DIREITO E JUSTIÇA: UM COMPROMISSO (Breves Anotações)

SERGIO FERRAZ

1. Em seu clássico “La crisi del Diritto”, Calamandrei narra uma visita que fizera, anos antes, à Universidade de Cambridge. E nos dá conta do impacto que sofreu, ao saber que ali não se lecionava Direito Processual. Em dia subsequente, resolveu verificar o funcionamento de uma audiência judicial em Londres. Juntando as duas pontas de sua experiência, o notável jurista italiano extraiu a conclusão de que, à vista do grau de civilização alcançado na Inglaterra, a vivência das instituições se desenrolava em tal grau de confiança que o amor ao formalismo como arma argumentativa, implicado no estudo aprofundado do processo, era despido de sentido ali; e apresentava, como demonstração da validade de seu juízo, sua constatação quanto ao clima reinante entre juízes e jurisdicionados, na vida forense britânica.

Transcrevemos as palavras do mestre:

“A primeira impressão é de grande solenidade: de um severo formalismo ritual. Mas logo, assistindo à audiência, se descobrem sob esta aparente austeridade uma grande simplicidade e confiança, entre aquele juiz, e aqueles advogados. O juiz escuta atentamente; quando os advogados falam, o juiz ouve-os com deferência. Bela surpresa para um advogado italiano!”

Donde Calamandrei pôde concluir: “o curso normal do processo acha-se confiado ali, mais que às formosas construções sistemáticas, ao costume judiciário, à lealdade do debate e à cordialidade das relações entre juízes e advogados. ...”

“Este mesmo sentido de simplicidade e de fé no homem, experimentei assistindo a uma sessão da Câmara dos Comuns”, “de modo que suas discussões adotam o tom de colóquios trocados, de perto, entre gente sentada à mesma mesa, no mesmo nível” ...”.

“Todas estas impressões da vida judiciária e parlamentar inglesa se resumem neste respeito recíproco, que contrasta singularmente, se não me engano, com aquele sentido, poderia dizer-se de cordial desconfiança, no qual se inspiram na Itália todas (sic) as relações da vida pública”.

“Também o ordenamento tributário italiano foi, até agora, fundamentado na desconfiança do fisco diante do contribuinte, retribuída plena e totalmente pela desconfiança do contribuinte diante do fisco”. “E assim o cidadão não se fia na administração, a qual desconfia do cidadão, e todo o ordenamento burocrático, sobrecarregado por cem controles, acha-se baseado na desconfiança do superior em relação ao inferior, ao que corresponde o esforço do inferior em induzir o superior em engano”.

Tal panorama se afigura inteiramente afinado à vida pública brasileira. Também aqui, como de resto em quase todo o mundo de tradição jurídica romano-germânica, em vez da *cordial confiança*, que Calamandrei testemunhou na Inglaterra, impera uma cordial (e nem sempre!) desconfiança entre Estado e Sociedade. Daí o descrédito, que até mesmo estatisticamente tem sido ostentado, dos cidadãos quanto às instituições básicas, sobretudo as de caráter público, que conformam nossa conturbada sociedade.

2. Essa moldura de descrédito faz com que se avolumem, cada dia mais intensamente, certas tensões dialéticas, seja no plano sociológico seja no jurídico, a contribuírem poderosamente para o alto grau de insatisfação constatável nas manifestações da cidadania.

2.1. No patamar sociológico-institucional, fácil é verificar como, sem esmorecimentos, cresce a oposição Estado/Sociedade. Tal dado crítico se torna escandalosamente visível quando nos dedicamos ao exame da deterioração, junto ao indivíduo, da imagem do político. Este é, por sem dúvida, o operador fundamental da vida estatal. Mas sua imagem é a mais desgastada de quantas se pretenda avaliar, na tensão Estado/Sociedade. Porque não crê, salvo pouquíssimas exceções, em seus políticos, a Sociedade não crê no Estado, convive mal com suas declarações, manifestações e atos, vendo-o antes como um adversário, que como um agente aglutinador, numa visão macro-social, de todos os interesses e reclamos individuais.

