

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HISTÓRIA DO DIREITO

ÁLVARO GONÇALVES ANTUNES ANDREUCCI

JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci, Juliana Neuenschwander Magalhães, Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-193-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

A história do direito é uma área jovem no campo acadêmico brasileiro. Como qualquer disciplina em consolidação, apresenta fortes desafios, que oscilam entre a profissionalização e o rigor acadêmico (indubitavelmente presentes na área no Brasil) e um certo diletantismo. Assim como o grande historiador francês do século XX, Phillippe Ariès, dizia-se (no caso dele, pela mais legítima modéstia) um mero “historiador domingueiro”, no Brasil temos ainda muitos acadêmicos provenientes de outras áreas alheias à história do direito que se aventuram nas plagas da “história do direito”. Os resultados desse fenômeno são heterogêneos: de um lado, vemos como altamente positivo que haja um interesse crescente pelo passado jurídico e pelo esforço de compreensão da esfera jurídica pelas lentes históricas; de outro lado, porém, vemos algumas aproximações à disciplina sem a devida mediação metodológica, sem a devida compreensão de que “atingir” o passado não é tarefa simples, mas que exige ferramentas e adestramento, sob pena de se cometer uma série de “pecados” teóricos – sendo que o maior deles para o historiador, segundo o célebre Lucien Febvre, era o pecado do anacronismo.

Os resultados compilados nessa nova coletânea do CONPEDI revela, a um só tempo, o robustecimento do GT de História do Direito, já que muito nos impressiona pela quantidade de trabalhos enviados (sendo alguns de excelente qualidade), e a heterogeneidade da produção acadêmica da área de história do direito no nosso país.

Como coordenadores do GT, nossa tarefa é sobretudo aquela de, durante o desenvolvimentos dos trabalhos no encontro do CONPEDI, encaminhar as discussões de modo a pontuar as especificidades teóricas e metodológicas do campo da História do Direito, refletindo sobre os limites de um campo do saber ainda em consolidação no Brasil.

Enquanto organizadores dos anais do GT, incumbe-nos organizar as contribuições dos participantes, ordenando-os tematicamente, em consonância com a temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI e de forma a tornar minimamente coerente a organização da diversidade temática e metodológica presente no corpo de textos apresentados. Assim, tendo em vista o arco temático “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, organizamos da seguinte forma os trabalhos apresentados no GT História do Direito do XXV CONPEDI:

- 1) História do Direito e do Pensamento Jurídico
- 2) História do Direito na Europa
- 3) História do Direito e construção do Estado brasileiro
- 4) História Constitucional brasileira

No primeiro bloco, História do Direito e do Pensamento Jurídico, inauguramos o volume, em homenagem à temática geral do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, com uma reflexão de caráter metodológico sobre a Nova História, a partir do estudo da obra *Las mujeres ante la ley en la Cataluña moderna*, de Isabel Pérez Molina, que aborda a condição das mulheres na Idade Moderna. No texto intitulado *Melheres perante a lei na Catalunha moderna*, Maria ereza Fonseca Dias pretende contribuir para a compreensão dos fenômenos sociojurídicos do passado relacionados à temática de gênero.

Em seguida apresentamos textos que abordam aspectos de uma historiografia dos conceitos, o primeiro intitulado *O conceito de Justiça na História*, escrito por Ana Carolina Nunes Furtado e o segundo *O conceito de soberania entre a formação das cidades medievais e a sociedade internacional clássica*, escrito por Marcelo Markus Teixeira e Idir Canzi. Nesse último, a pesquisa histórica sobre o conceito de soberania leva a uma problematização da noção de soberania na Idade Média, abrindo espaço para se discutir a modernidade desse conceito em face do surgimento de uma sociedade de Estados, assim como do Direito Internacional.

O segundo bloco é composto por artigos que abordam temas variados da história do direito na Europa. Dada a proximidade temática com o último texto do bloco precedente, inauguramos esse grupo de textos com o ensaio *Estado, Direito e religião na ordem jurídica medieval*, em que Viviane Lemos da Rosa e William Soares Pugliese desenvolvem diferentes aspectos da ordem jurídica medieval, com enfoque nos temas do pluralismo jurídico, da ausência de unidade política e da importância que a religião adquiriu na formação de uma cosmovisão medieval. Os dois últimos textos desse bloco recuperam expressões do Direito Romano, com enfoque sobre a visão romanista da estrutura familiar. No texto *A família romana: contributo histórico-jurídico*, no qual Maisa de Souza Lopes e Vivian Gerstler Zalcman, no qual se pretende recuperar a contribuição daquela visão para o contexto atual e no estudo. Já Ricardo Alejandro Lopez Tello e Adriana Silva Maillart, no ensaio *Tribuno da Plebe: contextualização histórica do acesso à justiça por métodos extrajudiciais de resolução de conflitos*, têm por objetivo analisar a luta e o resultado das reivindicações da plebe,

enquanto excluídos na sociedade, sobretudo no que diz respeito às suas chances concretas de “acesso à justiça”, pela via do “Tribuno da Plebe”.

O terceiro bloco de artigos, reunidos sob a temática História do Direito e construção do Estado brasileiro tratam de aspectos variados da formação do direito e das instituições jurídico-políticas brasileiras, da época colonial à República. O bloco é integrado por textos sobre o direito penal colonial, de autoria de Karina Nogueira Vasconcelos e Rodrigo Teles de Oliveira e intitulado Penalidade e Colônia: da liberdade punitiva às Ordenações Filipinas numa análise da punibilidade dos homens livres na capitania de Pernambuco; sobre as origens do contrato de arrendamento rural no Brasil, no estudo apresentado por Luís Felipe Perdigão de Castro no texto Os contratos de arrendamento rural no Brasil: origens históricas; assim como sobre a História do Federalismo Fiscal no Brasil Império, Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou De Araújo e Mendonça, em que se aborda a influência do modelo federalista norte-americano no movimento descentralizador no Brasil da década de 1830, a partir da pesquisa historiográfica e da análise de estudos financeiros e de documentos político-legislativos do Império. Outro interessante estudo é Uma análise da elaboração do Código Comercial brasileiro à luz da doutrina e debates legislativos históricos, em que Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e Raphael Vieira da Fonseca Rocha discorrem acerca dos debates na Câmara dos Deputados nos anos que precederam a promulgação do Código Comercial Brasileiro em 1850, dando relevo à votação do projeto em bloco. Nesse segmento, destaca-se ainda, como particularmente afinada com o campo temático do XXV CONPEDI, a pesquisa de Jahyra Helena Pequeno dos Santos e Ivanna Pequeno dos Santos sobre a demanda pelo voto feminino no Brasil e sua abordagem histórica.

O quarto e último segmento, sobre História Constitucional Brasileira inicia-se com uma interessante reflexão sobre as expressões da temporalidade na história constitucional brasileira, elaborada por Luiz Fernando de Oliveira no artigo Tempo que passa, tempo que fica: o prescritível e o imprescritível como expressões de temporalidades na história constitucional brasileira. Em seguida apresentam-se pesquisas diversas sobre as transformações históricas em diferentes aspectos do constitucionalismo brasileiro, como ocorre nos textos A evolução do modelo burocrático de gestão brasileiro na República, de autoria de Daniela Almeida Bittencourt e Fabrizia Angelica Bonatto Lonchiati; A tutela constitucional da cultura no Brasil, de Letícia Menegassi Borges e Análise da gestão privada de recursos públicos a partir da contextualização histórica das políticas públicas de saúde no Brasil, escrito por Elda Coelho De Azevedo Bussinguer e Shayene Machado Salles. Ainda nesse bloco, uma reflexão sobre a evolução do constitucionalismo brasileiro à luz da nova

perspectiva do constitucionalismo latino-americano, no trabalho *Texto e contexto do constitucionalismo brasileiro: releituras a partir do constitucionalismo latino americano do século XXI*, que tem por autor Pedro Henrique Nascimento Zanon.

