

A RETÓRICA DO DIREITO ATUAL *VERSUS* A JUSTIÇA APRESENTADA NO DIREITO POSITIVADO

Elelan de LIMA¹
Henrique NETO²
Michael DIONÍSIO³

RESUMO: Esse artigo tem o objetivo de apresentar a diferença entre o Direito que esta no campo do dever ser e a Justiça que se espera que ocorra, ao julgar as demandas sociais, que são originadas no Ser. Ao se buscar a resolução dos conflitos há um caminho árduo entre a lei e a moral. O que se espera é criar no leitor um pensamento em relação ao Direito positivado, e as consequências de sua insegurança.

PALAVRAS-CHAVE: Retórica. Direito Positivado. Problema das Lacunas e Antinomias. Direito Idealizado. Filosofia e Direito. Artigo Jurídico.

INTRODUÇÃO

A maior preocupação dos detentores do poder era de como tratar dos atos brutais, ou furtos que eram cometidos por homens impiedosos, a outros que eram julgados mais indefesos, ou desprovidos de meios para guardar os seus bens que foram originados de uma grande labuta. Para que houvesse uma organização social, foi necessária a criação de normas que tornassem ilícitos atos desse tipo, por não haver quem exercesse medidas coercitivas, e que se tornavam cada vez mais prejudiciais a sociedade.

“Convém notar que, à medida que esses diferentes grupos se associavam assim entre si, nenhum deles, todavia, perdia sua individualidade ou independência. Embora várias famílias se unissem em uma fratria, cada uma delas continuava constituída como na época em que viviam isoladas; nada era mudado, nem o culto, nem o sacerdócio, nem o direito de propriedade, nem a justiça interior. As cúrias uniram-se depois,

¹ Elelan de LIMA, Técnico Contábil na Empresa E Lopes Serviços Administrativos Ltda., discente do curso de Direito, na instituição Faculdades Integradas Santa Cruz, 2º período, e-mail para contato: elelan31@hotmail.com

² Henrique NETO, trabalha como empresário docente do curso de direito da instituição Faculdades Integradas Santa Cruz, e-mail para contato: henriquesantaritta@hotmail.com

³ Michael Dionísio de SOUZA, graduado em Direito pela UFPR e Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFPR, membro do núcleo de Pesquisa, História Direito e subjetividade e docente das Faculdades Santa Cruz, e-mail para contato: michael@historiadodireito.com.br

mas cada uma conservava seu próprio culto, suas reuniões, suas festas, seu chefe.

Da tribo passou-se à cidade, mas nem por isso aquelas se dissolveram, e cada uma delas continuou a forma corpo à parte, quase como se a cidade não existisse". (Coulanges, de Fustel, p. 195)

Uma das leis mais antigas que conhecemos é o código de Hamurábi, por volta do ano de 1700 a. C., mas que só foi encontrado por uma expedição francesa em 1901, na região da antiga Mesopotâmia, atual Irã.

Seu conteúdo expresso possui 282 leis, em 3600 linhas, a cláusula décima terceira fora excluída por julgarem ser um número que trazia má sorte. As principais leis encontradas fazem referência a família, escravos ajuda de fugitivos, roubo e receptação, estupro, falso testemunho e lei de talião (olho por olho e dente por dente).

"O Código de Hamurabi foi à primeira legislação escrita de que se tem notícia. O local de origem é a Mesopotâmia no século XVIII antes de Cristo. Hamurabi foi o fundador do Primeiro Império Babilônico, (conseguindo unificar a região). O Código é pequeno, tendo no original três mil e seiscentas linhas, sendo essas linhas ordenadas em duzentos e oitenta e dois artigos, dos quais não se tem conhecimento completo de sua redação, pois o que se encontra são cópias dos artigos perdidos, não o original, pois o Código de Hamurabi foi escrito/ gravado em um bloco, sendo que parte desses artigos foi apagada quando o bloco foi levado para Susa, confiscado depois de uma guerra. Sendo assim alguns artigos ficaram com a sua compreensão comprometida completamente e outros parcialmente. Alguns artigos daqueles que foram apagados tem-se o conhecimento devido existência de cópias. Atualmente o bloco original em que foi escrito o Código encontra-se no museu do Louvre, na cidade de Paris".

