

NOTAS DIALÉTICAS SOBRE DIREITO E JUSTIÇA

ARNALDO VASCONCELOS

*Livre-Docente UFC
Professor da Faculdade de Direito da UFC*

RESUMO

Pretendo mostrar neste trabalho as relações diretas existentes entre Direito e Justiça, colocadas, aqui, nos quadrantes ideológicos do binômio jusnaturalismo-juspositivismo.

ABSTRACT

This paper analyses the direct relations between law and justice, regarding to the binomium of the natural law and positive law.

I

No título, explicitou-se o termo *dialética* para sublinhar o compromisso essencial do Direito com os valores, esses, objetos cuja polaridade marca de modo indelével toda atividade social. São os valores que definem a própria condição humana, sendo o homem um ser de contradições que só se podem resolver dialeticamente. Por isso, pode bem dizer-se que o homem é um ser a meio caminho entre extremos. É nele, e através dele, que se realiza a síntese da multiplicidade de contrários que compõem a variada e rica textura de sua vivência existencial. Nessa esfera, nada pode a lógica das formas solucionar de modo satisfatório.

Colocado entre finito e infinito, razão e instinto, bondade e maldade, em síntese; entre ser e dever-ser, é o homem, na verdade, como bem o disse Sartre, o *projeto* de si mesmo. Situa-se o Direito, então, como um dos meios, entre muitos, para a realização desse objetivo.

O homem e o Direito convivem na mesma morada, o terreno das possibilidades, onde se constrói o mundo dos valores. Suas vidas têm o mesmo sentido relacional implicado na dinâmica da socialidade. Um existe relativamente ao outro e para o outro e vice-versa.

Demais de tudo isso, é o Direito que possibilita a convivência humana, projetando-a através do único e

decisivo modo de realizá-la, que é a compartição de liberdade. Ou a liberdade se comparte, para que todos possam minimamente ser livres, ou a existência humana estaria comprometida, como profetizou Hobbes ontem e o faz agora Hannah Arendt. Tem-se aí configurada a tarefa de maior magnitude do Direito. Bem pensadas as coisas, motivo mais alto não existe para acatá-lo e cultuá-lo.

II

Têm observado os epistemólogos que a proximidade das coisas as torna quase invisíveis. Por isso, de certo, os juristas utilizam-se maquinalmente do termo Direito, em seus raciocínios, como se de substantivo se tratasse. Sem se advertirem, cometem o equívoco de confundirem as categorias do *ser* e do *dever-ser*, com graves prejuízos de sua projeção nas distintas esferas da teoria e da praxe jurídica. O mesmo ocorre com o vocábulo justiça.

Se bem se observa, *Direito* e *justiça* são palavras adjetivas, mais precisamente, adjetivos qualificativos, e, portanto, sem autonomia existencial. Como tais, dependem, para existirem, de substantivos que as abriguem. O *alto*, o *belo*, o *Direito* só podem existir em alguma coisa, o substantivo: prédio alto, paisagem bela, conduta direita. Fora daí, carecem inteiramente de realidade sensível,

circunscritos que ficam ao puro reino da abstração.

Nada obstante não terem substantividade, pois não existem por si e em si, têm, contudo, identidade ontológica, como é próprio do ser-acidente. São, pois, seres com existência real. E sua autonomia se afirma não só relativamente ao substantivo, agregado ao qual existe, mas também com respeito a eles entre si, em sua peculiar condição de adjetivos qualificativos. Direito e justiça são entes com plena individualidade, cada qual devendo existir de acordo com as respectivas essências, que os marcam indelevelmente para sempre.

Disso decorre uma primeira conseqüência de ordem lógica e ontológica irretorquível, mas nem sempre levada em conta pela maioria dos jusnaturalistas e juspositivistas. Aos primeiros, lembra-se que o Direito, para existir, não precisa ser necessariamente justo; pode perfeitamente existir como injusto. Adverte-se, aos últimos, que a existência do Direito injusto não constitui, de maneira nenhuma, o modo normal de existência; antes, configura, precisamente, seu modo desnaturado de ser.