Dois textos abordam a temática da história das transições políticas no Brasil. De forma mais direta, o texto *Poder Judiciário, Regime Autoritário e Memória: a narrativa institucional sobre o regime autoritário*, de Vanessa Dorneles Schinke, descreve a narrativa oficial sobre a atuação do poder judiciário durante o regime autoritário de 1964-1985 que foi apresentada nos espaços de memória da justiça comum brasileira. Já o texto *De Médici a Marighella: uma história “certa” escrita por linhas tortas, ou uma história “torta” escrita por linhas certas*, escrito por Filipe Segall Tavares, José Maria Barreto Siqueira Parrilha Terra, parte de relato de um caso relacionado com a temática dos “lugares da memória” para empreender um debate, a partir de Michel Foucault, sobre aspectos epistemológicos da história do direito.

Veja-se, pois, uma amostragem da produção científica no campo da História do Direito no Brasil, que convidamos nosso leitor a visitar.

Prof. Dr. Álvaro Gonçalves Antunes Andreucci (UNINOVE)

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

O CONCEITO DE JUSTIÇA NA HISTÓRIA

EL CONCEPTO DE JUSTICIA EN LA HISTORIA

Ana Carolina Nunes Furtado

Resumo

Através da necessidade de fundamentar o direito foi desenvolvido o conceito de justiça que perpassa todos os períodos históricos da humanidade. A fim de entender os novos rumos tomados pelo fenômeno jurídico e determinar a definição mais adequada e reflexiva deste conceito na atualidade, o presente estudo, fazendo uso de um método histórico bibliográfico, busca demonstrar que a justiça passou por diversos estágios de pensamento, amoldando-se a forma de racionalização dos diversos eventos históricos, porém, não se pode restringi-la a um conceito único, uma vez que a sua elaboração é uma resposta às necessidades dos indivíduos de seu tempo.

Palavras-chave: História do direito, Filosofia do direito, Conceito de justiça

Abstract/Resumen/Résumé

Por la necesidad de basar el derecho que fue desarrollado el concepto de justicia que impregna todos los períodos históricos de la humanidad. Con el fin de entender las nuevas direcciones tomadas por el fenómeno jurídico y determinar la definición más apropiada de este concepto en la actualidad, este estudio, de método histórico, trata de demostrar que la justicia ha pasado por varias etapas de pensamiento, amoldando su forma en los diferentes acontecimientos históricos, sin embargo, no se puede limitar a un solo concepto, ya que su desarrollo es una respuesta a las necesidades de las personas de su tiempo.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Historia de la ley, Filosofía de la ley, Concepto de justicia

INTRODUÇÃO

A história mostra que uma das primeiras e principais preocupações do homem foi com a organização de seu convívio social e do trato com a questão patrimonial, visto que, precocemente, os indivíduos se apercebiam da escassez de recursos para acudir às necessidades infinitas das pessoas. Era preciso ordenar quais as necessidades e quais pessoas seriam atendidas. Isto só se tornou possível através da criação do direito, que por meio de sua estruturação monopolista da força, pôde suportar o desenvolvimento do Estado.

O direito foi concebido para ser a medida da divisão dos bens. De acordo com a maioria dos filósofos e juristas, principalmente em Roma, o papel do direito era atribuir a cada um o que é seu (VILLEY, 2008, p. 65-66).

Já muito precocemente, com marcos temporais que remontam a idade antiga, o direito necessitou de bases que justificassem os seus procedimentos e escolhas, uma vez que as decisões tomadas não abarcavam todas as classes de pessoas, pondo em risco o convívio harmônico entre os indivíduos. Aliado a isso, o próprio homem questionava as bases de seu pensamento com o objetivo de achar um sentido para os fenômenos naturais e sociais a que estava submetido.

O conceito de justiça surge desta necessidade social, natural e constante do espírito humano de achar um significado, um sentido para legitimar o direito. A discussão se um direito é justo ou não pressupõe a possibilidade de questioná-lo. Esta possibilidade só surge com a introdução da antítese entre natureza e lei. Quando esse problema surge, surge concomitantemente a filosofia do direito (OLIVEIRA, 2012, p. 90-91).

Neste contexto, uma pergunta debatida com veemência, tanto no cotidiano quanto na filosofia, é saber em que consiste mais concretamente a justiça e se seu conceito preservou uma uniformidade de pensamento desde o seu desenvolvimento pela civilização Grega até a idade moderna e contemporânea.

Para refletir sobre tais questionamentos, lançou-se mão de um estudo histórico a fim de possibilitar, através da pesquisa bibliográfica em livros, artigos e documentos, a investigação das diversas formas de pensar sobre justiça, principalmente no contexto antigo, moderno e contemporâneo.

CONCEITO DE JUSTIÇA NA GRÉCIA: DA VISÃO ARISTOCRÁTICA À VISÃO IGUALITÁRIA

As primeiras noções de justiça apareceram na Grécia Antiga como decorrência de uma transformação do pensamento e do próprio homem em busca de maior vivacidade, liberdade, largueza de visão e iniciativa pessoal, características que nasceram na região Jônica, fruto de um esforço para a libertação do espírito individual do povo grego.

A Jônia, diferentemente das outras cidades gregas como Esparta, estava longe de ser um modelo no campo político, porém, contribuiu para o desenvolvimento grego por abrigar um povo guerreiro, voltado ao comércio e explorações marítimas desde o séc. VIII a.C. até o séc. VI a.C., tendo sido uma das regiões que primeiro substituiu o sistema de troca pela retribuição monetária e buscou explorar novos comércios.

Segundo Jaeger (1995, p. 130-133), com a mudança das formas de vida jônicas deve ter nascido também um novo espírito na Grécia. A ampliação dos horizontes e de novas atividades, possibilidades e sentimentos abriram caminho para uma multidão de ideias ousadas. O autor complementa ainda:

O espírito de crítica independente das poesias de Arquíloco e na filosofia milesiana penetrou também, por certo, na vida pública. Não se tem nenhuma informação das lutas intestinas que se devem ter travado ali, como em qualquer outro lugar do mundo grego. Mas a série de testemunhos que exaltam a justiça como fundamento da sociedade humana estende-se, na literatura jônica, desde os tempos primitivos da epopeia até Heráclito, através de Arquíloco e Anaximandro.

Desta forma, percebe-se que o direito grego que se desenvolveu neste período é apenas o reflexo da importância fundamental que as transformações da realidade tiveram na vida pública daqueles tempos.

Nota-se ainda que, pela experiência jurídica grega ser uma propriedade da sua cultura, o direito, como não seria diferente, se difundiu globalmente seja através do teatro, da filosofia, da história ou de qualquer outra manifestação de caráter cultural.

De acordo com Siciliani (2011, p. 61), se o direito é fruto da cultura, sobrevém uma consequência metodológica importante, qual seja, a necessidade de uma investigação das fontes de sua civilização se quisermos iniciar um estudo de sua problemática.

Assim, para se entender como se deu o surgimento e o desenvolvimento do pensamento jurídico grego, é necessário, fazer uma conexão entre seus mitos, sua cultura, sua literatura, e o conceito de justiça que se desenvolveu, uma vez que estas expressões materializam a forma de pensar e de compreender o mundo desta civilização.

Explica Fustel de Coulanges (1961, p. 12) que basta colocar as crenças dos gregos à frente de suas instituições e de suas leis, que os fatos tornar-se-ão claros e sua explicação tornar-se-á

evidente. Se forem consideradas as primeiras idades dessa raça, ou seja, a época em que fundou suas instituições, poder-se-á observar a ideia que faziam da criatura humana, da vida, da morte, da segunda existência, do princípio divino, evidenciando a íntima relação entre essas opiniões e as regras antigas do direito privado, entre os ritos que se originaram dessas crenças e as instituições políticas.

