JUSTIÇA

(Um critério para o legislador)

Bruno de Mendonça Lima

Professor Catedrático de Direito Judiciário Civil, na
Faculdade de Direito de Pelotas.

1. O homem só pode viver em sociedade, isto é, em convivência com outros seres humanos. Não existe homem algum possa viver absolutamente isolado, sem receber auxílio de outros homens. Apontam-se casos esporádicos, como o do marinheiro escocês Alexandre Selkirk, abandonado em uma das ilhas Juan Fernandez, ao largo da costa chilena, onde viveu durante cinco anos, e cujo diário inspirou a Daniel De Foe o seu famoso romance Robinson Crusoe. Mas em tal caso a sobrevivência do homem isolado só foi possível em consequência da vida anterior em sociedade, que lhe dera aptidões que lhe permitiram lutar pela subsistência, e também pela ajuda que lhe proporcionavam as armas e utensílios que ele havia adquirido durante a vida em sociedade. Se Robinson tivesse sido abandonado na ilha no dia em que nasceu, não teria vivido vinte e quatro horas.

2. Se o homem vivesse isolado, a sua atividade só teria como limite as possibilidades materiais. Vivendo em sociedade, porém, a realização da vontade de um homem pode ser impedida ou embaraçada pela atividade de outros homens. Para que a vida social seja possível, e para que ela possa produzir a maior soma de benefícios e o mínimo de prejuízo, é necessário, pois, estabelecer uma limitação da atividade de cada homem, para que ela se possa harmonizar com a atividade de todos. Quando não fôr possível a harmonia entre dois interesses colidentes, um deve ser sacrificado e o outro protegido. Mas qual dos dois interesses deve ser sacrificado? Se dois homens querem o mesmo objeto, a qual dos dois esse objeto deve ser assegurado? Uma solução simplista seria deixar que a força ou a astúcia resolvesse o conflito. Mas se tal solução fôsse erigida em regra geral, a vida social acabaria por se tornar impossível, pois que ela não daria vantagens seguras para nin-

guém, nem mesmo para o mais forte. Este sempre correria o risco de encontrar um mais forte do que ele, ou de se defrontar com uma coligação de fracos que o sobrepujasse. Contudo, não há dúvida de que a força e a astúcia têm conseguido estabelecer em certas épocas regras de conduta entre os homens. Um povo conquistador, por exemplo, impõe sua vontade aos vencidos, transforma-se em classe dominante e estabelece pela força e pela astúcia regras que a classe dominada deve obedecer. Mas entre os próprios dominantes, dado que eles são igualmente fortes, a força não pode servir de critério para a limitação das atividades. As próprias regras impostas pela força ou pela astúcia, quando submetidas a um exame racional, mostram-se inadequadas ao aperfeiçoamento do convívio social. E embora, mesmo nas legislações mais modernas, ainda se encontrem numerosos preceitos obrigatórios, que têm seu fundamento na força ou na astúcia, a favor de uma classe dominante, o certo é que nas mais longínquas civilizações os sábios, os pensadores, os filósofos, os grandes legisladores e condutores de povos têm sempre buscado um outro princípio, que não a força ou a astúcia, para delimitação dos interesses em conflito. Nas mais remotas eras surgiu a idéia de *justiça* como o único critério racional para o estabelecimento de normas que limitassem a atividade individual em benefício da coletividade.

3. Embora a idéia de justiça seja tão antiga como a sociedade e a civilização, contudo até hoje não se pode dizer que o seu conceito e a sua definição estejam claramente estabelecidos. Kelsen afirma que todas as tentativas e esforços para determinar o conteúdo da idéia de justiça terminaram em vãs tautologias, em mero jogo de palavras. ⁽¹⁾ Entretanto o grande filósofo jurista espanhol Recaséns Siches, ex-professor da Universidade de Madrid, e atual professor da Universidade Nacional do México, em sua recente obra "Vida Humana, Sociedad Y Derecho", salienta que é impressionante, em 25 séculos de Filosofia, a coincidência do pensamento de todas as escolas, quanto à idéia de justiça em geral, ao mesmo tempo que há as mais árduas controvérsias teóricas e as mais sangrentas lutas políticas, quanto aos problemas de aplicação prática dessa idéia ⁽²⁾. O filósofo suíço Cathrein, sacerdote jesuíta, mostra a pouca atenção que os modernos juristas têm dado à noção de justiça. ⁽³⁾ E embora essa observação tenha sido feita no começo deste século, continua válida até hoje. Há obras notáveis de Filosofia do Direito, de Introdução ao Direito, de En-