Direito injusto é, sem dúvida, Direito, porém Direito deturpado, que só deve ser objeto do constante combate do autêntico jurista, assim

entendido aquele de formação humanista e democrática. Sendo assim, em uma só e única circunstância legitima-se sua inovação: o momento do repúdio e da luta por seu afastamento. Que isso se faça sob qualquer pretexto ético, dentro e mesmo fora da lei, pois qualquer motivo para que ele permaneça será indubitavelmente indecente, por ferir a dignidade humana.

III

No plano fenomenológico, aquele da realização prática, pode dizer-se com inteira pertinência que, enquanto o modo de dar-se o Direito é absoluto, a maneira de efetivar-se a justiça é relativa. Em outros termos: há um só e único Direito, nascido num só instante e em toda a sua integralidade, enquanto a justiça só consente em manifestar-se por graus, em termos de mais ou menos. Advirta-se, desde logo, não existir, aqui, nenhum apelo ao relativismo filosófico, de igual modo como afirmar a positividade do Direito não implica admitir o positivismo. É que, como afirmou Sêneca, “a grandeza não tem medida certa, é a comparação que a torna maior ou menor.”⁽¹⁾. A justiça pensada em termos absolutos é apenas um ideal, cuja realização jamais poderia ser conferida.

¹ LÚCIO Aneu Sêneca, “*Cartas a Lucílio*”, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 148. (Carta 148).

Quanto à primeira afirmativa, assim se pode prová-la: o Direito nasce exclusivamente da incidência da norma sobre o fato. Chama-se a isso concreção: o Direito abstrato da norma, torna-se Direito concreto da relação jurídica. Pontes de Miranda diz que o nascimento do Direito é *automático*, isto é, depende tão-só de ter havida a incidência. Em sentido análogo, afirma Rudolf Stammler que ele é *autárquico*, vale dizer, de nada depende para existir, a não ser da irrecorrível incidência. Dado o fato, *ocorre* o Direito, e nunca *ocorrerá*. Daí a impossibilidade ontológica de decisão ou sentença constitutiva de Direito. Ao aplicador do Direito, cabe apenas dizer se houve (no passado) Direito, e não se haverá (no futuro). Essa última tarefa é específica e privativa do consultor jurídico.

Enquanto isso, a aplicação da justiça é ato exclusivo do aplicador do Direito, seja ele público ou privado. A partir do Direito que houve, criado com base em uma mesma norma legal, pode o juiz, por exemplo, proferir sentenças diferentes, todas justas ou todas injustas, ou apenas algumas injustas. No processo decisório ocorrem dois momentos culminantes de aplicação da justiça. O primeiro é aquele da identificação do Direito. Se o Direito apurado coincide com aquele que realmente ocorreu, então a declaração respectiva é justa. Na hipótese contrária, em que se declara a existência de Direito diferente do

ocorrido, principalmente em razão de erros quanto aos fatos da incidência, então tal declaração é injusta. O outro momento é aquele em que o aplicador fará a opção dos meios para tentar restaurar ou reparar o Direito ameaçado ou violado em suas expectativas. É a esse propósito, justamente, que se fala na pluralidade de sentenças sobre o mesmo ponto de Direito, a um só tempo diversas e até contrárias, mas em todo caso justas.

As observações acima vieram muito de propósito, a fim de que ficasse demonstrado, com a devida clareza, que a propalada alegação de incontornáveis dificuldades para fazer-se justiça, na verdade não passa de infame recurso ideológico para desculpar injustiças conscientemente perpetradas. Ou, na melhor das hipóteses, da incurável miopia intelectual dos positivistas, que teimam em reduzir o âmbito do real à sua metade visível. O que há de mais importante e decisivo no homem e no mundo é irresponsavelmente descartado.

