

Variações sôbre o Direito e a Justiça

AMILCAR DE CASTRO

A JUSTIÇA é o valor supremo posto em prática pelo direito. Mas em que consiste a justiça? Porque êste ato é justo, e aquêle injusto? Pois não é verdade que os mesmos atos podem ser vistos como justos, e injustos, em tempos ou lugares diferentes? Que é, pois, a justiça, se a noção de justo é, assim, variável?

As atividades humanas, em si mesmas consideradas, não podem deixar de ser aquilo que são, e, como tais, não são intrinsecamente justas, nem injustas. Entretanto podem ser diferentemente *apreciadas* conforme um sentimento de conveniência, que é próprio da natureza humana. Em tôdas as épocas e em todos os graus da civilização, os homens todos, desde os mais sábios até os mais ignorantes, sempre manifestaram essa faculdade de sentir, estabelecendo por concepção geral, mais ou menos vaga, o que se deve ter por justo, ou por injusto (DUGUIT). Nenhum sêr humano, em qualquer momento de sua existência consciente, deixa de sentir o que é justo, e o que é injusto, julgando seus próprios atos, ou os de seus semelhantes. Um indivíduo observa os atos de outro, e emite julgamento a respeito, considerando-os convenientes ou justos quando correspondem à direção de suas idéias; e quando muitos indivíduos consideram justos, ou inconvenientes, os mesmos atos, faz-se abstração dos juízos isolados dêsses indivíduos, e tem-se a apreciação comum como julgamento de todos, declarando-se por isso, de modo geral, tais atos justos, ou injustos¹.

Por conseguinte, a justiça, como valor, pode, ou não, coincidir com a noção *individual* do que é justo, pois é só

(1) Ernst FRANKENSTEIN — *Tendences nouvelles du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 33, pág. 279; Léon DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, págs. 119 e seguintes.

o que é justo *em sentido geral*; e como valor supremo posto em prática pelo direito positivo é sempre conceito *oficial*, isto é, proposto, anunciado, ordenado, pelo govêrno do grupo (em sentido amplo).

E se a justiça é invariavelmente valor, critério de apreciação, de avaliação, de julgamento, com o qual tomamos posição diante dos atos de uma pessoa que possam interessar a outra, é preciso não confundir a noção *vulgar* de justiça com seu conceito *oficial*. Vulgarmente, quando se afirma que a ordem jurídica de determinado povo, em certa época, é justa, ou injusta, o que se pretende dizer é que contém critérios de apreciação dos fatos de agrado, ou desagrado, geral das pessoas a que a mesma ordem indiretamente se destina, ou de quem a esteja examinando. Oficialmente, entretanto, em regime de justiça pública, é sempre *formalmente justa* a ordem jurídica estabelecida. E, para isto se esclarecer, basta voltar à noção de *autoridade*, que é a faculdade que tem alguém de atribuir valor às suas opiniões só *pelo fato de serem suas* (BOBBIO).

Ora, o direito positivo é sempre um sistema de critérios oficiais de apreciação dos fatos; critérios postos, assentados, estabelecidos, pelo govêrno soberano do grupo (em sentido amplo), como válidos, certos, justos, *indiscutíveis*, apenas porque êsse mesmo govêrno tem a faculdade exclusiva de lhes atribuir êsses característicos. Por conseguinte, quando se afirma que o direito é justo, que justo é tudo que está conforme ao direito, e injusto o que lhe é contrário, faz-se referência restrita à justiça *formal*, que é aquela oficialmente distribuída. Justiça legal, pressuposta, sintética, necessariamente presumida que, substancialmente pode, ou não, coincidir com a noção de justo que tenham os particulares no caso dado. Quase invariavelmente coincide, porque, como ensina DUGUIT:

“Em todo agrupamento social, sempre houve e haverá, em dado momento, certa concepção geral de justiça. Sempre houve, e haverá, certas regras de natureza tal que aquêle que as viole fêre êsse sentimento de justiça”.

Ora, o govêrno, politicamente, só pode ter interêsse em respeitar a concepção geral de justiça que, espontaneamente, por opinião da maioria, no grupo se formou. Mas o que se está afirmando é que a justiça que o govêrno pode assegurar é apenas em sentido coletivo, isto é, a satisfação de certas necessidades que supõe conveniente satisfazer.

