

DA CONSCIÊNCIA À JURISPRUDÊNCIA: O DIREITO COMO DECISÃO DE JUSTIÇA¹

Resumo

Da Consciência à Jurisprudência: O Direito como Decisão de Justiça

O artigo aborda caris precípuos da sociedade tecnológica pós-moderna e o papel do direito no processo de dominação social. Destaca pensamentos e métodos jurídicos prevaletentes no cenário histórico, acenando à filosofia da consciência e o retorno à metafísica clássica como possibilidade de decisão de justiça a ser patrocinada pelo direito, atualmente, em substituição à técnica e à eficiência que transformam o *jus* em estratégia de redução valorativa pela via da ideologia. Faz incursão à natureza humana, pugna pela exigência de prudência como recurso da filosofia prática e o agir ético como condições do justo, sentido e *telus* do direito. Traz à baila método jurisprudencial pleno pelo qual o direito justo é fator de redenção da humanidade e permite o resplandecer da pessoa e sua eminente dignidade.

Sociedade – Tecnologia – Prudência – Justiça - Direito

Résumé

De la Conscience à la Jurisprudence: Le Droit comme Décision de Justice

L'article discute les majeurs caractéristiques dans société technologique postmoderne et le rôle du droit dans le processus de domination sociale. Expose des pensées et des méthodes juridiques pendant le contexte historique, départ de la philosophie de la conscience et de revenir à la métaphysique classique comme une possibilite du décision juste d'être defendu en place à la technique et l'efficacité qui transforment le *jus* dans la stratégie de réduction des valeurs par idéologie. C'est fait un incursion dans la nature humaine, appelle à l'exigence de prudence comme une ressource de la philosophie pratique et l'action éthique que sont les conditions de juste, le sens et *telus* de droit. Ouvre méthode jurisprudentielle plein par lequel la justice est le facteur de rédemption de l'humanité et permet à la personne son esplendeur et son éminente dignité.

Société - Technologie - Prudence - Droit - Justice

1. INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo está em retratar o pensamento jurídico e a metodologia que o alimenta nesse momento coevo, cujas características são de preterição à justiça e adesão à eficácia.

¹ **Alessandro Severino Valler Zenni**. Pós-doutor em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e professor de graduação e pós-graduação nos cursos de Direito na UNICESUMAR e UEM. **Cláudio Rogério Teodoro de Oliveira**. Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor de graduação e pós-graduação em Direito na PUC-PR, Faculdades Maringá e Famma.

De modo bem evidente o direito sublimado pelo fundamento de justiça foi subjugado às exigências sócio-econômicas patrocinadas pelo Estado, tornando-se um seu instrumental de perseguição aos fins utilitaristas sistêmicos da cultura pós-moderna.

Mas um problema central se mostra, nesta marcha, a princípio, insolúvel, qual seja, o de que o compromisso do direito, desde a corrente pós-positivista, seja o de elevar a pessoa humana em dignidade, o que, de forma indelével, até pelo imperativo constitucional, define, por is só, o fundamento e a finalidade da juridicidade.

Portanto, a formulação de proposição tematizada no texto indicará um pensamento jurídico e correspondente metodologia que se alicerça à tradição jurídica realista à luz do tomismo, e se afigura absolutamente apropriada para restabelecer o vínculo entre o direito, pessoa a justiça, escoimando a hermenêutica pautada em ideologia que, excogitando de dignidade, visa o finalismo sócio-político-econômico, registrado o homem que há na sociedade como estatística, e lidando com as relações intersubjetivas na lógica da economia e da estabilidade sistêmica.

Principiará o trabalho por apresentar ao leitor as modalidades de pensamentos jurídicos desenvolvidos historicamente, salientando-se que, por exigência de rigor metodológico, o cientificismo positivista normativo virá em primeiro instante, subsequentemente o empirismo racionalista da modernidade tardia e, como solução oferecida pelo monografista, exhibir-se-á o pensamento onto-axiológico estribado no realismo de outrora, e a techné problemática ínsita à metodologia jurisprudencial plena, apresentando, antes, o esboço do humanismo integral a quem o direito reverencia como seu fundamento e vetor.

Ao final serão emitidas considerações conclusivas sobre os temas abordados.

2. A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E A CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO E METODOLOGIA MODERNOS

A filosofia moderna tem como premissas basilares a ruptura entre o mundo da natureza e o mundo do valor, reservando a cada um dos planos princípios próprios e absolutamente contrapostos, afastando os planos do ser e do dever ser.

Com efeito, após a descoberta dos equívocos afirmados, sobretudo na ciência da natureza física aristotélica, que não manteve sua fragilidade diante da técnica do telescópio, no movimento da translação, a preocupação com o método despertou o interesse da filosofia de maneira macroscópica, ao mesmo tempo em que a ontologia se desvaneceu no contexto da lógica formal.

Paralelamente o secularismo imprimiu a centralidade do homem na construção do universal, certamente pela segurança que o método da lógica formal lhe garantia essa arquitetura, enquanto que o divino que se encastelava no topo da pirâmide valorativa e assegurava uma hierarquia de valores, em uma inversão capital, torna-se a imagem e semelhança do humano.²

O rigor que se esperou do método desencadeou na sucumbência da filosofia prática, que, entre os clássicos, comandava o percurso da moral, da arte e da política. A proeminência da racionalidade especulativa decretava o formalismo no campo da ética e da justiça, até então administrados pela razão prática sob a batuta da prudência, a sabedoria humana nos atos de decisão.

Igualmente, por contingências históricas, quebras paradigmáticas profundas na formação das classes se instalam no seio social, e, sobretudo por problemas epidêmicos e crescimento populacional, os feudos já não comportam as associações entre classes, uma ruptura inadiável atinge o modelo estamental e a consagração da filosofia da consciência se fazer presente. Antes, porém, coube aos franciscanos estimular a teoria atomista e o nominalismo, criando condições à pulverização da liberdade e a ideia do individualismo que se mostra emblemática a partir da reforma protestante.

Uma sociedade naturalmente concebida e hierarquicamente organizada agora deve ser constituída pelo domínio da racionalidade. Sujeitos individuais não encontram a associação natural, necessitando do artifício do Estado moderno para embasar a cooperação.

O receio do supra ente leviatanesco exige da razão conceber direitos inatos a cada indivíduo, como garantias inalienáveis em face do Estado, e as teorias hobesiana, lockiana e de Rousseau, embora divergindo nalguns pontos, são uníssonas em afirmar

² Nietzsche, Frederick. **Assim Falou Zaratustra**. Tradução de João Mendes de Souza. ebooksBrasil.com, 2.002, p. 73.

que, antes de cidadãos, os sujeitos já são portadores de direitos subjetivos. Há, nos filósofos contratualistas, as sementes da filosofia da consciência, onde o direito se apresenta como função de manutenção do sistema político-social e tendente à expansão do desenvolvimento econômico.

Nesse instante o direito vê comprometida a sua vinculação com a justiça jurídica que o dotara de autonomia em séculos, para ser tornado instrumento político-econômico, mormente porque a expansão do capital exigia figuras jurídicas do direito privado, ao mesmo tempo em que requestava do Estado garantia à propriedade privada, uma postura difusa de repulsão em razão da “lei invisível” e de proteção aos direitos individuais marca o pensamento jurídico da modernidade de primeira fase.

A codificação do direito no Estado mínimo da separação dos poderes³ deixa claro que o raciocínio jurídico estabelece a neutralidade do juiz na metodologia jurídica. O apriorismo das verdades legalizadas funda-se no artifício racional da origem popular no fundamento do poder. Direito, como ato de poder político, já não é argumento de autoridade, sua função está em garantir a sedimentação do novel paradigma burguês da liberdade como semente de justiça, conquanto adjungida ao postulado da propriedade privada.