(KERSTEN, Vinicius Mendez, http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4113).

Desde então, passou-se a adotar em todas as sociedades, a forma escrita para se aplicar o direito, e a organização dos seus locais. Houve grande evolução desde os tempos dos povos agrários, que cultuavam o fogo e que seus primogênitos eram responsáveis em cuidar da família, através da força, se praticava a lei do mais forte.

Quando passa a se pensar em que todo direito deve ser positivado, ou seja, escrito, começa então uma nova história para a organização da sociedade moderna.

Uma das maiores contribuições que aconteceram foi o Tratado de Vestfália, em 1648, é a partir desta data que passou a se organizar o estado como conhecemos hoje como Nação, esse tratado que foi negociado durante três anos, pois fim a grandes conflitos da época e redirecionou o que antes era conhecido como a organização monárquica, regida pela vontade soberana do Rei, a soberania passa então a ser concedida ao Estado, delimitando seus territórios e independência.

“Dentre esses tratados estavam o Tratado Hispano – Holandês que pôs fim a Guerra dos Trinta Anos e foi assinado no dia 30 de janeiro de 1648; o Tratado de Osnabruck, assinado em 24 de outubro de 1648 entre Fernando III, que era imperador do Sacro Império Romano – Germânico, os demais príncipes alemães, França, e Suécia, e que pôs fim ao conflito entre essas duas últimas potências citadas; e o tratado de Pirineus que encerrou a guerra entre a França e Espanha. Todos esses tratados foram negociados durante três anos pelos representantes dos católicos e protestantes, que eram basicamente as duas partes envolvidas na Guerra dos Trinta Anos. A Paz de Vestfália é considerada por muitos como o marco inicial da diplomacia moderna, pois é a partir dele que se dá o início do sistema moderno do Estado Nação, reconhecendo pela primeira vez a soberania de cada Estado envolvido. É a partir dele também que os conflitos posteriores não teriam como motivo principal a religião e sim questões que giravam em torno do Estado, favorecendo assim a aliança entre países protestantes e católicos em eventuais conflitos.” (AUGUSTO, Pedro, <http://www.infoescola.com/historia/paz-de-vestfalia/>).

Essa administração trouxe certa confiança aos novos governadores, pois, trouxe uma segurança estrutural, e surgem então as primeiras constituições, dando rumo de direitos e deveres sociais e estatais.

Com o passar do tempo essa confiança em que para ser direito ou dever deve ser escrito, começou a demonstrar suas fraquezas, apresentadas na doutrina atual como lacuna, as lacunas são espaços vazios que o direito não alcançou ou ainda não conseguiu reger, esses espaços vazios começaram a tomar um rumo próprio com as pessoas decidindo por conta própria, ou com sua moral. A partir

desse momento nunca mais o direito conseguiria se manifestar de forma impositiva, coercitiva e singular de se praticar a justiça.

Uma vez que as pessoas começassem a pensar nessas lacunas e preenche-las com a moral, adota-se então a doutrina de que, se está escrito pode, se não está escrito não pode, sem se preocupar com os efeitos causados, é por consequência disso que nos dias atuais, o direito usa seu poder de retórica ou convencimento para qualquer medida coercitiva, cria-se uma nova lei, ou se uma lei não funciona, cria-se outra para mandar aquela funcionar, originando um caos jurídico, conhecido como o direito positivado.

“significa a ausência de uma regra determinada, que seria de se esperar no contexto global daquele sistema jurídico”.
(GOMES, Magno Federici, FREITAS, Frederico Oliveira,
http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291)

RETÓRICA DO DIREITO ATUAL E O PROBLEMA DAS LACUNAS E ANTINOMIAS

Quando falamos em retórica, ou seja, convencer, o direito atual por muito tempo foi motivo de especulação e de partidos opositores a sua aceitação, como é o caso dos defensores do direito naturalista ou natural.