Essa divisão da “potestas” estatal de um lado, os anseios sociais do outro, levava, tempos atrás, poderosos contingentes à adesão a fórmulas utópicas, particularmente às utopias do marxismo-socialismo. Mas a derrocada irreversível do monopólio soviético deixou muitos órfãos. Alguns permanecem desorientados, em sua total incapacidade de entender ou explicar o ocorrido. Outros, se não acham o ponto de equilíbrio, ao menos para tanto se esforçam. A maioria sai à cata de possíveis culpados atuais, para sua frustração; nessa

perspectiva específica, os Juízes e a Justiça têm sido um dos alvos preferenciais. E é nesse contexto que a temática da decisão injusta e do direito injusto assume proporções de inequívoco relevo.

2.2. A par das tensões acima apontadas, e confluindo para as mesmas conclusões retro indicadas, acusa-se, no ângulo jurídico mesmo, a existência de certas tensões dialéticas específicas, que seria imprudente, quando não insano, desconsiderar. Atenhamo-nos àquelas que mais agudamente viciam a salubridade desejável, da vida social.

Numa primeira visão, adensam-se iniludivelmente, as alianças à idéia de *fairness* (princípio da boa fé) de Herbert Hart, em contraposição às concepções kelsenianas do positivismo kantiano. Nessa pintura de pano-de-fundo, acabam por se tornar agudas as querelas da suposta oposição entre Direito e Moral. E difundem-se as disputas fundadas na provável antítese *direito como consenso social* “versus” *direito fundado na coerção*; e aqui, mesmo sabendo-se quão cambiante é o conteúdo dessa coerção, pela revisibilidade constante e paulatina que lhe aportam as mudanças das opiniões e conceitos sociais, infiltra-se, quase irresistivelmente, a sedução da desobediência civil, em nome da Justiça, não só dentro do Direito, mas até mesmo acima dele.

3. Como agentes que têm como instrumental básico a palavra, e sobretudo com vistas ao caráter eminentemente estipulativo do linguajar jurídico, impen-de precisar, para os efeitos concretos do problema que está sendo versado, em que sentido serão aqui utilizados alguns vocábulos, que constituirão os alicerces mesmo do trabalho. Ao fazê-lo, não estamos a afastar ou a rejeitar outros conceitos e acepções, jurídicos ou não, que tais vocábulos comportem: estar-se-á, unicamente, a eleger o sentido com que eles hão de ser aqui entendidos, doravante.

4. Com a advertência supra, ao falarmos agora de *Direito* teremos em mente um conjunto de normas, usos e princípios, estruturados teleologicamente com vistas à regulação harmônica da vida em sociedade. De plano se apreende, portanto, que não reduzimos ao conceito de *Lei* o mundo do *Direito*. E, ao falarmos em conjunto de normas, temos em mente, também, na conformidade da visão kelseniana, o conjunto das decisões judiciais.

É curial que o Direito não se exaure na Lei. Até porque esta, manifestação apriorística e genérica que é, não se pode encartar na operação de sua incidência, senão mediante o laborioso esforço da sua interpretação, seja pelo Juiz, seja pelo Administrador. É inequívoco, doutra parte, que o maior grau de certeza e precisão que cercam a Lei, quando confrontada com, por exemplo, os costumes, a jurisprudência e os princípios gerais de Direito, acaba por lhe emprestar um papel privilegiado, na visão existencial do Direito.

Sendo pois imprescindível interpretar a Lei, particularmente em face de situações controvertidas ou litigiosas, assume fundamental relevo, na vida social, a figura do juiz. Seu instrumental operacional é variado e até mesmo impressionante: a letra da lei, seu espírito a ser revelado, as armas analógicas e históricas, a equidade etc... Mas como a virtude, ainda aqui, está no meio, deverá o Juiz esquivar-se a duas tentações igualmente daninhas e danosas: a adesão às escolas da livre criação judicial do Direito (com Kantorowicz como emblema) e a pura e simples escravização plenamente positivista à letra da Lei. Indagar-se-ia: se as leis emanam de representantes políticos, a maioria da classe dominante, onde os seus interesses prevalecem de forma implícita, como pode o juiz julgar de maneira correta, se um de seus instrumentos (Lei) já vem impregnado de parcialidade?