A vontade do povo plasmada nos comandos jurídicos não pode ser discutida no instante da aplicação da norma, reservando-se ao juiz a “boca que pronuncia as palavras da lei”. A garantia científica da verdade relega a problematização dos argumentos, e o método subsuntivo, de pura lógica dedutiva se afirma como genuína possibilidade do conhecimento jurídico na filosofia da consciência.

Bem de ver que a racionalidade do direito vai implicar até o século XIX desdobramentos nas escolas de interpretação, designadas de clássicas, desde aquela propondo o método exegético visando a gramaticalidade dos termos e a vontade do legislador, até a histórico-conceitual resistente, inicialmente, à positivação, mas aderindo, posteriormente, à jurisprudência dos conceitos e a uma investigação analítica redutora da experiência jurídica,⁴ passando pela proposição dos métodos lógico-sistemático e os problemas da *ratio legis*, *occasio legis* e *vis legis*. Com Ihering e a

³ MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis**. (Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota). 6ª Ed., São Paulo. Saraiva, 1.999.

⁴ *Apud* NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2.008, p. 153.

jurisprudência dos interesses os fins tornam a ser considerados no mundo jurídico e uma remissão ao *telus* humano é tocado⁵, malgrado ser uma teoria de cunho utilitarista e fundo economicista.⁶

Entre os séculos XVI e XVIII anuncia-se um direito ditado pela subjetividade do pensamento, universal e atemporal, presente nas ideias e muito distante da realidade, registrando a ruptura filosófica entre o ser dos fatos e o dever ser da razão.⁷

3. O PENSAMENTO TECNOLÓGICO E A METODOLOGIA JURÍDICA DA MODERNIDADE TARDIA

Fazer face ao idealismo racionalista é a tarefa da sociologia de Comte, para quem a racionalidade está a reivindicar um novel paradigma e conseqüente método, próximo do real, conquanto àquele instante a subjetivação e a consciência ditam os valores universais elevados a máximas inquestionáveis, quais dogmas, esfumaçando-se no devaneio dos arquétipos apriorísticos da razão.

A experiência se depara com a era do *homo faber*, da sociedade produtiva, descrita como funcionalmente diferenciada, onde a naturalidade do convívio já não resplandece, senão mediante da necessidade das trocas de funções, e, como tal, a submissão do humano ao papel social desempenhado no seio comunitário.

Duguit destaca uma sociologia jurídica impura, ao menos como proposta positivista, salientando que um sentimento de justiça imanta a sociedade⁸, o que, de certa forma depõe contra o empirismo racionalista que vai entronizar no pensamento jurídico uma segunda forma de abordagem do pensamento jurídico e da metodologia que, ainda assim, continua fidelizada à racionalidade e que se processa na pós-modernidade.

⁵ JHERING. Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. Tomo I. Tradução Heder K. Hoffmann. 1ª Ed., Campinas: Bookseller, 2002, p. 244.

⁶ Castanheira Neves. NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2.008, p. 170 e seguintes.

⁷ Embora Kant encaixe o direito no âmbito da teoria prática, não o trata senão como um dogma, como o faz com a ética e a liberdade, fundando seu pensamento em máxima, elevada a categoria universal. In KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Crítica da Razão Pura e outros textos. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁸ DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1.996.

As formas de produção vão sendo aperfeiçoadas na sociedade técnica do *homo faber*⁹, e a função inaugural da técnica no mundo do mercado espargindo o propósito do conforto e conferindo facilidades produtivas culmina por tragar o humano, submetendo-o aos movimentos da máquina e atualmente ao saber tecnológico.

A esteira se curva ao modelo produtivo do sistema *just in time* e as formas descentralizadas e simultâneas de produzir rendem eficiência otimizada, mas pelas exigências do capital, apresentam a era do descartável. A abundância de produção, associada à celeridade no processo, constituem a sociedade massificada, *a fortiori* pelo incremento da profusão da propaganda e sua distribuição midiática e cibernética, invadindo o privado do lar pelo público do espetáculo marketeiro.¹⁰

Liberdade a essa altura é quimérica, livre arbítrio, querer contratual, o sentido assertivo do ser livre não passa de uma expressão adiáfora, e mesmo a liberdade negativa se esfumaça ante a portentosa pressão do consumo, havendo, no máximo, uma padronização de comportamento, que nem de longe pode representar a igualdade.¹¹

Se o sistema impele os seres a consumir, sob o finalismo da eficiência, notadamente a humanidade submete-se à funcionalidade tecnológica, e algo extremamente alarmante passa a requestar uma resposta a partir da filosofia: quando o ser humano assumirá a responsabilidade pelo fosso no qual se lançou, tornando-se prisioneiro da técnica?

A tomada de consciência dessa situação de alarde, no qual estão embotados os humanos, neutralizados em suas escolhas, subministrados pelos tentáculos sistêmicos, que fazem previamente as opções sociais, exige do ser a absorção de todas as etapas do processo e uma mudança de padrão a fim de que o paradigma cimentado seja substituído por modelo a permitir a formação pessoal do humano, ao nosso juízo, sustentado na metafísica.

⁹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11ª e d. Tradução Roberto Raposo, revisão técnica Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.010.

¹⁰ Tércio Sampaio Ferraz Junior faz abordagem interessante sobre o público e o privado no curso da história e destaca que as regras do mercado transformam o público no show bisseens que chega ao espaço privado pela via da televisão e do computador, e uma situação difusa público/privada simbiótica gera o curso circuito na liberdade humana. *In* FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 3º Ed., São Paulo: Atlas, 2008.

¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz Junior. **Direito Constitucional. Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2.007.

Em ousada monografia Valmir Zimer destaca que o flanco de possibilidades humanas aponta primordialmente para o exercício ético, e no instante em que a liberdade foi posta em derrocada pelo domínio cultural do *prete à porter* do sistema, na autoconsciência vai ser refletido o nível de conhecimento individual convertido em atitudes a caracterizá-lo na sua forma de ser no plano ético-moral. Portanto, está no plano da ação moral o recurso para sobrepujar-se à alienação, e isso corresponde à consciência.¹²

De qualquer forma, o direito, longinquamente alicerçado na ética, sofreu o golpe do idealismo subjetivista da filosofia da consciência, como se narrou alhures, diluindo-se em ciência comprometida com a verdade e veiculadora de fórmulas vazias formal e logicamente concatenadas.

Seguintemente, o sociologismo, apresentando o empírico como antítese, desenvolve o fato cultural a título de proposta dialética, mas cede à eficiência dos meios para acessar aos fins, que, a rigor, também não correspondem ao *telus* humano, senão que busca o finalismo da eficiência do sistema social, abstraído de toda metafísica, remanescendo um pseudo compromisso com a dignidade humana que, no plano hermenêutico, mostra-se filtrada por interesses mantenedores da ordem, da segurança e da resiliência sistêmica.

Entra aqui o papel da ideologia axiológica denunciado categoricamente por Tércio Sampaio Ferraz Junior, para quem a hermenêutica, servindo o poder e sua indefectível consecução de equilíbrio político-social, vale-se de categorias e conceitos jurídicos, sobretudo a teoria dos direitos humanos, objetivando aplicar-lhe uma neutralização valorativa, murchando o tegumento de bens caros ao direito e à humanidade, tais como democracia, igualdade, dignidade e justiça,¹³ perspectivando garantir a higidez da tecnologia estatal de controle social.

¹² ZIMMER, Valmir. Auto-Consciência. No prelo.

¹³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz Junior. **Direito Constitucional. Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas.** São Paulo: Manole, 2.007.

Tratando desse modelo de pensamento jurídico pós-modernista Castanheira Neves apropriadamente enuncia uma teoria da decisão pela qual o jurista converte-se em um tecnocrata, mormente o julgador¹⁴. A justiça coeva é científica, funcional e tecnológica, sintonizada com o que há de mais eficiente ao objetivo formulado pelo planejador social.¹⁵

Com efeito, as normas tecnológico-jurídicas acompanham as exigências dinâmicas do sócio-econômico, que, ao invés de abrolhar do seio comunitário, dirige-o, fazendo por intermédio do direito, em uma espécie de instrumentalismo dinâmico. Os dirigentes dos poderes, inclusive o julgador, convertem-se em administradores das mudanças sociais, via metodologia pragmática e os conflitos já deflagrados ou que não podem espolcar, preliminarmente, são gerenciados à luz das exigências do contexto econômico-social.

