

Aristóteles *versus* Kelsen e suas influências na hora da sentença

José Fernandes Fernandes Pires

“Quem és tu que queres julgar, com vista que só alcança um palmo, coisas que estão a mil milhas?”

Dante Alighieri

RESUMO

A doutrina jurídica de Aristóteles é um misto de *positivismo* e *naturalismo*. O filósofo de Estagira, em momento algum desconsidera as leis ou regras na *polis grega*. Elas existem e são necessárias para harmonia e felicidade dos indivíduos. Entretanto, o direito positivo (*nomikon*) no sentido aristotélico deve ser contemplado num plano secundário, pois todas as regras e normas são porque essas existem na razão humana. Para Hans Kelsen, entretanto, a lei, somente a lei pura é que deve ditar o ordenamento jurídico. Nesse contexto, a sua aplicação prescinde de quaisquer elementos axiológicos, pois seu intérprete deve ser neutro, ao voltar seus olhos para a norma pura e cumprir, assim, o que o Estado convencionou como Direito. Diante disso é que desenvolveremos este trabalho, que tem por escopo traçar, dialeticamente, as influências jurídicas aristotélicas e kelsenianas e, também, abordar como o magistrado, em sua arte de julgar (*art juris*), põe-se diante da tomada de posição de uma ou de outra dessas influências. Ademais, o *princípio da equidade* – formulado por Aristóteles – será evidenciado como diferencial em relação à doutrina de Kelsen. Assim, a equidade será, aqui, posta como recurso que evidenciará a doutrina jurídica aristotélica superior à kelseniana. Constate, de antemão, que de longe paira em nossos objetivos haurir o tema; isso seria feito inatingível, que demandaria muito fôlego e um esforço hercúleo. O que se tem em mira é o suscitar da reflexão acadêmica sobre a importante contribuição que nos legara esses dois expoentes do pensamento jurídico.

Palavras-chave: Direito; Justiça; Equidade; Jusnaturalismo; Positivismo

ABSTRACT

The legal doctrine of Aristotle is a mixture of positivism and naturalism. The philosopher of Stagira, at any time disregards laws or rules in the Greek polis. They exist and are necessary for harmony and happiness of individuals. However, the positive law (*nomikon*) in the aristotelian sense must be considered on a secondary level, because all the rules and regulations are there because those in human reason. For Hans Kelsen, however, the law, only the pure law is what should dictate the law. In this context, its application waives any axiological elements as his interpreter should be neutral, to turn their eyes to meet the standard pure and thus what the state law as conventionally. Therefore this work is to develop, which seeks to draw dialectically influences legal aristotelian and kelsen and also address how the magistrate judge in his art (*art juris*), puts himself in front of the position of one or other of these influences. Moreover, the principle of equity - formulated by Aristotle -

is shown as a differential to the doctrine of Kelsen. Thus, equity is here placed as a resource that will show the legal doctrine than the Aristotelian kelsen. Realize in advance that far hangs on our goals draw the theme; unattainable this would be done, which would require a lot of stamina and a Herculean effort. What we have in view is to raise the academic reflection on the important contribution that bequeathed us these two exponents of legal thinking.

Keywords: Law, Justice, Equity; jusnaturalism; Positivism

1 INTRODUÇÃO

Se há uma *Constituição de leis* em Atenas, devemos registrar, esta não veio da autoridade mítica de Atena ou de Teseu, apesar da lenda. Isso resulta das relações proporcionais (*ison* ou *aequun*) inter partes ocorridas no seio sociopolítico da *polis*. Com efeito, Aristóteles enxergava o homem como um animal político, isto é, um *zoon politikon*, capaz de reconhecer a necessidade de se haver o direito para regular a conduta do indivíduo na cidade, mas, para Aristóteles, este mesmo indivíduo – como ser racional que é – sabe que as leis da polis não podem ir contra o direito natural, advindo das leis eternas.