— É um sistema positivo de valores não é criação arbitrária de um homem isolado, mas sempre resultante de influência mútua que os indivíduos, uns sôbre os outros, exercem em certo agrupamento, seja nação, tribo, família, classe, casta, profissão. Cada sistema de valores, especialmente moral, com sua idéia central de justiça, é um fenômeno social, produto de um agrupamento, e por isso mesmo *diferente* conforme à natureza da sociedade em que surge. E uma vez que a humanidade se encontra dividida em nações, classes, religiões, profissões, diferentes entre si, há muitas diversas idéias de justiça; tantas ao ponto de ser impossível alguém falar simplesmente em *justiça* ²

Em tais condições, o direito em tese jamais poderá ser do agrado de todos. E aí está a razão por que houve sempre interesse *político* em acreditar o direito, de modo geral, *como intrinsecamente justo*, para facilitar a tarefa governamental de manutenção da ordem, difundindo-se, então, a crença, não só de que de sua imposição todos podem esperar perfeita apreciação das relações sociais, como também de que sua virtude imanente importa proteção e garantia. Persuasão genêricamente benéfica e tranquilizadora, conquanto particularmente, uma ou outra vez, decepcionante e desalentadora ³.

Em caso concreto, ninguém pode pretender insurgir-se contra o direito, a pretexto de ser injusto, ou tirânico, continuando a se mostrar obediente ao govêrno que o mantém, porque o direito positivo só vale e só é obrigatório, como formalmente justo, porque o govêrno assim o resolveu. Combater o direito por que deve ser apreciado um caso concreto, como visceralmente injusto, equivale a pretender destituir a autoridade que o mantém, para substituí-la por outra, que o anule. E aí está também a razão por que os juizes, que só julgam casos concretos, isolados, não podem descumprir as leis, sob o pretexto de serem injustas. Em suma: quando se afirma que o direito positivo é justo, o que se diz é que o é do ponto de vista *oficial*, ou da autoridade que o mantém, e não dos particulares, conforme o conceito de justiça, substancial, que tenham.

(2) Léon DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, págs. 123-124; Hans KELSEN — *General Theory of Law and State*, págs. 5 e 8.

(3) Jerome FRANK — (*Law and the modern mind*), e William SEAGLE (*Law: the science of inefficiency*), demonstram à sociedade que o direito não é tão protetor, nem é tão eficiente, como geralmente se supõe.

A justiça, valor eterno, na sua persistência e generalidade, é variável e contingente em seu conteúdo; é critério de julgamento com o qual tomamos posição diante dos atos de uma pessoa referentes à outra; e por isso mesmo o direito não é ciência natural, experimental, que opere no plano do *ser*, mostrando o *que é*, sem qualquer atenção a valores, mas dogmática axiológica, que se desenvolve na esfera do *dever ser*, estabelecendo o que, no momento, convém, de modo geral, respeitar como justo. É valor independente da utilidade e da moralidade. A utilidade, demonstra BOBBIO, que nos ensina isso, só interessa ao *homem*, como ser *natural*, não à *pessoa*, como ser *social*. E a moralidade, embora implique a presença de outra pessoa, diz respeito exclusivamente ao agente; é restritamente subjetiva, e não intersubjetiva, como a justiça, que nunca é imoral, porque ela própria é um valor moral, conquanto possa aprovar atos amorais⁴.

PUBLICA-SE a lei, não para efetivamente tornar-se conhecida de todos, mas para que se torne eficaz (SANTI ROMANO), e pela necessidade de se fixar momento preciso de sua vigência (MEYER). E daí êste corolário: para os órgãos do Estado, não há leis retroativas, mas para os particulares pode-se dizer que o direito é sempre *ex post facto*. GRAY, com invulgar acuidade, verbera a tendência comum de presumir a função jurisdicional limitada à declaração do direito, pondo em evidência a relutância constante dos doutrinadores em enfrentar êste fato incontestável: que os tribunais estão permanentemente a produzir direito *ex post facto*. Na prática diária, ao julgarem os feitos, os juizes observam regras que não eram conhecidas das partes interessadas quando ocorreram as causas do litígio; e, assim, para a maioria dos leigos, praticamente, o direito é todo *ex post facto*.

