo adquirido uma conotação negativa nesta aplicação. (JUPIASSU; MARCONDES, 2006, p. 222).

No Brasil, inicialmente o positivismo ingressou de forma autoritária, isto porque o forte anseio de um Estado igualitário, onde o homem vive em uma sociedade justa, da qual ele mesmo é fruto de sua coletividade, poderia ter um líder que poderia agir de forma a garantir a faculdade de ditar aos desejos do povo, criou interpretações ditatoriais e pouco democráticas.

O positivismo combinado com a esfera política trouxe valores que sustentaram os primórdios da república brasileira, inspirados no jacobinismo, que era um grupo de republicanos que, em 1792, impulsionaram a instauração da República, e foram responsáveis por medidas contra as classes altas da sociedade francesa no período conhecido como Grande Terror, entre 1793 e 1794.

Já no Brasil, como precursores do positivismo, citam-se: Raimundo Teixeira Mendes, Miguel Lemos e Benjamin Constant Botelho de Magalhães, os quais inspiraram a frase gravada na bandeira brasileira, o lema *Ordem e Progresso*, apoiando a ideia de uma nação unitária capaz de defender os anseios sociais.

Se faz mister destacar que, no Brasil, houve duas correntes distintas do positivismo: a primeira seguidora da Religião da Humanidade e a Heterodoxa, permitindo que por meio das ciências exatas da até então Escola Militar e da Marinha de Guerra ou das lições de química e física da Escola Politécnica, permitiu a permanência por um período de tempo do pensamento positivista.

Embora a influência maior tenha se dado por essa via, sabe-se que em 1844, Justiniano da Silva Gomes defendeu sua tese na área de biologia, aludindo explicitamente a Auguste Comte, à Lei dos Três Estados e ao Método Positivo. Por essa razão, Lins (1964) considera Justiniano o primeiro positivista brasileiro.

Lins (1964) comenta, ainda, que o passo mais importante, contudo, fora dado por Luís Pereira Barreto (1840 - 1923), com a obra "As Três Filosofias", na qual a positivista era apontada como capaz de substituir a tutela intelectual exercida pela Igreja Católica. Aponta também, que a grande adesão, senão a principal delas, foi a de Benjamin Constant Botelho de Magalhães (1836 - 1891), consagrado mestre da Escola Militar, devido à sua grande competência didática. (OLIVEIRA, 2013, p. 4 -3.)

Desse modo, no país teve um positivismo um maior alcance, onde se abandonava a religiosidade de Comte e se aproximava do espírito cientificista da doutrina para orientar o homem naquilo que era útil diante de ações imediatas. Dessa feita, tem-se que

o projeto inicial do positivismo mais autoritário não obteve vitória, sendo que do positivismo no Brasil, restou apenas a herança doutrinária.

3 PRÁTICAS JURÍDICAS E A NOÇÃO DE JUSTIÇA

Primeiramente, já se faz necessário questionar se as sentenças ocorrem por meio da prática do conhecimento adquirido, ou simplesmente, por uma ação da vontade do juiz. Isto porque, segundo a corrente positivista, elencada anteriormente, o direito é um sistema pronto, com definições oferecidas antecipadamente para que o juiz necessite apenas se inteirar dos acontecimentos e das regras adequadas, para, apreciando-as, atuar no sistema jurídico e concretizar a atuação das normas vigentes já previstas.

O que pode eventualmente ocorrer, é o magistrado se deparar com determinada situação que não se enquadra dentro do sistema, não se encontrando em consonância com o que efetivamente ocorre, abre precedentes para a atuação de sua vontade. Entretanto, um julgamento carregado de emoções psicológicas, desvia-se do processo lógico e racional deliberativo trazido pelo positivismo jurídico, o que conseqüentemente, emerge na questão da justiça (PRADO, 2008).

Isto porque, processos emocionais, onde possa haver manifestação de afeições pessoais, expande o sistema para uma esfera de arbitrariedades que autorizaria o magistrado a decidir de qualquer modo, sobre qualquer matéria, mesmo que a lei institua limites. Por isso, é importante que todo o ordenamento jurídico seja respeitado, ele é a medida da justiça.

Importante nos atentarmos que, nenhum conceito, seja genérico ou abstrato, poderia dar conta da complexidade do mundo, por isso, ao longo da história, como foi visto, para todo o procedimento de aplicação do sistema jurídico foi necessário a adequação da realidade fática como modalidade de justiça, a qual, revela-se como o ajuste necessário para as previsões normativas aos casos (GRECO, 2010).

Partindo desse ponto, entende-se que o juiz não poderia decidir por um ato meramente disposto a sua vontade pura e simplesmente, visto que, ele recorre a todo um sistema de normas já postas onde ele encaixa a norma mais adequada ao caso que a ele se apresenta, alicerçando-se racionalmente e, inclusive, justificando a opção dos substratos lógicos dos quais procede sua decisão, processo esse chamado de fundamentação.

