



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**ENSAIO JUSFILOSÓFICO SOBRE PODER E JUSTIÇA:
A PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA PELO DIREITO MODERNO**

ORIENTANDO: JOSÉ FRANCISCO DE QUEIROZ FILHO

ORIENTADORA: Ma. KENIA CRISTINA FERREIRA DE DEUS LUCENA

GOIÂNIA

2021

JOSÉ FRANCISCO DE QUEIROZ FILHO

**ENSAIO JUSFILOSÓFICO SOBRE PODER E JUSTIÇA:
A PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA PELO DIREITO MODERNO**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a): Ma. Kenia Cristina Ferreira de Deus Lucena

GOIÂNIA

2021

JOSÉ FRANCISCO DE QUEIROZ FILHO

**ENSAIO JUSFILOSÓFICO SOBRE PODER E JUSTIÇA:
A PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA PELO DIREITO MODERNO**

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora: Ma. Kenia Cristina Ferreira de Deus Lucena Nota:

Examinador Convidado: Prof^a Esp. Goiacymar Campos Dos Santos Nota:

“Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”

“Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu”

- Ulpiano

SUMÁRIO

RESUMO	05
INTRODUÇÃO	05
1. A ESTRUTURA ORGÂNICA DO PODER MODERNO	09
1.1. DO POSITIVISMO.....	11
1.2. DO IMPÉRIO DA TÉCNICA.....	12
1.3. A PULVERIZAÇÃO DO PODER.....	133
2. A “JUSTIÇA” ILUMINISTA, SEUS DESDOBRAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS	14
2.1. A METAFÍSICA DA JUSTIÇA E A JUSTIÇA MODERNA.....	155
2.2. DO PROCESSO.....	177
2.3. A PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA PELA JUSTIÇA.....	188
CONCLUSÃO	21
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	23

ENSAIO JUSFILOSÓFICO SOBRE PODER E JUSTIÇA: A PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA PELO DIREITO MODERNO

José Francisco de Queiroz Filho¹

RESUMO

Desde a Revolução Francesa, a burocracia tornou-se presente em todos os aspectos da vida cotidiana. Na busca dos ideais republicanos, o ‘Leviatã’ estendeu seus tentáculos tecnocráticos por toda a sociedade, sufocando seus próprios membros em processos caros e ineficientes. Paradoxalmente, na busca por limitar o poder dos governantes, foi criado um mecanismo de poder ilimitado, com finalidade intrínseca, buscando a plena satisfação das formas ao custo da verdadeira justiça. Nesse cenário, o presente ensaio reflete acerca da ontologia e estrutura do poder – um conceito metafísico advindo da natureza social do homem – e desagua na realidade jurídica em que se encontra a Justiça: administrada por técnicos indiferentes às necessidades sociais, limitada por amarras burocráticas e um terreno fértil aos injustos e malfeitores. Por fim, conclui-se que a forma menos traumática para a solução de tal problema é o reforço negativo inspirado pela presunção de danos morais causados pelo procedimento legal.

Palavras-chave: processo, poder, técnicos, finalidade intrínseca, justiça.

INTRODUÇÃO

Pode se dizer que o Direito (em letra maiúscula, a ciência pela qual se estuda a justiça e os vínculos sociais) é uma representação de poder em uma sociedade, pois este é exercido através daquele. Como exemplifica Martins (2019, p. 48, grifo não original):

No famoso romance de Daniel Defoe, Robinson Crusóé, o Direito inexistia na ilha solitária, pois tudo pertencia ao seu único habitante. **No momento em que lá chegou Sexta-feira, criaram-se as relações jurídicas, pois todos os bens passaram a ser partilhados**, assim como estabelecida a definição da ordem: quem mandava, quem obedecia e de que forma conviveriam. **O**

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás
josefrancisco.jur@gmail.com

Direito é, portanto, um fenômeno social, podendo ser definido por três palavras, como o fizeram Izquierdo e Hervada: é a “ordem social justa”.

Portanto, o Direito é ontologicamente a imposição da ordem, uma eterna busca pela justiça e pela paz social, sendo substanciado por Ulpiano – jurista romano – através da máxima: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” ou seja, “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu”.

Portanto, o Direito exige a criação de uma estrutura de poder capaz de impor sua ordem para que pacifique a sociedade sob sua jurisdição, no entanto, no decorrer da história tal estrutura tem se modificado.

Ainda que no absolutismo, por exemplo, a vontade do monarca fosse a expressão máxima do poder, era o Direito que concedia tal condão ao governante, ou seja, a vontade do governante só teria relevância quando uma estrutura anterior justificasse o poder a ele outorgado.

Atualmente, o Poder² exercido pela forma do “Estado Moderno” tem como âmago o Iluminismo, uma doutrina que busca a racionalização de todas as coisas. Para melhor esclarecer sua relevância no Direito atual, é preciso primeiro conhecer suas origens e características, assim como suas diferenças em relação ao que o precedeu.