Para melhor compreensão destes fatos, faz-se necessário compreender uma das primeiras formas de expressão grega, o mito. De acordo com Jabouille (1993, p. 17), a palavra *mythos*, na Grécia Antiga, tinha dois sentidos primordiais: palavra ou discurso e história ou narrativa. O vocábulo surge na *Ilíada* como palavra narrada e também, na *Odisseia*, como história ou narrativa. Explica que “nos primórdios da literatura grega, *mythos* surge com o sentido de algo transmitido através da palavra. E é fundamental não esquecer que o mito é uma narrativa e, por isso, a sua existência depende da materialização através da palavra falada ou escrita”.

Portanto o mito não se confunde com as fábulas ou contos, mas assume um papel de ensinar as histórias primordiais que constituíram o homem existencialmente, e tudo o que se relaciona com a sua existência e com o seu próprio modo de se relacionar com o mundo.

O mito possui uma função pedagógica, ele cria modelos que servem de exemplo para toda uma sociedade contendo em si um significado normativo. Desse modo, o mito traz em si o germe do saber jurídico, das primeiras concepções de justiça, cuja herança será recolhida pela filosofia, para dele fazer o seu objeto próprio, transpondo-o para um outro registro de linguagem e de pensamento, formulando os seus enunciados a partir da utilização de um vocabulário e de conceitos isentos de qualquer referência aos deuses da religião comum (VERNANT, 1991, p. 30).

Ao lado dos mitos, o povo guardava a sua antiga religião e sua sabedoria prática, adquirida pela experiência que se compõe de conhecimentos e conselhos profissionais, e de normas morais e sociais. Estas eram refletidas diretamente na organização jurídica da cidade e da forma de pensar o próprio direito.

Em relação à organização da Polis, toda manifestação do direito ficou sem discussão na mão dos nobres que administravam a justiça segundo a tradição, sem o uso de leis escritas, o que estimulava o favorecimento pessoal de suas causas e o abuso político da magistratura. Portanto, antes de chegar a justiça, a Grécia assistiu ao desenvolvimento de uma série de graus intermediários, dos quais o mais antigo é uma espécie de aristocracia.

Contudo, esta forma de lidar com o direito causou o aumento da oposição entre os nobres e os cidadãos livres. Por volta do século VII a.C., o enriquecimento dos cidadãos alheios à nobreza

gerou reivindicações a favor da elaboração de leis escritas. Prova deste fato são as censuras de Hesíodo contra os senhores venais, que na sua função judicial atropelavam o direito. É por ele que a palavra direito, *dike*, se converte no lema da luta de classes. Para ele, direito escrito era direito igual para todos, grandes e pequenos (JAEGER, 1995, p. 134).

Paralelamente a esta questão social, é salutar se evidenciar a falta de distinção entre as normas legais, os fatos reais e a religião. Sobre a influência religiosa, preceitua Fustel de Coulanges (1961, p. 13) que a comparação das crenças e das leis mostra que a família grega e romana foi constituída por uma religião primitiva, que estabeleceu tanto o casamento como a autoridade paterna, fixando as linhas de parentesco, consagrando, assim, o direito de propriedade e de sucessão. Essa mesma religião, depois de estabelecer e formar a família, instituiu uma associação maior, a cidade, e predominou sobre ela como o fazia na família. Dela se originaram todas as instituições, como todo o direito privado dos antigos. Da religião, a cidade tirou seus princípios, regras, costumes e magistraturas. É necessário, portanto, como ressalta o autor, estudar, antes de mais nada, a crença desses povos.

Segundo a tradição grega as Horas são a representação das estações do ano. Eram três: Eunomia, (a Disciplina ou Boa Ordem); Diké (a Justiça); e Eirene, (a Paz ou a Harmonia). No mito, elas se apresentam sob duplo aspecto: como divindades da natureza, presidem ao ciclo da vegetação ou como divindades da ordem, asseguram o equilíbrio da vida em sociedade (BRANDÃO, 1997, p. 33.) Diké, é a deusa grega dos julgamentos e da justiça, vingadora das violações da lei (DEL DEBBIO, 2008, p. 192.). A deusa expressa a ideia de ordem e equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos da sociedade humana, em contraponto à Themis. Enquanto themis refere-se principalmente à autoridade do direito, à sua legalidade e à sua validade, diké significa o cumprimento da justiça (JAEGER, 1995, p. 135). A diké, expressão da justiça humana, manifesta-se como a ordem imanente a que se deve uniformizar a ação do indivíduo enquanto membro de uma coletividade.

Assim, os fatos sociais aliados aos preceitos religiosos fizeram da justiça um forte argumento para busca da igualdade e a lei escrita se tornou seu instrumento. Porém, como ressalta Souza (2012, p. 58-59), é interessante notar que as maiores inovações introduzidas pelos legisladores, nas novas leis escritas, diziam respeito a questão processual, justamente o ponto da queixa de Hesíodo em sua crítica. Assim, as alterações procedimentais podem não ter representado, como confirmam as evidências históricas, em leis mais justas do que as anteriores, porém é inegável o avanço nas reformas do sistema judiciário.

Além disso, devido a alteração da lei oral para a forma escrita percebe-se que a noção de justiça sofre uma relativização, na medida em que, para o grego, tradicionalmente, o conceito de justiça era inseparável do de *nomos* (lei). Desta forma, passou a se considerar justo apenas o que era dito pelo legislador sendo este o começo, o meio e o fim de toda justiça. Neste sentido, segundo Bittar e Almeida (2005, p. 61), se a lei é relativa, se esvai com o tempo, se é modificada ou substituída por outra posterior, então este também é o fim da justiça.

Assim, a justiça se torna inconstante como a lei que pode ser alterada por um ato de vontade do legislador. É este o pensamento que predominou no séc. V a.C. com os sofistas, que introduziram um relativismo a respeito de concepções éticas. Em vez de definições absolutas, conceitos fixos e eternos sobre tradições inabaláveis, esta classe de pensadores propunha o relativismo, o provável, o possível, o instável. A assunção dessa posição diante dos fatos e valores desencadeou a relativização da justiça. Para eles justo é aquilo que favorece ao mais forte (BITTAR e ALMEIDA, 2005, p. 60-61; DEL VECCHIO, 2006, p. 15).

Com um olhar sobre as coisas humanas, diferentemente de seus antecessores que se preocupavam tão somente com o conhecimento dos fenômenos naturais e da natureza em si, os sofistas introduziram a antítese entre natureza e lei como meio de reflexão. Essa antítese implica no fato de que há coisas, como as estrelas, que existem porque são naturais, e como tais não podem ser alteradas pelos homens, por outro lado, há coisas, como as leis, que existem porque são fruto da ação humana e são o resultado das convenções entre os homens (OLIVEIRA, 2012, p. 90-91; GUTHRIE, 1995, p. 57).

Diante da descoberta da distinção fundamental entre natureza e convenção, os sofistas passaram ao problema de saber se a justiça tem um fundamento natural, se aquilo que é justo por lei é também justo por natureza. Ante este problema, assumiram geralmente atitude negativa, dizendo que, se existisse um justo natural, todas as leis seriam iguais (DEL VECCHIO, 2006, p. 16)

A doutrina exposta pelos sofistas, porém, é paradoxal. Funda-se num erro que alguns autores denominam de falácia naturalista, “que consiste em elevar indevidamente o que é à categoria do que deve ser; ou dito de outro modo, consiste na incorreta transposição dos fatos ao plano da regra de moral e de justiça” (HERVADA, 1996, p. 45).

