

O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA E A MISSÃO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NA ELABORAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Custodio da Piedade U. Miranda

Professor Associado do Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado
em São Paulo.

Resumo:

O artigo sustenta que o que se pode, nas decisões judiciais, na atual ordem constitucional em que vivemos, é procurar alcançar o justo posto por *convenção*, nas normas legais e não o justo *natural*, segundo o sentimento individual e o sentido subjetivo de Justiça do juiz ainda que em contrário do que dispõem as normas legais. Mais: enfoca o Direito, predisposto nas normas que constituem o ordenamento, como o instrumento necessário da realização da Justiça, entendida esta como a atribuição do bem, objeto de disputa num pleito judicial, a um dos sujeitos dessa disputa, de acordo com a decisão a que o juiz chegar mediante o cumprimento e a aplicação regular ao caso de todas as normas legais imperativas, sejam de Direito Público, sejam de Direito Privado, de direito material ou processual, atendidas as circunstâncias concretas. É essa a missão que lhe foi imposta na Constituição. Não basta, porém, a mera observância das normas legais na decisão judicial. Ela há de resultar da aplicação dos princípios gerais postos a descoberto pela Ciência do Direito.

Abstract:

The article upholds that one may, in judicial decisions, under the current constitutional order, attempt to reach fairness brought by *convention* in legal rules and not *natural* fairness, according to individual feeling and the Judge's subjective feeling of Justice even though contrary to the provisions of legal rules. Further: it focuses law, set forth in the rules which make up the legal system, as the instrument necessary to do justice, which is construed as the attribution of a good, which is the object of dispute in a judicial controversy, to one of the subjects of such dispute, according to the decision which the Judge reaches through compliance with and the regular enforcement to the case of all imperative legal

rules, whether of public or private law, or of material or procedural law, with due regard to the concrete circumstances. That is the mission which has been imposed upon him by the Constitution. It is not enough, however, to merely comply with the legal rules in the judicial decision. The decision must result from the enforcement of general principles laid open by the science of law.

Unitermos: Direito; Justiça e elaboração de decisões judiciais.

I

Muito se tem debatido ao longo dos tempos sobre os conceitos de Direito e de Justiça pelo que pode parecer pretensioso o título deste artigo, como que a sugerir um discurso original sobre tão antigos quanto renovados temas. Mas o propósito é outro. O que se quer é tecer algumas reflexões em torno do Direito e da Justiça, enquanto elementos, não propriamente de *utensilagem* conceitual, mas de instrumentos de disciplina da vida em sociedade. O que nos leva a analisar, por um lado, o Direito, como instrumento da realização da Justiça e o conceito de Justiça, enquanto objetivo das decisões judiciais, que será o justo por *convenção* e não o justo por *natureza* e, pelo outro, o modo conseqüente como elas devem orientar-se, pela observância obrigatória de normas imperativas e dos princípios gerais, postos a descoberto pela Ciência do Direito, tudo ao serviço daquele fim último, que é a ordenação e distribuição dos bens da vida, sempre limitados, em função da satisfação dos ilimitados interesses humanos.

As considerações que se seguem não representam evidentemente uma tomada de posição definitiva sobre as questões que aqui se abordam, mas uma espécie de pausa, no percurso de uma longa caminhada¹, de quem tendo de lidar no dia a dia com os mais variados tipos de controvérsias que são debatidas no foro, em todas as instâncias, sente a necessidade de olhar as coisas de um modo crítico, no melhor sentido da palavra, sem qualquer arrogância ou submissão, mas com toda a objetividade possível, começando por indagar-se, de modo introdutório, do alcance de expressões muito em voga, nos dias atuais, tais como *crise do Direito*, *crise da Justiça*, *crise do Judiciário*.

1.O autor já exerceu as funções de promotor de Justiça, juiz de Direito e de advogado que ainda exerce, no Brasil, em São Paulo, nos sistemas da *civil law* e da *common law* e em três países, com legislações obviamente diferentes.

E, sem dúvida, há uma grande parcela de verdade em tudo isso.

Há uma crise no *Direito*: a) pelo descompasso cada vez maior e mais rápido entre o Direito e a Vida, pois a variedade, multiformidade e novidade dos fatos desafia qualquer atividade legislativa, tanto mais precária e insuficiente quanto é certo que não se descobriu ainda, na elaboração das normas jurídicas, nenhum outro método que não seja pelo recurso à formulação da hipótese de fato e da respectiva estatuição; b) pelo próprio formalismo da atividade legislativa, com o seu sistema bicameral, de gestação lenta, que torna praticamente impossível a regulação imediata das questões da vida, carecedoras de tratamento e que explicam entre nós, as medidas provisórias e a sua permanente reedição, contrariando a letra e o espírito da Constituição; c) pelo sistema da elaboração das leis que, não-obstante passarem pelo crivo das Comissões, encarregadas de depurarem-nas de vícios formais e substanciais,² deixam muito a desejar no aspecto da isenção desses vícios, até porque tais Comissões, na sua constituição, atendem mais aos interesses político-partidários do que propriamente aos da boa técnica legislativa, como deveria ser.