Do lado de Kelsen, os códigos, as normas, as leis, as regras são – como todos sabem – os manuais do positivismo puro, que no jurista do *Círculo de Viena* tem sua inspiração para fazer valer a eficácia da lei no ordenamento jurídico. Nessa perspectiva não há espaço para outra coisa quer não seja a letra da lei. Como bem diz Villey,

os positivistas gabam-se de ter expulsado a ‘metafísica’, de abster-se de qualquer julgamento de valor: os ‘valores’ seriam irracionais, objeto de uma ‘opção’ livre, de escolha subjetiva, e por definição inacessíveis ao conhecimento científico. Dão-se ares de ter construído, segundo o modelo da física, uma teoria jurídica neutra, axiologicamente.¹

Nesse contexto, a visão jurídica aristotélica e kelseniana podem ser situadas no plano do *jusnaturalismo moderado* em relação a Aristóteles e, em relação a Kelsen, no plano do *positivismo lógico*. Diante dessas considerações preliminares, passemos a perquirir como se posiciona o juiz em face da adoção de uma dessas posturas jurídicas, quais sejam, a doutrina jurídica aristotélica e a kelseniana.

2 ARISTÓTELES, KELSEN E AS LACUNAS DA LEI

Começamos com um fragmento que muito revela a dramaticidade do juiz em sua busca, cotidiana, de aplicar o direito *rectum* à procura da justiça. Vejamos isso nas palavras de Calamandrei:

Um velho magistrado, sentindo-se morrer, pregava serenamente em seu leito:

– Senhor, gostaria ao morrer de estar seguro de que todos os homens por mim condenados morreram antes de mim. Porque não posso pensar em

¹ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições do direito: os meios do direito*. p. 331 . Trad. Márcia Valéria M. de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Col. Justiça e direito. (grifo do autor)

deixar nas prisões deste mundo, sofrendo penas humanas, aqueles que nelas foram encerrados por ordem minha. Gostaria, Senhor, quando me apresentar a teu juízo, de encontrá-los em espírito à tua porta (...), para lhe pedir perdão e para dizer-lhe que, ao julgar, nunca me esqueci de que era um pobre criatura humana, escrava do erro; que, ao condenar, nunca pude reprimir a perturbação da consciência, tremendo diante de um ofício que, em última instância, só pode ser teu, Senhor.²

As palavras do jurista italiano revelam bem o que é a arte de julgar: um eterno drama na consciência. E é disso que iremos tratar, das dificuldades e espinhos que o juiz enfrenta em seu ofício. O magistrado é aquele que fica ao meio das partes em litígio e ao fim, depois de ouvir os argumentos de ambos os lados, pronuncia-se sobre o direito, e diz quem o tem. E esta missão se torna ainda mais árida e incerta dependendo de como ele vê e entende o direito. Sua formação, tendências e seu mundo determinarão quem o é. Em que Escola se define como juiz: se é da Escola Realista (Jerome N. Frank), da Escola Sociológica Americana (Roscoe Pound), da Ecológica (Carlos Cossio), enfim... a constituição do jurista é gerada conforme sua cosmovisão jurídica.

Um juiz positivista à maneira do que pensa Kelsen endeusa e cultua a onipotência da lei como a ferramenta precípua capaz de fazer justiça. Portanto, a lei é o sustentáculo de todo respirar do jurista positivista. Em vista disso, ele se confina no seu pequeno mundo jurídico e não se dá conta de que este seu mundo o impede de ver que a liturgia processual do fazer justiça não é apenas o que está consignado nos códigos. A lei é seu dogma.

Nessa perspectiva não lhe cabe nenhum papel criativo, pois é um ser refém da legalidade estrita. Seu papel é o traçado por Montesquieu: *la bouche qui prononce les paroles de La loi*.³ Não estamos a afirmar, com isso, que um juiz dogmático será sempre injusto em suas decisões. O que se afirma é que suas decisões serão justas se as leis que o motivarem forem justas e sãs. Assim, se a lei for justa, o seu aplicador também o será. Entretanto, se ela for injusta, o seu aplicador também o será, pois este, o juiz, está engessado por aquela, a lei. Diante disso, o jurista é prisioneiro-escravo, refém do que o legislador determinou como norma. Eis que aqui estamos a tratar do jurista positivista por convicção, aquele que, cegamente, não consegue ver o espírito da lei, isto é, aquilo que o legislador quis vislumbrar, no tempo futuro, o que não se podia prever no momento de edição da lei. Devemos lembrar que Aristóteles reconhecia o lado positivo da lei e, assim, dizia: “o justo, portanto, é aquele que cumpre e respeita a lei e é probo, e injusto é o homem sem lei e improbo.”⁴