IV

Indagação sempre interposta é esta relativa à possibilidade de atribuir-se justiça ou injustiça à norma jurídica em si, especialmente à lei. A linguagem jurídica comum há muito incorporou as expressões *leis justas* e *leis injustas*.

Referidas expressões, como muitas outras nascidas à margem

das regras técnicas da ciência, têm valor apenas metafórico. Permanecem em razão da lei da inércia, poderosíssima especialmente no campo da prática jurídica. Do Direito abstrato, que encontra suporte na lei, não se pode dizer que seja justo ou injusto, senão que, como modelo ideal, deverá produzir Direito justo. O mesmo é dizer: propiciar decisões justas. O Direito, a propósito do qual se predica a justiça ou injustiça é, seguramente, o Direito concreto, nascido da incidência, o Direito-relação jurídica.

Há uma significativa passagem no "Fragmento sobre o Governo", de Jeremy Bentham, que parece contemplar a questão da justiça relativamente a esta distinção entre os conceitos de Direito abstrato e concreto, tais como acima apresentados. Ei-la: "Jamais o Direito é injusto; é sempre algum perverso intérprete do Direito quem o corrompeu e dele abusou."⁽²⁾ A exegese da sentença torna claro que o jurista inglês aí utilizou dois conceitos de Direito. Um, o Direito-Ordem Jurídica, conjunto de normas; o outro, o Direito-relação jurídica, objeto de aplicação da norma, tarefa que requer a atividade exegética. Nem poderia ser de outro modo, pois a noção dinâmica de justiça jamais alcançaria penetrara no conceito estático de norma.

Mas, não é só. Se bem lido, o pequeno texto de Bentham contém ainda uma condenação à atitude do julgador que, para pousar de fiel escudeiro do Direito, transfere a responsabilidade de seus atos de injustiça à inflexibilidade ou dureza da lei, largamente exemplificada pela citação do brocardo "dura lex, sed lex". Melhor seria reconhecer o papel do interesse nas determinações humanas, antes de querer enganar-se a si próprio e iludir os outros.

Rematando, finalmente: justiça e injustiça, portanto, são termos de referibilidade exclusiva ao Direito concreto.

V

A recorrência à expressão *Direito justo* denota claramente a incapacidade do termo *Direito* em expressar, apenas em seu círculo semântico, o sentido e as expectativas que formam seu conteúdo axiológico. Ao reivindicar um Direito, qualquer Direito, todos o fazem em nome de sua justiça. Desse modo, a reivindicação sempre visa ao Direito justo, e não a qualquer Direito.

Ocorre, contudo, que a própria expressão *Direito justo* também foi, por sua vez, dominada por aquela incapacidade. Fatos da vida quotidiana dos povos, como a

² JEREMY Bentham, "Fragmentos sobre el Gobierno", Madrid, Editora Aguilar, 1973, p. 13.

marginalidade social, determinaram a revisão do conceito. De há muito, estudiosos do Direito de várias épocas e de nacionalidades diversas, com destaque para Santo Agostinho, cuja argumentação a respeito se tornou exemplar em virtude da especificidade de seu magistério, proclamaram a existência de certas formas de justiça nas mesmas sociedades de delinqüentes. Se justiça é reconhecimento de proporcionalidade, não há como negá-la na distribuição que da pilhagem faz o bando de salteadores. Tornou-se necessária, portanto, nova qualificação do Direito.

Passou-se, então, a predicar que o Direito, além de justo, fosse *legítimo*. E assim se revelava o novo perfil do Direito, cuja estrutura evidenciou-se composta de três valores: o jurídico, o justo e o legítimo. É precisamente a instância da legitimidade que resolve em grau último de recorrência, não só a questão do Direito das sociedades ilícitas, separando-o definitivamente dos vários sistemas jurídicos dos regimes pluralistas, como igualmente o dos ordenamentos jurídicos autoritários, com especial destaque para as ditaduras deste século. Por definição, só a propósito dos regimes democráticos pode falar-se em legitimidade.