Há uma crise na *Justiça*: a) da *justiça social*, com a péssima distribuição de renda, e o conseqüente baixo poder aquisitivo da maioria da população, em função de um aviltante salário mínimo, de um desemprego inquietante, devido, entre outros fatores, aos *males* da globalização e da própria consciência cívica das camadas mais altas da população; b) da *justiça laboral*, com a grande concentração da riqueza produzida com o fruto do trabalho humano nas mãos dos detentores do capital, a grave questão social de sempre, nunca superada e pouco resolvida, não obstante o *sangue, suor e lágrimas* de tantos que por ela lutaram no tempo e no espaço e que não mereceu mais do que tímidas intervenções legislativas, pelo menos em países como o Brasil; c) da *justiça previdenciária*, com os permanentes rombos nos fundos públicos da previdência social, não obstante as suas fabulosas arrecadações, mais devidos à insensatez, à falta de escrúpulos e de um mínimo de senso de honestidade dos que têm acesso aos seus cofres ou aos que lidam com o dinheiro público, com o conseqüente flagelo para a população de trabalhadores que consumiram as suas energias e renunciaram ao lazer, numa vida inteira de infatigável labuta, para, ao fim, nos anos que ainda lhes restam, não terem sequer direito a uma justa remuneração do capital, empatado com as contribuições; etc.

2. Tais como a violação da Constituição, a má, por vezes, péssima formulação das normas, quer na sua redação, quer na sua interpretação, sem preocupação, por outro lado, de qualquer coerência sistemática. Volta-se a dizer aqui que toda a regra tem as suas exceções.

Há uma crise no *Judiciário*, não-só limitada aos desmandos dos que detêm as rédeas da administração dos seus recursos, que nos parece não se tratar de uma questão generalizada, mas que tem sido a tônica da CPI respectiva, o que só por si revela de antemão o fraco sucesso que terá na solução da *crise* desse Poder, crise essa que se estende também à quase falência da administração da Justiça em razão do acúmulo dos processos e da inevitável e anormal demora nas decisões judiciais, mas que envolve também outros gravíssimos males, estes sim, que se constituem, em nosso entender, no cerne da crise, tais como a liberalização da idade mínima para os candidatos a concurso, já formados em faculdades deficientes, a não-exigência de qualquer experiência prévia, digna desse nome, desses candidatos, adquirida no exercício efetivo e frutuoso da advocacia, a elaboração de decisões por assessores de magistrados, sem a necessária qualificação à altura das tarefas que se lhes exigem, tudo com reflexos muito sérios no *nível* dessas decisões, na maioria das vezes mal redigidas, mal *fundamentadas*, quando o são, do ponto de vista legal e científico e quando o são parcialmente, tornam-se irremediáveis já que o remédio legal, dos embargos de declaração, é, em regra, totalmente infrutífero, porque é o próprio magistrado visado - juiz na 1ª instância ou o relator do processo, na 2ª - que julga, neste último caso, passivamente acompanhado, na decisão, pelos seus pares (passividade que, aliás, já se tornou regra na apreciação dos recursos em geral, o que converte o colegiado recursal num juiz singular, contrariando a própria razão de ser do recurso), sem nenhuma preocupação pela oportunidade que lhes dão os embargos, de aprimorarem a prestação jurisdicional, parecendo que se vê neles uma afronta à sua *sabedoria e infalibilidade*.³

É no contexto dessa *crise*, referida em último lugar, que têm valimento as considerações que se passam a desenvolver.

II

Quando falamos em Direito não nos referimos, para efeitos desta análise, à jurisprudência, embora seja esta uma autêntica fonte de Direito, mas principalmente ao

3. Tudo o que se está dizendo é fruto da experiência profissional do autor e se faz com todo o respeito, sem a mínima intenção de ofender ou agredir quem ou o que quer que seja, apenas no intuito de constatar a dura realidade que se enfrenta no Judiciário. Está-se falando aqui, por outro lado, da regra que, por definição comporta exceções, embora tão honrosas quanto escassas. A crise derivada do acúmulo dos processos tem-se pretendido obviar com expedientes que podem ser de grande valia, como por exemplo, a introdução da súmula vinculante, que achamos válida, em princípio, embora com certas restrições, mas que não enfrenta as questões mais profundas dessa crise, referidas no texto, e às quais tem sido totalmente alheia a nossa Ordem dos Advogados.

Direito posto, isto é, às leis e demais atos normativos, vigentes no País e à doutrina, mais precisamente à Ciência do Direito, utilizada, na forma de princípios gerais, como instrumento indispensável de solução de questões jurídicas, resolvidas em decisões judiciais.

A preocupação aqui é a de sinalizar tudo o que possa contribuir para enfrentar a dispersão caótica das leis e das decisões judiciais, de modo a reconduzi-las a um sentido de unidade que possa garantir a certeza do Direito nas relações jurídicas, numa sociedade multiracial, culturalmente compósita e com grandes desníveis de riqueza e de educação, o que nos leva a repensar alguns *conceitos*, tais como os da Justiça, da missão constitucional do juiz, da necessidade de se alcançar a uniformização da jurisprudência, etc.

Cada vez mais, põe-se em causa o método tradicional da solução das questões submetidas à apreciação do Judiciário, que se fundava em critérios de pura lógica formal e do raciocínio dedutivo-silogístico, fruto da teoria subsuntiva, que via na sentença judicial a resolução de um silogismo em que a premissa maior era a lei, a menor, os fatos e a conclusão, a dedução que se seguia da aplicação da lei aos fatos: *dura lex, sed lex*. A solução se obtinha pela operação da *subsunção* dos fatos concretos à hipótese fática prevista na lei para, a partir daí, aplicar-se a norma que disciplinava tais fatos.