O direito cinge-se a uma instrumental técnica de gestão movido pela ideologia economicista, pautada na máxima eficiência tecnológica, de maneira que a manipulação jurídica, sistêmica, a servir outros sistemas, fundada no mor princípio, da eficiência, coonesta ética, reduzindo valores e manobrando resultados.

À toda evidência a metodologia jurídica adotada pelo jurista gestor estrategista, ao decidir questão sócio-econômico-sistêmica é empírico-racionalista, ou seja, o pragmatismo jurídico admite que, em consonância com os resultados a se almejar pelo poder – lastreado nas exigências de equilíbrio, ordem e certeza – ponha-se a definir previamente quais as ações e papéis serão realizados e ocupados pela sociedade, fazendo a dinamização tecnológica comunitária.

Com isso, salienta Castanheira Neves, não se pode excogitar de garantias no seio do direito, tampouco de justiça como sua finalidade, tornando contados os dias do Estado de Direito em prestígio do Estado Administrador e gestor que se ocupa do que é útil ao

¹⁴ Considerando o papel do juiz na pensamento jurídico, arremata que mais se assemelha a um criador autônomo de soluções exigidas pelos fins e interesses sócio-político-econômicos, investido de missão de prevenção à periclitacão sistêmica conformando com o modelo de Estado absolutamente providencial que não reserva espaço à intersubjetividade espontânea a brotar entre pessoas. *In* NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1.995, p. 270.

¹⁵ NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta**. Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1.995, p. 271.

social, político e econômico. Cabe ao direito de hoje um decisionismo estratégico distante da razão prática e da *jurisprudência*.¹⁶

Antes de apresentar o derradeiro pensamento jurídico e sua metodologia, fundado na metafísica da ação humana, cujas virtudes de justiça e prudência se fazem elementares e indispensáveis à existência de pessoas, apresentando o direito como jurisprudência, cuja metodologia tópico-retórica lhe é peculiar, indispensável abordagem da natureza do ser do humano, como se passa, a seguir declinar.

4. O HUMANISMO INTEGRAL NA ANTROPOLOGIA FILOSOFICA

O ato criador é imaginado como produtor do ser criado e as criaturas recebem um movimento em um ser independente do Criador, e outro movimento, o primeiro movimento, que faz com que as criaturas voltem até o ponto de partida, aproximando-se o mais possível de sua fonte.

As criaturas inteligentes defluem de Deus e a Ele tendem.¹⁷ O princípio primeiro de todas as coisas é o Criador que transcende o universo por Ele criado, tratando-se do fim de todas as coisas, o Bem supremo.

Assim é que a operação dos seres naturais tende ao fim, e o atingimento desse fim não é obra do acaso, há uma regularidade intencional, uma inteligência primeira ordenadora da finalidade das coisas que é Deus, este Ser imóvel e perfeito em ato puro¹⁸, que contém em Si, virtualmente, o ser de todas as criaturas, e passa a criar, por ato livre, já que o Criador não necessita criar, mas ao fazê-lo, participa na criação o seu Ser, o Sumo Bem, em finitude.

Nessa medida o fim corresponde sempre ao princípio e se se conhece o princípio das coisas, impossível seja ignorado o fim.

¹⁶ NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta*. Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1.995, p. 274.

¹⁷ ÉTIENNE, Gilson. *Saint Thomas d'Aquin (Lês moralistes chrétiens. Textes et commentaires)*. Paris: J. Gabalda, 6ª ed., 1941, p. 33.

¹⁸ ÉTIENNE, Gilson. *A Filosofia na Idade Média*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.001, p. 660/661.

O ser humano, dotado de livre arbítrio, inteligência e vontade, imita o Criador, conquanto o tenha criado, não por uma inclinação natural, senão por inclinação voluntária.¹⁹

É a vontade que move o intelecto a certas coisas, e sempre haverá um objeto da voluntariedade, designado bem, ou fim. A intenção corresponde a uma vontade que move todas as faculdades até seu fim, como ato primeiro de tendência.²⁰

Por outra parte as ações humanas concernem sempre ao particular e contingente, e passar do universal ao particular, corresponde a sair do imóvel e certo para tatear o variável e incerto.

A eleição é ato pelo qual uma parte deriva da razão ou intelecto, enquanto outro deriva da vontade. Determina-se e compreende a deliberação da razão e a decisão da vontade. A razão recai sobre os meios que lhe parece preferível. A vontade é necessária para se dê consentimento aos meios de eleição, ou seja, operação de preferência a um deles.

Para dotar o ato de forma de eleição, é necessário movimento da alma até o bem que elege, e a eleição constitui, em substância, ato de vontade.²¹

O ato de vontade é espontâneo e dirigido, quando a razão faz o apontamento e mesmo quando imperativo da razão, a ação motriz que o ato contém pertence à vontade.

As operações da razão implicadas no ato humano poderão ser imperativos como objetos de ato, e o intelecto apreende certa verdade, por luz natural, independente da vontade. Mas o intelecto pode dar consentimento ao que apreende, basta que as proposições não convençam.

Todo movimento é voluntário, ainda que pareça vir do intelecto, e todo conhecimento é intelectual ainda que tenha origem no movimento da vontade.²²

¹⁹ ÉTIENNE, Gilson. **A Filosofia na Idade Média**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.001, p. 674.

²⁰ TOMAS DE AQUINO. **Suma Teológica**. I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1.998, 82, 4 e resposta.

²¹ TOMAS DE AQUINO. **Suma Teológica**. I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1.998, 83, 8 e resposta.

²² ÉTIENNE, Gilson. **El Tomismo. Vol. II**. Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, p. 358.

Os seres humanos não são pura substância, constituem-se, por assim dizer, também dos acidentes, e o ato concreto não é esquemático e teórico, constituído de razão e vontade, trata-se de um ato influenciado por disposições permanentes, que são os hábitos e as virtudes.²³

O homem é ser discursivo, cuja vida deve lograr o fim, e essa duração em vida mostra um ser que faz esforços para atingir o objetivo ao invés de desaguar no nada. A alma humana, tal qual o seu corpo, possuem uma história, conservando o passado que é gozado na utilização de um presente perpétuo, sendo certo que a forma geral dessa fixação da experiência passada denomina-se hábito.

Um homem bem ou mal disposto, passa a ser objeto de análise pelos seus hábitos, estes acidentes que lhe são algo de mais próximo de própria natureza do ser.²⁴

O hábito se desenvolve em face de algumas condições: a existência do sujeito que se encontra em potência e muitas determinações que se combinam a princípios diferentes, objetivando produzir uma só das ditas determinações; a existência de um elemento de receptividade e de potência típicos da alma humana.

Assim o hábito se mostra complemento da natureza, formando-se de determinações refundidas que estabelecem relações entre o intelecto e objetos de sua operação. O intelecto passa a ser analisado como objeto inseparável da totalidade dos hábitos com que se afigura enriquecedor ou empobrecedor.

Todavia os hábitos são disposições para o bem ou mal, situando o indivíduo em relação ao seu fim, pondo-o conforme sua natureza ou segundo uma conveniência, o que será designado de vício.²⁵

As virtudes são hábitos que dispõem de maneira unívoca e durável ao cumprimento de boas ações, ou seja, indicativos de realização da natureza humana.

²³ ETIENNE, Gilson. **El Tomismo. Vol. II.** Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, p. 358.

²⁴ Tomás de Aquino. **Suma Teológica.** Ia IIae. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1.998, 49, 2 e resposta.