Historiadores divergem quanto ao exato momento de surgimento do Estado Moderno, neste sentido, José Pedro Galvão de Sousa – em sua obra “O Estado Tecnocrático” – expõe opiniões que apesar de divergentes, reconhecem tacitamente tal existência de mutação na estrutura orgânica do Poder:

Mais uma questão a suscitar dúvidas e debates, pela impossibilidade de indicar de um modo absolutamente preciso esse momento [Surgimento do Estado Moderno]. **“No Renascimento e não antes”, vem afirmar entre nós o Professor Ataliba Nogueira. Ou seja, na época de Maquiavel [...]** **Manuel García-Pelayo remonta a mais priscos tempos, à primeira metade do século XIII**, referindo-se aos reinos de Aragão, Castela, França e Inglaterra, aos domínios da ordem Teutônica e às cidades italianas, mas destacando especialmente o Imperador Frederico II de Suábia no seu reino siciliano, **cujas características de modernidade se manifestam na conformação política de um Estado soberano, ilimitado, racional, burocrático e legalista** (SOUSA, 2018, p. 30, grifo não original)

² Em letra maiúscula, personificação de um produto metafísico da sociedade

Como fruto de tal mudança no *Zeitgeist*³, sendo o Direito uma ciência que se adequa à realidade a que se aplica, surge o Direito Moderno, cujas características básicas representam a expressão do poder nas sociedades, como já citado: “Estado soberano, ilimitado, racional, burocrático e legalista”.

A principal característica do pensamento político moderno é o secularismo, sendo que todas as outras derivam desta. A necessidade de se distanciar o Poder da religião é fulcro de toda a estrutura do Poder Moderno, e por consequência, do ordenamento jurídico. Explica-se: o pensamento moderno surgiu como antítese do pensamento medieval clássico, onde a Igreja detinha grande influência política ao legitimar o monarca, os costumes e os valores cristãos.

É comum ser ensinado nas escolas e centros acadêmicos que a laicidade (secularismo) é um valor e não apenas uma característica, criando-se uma falsa separação de “termos que expressam o mesmo conceito” (AYUSO, p. 148, 2019): laicismo e laicidade. Miguel Ayuso (p. 148, 2019) explica que o primeiro seria “uma ideologia, a liberal, baseada na marginalização da Igreja das realidades humanas e sociais” enquanto o segundo seria “relacionado ao começo com uma situação gerada por essa ideologia na França do último terço do oitocentos”.

A diferenciação entre laicismo e laicidade denota que a primeira seria um ímpeto em afastar religião e política enquanto a segunda, apenas uma característica austera da política que propõe a convivência harmônica com a religião desde que esta não interfira naquela.

A categorização de uma mesma ideologia em duas frentes é interessante aos seus defensores pois conseguem, através de “malabarismos retóricos”, atribuir ao laicismo todos os vícios e à laicidade todas as virtudes, desenvolvem um raciocínio aparentemente científico em que teorizam a importância da desvinculação da moral e política, sem precisar demonstrar sua cobiça pelo poder para si.

Tais autores, incorrem em sofismas ao apresentar tal raciocínio baseado em falsas premissas, pois, para que exista a laicidade, é preciso desprezar princípios metafísicos do Catolicismo que, sob a ótica deste, é seu dever estar atento à lei moral e natural, que se separam do Estado à medida que a religião também o faz, como procede o raciocínio de Ayuso (2019, p. 149, grifo não original):

³ Espírito do Tempo: O pensamento predominante que diferencia determinado momento de outros.

O protesto que fazem os sequazes da laicidade em respeitar a “separação” entre Igreja e Estado, com a conseqüente rejeição da tese do Estado católico. Pois bem, **a Igreja não pode (sem trair sua missão) deixar de afirmar que há uma lei moral natural, que Ela é guardiã, e a que os poderes públicos devem submeter-se**, isto é, o núcleo do Estado (que não é o Estado moderno senão a comunidade política clássica) católico, do que se chama com terminologia de origem protestante a “confessionalidade do Estado”, e – com denominação tradicional que pressupõe uma maioria sociológica – “unidade católica”.

Ainda, como consequência da marginalização dos princípios e costumes morais, o positivismo ganha força principalmente após o “*Code Civil des Français*”, o Código Napoleônico de 1804, com ideais da Revolução Francesa “*Liberté, égalité, fraternité*”, buscou-se o tratamento hegemônico a todos os cidadãos e para tanto instituiu-se o primeiro Código Civil, um marco para o Direito Moderno, que adota a legislação positivada como fulcro de toda a ordem social e exercício soberano do poder pelo Estado concedendo aos seus operadores o condão de determinar as leis, assim como alterá-las de acordo com sua vontade, e nisto se encontra a contradição do pensamento político moderno.

Denota-se que o intuito da criação de um Código Legal - que guiaria o exercício do poder - seria transcender a vontade de um indivíduo, o governante, para algo maior, o *Leviatã*, um Estado impessoal que seria operado por pessoas submetidas às suas regras (técnicos) e, portanto, o Estado não se sucumbiria às vontades de seu líder.

No entanto, é um erro assumir que os técnicos abandonariam a natureza humana ao exercer o poder, acontece que não existe um *Leviatã* de fato, apenas uma estrutura que é submetida àqueles que a ela deveriam estar submetidos, quais sejam, os responsáveis por julgar, legislar e executar. Para que o *Leviatã* se sobrepusesse aos seus operadores, seria necessário que estes apresentassem objetivos diversos entre si, mas como membros de uma unidade – o Poder – estes por definição ontológica de sua posição possuem o mesmo interesse podendo, portanto, se unir e definir o que lhes é conveniente como lei.