Cedo se viu que as coisas não são tão simples assim; o juiz não pode ser um mecânico operador de subsunções para encontrar no quadro normativo uma solução pronta e acabada para o caso concreto; já não se fala no caso omissis, não previsto nas normas legais para o efeito de a lei dar-lhe um tratamento, que para isso o próprio ordenamento preveria a solução: analogia, costume e princípios gerais de Direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). O juiz – diz-se – não se limita a aplicar a lei, ele *realiza* o Direito, há todo um processo criativo inerente à elaboração da sentença, corrigindo as distorções que resultam da aplicação fria dos textos legais ao caso concreto, numa situação em que se debatem, palpitantes, interesses humanos, em que a maior parte das vezes se jogam e se comprometem, em toda a medida, sentimentos, afetos, emoções... Donde ter de se substituir a lógica formal pela lógica *emocional* na decisão judicial.

Também aqui há uma grande parcela de verdade em tudo isso e, não-obstante o problema ser muito mais complexo, só podendo, no entanto, versar-se agora numa pequena dimensão, compatível com o âmbito deste trabalho, é mister dizer-se alguma coisa sobre o modo como essas posições extremas (subsunção ou total

liberdade na apreciação do caso concreto) devem situar-se na atividade judicante, ou seja, em que limites, cada uma delas, deve contribuir para o pronunciamento das decisões judiciais.

A operação de subsunção é indispensável na elaboração da sentença, não propriamente para se chegar a uma decisão no caso concreto, com o recurso à dedução silogística da lógica formal, como o queria a teoria subsuntiva, mas para a *identificação* da lei (da norma ou das normas) aplicável ao caso, mais precisamente para se saber em que normas legais estão previstas as hipóteses de fato a que, com maior ou menor aproximação, se ajustam os fatos concretos, objeto da controvérsia, que terá de ser decidida à luz dessas mesmas normas. A subsunção é necessária, indispensável mesmo, para a determinação do material normativo com que o julgador terá de operar no caso concreto e termina ali a sua função.

A identificação das normas em que estão abstratamente previstas as situações do tipo das que são objeto de análise, para o efeito da solução da controvérsia, constitui-se numa atividade indispensável ao julgador, porque as normas, elaboradas pelos representantes do povo, do qual emana todo o Poder (parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal), é que contêm, em vista da própria estrutura que as torna aptas a serem o instrumento da disciplina da vida social, tal como de há muito é examinada pela Ciência do Direito, o *esboço* da solução a ser dada a toda a controvérsia em que duas ou mais partes disputam entre si um bem de vida e em relação ao qual se posicionam numa atitude de afirmação e negação.

Quer isso dizer que não é dado ao juiz *criar*⁴ a norma jurídica que irá reger o caso concreto, precisamente porque, dentre outras razões, a independência e a harmonia dos diversos Poderes da República (art.2º da Constituição) supõem que um não invada a esfera da atuação do outro, fato que certamente ocorreria se se atribuísse ao juiz o poder de criar normas.

Entender-se o contrário, implicaria em impor aos jurisdicionados,

4. Ainda que se possa falar, numa atividade de *criação*, por delegação do legislador, em situações excepcionais e em limites preestabelecidos, por exemplo, na determinação do sentido e alcance de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, na fixação de um máximo e de um mínimo de penalidade, na adaptação da norma extraída de um caso previsto para um caso análogo ou a ser extraída dos princípios gerais de direito, e, enfim, na própria solução da controvérsia pela aplicação das normas ao caso concreto, pela necessidade de *particularizar a norma ao caso*, ao invés de resolver o caso pela aplicação da norma. Se a norma é a sua interpretação, como disse Miguel Reale (Filosofia do Direito, 5ª edição, Parte II, Título X, Capítulo XXXVIII), o juiz, cada vez que interpreta, dir-se-ia, em certo sentido, que *recria* a norma na sua aplicação ao caso concreto, etc.

cidadãos que desfrutam de direitos e garantias individuais, inerentes à ordem democrática instituída pelo Poder Constituinte do qual emanou a Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, e nesta previstos, algo que começa por violar o próprio Preâmbulo da Constituição, porque o exercício desses direitos sociais e individuais só pode ficar assegurado se não houver essa arbitrária invasão das respectivas esferas de atuação, atribuindo-se ao Poder Legislativo o de elaborar as leis e ao Judiciário o de aplicá-las da melhor maneira possível na resolução de controvérsias submetidas à sua apreciação.

Não se está com isto a dizer que é esse o melhor sistema, mas é o que se constitui nos fundamentos básicos da ordem em que vivemos, não se tendo descoberto ou posto em prática, até hoje, já neste terceiro milênio, outro que, melhor do que a democracia representativa, assegure a Paz e a Justiça social. Se não-obstante esse sistema, a que é inerente - repita-se - o princípio da independência e a harmonia dos Poderes, os objetivos a que ele se propõe não foram alcançados é outro problema, cuja discussão, que se situa no campo da filosofia da política, escapa ao âmbito do nosso tema.

Dadas essas premissas é que há que discorrer sobre o cerne do nosso tema que não podia prescindir das considerações preliminares até aqui feitas.

III

Ainda que o ponto de partida das nossas reflexões seja considerar-se limitado o mister do juiz a julgar as controvérsias que lhe são submetidas à apreciação, em face do que dispõem as normas jurídicas, trazidas à colação mediante operações de subsunção, não se pode ver aqui o *termo* de sua atividade na apreciação do caso concreto, nos moldes do que proclamava a teoria subsuntiva, mas o seu início, o começo de um laborioso percurso pelo ordenamento jurídico, encarado como um *sistema*, na busca da melhor solução para o caso à luz desse sistema.