²⁵ Tomás de Aquino. **Suma Teológica.** Ia IIae. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1.998, 54, 3 e resposta.

Ora, se a excelência das coisas mede-se pelo grau de seu ser, o humano deve realizar operações incompletas e deficientes como ser incompleto que é, e o bem e o mal se combinam em suas operações em proporções variáveis.

Os atos exteriores têm moralidade se têm vontade. Assim, remontando ao mais alto princípio, o que estabelece o ato como bom ou mau, e relacionando-o com o ato humano, tem-se que o ser humano o recebe formalmente do fim ao qual tende o ato interior da vontade.²⁶

A alma racional é a forma humana por excelência, e bom é todo ato conforme a razão. Quando a ação se dirige a algo contrário à ordem racional, *ipso facto*, é má.

A intenção é condição requestada para que um ato humano seja bom, tratando-se de subordinação de dito ato ao seu legítimo fim, movimento para o qual a vontade tende o seu objetivo.

A moral é essencialmente intencional, ou seja, uma intenção pela qual a vontade se dirige ao fim, considerando-se, por isso, o germe do ato voluntário completo. Justamente porque se quer o fim, quer o meio, elege-o deliberadamente, e, portanto, age. Tal qual a intenção, sê-lo-á o ato que a engendra.

A virtude moral é modalidade de virtude humana vertida à prática do ato benfazejo, supondo, pela própria essência do ato, em eleição, deliberação e juízo racional.

Virtudes intelectuais que não se reportam diretamente a ação podem prescindir de virtudes morais, entretanto a prudência jamais poderá ser posta à margem, enquanto virtude que é. As quatro virtudes intelectuais são a inteligência, a ciência, a sabedoria e a prudência, sendo certo que as três primeiras, designam-se puramente intelectuais, enquanto a derradeira migra do intelectual ao moral.

Ao humano não basta pensar, não deve viver, urge que viva bem, e proceder bem não significa somente saber o que deve fazer, importando a maneira como fazê-lo; decidir não é tudo, o importante é que decida racionalmente e não por impulso obscurecido pelas paixões.

²⁶ O bem, ao homem, é o ato segundo a razão, e o mal, o contrário, O bem é o que convém, segundo à forma, já o mal contraria a forma, tendo como consequência aniquilar sua ordem.

Decidir racionalmente é uma deliberação, que não é dada pela inteligência, senão pelo fim que a vontade quer, e o fim desempenha papel que os princípios realizam nas ciências especulativas, então querer o fim que convém depende de uma virtude moral e não propriamente intelectual.

Uma vez querido o fim, uma virtude intelectual deliberará e elegerá os meios conducentes ao mesmo fim, devendo existir necessariamente uma virtude intelectual que põe a razão em situação tal que possa determinar os meios, em vista dos fins, tratando-se da prudência, a reta razão no agir, virtude inexorável ao bom viver.²⁷

As virtudes morais introduzem na vontade as mesmas perfeições introduzidas nas virtudes intelectuais no conhecimento, mas é na justiça que se assegura e se garante o valor moral, porquanto é na retidão de todas as operações que vão implicadas ideias do que se deve fazer e o que evitar.

Assim, as virtudes morais, classificadas em temperança, fortaleza e justiça, jungidas à virtude híbrida da prudência, designam-se virtudes cardeais, e o ato que se pratica conforme as virtudes morais, tem-se-no praticado pelo crivo da reta razão, o justo meio.²⁸

Em síntese, a metafísica tomista vai pulverizar no ser humano a *imagem e semelhança* do Valor Supremo, dotando-o de dignidade enquanto pessoa. Pessoa representará a amplificação de todas as virtudes intelectuais e morais, aspecto de expansão horizontal, sempre tendo como arrimo o fim último, a transcendência no sentido vertical, livre arbítrio e racionalidade dirigidas ao Criador.

Ademais, a participação querida do Criador em cada ser humano imperfeito é a possibilidade de que inclinações naturais das criaturas possam acessar o Sobrenatural, e cada singular imperfeito e parte, verso, singular, do Uno. A riqueza da singularidade

²⁷ Tomás de Aquino. **Suma Teológica**. Ia IIae. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1.998, 57, 5 e resposta.

²⁸ Justiça é meio termo regulamentadora das operações relativas aos atos exteriores, assinalando a cada um o seu, por dever e direito, nem mais e nem menos.

metafísica em todo e cada um dos seres humanos gestará a isonomia em dignidade, porquanto a identidade de origem e de destino nos fará UM no Criador.

Em um instante em que a hierarquia social fazia acepção entre seres humanos, decompondo a sociedade entre incluídos e excluídos, a filosofia tomista da pessoa, fundada na metafísica, tornava possível que todos os seres humanos, independente de grupo, casta ou estamento, reunissem atributos da Imagem e Semelhança do Supremo Ser.

Uma derradeira observação, o livre arbítrio, a vontade, enquanto centro emanador da liberdade, permite que se divida querer e poder, e que a liberdade seja associada ao querer, ainda que não se possa. Na idade média ainda se concebia a liberdade como poder, exercício, ação regulamentada pelo direito, sem considerar o livre arbítrio, essa manifestação metafísica da liberdade. Em escorço, o escravo, a mulher e o estrangeiro, por exemplo, impedidos de exercício, passam a conceber a liberdade no plano metafísico, como livre arbítrio.

5. A JUSTIÇA COMO VIRTUDE HUMANA E FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO

Entre os clássicos a justiça corresponde à virtude, uma vontade constante e perpétua de se dar o devido segundo mérito e o direito é tratado na questão 57, do Livro II da II parte da Suma Teológica pelo Aquinate como exigência da coisa justa.

Em última *ratio* o direito é objeto da justiça, e reforça a concepção ao classificar o *jus* como arte de discernir o justo, de maneira que, pelo direito, o devido é dado a quem o tenha, por questão de mérito.

A natureza humana expõe potencialidades radicadas no âmago da vontade, que, uma vez experienciadas, transformadas em hábito, exercício prático, tornadas atos, confirmam-na e as aperfeiçoam.

Antes, porém, é fundamental advertir que o operador do direito, comprometido com a justiça, sobre ela não pode agir, salvo se, também, acesse as virtudes intelectuais, não só

em face à ideia de justiça, que, entre gregos e romanos não se desenvolveu, cingida que ficou à vontade, mas, também, como ciência prática, especialmente à prudência, cujo tema é sintomático para o encontro com o justo, como se verificará adiante.

Um primeiro epílogo sobre a justiça se impõe. O ser humano, para quem o direito é estabelecido, está marcado por potências, sejam de natureza intelectual, sejam de natureza volitiva, cuja *energia*, colocada em ato, na experiência, vai aperfeiçoando a pessoa.

Se a justiça é virtude, na acepção clássica, trata-se de hábito operativo do intelecto, não se olvidando de que as potências se apresentam à alma na concepção do ser humano, ao passo que as virtudes, enquanto hábitos, têm o condão de aperfeiçoar as potências na experiência, facilitando esta perfeição em razão de inserção de inclinações desenvolvidas sobre as energias já chanceladas desde a concepção do ser humano.²⁹

Essa dinâmica da vida da pessoa permite a escolha às inclinações por hábitos àquilo que já se apresenta em potência ao ser humano, ao passo que, pela condenação à liberdade³⁰, a depravação destas potências naturalmente herdadas, por hábitos avessos, designados de vícios, corrompem a fortuna metafísica humana, nadificando-a e comprometendo o seu ser no ato de existir.

As virtudes são noéticas, enquanto qualidades positivas que dinamizam as potências, tendo como sujeito, o próprio intelecto, disposto ao ato cognitivo, *a fortiori* quando evolui suas potências intelectivas, sejam as ciências, a técnica, a prudência, a sabedoria e a metafísica, englobando-se o intelecto teórico, prático ou produtivo.³¹

Também há virtudes morais, e aloca-se aqui a virtude da justiça, quiçá como a mais importante representante da eticidade.³²

²⁹ André Comte-Sponville. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, p. 71.

