JUSTUTOR

Questão Discursiva 03637

O jurista J.C. Gray (The Nature and Sources of Law, 1902) dizia que ■as leis são fontes do Direito, e não partes do Direito■. Ao seu lado, J. Austin (The Province of Jurisprudence Determined, 1932) frisava que ■o direito constitucional é apenas a moral positiva■, enquanto Hans Kelsen (Theory of Law and State, 1949) visualizava por inteiro 3 um sistema jurídico-legal e, assim, enfatizava que ■a primeira norma genuína instituindo a sanção está contida na segunda, e assim por diante■. Então, para H.L.A. Hart (O Conceito do Direito, 1961), o Direito passou a ser ■uma união de regras primárias e secundárias■. Por sua vez, em A Justiça de Toga, Ronald Dworkin, apegado à importância dos princípios e da própria e correta justiça aplicada nos tribunais, utilizou passagem histórica como figura de retórica, para registrar que, ■Quando Oliver Wendell Holmes era juiz da Suprema Corte, certa vez ele deu carona ao jovem Learned Hand, quando ia para o trabalho. Ao chegar a seu destino, Hand saltou, acenou para a carruagem que se afastava e gritou alegremente: ■Faça justiça, juiz!■ Holmes pediu para o condutor que parasse e voltasse, para a surpresa de Hand. ■Não é esse o meu trabalho!■, disse Holmes, debruçado na janela. A carruagem então fez meia-volta e partiu, levando Holmes para o trabalho, que, supostamente, não consistia em fazer justiça■. Para muitos e, em especial, para Alf Ross, ■há uma relação entre o direito vigente e a ideia de justiça■. Portanto e sem dúvida, uma grande indagação jurídica por certo ainda persiste.

Nesse sentido, disserte sobre ■o que é o direito■ e sobre ■como as convicções morais de um juiz podem influenciar seus julgamentos acerca do que é o direito■. Em sua resposta deverá, necessariamente, também analisar e contextualizar:

a) Justiça e Moral;

b) Direito e Moral;

c) Direito e Justiça;

d) Política Jurídica.

Resposta #004472

Por: Romildson Farias Uchoa 25 de Julho de 2018 às 19:39

Os autores citados representam correntes do positivismo do século XX, para os quais a busca da cientificidade do direito é uma das principais características.

A palavra direito comporta alguns significados, podendo referir-se ao conjunto de normas jurídicas, à ciência do direito ou mesmo à característica do que é cesto, justo, equitativo. Não por outro motivo, do direito romano tem-se uma ideia de que “direito é a arte do justo (ou bom) e do equitativo” (Celso, citado por Ulpiano, no Digesto).

Primitivamente direito consistia em retidão e equilíbrio, e também uma ordem querida por deus. Caberia aos sacerdotes e juízes a aplicação dessa ordem.

Como ciência é aquela que estuda regras obrigatórias para a convivência possível em sociedade. É uma maneira de se entender o direito como método científico.

A discussão sobre o que é direito implica também na interdependência do que é direito natural e direito positivo.

Para os jus naturalistas haveria um direito ínsito ao estado natural do ser humano que o acompanharia onde quer que fosse e em qualquer sistema jurídico que fosse, seriam exemplos o direito a vida, à liberdade, que procura fundamentar o direito no bom senso, na racionalidade, na equidade e no pragmatismo. Nesse sentido o direito seria fundamentado no que é a ideia de justiça, e isso persiste até os dias atuais.

Para os juspositivistas só haveria direito emanado das leis, positivado, e embora admitissem que certos direitos acompanham o ser humano por sua própria condição de seres humanos (para os jusnaturalistas direito natural), a fonte seria o ordenamento, se positivados.

Justiça também comporta mais de um sentido, sendo o justo, fazer a coisa certa em dadas situações e que pode ser cumprida voluntariamente ou mesmo arbitrada pelo poder Judiciário, que é uma outra acepção de Justiça (órgão estatal encarregado de realizá-la).