Tem-se, aí, configurada nova tridimensionalidade do Direito, esta de conteúdo inteira e exclusivamente axiológico. Não se trata de visões

alternativas do Direito, uma excluindo a outra. São, ao contrário, complementares. Ao lado do tridimensionalismo clássico, estruturado com base nos elementos primordiais *fato, valor e norma*, estaria melhormente capacitada a nos fornecer imagem mais abrangente e mais real do Direito. E sobretudo mais consentânea com as exigências de revisão dos valores fundamentais da convivência humana, interpostas por ocasião do balanço da 2ª. Guerra Mundial. Foi o que propusemos, aliás, em nosso recente livro, "Direito, Humanismo e Democracia" (SP, Malheiros Editores, 1998), cujo primeiro capítulo é todo dedicado ao estudo do assunto. Espera-se, agora, novas contribuições sejam trazidas ao desenvolvimento da teoria, inclusive por da parte dos jovens juristas cearenses.

VI

Uma das noções possíveis de Direito positivo, embora careça de maior fertilidade teórica, é esta que o identifica com a ordem jurídica nacional. Ela nada diz essencialmente da coisa sob investigação, de sua natureza e características, mas, de todo modo, fornece indicações valiosas quanto à sua situação no plano da realidade existencial. Assim, a ordem jurídica de cada país é o seu Direito positivo.

Sobre a ordem jurídica nacional, tem-se informações bem

mais detalhadas: constitui ela uma complexa estrutura formada de normas e princípios de Direito interno, germinada por uma matriz de índole constitucional, incorporando, ainda, leis e Direito estrangeiro. Basta lembrar a existência do Direito Internacional Privado para afastar qualquer dúvida relativamente a este último ponto, o qual, sem dúvida, poderia causar certa estranheza, em razão de representar a ordem jurídica a manifestação mais autêntica da soberania nacional. Logo se vê, pois, que a ordem jurídica nem é uniforme, compreendendo apenas leis, nem muito menos pura, considerado aqui o termo *pureza* como indicador de ausência de mistura de qualquer origem ou espécie.

Referido conceito de ordem jurídica, correto, embora não exaustivo, excede de muito o entendimento que dela tem o positivismo jurídico em suas duas versões modernas mais influentes. Referimo-nos ao exegetismo legalista, constituído em torno da aplicação do Código Civil francês de 1804, e ao normativismo purista de Hans Kelsen, que surge em fins da segunda década deste século.

A idéia metafísica de justiça - valha o pleonasma - é inteiramente incompatível com ambas as pretensões teóricas. No primeiro caso, predicase-se sua substituição por um conceito de justiça imanente,

ao nível da fenomenologia positivista, denominado justiça legal. Sem ironia: uma justiça sem justiça. Vale lembrar como a experiência histórica de realização dessa teoria foi terrivelmente trágica. Recorramos ao depoimento de quem a vivenciou, o jusfilósofo alemão Gustavo Radbruch. Reportando-se ao regime nazista, escreveu ele: "Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas."⁽³⁾ Isso vale para todos os regimes autoritários, tanto os de direita, como os de esquerda, indiscerníveis por sua intrínseca maldade.