A resposta não é difícil.

O juiz tem de ser *independente*; independente relativamente aos Poderes Estatais, ao Poder Econômico, à tentação do Dinheiro e da Riqueza. É óbvio que tal patamar só se atinge com o somatório da *força moral* com o *preparo intelectual*. Daí o relevo extraordinário de um bom ensino jurídico, fundado na axiologia tanto quanto na ciência, ambos os vetores formativos devendo ser apresentados e reiterados desde os bancos universitários.

Mas apesar de *independente*, o Juiz deve prestar um, e só, compromisso de subordinação: ao Direito. Somente essa fidelidade absoluta ao Direito, como um todo que não se esgota na Lei, lhe garante a realização do *dever fundamental da imparcialidade*, sem cuja observância o Juiz não merece esse título tão honroso e oneroso.

5. Bem mais fugidio que o conceito de Direito é o de Justiça. Desde os mais antigos aos mais atuais autores, que doutamente se dedicam ao tema, o que encontramos de regra, em seus trabalhos, são a apresentação de certos atributos da *Justiça*, ou o exame de algumas das suas modalidades de exteriorização. Sirva, para comprovação do que se disse, a consulta que se faça ao clássico dicionário filosófico de Lalande. Na realidade, muito mais que *conceituar* Justiça, o que se consegue é *sentir* o justo ou o injusto. De toda sorte, talvez continue íntegra a inspiração clássica romana: agir com justiça é, sobretudo, a ninguém prejudicar e atribuir a cada um o que deva ser seu.

Tais problemas por certo é que levaram Aristóteles, em seu clássico “*Ética a Nicômano*”, a falar muito mais em atributos da justiça, que em conceito de justiça. Daí sua preocupação em discorrer sobre justiça distributiva (distribuição das honras e dos bens, de forma o quanto possível igual, igualdade essa posta em patamares segundo os méritos de cada um. Ou seja, a cada um, segundo suas qualidades). A ela se contrapõe a idéia de justiça niveladora,

centrada em torno da idéia de se dar honra e patrimônio a cada um, não segundo suas qualidades, mas consoante suas necessidades. Como resulta evidente, o binômio dialético justiça distributiva/justiça niveladora está na raiz de outros binômios dialéticos, tais como liberalismo/marxismo, estatismo/individualismo etc...

Admitindo-se, nesse contexto de dificuldades conceituais, a substituição da idéia da Justiça “tout court”, pela de *lei justa* (ou, o que é mais amplo, direito justo), caminhar-se-á inexoravelmente para a fixação de um alicerce: o que se teme e se repele é o Direito Injusto, como tal se tendo, dentre outras configurações, o que privilegia alguns em detrimento de outros, o que suprime dados básicos da dignidade da vida (em particular, a liberdade), o que faz *tabula rasa* dos valores básicos da sociedade (quando não os pisoteia mesmo). Em suma, Injusto será o Direito que prejudique a alguns ou muitos, que negue a alguns ou muitos o que pelo senso moral comum lhes caberia, o que amesquinha a dignidade no viver.

6. Infelizmente a *lei injusta* é fenômeno mais correntio do que se possa supor. E pela força preponderante da categoria *lei*, na formação do ordenamento jurídico, de regra a lei injusta acaba por conformar um Direito Injusto e um Estado Injusto. Tão impressionante a deformação se mostrou à crítica de Stanmler que ele, em 1902, escreveu seu clássico “Direito Justo”; um rico estudo, conquanto parcialmente invalidado pela insistência do autor em equacionar, como contrapostas, em paralelismo com a oposição justo/injusto, as estruturas direito natural/positivismo.