(1) Teoria Pura do Direito, trad. de Fernando Miranda, ed. Saraiva & Cia., 1939, pag.

(2) Vida Humana, Sociedad y Derecho, pags. 468 e seg. da 2.ª ed.

(3) Filosofia del Derecho, trad. de Jardon y Barja, 2.ª ed. pag. 41.

ciclopédia Jurídica, e compêndios didáticos dessas matérias, em que mal se fala em justiça. Parece que se parte do pressuposto de que tal noção já é conhecida de todos, e com a omissão se evitam definições perigosas ou inúteis. E' de preferência nos tratados e compêndios de Moral que a idéia de justiça é examinada. Mas aí ela é estudada como uma virtude, e não propriamente como um critério para a limitação coercitiva da atividade do homem em sociedade.

4. Apesar de não existir até hoje uma definição de justiça que exclua tôdas as dúvidas quanto às suas características e quanto à sua aplicação prática, ainda assim o sentimento de justiça e a idéia de justiça existem no espírito de todo homem, como aquisição ancestral e milenária da civilização, o que fez Ravà, professor na Universidade de Pádua, afirmar que o homem tem um sentido espiritual para perceber a justiça, como tem sentidos corporais para conhecer o mundo material. Mas o sentimento de justiça em regra só se revela em face do caso concreto, diante, por exemplo, do sofrimento imerecido, da recompensa indignamente alcançada, do inocente perseguido ou do criminoso impune. Tal sentimento, provocado pelo individual, não é suficiente para guiar o legislador nas generalidades, e servir de critério para o estabelecimento de leis justas. Uma lei justa pode tolerar o sofrimento imerecido, como, por exemplo, quando autoriza a prisão preventiva de um acusado, contra o qual se levantam graves indícios, e que se mostra depois ser inocente.

5. Não é de admirar que, embora a generalidade dos homens tenha a idéia e o sentimento de justiça, não haja entretanto uma definição indiscutível de seu conceito. Os matemáticos não conseguiram uma definição perfeita de linha reta, mas ninguém ignora o que seja a linha reta. Igualmente, a Física não tem ainda uma definição satisfatória para a luz. Mas não há quem, dotado de visão, confunda o fenômeno luminoso com qualquer outro. E para o cego a mais perfeita definição há de ser incapaz de lhe dar a idéia de luz.

Há, entretanto, um interesse de ordem prática em se precisar, tanto quanto possível, o conceito de justiça, uma vez que êsse conceito deve ser o único critério racional para delimitar o círculo de atividade de cada indivíduo em relação aos demais. Se êsse critério não fôsse achado, a delimitação se faria ao sabor daqueles que tivessem ocasionalmente em suas mãos o poder coercitivo, e em tal caso as leis teriam por finalidade conservar e aumentar o bem estar dos privilegiados, e não o bem-estar da coletividade em geral.

6. A definição clássica de justiça é a de Ulpiano, que serve de pórtico às Institutas de Justiniano: "*Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*". Essa definição, como observa Kelsen, encerra uma tautologia. Consiste a justiça em dar a cada um o seu direito. Mas qual o critério para saber o que deve ser considerado como o direito de cada um? A definição de Ulpiano pressupõe que já houve uma anterior distribuição de direitos, e que essa distribuição deve ser respeitada em cada caso. O conceito de Ulpiano corresponde assim ao que se pode chamar de *justiça formal*, ou seja, a simples aplicação da lei positiva aos casos contratos.