“Quando alguém se casa, forma sociedade, compra um imóvel, ou se envolve nalgum negócio, é a mais vaga possível a idéia que tem do direito atinente à situação em que se encontra; e com o nosso complicado sistema jurisprudencial não poderia mesmo ser de outro modo. E se êsse alguém, para realizar o ato, ou fazer o contrato, fôsse esperar pelo conhecimento exato de tôdas as conseqüências jurídicas previsíveis, poderia chegar ao resultado de jamais praticar o ato, ou efetuar o contrato.

(4) Norberto BOBBIO — *Introduzione alla filosofia del diritto*, págs. 124 e seguintes.

Ora, o direito de que alguém não tem conhecimento equivale perfeitamente, para êsse alguém, a direito que ainda não existe. Além disso, a missão do juiz não é propriamente a de declarar o direito, mas a de manter a paz, pela decisão dos litígios”⁵.

Tanto assim que, sob pretexto de lacuna, ou obscuridade, da lei, o juiz não poderá eximir-se de proferir despachos, ou sentenças (art. 113 do Código de Processo Civil), e evidentemente os particulares não poderiam agir observando lacunas, ou obscuridades, das leis.

“O direito não é regra *de agir*, pois nem sempre guia nossa conduta. Para que o fôsse, seria necessário que sempre, no momento de agir, soubesse o indivíduo que, pelo direito, fôsem seus atos aprováveis, ou reprováveis. Mas as leis nem sempre contemplam ações futuras, referindo-se às vêzes, a atividades pretéritas. Há leis com efeito retroativo, e não vale dizer que não devem existir, porque existem. O direito não é regra de ação futura, mas critério com que avaliamos e julgamos o *que já aconteceu*”⁶

Se o direito fôsse regra de agir, ou norma de conduta, dos particulares, ninguém poderia casar, ou negociar, sem fazer curso de direito de família, ou de direito comercial, ou sem o auxílio de um jurista, quando é inegável que o povo ignora o direito, e atos juridicamente apreciáveis são diária e incessantemente praticados sem êsse auxílio.

Ninguém, por certo, admite que, pela publicação das leis e das decisões dos tribunais, todos os cidadãos, analfabetos ou letrados, adquirem perfeito conhecimento de todo o direito vigente, e com a perfeição necessária para, no momento de agir, observar suas normas com exatidão. Todos sabem que o povo, em geral, ignora o direito por completo. E os bacharéis, juízes e advogados, quando têm questão jurídica a resolver é que, na grande maioria das vêzes, vão lutar para saber qual seja o direito adequado ao caso; e frequentemente ainda erram após o acurado estudo a que se entregam. Por conseguinte, se nem os doutores em direito conhecem tôdas as normas jurídicas, como dizer-se que qualquer pessoa tem perfeito conhecimento do direito para observá-lo

(5) John Chipman GRAY — *The Nature and the Sources of the Law*, págs. 99-100.

(6) ESPOSITO, *apud* Adolfo RAVA — *Lezioni di Filosofia del Diritto*, pág. 102.

no momento de agir? E que as leis são publicadas para que tenha o povo êsse perfeito conhecimento? A regra de que ninguém se excusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil) não contém presunção de que todos conhecem bem o direito, mas sim o que significa é que a ignorância do direito não excusa a pessoa das conseqüências de seus atos; tanto assim que “a ignorância, ou a errada compreensão da lei, não exemem de pena” (art. 16 do Código Penal).

Fica, portanto, claro que o direito, como norma de conduta, não se destina aos particulares, mas aos órgãos do Estado, ou, com maior precisão; à *autoridade incumbida de manter a ordem jurídica*; é critério que deve observar essa autoridade, quando haja de apreciar os fatos que lhe sejam apresentados. Os particulares vivem em liberdade, naturalmente, agindo de acôrdo com sua natureza, sua inteligência, sua educação, sua cultura, seus instintos e reflexos; assim vivendo, podem, ou não, observar as normas jurídicas; e nem sempre se prejudicam pelo fato de transgredí-las, o que só pode acontecer quando o fato seja levado ao conhecimento oficial da autoridade estatal. E ainda nesta hipótese deve-se notar que a reação do govêrno contra a injustiça não é uniformemente rápida e enérgica; sem falar nos casos inumeráveis em que *tudo fica por isso mesmo*. Diante de certas atividades, ou inatividades, contrárias ao direito, a autoridade pública deve intervir imediatamente, de ofício, por iniciativa própria, mas diante de outras deve aguardar reclamação do lesado⁷, a qual pode entrar em decadência, ou prescrição. Além disso, são incontáveis as injustiças que ficam sem prova em juízo, ou que extrajudicialmente jazem no esquecimento geral.