Portanto, está demonstrado o paradoxo do Poder Moderno: na tentativa de criar um Poder secular técnico, superior ao homem, de ordem positivada, que procedesse de maneira igualitária a todos, esvaziou-se do ordenamento jurídico todos os valores morais jusnaturais pregados pela religião, restando a totalidade do Poder às vontades dos técnicos.

Ou seja, o Leviatã que antes era limitado por princípios morais da Igreja que o legitimava, passa a não ter limites, sendo resumido ao texto legal positivado, que tudo aceita, por exemplo: se os técnicos do Poder (legislativo, executivo e judiciário) concordarem em apagar as proibições relativas ao tipo penal o Art. 121 (lei positiva), fica autorizado o homicídio, e não há nenhuma baliza moral juridicamente capaz de impedir tal decisão, o Leviatã não mais tem obrigação de seguir uma lei natural anterior, a doutrina católica ou qualquer outro princípio.

Apesar de ontologicamente absurda a hipótese acima, pois “*ubi lex, ibi societas, ubi societas, ibi lex*. Onde está o Direito está a sociedade, e onde está a sociedade está o Direito.” (MARTINS, 2019, p. 48) – portanto, a não proibição ao homicídio resultaria no fim da sociedade e conseqüentemente o fim do próprio poder - está claro que na atual estrutura jurídica a única vinculação existente entre o ato de matar e a punição (consequência legal) está no texto legal (positivismo), podendo tal premissa ser aplicada analogamente a qualquer valor moral cuja violação seja defesa por lei.

O objetivo deste trabalho é demonstrar como o direito moderno perpetua a injustiça e afasta a sociedade da lei natural, para tanto, por se tratar de reflexão filosófica, a metodologia de pesquisa será através de bibliografia de grandes autores jusnaturalistas e dados oficiais e de universidades renomadas.

Será dividido em duas seções principais: a primeira tratará de identificar como o Poder moderno é organizado e quais seus princípios norteadores; a segunda demonstrará as conseqüências advindas da adoção de tal configuração de poder.

1. A estrutura orgânica do Poder Moderno

Observa-se na história que a partir do pensamento moderno foi teorizado o contratualismo, que prega o Estado como uma parte garantidora dos direitos dos cidadãos, enquanto, em contrapartida, estes delegam àquele os monopólios da força e soberania. Autores contratualistas como John Locke, Hobbes, Montesquieu e Rousseau viveram entre os séculos XVI e XVIII, período marcado pela segregação entre política e religião, o fim da chamada “Idade Média”. Discorre Montesquieu (1996, p. 167 e 168, grifo não original):

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes [poder executivo] e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil [poder judiciário]. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

[...]

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares

Montesquieu, tradicional contratualista – e por consequência positivista – conhecendo a natureza coercitiva do direito, entendeu que o poder só pode ser limitado por outro poder, trabalhando assim com a tripartição dos poderes, guiada por um sistema de “freios e contrapesos”, que possibilitaria a imposição de limites ao poder e a construção do sistema político ocidental moderno. O poder seria diluído, de maneira que um exercesse vigilância sobre o outro com suas funções legítimas, limitações e deveres definidos através de um contrato.

No entanto, apesar do Poder no Estado Moderno possuir divisões em sua forma, a divisão material não se realiza de fato pois, apesar de indivíduos diferentes, os operadores do Poder estão contidos na mesma esfera de interesses, criando-se uma oligarquia que acaba por cometer os mesmos abusos daqueles que prometiam extinguir, como promete Montesquieu no último parágrafo em epígrafe.

Buscam-se no Estado Moderno valores democráticos, entre eles, a impessoalidade, ou seja, a busca de um procedimento comum a todos. O positivismo ganhou ainda mais força como doutrina ordenadora do chamado “Estado de Direito Legal”, sendo o poder moldado e delimitado por leis escritas e pré-formuladas.

Assim, os operadores do poder passaram de líderes para “técnicos”, aqueles que não possuem compromisso com a justiça, ou com o povo, mas tão somente ao texto legal. Define Sousa (2018, p. 94) que “[A Tecocracia é a] manipulação do poder pelos especialistas ou homens habilitados a conceber e pôr em prática os planos segundo os quais deve ser conduzida a administração”.

A relevância da Tecocracia na formação da estrutura do poder é tamanha que se faz necessário um aprofundamento não apenas para o entendimento de tal conceito, mas também para a análise de suas consequências práticas na sociedade.

1.1. DO POSITIVISMO

Teorizado por Auguste Comte no início do século XIX (portanto, logo após a Revolução Francesa) o positivismo é uma corrente filosófica iluminista que atribui à racionalidade científica a única forma válida de conhecimento. No campo jurídico - o que alguns autores chamam de “positivismo jurídico” - busca-se uma forma fixa, o texto escrito, para legitimar o sistema legal instituído.

Ao leigo pode parecer uma ideia justa, a de que o texto morto guiará toda expressão de poder e, portanto, seria: previsível, atribuindo segurança jurídica; impessoal, garantindo que o texto será aplicado a todos sem distinção dos poderosos e ágil, as decisões seriam automatizadas, facilitando sua aplicação. Extrai-se destes ideais a estreita relação do positivismo com a burocracia no campo político.

No entanto, tal crença trata-se de um sofisma, baseado na falsa premissa de que o texto exerceria o poder, ora, o texto é inanimado, sua aplicação ao caso concreto passa por um processo cognitivo do operador (no caso, o julgador), que possui convicções pessoais próprias indissociáveis de sua pessoa, que o influenciarão na tomada de decisões por mais claro que seja o texto positivado.