Se há dois interesses em conflito, e se não é possível harmonizá-los, o juiz é chamado a decidir qual o interesse que deve ser sacrificado. Para isso o juiz examina os fatos e a esses fatos aplica a lei. Suponhamos que os interesses em conflito digam respeito a uma coisa disputada por duas pessoas, o autor e o réu. Examinados os fatos alegados, á luz da prova produzida, e aplicada a lei aos fatos, o juiz pode, por exemplo, chegar à conclusão de que o autor havia realmente adquirido a coisa por título legítimo. O réu, porém, já possuía a coisa há tanto tempo que acabara por adquiri-la por usucapião. E assim, o juiz decide o conflito a favor do réu. Se o juiz apreciou corretamente os fatos e se fez exata aplicação da lei, dizemos que a sentença é *justa* e que o juiz fez *justiça*. Nada há a dizer quanto a sentença do juiz. Ele seguiu o ensinamento de Ulpiano e deu ao réu o seu direito. Foi cumprida a justiça formal, a que decorre da simples aplicação da lei.

7. A lei positiva é um mandamento humano, e como tal falível, e sujeito à crítica da razão. É sempre lícito examinar *se a própria lei é justa*. Na sentença, em que se reconhece usucapião, por exemplo, houve a aplicação exata de uma lei positiva. Mas é lícito fazer a crítica dessa lei, para verificar se é justa a lei que priva alguém do direito de propriedade de uma coisa, só porque outrem, satisfeitos certos requisitos, se manteve durante alguns anos na posse de uma coisa que originariamente não lhe pertencia. Esta crítica não compete ao juiz, a quem incumbe apenas aplicar a lei, seja ela justa ou injusta. Mas a crítica pode e deve ser feita, para que a legislação vá sendo escoimada de leis injustas, ou de leis que, sendo originariamente justas, deixaram de sê-lo em consequência de modificações que a evolução social foi trazendo para a vida coletiva.

Há, pois, uma *justiça do juiz* e uma *justiça do legislador*. O juiz é justo, quando aprecia corretamente os fatos e aplica a eles a lei aplicável, mesmo que essa lei seja injusta. Mas o legislador é

justo quando promulga *leis justas*, pois nem toda lei é justa em si mesma.

8. As escolas que se filiam ao chamado *positivismo jurídico* têm como direito e como jurídico tudo quanto foi ordenado pelo legislador, sem se preocuparem em estabelecer um critério para o legislador. Conduzem elas ao despotismo do legislador: *Sic volo sic jubeo, sit pro ratione voluntas*. O direito é a vontade do legislador; é a norma coactivamente imposta pelo poder público.

Essas escolas se impressionaram com a enorme variedade de leis, no tempo e no espaço, o que dá impressão de que nenhum critério existe para se saber o que é justo ou o que é injusto, o que deve e o que não deve ser proibido. O homem de ciência, entretanto, não tem razão para ficar perplexo diante da variedade dos fenômenos, por maior que ela seja; pois ao cientista compete justamente descobrir as leis a que se submetem as variações, e procurar, como ensinava Augusto Comte, a constância na variedade dos fatos. Por muito que diversifiquem, no tempo e no espaço, as leis positivas, a sua diversidade é nada comparada com as infinitas variações que se observam na anatomia e na fisiologia das numerosíssimas espécies vegetais e animais. E essa multiplicidade não impediu que a Biologia descobrisse leis gerais a que essas variações obedecem. No meio de tão numerosas variações a ciência vai descobrindo as constantes.

9. Mesmo que todos os legisladores fôsem profundamente sábios, que nunca errassem, que só promulgassem leis *justas*, mesmo assim, ou por isto mesmo, as leis deveriam variar de povo para povo e de uma época para outra, tanto quanto variassem as condições peculiares de cada povo e de cada época. As leis se devem adaptar a essas condições variáveis, sem que com isso varie o critério de justiça. Se o critério permanece o mesmo, e as circunstâncias mudam, a lei tem que variar, para que continue justa. Como, além de tudo, o legislador não é infalível, muitas leis já são inicialmente injustas, isto é, constituem erros do legislador, erros que a aplicação da lei vai demonstrando. E assim, o legislador acaba corrigindo a lei errada, ou substituindo-a por outra. A multiplicidade de leis positivas, a sua variedade no tempo e no espaço, e até a sua antinomia não impedem, pois, que se possa estabelecer um critério para saber se uma lei é ou não justa.