Foi pensando sobre esta ótica que Sócrates propôs uma nova forma de analisar o mundo. Opondo-se a aderir ao relativismo dos sofistas, afirmava que o filósofo seria capaz de atingir a verdade sobre coisas e ideias que desejasse conhecer. Por isso, muitos autores afirmam ter sido de Sócrates a criação da ideia de conceito, isto é, de uma definição verdadeira de algo.

Diferentemente dos sofistas, Sócrates associa o justo ao legal, já que é justo aquele que obedece às leis de sua cidade. Portanto, a ideia socrática de justiça significa respeito e obediência às leis (OLIVEIRA, 2012, p. 93).

Desta maneira, Sócrates deu os primeiros acenos de um sistema filosófico idealístico, mesmo não o construindo, como fez, depois, Platão. Ensinou o método do filosofar, com especial atenção para a Ética, reagindo contra o ceticismo prático dos Sofistas, por dirigir-se para o bem. Ensinou a respeitar as leis independentemente de serem valoradas como boas ou más, por serem igualmente impostas aos homens pelos deuses. Assim Sócrates afirmou a sua fé em uma justiça superior, por cuja validade não é necessária uma sanção positiva, nem uma formulação escrita (DEL VECCHIO, 2006, p. 18).

Inaugurando uma tradição filosófica, Sócrates abre caminho para o pensamento platônico e, sobretudo, o aristotélico que constituirão a base sob a qual a justiça passará a ser pensada nos próximos séculos.

Ao seguir a orientação dada à filosofia por Sócrates, colocando-se em oposição à sofística, que atribuía à justiça um caráter relativo, Platão busca resolver o problema do justo investigando qual seria sua essência, de modo que se tornasse possível defini-la corretamente. Dessa forma, o filósofo grego foi buscar, na ética, “determinações constantes, por detrás das palavras e opiniões sobre justo e bom, por uma concepção permanente quanto ao conteúdo” (COING, 2002, p. 31). A explanação platônica da justiça começa no Livro I da República. É, portanto, no exame do que seria a cidade ideal que surge o conceito platônico de justiça. Ele se expressa pela fórmula “fazer cada um o seu”, que é a interpretação platônica da tradicional definição do justo como “dar a cada um aquilo que é seu”. Com isso, Platão quer dizer que a justiça se realiza no homem, assim como na cidade, na medida em que cada indivíduo cumpre um ofício específico, conforme a aptidão manifestada por sua alma, e ocupa uma posição na sociedade (OLIVEIRA, 2012, p. 97).

Em que pese não ser uma concepção de justiça voltada para o direito, a teoria platônica possui enorme importância na história deste ramo do conhecimento, na medida em que é o ancestral de muitas doutrinas revolucionárias, utópicas e de todas as doutrinas caracterizadas por fortes exigências ideais. Visões como a da Utopia de Thomas Morus ou do Socialismo de Fourier derivam do idealismo platônico (VILLEY, 2009, p. 37).

Embora tenha havido uma expressiva contribuição dos filósofos antecedentes, nenhum deles chegou a abordar o tema da justiça dentro de uma perspectiva jurídica como Aristóteles. Em

sua Ética a Nicômaco, o filósofo formulou a teorização da justiça e equidade, considerando-as sob o prisma da lei e do Direito.

Seu pensamento é diferenciado por ter sofrido relevante influência do pensamento de Pitágoras, cujo pensamento fundamental consistia em considerar que a essência de todas as coisas é o número, ou seja, os princípios dos números são os princípios das coisas. Esse conceito matemático abriu ensejo a considerações astronômicas, musicais e também políticas. Na verdade, a Justiça é, para os pitagóricos, uma relação aritmética, uma equação ou igualdade. Daí a retribuição, a troca, a correspondência entre o fato e o seu tratamento. Neste conceito está o germe da doutrina aristotélica da justiça (DEL VECCHIO, 2006, p. 14).

Com seu professor Platão, Aristóteles acreditava que a justiça era uma virtude, mas não qualquer uma, a virtude geral, a soma de todas as outras, e exprime a conformidade da conduta de um indivíduo com a lei moral. Utilizando-se de um método inovador de análise da linguagem popular, onde centrava seu estudo numa série de termos a fim de explicar os sentidos que tinham estas palavras em seu uso mais natural entre os gregos, este filósofo acreditava que a justiça poderia se revestir de diversas acepções. Desta forma, justiça assume um duplo aspecto da virtude geral ou legal e da virtude especial, sendo as justiças distributiva e corretiva subdivisões da especial (NUNES, 2000, p. 26-27).

A justiça geral advém da natureza das coisas e é igual em todos os lugares, ao contrário da Justiça não-natural. Não há, por toda parte, senão uma só constituição de Justiça conforme o direito natural, e que se expressa como absoluta. A ideia de lei natural traz ínsita a ideia da equidade, equiparação e igualdade (VILLEY, 2008, p. 59).

A justiça especial é aquela que se funda na igualdade, sendo esta aplicada de várias maneiras. O princípio da igualdade, por sua vez, é entendido por Aristóteles de duas formas fundamentais: a distributiva e a corretiva. Esta última destina-se aos objetos e coordena as relações dos membros da Polis entre si estando, por sua vez, subdividida em comutativa e judicial. Quando a justiça corretiva intervém na vontade dos interessados, tem-se sua índole comutativa; quando, porém, impõe-se contra a vontade de uma das partes, chama-se judicial. A justiça distributiva situa-se como entidade reguladora das relações entre a sociedade e seus membros e tem por escopo fundamental a divisão de bens e honras da comunidade, segundo a noção de que cada um perceba o proveito adequado a seus méritos (NUNES, 2000, p. 25).

Desta forma, pode-se afirmar que Aristóteles considerava a igualdade o fundamento da justiça e esta, o conteúdo das leis. É difícil a separação entre justiça e moral na obra deste filósofo, diferentemente do pensamento que se desenvolveu anos depois na modernidade que tentavam

separar as questões de equidade e direitos das discussões sobre honra, virtude e mérito moral, Aristóteles não acha que a justiça possa ser neutra dessa maneira. Ele acredita que as discussões sobre justiça sejam, inevitavelmente, debates sobre a honra, a virtude e a natureza de uma vida boa (SANDEL, 2012, p. 234-235)

IDADE MODERNA: A CIÊNCIA ABRE CAMINHOS PARA A RELATIVIZAÇÃO DO PENSAMENTO E A PLURALIDADE CONCEITUAL DA JUSTIÇA

Com a ajuda da filosofia grega, os juristas romanos, grandes construtores do direito ocidental, desenvolveram uma concepção clássica de justiça, que prevaleceu na antiguidade e depois foi recuperada no final da Idade Média, esta consistia em “dar a cada um aquilo que é seu”.

Durante a idade média, o pensamento sobre a justiça também foi impregnado pelos ideais religiosos, que embora fossem apolíticos, influíram em muito a vida política, social e científica da época. Neste período, tanto o direito como o Estado aproximaram-se da teologia, por terem sido considerados como fundados sob um comando divino. E a vontade divina é conhecida não tanto pelo raciocínio, quanto pela revelação, ou seja, antes de ser demonstrada, deve ser crida, aceita pela fé (DEL VECCHIO, 2006, p. 41-42).

Somente entre o final do séc. XIV até início do século XVII, no qual se verificou, de certo modo, um ressurgimento da Filosofia e da cultura greco-latina e uma revalorização das referências culturais da antiguidade, reafirmou-se a doutrina clássica segundo a qual o direito deriva da natureza humana, independentemente da Teologia.

Este período coincide com eventos históricos como o renascimento, a reforma protestante, o desenvolvimento do Estado moderno e da ciência moderna que produziram uma revolução na forma tradicional de ver o mundo.