A outra versão do positivismo acima referida, a teoria pura do Direito, padece de uma falha insanável, decorrente de seu exacerbado formalismo, que a compromete definitivamente tocante à sua configuração político-ideológica. O âmago da construção é a denominada *norma fundamental hipotética*, a um só tempo fonte de produção e de validade de toda a ordem jurídica. Nada obstante sua incomensurável importância, Kelsen jamais conseguiu decidir-se pela fixação de um conteúdo permanente para ela. Os juristas do nazismo, porém, nela encontraram, inteiramente pronta e de graça, aquele modelo jurídico de que

³ GUSTAVO Radbruch. "Filosofia do Direito", Coimbra, Arménio Amado-Editor, 1974, p. 415.

necessitavam para aí hospedarem sua teoria da superioridade racial dos arianos. Direito puro pareceu-lhes rimar com raça pura. Evidentemente que Kelsen, como democrata, repudiava o nazismo; mas também não deixa de ser indubitado que, por sua reiterada negação da possibilidade de uma idéia universal de justiça, propiciou francamente aos nazistas a utilização de sua teoria para justificar os nefastos objetivos do regime, do qual, inclusive, terminou sendo uma das milhares de vítimas.

Apesar disso, ou talvez por isso mesmo, a justiça constitui tema específico de três dos seus livros, um dos quais escrito quando de sua permanência nos Estados Unidos, denominado "What is Justice?", publicado em 1957.

A resposta do que seja justiça, que nos oferece Kelsen, é tanto mais decepcionante quanto proveniente de um jurista de seu porte intelectual, cujo saber enciclopédico o alçou a condição de figura representativa de todo um século. Ao visualizar a justiça por um ângulo estritamente pessoal e, a esse nível, degradá-la à condição de guardiã de sua pessoal liberdade científica, Kelsen desmerece seu prestígio de jurista e a si próprio. É o que se pode ver do texto que a seguir reproduzimos.

Kelsen confessa sua impotência para dar uma definição de justiça nos seguintes termos: "Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido." A seguir, conclui: "Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, *trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar* e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade."⁽⁴⁾ (Os grifos são nossos).

Nossa indagação final não é saber quanto custa negar a justiça. Isso já vimos. A pergunta é esta: vale a pena continuar tentando?

VII

Considerável número de filósofos tem identificado no Direito Natural o conteúdo da justiça. A postura fortalece a tese da antecedência lógica da idéia de justiça sobre o conceito de Direito positivo, pressuposto necessário da teoria axiológica sobre o fundamento da norma jurídica. Do ponto de vista histórico, todavia, o Direito positivo é que teria surgido antes do Direito Natural. Se atentarmos para o fato de que as duas posições visualizam

⁴ HANS Kelsen, "O Que É Justiça?", São Paulo, Editora Martins Fontes, 1997, p. 25.

ângulos diversos do objeto estudado, alcançando em cada momento suas dimensões lógica e histórica, teremos como inteiramente compatíveis e corretas ambas as formulações.

Com efeito, a exigibilidade do *justo* só se põe diante da presença contudente de seu oposto dialético, o *injusto*, o qual, por sua vez, necessita do Direito positivo para configurar-se. O primeiro texto documental que temos sobre o assunto, a tragédia grega de Sófocles, intitulada "Antígona", mostra-nos claramente a procedência da posição. Ao justificar a desobediência ao decreto do tirano Creonte, que lhe interditava o sepultamento do irmão morto na guerra, a heroína o faz precisamente contestando-lhe que tais determinações tenham sido "ditadas pela Justiça", como deve ocorrer com as leis feitas pelos homens. (VV, 512-513). Pelo contrário, ele, Creonte, é quem transgride "normas divinas, não escritas, inevitáveis", porque "não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram". (VV 517-520).⁽⁵⁾ Firma-se a partir de então, na cultura jurídica do Ocidente, a prioridade da justiça sobre o Direito, especialmente sobre as leis.

Tudo isso se confirma quando se evidencia que o Direito, entidade essencialmente ética, é formado por regra de fim, que são enquanto devem ser. O mesmo quer-se significar ao dizer-se que o Direito é um dever-ser para ser justo. Não há, pois, como desvincular-se os conceitos de Direito e de Justiça. Nem, ao menos, como mera hipótese de trabalho, a exemplo do que pretendeu Kelsen com o objetivo de construir uma ciência pura do Direito. Ao admitir, por fim, que o Direito Natural poderia ser tomado como conteúdo da *norma fundamental hipotética*, suporte básico de sua teoria, Kelsen automaticamente inviabilizava seu programa de construir uma autêntica ciência do Direito de molde positivista. Que o exemplo valha para evitar-se a repetição de velhos equívocos, tão reprováveis como a falta de imaginação que os propicia.