“[...] o direito natural e o direito positivo são verdadeiros direitos. Tanto o justo natural como o justo positivo são espécies ou tipos de direito. Ambos fazem parte igualmente do direito vigente de uma polis (politikón díkaion). É, então, claro que para Aristóteles o direito natural é um direito verdadeiro, um tipo de direito vigente, junto com outro tipo, que é o direito positivo. O direito natural não é, portanto, um princípio abstrato, uma idéia ou ideal, um valor ou coisa semelhante; é simplesmente um direito (uma coisa devida em justiça), uma espécie ou tipo particular de direito.”
(HERVADA, Javier, 2008)

Esse contexto não poderia ter sido mais bem expressado como o que o Dr. Lon L. Fuller descreveu ao escrever o livro O Caso dos Exploradores de Cavernas, onde abordando estas duas temáticas, origina-se o conflito de cinco homens que ficando soterrados dentro de uma caverna, surge à ideia de que um morra para que os outros pudessem sobreviver o desenrolar da história coloca em conflito, cinco

juristas que passaram a participar do julgamento dos homens que sobreviveram, uma frase emblemática do livro é.

“Recuso-me de participar da decisão deste caso”, (FULLER, p. 40).

Quando um dos juristas demonstra a incerteza de se aplicar o direito positivado no caso em questão, é levantada a dúvida de que o direito teria suas exceções ou não devesse ser aplicado em todos os casos de forma igual.

Entramos então na conhecida e perpetuada fase do Direito, a do dever ser. A fase que o direito não converse mais na sua perfeita aplicação, fazendo com que o direito adote medidas como a *praeter legem, na falta da lei*, de adotar aplicações nos julgamentos como os costumes locais e regionais para suprir algumas lacunas do direito.

Um exemplo muito claro no Brasil são os casos de despejo, o maior argumento dos inquilinos é de que o locador não tem os recibos que comprovem que a casa era alugada, defendendo assim que a casa era cedida pelo mesmo, para que o réu morasse sem custo, mas, o brasileiro não tem esse costume de pegar recibo em todas as transações financeiras, por conta desse costume, os argumentos do réu não se sustentam para evitar o despejo, no entanto na letra da lei diz Art. 59, Inciso II “na ação de despejo cabe ao locador comprovar a mora do locatário”, nesses casos concretos se aplica jurisprudencialmente mais o costume do que a própria lei, aplicando a justiça de uma forma atípica.

“Ementa: Apelação Civil Ação de Despejo c/c cobrança de alugueres e IPTU, contrato de locação, Reconhecimento do débito, Lei Nº 8.245/91 – Art. 62. I- Julgamento antecipado – Art. 331, I, do CPC – Desnecessidade de produção de provas – DECISÃO MANTIDA. Existindo contrato de locação e sendo reconhecido o débito, descabida é a designação de audiência de conciliação posto que suficientes as provas dos autos para a procedência da ação; - Recurso improvido. Unânime”. (TJ-SE - APELAÇÃO CÍVEL AC 2004207177 SE (TJ-SE)

Outro problema encontrado é o das antinomias, ou seja, o conflito entre duas normas existentes e em vigor. Uma lei legisla sobre um assunto permitindo praticar algum ato, e outra lei que proíbe a prática do mesmo ato.

Para resolver esses problemas conhecemos a figura emblemática de Norberto Bobbio, um dos juristas mais influentes e muito utilizados, doutrinador, para resolver as antinomias ele adota as seguintes medidas descritas no livro Teoria do Ordenamento Jurídico,

“As regras fundamentais para a solução das antinomias são três: O critério cronológico, o critério hierárquico, o critério da especialidade” (BOBBIO, p.93).

Atualmente tem sido a forma adotada para resolver esses problemas, visto que temos no Brasil um número elevado de normas vigentes, tanto federais, quanto estaduais e municipais.