A complexidade humana sempre será variável relevante na atuação política. Acontece que, de fato, é impossível retirar do homem suas experiências pessoais e convicções, portanto, a operação do Poder estará sempre submetida à natureza humana e não apenas ao maniqueísmo científico.

Verifica-se que o positivismo jurídico é uma tentativa frustrada de “matematizar” as relações humanas, reduzi-las a um texto inerte, que certamente precisará ser reformado à medida que se desenvolve a sociedade, a tal forma dá-se o nome de *Civil Law*, a lei civil, que se opõe à *Common Law*, a lei dos costumes.

Conclui-se então que o positivismo não é aplicável às relações sociais e acaba por não cumprir aquilo que preconiza, os ideais da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Pelo contrário, acaba por conceder a técnicos burocratas os poderes da república, tornando-os capazes de alterar a lei e, portanto, a justiça positiva.

Logo, a positivação do Direito torna os operadores do Poder ainda mais poderosos pois a concepção de justiça na lei dos costumes não pode ser mudada sem que haja contradição, enquanto na lei civil, basta-se alterar o texto, podendo inclusive

aplicar-se o oposto do que antes era aplicado sem que tal mudança perca a legitimidade da decisão.

1.2. Do império da técnica

Consequência do desenvolvimento iluminista das ciências sociais, a tecnocracia é um axioma do Estado Moderno, suas premissas são baseadas no positivismo e nos ideais liberais advindos da Revolução Francesa. Portanto, antes de discorrer acerca da consequência material, discutir-se-á a forma.

Como já demonstrado, com a implementação da *Civil Law*, a lei não mais se submete aos princípios jusnaturais, tornando-se mero instrumento dos poderosos. Em nome da cientificidade das relações políticas, os operadores do Poder criam barreiras formais e solenes para distanciá-los da maioria leiga, que se vê tecnicamente incapaz de transpô-la.

Que capacidade tem um empresário com baixa escolaridade de questionar o quarto sistema tributário mais complexo do mundo⁴, ao qual deve obediência? Neste questionamento retórico verifica-se que não há possibilidade – técnica ou material – de questionar a moralidade dos tributos, ainda que se celebre neste país o dia 21 de abril como dia de Tiradentes (Inconfidência Mineira), morto por ousar questionar o “Quinto”, tributação ainda menor que a hoje praticada.

No Direito Positivo, o questionamento moral não é aceito, deve estar contido na lei escrita, sucumbindo à necessidade de atender os requisitos formais impostos previamente, e assim o é em toda a política, não estando limitada ao âmbito jurídico. Denomina-se este sistema “Tecnocracia”, o governo da técnica. Vejamos definição mais bem explanada pelo Professor José Pedro Galvão de Sousa (2018, p. 94, grifo não original):

Tecnocracia não quer dizer propriamente uma forma de governo. Tanto pode existir em república quanto em monarquia. **A sua ideia dominante, transposta da ordem econômica para a ordem política, é a da manipulação do poder pelos especialistas ou homens habilitados a conceber e pôr em prática os planos segundo os quais deve ser conduzida a administração.**

⁴ Tax Complexity index, 2018

A partir da ideologia secularista, conveniente aos reis da Idade Média que não mais desejavam ser submetidos à moral cristã, verifica-se que o poder sofreu mudanças em sua anatomia, passando a ser guiado por leis indiferentes aos costumes e à justiça, tornando-se fruto dos caprichos do legislador, resultando nas características citadas por Sousa no início: “Estado soberano, ilimitado, racional, burocrático e legalista”.

Hoje tido como valor, o cientificismo iluminista aplicado às ciências políticas é responsável por automatizar o processo administrativo criando uma barreira técnica entre o povo e o poder. Entende-se por barreira técnica a burocracia, o procedimento incompreensível ao leigo, assim como qualquer outro artifício que dificulte o alcance à tutela da justiça pelo menos favorecido.

Com a implantação da burocracia como regra do Estado Moderno de Direito Legal (positivismo), ainda que o leigo perceba seu direito sendo violado, este não dispõe de meios para defender-se sem que busque um técnico para interceder em seu nome, no moroso e burocrático processo imposto pela lei. Cria-se então a imagem de que o Estado cumpre sua função de pacificador social, fornecendo um procedimento geral para a imposição da justiça, mas que de fato a torna inerte, dispendiosa e ineficiente.

1.3. A pulverização do poder

A pulverização do Poder é, quiçá, a maior armadilha criada pelo liberalismo francês, sob o “nobre manto” dos ideais revolucionários *liberté, égalité, fraternité* justificou-se a destruição de toda a forma de poder existente na época, destituindo não apenas a chamada nobreza, como explica SOUSA (2018, p. 76, grifo não original) “Mas no caso da França, ao tempo de Luís XVI, o que se via era a intenção de revigorar e ao mesmo tempo **ampliar as atribuições do poder central em detrimento dos corpos privilegiados.**”

A Revolução Francesa não buscou apenas retirar poder da nobreza, mas todo o poder fragmentado como, por exemplo, das “corporações de ofícios” que representavam uma pequena parcela da população, os trabalhadores da indústria ainda embrionária da época. Acontece que o poder pode ser fragmentado ou centralizado, mas não se desvanece, portanto, ao ser retirado um fragmento, volta a

constituir o poder central, impõe-se então o totalitarismo, surgiu na França o governo concentrado nas mãos daqueles que detinham o capital.