Enfim, o problema da *lei injusta* é de extrema seriedade e gravidade. E há uma tentativa de solvê-lo que, de tão desastrada que se apresenta, merece ser enfocada e combatida, antes mesmo de se buscar a construção de caminhos positivos.

Definitivamente não cabe ao juiz, enquanto juiz, e porque juiz, destruir ou negar aplicação, no exercício de seu ofício, a lei que ele, em seu subjetivismo, pouco importando que aqui ecoando o pensamento de um ou de muitos, considere injusta.

A não ser que estejamos a lidar com arquiteturas ditatoriais ou totalitárias, a lei é a expressão da vontade do povo, manifestada diretamente ou mediante seus representantes (Constituição Federal, parágrafo único do seu artigo 1º). E não o deixa de ser porque aqui ou acolá, hoje ou amanhã, a Casa das Leis seja dominada pela classe ou pelas classes dominantes. Quando divórcio há, entre vontade popular e vontade do Legislativo, os caminhos reativos competem ao próprio povo (segundo no segmento próximo, deste trabalho, se vai tentar equacionar), e não, aos Juízes.

Quando o juiz “reescreve” a lei a seu talante, ou lhe nega aplicação porque dela não gosta, está, autocraticamente, a substituir a expressão (suposta ou real) da vontade do povo (coletiva, pois), pela expressão da vontade do julgador (individual, portanto). Atitude desse jaez, se reproduzida ou tratada como verdade doutrinária, acabará por produzir pelo menos cinco danos hediondos:

a) acabará por entronizar a suma injustiça, tão temida por e desde Platão, da “ditadura do Judiciário”;

b) submeterá a *eficácia* da lei às inspirações sócio-políticas de cada julgador, entregando-se o juiz, então, ao que Robert Bork pintou como a tentação totalitária a que o magistrado, sobretudo como ser humano, deve ser alheio ou resistente;

c) porá por terra o valor supremo a que vocacionada uma ordem jurídica, qual seja o da certeza e da segurança das relações sociais. Se a própria flexibilidade jurisprudencial já causa, em certos temas, insegurança e instabilidade sociais, que dizer de uma lei cuja inteligência ou eficácia fica ao exclusivo alvedrio de *cada um* dos julgadores?

d) fará injustiça a todos quantos, escudados na lei, que o juiz ignora ou “reconstrói”, assumiram atitudes e praticaram atos. Que dizer, por exemplo, de um julgado que, examinando hipótese de despejo por falta de pagamento, dá pela improcedência da ação, porque o locatário está desempregado? Além dos empresários da locação, há também viúvas e órfãos que fazem do aluguel sua fonte de sobrevivência! E qual o reflexo de decisão desse teor — que não é só imaginária! —, no mercado de locações, ainda *essencial* neste país, sobretudo para propiciar moradia à classe pobre e à classe média? Em suma, ter-se-á feito “justiça” a um locatário, com terríveis injustiças e danos não só para outros cidadãos, mas para a sociedade como um todo;

e) contribuirá para o gradativo desprestígio do Judiciário, tornando inclusive mais próxima a ameaça suprema, que já o ronda, de ser transformado de Poder a mera função!

7. Em verdade, a tentativa de solução do problema da lei injusta não está nas mãos do juiz, precipuamente, embora aqui lhe seja reservado importante papel, a ser mais adiante enfatizado. E mesmo ao iniciarmos a trilha da busca de remédios, deveremos ter em mente a instabilidade inevitável de tais vias, não só porque, realmente, sempre é possível, na elaboração das leis, a influência das classes dominantes, como também porque, obra de seres humanos que é, a lei tem a mesma possibilidade, comum a estes, de ser falível por natureza.

Mas ao juiz cabe, sim, um grande papel nessa matéria. E não é necessário, para desempenhá-lo, virar as costas à lei ou deturpá-la a seu gosto pessoal.