Juridicamente não foi diferente, pois neste mesmo período, a legitimidade das verdades impostas pelo clero começou a ser questionada. É inegável, logicamente, a influência da produção intelectual científica e filosófica que já vinha destronando, lentamente, o poder arbitrário dos inquisidores e seu refinado aparelho de controle social, como explica Carvalho (2012, p. 211-212):

Robert Mandrou, na obra *Magistrados e feiticeiras na França do século XVII*, afirmou que uma das primeiras críticas assumidas publicamente contra o excesso de punições foi de Jean Wier, em seu livro *De Praestigiis Daemonum et Incantationibus et Veneficiis*. Datada de 1563, a obra do médico renano, seguidor de Cornelius Agrippa, não negou a existência do demônio, muito menos questionou a necessidade e legitimidade da Inquisição. Porém, acusou a existência de doenças com “humor melancólico” e “velhice

caduca” que estariam sendo confundidas com bruxaria. Sugeriu medicamentos capazes de curar os doentes, propondo a atuação dos tribunais da Igreja somente no momento em que estes tivessem fracassado. A réplica foi imediata e contundente. Jean Bodin escreveu uma obra de quinhentas páginas, intitulada *Demonomania dos feiticeiros*, ridicularizando e desqualificando o saber de Wier. Entendendo haver uma “infecção satânica”, o sábio angevino apelou veementemente aos magistrados das mais altas cortes para que fossem incansáveis na repressão aos crimes de feitiçaria. Note-se que a primeira crítica, apesar de sutil, veio da classe médica, amplamente repreendida pela Igreja em seus avanços científicos e em suas intenções de estudo pela dissecação de cadáveres e aplicação de vacinas (CARVALHO, 2012, p. 212).

Como afirma o trecho acima, os avanços científicos foram de relevância salutar para a mudança no pensamento jurídico do séc. XVII posto o imbricamento interdisciplinar entre direito e medicina, uma vez que os magistrados desfrutavam de uma formação mais refinada. Em matéria processual e jurisprudencial, sua atuação foi fundamental para o desenvolvimento de uma univocidade nos julgados que cindiam com a antiga concepção de crime/pecado, proporcionando um avanço incomparável na história no que se refere à laicização do direito e do próprio Estado. A critério de exemplo, destaca-se o Tribunal de Paris por aceitar inúmeras clemências e passar a condenar alguns casos com alegações de loucura, remetendo os réus aos hospitais locais em vez de submetê-los às penalidades tradicionais da época.

Indiscutível foi a revolução nos julgados como elemento laicizador. Estes sofreram forte influência filosófica de dois movimentos paralelos que possibilitaram críticas radicais ao modelo arcaico e clerical em crise: o humanismo e o racionalismo. O primeiro propunha a ideia de um homem ser o centro do pensamento filosófico, em detrimento do teocentrismo vigente, enquanto o segundo colocava em xeque as formas do saber que não fossem baseadas nas operações mentais para definir a viabilidade e efetividade das proposições apresentadas. Estas duas formas de pensamento filosófico foram o ponto culminante de degradação do antigo regime e da gênese do Estado liberal (CARVALHO, 2012, p. 216-217).

O retorno à concepção da Antiguidade, porém, não implicou em um retorno necessário ao pensamento clássico. Embora a teoria da justiça de Aristóteles tenha sido fundamental para o direito durante vários séculos, nesta Era Moderna, talvez pela busca exacerbada pelos ideais humanistas e naturalistas, prevaleceu o relativismo do pensamento sofista. Aí está a causa primordial do problema da justiça na modernidade. O homem, como profetiza Protágoras, torna-se a medida de todas as coisas – “tanto do ser das coisas que são quanto do não ser das coisas que não são” (PLATÃO, 2001, p. 152) e passa a ser o fundamento do mundo moderno. As mudanças trazidas pela modernidade afetaram a relação entre o direito e a justiça de um modo crucial. Com o surgimento do positivismo jurídico abandona-se tanto a ideia de direito natural quanto a crença de que a lei possa ser confrontada com o problema da justiça. Assim,

passou-se a entender que a função judicial deveria ser a de resguardar apenas a legalidade, dizendo o que é ou não é conforme o direito. A justiça, nessa visão, não se relacionava com o direito, restringir-se-ia tão somente à moral e à religião (OLIVEIRA, 2012, p. 107-109).

O apelo a uma instância crítica supra-positiva se torna um desejo utópico deste período na medida em que se constata que as sociedades modernas desenvolvem uma ordem jurídica que se apresenta como uma trama complexa de regras, instâncias e poderes exclusivamente positivos que se basta em si mesma.

Essa forma de pensamento que justifica a lei em si mesma foi bastante influenciada pelos trabalhos de Maquiavel e Hobbes de onde surgiu a ideia da comunidade, em contraposição a ideia de eticidade. O que predominava eram os ideais políticos do absolutismo. Em Maquiavel é desprezado o componente moral em favor de um objetivo político maior de unir a Itália em um Estado Unitário. Sendo assim, este filósofo expõe em sua obra O Príncipe os meios que estima como mais eficazes e aptos ao fim visado, não se preocupando se seriam eticamente aceitáveis.

Seguindo o mesmo raciocínio e motivado também por razões políticas advindas das inúmeras guerras intestina da Inglaterra, Thomas Hobbes desenvolveu a ideia que o homem é mal por natureza e anti-social, desta forma, para garantir a sua segurança frente ao mundo deve despojar-se de seu direito originário de liberdade e deferi-lo a um soberano, que imponha as leis e que defina o justo e o injusto.

Estas estruturações de pensamento preeminente até meados do séc. XVII ocasionaram uma certa desvalorização dos conceitos ligados a ética e a moral, como o de justiça. O positivismo jurídico adota essa postura, pois, ao rejeitar a crítica da justiça sobre o direito, coloca-se contra a perspectiva ética da ideia de justiça.

Mais tarde, entre o fim do séc. XVII e o séc. XVIII, em oposição ao positivismo ganharam força utopias socializantes, que acabaram por reprimir a crítica filosófica da justiça. Com isso, a ideia de uma dominação justa do discurso tradicional é substituída pela ideia da liberdade de dominação, o que faz com que a filosofia do direito ceda lugar a uma teoria crítica da sociedade (OLIVEIRA, 2012, p. 107-109).

Os grandes pensadores que se enquadram neste tipo de raciocínio foram chamados jusnaturalistas racionalistas. Dentre eles se destacam Hugo Grócio (1583-1645), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804). Estes buscavam, embora com suas peculiaridades pessoais, princípios que, conquanto tenham

validade sem instituição positiva do direito, possuiriam um primado sobre as leis vigentes e o poder estatal que as implementava.

A diferença fundamental no pensamento destes autores é que utilizavam a ideia de uma razão humana universal para afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo fazendo surgir assim a justiça. Inspiraram, assim, as revoluções norte-americana e francesa e contribuíram para a figura moderna da coletividade, para o Estado democrático e constitucional de direito, caracterizado por sua neutralidade em matéria religiosa, sua separação de moral pessoal e justiça política, pela divisão dos poderes, pela soberania popular e pelos direitos humanos transformados em direitos fundamentais (HÖFFE, 2003, p. 46).

Mais tarde no séc. XVIII ganham destaque pensadores como Jean-Jacques Rousseau que deu forma clara e racional a tudo o que se agitava confusamente na consciência pública daquele século. Com a sua nostalgia pelo estado de natureza e sua aspiração inexaurível por um destino superior da humanidade, este filósofo político conservou um entusiasmo permanente pelos ideais de justiça e, em geral, uma consciência vivíssima do dissídio entre o ser e o dever ser. Com isso, concorria para a valorização das teorias do direito natural tornando-se uma influência, em conjunto com as doutrinas de Montesquieu e de outros, para o desenvolvimento do programa da Revolução Francesa.