Como esclarece Ayuso (2020, p. 93 – 94, grifo não original):

Ela [a democracia moderna] nos é apresentada como a única forma de governo justa, que estende o princípio maioritário, ou eletivo, a todas as dimensões da vida política, social e até mesmo religiosa. O pensamento católico, ainda que unido intelectual e afetivamente com a monarquia, sempre se manifestou favorável à indiferença ante as concretas formas de governo. **No entanto, não pôde senão protestar contra a deformação de converter a democracia na única fonte de legitimidade, última instância desde onde se declara o bem e o mal, o justo e o injusto, que ultrapassa assim as formas de governo para inserir-se dentro das formas de Estado** e, ainda mais, para formar uma mentalidade relativista, ética, negadora da lei natural e que entrega à tirania do número toda a regulamentação da vida humana.

É nesta falácia que se legitima a democracia moderna, a ideia de que “o poder emana do povo” é uma forma de atribuir aos governantes – que seriam escolhidos pelo povo – todo o Poder. Por isso, o secularismo é imperativo na democracia, cria-se a falsa ideia de que o governo democrático advém do poder supremo da maioria, e não do “reino de Cristo”, que segue uma doutrina filosófica muito mais robusta e inflexível aos desmandos dos detentores do poder. Como explica alegoricamente Donoso Cortés *apud* Ayuso (2020, p. 94) “na medida que o termômetro religioso baixa, o termômetro da repressão política sobe”.

Portanto, a pulverização do poder é característica da democracia, mas gera o efeito contrário ao que aparenta ao leigo, a absoluta centralização do Poder nas mãos dos representantes da maioria.

2. A “justiça” iluminista, seus desdobramentos e consequências

Como já demonstrado, há um vínculo indissociável do Direito com o Poder, pois este se consolida na medida que aquele se expande. Como citado alhures, na ilha de Robinson Crusóé as relações jurídicas surgiram com a chegada da Sexta-feira, tratando-se o Direito de “fenômeno social”.

No entanto, enganam-se aqueles que dividem as “construções sociais” d’aquilo que é natural. Ora, o homem é um ser naturalmente social e, apesar de teorias aparentemente divergentes acerca da natureza social do homem (naturalista e

contratualista) ambas acabam por se reafirmar: a espécie humana busca a vida em sociedade. Conclui-se então que as “construções sociais” são frutos naturais da espécie humana, que, dotada de inteligência, elevou a outro patamar a complexidade das relações entre os membros de sua “colônia”.

Portanto, o Poder – como criação social – é a forma natural em que as comunidades humanas se organizam. Para que uma sociedade humana se perpetue é necessária a manutenção das necessidades básicas do indivíduo, afinal, a natureza social do homem, assim como de qualquer outra espécie advém da melhor forma de sobrevivência, logo, é necessário conciliar os interesses individuais e coletivos para que esta forma de organização se torne de fato a mais efetiva para a perpetuação da espécie.

Em concordância com a ontologia do direito como busca pela justiça, Immanuel Kant trabalha com a ideia do direito como instrumento de limitação das liberdades individuais em respeito à liberdade do próximo, pois, se a liberdade de um tem o condão de ferir a liberdade do outro, tem-se o fim da sociedade: “O direito é o conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar em acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade” (KANT, 2003, p. 407).

Portanto, é através do Direito que se estabelece a justiça, o conceito metafísico mantenedor da paz social. Para se estabelecer a análise da relação do Poder Moderno (Direito Moderno) – analisado na seção 1 – e a justiça, necessário discorrer acerca desta.

2.1. A metafísica da justiça e a Justiça moderna

A justiça é ontologicamente natural, instintiva. Pode ser observada em todas as relações animais pacíficas, apesar de expressa de diferentes formas, por exemplo, a relação entre o cão doméstico e o homem – sob o prisma da justiça – é simbiótica, espera-se que um cuide do outro, cada um à sua maneira, mas nunca será esperada a traição, ainda que o cão não tenha o conhecimento racional acerca destes conceitos (justiça, cuidado e traição) ele simplesmente os pratica ou deixa de praticar ainda que contra sua natureza, não são raros os casos em que o cão dá sua vida pelo seu companheiro humano, uma situação totalmente excepcional, não natural, mas que ao cão parece correta, justa.

É através da observação do “Estado de Natureza”, desde as mais simples relações animais que se observa a existência de um “Direito Natural”, portanto, a justiça é anterior ao homem, tem caráter sublime. Como já citado, o terceiro preceito do Direito segundo Ulpiano “*suum cuique tribuere*”, ou seja, dar a cada um o que é seu é perfeitamente aplicável ao conceito de justiça.

Um predador detém o “Direito Natural à propriedade” da presa que fora abatida por si, e não aceitará de bom grado qualquer terceiro que venha a interferir nessa relação. Conclui-se então que existem direitos anteriores ao homem, e que este não pode mudá-los, a estes direitos dá-se o nome de justiça.