Em primeiro lugar — aqui inevitável volver o pensamento a *Recaséns Siches* —, ao juiz cabe o dever de, ao interpretar e aplicar a lei, fazê-lo com razoabilidade, mediante atitudes *valorativas* e *lógicas*. Jamais, contudo, lhe será dado *desprezar* a lei. Impende inclusive ao julgador vacinar-se contra a pressão do chamado “clamor popular”, quase sempre resultado de viciosa manipulação da mídia por seus donos, pondo na boca do povo o que só no pensamento dos manipuladores (ou, eufemisticamente, os “formadores de opinião”) está. Tanto mais essa postura de independência se torna indeclinável, quanto se sabe que a imprensa hoje, mais que nunca, constitui, em suas diferentes modalidades, um verdadeiro Poder, incontrolado e incontrolável, que não por seus próprios donos.

Em segundo lugar, o juiz não pode olvidar que o direito positivo já lhe confere instrumental excelso, para obviar os problemas ocasionados pela lei injusta. Destaquemos apenas alguns desses meios legais.

O artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, já determina ao juiz que, “na *aplicação* da lei [não lhe é dado, pois, não a aplicar], o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O mesmo diploma bem mais adiante, em seu artigo 924, entrega em mãos do julgador um extraordinário arsenal de prevenção à injustiça, quando prescreve, em seu artigo 924, que, “quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento”.

De seu turno, o diploma processual civil, depois de impor ao juiz que conduza o processo com observância dos preceitos de *igualdade* e de *justiça* (artigo 125, incisos I e III), ainda lhe faculta os adjutórios da analogia, dos costumes, dos princípios e da equidade (artigos 126 e 127).

E dizer: não tem o juiz seja autorização, seja necessidade, de desconsiderar a lei: basta fazê-la atuar com as inspirações de *Siches* e o aparato interpretativo, ora exemplificativamente destacado, para que se possa garantir o combate à lei injusta, sem o atentado injusto da sua inobservância. Lei é lei, enquanto vigência. Não cabe ao juiz decidir em favor do pobre, ou em detrimento do rico, somente porque um é pobre e o outro é rico. A decisão, seja em benefício, ou seja em prejuízo, de um deles há de defluir da vontade da lei, e não, da vontade do juiz, de inaplicar ou de deformar a lei e sua inteligência.

Cabe lembrar, com Mauro Cappelletti (“Juízes Legisladores?”, Sergio Fabris Editor, pág. 84), que a defensoria pública, em benefício dos desprotegidos — tão injusta e indefensavelmente menosprezada pelos Poderes Públicos

no Brasil, como também em muitos outros países —, constitui valioso mecanismo, *dentro da lei*, para combate às *injustiças da lei*, sem chegar à *negação da lei*.

8. Paralelamente à *solução judicial* para a lei injusta, antes abordada, cumpre divisar a existência de uma *solução cívica*: a *resistência civil*.

O tema é de vastidão inequívoca, incompatível mesmo com a natureza deste trabalho. Porém algo deve ser aqui aventado, com o fim de deixar nítido o que entendemos como *resistência civil* e a razão de não termos utilizado o rótulo, muito mais correntio, *desobediência civil*.

A desobediência civil pode ser entendida como a contraposição do cidadão, em geral ativa e por meios violentos, à lei ou ao ato de autoridade. Nesses parâmetros, com algumas variantes, se põem Platão, Campanella, Tomás de Aquino, Thomas Moore, Burdeau e muitos outros. Os autores ora a vêem como simples imoralidade, ora como direito fundamental, ora ainda como estado de necessidade, havendo também quem nela divise um verdadeiro dever (Thoreau), um mero estado de fato, ou, derradeiramente, um fato criador de direito (Kelsen, v.g.). Tem-se até mesmo fundamentado a desobediência no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal (Maria Garcia, “*Desobediência Civil*”, Ed. Rev. dos Tribunais, pág. 259 dentre outras).