10. O que não se pode é sustentar que um ato é justo, porque é permitido pelo legislador, e injusto, porque proibido. O que em si é injusto, continua sendo tal, mesmo que a lei declare o contrário, pela mesma razão porque o erro não passa a ser verdade

nem o monstruoso passa a ser belo, só porque o legislador assim o tenha decretado. O legislador tem poder para se fazer obedecer; mas não tem para mudar a natureza das cousas. Diz Carnelutti que a justiça está para a lei, assim como o ouro está para a moeda. O ouro é a matéria de que se faz moeda; mas só fica sendo moeda depois que recebe o cunho do Estado. Como moeda, o seu valor depende da quantidade de ouro que contenha. As vezes (o mais das vezes) a moeda não contém ouro algum, mas continua sendo moeda. A lei também deve ser feita de justiça, embora muitas vezes esteja mesclada de injustiça, ou não contenha justiça alguma. E assim como a moeda, que não contém ouro, não fica sendo ouro, a lei que não contiver justiça não ficará sendo justiça.

11. A impossibilidade de uma definição de justiça, de que decorram, sem discussão, as suas aplicações práticas, não impede que se determinem certas características que sirvam de critério ao legislador para estabelecer leis justas. Sendo as leis normas gerais obrigatórias, devem elas se revestir do caráter de impessoalidade, e se aplicarem de modo geral a todos quantos estejam nas condições e circunstâncias previstas na lei. Para que um ato de alguém possa ser considerado *justo*, é necessário que tal ato seja lícito a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições. A justiça exige sem dúvida a igualdade de tratamento para os iguais e a desigualdade para os desiguais. A justiça é, pois, impessoal, aplica-se a toda uma classe de pessoas, e de um modo geral a todas as pessoas. É como a linha reta, que é igualmente reta pelos dois lados; e não como a linha curva, que é côncava de um lado e convexa de outro. Cada um de nós tem a tendência de considerar justos os atos que nos são favoráveis e injustos os que ferem os nossos interesses. Consideramos injusto certo ato praticado por alguém em relação a nós; mas amanhã consideramos justo idêntico ato praticado por nós. Essa é a justiça da linha curva. A da linha reta estabelece um critério igual para todos. Por isto aqueles povos, cujas línguas exprimem a idéia de direito por uma palavra que significa a *linha reta* (como em português, francês, italiano e espanhol) revelam mais sentimento de justiça do que os próprios Romanos, que exprimiam o direito pela palavra *jus*, originada de *jussum* (do verbo *jubeo*) que significa ordem, mandado, e compreende assim também as ordens injustas, as leis injustas. Etimologicamente, o *jus* corresponde àquilo que foi mandado pelo legislador, pouco importando a justiça desse mandado.

12. A igualdade de tratamento, como requisito da justiça, é ensinada nos Evangelhos, nas palavras: "*Qual fôr a medida de*

que vós usardes para os outros, tal será a que se use para vós". (Lucas, VI, 38).

Dessa igualdade resulta que cada um, ao procurar aquilatar da justiça de um ato de outrem, deve se colocar no lugar daquele outro. E', em substância, o que ensina a chamada "regra de ouro", isto é, o preceito cristão segundo o qual "tudo o que quereis que vos façam os homens, fazei também vós a eles". (Mateus, VII, 12).