No entanto, com o aumento da complexidade das relações humanas, criou-se a necessidade de aumentar a tutela a estes direitos, e para isto serve o Direito Positivo, que deveria tratar apenas de reafirmar os direitos naturais aos casos complexos advindos do desenvolvimento tecnológico, social e cultural, como afirma Martins (1998, p. 8 e 9, grifo não original):

O direito positivo, que é o direito posto, veiculado pela lei que obriga, não conflita com o direito natural, visto que regula todo o ordenamento jurídico de uma sociedade. Seu fundamento maior é composto por aquelas normas do direito natural que transformam a ordem social regulada, numa ordem social justa.

[...]

A corrente formalista de Kelsen trouxe importante contribuição ao Direito, no aperfeiçoamento da linguagem jurídica própria da Ciência do Direito, **mas dela retirou o que tem de mais relevante: o ideal de justiça.**

O próprio exemplo da falta de eficácia do complexo de normas de direito natural não hospedadas [arguido por Kelsen] é pobre, à medida que os ordenamentos jurídicos, que delas se afastam têm vida curta, como se verificou, ainda no século XX, pelo nacional-socialismo, que Hitler pretendeu que durasse mil anos e durou apenas doze.

Como explanado, Kelsen – defensor do positivismo jurídico – critica a “falta de eficácia do complexo de normas de direito natural não hospedadas”, e nisso estribam-se os positivistas, no entanto, erram ao julgar que o positivismo é, necessariamente, oposto ao jusnaturalismo, como já demonstrado por Martins.

O direito positivo deve necessariamente reafirmar o Direito Natural sob pena de tornar-se injusto e conseqüentemente desestabilizar a paz social e por isso, apresentar “vida curta”, como prega Martins. No entanto, o que tem se observado no direito moderno – operado pelos técnicos – é uma subversão à justiça, pois ao atribuir à forma da lei escrita toda sua devoção, deixam em segundo plano o que Martins chama de “ideal de justiça”.

O Processo é a epítome do positivismo jurídico moderno, fonte da burocracia, é a responsável por instituir prazos, recursos, nulidades, direitos alheios à matéria, enfim, funciona como o “direito dos técnicos”, estabelece os requisitos do acesso à justiça e perpetua, como será demonstrado, a injustiça material.

2.2. Do Processo

Entende-se por processo a burocracia legalmente implantada para a execução dos atos de Estado em um Estado de Direito Legal. Etimologicamente, burocracia é a junção das palavras *bureau* + *krátos*, a primeira, em francês significa “escritório”; já a segunda, em grego, “poder”. Sendo o escritório o ecossistema dos técnicos, tem-se no termo “burocracia” uma perfeita epítome do Estado Moderno, como constatado no decorrer do texto.

Discorre Max Weber *apud* Branco (2016, p. 65) sobre a burocracia:

[...] [O ideal burocrático é] proceder sine ira et studio, ou seja, sem influência de motivos pessoais e sem influências sentimentais de espécie alguma, livre de arbítrio e capricho e, particularmente, “sem consideração da pessoa”, de modo estritamente formal segundo regras racionais ou, quando elas falham, segundo pontos de vista de conveniência objetiva.

Apesar de demonstrar a necessidade da burocracia em governos republicanos, Weber reconhece a desumanização do processo, e que até mesmo o Poder vira uma vítima do mecanismo criado, como conclui Branco (2016, p. 66, grifo não original):

A burocratização crescente provoca desumanização, despolitização e elitização. A hipertrofia da máquina burocrática e o grau de especialização do conhecimento técnico de seus funcionários chega a tal ponto que “Também o monarca absoluto, e em certo sentido precisamente ele em mais alto grau, é impotente diante da superioridade dos conhecimentos especiais burocráticos” (Weber, 1999, p. 226; grifos meus). **A cristalização da ação política em virtude da expansão do aparato burocrático e da ocultação da sabedoria técnica – monopólio de funcionários – não só acelera a atrofia do raio de ação política, mas impossibilita que o governo da burocracia esteja voltado ao atendimento do interesse de súditos ou cidadãos.**

O Estado torna-se inerte diante do labirinto criado pela burocracia, seus atos tornam-se dispendiosos, morosos e conseqüentemente ineficazes, acaba por deixar de cumprir o seu propósito, a paz social em sentido amplo. Portanto, o Estado, inicialmente criado para servir à natureza social do homem, impondo a convivência pacífica de seus membros, criou mecanismos complexos, que dificultam seu entendimento pelos leigos, delegando aos técnicos a autoridade sobre o poder.

Desta maneira, a burocracia acaba por aniquilar a natureza original do processo, que seria – como Weber demonstrou – impor a impessoalidade ao poder, permitindo a existência de um Estado republicano e democrático. A democracia passa a ter “donos”, os técnicos, funcionários públicos que conseguem mais poder à medida que aumentam a burocracia, tornando o sistema mais dependentes de si. O filósofo Löwith, tece críticas em mesmo sentido (LÖWITH *apud* BRANCO, 2016, p. 68, grifo não original):

[...] tal como aquele era um mero meio (para um fim de outro modo valioso) torna-se um fim ou fim em si mesmo, as ações pretendidas como um meio tornam-se independentes ao invés de orientadas para um fim, baseada no homem e suas necessidades. **Este oposto marca toda cultura moderna**: seus establishments, instituições e empreendimentos são racionalizados de tal maneira que **essas estruturas, originalmente, preparadas pelo homem, agora, por sua vez, o envolvem e determinam como uma “prisão”**.