O DIREITO IDEALIZADO E A DISTÂNCIA DO APLICADO

A sociedade está sempre em constante mudança e o dever do direito é acompanhar essas demandas, garantindo sempre o mínimo de pacificação entre os indivíduos. Surge o direito como poder coercitivo, e de repressão aos atos ilícitos, com o objetivo de reprimi-los e criar um ambiente em que todos possam ser tratados de maneira igual e justa, com isso entramos nos conceitos filosóficos de Platão, em que a perfeição só existe no mundo das ideias, uma realidade apresentada a cada dia pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), e outros órgãos de pesquisas, que o nosso sistema jurídico vive um caos a começar pelas medidas punitivas, segundo o site do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) são mais de cento e noventa e dois mil mandados de prisão sem serem cumpridos, pela falta de espaço carcerário.

“Levantamento feito pela Corregedoria Nacional de Justiça a partir de informações contidas no Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP) mostra que, de um total de 268.358 mandados de prisão expedidos de junho de 2011 a 31 de janeiro de 2013, 192.611 ainda aguardam cumprimento”. (FREIRE, Tatiane, Agência CNJ de Notícias)

Os problemas não param por aí, a insatisfação está também estampada quando falamos dos magistrados em atividade no país a demanda a ser atendida é extremamente superior a de profissionais em atividade.

“A crise no setor foi inevitável. Inundada por um número imenso de processos que não para de crescer, necessário se torna fazer alguma coisa para que o caos não se instale de vez, em tão importante setor público que interessa a todos. Um dos exemplos deste fato é o Supremo Tribunal Federal (STF). Os ministros daquela Corte, nos idos de 1997, foram agraciados com a distribuição de 10 mil novos processos, protocolados no primeiro dia de atividade do Tribunal. Naquela oportunidade O Presidente do STF, Ministro Sepúlveda Pertence, informava que o número de novos processos deveria atingir o patamar dos 35 mil. O número assombra, principalmente quando se verifica que em 1996 o Supremo julgou 32 mil processos, o que equivale a quase três mil por ministro. Com estes dados apontados a mais de seis anos, o que se

dirá dos dias atuais?” (OLIVEIRA, Moisés do Socorro de, <http://jus.com.br/artigos/4306/o-poder-judiciario-morosidade>)

Outra incoerência apresentado é o de *periculum in mora*, perigo da demora, que tem sido objeto de críticas, pois, é comum o excesso de tempo em que os processos têm demorado em serem cumpridos. Para se resolver esses problemas foram adotados alguns recursos como o habeas corpus, que garante que o réu não seja prejudicado no decurso do processo.

Se a função do Direito é ser coercitivo, repressivo e disciplinador, o tempo é o pior inimigo, um exemplo que podemos adotar é, se um homem comete um homicídio, o objetivo do direito é corrigir esse ato ilícito, reprimindo que outros assim também cometam, no entanto o julgamento de um assassino pode chegar mais de dez anos, prejudicando o real objetivo, por isso que o crime de homicídio prescreve com vinte anos, quando isso ocorre o Estado deixa de ter autonomia para aplicar tais penalidades.

“CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940 - Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze.” (Código Penal Brasileiro).

Esses problemas que afetam o alcance de se aplicar a justiça no país demonstram com perfeição, que estamos a muitos passos de se adquirir um direito que seja idealizado, ou seja, que não tarde, que não se apresente com fraqueza, que o leve a ruptura, e consiga atingir o ápice, ao abranger todos os tipos de relação e fenômenos sociais. Esse auge não pode ser encontrado no direito positivado, visto que não é um direito completo, o verdadeiro direito revelaria sua justiça pela própria capacidade da sociedade praticar o que é justo, e não esperar simplesmente ser socorrido pelo estado. Assim as relações não precisariam, mas da intervenção do Estado. Os principais doutrinadores já consideram uma utopia esperar do direito positivado, a resolução dos conflitos, inclusive em longo prazo. Uma abordagem rasteira sobre um tema que poderíamos abordar é de como é tratado o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

AS ANALOGIAS E A MORAL

No Direito há muitos espaços vazios como definimos anteriormente no primeiro tópico, na Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro Art. 4º lê-se,

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, costumes e os princípios gerais do Direito”. (Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Art. 4º).