VIII

O episódio de Antígona tem sido tomado por antecedente histórico de dois distintos posicionamentos doutrinários sobre a inobservância da lei que serve de suporte a Direito injusto.

O primeiro deles, situado na esfera da Hermenêutica Jurídica, é

⁵ SÓFOCLES, "Antígona", em "A Trilogia Tebana", Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1994, p. 214.

representado pela Escola do Direito Justo, chefiada por Hermann Kantorowicz. O ponto central de seu programa era o afastamento da *lei injusta*, toda vez que a experiência, o sentimento ou a consciência do magistrado assim o recomendasse.

O programa da escola fracassou porque, confrontados os dois valores fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico - a justiça e a ordem - atribuiu-se prioridade a este último, sem o qual todo o Direito desmoronaria por falta de segurança. Desse ponto de vista, a ordem é valor prioritário, mesmo como simples pressuposto de existência da justiça. O argumento tinha, e continua tendo, grande poder de convencimento. É ele formulado nos termos da seguinte interrogação: se o juiz, forçado a decidir nos estritos limites da lei, comete assim mesmo injustiças, o que não ocorreria se fossem abolidas aquelas restrições?

A solução normal para o caso, que ostenta caráter político, parece ser a reforma legislativa, e assim ocorre porque o Poder Legislativo, consoante primorosa lição de John Locke, é a instância por excelência da soberania popular, de audiência prioritária nos regime democráticos. Há, porém, uma hipótese, excepcional sem dúvida, em que a desconsideração da lei pelos órgãos do governo se torna, não apenas desejada, mas até exigida. Referimo-nos ao processo de legitimação do governo e do Estado, observável

sempre que se substitui de modo pacífico o autoritarismo pelo estilo de vida democrático. Assim mesmo, devem ser rigidamente observadas duas condições: 1ª. - que a lei, de que se trata, seja de índole política; 2ª. - que, em qualquer caso, nunca se dê seu afastamento senão em benefício do cidadão.

A outra posição, relativamente ao afastamento da lei, é aquela patrocinada pela teoria da desobediência civil. Surge ela pelos meados do século passado, em pleno domínio do positivismo de conformação liberal, que operou a redução do Direito à lei, atribuindo-lhe, demais, extenso elenco de notáveis qualidades. Sua expressão mais contundente é devida ao politicólogo norte-americano Henry D. Thoreau, inspirador de Gandhi na luta pela libertação da Índia.

Thoreau abre seu ensaio-panfleto sobre "A Desobediência Civil" com a famosa divisa do liberalismo político, segundo a qual "o melhor governo é o que menos governa." Consequentemente, o que menos legisla. Opõe, depois, o cidadão ao súdito, para lembrar não ser "desejável cultivar, pela lei, respeito igual ao que nutrimos pelo direito." Porque "a lei nunca tornou os homens mais justos, no mínimo que fosse." A seguir, a recomendação incisiva: se exigirem "de vós que sejais agente de injustiça para com outrem, então vos digo: infringi a lei." O raciocínio conclui

com a predicação da soberania do homem justo: "Ademais, qualquer homem que seja mais reto do que seus semelhantes já constitui maioria de um." (6)

A partir dos dados da teoria de Thoreau, pode formular-se o seguinte conceito de desobediência civil: um ato político de índole pacífica, de inconformidade e repúdio às disposições de lei tida por injusta, a fim de provocar-lhe a reforma ou substituição, pressupondo, contudo, acatamento ao Direito. Joga-se, aqui, com a dialética entre Lei e Direito, entendido este em suas versões supra-empíricas ou metafísicas.