Ou seja, o processo burocrático é deturpado ao adotar uma natureza intrínseca pois não mais busca a satisfação material a que se deve sua existência, mas apenas satisfazer sua própria forma, determinada por técnicos. Após tais reflexões acerca do processo administrativo moderno, adentremos na análise de suas conseqüências na seara jurídica.

2.3. A perpetuação da injustiça pela Justiça

Escrava da técnica, a Justiça moderna desviou-se da busca pela justiça e passou a dedicar grandes quantidades de tempo e recursos à satisfação das formas e neste contexto encontra-se a sociedade brasileira.

Quando necessário rogar à Justiça brasileira pelo restabelecimento da justiça, tem-se uma comprovação clara das conseqüências do “iluminismo jurídico” que assombra as sociedades modernas. Segundo o relatório do Conselho Nacional

de Justiça (CNJ) “Justiça em números 2020” que tem como ano-base 2019, o tempo médio de duração dos processos pendentes na Justiça Estadual é de 5 anos e 4 meses, cabe ainda ressaltar que o parâmetro “duração média dos processos” foi incluso após o ano de 2015, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, que promoveu as conciliações como forma de solução de lides.

Apesar de não haver dados anteriores comparáveis, é senso-comum na seara jurídica que a conciliação é uma maneira de encurtar a duração das lides e, portanto, muito contribui para a amenização das médias de duração dos processos. Convenientemente, o relatório (arquitetado por técnicos) inclui na mesma média os processos que têm “baixa” devido a conciliação e aqueles que aguardam a decisão judicial, distorcendo a duração média de um processo que exige a plena prestação jurisdicional do Estado.

Segundo o IBGE, a expectativa de vida ao nascer do brasileiro que nasceu em 2020 é de 76 anos, em simples cálculo, a média de 5 anos e 4 meses de duração de um processo representa 7% da duração da vida do brasileiro. Ainda, se desconsiderados os 18 anos da incapacidade civil – os quais teriam um representante legal responsável pela busca dos trâmites processuais – da expectativa de vida, o brasileiro nascido em 2020 terá, em média, 58 anos de plena capacidade civil, e a duração média da busca por justiça representa 9,2% desse período.

A solução – ainda que subjetiva devido à impossibilidade material de calcular objetivamente o custo do tempo perdido e das consequências da injustiça – encontra-se na cobrança pecuniária do injusto. A justiça deve ser dura com aquele que transgride o direito alheio de maneira que o injusto tenha temor da prestação jurisdicional do Estado.

O tempo é um recurso que nem o Estado, nem o injusto terá condições de reaver ao injustiçado, portanto, os chamados “devido processo legal” e “ampla defesa e contraditório” acabam por premiar aquele em posse de direito alheio. No entanto, não existem condições reais capazes de suprimir totalmente a necessidade destes princípios, visto que nem sempre o direito pleiteado por um de fato subsiste.

Apesar das próprias jurisprudência e doutrina previrem o caráter pedagógico dos danos morais, estes têm sido subestimados, o que alguns técnicos (julgadores) têm considerado “meros dissabores”.

O axioma jurídico citado por Cícero “sumum ius, summa iniuria” (suma Justiça, suma injustiça) transpõe a ideia de que há algo como “excesso de justiça”, a

lógica mostra que se trata de um erro interpretativo. Explica-se, a justiça é um conceito metafísico platônico, ou seja, ideal; por essa natureza, é maniqueísta, de maneira que não existe algo como “meia justiça”, pois a justiça corrompida e o “excesso de justiça”, tratam-se de fato de injustiça.

Portanto, a máxima “suma Justiça, suma injustiça” só encontra amparo em uma interpretação, sendo a Justiça com letra maiúscula – o aparato jurisdicional do Estado – logo, o axioma acaba por reafirmar os perigos de se aplicar rigorosamente o texto da lei, como já demonstrado no decorrer do texto.

Ademais, para melhor ilustrar os meios de obtenção de justiça, utilizar-se-á de preceitos lógicos básicos trabalhados por Aristóteles em suas obras juntadas no “Órganon”: Da mesma forma que a negação de uma negação é uma afirmação, o mal infligido a outro mal é um bem – como é o caso da legítima defesa, onde um mal é causado a um mal anterior, tornando-se um bem – assim, um bem jurídico retirado de “A” por “B” deve ser retirado de “B” e adjudicado a “A”, e isso é justiça.

Portanto, é natural que o direito do que respeita a ordem social seja suplantado em detrimento daquele que a viola. Não se trata de atribuir maior valoração ao direito de um, mas da impossibilidade lógica de relativizar tais prerrogativas. Se um Estado – que é a expressão de poder na sociedade em busca da manutenção da paz social – tem a faculdade de proibir um de seus membros de usar os meios necessários para defender seus direitos, por consequência lógica está garantindo ao malfeitor a possibilidade de violá-lo sem ser repellido, afinal, é natural ao malfeitor a transgressão das regras impostas. Logo, se o injusto inflige dano ao justo e este nada pode fazer para impedir aquele, tem-se a desordem, e está condenada a paz social e, por consequência, o Estado. Em tal sentido, afirma Bobbio (1997, p. 125, grifo não original):

Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera da liberdade do outro, torno-me uma não-liberdade para o outro. Exatamente porque o outro é livre como eu, ainda que com liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade. **Pelo fato de que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta se apresenta como ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro e, portanto – uma vez que duas negações se afirmam –, como um ato restaurador da liberdade.**

Portanto, conclui-se diante do exposto que o direito pressupõe a possibilidade de coerção e coação do injusto para restaurar a natureza social: o

convívio pacífico; e que tal prática é justa. Logo, sendo a coerção um ato de injustiça na sociedade, porém o único capaz de deter outra, a injustiça infligida contra o injusto é justa na mesma medida que uma negação à outra negação trata-se de fato de uma afirmação.