Na ausência de uma lei específica sobre um determinado assunto o juiz pode utilizar a analogia para aplicar o direito. As analogias são geralmente de dois tipos mais comuns, as que partem da premissa maior para a menor que é chamado de dedutivo, exemplo, “a casa é asilo inviolável”, logo se um homem mora em um trailer, ele será sua casa, portanto, local inviolável.

A casa é a premissa maior, o trailer a premissa menor. Temos também o método indutivo que se parte de uma premissa menor, para uma premissa maior, exemplo, a união estável, que não era abrangida pelo direito, no entanto, para fins jurídicos usava-se a lei de sociedade de fato, que consiste em, mesmo que a ausência de documento escrito não desnatura a capacidade de um dos sócios a postular em juízo, em seu nome, para reaver o patrimônio a que se tem direito, a premissa maior é a sociedade de fato, a premissa menor a união estável.

Se para o advogado das partes cabe à aplicação de tais interpretações para se requerer o reparo dos danos causados ao seu cliente, outra variável que também deve ser levada em consideração é a análise do juiz em relação ao caso. Seguindo o sociólogo Emilè Durkheim, quando desenvolveu o método de se pesquisar a sociedade como ciência, uma das principais premissas, era que o pesquisador deveria ser neutro.

Para alcançar essa neutralidade, o pesquisador deveria estudar o fato social como coisa, abstendo-se de todas as suas convicções, ou seja, de toda a bagagem cultural que o tornam um individuo único, a religião, o afeto familiar, os gostos pessoais, tudo isso deveria ser deixado de lado.

O juiz ao analisar um caso deve atingir esse nível, para que ao julgar não seja colocada, sobretudo a sua moral, a qual ele vive fora do tribunal, conhecendo que isso é quase impossível, muito se é comentado de correntes minoritárias, de um determinado assunto assim como correntes majoritárias, uma hora em prol da família, outras correntes a favor da expansão desse conceito, isso nos demonstrando total evidencia que não há o sujeito neutro.

Então todas as decisões passam a ser carregadas de traços do analisador, levando-nos a uma utopia de que a justiça é cega. Esse conflito entre o moral e imoral se convalesce de poder ser admitido diante de um sistema que admite as antinomias.

CONCLUSÃO

Os conflitos sempre existiram, e sempre existirão, e a cada dia temos visto as mais variadas formas de conflitos, tendo o direito à obrigação de resolvê-los, tendo como argumento principal a vedação da auto tutela pelo Estado. Em cada conflito gerado, nenhum cidadão pode fazer justiça com as próprias mãos, ele deve requerer do Estado, que ele resolva o seu problema, através da provocação do judiciário.

Se por acaso alguém agir ilicitamente desrespeitando essa norma, sucumbira na infração do Código Penal Art. 345. Devendo ser responsável pelos seus atos, ficando sob disposição do estado até que pague pelos seus atos. O Direito a cada dia tem se mostrado mais dependentes de outras ciências, para que

possa se aplicar o direito, ao exemplo da psicologia jurídica, da filosofia, com a contribuição destas e outras ciências o direito segue tentando cumprir o seu papel fundamental na sociedade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 2ª Edição de 2014, Editora: Edipro.

FULLER, Lon L., **O Caso dos Exploradores de Cavernas**, 2008, editora: Leud.

VIEIRA, Jair Lot, **Código de Hamurabi**, 3ª Edição de 2011, Editora: Edipro.

MACHADO, Lia Osorio, **Sistemas, Fronteiras e Território**, artigo encontrado no link:<http://www.retis.igeo.ufrj.br/wp-content/uploads/2002-Sistemas-fronteiras-e-territorio-LOM.pdf>.

FREIRE Tatiane, **Brasil tem mais de 192 mil mandatos de prisão aguardando cumprimento, Agência CNJ de Notícias**, encontrado no link:
<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59868-brasil-tem-mais-de-192-mil-mandados-de-prisao-aguardando-cumprimento>.

Vade Mecum, Editora Saraiva 20ª Edição, ano de 2015.

Coulanges, Fustel de, **A Cidade Antiga**, 2002. Editora Martin Claret, tradução: Pietro Nassetti