³⁰ Sartre. Jean Paul. **O Ser e o Nada. Ensaio de Ontologia Fenomenológica**. Tradução de Paulo Perdígão. 10ª Ed., Petrópolis: Vozes, p. 460.

³¹ Aristóteles. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mario da Gama Kury. 4ª Ed., Brasília: Editora Unb, 2001.

³² Paralela à justiça, há a temperança implicada com a potência concupiscível (amor, ódio, desejo, aversão, dor e prazer), porquanto o temperante é moderado, age na justa medida, nos prazeres do tato (comida, bebida e venéreas), e a coragem, que diz respeito as paixões irascíveis, contendo medo, audácia, esperança, desespero e raiva, sendo certo que a virtude da coragem sugere a fortaleza para suster os medos e moderar a ousadia, sempre diante dos riscos da morte. Dessa maneira, a justiça imprópria quer

De forma categórica, justiça é sempre uma virtude retificadora, reportada às ações humanas, externas, não propriamente psíquicas, praticadas em relação aos demais, como algo alterativo, que sempre requesta a presença do outro.

Há consenso de que a justiça sempre trata de atitudes humanas referidas ao *alter*, e aloca-se no cerne da vontade, ou seja, representa uma virtude moral da vontade; e todo ser humano que tem o hábito da justiça age em relação ao outro com equilíbrio, nem de menos, nem de mais, porque no excesso ao *ego* há prejuízo ao *alter* e fazendo demasiado ao *alter* há dano ao *ego*.

O Aquinate classificará a justiça em geral e particular, a primeira concebida no contexto da ordem social, quando um encadeamento de partes compõe o todo, donde os integrantes da sociedade estão ordenados, uns em relação aos outros, dentro de princípio de bem encadeado.³³

Relativamente à ordem, há se recordar das categorias todo e parte, implicados com o social, absolutamente vinculados ao tegumento de justiça. *A priori* não se pode supor o todo como a somatória de partes, senão que, no plano metafísico, os elementos que constituem a sociedade encadernam partes e totalidade.³⁴

Se a primeira classificação de justiça é a geral, cuja matéria inclina-se ao bem comum, a justiça é a categoria que regula as relações entre o todo comunitário, a totalidade no plano metafísico, e a parte com seus atos externos. Nessa perspectiva as ações da parte dirigidas ao todo da sociedade, o bem de uma pessoa, de um grupo ou de uma classe, enfim, o bem privado, dirigido ao comunitário, é tratado pela justiça geral.

Já, noutra classificação, vislumbra-se a justiça particular, regulando ações relativas a outrem, sempre singular, que será questão de justiça distributiva ou comutativa.

significar tornar o sujeito justificado, retificado, seja diante dos prazeres do tato, seja em relação aos medos e audácias em relação à morte. Portanto, no âmago de nosso ser, ou no exercício externo da ação, a justificação é concebida como o justo no sentido metafórico.

³³ TOMAS DE AQUINO. **Suma Teológica**. II-II, q57, a2

³⁴ MARITAIN, Jacques. **Sete Lições sobre o Ser**. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. 3ª Ed., São Paulo: Edições Loyola, 1.996.

O bem se pretende atingir aqui é sempre o bem privado, e, assim, há um indivíduo, e se a ordem se estabelece entre duas partes privadas, em suas relações sinalagmáticas, compete à justiça comutativa regulamentar as ações exteriores de uma pessoa privada à outra.

Também o sujeito passivo desta justiça distributiva é sempre pessoa privada, e distribuir é dar o devido segundo o bem comum, e conforme o modelo político implantado, enquanto que o sujeito que pratica o ato é o comunitário, representado pelo governante, tratando-se de relação do todo à parte. A distribuição como causa da dignidade acaba não discriminando um sujeito, senão o próprio mérito posto em causa à dignidade de certas pessoas, grupos, classes ou categorias.

5.1. A JUSTIÇA E O DIREITO NA PERSPECTIVA REALISTA DO TOMISMO

Seguindo os critérios ditados na Suma, quando a Revelação se faz via de acesso do humano ao Divino, fá-lo com reservas, afinal de contas era improvável o acesso às fontes teológicas da época à coletividade, tratando-se de canal restrito a alguns que, justamente por isso, haveriam de se esforçar para pulverizá-la.

E para afirmar a justiça divina, reconhece na filosofia a porta de entrada ao conhecimento de todos. E equipara todos à condição de, potencialmente, tornarem-se pessoas. Mais ainda, a irmanação que nos põe como unidade (essencial) a despeito das singularidades pessoais (existenciais), faz-nos todos solidários objetivando o mesmo Bem, um bem comum do grupo. Somos, portanto, naturalmente fraternos, justos e solidários.

Parte Tomás de Aquino da justiça do evangelho, o amor ao próximo, no recôndito do Criador, trabalhando com as virtudes teológicas, da fé, a esperança e a caridade, fazendo o homem justo no sentido católico (universal).

E mesmo fazendo o patrocínio da propriedade privada, com direito de disposição e gestão dos bens, pontifica a comunicação no uso, combatendo a utilização egóica do administrador, traz em sede de cotejo a justiça bíblica e a justiça do direito romano, concluindo não serem contrapostas.³⁵

³⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins e Fontes, 2.003, p. 117.

Porém, Tomás de Aquino expurga o clericalismo do direito quando distingue entre fé e razão as áreas de exercício, porquanto a justiça social é temporal, enquanto que as normas evangélicas estão desprovidas de juridicização.³⁶

O direito é a arte pela qual se conhece o justo, embora a justiça pré-exista no interior como norma de prudência, algo imanente ao ser. Quando tal modelo se transcreve, nomina-se-lhe de lei, embora não se autorize a confusão entre lei e direito,³⁷ mesmo porque a lei escrita não emprega força à lei natural, e nem tampouco o homem tem capacidade de, pela vontade, alterar a natureza.

Ao fazer uma classificação do justo, propõe Santo Tomás a idéia de justiça geral, verdadeira súpula de moralidade, proveniente da razão profana, confirmada pelas ensinaças divinas.

A justiça particular é atividade que tem como fim a boa divisão de bens exteriores, tanto que Cristo objurga a própria intromissão na partilha entre os irmãos, mas não é válida a ilação de que o Criador prescindia de uma boa e justa divisão dos bens. De qualquer maneira é de se concluir que as questões de justiça temporal não podem ser equacionadas com fundamentos bíblicos.

Se por um lado a justiça evangélica está afeta a todos e a eles se impõe, no que tange à justiça social, veda-se ao particular dispor sobre o próprio benefício em nome da justiça, senão ao legislador e ao julgador.³⁸

As noções de vida em sociedade remetem à moral, justiça social e direito. Compete ao direito, no âmbito da comunidade, as exigências de justiça, ou seja, o justo em todas as circunstâncias na vida em sociedade.

Relações humanas devem ter como estribo o fundamento de igualdade, porquanto igualar corresponde a ajustar, portanto, em primeira ordem, igualdade natural entre as coisas funda-se em relação de direito e justiça.

³⁶ TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de Justiça**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, Ltda., p. 05 e seguintes.

³⁷ TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de Justiça**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, Ltda., p. 07.

³⁸ ETIENNE, Gilson. **El Tomismo**. Vol. II, Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, p. 425.

Se a igualdade é condicionada cria-se uma igualdade menos rigorosa que a da natureza, em certo sentido flexível, surgindo como direito positivo dessa convenção.

O direito mistura-se com o justo se conteúdo de normas eqüitativas, algo adequado, sendo certo que esta adequação ao humano se encerra pela natureza da coisa em si, desenhando-se o direito natural, ou quando a coisa é adequada por convenção, reflexo do direito positivo.