Em contraste, a resistência civil — e essa a nossa proposta — se concretiza na contraposição não-violenta, coletiva, fundada, como quer Dahrendorf, em princípios compartilhados de justiça, enfim, verdadeiras alianças cooperativas, mediante participação intensa das instituições intermediárias (ONGs, corporações profissionais etc...). A contraposição em tela traduzir-se-á na formação de expressivos grupos de *efetiva* pressão contra o Estado, buscando obter a mudança da lei ou do ato injusto, mas admitindo a imperatividade do Direito enquanto vigente. De toda sorte, evitando sempre a explosão social, que inevitavelmente leva ao pior, seja de imediato (com a derrota da violência revolucionária e o esmagamento ou trucidamento dos sediciosos), seja ao longo do tempo histórico (sirva de exemplo a desconstrução, ao cabo de setenta — 70 — anos, da revolução leninista, lançando à miséria um povo que fantasiosamente se acreditava amparado e vitorioso nas lutas pelas conquistas sociais).

9. Retome-se: fora do Direito não há salvação. Não há *alternativa ao Direito*; não há como, portanto, deixar-se cair no “canto da sereia” do chamado Direito Alternativo, ou de qualquer outra corrente que, submetida ao processo de análise mediante reduções eidéticas, no fundo não passe de mais uma tentativa de reviver as fracassadas correntes da livre criação judicial do Direito.

Quando os autores alternativistas, sobretudo dos pontos mais meridionais do país, pretendem que a sua visão do Direito consiste em prescrever a “pres-

tação jurisdicional como prática para a liberdade da sociedade”, o que estão realmente a fazer é pretender lhes seja assegurada uma atuação descomprometida com o Direito como predominantemente tido como existente e efetivo, a ser substituído pelo que cada “juiz alternativo” entenda ser a prática da liberdade. Em suma, deseja-se fazer a revolução, sem os riscos de ser revolucionário. O mesmo vezo, enfim, que se estampa nos “Estatutos da Associação de Juizes para a Democracia”, ao se elencar, dentre os rumos para tais magistrados, “a defesa dos direitos dos menores, dos pobres e das minorias, na perspectiva da emancipação social dos desfavorecidos”. Tais viezes, de pretensão ideológica, são inteiramente estapafúrdios e inaceitáveis. O Juiz que quer ser justo não se precisa deixar dominar, em seu mister, por todas essas excentricidades. Bastar-lhe-á utilizar os instrumentais antes apontados, sejam os filosóficos (uma atitude axiológica no julgar), sejam os legais (com atenção suprema ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). Ademais disso, magistrado algum pode ser juiz dos excluídos ou dos integrantes das minorias: ele *tem* de ser juiz de *todos*, com o arsenal único do Direito, e nada mais. Até porque “Juizes para a Democracia” somos todos nós, que cultivamos o amor ao Direito e à Justiça, e não apenas os que, um tanto pretensiosamente, se julgam merecedores do título, ou paladinos da “prática para a libertação da sociedade”. Não se quer o juiz *insensível*; bem ao oposto, espera-se seja ele *atuante*, mas sempre *superpartes*.

Ensinou o saudoso Celso Barbi que a primeira e mais importante qualidade de um juiz é a imparcialidade, sendo indispensável que ele julgue sem influência de qualquer outro fator, que não o direito dos litigantes.

Ou, com Calmon de Passos: “o juiz é um prisioneiro que dispõe de muito espaço para realizar sua liberdade”.

E por que não Pergolese (“embora livre da regra do caso, ele tem de se mover sempre *intra legem*, dentro dos limites que lhe traçam as leis e os regulamentos, sem violar os cânones da legalidade”)?

Em suma, na iluminada lição do Ministro Marco Aurélio (Recurso Extraordinário 167.877-1), no Supremo Tribunal Federal, se bem é verdade que, no exercício do ofício judicante, ao juiz “cumpra idealizar, para a controvérsia, a solução mais justa possível”, após tal labor impor-se-á que prossiga, “adentrando a dogmática com o fito de respaldá-la”.

* * *

Fora do Direito não há salvação. Não há alternativa ao Direito; ou melhor, há só uma *lei alternativa*: a lei da selva, a lei do mais forte. E onde ela prevalece, falece a idéia-luz da Justiça.