Contudo, há, ainda, uma coisa melhor que a lei, e isso é uma espécie de justiça superior. Referimo-nos à equidade, cuja qual Aristóteles dizia: “a justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor.”⁵

² CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, p. 357. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

³ *A boca que pronuncia as palavras da lei*.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 104. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004

⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 212. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996 – Col. Os Pensadores

A lei tem em vista sempre a regra geral; quando a exceção surge, cabe ao magistrado, conforme recomenda Aristóteles, “retificar o direito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião, e como ele teria decretado se fosse notificado do caso em questão.”⁶

Aristóteles enxergava na equidade um meio de efetivação da justiça. Assim, avaliou que a lei não deveria tornar empedernida a justiça, mas, uma vez chegado ao seu limite, quando da incapacidade de dirimir os reclames do direito, cumpriria dar lugar à equidade. O Filósofo – não por acaso – comparou a equidade à régua de chumbo, usado pelos construtores em Lesbos (ilha grega localizada no nordeste do Mar Egeu), a qual, por ser flexível, amoldava-se aos contornos angulosos da construção.⁷

Com equidade, aquele que julga o faz com racionalidade e, por conseguinte, com virtude de justiça (*dikaiosunê*). Em sentido prático, Bittar e Almeida ponderam que

nem sempre aquele que causou um mal o fez propositadamente em detrimento de outrem, ocorrendo circunstâncias em que a injustiça é praticada sem um conteúdo necessariamente intencional. Apesar de a lei punir severamente aquele que foi a causa eficiente de um mal, a equidade é recurso utilizável como critério de mensuração e adaptação da norma no caso, para que a obediência de uma estrita legalidade não se venha a ser mais arbitrário do que num Estado onde as leis não estão presentes.⁸

A considerar isso, um jurista aristotélico não fica em dificuldade quando a lei é incapaz de alcançar o caso concreto. O problema, aqui, é em relação a um juiz kelseniano: O que fazer quando a lei não lhe socorre? Eis o problema das lacunas da lei.

No direito penal, principalmente, se o juiz apenas se estriba no processo, poderá incorrer em injustiças dramáticas. Por isso é – com a devida *venia* daqueles que não são cristãos – que Carnelutti prefere, na verdade, que o crucifixo que pende sobre a cabeça dos juizes nas salas de audiência estivesse posto diante dos seus olhos, para que quando lançassem a vista para a figura do Cristo na cruz lembrassem de que as leis humanas são tão falhas como indignas.⁹

Um juiz que se vale apenas do compêndio legal e dele não retira os olhos, cumprindo à risca o que a máquina estatal convencionou como correto, poderá em suas sentenças atolar-se no pântano da injustiça. Por fim, diríamos como Cícero, grande jurisconsulto romano, “o rigor da lei deve ser abrandado quando de sua aplicação, contrariando a obediência cega, incondicional, do direito legislado.”¹⁰

⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*, p. 16. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Col. Justiça e direito.

⁷ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, p. 125. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004

⁸ BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*, p. 118, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2006

⁹ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*, p. 40. 3 ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: Russell editores, 2009.

¹⁰ SANTANA, Edilson. *Arte da política mundana: reflexões sociopolíticas e filosóficas*, p. 111. Campinas: Edicamp, 2003.