Todo o texto jurídico, como se sabe, para ser aplicado, há de ser interpretado e a interpretação é que vai revelar de que modo ele se articula no sistema, começando por ter de se examinar qual o sentido que comporta no contexto da Constituição (interpretação conforme à Constituição), no conjunto de todos os atos normativos que integram o ordenamento e no próprio ato normativo de que se trata (interpretação sistemática). É que, há que investigar em última hipótese o sentido lógico do texto, para além do seu sentido literal, o qual, aliás, terá de ser o seu ponto de partida.

Goffredo Telles Júnior é quem o diz, magistralmente:

“Queremos aqui ressaltar uma conclusão importante. Se a aplicação da *letra* da lei a um caso concreto puder produzir efeito contrário ao que a própria lei pretende, *aplicá-la* equivale a violá-la, porque seria contrariar o seu *pensamento*, o seu *espírito*.

O juiz que a tenha aplicado assim, não soube interpretá-la; apegou-se à letra rígida da lei, desconhecendo o seu espírito. Ao juiz não é permitido julgar *violando* a lei; não é permitido julgar “*contra legem*” O que lhe compete é julgar em conformidade com o que manda a *lei corretamente interpretada*”

E mais adiante:

“Na interpretação das leis, mais importante do que o rigor da lógica racional é o entendimento razoável dos preceitos, porque o que se espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão lógica, mas uma *justa e humana* solução. O que se espera é uma solução atenta às *variegadas condições* de cada caso concreto a que a lei interpretada se refere”⁵

Muito se tem insistido ultimamente em que os fatos, cada fato ou conjunto dos fatos do real, adquirem *colorações* diversas em função das circunstâncias concretas do caso, não podendo considerar-se sua similaridade como algo de imutável só porque a hipótese de fato que constitui a previsão da norma é a mesma. Isto implicaria em que o juiz, na sua atividade de busca de uma solução para o caso, teria de enveredar por um penoso percurso que passa dos fatos à norma, volta aos fatos, passa destes outra vez à norma, quantas vezes necessário, por não se sentir satisfeito ou seguro com a solução provisória que encontrou, até chegar à decisão final. Neste processo, dir-se-ia que os fatos é que são decisivos na realização da Justiça, a solução é o juiz que a encontra de acordo com os fatos, tendo a norma um sentido de orientação, embora obrigatória, na busca dessa solução. Seria como que a bússola a nortear o caminho a ser seguido para se encontrar uma adequada solução para o caso.

Todavia, esse pensamento só pode partir de uma premissa que para nós é inaceitável: a de que não há quaisquer limites para a atuação do juiz, na realização da *justiça do caso concreto*, o que supõe que ela pode variar, caso por caso, *infinitamente*, diga-se com algum exagero, necessário para melhor ilustração das coisas, de acordo

5. Iniciação na Ciência do Direito, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 366 e 367.

com os valores do momento⁶ próprios da comunidade de que se trata e do sentido subjetivo de justiça do juiz que tem a sua própria concepção do mundo e da vida, na qual desde logo se incluem as suas convicções políticas, morais e, por vezes, religiosas, do que pode resultar, e com frequência resulta, uma decisão de gosto individual, sem base objetiva e com total descaso da certeza e segurança jurídicas.⁷

E não é só. A própria expressão *justiça do caso concreto* já nos causa um certo arrepio. O que se quer dizer com esta expressão? As partes recorrem ao Judiciário para solucionar uma controvérsia, a disputa de um bem de vida e não compete ao juiz declarar *do nada* se é justo ou não que esse bem de vida fique com A ou com B, e em que condições. Isso é algo que já está resolvido em tese pelo legislador; as normas jurídicas é que dispõem sobre a distribuição desses bens, estabelecendo-lhes não-só a pertinência e as condições em que serão atribuídos aos respectivos titulares, mas também as vicissitudes dessa relação de pertinência, desde a sua constituição até o seu término.

Ao juiz não compete mais do que *declarar*, em caso de controvérsia, o destino do bem no âmbito da relação jurídica de que se trata, tornando *concreta* uma solução já abstratamente esboçada nas normas legais, atendendo a todas as particularidades do caso. A Justiça que ele realiza consiste precisamente em dizer de que modo a comunidade entende que é justo que o bem fique com A ou com B; ela já fez as suas opções, através dos seus representantes que as externaram nas leis que

6.O termo *valor* foi usado no texto, não no seu sentido verdadeiro e próprio, mas num sentido peculiar. Valor naquele primeiro sentido é um bem, moral ou espiritual, não importa, mas em si mesmo valioso, digno de ser buscado e alcançado, algo que interessa a todos e insusceptível de ser afastado ou ignorado e corre linhas paralelas com o sentimento universal de Justiça. Assim, a vida, a saúde e a segurança, a liberdade, a dignidade da pessoa, a honra, etc. Valores no segundo sentido são os que têm a ver com interesses humanos imediatos, que variam com o tempo e que agradam a uns e podem não agradar a outros, dependendo também da comunidade de que se trata. Tem a ver com um peculiar sentimento de Justiça, próprio de uma pessoa ou de um certo círculo de pessoas. Assim, uma modalidade desportiva, o lazer de uma pessoa sem grandes recursos, etc. Um “valor” desta natureza foi o decisivo para um juiz, adepto do chamado Direito Alternativo, numa ação em que contendiam o vendedor de um televisor e o consumidor, aquele pleiteando a reintegração de posse no aparelho, por falta do pagamento das prestações do preço e este opondo-se à reintegração com a alegação de que ele havia sido comprado para o seu novo dono desfrutar dos jogos do futebol da copa do mundo e que não era *justo* que ele fosse privado do televisor sem ver esses jogos até o fim do torneio só porque ele estava em atraso no pagamento das prestações. O juiz sentenciou com esta frase magistral: “Reintegre-se, mas após a copa do mundo”.