Com efeito, se algo de per si repugna à norma da natureza, impossível que ganhe a chancela da justiça pela vontade do homem.³⁹

Toda noção de equidade deriva da razão, e já que a razão é ponto comum ao ser do humano, a derivação de sua convenção também o é, e nesse sentido o direito positivo passa, também, a ser comum e desenvolvido espontaneamente.

Há um bem comum para o qual convergem as relações humanas, conotadas como relações jurídicas, e a justiça passa a ser disposição permanente e voluntária de dar a cada qual o seu direito, retidão segundo a vontade da razão, por isso se aloca o justo como ato virtuoso.⁴⁰

As virtudes do cidadão remetem à justiça legal, fio condutor de cada qual ao bem do todo, e assim cada indivíduo é reputado parte de um corpo social. O indivíduo participa com suas virtudes pessoais, que podem ser adquiridas, no seio comunitário.

Se a justiça implica em igualdade, está referida, indefectivelmente, a outrem, e se visa a retidão dos atos humanos, a alteridade que a compõe corresponde a ação de vários, e o ato não pode ser entendido como algo parcial, senão como homem integral, como pessoa.

³⁹ TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de Justiça**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, Ltda., p. 09.

⁴⁰ TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica**. Ila Ilae. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1.998, 57, 4 e resposta.

Dilacera-se a justiça legal toda vez que há menoscabo ao bem comum, a partir do ato viciado que busca interesse individual imediato, sem o preocupar-se com repercussões do mesmo ato praticado em relação ao interesse geral da comunidade.⁴¹

Mutatis mutandis o ato justo será legítimo se exercido por quem tenha competência e conhecimento para fazer justiça, além de o pronunciamento sobre a justiça exigir uma certeza racional, afastando toda sorte de dubiedade, sem, evidentemente, requerer-se prova científica.

Acerca das operações em torno das quais atua o direito, pode-se afirmar se ocupar da designada justiça distributiva e a justiça comutativa, que, na prática, apontam a um sincretismo. A justiça comutativa é particular entre dois indivíduos, ao passo que a distributiva assinala à moderação na distribuição dos bens comuns, aferindo-se conforme à proporção que coisas e pessoas têm na relação, ou seja, o mérito é distribuído de acordo com a participação e dignidade.⁴²

De qualquer sorte, a proposta do Aquinate, em Villey, não é de que o jurista tenha a missão de ser um diretor da consciência, tampouco de tornar os homens, pelo direito, virtuosos, bastando que diga o direito que cabe a cada qual, sendo da lei o papel de distribuir ou executar regras de conduta.⁴³

Há, aqui, uma certa incoerência na afirmação que merece consideração. Se coube a Tomás de Aquino dotar o direito natural de uma visão peculiar e mobilista, porquanto recupera as forças naturais do homem dotando a razão de suficiência para conhecer a ordem natural das coisas, uma disposição intrínseca e pulsante que propende ao bem, tornando o direito sempre renovável, seja pela lei positiva ou pela jurisprudência, em magnânime lição de dinamismo e liberdade, compete ao direito a missão de redenção social, seja pelo sítio da legislação, seja pelo arremate da aplicação, *a fortiori* na adequação de norma posta criada, cuja diretriz exige derivação das leis da natureza.

⁴¹ Propriamente a injustiça será vislumbrada no falsear a igualdade que se espera existir nas relações entre os homens. O injusto é inadequado em relação ao outro, ou seja, quebra-se o elo de igualdade que haveria de ser mantido entre o ato e o direito

⁴² TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de Justiça**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, Ltda., p. 67.

⁴³ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins e Fontes, 2.003, p. 121.

Também se pode afirmar que a restauração de uma ordenação no âmago da natureza, acessível à inteligência, permite, a um só tempo, certa permanência principiológica e, sem qualquer contradição, a atualização do *jus*, tal qual o é o sentido de dinamismo do ser humano.

Há alicerce para uma teoria de direitos humanos no bojo do jusnaturalismo tomista, sem excogitá-la idealista, pois se a natureza humana registra certa regularidade natural nas relações, mesmo naquelas internalizadas, de ser que deve ser por disposição da natureza, seria contraditório aceitar os dizeres de Villey de que há uma ficção na empreitada de universalização dos direitos humanos.⁴⁴

E mesmo a doutrina de Villey concebe que certos atos e comandos de dever, contrários aos fins naturais, haveriam de ser rechaçados pelos jurisperitos⁴⁵, ao que se arrematária, inclusive em sede de prática judiciária, tanto assim que o método sugerido no realismo tomista não pode ser outro senão o tópico retórico, em manifesta coerência com a exaltação ao jusnaturalismo clássico.

Aliás, já se afirmou que a subjetivação ética resultante do racionalismo, os deletérios efeitos nominalistas em conspurcar a realidade universal, desfundamentando o baldrame metafísico ínsito ao ser do humano, gerou um nihilismo com dimensões sociais, onde o ser que não sabe o que fazer acaba se conformando ao fazer alheio ou, sintomaticamente, curva-se ao fazer do grupo, em expediente totalitarista.⁴⁶

6. MÉTODO JURISPRUDENCIAL PLENO

Captar o conceito de justiça é tarefa exaustiva, que requesta o conhecimento da teoria dos valores e consorciá-lo com a ciência ética desenvolvida pelos clássicos. Mas se a

⁴⁴ Já foi pontuado em Alessandro S. V. Zenni, que limites às liberdades empecem o movimento de humanização, e os direitos humanos seriam disposição natural de participação no seio do grupo, como um espaço constituído de bens externos, concernentes a garantir o direito de dever ser na esfera social. Pessoa, por ser, tem dever de se fazer, razão pela qual deve ser garantida contra eventual arbítrio do grupo. *In* ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 107 e seguintes.

⁴⁵ VILLEY, Michel. Saint Thomas et L'Immobilisme. *In* **Seize Essais de Philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1.969, p. 98.

⁴⁶ ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2006, p. 51 e seguintes.

justiça, adiante de ideia, é práxis, classificada no âmbito da ciência prática, elementar que se atenha ao método de aplicação do justo, aqui sugerido de jurisprudencial pleno.

Nesse compasso a prudência, outrora referida pelos clássicos, entra em pauta na decisão sobre os preceitos de justiça, do contrário o justo não passará de uma teoria racional sem compromisso com a práxis e, portanto, imunizando o direito de seu conteúdo axiológico⁴⁷.

Direito como *ars inveniendi*, techné, cuja finalidade é decisão de justiça, não se limita a produção da eficácia, tampouco renuncia ao real metafísico fiando-se à linguagem e a hermenêutica semântica, submetida à neutralização axiológica por força da vontade do poder.

O jurista há de ser prudente. Já no Estagirita a prudência está localizada no plano das virtudes, uma das qualidades da razão, acidental, evidente, mas atribuída à racionalidade.

O hábito da prudência é benfazejo, porquanto aperfeiçoa a potência da racionalidade, frisando, *a priori*, que tem elo com a razão prática, propiciando-lhe o funcionamento. Vê-se que a ideia de prudência já se agrega à potência, com a própria constituição do ser.⁴⁸

Nota-se que o intelecto postula finalidades funcionais, e se a sabedoria (verdade) é o objetivo da racionalidade teórica, cuja operação é contemplativa, o bem é o escopo da racionalidade prática, cuja operação é de decisão. Dessa maneira, a prudência⁴⁹ pode ser analisada do plano teórico, no sentido de se apreender sua verdade, e a par dessa captação a ética exige que a prudência seja aplicada no seio da práxis.