Portanto, não se trata de “excesso” penalizar aquele que deliberadamente apropriou-se de direito alheio cometendo uma “injustiça”, a penalização pecuniária do injusto trata-se do custo do tempo que a Justiça leva para exercer a justiça, ainda, tem o condão pedagógico de inibir o injusto de suas práticas, exercendo assim o dever preventivo de proteção à sociedade daqueles que desrespeitam a convivência social harmônica. Em tal sentido, é justificada a presunção de danos morais em lides judiciais, pois trata-se de uma reparação dos danos causados pelo tempo que leva um processo legal burocrático, um “ativo” impossível de ser ressarcido; assim como um instrumento inibidor da injustiça e, portanto, protetor da sociedade.

CONCLUSÃO

Diante o aumento da complexidade das relações sociais – fenômeno natural decorrente do desenvolvimento humano – o Leviatã tornou-se moroso, dispendioso e ineficaz; o caminho iluminista tomado pela sociedade moderna distanciou-se de sua finalidade primária – a justiça – e perdeu-se em suas próprias amarras burocráticas. Para isto, o Estado deve criar mecanismos que tornem a injustiça improfícua.

No Brasil, a espoliação de direitos alheios tornou-se lucrativa vez que – em nome da “imparcialidade” – os julgadores se abstêm de exercer o dever de punir o injusto, de infligir caráter pedagógico à transgressão. Os danos morais precisam ser comprovados, enquanto o próprio processo judicial configura um dano *in re ipsa*.

Sob tais premissas, a “presunção de danos morais em lides judiciais” acaba por exercer o referido condão. Os danos devem ser calculados com base em critérios objetivos, como o tempo que o processo leva para restabelecer a justiça, o prejuízo financeiro intrínseco advindo da falta de usufruto do espoliado, a condição financeira do espoliador; e subjetivos, como o grau de culpabilidade do espoliador do direito alheio, a imoralidade da conduta transgressora do direito, a “perda de uma chance” que sofreu aquele que foi espoliado e o caráter pedagógico da indenização.

3. REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Órganon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 3ª Ed., 2016. (Série Clássicos Edipro)
- AYUSO, Miguel. *A Constituição cristã dos Estados*. Editor José Lorêdo Filho. Maranhão: Resistência Cultural, 2019.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: UNB, 1997.
- BRANCO, Pedro H. Villas Bôas Castelo. *Burocracia e crise de legitimidade: a profecia de Max Weber*. Revista Lua Nova, Rio de Janeiro, v. 99, p. 47 – 77, 2016, nº 3. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ln/n99/1807-0175-ln-99-00047.pdf>> Acesso em: 28 mai 2021.
- CÍCERO, Marco Tulio. *De Officiis Liber Primvs*. Roma: The Latin Library, 44 a.C. §33. Disponível em: <https://www.thelatinlibrary.com/cicero/off1.shtml#33>. Acesso em: 16 set. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> - acesso em 26/08/202.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Era das contradições*. Maranhão: Resistência Cultural, 2019.
- _____. *Introdução ao Direito*. São Paulo: Gandra Martins Advocacia, 1998. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/project/ives-gandra/public/uploads/2013/02/15/8ddd652artigo_0226.pdf> Acesso em: 30 mai. 2021
- _____. *Uma Breve Introdução ao Direito*. 2ª ed. atualizada. São Paulo: Migalhas, 2018.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA (Brasil). IBGE. *População: Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação*. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>. Acesso em: 16 set. 2021.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PADERBORN UNIVERSITY (Alemanha). Faculty of Business Administration and Economics. *Tax Complexity Index*. Paderborn: Paderborn University, 2018. Disponível em: <https://www.taxcomplexity.org/>. Acesso em: 11 set. 2021.

SOUSA, José Pedro Galvão de. *O Estado tecnocrático*. Maranhão: Resistência Cultural, 2018.

WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais*. São Paulo: Ática, 2003.

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

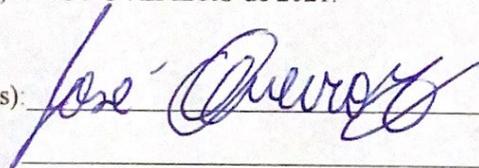
APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante JOSÉ FRANCISCO DE QUEIROZ FILHO do Curso de DIREITO matrícula 2016.2.0001.0867-2, telefone: 62 8213-8262, e-mail jfqf92@gmail.com, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado ENSAIO JUSFILOSÓFICO SOBRE PODER E JUSTIÇA: A PERPETUAÇÃO DA INJUSTIÇA PELO DIREITO MODERNO, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

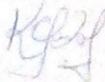
Goiânia, 30 de NOVEMBRO de 2021.

Assinatura do(s) autor(es):



Nome completo do autor: JOSÉ FRANCISCO DE QUEIROZ FILHO

Assinatura do professor-orientador:



Nome completo do professor-orientador: KENIA CRISTINA FERREIRA DE DEUS LUCENA