7.Certeza e segurança, dizem os adeptos dessa corrente, como falar-se nisso num mundo de incertezas, do desconhecido, de permanente adaptação a situações novas e em que é indispensável que o homem saiba e possa conviver com todas estas coisas? “É idiotice pensar em segurança”- declara um juiz do Rio Grande do Sul. “A segurança não existe” (Goffredo Telles Júnior, O chamado Direito Alternativo, Revista da Faculdade de Direito, v. 94, p. 73).

regem a vida da mesma comunidade. É esse mesmo sentimento de Justiça da comunidade, que não autoriza que fatos do mesmo tipo, ocorridos embora em momentos distintos, tenham soluções *substancialmente* diferentes. A justiça do caso concreto tem de estar assim em harmonia com a justiça *dos casos concretos*, de todos os casos do mesmo tipo. Se não for assim, qual o valor que teria o princípio de isonomia, de igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*), que é uma garantia expressa na Constituição Federal?

Com a expressão *justiça do caso concreto* só pode ou deve querer significar-se (e não mais do que isso) que o juiz, na declaração do direito, levará em consideração todas as *circunstâncias* concretas do caso, havendo que particularizar as normas para esse caso já que elas foram concebidas de modo geral e abstrato, hipoteticamente, sem qualquer consideração de circunstâncias. Não quer com essa expressão dizer-se que se deva abstrair do que de modo abstrato e geral disse o legislador acerca de tal justiça, porque esta é muito mais profunda, teve de atender a um pano de fundo muito mais abrangente, aos anseios, não de duas partes que disputam um bem de vida, mas de toda uma comunidade e no modo como ela encara que essa distribuição deva ser feita.

É por isso que repudiamos visceralmente o chamado Direito Alternativo, cujo retrato foi dado assim por um juiz⁸: “Em princípio obedeço a lei. Só não a obedeço quando ela se revela injusta. A lei injusta não deve ser aplicada. O papel de um juiz é o de buscar o justo, no caso concreto, com a superação do legalismo⁹ O juiz que só obedece a lei vira instrumento do legislador. Deixa de ser um Poder. Nesse caso não há necessidade de juízes. Para que juiz, se o juiz tem de se submeter, sempre e sempre, ao legislador? Nós queremos trazer o humano para dentro do processo. O processo tem de refletir a angústia das pessoas”¹⁰

8. Trata-se de um juiz ao tempo da 2ª vara cível da comarca de Porto Alegre, de nome Amilton Bueno de Carvalho que, pelas suas declarações arrepiava o próprio jornalista-repórter, como se pode ver do seguinte trecho: O juiz gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, 43 anos, titular da 2ª vara cível do Foro de Porto Alegre, tem um orgulho que faria corar de vergonha a imensa maioria dos juizes brasileiros: o de julgar eventual, mas deliberadamente contra o que manda a lei. Pode parecer chocante mas o juiz Amilton diz que “joga a lei às favas, sem nenhum problema de consciência, todas as vezes que considera injusta a aplicação dela, num caso concreto”. (Revista, cit. p. 74).

9. Superação, ou seja violação do que dispõe o inciso II do art. 5º da Constituição Federal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Imaginem! Um juiz apregoando a necessidade de se violar a Constituição no pronunciamento de decisões judiciais. Um juiz que manda a lei “aos quintos dos infernos”, como ele próprio declarou. (Revista, cit. p. 74). Como se pode levar a sério um tal Direito?

10. Revista, cit., pp. 74/ 75.

A propósito do chamado Direito Alternativo, já tivemos a oportunidade de escrever¹¹:

“Que dizer do chamado Direito Alternativo? Que é uma aberração e se trata de uma concepção que não pode de modo algum ser adotada. Não se nega o louvável intuito dos que a ele recorrem na preocupação de fazer a Justiça no caso concreto, mas se é bom o fim, não são bons os meios e certamente podem não ser bons (e geralmente não o serão) os resultados. E há vários argumentos que nos levam a rejeitar de pronto essa orientação.”

O primeiro deles é, sem dúvida, o da *certeza e segurança* jurídicas. Já acima se viu como e porque constituem-se num valor a ser alcançado e tão caro ao Direito como a própria Justiça, havendo até quem dê prevalência àquele¹². Com efeito, se cada juiz julgasse à sua maneira, interpretando a lei com o sentido que melhor satisfizesse o seu sentimento subjetivo de Justiça, não haveria segurança jurídica alguma, não se teria um Direito certo, não podendo cada um saber de antemão em que lei vive, com que bens de vida contar, de que modo traçar os seus planos de vida e do futuro. Não haveria a indispensável paz social, a ordem, que só se podem alcançar com um Direito certo, seguro, predeterminado. Seria o reino do arbítrio, de um Poder, do Judiciário.