Ao que parece, essa *regra de ouro* faz parte do patrimônio moral e cultural da Humanidade desde épocas remotíssimas. Confúcio já a ensinava cinco séculos antes de Jesus Cristo, sob a forma negativa com que muitas vezes é apresentada como preceito cristão. Interrogado por Tse Kung se uma palavra única poderia resumir a norma de proceder para uma vida inteira, o sábio chinês respondeu: "Essa palavra é reciprocidade. Não faças aos outros o que não queres que te façam". E no famoso poema indú Mahabharata, que se supõe escrito há uns três mil e quatrocentos anos, e que consubstancia e colige ensinamentos de épocas muito mais remotas, encontra-se esta passagem: "Ninguém faça a outro o que não quer que lhe façam; esta é a súpula da justiça; o mais é apenas a consequência. No dar como no recusar, no gozo como na dor, no agradável e no desagradável, cada um encontra a sua direção, pondo-se no mesmo lugar dos demais".

Por isto Westmarck, em sua obra "Origem e desenvolvimento das idéias morais", notou que S. Agostinho estava certo quando afirmou que a chamada *regra de ouro* tem o consentimento unânime dos povos da Terra. (Apud Cathren, op. cit. pag. 99 n.º 1).

Se é certo, entretanto, que a regra de ouro encerra a idéia de justiça, vai além da justiça, e abrange também a benevolência e a generosidade. Estes próprios sentimentos meritórios não podem, porém, *ir contra a justiça*. Não seria lícito, por exemplo, absolver um delinqüente perigoso, por mal entendida generosidade, pois que esse bem aparente seria um mal para a sociedade, um mal para as futuras vítimas desse delinqüente ou de outros que tivessem sido estimulados pela generosa impunidade.

O professor Hermes Lima, em sua Introdução à Ciência do Direito, ensina que há muitas fases no conceito de justiça. "Este resulta antes de um conjunto de valores culturais em que é visível a contribuição de três civilizações: a civilização hebraica, configurando-a como a virtude consistente na observação dos preceitos divinos; a grega, como critério de igualdade e proporção entre o ato e a prestação de alguém e a contra-prestação de outrem, seja no campo jurídico, seja no campo moral; a romana, que a entende como o dever de dar a cada um o que é seu. Justiça im-

plica, pois, generalidade, igualdade, proporcionalidade: tratamento igual de relações iguais" (Ed. de 1949, pág. 132).

Essa igualdade de tratamento de relações iguais é também reconhecida pelo jurista norte-americano Bodenheimer, que, em sua obra "Teoria do Direito" apresenta, como primeiro e mais importante mandamento da justiça, "tratar de modo igual, em circunstâncias iguais, a homens iguais" (Edição espanhola, México, 1942, pág. 61 e seguintes). Mas o mesmo escritor frisa, que essa fórmula não vence tôdas as dificuldades, pois sendo impossível uma igualdade integral entre os homens ou entre as circunstâncias, resta saber quais as circunstâncias que podem ser desprezadas para esabelecer uma igualdade artificial. Além de que podem ser tratados igualmente homens iguais em circunstâncias iguais por se haver feito a todos eles igual injustiça.

13. O saudoso professor Queiroz Lima, na sua Sociologia Jurídica, ensina que a justiça é a própria ordem social e significa a exata medida em que os interesses individuais se equilibram entre si e se devem manter em face dos intrêsses sociais. (Ed. de 1941, pág. 149). A exatidão desse conceito está em que ele estabelece a harmonia entre os interesses individuais e os interesses sociais. Essa harmonia deve ser insistentemente procurada, pois se é certo que, de um modo geral, os interesses da coletividade devem prevalecer sobre os do indivíduo, não é menos certo que tal fórmula, empregada até o exagêro, pode conduzir ao mais terrível despotismo. Casos há em que, pelo menos imediatamente, o interesse coletivo pode ceder ao interesse de um só. Pode ser lícito, por exemplo, fechar inteiramente o tráfego de uma rua, para que tenha livre trânsito a ambulância que transporta uma pessoa gravemente enfêrma. Aparentemente, o interesse de um só prevaleceu sobre o interesse de uma coletividade, privando centenas ou talvez milhares de pessoas da faculdade de ampla locomoção. Mas cada um dos que tiveram restringida a liberdade de locomoção, em benefício do enfêrmo, pode amanhã estar nas mesmas circunstâncias dêle e gozar do mesmo privilégio. Mediamente, pois, a medida visava ao interesse da coletividade, sem falar no interesse que tem a coletividade em que se preserve uma vida humana. Pode acontecer também que seja de tal relevância o interesse individual e seja tão insignificante o interesse social que a êle se opõe, que seja preferível assegurar o interesse individual. Assim acontece, por exemplo, quando em tempo de paz se dispensa do serviço militar o arrimo de família. Atende-se aí ao interesse individual da família do conscrito e não ao interesse social que exigiria a prestação do serviço militar, e isto porque, se é de relevante interesse social que seja prestado tal serviço, não há