Não obstante, Kelsen considera impossível que tal situação viesse a ocorrer em seu sistema jurídico. E se porventura ocorresse uma saída era possível, qual seja, a de que no caso concreto em que a legislação não fosse suficiente para aplicar o direito, poderia (com ressentimentos Kelsen aborda esse tema), por essa razão criar uma lei diante de tal excepcionalidade. No entanto, diante do paradoxo, Kelsen recua e prefere arriscar-se ao dizer que tal situação não ocorreria, visto que na sua teoria do ordenamento jurídico o direito é cabal e sem *buracos*. Trata-se, portanto da teoria das *lacunas* do Direito, que por Kelsen é tida como uma ficção. Constatemos isso: A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, [...] aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial.¹¹

Se é uma ficção, devemos considerar a irônica sacada de Villey, que diz:

Não devemos mais falar de ‘lacunas’. Não existe um ‘sistema’ de ‘direito positivo’ cheio de buracos, como um queijo, mas ao contrário, um direito incerto, não formulado e imprevisível em seu conjunto, cujas soluções ainda estão por ser descobertas e, neste grande vazio, uma nuvem disseminada de leis. As leis e só as leis não bastam mais para fornecer a solução. É a falência do legalismo.¹²

Ironias à parte, o que se tem na verdade aqui é uma crítica voraz ao positivismo lógico e o decreto falencial do legalismo. Mesmo assim, o sistema jurídico de Kelsen, é cediço, não admite nada que possa sair da esfera da legalidade. Assim, um magistrado à maneira kelseniana, convenhamos, está petrificado diante da literalidade do texto legal. Nada pode fazer, a não ser cumprir a cartilha da dogmática jurídica. Mas o juiz positivista evocará a segurança jurídica para que sua exegese seja aceita. Em nome da segurança jurídica, condene! Em nome da segurança jurídica, absolva! Mas e a justiça? A justiça é um problema para filosofia – dirá ele, sua Excelência, o juiz.

Dessa maneira, alheio ao mundo, o juiz kelseniano é um aplicador da lei, conhecedor de seus dispositivos e da jurisprudência, mas esquecido, como diz Radbruch de

que a vida o homem não se compõem de atos singulares. São totalidades, e os seus atos singulares são movimentos de um todo indivisível, que se interpenetram. O tormento dos homens colhidos pela máquina do direito é que sofrerão impotentes a deformação da imagem de um fato ou de uma vida – da qual foram violentamente arrancados – pelo fato que só são considerados em sua particularização, e a vida, da qual emanam, é unicamente entendida sob o aspecto dessa particularidade casual. Pertence à essência irrenunciável da ciência do direito ver somente as árvores isoladamente, não a floresta.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 213-214. Trad. Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo; Martins Fontes, 2000 – Col. Justiça e direito

¹² VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições do direito: os meios do direito*. p. 389. Trad. Márcia Valéria M. de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Col. Justiça e direito.

O jurista vê o homem individual e o caso individual, através da lente do conceito geral da lei [...]¹³

Diante disso, parece-nos bem confortável a posição de um magistrado que prefere Aristóteles a Kelsen. A considerar Aristóteles um jusnaturalista, realmente em relação ao que se demonstrou até aqui, um juiz que tem no pensamento jurídico aristotélico um aporte, terá melhores condições em busca do justo. A vantagem de filiar-se ao pensamento aristotélico em detrimento ao *purismo* kelseniano é que o direito natural segundo Aristóteles não vê o positivismo jurídico como um estorvo, razão pela qual afirma Villey: “O verdadeiro direito natural não é *de modo algum o inimigo do direito positivo*.”¹⁴

3 ARISTÓTELES, KELSEN E A ARTE DE JULGAR (*Art Juris*)

O juiz é um homem e como tal tem suas predileções, ele não é uma máquina. A respeito disso, acertadamente, diz Carnelutti: “O juiz também é um homem; se é um homem, é também uma parte. [...] O fato de ser o juiz um homem, e do dever ser mais que um homem, constitui seu drama.”¹⁵ À guisa de exemplo, atentemos para como um jurista positivista kelseniano considera o fato de que uma pessoa furtou um toca-fitas quebrando o vidro de um automóvel. Ao consultar a lei, enquadra a conduta como delituosa, conforme a tipificação do art. 145, parágrafo 4º, inc. I, do Código Penal (furto qualificado). Nesse caso, o indivíduo estará sendo visto apenas como a lei o descreve.¹⁶ Do lado aristotélico, se ao interrogar o acusado, o juiz percorre toda a história do acusado, sua origem, o que levou para tal conduta, suas motivações... e faz isso para perscrutar se em sua alma há uma centelha de inocência; então, diferentemente, daquele que aceita a autossuficiência da lei, procura o justo com base não só no amparo legal, mas também no fenomenológico. No direito penal, principalmente, se o juiz apenas se estriba no processo, poderá incorrer em profundas injustiças. Não há espaço para abstrações na seara dos juristas positivistas.