Por isso, ao apresentar uma sentença, ela não pode ser vítima de afeições ou anseios psicológicos, a marca da racionalidade que fundamenta todo o sistema positivista

é a justificativa necessária para explicar de forma coerente e lógica, todo o procedimento deliberativo, assim como, para verificar o conteúdo decisório no sentido de auferir as normas que de fato são relevantes para determinado caso.

Desse modo, a decisão final do juiz, nada mais é do que a garantia de que ele agiu com a devida prudência na análise do caso, assim como se, verdadeiramente, aplicou a norma jurídica equânime e justa ao invés dele próprio agir como o justiceiro ou utilizar da justiça geral, advinda dos costumes sociais, impostos culturalmente (BARROSO, 2001).

Importante compreender que, essa força exercida pelo sistema jurídico e o controle que ele é capaz de executar no comportamento dos que estarão sendo julgados e daqueles que estão julgando, reforça o sentimento de responsabilidade no agir jurídico, ou seja, propriamente na moral e na ética das decisões, pois, ao proferir determinada sentença e expondo seus fundamentos, permite-se a construção de uma discussão no que diz respeito aos parâmetros alçados em relação a justiça.

Para vislumbrar esse cenário de forma mais clara, supõe-se que certo juiz determinou a prisão de um sujeito, se a medida tomada foi pelo fato de ter o indivíduo praticado um homicídio, digamos que é, ao menos em princípio, uma medida correta, ora, se a mesma medida for aplicada porque ele não pagou determinada dívida em um boteco que se comprometeu a pagar, tem-se uma medida errada e, assim, injusta (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RITA, ITEM 7).

Nesse sentido, pode-se concluir que se tem a mesma providência, qual seja, a prisão, mas o motivo e o fundamento legal dela ter sido aplicada, vai revelar a base para se auferir a medida da justiça, ou seja, a aplicação do dispositivo legal em si, não demonstra uma avaliação clara da justiça, que só irá se manifestar nas razões declaradas do juiz em sua fundamentação.

Portanto, tem-se de forma bem inteligível que, a justiça é o fim do direito e condutora da atividade judiciária. Partindo desse ponto, se pode dividi-la em justiça legal ou equânime. Por equidade, tem-se aquela apreciação de um julgamento que manifeste um agir imparcial e que preze pela igualdade, ou seja, a equidade se revela na flexibilidade que a justiça pode exercer diante das singularidades apresentadas em cada caso que vier a ser julgado, e até que ponto o magistrado aderiu ao direito positivado vigente, sendo assim, mais relevante para a justiça (ATIENZA, 2008).

Desta feita, tendo por base a atuação judicial e a justiça, as decisões tem uma norma referencial que permite o magistrado tratar da distribuição igualitária das

pretensões das partes, isto porque, como demonstrado, ao transformar certa visão moral e ética de um sistema cultural em preceitos normativos de caráter jurídico, os legisladores assim o fazem segundo uma estrutura presumida apoiada em previsões de fenômenos futuros, os quais, necessariamente, dependem de um ajuste fático no momento da aplicação da justiça em determinada circunstância.

Nesse ponto, cabe trazer à baila duas situações específicas de grande discussão jurídica, em primeiro, aquelas em que existem casos que não foram contemplados pelo legislador, existindo assim, uma lacuna, por exemplo, questões do campo bioético, que trazem problemáticas a respeito do início da vida ou do uso de tecidos embrionários, demandas ainda não positivadas pelo direito, mas disponíveis ao magistrado. Em segundo, diz respeito aquelas lacunas que, para uma situação específica e atual, apesar de existir uma previsão legal, exige um procedimento integrador por parte do legislador, no tocante a adequar a norma aquela realidade (PRADO, 2008).

É por isso que, partindo da premissa de que, se tem por suporte a apreciação de um julgamento que manifeste igualdade e senso de justiça como princípio de aplicação das normas positivadas, diante de uma fundamentação séria e ampla nota-se que tais lacunas fazem presença marcante no mundo jurídico. Por isso, consta-se que, o ato empreendido pelo juiz integra o sistema jurídico, salvando o princípio da completude e, nesse caso, se pode constatar que o direito em si, não apresenta lacunas, mas a lei as tem, necessariamente, advindos dos avanços e das mudanças culturais de uma sociedade (NADER, 2010).

Não obstante, ressalta-se que a decisão do magistrado não pode ser um arquétipo lógico-dedutivo, onde o julgador se impõe a retirar os sentidos escondidos no texto legal, mas as normas devem ser para ele alicerce e os fenômenos singulares do caso sob exame, objetos para uma consideração cuidadosa e sensata. No tocante as práticas jurídicas, consideram-se justas aquelas que considera as peculiaridades do caso resolvendo-o em respeito aos critérios coerentes com os valores do ordenamento jurídico positivado, sendo capaz de se entender a casos semelhantes.