Por outro lado, e ainda no domínio da certeza e da segurança jurídicas, o juiz deve interpretar a lei de modo a extrair dela uma solução, não apenas para o caso concreto, mas que seja razoável para todos os casos daquele tipo, pois só assim se garantirá o princípio da igualdade de todos perante a lei. Uma interpretação individual, válida apenas para aquele caso, situação a que certamente conduziria o Direito Alternativo, atentaria não apenas contra a certeza e a segurança jurídicas, mas também contra o princípio de isonomia, de igualdade de todos perante a lei, pelo que uma tal interpretação seria frontalmente inconstitucional e, como tal, inaceitável.

11. Apostila de aulas proferidas ao 1º ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 1999 sobre: “Interpretação da Lei. Objeto da Interpretação. Métodos de Interpretação. Espécies de Interpretação. O Direito Alternativo e a Equidade”.

12. V. Francisco Amaral, Direito Civil, na sua excelente obra, escreve este autor: “Valor fundamental é a justiça (p. 14). E mais adiante, tratando da segurança: “A segurança jurídica significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza da realização do direito. Os sistemas jurídicos devem permitir que cada pessoa possa prever o resultado de seu comportamento, o que ressalta a importância do aspecto formal das normas jurídicas, a sua forma de expressão. O Direito tem, por isso, como um dos valores fundamentais para muitos o primeiro na sua escala, a segurança, que consiste, precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança da sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza do seu exercício e cumprimento”.

O segundo argumento é o que concerne à realização da própria *Justiça*. Administrar a Justiça é dar a cada um o que é seu, o *suum cuique tribuere* dos romanos. Ora, é só a lei que vai dizer o que é meu e o que é seu, só a lei, predispondo as regras sobre as titularidades dos bens, é que pode estabelecer e definir essas titularidades de modo a garantir, por outro lado, a ordem e a paz social. Mais: assegurando-se a igualdade de todos perante as leis é que se assegura a realização da Justiça. Ora ao Judiciário compete dizer, num dado caso concreto, dentre dois interesses conflitantes, de que são sujeitos duas pessoas que disputam um bem, qual deles deve prevalecer. O juiz declara o Direito no caso concreto, abstratamente predisposto nas normas jurídicas. A missão do juiz é fazer Justiça desse modo, declarando o Direito e não criando a norma que ele próprio julga adequada para o caso concreto, afastando a regra que um outro Poder - o Legislativo - criou, nos termos da Constituição.

Daqui se vê - e é este um terceiro argumento – que qualquer decisão nos termos do Direito Alternativo é também frontalmente *inconstitucional* porque viola, antes de mais, o princípio da separação de poderes, estabelecido no art. 2º da Constituição Federal. O juiz que decide segundo a equidade¹³ cria a norma que julga adequada ao caso concreto, afastando a que porventura exista, para regular o caso a decidir. Viola também o princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5, II). Se o juiz pode decidir segundo a equidade e não segundo a legalidade, pode decidir contra aquele que tenha agido nos termos da lei, ou de acordo com ela. Basta que, segundo a sua convicção pessoal, a norma aplicável ao caso lhe pareça injusta ou inoportuna.”

IV

De tudo o que fica exposto se conclui que a missão do juiz é a de declarar o Direito para o caso concreto, já que ele está só abstratamente previsto nas normas legais para uma generalidade de casos, sem qualquer particularização. A particularização da norma ao caso concreto pode demandar e geralmente requer uma atividade *criadora*, do juiz de modo a compatibilizar com o espírito da norma o caso com as suas circunstâncias concretas. Mas isto, de modo algum, permite que o juiz ignore, em nome da Justiça do caso concreto, o que dispõem leis imperativas, quer de direito

13. Salvo quando isto é autorizado pela própria lei, em casos determinados. Assim, por exemplo, na aplicação da pena da perda do direito ao seguro, art. 1.456 do CC, na arbitragem, art. 2º da Lei n. 9.307/96, na defesa do consumidor, art. 7º, 51-V, na divisão de águas comuns, CA art. 73, parágrafo único.

material, quer de direito processual. E quanto a estas últimas também em função de uma suposta “inferioridade” dessas normas, em razão da cada vez mais decantada *instrumentalidade* do processo.

Esta colocação leva a perguntar de que modo o juiz há de realizar o justo do caso concreto, sabido que, na busca desse tipo do justo, ele tem, muitas vezes, que ignorar leis imperativas que chocam o seu sentimento subjetivo de Justiça, fundado provavelmente no justo natural. Mas o justo natural pode não coincidir com o justo convencional, aquilo que a comunidade, através de seus representantes, entende como justo. Será que, nestas condições, poderá o juiz rejeitar o justo convencional para ficar com o justo natural?¹⁴

Ouçamos o que tem a dizer o já citado e eminente professor Goffredo Telles Júnior que dispensa apresentação e que no artigo já referido, após as palavras com que o inicia (“Estávamos em outubro de 1990. Eu vinha lidando com a Justiça com os problemas do justo e do injusto - havia mais de meio século”), escreve literalmente: “Fascinante devo dizê-lo o sonho de colocar, por cima do *justo* por *convenção*, o soberano *justo* por *natureza*. Sinto-me irmanado com os juizes do Direito Alternativo enquanto permaneço na pura esfera do sonho”...¹⁵

Voltando à indagação feita, o juiz há de pretender alcançar o justo concreto a partir do justo *convencional* e não do justo *natural*, o que desde logo quer dizer que pouco importarão as suas convicções pessoais para esse efeito¹⁶, ainda que elas possam ser, e normalmente o são, importantes na medida em que permeiam a interpretação da

14. Um exemplo muito sugestivo poderá ser dado. O aborto é uma violência e certamente contrário ao justo por natureza. Suponhamos que uma mulher, ao abrigo das leis do país, que permitem o aborto, em certas condições, pretende realizá-lo, num Hospital Público, cujo diretor, por convicções próprias, recusa-se a executá-lo. A mulher recorre ao Judiciário para fazer valer o seu direito. Poderá o juiz, em nome do justo natural, negar à mulher o direito que pleiteia? Decerto que não.