As razões de Kelsen em relação à pretensão que tivera de dar ao ordenamento normativo uma cartilha em que o juiz em nome da segurança jurídica devesse ter na norma seu dogma, poderá trazer muitas perturbações ao julgador. Deve o juiz, sempre, confiar na lei? Ela é infalível e perfeita? Ela é pura, desprovida de qualquer teor ideológico? Para um jurista kelseniano a lei deve ser obedecida e não há mais o que se falar – cumpra-se.

Nesse sentido, o caráter hermenêutico criativo de um magistrado adepto de Kelsen deve, apenas, voltar-se ao formalismo da norma. Nada mais além disso. Pouco importa, por exemplo, se quem está sendo julgado é Sócrates ou Cristo. Importa aplicar a lei, mesmo se a

¹³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 147. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁴ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições do direito: os meios do direito*. p. 432. Trad. Márcia Valéria M. de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Col. Justiça e direito. (grifo do autor)

¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*, p. 38. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 3 ed. Campinas-SP: Russell editores, 2009.

¹⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*, p. 98, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

sentença for para condenar um homem a dezenove anos de prisão por furtar¹⁷ dois pães para se alimentar. Os olhos de um positivista lógico não enxergam humanismo na lei.

Um convicto positivista terá sempre em vista a aplicação da norma. A lei diz o que deve ser feito. E a sua consciência? Eis o seu dilema: a toga que cai sobre seus ombros não lhe garante a sabedoria da justiça. E tal sabedoria, às vezes, não é encontrada na lei.

É verdade que o sentenciar justo exigirá a interpretação correta da lei, mas não somente isso, um julgamento justo não prescindirá o senso crítico do jurista.

Voltemos a frisar: um juiz que se vale apenas do compêndio legal e dele não retira os olhos, cumprindo à risca o que o Parlamento convencionou como correto, poderá em suas sentenças atolar-se no pântano da injustiça. Claro que a lei e, mais ainda, o Princípio da Legalidade devem ser considerados para o alcance da justiça. Todavia, quando apenas isso é levado em conta, o Direito pode ficar à mercê de decisões ambíguas e contestáveis.

Ademais, retomemos o tema da equidade para inseri-lo dentro da hermenêutica. A equidade (*Epieikeia*), por assim dizer, é o *pulo do gato* em relação à doutrina positivista exposta. Dirá um leitor positivista deste singelo manuscrito: mas, se um positivista fizer uso da equidade, estará também se atendo estritamente à lei, já que o aparato legal o recomenda, quando na ausência de dispositivo, a decidir por equidade. Verdade. O ordenamento pátrio, assim, o autoriza. O problema é que ninguém – assim cremos – decide por equidade sem trazer para dentro dessa decisão elementos axiológicos – estes expurgados, implacavelmente, pela doutrina kelseniana.

Paulo Nader recomenda que “ao aplicar a equidade o juiz deve se apoiar em princípios, assentados no Direito ou na Moral, e não em caprichos ou meras preferências.”¹⁸ Como se vê, não estamos a tratar de uma quimera, um devaneio jurídico. Coube a Aristóteles elevar a equidade como *princípio* que se ergue e assenta-se acima da lei e de dar-lhe estatuto de justiça proeminente. Em favor do filósofo de Estagira, Perelman, assim, posiciona-se: “Na falta da lei, é preciso consultar o costume ou a equidade. A equidade é a volta à lei natural, nos casos de silêncio, oposição ou obscuridade das leis positivas”¹⁹.