⁴⁷ Ao denunciar os vulgarismos modernos no mundo jurídico, Alvaro D'Ors observa que o declínio da *jurisprudencia* pela escassez dos *jurisprudentes* e da autonomia do direito por ter-se tornado refém da sociologia e da economia, abriu ensejo ao direito racional de logicidade pura ou de pura facticidade. Ora, se o direito clássico não era ilhado, porquanto a sua criação dimanava das relações sociais e da natureza das coisas, um modo peculiar de vislumbrar os fenômenos ocorridos, com visão de jurista e não de sociólogo ou economista que se enrustem na dogmática jurídica atual e não se ocupam, verdadeiramente, das pessoas que se implicam, mas de uma massa social presa às estatísticas de grupo. *In* D'ORS, Alvaro. **Escritos Varios Sobre El Derecho En Crisis**. Cuadernos Del Instituto Juridico Español. Núm. 24. Roma-Madrid, 1.973, p. 31/33

⁴⁸ Comte-Sponville, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.009, p. 37 e seguintes.

⁴⁹ Fundamental que haja teoria nas coisas práticas, porque ao se conhecer a verdade sobre o plano pratico, no mundo ético, tal teoria cognoscível, deve ser implementada no mundo ético.

A razão prática busca o domínio das paixões, do irascível e o desiderável, emanando preceitos às ações livres, fazendo descer a verdade contemplativa ao domínio da vontade.⁵⁰

Hodiernamente, no mundo utilitário, prevalece a astúcia em substituição à prudência, conquanto se busque prevalentemente a eficácia, eleição de meios efetivos, sem preocupações com a moralidade destes mecanismos, ou seja, enquanto direito é meio, sua moralidade é prescindível, para manutenção de fins sistêmicos.

Não significa a prudência uma abdicação total da eficácia, no sentido de que haja uma renúncia à lesteza na opção pela ação prudencial, até porque a argúcia, diferentemente da astúcia, imbrica-se com a conjectura raciocinada e ponderada, ser solerte, desvelando o oculto das teses e dos acontecimentos que não se apresentam categórica e obviamente em certas circunstâncias, sem que isso possa romper com a celeridade, mas, de alguma forma, exigindo o compromisso com a labuta.⁵¹

O que merece registro, outrossim, é que a prudência persegue a moralidade dos meios, e por esse aspecto é parte da ética, ao passo que a astúcia, grande propriedade contemporânea, quadra-se no sítio dos vícios, por não considerar moralidade e perseguir, puramente, a eficácia dos meios.

O prudente requesta a intelecção profusa do problema colocado, atendendo às suas circunstâncias, além de ter experiência da sinderese com quem a prudência se vincula e se irmana. E não é só, a docilidade, a capacidade de ouvir e aprender com quem conhece, é outra propriedade da prudência, abrindo flancos à dialética clássica.

No juízo prudencial há um silogismo prático, cuja premissa maior está na lei positiva, nos princípios gerais da razão prática, a própria sinderese, e aqui contida a noção de justiça, como dar o devido segundo o mérito, mas a circunspeção do *ponere causae* como juízo da premissa menor é de elementar importância, tratando-se de uma situação particular, de cujo ajuste exsurgirá, do juízo prático, uma decisão e escolha, designada de sentença por Tomas de Aquino.

⁵⁰ Aristóteles, ao manifestar-se sobre a vontade, o sítio da ação, salienta que a ação do homem visa, sempre, o bem, distinguindo entre bem real e bem aparente, o primeiro autêntico, o segundo equivocado, porque não verdadeiramente bom. O real é o adequadamente verdadeiro, que independe da subjetivação de quem o conhece, a despeito das condições hermenêuticas no ato de compreender.

⁵¹ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.009, p. 37 e seguintes.

Seja para conhecer os princípios universais da lei natural, seja na cognição do real concreto da premissa menor, é fundamental o esforço e a labuta, porque reputado imprescindível inteligir a moralidade dos meios, renuncia-se à mera eficácia racional na consumação dos fins. Entra em cena a verdade no âmbito universal e no particular, pressupondo-se, na esfera da prudência, que sempre haja possibilidade de cognição do ser no seu mais profundo significado.

Somente o realismo clássico, nessa medida, pode contribuir com o método jurisprudencial pleno que atinge a justiça como finalidade. Qualquer caminho prudencial pressupõe o real, o metafísico, a captação que deságua em *poiesis*. Renuncia-se à facilidade da produção pura pela racionalidade.

Assim o real da justiça está pressuposto na metodologia realista, algo que se torna eclipsado no mundo cartesiano e culmina com o historicismo antetético frente ao idealismo subjetivo (que não pressupõe a verdade, mas tende a rebater a idealidade subjetivada). De qualquer modo o ser da justiça e da pessoa, histórico, porque dinâmico, potência que se torna ato, é transcendente à historicidade, porquanto os fins já estão marcados pela Causa Incausada, e a cultura vai sendo descoberta na experiência e não criação da inteligência humana.

Esse mundo real da justiça que independe da operação psíquica da justiça do agente, senão que reconhece o justo no fato, na coisa do direito, e que pode ser apreendido pelo jurista por haver conaturalidade com o essencial do *jus*, ainda que essa captação não seja em plenitude diante dos limites interpretativos do hermenauta, gera uma representação do processo, com os desvios contingentes próprios do humano, resultado da captação.

O ponto de partida não é o pensamento, a ideia, senão a realidade da justiça, no concreto, que passa pela apreensão, uma aptidão da alma, fazendo-se representar como noema, uma produção burilada, literalmente compreensão e decisão de justiça.⁵²

Com efeito, a prudência submete o método a profundas transformações, não sendo pura dedução de regras pré-existentes, caindo por terra a lógica analítica e axiomática.

⁵² PERELMAN, Chain. **Lógica Jurídica**. Tradução Vergínia K. Pum. São Paulo: Martins e Fontes, 2.000, p. 63.

Arremate-se, com Villey, que “esse sistema dedutivo de normas, esses tratados teóricos abstratos, este falso catecismo totalmente justo e bom para o ensinamento elementar, não mereceria o nome de direito, eis que cada nova solução pode escapar a seu empreendimento. Se se confundir direito com a ficção teórica erigida pelos professores, o direito perderia a sua essência; sua alma que é de proceder sem cessar por uma outra voz dedutiva”.⁵³

Com Viehweg se pode afirmar que o direito é jurisprudência, prudência como virtude que requer conhecimento dos homens, não de forma dogmática, senão dialética, tópica, retórica, além de científica e artística.⁵⁴

A afeição à justiça remete ao método jurisprudencial pleno, porquanto adjunge sensibilidade e racionalidade, intuição e prudência, experiência e pensamento, práxis e teoria, objetivando a construção da regra da situação concreta⁵⁵. Essa orientação de plenitude nas faculdades cognitivas é que permite a solução justa do problema apresentado.

Recorrendo ao método de direito romano clássico, Eduardo Vera Cruz Pinto, designado de jurisprudencial pleno, amalgama, a “cultura jurídica, técnica interpretativa, sensibilidade à justiça, sentido de equidade, bom senso decisório, experiência aplicada, argúcia argumentativa e capacidade criativa.”⁵⁶

Se o dever ser está fixado no plano normativo, há um sentido ultralegal no direito que desafia o jurista a realizar justiça diante da lesão e na sua proporção, defenestrando o apriorismo do dever ser dogmatizado, recordando que sempre estarão envolvidas pessoas no conflito jurídico.

⁵³ VILLEY, Michel. **Seize Essais de Philosophie du Droit**. Paris: Dalloz, 1.969, p. 267.

⁵⁴ O pensamento tópico é essencialmente problemático e dialético, superador da visão apodítica. Há uma predominância da invenção, uma *ars inveniendi*, que, sem descartar a lógica, precede-lhe. In VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos**. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada de Kelly Susane Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.008, p. 90/91.

⁵⁵ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários. 1ª Ed., Caiscais: Princípia Editora lda., 2.009, p. 110.

⁵⁶ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários. 1ª Ed., Caiscais: Princípia Editora lda., 2.009, p. 111.

O conhecimento do direito haverá de ser perquiridor, retomar a experiência dos juristas predecessores e à bagagem pedagógica de que é prenhe o clássico direito. Isso tende a permitir a desconstrução do hermetismo próprio do direito político legalizado, capacitando o jurista a compreender a vida que flui pelo direito, desobstruindo-se dos vícios do poder que cooptou o direito para dirigir a sociedade⁵⁷.