Eis a justificativa para o caráter normativo, inclusive, das jurisprudências, que se fundamentam na pretensão de consistência de uma aplicação, como se fossem normas concretas, e como expressão da justiça no procedimento de aplicação do direito e, portanto, tornando-se como um método de verificação.

Se faz importante no contexto do manuseio da justiça e da morosidade do judiciário, compreender o instituto do Juiz de garantia, visto que, é um mecanismo, dentro do âmbito processual penal com capacidade para garantir que determinado juiz esteja comprometido a zelar pelos direitos dos indivíduos, mesmo não sendo ele a deliberar a sentença. Firmado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo atual presidente da República em 24 de dezembro de 2019, o chamado “Pacote Anticrime” elaborado pelo ex Ministro da Justiça, Sérgio Moro, teve agregado em a seus tópicos a figura do juiz de garantias.

O projeto, veio para modernizar o Código de Processo Penal vigente no país, que é de 1941, alicerçado nos artigos 3-A a 3-F da lei 13.964/2019. Segundo o juiz Criminal Casara, o juiz de garantias é o “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual” (CASARA, 2010, p. 170).

Importante se ter em mente que este emblema, não é uma inovação, mas um cargo que já havia sido proposto pelo Senado, para o novo Código de Processo Penal, no ano de 2009. O Juiz de Garantias, deve estar além de uma reles modificação formal das normas de jurisdição ou da organização do judiciário, mas é a divisão entre o juiz que trabalhou na “garantia” e aquele que irá operar, no mesmo caso, no “juízo de julgamento”, isto sob pena de nulidade.

Desse modo, este Juiz garantista, é aquele que vai estar encarregado de zelar pela demanda até a hora em que a denúncia for oficialmente retratada pelo Ministério Público. Nesse ponto, um novo juiz será designado para o caso, ele ouvirá as testemunhas, analisará as evidências e julgará os casos. É uma evolução para o mundo civilizado e uma forma de aprimorar a justiça, fortalecendo a imparcialidade e protegendo os direitos individuais contra possíveis arbitrariedades.

CONCLUSÃO

O presente trabalho por meio da metodologia bibliográfica, revelou mediante uma breve análise histórica, os fenômenos sociais como os elementos de maior influência do direito. Assim, considerando a relevância dos institutos da moral e da ética, notou-se o crucial cuidado que se deve ter na aplicação da cultura na discricionariedade jurídica, uma má gestão desse poder, atinge a base estrutural do meio considerado como propulsor da institucionalização das liberdades, seguranças e dignidade dos cidadãos, ou seja, o direito como promovedor de justiça social.

Historicamente, o Direito foi construído pelos anseios sociais e legitimado por meio do positivismo, em que pese os grandes pensadores que tentaram separar o uso dos princípios da aplicação das leis, foi o trabalho em conjunto que promoveu a sanção da supremacia de Constituições ao longo da história. Nesse sentido, o Direito é a ciência que gera efeitos e influência na qualidade e forma como as pessoas vivem, mais do que ferramenta de efetivação de interesses, é instrumento da busca histórica do homem pelo bem comum, e tem na justiça sua materialização.

Sendo assim, a teoria não pode ser negligenciada, a integridade da história do direito deve ser considerada, apesar da indiscutível capacidade contributiva utilizada nas interpretações vinculadas aos valores. Sabe-se que, não são as leis que mudam os fenômenos sociais. São os fenômenos sociais que mudam as leis. Mas, a justiça não está a serviço do mercado, mas a serviço da lei. Portanto, a discricionariedade do juiz é benéfica quando utilizada a luz da ética e da moral na aplicação efetiva da lei, na promoção da justiça.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel; VIGO, Rodolfo Luís. **Código ibero-americano de ética judicial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

BRUYNE, Abraham; Tanya De, GREEFF, (P. 2000) **Conflict Management Style and Marital Satisfaction, Journal of Sex & Marital Therapy**, 26:4, 321-334, DOI: 10.1080/009262300438724

CASARA, Rubens R. R. **Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170.

COMTE, A. 1978. **Curso de filosofia positiva**; Coleção Os Pensadores. São Paulo: abril Cultural.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado/ Rogério Greco – 4 ed. – Niterói, RJ: Impetus. 2010.**

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES. Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LINS, I. (1964). **História do Positivismo no Brasil**. (2a ed.). São Paulo: Companhia Editora Nacional.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 32^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, B. R. B. de, Costa, C. S. R., & Kovacs, E. P. (2011). **Lentes epistemológicas e metodológicas nas pesquisas brasileiras em administração estratégica: características e pressupostos norteadores**. Anais do Encontro de Estudos em Estratégia da ANPAD (3Es), 5.

PEDRO, Ana Paula. **Ética, moral, axiologia e valores: confusões e ambiguidades em torno de um conceito comum**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 55, n. 130, p. 483-498, Dec. 2014.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 4. ed. Campinas: Millennium Editora, 2008. 211 p.

Enviado em: 26/06/2020.

Aceito em: 01/07/2020.

RECIFAQUI
Revista Científica da Faculdade Quirinópolis