O tema adquiriu tal magnitude em nosso tempo, a ponto de ser investido da dignidade de matéria constitucional. Assim o considera John Rawls em capítulo especial de sua festejada obra "Uma Teoria da Justiça". O pressuposto básico é que uma teoria constitucional da desobediência civil "se concebe apenas para o caso particular de uma sociedade quase justa, uma sociedade que é bem-ordenada em sua maior parte, na qual todavia acontecem sérias violações da justiça." (7) Como desde logo se observa, em Rawls o tema se restringe ao exame da forma de violação da justiça por governo legitimamente constituído, o que se

dá apenas no contexto de uma sociedade democrática. O que não significa que ele considere estranho ao assunto a apreciação de outras modalidades de dissensão ou resistência, inclusive aquela que se manifesta através da ação armada para expulsão de governo injusto e corrupto. De todo modo, por suas estreitas implicações com a questão da dignidade humana, o tema é daqueles que têm permanência garantida nos infindáveis debates sobre nossa enigmática situação no mundo.

IX

Um outro modo de entrever relações entre o Direito e a Justiça pode advir da observação da história jurídica dos povos. Têm-se verificado, sobretudo a partir dos estudos de Savigny e Ihering sobre o Direito Romano, que a evolução desse sistema jurídico se deu pela constante ampliação dos Direitos, de início monopólio dos poucos privilegiados, à grande massa da população. Com o correr do tempo, passou-se a conceder o título de cidadão a círculos cada vez maiores de pessoas de baixa categoria social, o que equivalia a incluí-las na vida jurídica, com a conseqüente elevação de sua posição econômica, social e política. Tudo isso se fez em nome

⁶ HENRY D. Thoreau, "A Desobediência Civil", São Paulo, 1968, ps. 17, 19, 28 e 29.

⁷ JOHN Rawls, "Uma Teoria da Justiça", São Paulo, Editora Martins Fontes, p. 402.

de um ideal, a igualdade, e através da invocação de um propósito, a realização da justiça. Em seguida, a justiça passou a significar a igualdade perante a lei. E, com essa feição, incorporou-se ao ideário político-constitucional do Estado de Direito moderno.

O Direito desse Estado, apenas transcorrido pouco mais de meio século do seu simbólico nascimento na França, viria a enfrentar sua primeira e avassaladora crise, denunciada de início pelo Manifesto Comunista, de 1848. Em seguida, e embora um pouco tardiamente, em 1981, a enciclica "Rerum Novarum" viria legitimar, junto às classes sociais altas, a denúncia de Marx e Engels. Já não se poderia ideologizar o movimento de protesto em favor dos pobres, desacreditando-o como subversão sem propósito. Sentiu-o perfeitamente o jurista alemão Antônio Menger, o qual, em obra pioneira por sua audácia, viria denunciar o desprezo do Direito liberal pelo que chamou de classes despossuídas.⁽⁸⁾ E o fez para demonstrar a necessidade de revisão de seus postulados fundantes, fragilmente apoiados nas falsas premissas gnoseológicas do individualismo racionalista, de feição caracterizadamente abstrata e, portanto, com forte teor alienante. O diagnóstico do problema apontava

para a indicação de que o sucesso do empreendimento dependeria de um eficaz esforço no sentido da igualação das classes sociais, uma vez mais em nome da justiça. Só que agora, também uma justiça concreta, a velha justiça social.

O novo conceito de justiça, por ironia, remontava a Aristóteles, o qual o estabeleceu em termos analógicos, a saber, como igualação do desigual. Com efeito, em sua "Grande Ética", afirma o estagirita que "a justiça social pode definir-se como uma igualdade, pois a injustiça é uma desigualdade." Razão pela qual, adianta, "a justiça é um termo médio entre o excesso e a falta, o muito e o pouco." Consequentemente, pois, "a justiça será uma forma proporcional de igualdade."⁽⁹⁾

Com apoio nesses elementos, firmou-se a teoria moderna da justiça, popularizada através da fórmula: tratar os iguais, igualmente, e os desiguais, desigualmente. É fácil de ver como o conceito incorpora a noção de equidade, que se põe, também desde Aristóteles, como parte integrante e complementar da idéia de justiça. Fazer justiça importa, portanto, uma divisão proporcional.