O recurso à autoridade em substituição à potestade é o prestígio do método jurisprudencial pleno, remontando às regras do *jus* sedimentadas cultural e consuetudinariamente, evidenciando de quem promana o direito e a quem não o pertence, ou seja, no equacionamento dos conflitos pela dialeticidade que não aniquila as diferenças, mas promove a solução compromissória, é o jurisprudente que labora a justiça, com autoridade que lhe é ínsita.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento jurídico predominante e a metodologia desenvolvida no âmago do direito, presentemente, vincula-se ao modelo sócio-econômico prevalente, inspirado na (anti)filosofia materialista utilitarista, cujas premissas são de renúncia à verdade e à ontologia, com primor à instrumentalidade e o aspecto hermenêutico (cognitivo).

Malgrado o direito alimentar-se de princípios de natureza ética no plano constitucional, com caris supremo no plano hermenêutico, a interdependência sistêmica do mundo da vida ao sítio da juridicidade implica em um *jus* tecnológico planificador social, dirigido ao futuro, objetivando a direção da massa humana para as expectativas sociográfico-econômicas, e os conceitos jurídicos indeterminados são estrategicamente manipulados, pelas ideologias axiológicas, esvaziando ou expandindo seu sentido, em tática de inequívoco nominalismo, conquanto o essencial e nuclear tenha sido exaurido pela antifilosofia da linguagem.

⁵⁷ Eduardo Vera Cruz ressalta que a descaracterização do direito tornou-lhe um instrumental do poder político, e o Estado passa a gozar o império de soberania sobrepondo-se à comunidade. Mesmo a função judiciária revela todo o funcionalismo sistêmico-político do direito atual, porquanto resseca a busca do justo e apõe o aplicador como mero administrador a aplicar o hipertrofiado conjunto de leis que tudo regula e tudo dispõe. Completa o mestre: “A jurisprudência criadora na perenidade da *ars inveniendi* reaproxima-o (o Direito) das pessoas e dessacraliza o legislador-político e o juiz-funcionário.” In PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários. 1ª Ed., Caiscais: Príncipia Editora lda., 2.009, p. 114.

Se o fato cultural é antítese do idealismo subjetivista cartesiano que edificou o positivismo extremado que perdurou desde o Código de Napoleão até a pirâmide kelseniana que fez abrolhar o pensamento e a metodologia jurídicas dos regimes totalitários que banalizaram milhões de pessoas, o real pós-moderno, igualmente, é maquiado pela retirada impiedosa do plano de abordagem da metafísica da ação humana, e com isso, o pragmatismo decisionista coevo, faz leitura da sociedade amorfa e massificada, submetida ao *processus* de alienação consumeirista-tecnológica.

Na essência do humano reside potência, que, desenvolvida na ação, de forma positiva, como hábito, credencia o ser a tornar-se pessoa, esse feixe de relações, cujas riquezas ontológicas exigem compromisso com a verdade, ética e arte.

Passa à margem de um pensamento de abordagem massificada essa consideração, de emblemática importância, na ação, recôndita no âmbito da filosofia prática, o finalismo do agir está verticalizado aos seus princípios sinderéticos, de viver honestamente, não lesar e dar o devido a quem o tenha, ou seja, na premissa maior universal há um convite à permissa menor do mundo concreto, tanto no ato decisório de legislar – que é generalizante, mas menos abstrato que a *sinderse* – quanto no ato de aplicação do direito.

No plano da ação e da práxis, há irretorquível ato de decisão, entretanto os meios eleitos para os fins sinderéticos, já imantados de finalismo ético, igualmente, devem ser reportados à moral, eis o sentido da prudência como virtude, a suscitar no preceituar (decidir) intuição, circunspeção, tirocínio e, *a fortiori*, vínculo com a eticidade.

A metodologia estratégica pós-moderna deprava o sentido da *jurisprudencia*, tornando o jurista um engenheiro social empurrado pelas necessidades econômico-sistêmicas, colocando à margem do pensamento comprometimento com a justiça jurídica, porquanto está a exigir-lhe tão somente a eficiência, celeridade e lesteza; o direito na metodologia pragmatista instrumentalista põe o *jus* como produção tecnológica a dirigir o coletivo, embargando os humanos que o compõem, de tornarem-se pessoas. Mesmo o jurista que decide o preceito é subministrado pelo sistema, sendo impedido de realizar-se como pessoa.

Na perspectiva da *jurisprudencia* o direito é instrumento, contudo está subalternado à justiça jurídica, reflexiva da *sinderese* e os primeiros princípios da filosofia prática, esse

real implacavelmente imantado na natureza humana, e que deve ser produção-decisão a partir do realismo, em trabalho de Penélope, a partir da dialética-problemática situação posta em exame. Trata-se de verdadeira *ars inveniendi* de cunho ético jurídico vertido à decisão justa. Eis o noema, uma produção em techné recheada de eticidade apta a equacionar o problema concreto, que tomou de partida a realidade e não a sua maquiagem ou aparência.

Impõe-se a autoconsciência como desvelar da verdade, ética e beleza no plano do real, para, no ação e decisão, com circunspeção e tirocínio, sem olvido à intenção moral, produzir o direito justo que está a regular e edificar a intersubjetividade de pessoas. Do contrário a abordagem do problema será reduzida a conceitos e fatos cujo significado é fragmentário e parcial do real.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11ª e d. Tradução Roberto Raposo, revisão técnica Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2.010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mario da Gama Kury. 4ª Ed., Brasília: Editora Unb, 2001.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes.

D'ORS, Álvaro. **Escritos Varios Sobre El Derecho En Crisis**. Cuadernos Del Instituto Juridico Español. Núm. 24. Roma-Madrid, 1.973.

ÉTIENNE, Gilson. **A Filosofia na Idade Média**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.001.

_____. **El Tomismo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer.

_____. **Saint Thomas d'Aquin (Lês moralistes chrétiens. Textes et commentaires)**. Paris: J. Gabalda, 6ª ed., 1941.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. 3º Ed., São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Constitucional. Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2.007.

JHERING. Rudolf Von. **A Finalidade do Direito**. Tomo I. Tradução Heder K. Hoffmann. 1ª Ed., Campinas: Bookseller, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Crítica da Razão Pura e outros textos. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MARITAIN, Jacques. **Sete Lições sobre o Ser**. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. 3ª Ed., São Paulo: Edições Loyola, 1.996.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis**. (Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota). 6ª Ed., São Paulo. Saraiva, 1.999.

NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2.008.

NEVES, Antonio Castanheira. **Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1.995.

NIETZSCHE, Frederich. **Assim Falou Zaratustra**. Tradução de João Mendes de Souza. ebooksBrasil.com, 2.002, p. 73.

PERELMAN, Chain. **Lógica Jurídica**. Tradução Vergínia K. Pum. São Paulo: Martins e Fontes, 2.000.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso de Direito Romano**. Volume I. Programa. Método. História. Fontes. Actores judiciários. 1ª Ed., Caiscais: Príncipia Editora Ida., 2.009.

SARTE, Jean Paul. **O Ser e o Nada. Ensaio de Ontologia Fenomenológica.** Tradução de Paulo Perdigão. 10ª Ed., Petrópolis: Vozes.

TOMAS DE AQUINO. **Suma Teológica.** I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1.998.

_____. **Tratado de Justiça.** Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora, Ltda.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma Contribuição à Investigação dos Fundamentos Jurídico-Científicos.** Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada de Kelly Susane Alfen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2.008.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito.** Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins e Fontes, 2.003.

_____. **Seize Essais de Philosophie du Droit.** Paris: Dalloz, 1.969.

ZENNI, Alessandro Severino Valler. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

ZIMMER, Valmir. **Auto-Consciência.** No prelo.