15. E prossegue o mesmo eminente jurista: “Esse é o sonho. Mas é um sonho de todos nós. Todos nós temos um compromisso com a Justiça concretizada. Todos nós precisamos fazer Justiça concretizada, nos atos comuns da vida. E todos nós de fato buscamos praticá-la, em nossas casas, em nossos ambientes de trabalho, no clube, na rua”. E mais incisivamente ainda: “Mas, no caso de *conflito* entre aparências diferentes de Justiça concretizada, que fazemos? Vamos ao Juiz, para que ele diga quem tem razão, de acordo *com as leis*. O que pedimos ao juiz não é, certamente, que ele nos revele a sua doutrina e suas aspirações sobre o caso concreto. O que pedimos é que o juiz nos diga o que *a lei manda*, no caso concreto. O que queremos é nos submeter à lei, não ao juiz, não à teoria do juiz, à revelia da lei” (Revista da Faculdade de Direito v. 94 p. 76, 1999).

16. Assim, e voltando ao exemplo dado anteriormente em nota, pode o juiz, pessoalmente, ser contra o aborto, incondicionalmente, mas se as leis do país o permitem, em certas condições, não terá como deixar de aplicar a lei, quando a mulher o requer, nas condições em que a mesma lei o permite.

lei e conseqüentemente a *particularização* dela ao caso concreto, mas sem que isso implique, seja em que medida for, na sua violação.

“O justo *por convenção* é aquilo que é *tido como justo* porque assim se convencionou...

“Esta é uma contigência de que os seres humanos, que vivem em sociedade, não se podem livrar. Sem uma *convenção básica* sobre o quê, de modo geral, *deve ser tido como justo*, impossível seria a convivência. Não há quem não entenda que ela é *condição da convivência, condição da sociedade humana*.

Essa convenção básica tem um nome: ela é o contrato de ética social”¹⁷

A observância das leis imperativas, de todo e qualquer ramo de direito, público ou privado, em que se exprime o justo, pactuado nesse *contrato de ética social* é assim, por esse motivo, obrigatória na elaboração da sentença judicial e porque estamos num sistema de lei escrita (*civil law*), onde os conflitos de interesses são resolvidos em tese pelo legislador, como o afirma Philip Heck¹⁸, com maior razão do que num sistema do direito dos casos (*case law*) e da obrigatoriedade do precedente (como ocorre no sistema da *common law*), pode dizer-se que *cada caso é um caso*, diferente do outro.¹⁹ Fato que não dá ao juiz o direito de ignorar a lei, ou de distorcê-la, a seu talante, no anseio de realizar o *seu* justo concreto. Há de procurar o justo abstrato, convencional, refletido nas leis, que melhor possa ser realizado no caso

17. Goffredo da Silva Telles Júnior, obra citada, p. 361, em que se lê ainda: “Notemos que essa convenção não é uma fantasia do espírito humano. Aquilo que é *tido como justo* é tido como justo por força de uma experiência de vida, após um processo de convivência e de relacionamento humano. Para muitas circunstâncias, a própria vida normal, a própria vida pacífica da sociedade acaba apontando para o que é *mais conveniente* à ordem na coletividade. Indica os comportamentos que, de modo geral, *devem ser tidos como justos*.” E mais adiante: “O que verificamos é que ela (referindo-se à *ética social*) nada tem de universal, nem de imutável. Ela não é *universal*, pois cada coletividade tem a sua própria ética; e não é imutável porque a ética de uma coletividade vai mudando, como bem sabemos, ao sabor de mil influências diversas. A ética social se exprime por meio de *normas*, que são indicações e sinais de *normalidade* vigente, para a necessária informação das pessoas, em sua atividade diária.”

18. Philip Heck, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, tradução de José Osório, São Paulo, Saraiva, 1947.

19. Não se ignora que, cada vez mais, há uma interpenetração dos dois sistemas de modo que no sistema da *civil law* recorre-se aos precedentes na decisão das questões concretas, enquanto no sistema da *common law* se legisla de modo a uniformizar-se a jurisprudência existente. O que é condenável é que, como tem vindo ocorrendo entre nós, cada vez mais, não obstante o sistema ser da lei escrita, os tribunais, por comodidade ou outras razões, alheiam-se totalmente das particularidades do caso concreto, invocando um precedente do mesmo Tribunal ou do Tribunal Superior, que, por vezes, se distancia consideravelmente do caso em tela.

concreto. Isto só se alcançará se se tiver em conta uma certa idéia de Justiça que nos parece conveniente referir aqui.

Cumprindo o que dispõem as leis, de direito material e de direito processual, o juiz chega a uma conclusão que, num conflito de interesses entre duas ou mais partes que disputam um bem, leva-o a dar prevalência ao interesse de uma/s e a sacrificar correspondentemente o interesse de outra/s. A realização da Justiça no caso concreto consiste precisamente nisso: na fiel observância e no regular cumprimento do que as leis, devidamente interpretadas, prescrevem e que levam a um ou outro resultado, independentemente de quaisquer considerações pessoais do juiz sobre como ele entende e vê a situação a ser resolvida, segundo o seu sentimento subjetivo de Justiça.