Em contrário ao que vem sendo exposto, entende PONTES DE MIRANDA que o direito incide diretamente nos fatos, e os vai regendo, desde antes de serem oficialmente apreciados. Afirma que

“Seria negar a existência de qualquer direito fora do Estado onde se formou admitir que, a cada exame judicial, se tenha de repor a questão da lei que o *rege*. O absurdo começa pelo anacronismo. Nunca se inquire qual a lei que *rege* um direito, mas qual a lei que o *regeu*. Quem vai a juízo afirma que uma lei *foi* violada,

(7) Piero CALAMANDREI — *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, pág. 49.

portanto que uma lei *regeu* o caso em aprêço"... "alude-se à atividade do juiz, que é *presente*, em lugar de se aludir ao fato de ter havido o caso, regido, ou não, por certa lei, fato que somente pode ser *passado*. Aplicar a lei não é criar o direito; é exatamente, pela aplicação judicial compulsória, declarar que a lei *incidiu*"⁸.

Ousamos dissentir dessa doutíssima opinião do grande jurisconsulto, a quem tanto admiramos, porque, na verdade, a atividade do juiz é sempre *presente*, enquanto o fato *acontecido* não é presente. E se é certo que os *interessados* falam em lei que regeu o caso em aprêço, não é menos certo que o *juiz* sempre inquire qual o direito por que deve apreciar o fato *reconstituído*, o qual, por sua vez, só é estabelecido pela mesma decisão judicial. Veja-se bem que *só vale como direito* o que fôr estabelecido pela autoridade jurisdicional no momento de julgar, e não o que vinham supondo os interessados antes de acontecido o fato, no momento de acontecer, ou antes de oficialmente apreciado; e ainda que *só vale como fato* em que o direito incide o que fôr declarado como fato acontecido, pela referida autoridade, naquela mesma ocasião.

O direito objetivo, critério oficial de apreciação jurídica dos fatos, não tem eficácia automática. Conquanto seja, a todo momento, *potencialmente* eficiente, nunca chega a ser realmente eficaz, senão por intermédio da atividade jurisdicional. O Estado só garante como direito, por execução *manu militari*, o julgado da autoridade jurisdicional. Enquanto o fato *reconstituído* não é apreciado oficialmente por essa autoridade, o direito objetivo não funciona, e por isso mesmo o direito subjetivo não surge. É illusória a suposição de que o direito objetivo vai atingindo os fatos à medida que estes vão acontecendo, e que os direitos subjetivos concomitantemente vão nascendo da atividade, ou da inatividade, dos particulares. O chamado direito objetivo não é autodinâmico, é sempre um critério *em potencial*, isto é, pronto para ser oficialmente utilizado, e só quando o seja poderá produzir direito subjetivo *pròpriamente* dito. O direito objetivo não incide nos fatos sem o intermédio do julgador, uma vez que é apenas critério de apreciá-los.

O que mostra a observação do que acontece ao redor de nós é que os particulares, avisada, ou desavisadamente, de boa ou da má-fé, por ignorância ou solércia, podem violar,

(8) PONTES DE MIRANDA — *Tratado de Direito Internacional Privado*, vol. II, págs. 396-397.