Diante do abecedário positivista, ao juiz não cabe qualquer inferência que o desligue de sua condição de *cientista* das leis. Kelsen tem ciência de que o juiz possui certa autonomia, que lhe permite diversas interpretações, mas “a escolha delas depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum.”²⁰

Eis, portanto, o pecado do positivismo jurídico: a exclusividade pura da lei. Premissa que nos obriga a concluir – conforme a doutrina kelseniana – que a justiça é um ideal filosófico, quicá poético. Entretanto, aos nossos olhos está claro que o direito positivista carece de muletas seguras, que não deixe capengar quem dele faz uso.

¹⁷ Trata-se de Jean Vaujean, protagonista da obra imortal de Vitor Hugo – *Les Misérables*.

¹⁸ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*, p. 77, 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹⁹ PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*, p. 25. Trad. de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998 – Col. Ensino Superior.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 93.

Se a rigor o juiz, irredutivelmente, fitar seu entendimento apenas nos ditames da lei, cumprindo à risca, farisaicamente, a legalidade, ficará à mercê da vontade do legislador – isso nem sempre resulta em justiça. Como paradigma do que se está a dizer, colacionamos duas sentenças que, melhor que quaisquer palavras, impõem-se sobre qualquer defesa do positivismo jurídico.

A primeira, *decisum* do Dr. João Baptista Herkenhoff, trata-se da sentença de Edna, mulher que se havia presa por oito meses, grávida na iminência de dar à luz. Motivo da prisão: pega com oito gramas de maconha.

A liberdade de Edna – sentença de alto teor humanista, traduzida em vários idiomas, de repercussão internacional no mundo jurídico, transcende o silogismo frio da argumentação técnica. “O despacho – nas próprias palavras do nobre magistrado – fulminante, carregado de emoção e da ira santa que a injustiça provoca”²¹ foi ditado de improviso como se segue *in verbis*:

A acusada é multiplicadamente marginalizada: por ser mulher, numa sociedade machista; por ser pobre, cujo latifúndio são sete palmos de terra dos versos imortais do poeta; por ser prostituta, desconsiderada pelos homens mas amada por um Nazareno que certa vez passou por este mundo; por não ter saúde; por estar grávida, santificada pelo feto que traz dentro de si, mulher diante da qual este Juiz deveria se ajoelhar, numa homenagem à maternidade, porém que, na nossa estrutura social, em vez de estar recebendo cuidados pré-natais, espera pelo filho na cadeia.

É uma dupla liberdade a que concedo neste despacho: liberdade para Edna e liberdade para o filho de Edna que, se do ventre da mãe ouvir o som da palavra humana, sinta o calor e o amor da palavra que lhe dirijo, para que venha a este mundo tão injusto com forças para lutar, sofrer e sobreviver.

Quando tanta gente foge da maternidade, quando pílulas anticoncepcionais, pagas por instituições estrangeiras são distribuídas de graça e sem qualquer critério ao povo brasileiro; quando milhares de brasileiras, mesmo jovens e sem discernimento são esterilizadas; quando se deve afirmar ao Mundo que os seres têm direito à vida, que é preciso distribuir melhor os bens da Terra e não reduzir os comensais; quando, por motivo de conforto ou até mesmo por motivos fúteis, mulheres se privam de gerar, Edna engrandece hoje este Fórum, com o feto que traz dentro de si.

Este Juiz renegaria todo seu credo, rasgaria a memória de sua Mãe, se permitisse sair Edna deste Fórum sob prisão.

Saia livre, saia abençoada por Deus, saia com seu filho, traga seu filho à luz, que cada choro de uma criança que nasce é a esperança de um mundo novo, mais fraterno, mais puro, algum dia cristão.

Expeça-se incontinenti o alvará de soltura.²²

²¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Escritos de um jurista marginal*, p. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

²² *Idem, ibidem*, p. 10-11.

A segunda, o *furto das melancias* – outro exemplo de decisão que transcende à práxis litúrgica do formalismo legal, proferida pelo Juiz Dr. Rafael Gonçalves de Paula, *in verbis*:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagemenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão.

Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que songam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional),...

Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém.

Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia,...

Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra – e aí, cadê a Justiça nesse mundo?

Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade.

Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir.

Simplesmente mandarei soltar os indiciados.

Quem quiser que escolha o motivo.

Expeçam-se os alvarás. Intimem-se

Palmas – TO, 05 de setembro de 2003.

Rafael Gonçalves de Paula

Juiz de Direito²³

CONCLUSÃO

Será redundante de nossa parte dizer que as sentenças destacadas aqui são, intensamente, marcadas por um senso de equidade que só os juízes livres das amarras do extremado positivismo poderiam prolatar. Não obstante, um juiz kelseniano sacrifica-se pelo normativismo jurídico em nome da segurança jurídica.

²³ Processo nº 124/03 – 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO <http://www.jurisciencia.com/pecas/a-decisao-do-juiz-rafael-goncalves-de-paula/85/> Acesso em 19/04/2012.

No entanto, diz Jacy de S. Mendonça, “nem a lei contra a Justiça, nem a Justiça contra a lei, mas só a lei justa pode e deve ser utilizada para a realização do homem em sociedade.”²⁴ Por conseguinte, quando aquele que julga usa o cetro da equidade e considera o réu como uma estrutura antropológica, ontológica, social e, desse modo, em sua perspicácia jurídica, leva em conta toda essa holística, a Justiça mais próxima estará do magistrado. Nesse contexto, a doutrina de justiça aristotélica supera a kelseniana.

A *Teoria Pura do Direito* kelseniana continua ainda a influenciar e dar cadência na formação jurídica do acadêmico do Direito. De modo que um desafio aparece diante do *homo juridicus*: qual caminho devemos trilhar? Positivismo ou Jusnaturalismo? Kelsen ou Aristóteles? Sem nenhuma pretensão de induzir o nosso leitor, recorreremos às palavras de Edilson Santana para apontarmos uma possível resposta:

grave e grandiosa missão é a do jurista. É aquele (*sic.*) que cumpre sua missão superior, fugindo dos cânones mesquinhos, abandonando regras desajustadas para dar a cada um o que é verdadeiramente seu, tanto material como espiritualmente; aquele que decide de acordo como o que é verdadeiro, certo, direito, justo; aquele que vive no espírito da retidão e da equidade; um tal jurista é o que vence na vida e obtém, na morte, a perpetuação de sua memória²⁵

E quanto a Aristóteles, aonde repercute em nós (estudiosos do direito, diga-se) a sua filosofia da justiça?

Como reflexão para uma possível resposta, lembremos deste diálogo: “Temos de expulsar Aristóteles de nós. Mas eu nem sequer o li; por que razão tenho de expulsá-lo de mim? A prova de seu domínio sobre o homem ocidental é que ele domina o pensamento de gente que nunca o ouviu falar a seu próprio respeito”²⁶

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996 – Col. Os Pensadores.

_____. _____. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2006

²⁴ MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de filosofia do direito: o homem e o direito*, p. 243. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

²⁵ SANTANA, Edilson. *Arte da política mundana: reflexões sociopolíticas e filosóficas*, p. 106. Campinas-SP: Edicamp, 2003.

²⁶ Diálogo do romance Reuben, Reuben, de Peter de Vries, p. 3. Apud MORRALL, John B. *Aristóteles*. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Editora Brasília, 1981.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HERKENHOFF, João Baptista. *Escritos de um jurista marginal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Como aplicar o direito*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo; Martins Fontes, 2000 – Col. Justiça e direito

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Curso de filosofia do direito: o homem e o direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MORRALL, John B. *Aristóteles*. Trad. Sérgio Duarte. Brasília: Editora Brasília, 1981.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Col. Justiça e direito.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREMAN, Chäim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998 – Col. Ensino Superior.

SANTANA, Edilson. *Arte da política mundana: reflexões sociopolíticas e filosóficas*. Campinas: Edicamp, 2003.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições do direito: os meios do direito*. Trad. Márcia Valéria M. de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Col. Justiça e direito.