É nessa medida que se diz aqui que o Direito é o instrumento da realização da Justiça; ele acha-se predisposto na lei, no ordenamento e ao juiz não cabe mais do que declará-lo no caso concreto. É a lei que diz de que modo deve operar a *distribuição* dos bens e serem satisfeitos os interesses de cada um; ela é disposta de modo geral e abstrato, em tese, e é mister do juiz, diante de um conflito de interesses, dizer de que modo a lei entendeu dever fazê-la no caso concreto. Tarefa árdua, por vezes mais difícil do que a do próprio legislador, uma vez que a interpretação supõe um labor que em criatividade pode superar o da geração da lei.

V

Dir-se-á, em face das afirmações que aqui se fazem, que se trata de idéias superadas, pois ninguém ignora que hoje, mais do que nunca, em face dos progressos da técnica, as rápidas transformações da sociedade, que já no passado foram responsáveis pela assim designada *revolta dos fatos contra os Códigos*, exigem técnicas legislativas diferentes, mediante a elaboração de micro-sistemas²⁰, só compatíveis com a atribuição de poderes cada vez maiores aos juízes como por exemplo os de determinar o sentido das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, o que supõe uma evidente atividade complementar à do legislador.

Não se nega, mas também aqui há que insistir em que se trata de parâmetros e de limites prefixados pelo legislador e que o juiz acaba por ter sempre de caminhar por veredas de pensamento que, por mais largas e inovadoras, encontrem

20. Temos entre nós alguns deles, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do adolescente, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei de Locações de Imóveis Urbanos, etc.

uma *substancial* ressonância no que foi querido e pensado pelo legislador. Pode se manifestar inconformismo com esse estado de coisas e afirmar-se que as exigências do mundo moderno, com toda a complexidade dos seus problemas e os requintes da sua técnica, responsável pelas rápidas transformações sociais e a inerente defasagem entre o Direito e a Vida, não se compadecem com o velho sistema, em que se tolhe a desenvoltura do Juiz e não se lhe permite que excogite soluções não previstas no quadro normativo, e que podem ser muito mais ricas como resposta *adequada* às questões que se debatem num pleito judicial.

O que não se pode é, como freqüentemente se faz, subverter as coisas e, num estado democrático de Direito, em que vigora a independência e a harmonia dos Poderes, atribuir-se ao juiz o papel do legislador ou ao Executivo o papel do Judiciário²¹ Que se altere, em primeiro lugar, o sistema de autolimitação dos Poderes, acolhido na Constituição Federal, abolindo-se o sistema de legalidade, de igualdade perante a lei e tantos outros, que situam cada um deles na esfera própria de modo que não se admita a invasão de um pelo outro. É claro que ninguém faria isso porque seria a anarquia, o caos. É bom o sistema que temos, enquanto não for descoberto um outro, melhor. Mas, enquanto o tivermos, não sejamos hipócritas.

O que se faz necessário é que os tribunais decidam bem, proferindo despachos, sentenças e acórdãos que, não só sejam sustentáveis em face do que dispõem as normas do ordenamento, mas também tenham base científica, utilizem no percurso do pensamento intelectual que os conduz à conclusão, os princípios gerais da Ciência do Direito. Só assim é que imprimirão às suas decisões a necessária credibilidade e no raciocínio que os leva a dar prevalência a um dos interesses conflitantes, em face do outro, mediante a aplicação das normas do ordenamento, chamadas à colação por uma operação de subsunção, acabam por convencer a parte que sucumbiu de que era essa a única solução possível, a atribuição do bem, objeto de disputa, ao autor e não ao réu, ou vice-versa. É nisto que consistirá afinal a realização da Justiça.²²

São Paulo, abril de 2001.

21. Basta lembrar os poderes que se atribuem, cada vez maiores, a certos órgãos administrativos - o Cade, os Procons, o Decon - de instruir e julgar, em processos administrativos, infrações diversas, com a aplicação a final de severíssimas penalidades, ainda que posteriormente sujeitos ao crivo do Judiciário. Tal subversão, aliás, é feita sem reboços pelos juizes, adeptos do chamado Direito Alternativo.

22. Não é isto que ocorre na maioria das vezes. Para ilustração do que aqui se afirma remetemos o leitor para o nosso artigo "A Certeza e a Segurança como Valores Fundamentais na Declaração do Direito e na realização da Justiça, e o modo de atingi-las" (Revista da Faculdade de Direito 94/ 349 - 1999).

Bibliografia

Amaral, Francisco, *Direito Civil, Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, 2ª edição.

Heck, Philip, tradução de José Osório, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, São Paulo, Saraiva, 1947.

Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José de Sousa Brito e José António Veloso, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978;

Reale, Miguel, *O Direito Como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1967.

Tepedino, Gustavo, Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, em *Temas do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1991;

Sichès, Luis Recasens, *Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho*, México, Porrúa, 1973.

Telles Júnior, Goffredo,

_____. *O Direito Quântico, Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*, São Paulo, Max Limonad, s/d;

_____. *Iniciação na Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2001.

_____. *O chamado Direito Alternativo*, Revista da Faculdade de Direito, fasc.94, p.74, 1999.