transgredir, ou postergar, as normas jurídicas, isto é, desprezar a norma, procedendo de modo que sua atividade, *a posteriori*, possa ser oficialmente declarada desconforme ao direito, e reprimida, ou punida, pela autoridade pública. E há interêsse político, de alta relevância, em que as disposições de direito sejam observadas, porque isto facilita a manutenção da paz, e portanto do bem comum. Mas nada disso significa que o direito se destina a ser observado pelos particulares *no momento de agir*, nem muito menos que incida automaticamente nos fatos, antes de oficialmente apreciados pela autoridade jurisdicional. Na opinião de BRUNETTI, "as normas jurídicas, no fundo, são indiferentes à conduta dos cidadãos, e só estabelecem o que deve acontecer, conforme o indivíduo se comporte desta, ou daquela, maneira". Vale dizer: é puramente política, e não jurídica, a necessidade, ou a conveniência, de agirem os particulares conforme ao direito. Não é que a desobediência do direito importe o perigo de desagregação social, na suposição de que a sociedade só se mantém pelo direito, o qual, na imaginação de Roberto ARDIGÒ, seria "sua fôrça específica", isto é, centrípeta. Não há êsse perigo, nem o direito tem fôrça ou finalidade de agregar os indivíduos. A sociedade, relativamente ao homem, é eterna; indivíduo e sociedade não são têrmos antitéticos, mas correlativos (CARLE): um só existe em função do outro; coexistem necessariamente em dependência recíproca, pelo que não se pode pensar num, sem o outro. Não estão em relação de contigüidade, um *ao lado* do outro, mas em relação de imanência, um *incorporado* no outro, confundidos necessária e indissolúvelmente. A desobediência ao direito, sem dúvida, prejudica a paz social; pode perturbar a ordem; mas jamais dará como consequência o desaparecimento da sociedade, por mais que seja intensificada, reproduzida, ou multiplicada, a menos que por ação criminosa fôssem extintos todos os membros do grupo.

AS PESSOAS, os bens, as relações sociais, têm valores, que ora são reconhecidos, ora desconhecidos, quase sempre diferentemente contemplados, conforme às condições inconstantes de cada agrupamento humano; e porque o govêrno tem o monopólio da justiça, os valores jurídicos positivos são exclusivamente aquêles que as decisões dos tribunais consagram como tais. Antes de decidido oficialmente, antes de julgado judicialmente, o caso, a pessoa tem mera esperança de direito (direito subjetivo impròpriamente dito), e só o que é declarado oficialmente pelo Poder Judiciário pode ser visto como direito, subjetivo, ou objetivo, pròpriamente dito.

Jethro BROWN afirmou, com exatidão, que os homens desempenham suas tarefas diárias, governando seu procedimento por um *ignis fatuus*, pois as regras supostamente continentais de direito, a que prestam obediência, na verdade, não constituem direito algum.

Sendo o direito subjetivo resultado da aplicação do direito objetivo, estando êste para aquêle assim como anverso para o reverso da mesma página, o que daí se segue é que só podem coexistir e coincidir: um não pode começar a viver antes, ou depois, do outro; ambos são germes que só podem nascer na decisão judicial, vivendo momentaneamente como direito e metamorfoseando-se logo em seguida, para voltarem ao estado de fato. Direito objetivo e direito subjetivo são termos correlativos, não em ordem de sucessão, no sentido de que um seja gerado pelo outro, como causa e efeito, sim em relação *de implicação*, no sentido de que um implica o outro, ou melhor, de um gerando o outro em duração sincrônica, tal como o indivíduo e a sociedade. Aliás, sempre, quando se fala em direito subjetivo, tem-se em principal consideração o indivíduo, e quando se fala em direito objetivo, tem-se a atenção voltada mais para a sociedade.

Antes de submetido o fato ao conhecimento oficial do Poder Judiciário, nenhum direito pode existir, porque depende da apreciação oficial e esta ainda não foi feita; e depois de apreciado o fato, deixa o direito de existir como tal, por estar concluída a apreciação. Por isso mesmo, no dizer de Jethro BROWN, o direito *nunca é*, mas pode, a todo momento, *vir a ser*, e logo que é *deixa de ser*, pelo que o direito só é direito no momento de ser lavrada a decisão judicial. Vale dizer: a lei que foi revogada, sem nunca ter sido aplicada, não serviu para produzir direito propriamente dito; enquanto vigente só foi direito no sentido de critério destinado a apreciação oficial dos fatos; e a manutenção desse critério não utilizado, conquanto, no mundo dos fatos, possa ter gerado prevenção psicológica, aliás restritíssima, no mundo jurídico foi só potencialmente eficiente. E o chamado *direito adquirido* é mero fato com efeitos mais garantidos.