Há grande discussão sobre o que seja justiça, sendo esse um doa maiores dilemas da Filosofia desde a antiguidade. A justiça enquanto proceder de modo justo poderia se confundir com a moral, porém são coisas distintas, sendo amplamente aceito que a moral decorre de um imperativo categórico (a adesão do indivíduo ocorre internamente, há a intenção de fazer o que é certo por acreditar que é certo).

Ao seu passo, a Justiça foi ao longo dos tempos categorizada como regra de boa convivência entre os homens, como um ideal a ser alcançado, muito ligado ao princípio da igualdade, mas por ter sido caracterizada com grande vinculação aos sistemas jurídicos embora rudimentares, difere da moral.

Ao fim, chegariam aos mesmos resultados, mas por motivos diferentes (a justiça, por utilitarismo ou por vontade de cumprir bem os mandamentos do que é certo entre os homens), a moral por um sentimento interno de fazer também o que é certo e justo.

Também haverá consequências diferentes para o descumprimento, pois o descumprimento de regras morais acarretará censuras morais e ao cometer injustiças os ordenamentos via de regra possuem sanções respectivas. O espectro da moral também é mais amplo que o da justiça

O direito está vinculado ao longo do tempo ao conjunto de normas, e, portanto dotados de coação. Discute-se isso, pois há no mais das vezes o cumprimento voluntário do direito, e assim não seria necessária a coação efetiva para o cumprimento – mas há sua previsão.

Na moral há uma adesão voluntária ao cumprimento de normas e códigos morais, sejam específicos de determinados ramos, profissionais, por exemplo, ou amplamente aceitos em sociedade. Enquanto no direito temos bilateralidade, na moral a incoercibilidade, unilateralidade, interioridade- embora se exteriorize.

Tanto o legislador quanto o juiz recorrem a elementos morais. No pós-positivismo (reaproximação entre direito e moral; do jus naturalismo e do positivismo) texto é algo diferente da norma.

Há na aplicação e estudo do direito as cláusulas gerais, com conceitos jurídicos indeterminados que demandam valoração social (então há moral no direito), devendo o juiz lançar mão de valoração moral.

A ideia da pré-compreensão desnuda algo bastante evidente. O ser humano não habita um vazio axiológico, pois possui ideias, valores pré-concebidos e não se despe totalmente na hora de aplicar o direito. O ponto de partida de uma interpretação ou análise de um caso é a partir da experiência enquanto ser histórico.

A justiça é o principal fundamento do direito, com a ressalva do conceito que se atribua a ela. Como valor universal a ser perseguido, só é possível com o direito, seja em sua acepção de ciência jurídica, seja em seu aspecto conjunto de normas que formam uma ordem obrigatória.

Interpenetram-se, direito e justiça, pois o direito pode ser tido como instrumento para a realização de justiça, mas acabam por confundir-se muitas vezes. O direito do caso concreto, não seria a justiça do caso concreto?

Durante muito tempo sequer havia diferenciação entre direito e justiça, inclusive as tradições e sentidos ao longo do tempo e das línguas podem ter atribuído em textos a qualidade de justiça ao que se chamava direito, e vice versa.

O direito é a produção normativa de uma sociedade nas mãos do estado, ao passo que a justiça é um valor cultural a ser perseguido pelo direito. O próprio termo cultural aqui poderia ser substituído por valor moral, e chegaríamos, provavelmente ao mesmo resultado.

Política jurídica é parte da Teoria do Estado, e representa o ponto de intercessão como prudência (conhecimento) legislativa e jurídica. Possui função transformadora, de permanente interação entre ética e política.

Através da Política Jurídica há um possível caminho para que a sociedade seja capaz de se aproximar do real sentimento de justiça e felicidade, considerando a adequação efetiva das normas jurídicas à realidade social.

Isso se aplica em relação a todos os estudiosos e aplicadores do direito, inclusive juízes que podem balizar suas decisões com componentes da realidade social e política.

É, sobretudo, uma ferramenta de adequação e atualização do direito às mudanças sociais.

O direito não deve se apresentar como um poder que previamente desenvolva uma agenda política, mas um decidir que assimile o conflito e ofereça solução comprometida com o problema concreto apresentado.