Em sua obra Contrato Social (1762), Rousseau reconhece que um retomo puro e simples ao estado de natureza, depois de atingido o estado de civilização, é impossível, porém propõe que os indivíduos busquem um substitutivo para restituir o gozo dos seus direitos naturais perdidos, quais sejam a liberdade e a igualdade, desta forma, recorre a ideia do contrato social para modelar a Constituição política. Com isso ele pretende ditar leis justas, movido pelo Contrato social, depois de ter declarado explicitamente que as leis vigentes (positivas) eram injustas (DEL VECCHIO, 2006, p. 104-105).

Considerada na sua totalidade, a teoria contratualista de Rousseau, Montesquieu e outros autores contemporâneos revela o caráter rigorosamente subsidiário do Estado frente ao direito que regula o convívio entre os cidadãos. Esta afirmação se explica pela análise de suas premissas: o contrato social assegura o consenso entre as partes de forma rígida, ou seja, demanda uma anuência de todas as partes, garantindo a igualdade entre os indivíduos; este é regido pelas leis do direito; no estado de natureza o indivíduo tem "direito a tudo", mas o "direito" carece de qualquer reconhecimento e garantia o que se revela ser a falta de direito a qualquer coisa, um "direito a nada", sendo assim, uma liberdade irrestrita de ação evidencia ser algo impossível na perspectiva social.

A doutrina contratualista abriu portas para o desenvolvimento de um conceito diferente de justiça, como o elaborado por Kant, que retoma a ligação entre moral e direito numa rigorosa imparcialidade a fim de atingir uma liberdade igual. Como explica Höffe (2003, p. 75-76): “Ele vincula o princípio moral geral ('lei universal da liberdade') à condição de aplicação do direito, isto é, ao convívio: 'O direito é, portanto, a quintessência das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao do outro, consoante uma lei universal da liberdade’”.

Desta forma, Immanuel Kant argumenta que a moral não diz respeito ao aumento da felicidade ou qualquer outra finalidade, mas, ao contrário, que ela está fundamentada no respeito às pessoas como fins em si mesmas, pois basear os princípios morais em preferências e desejos, até mesmo o desejo de felicidade, seria um entendimento equivocado do que venha a ser moralidade, pois a moral é algo independente de qualquer desejo. Acredita que o conceito de justiça está intimamente associado ao conceito de liberdade e moralidade. A Constituição justa, para ele, tem como objetivo harmonizar a liberdade de cada indivíduo com a liberdade de todos os demais. Basear a Constituição em uma determinada concepção de felicidade, como a concepção da maioria, importaria a algumas pessoas os valores de outras e não respeitaria o direito que cada um tem de lutar pelos próprios objetivos (SANDEL, 2012, p. 137; 171-172).

Pouco tempo depois, entre os séculos XVIII e XIX, uma nova doutrina ética era difundida na Europa, o utilitarismo. Jeremy Bentham, fundador desta corrente, se manifestava contrariamente a construção do pensamento kantiano. Baseando-se na premissa de que o maior objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor, Bentham afirmava que a coisa certa a ser feita é aquela que maximiza a utilidade. Esta pode ser compreendida como qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento. Acredita que os seres humanos são governados pelos sentimentos de dor e prazer e por causa deste controle estas sensações se tornam a base da vida moral e política.

Desta forma, compreende que a ciência moral consiste em maximizar a utilidade. Este deve ser o princípio a ser buscado pelo legislador ao determinar as leis ou diretrizes, pois um governo deve potencializar ao máximo a felicidade geral.

Seu pensamento, assim como o dos demais filósofos que tem a mesma opinião, é bastante criticado, pois o utilitarismo vive em conflito com a justiça desde que foi concebido, uma vez que não somente admite, mas até exige a violação de pretensões justificadas ou individuais, mesmo dos direitos fundamentais e humanos, à medida que isso serve ao bem coletivo.

As principais críticas estão na exigência de maximização do bem comum esquecendo-se de como os benefícios serão distribuídos entre os envolvidos, como acusam Marx e Engels. Estes autores acusam o utilitarismo de proporcionar uma exploração do homem pelo homem.

Além disso, esta corrente de pensamento pressupõe uma medida excessivamente alta de altruísmo, pois cada indivíduo deve estar disposto a subordinar o seu próprio bem-estar ao da coletividade. O erro fundamental do utilitarismo reside nessa confusão de imparcialidade e impessoalidade, baseada em uma falta de separação de amor aos homens e senso da justiça (HÖFFE, 2003, p. 43-44).

A CONTEMPORANEIDADE E O APRIMORAMENTO DOS CONCEITOS MODERNOS

Na primeira metade do século XIX até o século XX a ciência positivista é considerada o único caminho para a obtenção da verdade. Desta forma, fecham-se os espaços para as especulações abstratas e metafísicas do direito natural, uma vez que o positivismo científico prioriza o tratamento empírico dos fenômenos estudados. A busca pela justiça se torna um debate acessório e irrelevante.

Em acréscimo a este fato, neste período também foram criadas as ciências sociais tais como a Sociologia e Antropologia. Estas passaram a apontar a diversidade cultural das sociedades humanas evidenciando que a concepção de justiça seria variável no tempo e no espaço, ao contrário do conceito eterno e perene da justiça difundido pelos jusnaturalistas.

É importante enfatizar que na modernidade o positivismo jurídico ainda não levanta nenhuma objeção contra o ponto de vista da justiça. Para eles a justiça é indiferente, posto que estaria intimamente ligada ao conceito de normas morais, distinto do direito positivamente vigente, seu objeto de estudo, alvo da ciência jurídica. Esta seria uma ciência independente, frente à política e a filosofia.

Crítico com relação à justiça chega a ser somente o positivismo jurídico radical, que pretende determinar o direito positivo na sua íntegra, sem nenhum elemento de moral e justiça. Este foi baseado nas ideias de Thomas Hobbes. Diante disso, o filósofo austríaco do direito e constitucionalista Hans Kelsen e o filósofo britânico do direito Herbert L. A. Hart desenvolveram um "positivismo refletido" (HÖFFE, 2003, p. 39-40).

Para Kelsen, discutir sobre justiça não é discutir sobre Direito. Assim, as normas jurídicas são estudadas pela Ciência do Direito, e são normas entre outras sociais, enquanto que a justiça

estaria no campo da moral, objeto de estudo da Ética como Ciência. Com esta delimitação já se percebe que a doutrina sobre a justiça não é objeto de conhecimento do jurista, que deve estar afeito a compreender a mecânica das normas jurídicas. O Direito possui a nota característica de poder ser moral (Direito justo), e de poder não-ser moral (Direito injusto), isso não influi na sua validade. O que verdadeiramente o torna válido é o valor jurídico impresso pela sua natureza em si.

Porém, embora considerando o direito independente da justiça, Kelsen se debruça sobre este assunto em diversas obras. Nestas oportunidades declara sua opinião de que a justiça não pode ser concebida de forma absoluta, e que, portanto, é um conceito extremamente mutável, variável. Para ele, é este relativismo que deve induzir à tolerância, e a tolerância à aceitação. Sua teoria da Justiça se resume a isto (BITTAR, 2001, p. 554).

Outro representante do positivismo de grande relevância na era contemporânea foi Niklas Luhmann, sociólogo e autor da teoria sistêmica, que defende um positivismo jurídico orientado segundo a história social e ao mesmo tempo tributário da teoria da modernidade.

Na sua concepção, a justiça é uma referência sem qualquer valor operativo, pois não é passível de transformar-se em programa, que são os critérios básicos em que o direito se funda para determinar o que é lícito ou ilícito, sua tarefa fundamental. Se somente fosse possível a elaboração de normas justas, e se toda decisão individual também devesse ser justa, o sistema rapidamente perderia sua capacidade de se reproduzir. Com isso, o valor da justiça é difundido no interior do sistema sob a forma de igualdade e não há fundamentos ulteriores para a atividade jurídica.