Esse conceito de justiça, com ser mais amplo e mais flexível e, portanto, com aptidão para melhor cumprir suas funções de fertilizar a

⁸ ANTONIO Menger, "El Derecho Civil y los Pobres", Buenos Aires, Editora Atalaya, 1947.

⁹ ARISTÓTELES, "Gran Ética", in "Obras", Madrid, Editora Aguilar, 1964, Liv. I, Cap. 33 (p. 1336).

vida jurídica, pouco tardou para que passasse a enfrentar nova e avassaladora onda de tendências de nítido teor liberal, reconhecidamente de índole individualista, apelidada de globalização. Ninguém se iluda: é a tentativa sorrateira de retorno aos princípios do Estado mínimo, para a máxima exploração dos pobres.

Há uma flagrante contradição em tudo isso: enquanto se assiste a um forte e amplo movimento de valoração do constitucionalismo, através principalmente do redimensionamento dos Direitos humanos, verifica-se claramente, de outra parte, a situação de debilidade em que se encontra a justiça, ao passar do estado de quase estagnação, em que se encontrava, para o estado de quase alienação, para o qual parece encaminhar-se.

De todo modo, é preciso ver sem sobressaltos ou hipocrisias, como não costumam ver nem os ingênuos, nem os hipócritas, que a condição jurídica dos pobres permanece extremamente precária, sendo certo que o que nela continua sobressaindo é o aspecto penal, ligado ao crime e à punição. Vale dizer: eles contam por sua exclusão social. São os ausentes dos bens da civilização e do progresso, da democracia e do Direito. Urge que os integrantes do aparelho judicial do Estado, aí incluídos os advogados, consultem detidamente suas consciências a respeito do cumprimento de suas funções sociais

e públicas. Já poderia significar um bom começo se não rirem, ao depararem verdades desse teor.

Não sendo a justiça um ser completo e acabado, mas um modo de ser de uma aspiração que constantemente quer atualizar-se, têm-se que as preocupações com sua prevalência devem constituir deveres cotidianos dos democratas de todas as procedências. Certos, porém, de que, como todos os problemas humanos fundamentais, o da justiça também jamais alcançará, em tempo algum, solução definitiva. Por sua natureza metafísica, eles se constituem, desde o início, como temas de recorrência obrigatória para todas as gerações. E assim ocorre porque, consoante já se anotou inúmeras vezes, a humanidade, como ente coletivo, alcançou alto grau de desenvolvimento cultural, mas cada indivíduo, ao nascer, tem de começar tudo do zero, como se nada tivesse acontecido.

Referências Bibliográficas

ANTONIO, Menger. "El derecho civil y los pobres". Buenos Aires: Editora Atalaya, 1947.

ARISTÓTELES. "Gran Etica", in "Obras". Madrid: Editora Aguilar, 1964.

GUSTAVO, Radbruch. "Filosofia do direito". Coimbra: Arménio Amado-Editor, 1974.

HANS, Kelsen. “**O que é justiça?**”. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997.

HENRY, D. Thoreau. “**A desobediência civil**”. São Paulo, 1968.

JEREMY Bentham. “**Fragmentos sobre el gobierno**”. Madrid: Editora Aguilar, 1973.

JOHN, Rawls. “**Uma teoria da justiça**”. São Paulo: Editora Martins Fontes.

LÚCIO, Aneu Sêneca. “**Cartas a Lucílio**”. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. (Carta 148).

SÓFOCLES. “Antígona”. em “**A trilogia tebana**”. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.