De acordo com Höffe (2003, p. 41-42) uma década mais tarde de ter desprezado a justiça como programa em sua obra *Legitimação pelo procedimento* (1969), Luhmann não podendo sustentar mais seu pensamento, em sua *Diferenciação do direito* (1981), pretende dispensar apenas o conceito tradicional de justiça e substituí-lo por um conceito sistêmico: para que o direito ainda possa continuar capaz de funcionamento sob as condições de uma sociedade excessivamente complexificada, o sistema jurídico moderno deveria aumentar a sua própria complexidade, especialmente a sua capacidade à diferenciação interna e ao processamento de informações.

A justiça seria agora aquela "complexidade adequada" que refletiria a complexidade da sociedade em causa no âmbito do direito, na medida em que isso seria possível ao direito, em conformidade com as suas condições internas de funcionamento. Essa redeterminação segue este princípio: deve-se reinterpretar o que não se quer reconhecer, mas também não se pode negar.

Ao longo do século XX, tentou-se de várias maneiras equacionar o problema da relação entre direito e justiça. A tese positivista passou a sofrer pesadas críticas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial devido às experiências com Estados claramente baseados na ausência do direito, com o Terceiro Reich, bem como com a mudança de paradigma promovida pela Carta Atlântica de 1941, Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), e em algumas sentenças do Superior Tribunal Federal Alemão e do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, foi conferido novamente ao direito natural um peso jurídico e político visível. Entretanto como o jusnaturalismo é considerado obsoleto, prefere-se falar em "teorias da justiça".

No Brasil, Miguel Reale criticava a visão unitária do direito, defendida pelo positivismo jurídico em todas as suas versões, por não ser capaz de nos fornecer uma compreensão integral do fenômeno jurídico. Para Reale, esse fenômeno só seria compreendido em sua inteireza quando fosse considerada “a sociedade como sua condição, a justiça como seu fim último, a bilateralidade atributiva como sua forma ordenatória específica e o Poder como garantia de sua atualização” (REALE, 2001, p. 703).

Para este autor a justiça pode ser considerada como algo em segundo plano, pois para usufruí-la seria necessário que anteriormente fosse concebida a priori a existência de outros valores essenciais, como o de liberdade ou solidariedade. Nas palavras do filósofo: “Qualifico a justiça como valor franciscano, vendo nela um valor meio, sempre a serviço dos demais valores para assegurar-lhes seu adimplemento, em razão da pessoa humana que é o valor-fim” (REALE, 2001, p. 125). Portanto, a justiça só se daria na sociedade.

Neste momento, cabe ressaltar algo de extrema relevância no âmbito social: a existência de um contrato social que torna o convívio possível. Este irá regular as ações individuais e grupais na medida da consciência coletiva. O contrato social é um meio regulador que está intrínseco ao ser humano, visto que só se pode falar em sociedades humanas e, conseqüentemente em direito, desde o momento de sua inserção na vida social.

Corroborando do pensamento de Reale, Ferraz Jr. (2003, p. 220) enfatiza que a cisão entre direito e justiça, como ocorre no positivismo jurídico, causa um gravíssimo problema, já que nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador de seu universo moral, foi destruída, posto que a carência de sentido torna a vida insuportável. Daí a ideia de que ou o direito é justo ou não há sentido para respeitá-lo. Dessa forma, ao menos em termos existenciais, poder-se-ia reconhecer que a justiça dá ao direito um significado no sentido de razão de existir.

A revitalização mais influente da teoria contratualista é efetuada por John Rawls. As ideias de Rawls constituem e se fundamentam no liberalismo, uma doutrina política e econômica, que postulava a limitação do poder estatal em benefício da liberdade individual, baseada nas teorias racionalistas e empiristas do Iluminismo e na expansão econômica gerada pela industrialização. Sua influência transcende os meios acadêmicos, alcançando tanto à economia, como a política e a cultura. Vem como uma resposta ao utilitarismo reinante que exclui as minorias em detrimento das majorias.

De acordo com a sua obra *Teoria da justiça* (1971), cada pessoa possui uma inviolabilidade que não pode ser desrespeitada e suprimida, nem em nome do bem-estar de toda a sociedade. Argumenta, fundado nas teorias da escolha racional (teoria da decisão e teoria do jogo), que ordinariamente o indivíduo persegue o oposto da justiça, visando uma maximização do interesse próprio, mas esta é uma situação atípica de quando este possui escolha, posto que no estado originário, onde se encontra premido pela necessidade, ele decide de modo imparcial, conseqüentemente justo. Esta é a chamada justiça subsidiária. Nesta um "véu de ignorância" assegura uma escolha na qual ninguém é influenciado por circunstâncias ou acasos da natureza. Como os princípios de justiça escolhidos sob essas condições conferem a cada indivíduo a maior vantagem possível, Rawls fala de "justiça enquanto equidade".

Explica Höffe (2003, p. 78-80):

Seus dois princípios de justiça rezam assim: "1. Cada indivíduo goza do mesmo direito ao sistema global mais abrangente das mesmas liberdades fundamentais, que é possível para todos. 2. Desigualdades sociais e econômicas devem ser dimensionadas de modo que (a), segundo a restrição do princípio justo da economia, tragam aos menos favorecidos a maior vantagem possível e (b) estejam vinculados a posições e cargos abertos a todos, em conformidade com oportunidades equitativamente iguais". Somados, os dois princípios justificam um Estado liberal e democrático de direito, uma democracia constitucional na qual se integra uma economia baseada na concorrência. Ao passo que os princípios 1 e 2b não são controvertidos, o princípio 2a, o assim chamado princípio da diferença ("difference principie"), é objeto de discussão: não a justiça referente a gerações futuras, postulada no princípio da economia, mas a exigência de que as desigualdades econômicas, em última instância, devem poder beneficiar os menos favorecidos. (...) Para Rawls, a justiça é antes de tudo uma tarefa de distribuição. Visto, porém, o que deve ser distribuído não cair do céu como maná, mas dever primeiramente ser produzido pelo trabalho, recomenda-se um outro padrão de argumentação, uma mudança de paradigma que parte da reciprocidade ou, em termos de *pars pro toto*, da troca (v. Hoffe. *Politische Gerechtigkeit I* Justiça política. 1987) e reconhece como complementação necessária a justiça corretiva.

A obra de Rawls tem recebido críticas severas por parte das mais variadas correntes filosóficas. Desde Robert Nozick, liberal libertário, até Susan Möller Okin, feminista moderada. Porém são os comunitaristas seus principais questionadores. Estes afirmam que no liberalismo político de Rawls o justo sobrepõe-se ao 'bem', sendo o mecanismo da exaltação da moral abstrata, e o

‘bem’ uma ideia de construção da lei, não se importando assim com os fins, mas sim com os meios (o processo de sua criação). No comunitarismo a ideia de ‘bem’ é sobreposta à de justiça, que visa os fins alcançados através de ações praticadas em função da construção do ‘bem’, do social (TEIXEIRA, 2008, 115).

Enquanto os representantes da posição liberalista querem salvar a validade universal dos princípios jurídico-políticos que eles reclamam, separando-os da resposta à questão sobre o bem, os representantes do comunitarismo ao contrário, vinculam as questões sobre a justiça política à questão sobre a eudaimonia (vida boa) recusando as abstrações sobre as quais se fundam as suposições de seus adversários liberais.

Tal diversificação de ideias sinaliza que a produção teórica se faz cada dia mais enriquecedora, até que, finalmente, se consiga aproximar de uma explicação mais clara do que se sucede com a justiça.

CONCLUSÃO

O conceito de justiça passou por grandes transformações desde o seu desenvolvimento pela civilização grega. Segundo a concepção clássica, o direito é medida da divisão dos bens e seu papel é atribuir a cada um o que é seu. Esta doutrina, derivada do pensamento de Platão e Aristóteles, viu a justiça como uma virtude interpessoal que estaria acima do direito vigente e que daria sentido a este a fim de disciplinar a existência de relações entre as pessoas numa sociedade. Este conceito só se tornou possível através da relativização do pensamento promovida pelos sofistas que questionaram o fundamento do direito e o monopólio de sua estruturação pelas camadas mais altas da sociedade grega.

O conceito grego foi amplamente difundido através da mitologia e literatura e serviu de embasamento para a construção de sua experiência jurídica que, por sua vez, influenciou fortemente os juristas romanos na criação do Direito Ocidental (SICILIANI, 2011, p. 61).

Este conceito foi esquecido durante o período da idade média. Só a partir do renascimento é que foram retomadas as ideias da antiguidade clássica que procuravam responder em que consistia a justiça.

Porém, estas ideias não foram retomadas na íntegra. Aliadas a elas, outras correntes de pensamento foram articuladas durante a idade moderna. Nesse contexto, duas principais passaram a tentar responder o problema da justiça. Estas surgem como decorrência da descoberta de que há, de um lado, um direito que é estabelecido pela natureza (direito natural);

e, de outro, um direito que é fruto das convenções humanas (direito positivo). Eis aí o problema da relação entre direito e justiça no seu nascedouro (OLIVEIRA, 2012, p. 90-91).

Na idade contemporânea, estas teorias são renovadas a fim de adaptá-las a complexidade social e filosófica alcançada. Buscando estabelecer uma divisão didática, Sandel (2012, p. 321) encontra três teorias básicas que fundamentam as opiniões morais na política e que ele descreve da seguinte maneira:

uma delas diz que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar – a máxima felicidade para o maior número de pessoas; a segunda diz que justiça significa respeitar a liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equanimidade (visão igualitária liberal). A terceira diz que justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum (SANDEL, 2012, p. 321; ver também p. 17-18).

Diante dos diferentes conceitos apresentados pelo autor, surge a reflexão de que a justiça, na atualidade, necessita de um componente de promoção de igualdade e que é bastante complexo pensar que uma sociedade justa possa ser alcançada simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha. Basta analisar o sistema político-jurídico desenvolvido em diversos países para constatar que os limites morais são impostos pelo poder econômico e pelos mercados. É preciso pensar a justiça como um todo inserido na sociedade e para ela.

Para isso, faz-se premente a busca por uma justiça política que prestigie a ética e que leve em consideração o bem comum e as virtudes cívicas, de modo a se tornar uma ética crítica que encontre soluções satisfatórias para os dilemas morais contemporâneos.

Esta forma de justiça é superior pois prestigia a igualdade social. Como enfatiza Sandel (2012, p. 328): “a desigualdade corrói a virtude cívica. Os conservadores partidários do mercado e os liberais preocupados com a redistribuição ignoram essa perda. Uma política do bem comum teria como um de seus principais objetivos 'a reconstrução da infraestrutura da vida cívica' ”.

A história do desenvolvimento do Brasil, em especial, tem demonstrado esta extrema desigualdade. No período de 2004 a 2013, houve uma diminuição desses índices, porém esta redução se demonstrou pouco significativa, principalmente nas regiões Nordeste e Centro-Oeste.

A desigualdade na distribuição de rendimentos fica ainda mais evidente quando se analisa os décimos per capita da distribuição de rendimentos familiares. Numa sociedade perfeitamente igualitária, cada décimo (10% das pessoas com rendimentos) teria 10% da soma desses rendimentos. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2013, as pessoas com os 10% menores rendimentos concentravam apenas 1,2% da renda

total. Na comparação 2004-2008-2013, do 1º ao 8º décimo houve ganhos em relação aos dois últimos décimos, com destaque para o 2º décimo cuja participação cresceu 31,6% no período. No décimo com maior rendimento familiar per capita, a participação na renda total decresceu 9,8%. Ainda assim, esses movimentos não foram suficientes para alterar substancialmente o quadro de desigualdades na distribuição de rendimentos. O décimo mais rico concentrou durante todo o período analisado mais de 40% da totalidade da renda per capita (IBGE, 2014, p. 153). Desta forma, através da desigualdade um fosso muito grande entre ricos e pobres enfraquece a solidariedade que a cidadania democrática requer.

Sendo assim, a fim de minimizar as desigualdades faz-se necessária, no cenário atual, uma justiça social que tenha como foco uma política do bem comum, cultivando as virtudes cívicas para desenvolver nos indivíduos a capacidade de cidadania, sacrifício e serviço. Esta justiça não seria diferente do conceito da antiguidade clássica que parte do fato de os homens não serem autárquicos, mas, muito pelo contrário, reciprocamente dependentes. À medida que as relações assentam na reciprocidade, elas se caracterizam por uma justiça elementar, tanto constitutiva quanto legitimadora da cooperação.

Não cabe a democracia política apenas dar os meios para a conquista da cidadania, mas é preciso demonstrar que se pode conseguir mostrar os resultados possíveis para se chegar a ela. Por outro lado, democracia política no liberalismo é uma constituição que propõe igualdade, eleva o povo à categoria de cidadão, fazendo com que este participe, não importando o grau de sua participação na medida em que lhe concede os meios para atingir a cidadania.

Porém é necessário enfatizar que o conceito de justiça não pode ser tido como único, não há uma verdade em relação ao tema, posto que este acompanhou as necessidades de legitimação do Direito em cada época. Foi um elemento transformado e transformador dos acontecimentos sociais e políticos na história. Desta forma, mesmo que hoje seja adequado pensar em uma justiça virtuosa, política e voltada para igualdade, não se pode menosprezar a contribuição das demais correntes de pensamento humano sobre o assunto.

REFERÊNCIAS:

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça Kelseniana. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 96, p. 541-563, São Paulo, 2001.
- BRANDÃO, Junito de Souza. Mitologia grega. Petrópolis: Vozes, 1997, v. II, p. 33.
- CAREY, Christopher. Trials from classical Athens, Londres: Routledge, 1997.

CARVALHO, Salo de. Da destruição do modelo jurídico inquisicional *in* WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história de direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 204-223.

COING, Helmut. Elementos fundamentais da filosofia do direito. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

DEL DEBBIO, Marcelo. Enciclopédia de mitologia. São Paulo: Daemon, 2008, p. 192.

DEL VECCHIO, Giorgio. História da filosofia do direito. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006. p. 284.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUSTEL DE COULANGES. A cidade antiga. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

GUTHRIE, W. K. C. Os sofistas. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1995.

HERVADA, Javier. Historia de la ciencia del derecho natural. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1996.

HÖFFE, Otfreid. O que é justiça? Tradução: Peter Naumann. Coleção Filosofia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de Indicadores Sociais. Uma análise das condições de vida da população brasileira 2014. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91983.pdf>>. Acesso em 19/01/2016.

JABOUILLE, Victor. Do mythos ao mito: uma introdução à problemática da mitologia. Lisboa: Edições Cosmos, 1993.

JAEGER, Werner. Paideia: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

NUNES, Cláudio Pedrosa. O conceito de justiça em Aristóteles. Revista do TRT da 13ª Região, 2000, p. 24-32.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

PLATÃO, República. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbbenkian, 2001.

REALE, Miguel. Problemática da justiça. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/918/1092>. Acesso em: 16 jan 2016.

SANDEL, Michael J. Justiça - o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SICILIANI, Bruna Casimiro. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 61-77, jan./jun. 2011.

SOUZA, Raquel. O Direito grego antigo *in* WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de história de direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 49-77.

TEXEIRA, João Paulo Alain. Liberalismo e Democracia: o modelo de John Rawls. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Bauru, v. 42, n. 49, p. 105- 116, jan./ jul. 2008.

VERNANT, Jean-Pierre. O mito e a religião na Grécia Antiga. Lisboa: Teorema, 1991, p. 30.

VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.