maior interesse em que a prestação seja exigida exatamente de um determinado indivíduo.

Um exemplo de equilíbrio entre o interesse social e individual está na desapropriação por utilidade pública. O interesse social exige que uma determinada coisa passe à propriedade do Estado; mas a isso se opõe o interesse individual do proprietário. Uma solução extrema, pela prevalência do interesse social, seria despojar simplesmente o indivíduo daquilo de que a sociedade precisava. Com isso, o sacrifício do interesse individual seria absoluto. A solução de equilíbrio é a desapropriação: o Estado se apropria da coisa, mas o dono recebe uma justa indenização. Atinge-se, quanto possível, a harmonia entre os interesses sociais e os individuais.

14. A lição de Queiroz Lima em rigor se harmoniza com o pensamento de Kant. O grande professor de Heidelberg apresentava, como critério da justiça, a harmonia do interesse de cada um com os interesses de todos, mediante a fórmula: “É justo todo ato que permite que a vontade de cada um se harmonize com a liberdade de todos segundo uma lei universal. — Age de tal maneira que o teu modo de agir possa ser tido como uma norma universal”.

É interessante notar que Spencer, embora não conhecesse a obra de Kant (segundo ele próprio informa em seu livro sobre a “Justiça”), chegou a uma fórmula substancialmente igual à do filósofo de Heidelberg: “Cada um tem a liberdade de agir de acordo com a sua vontade, contanto que não infrinja igual liberdade dos demais”. (Justice, trad. francesa de Castellet, 2.^a ed. pag. 52).

15. O que parece fora de dúvida é que o conceito de justiça está intimamente ligado à delimitação dos interesses, à separação entre os interesses lícitos e ilícitos, entre os interesses que devem ser protegidos e os interesses que devem ser sacrificados. É assim a idéia de Justiça está intimamente ligada à idéia de Direito. É certo, entretanto que nem todos os filósofos juristas reconhecem o ideal de Justiça como sendo a finalidade do Direito. Radbruch, por exemplo, em sua “Filosofia do Direito”, considera o Direito como um esforço para a realização da Justiça, mas admite que esse esforço pode não atingir a sua meta, e contudo não deixará de ser Direito. Para muitos, a finalidade do Direito é a *segurança*; se esta puder ser atingida pela Justiça, melhor; mas de qualquer forma, a segurança é o objetivo do Direito. Para outros, principalmente para os filiados à corrente do chamado materialismo histórico, a finalidade do Direito é a proteção dos interesses da classe dominante. As próprias leis, que procuram melhorar a sorte dos trabalhadores, são tidas como ditadas no inte-

resse da classe dominante, pois terão como finalidade abrandar e contentar os proletários, atenuando os seus ímpetos de revolta. Seja qual fôr, entretanto, a finalidade que se atribua às leis positivas, é certo que todas as escolas reconhecem que essas leis estão sujeitas à crítica, à luz de um critério superior, seja esse critério a ordem, a segurança ou a justiça. Por isto, Stammler ensina o ideal de um *direito justo*.

16. Se examinarmos o Direito Positivo de um povo, seremos obrigados a reconhecer que suas leis podem ter obedecido a finalidades muito diversas. Em um mesmo corpo de legislação, poderemos encontrar leis que tenham por finalidade atingir o ideal de justiça, outras simplesmente a conservação da ordem material, outras a proteção de uma classe dominante, e outras até ditadas por interesse pessoal ou por mero capricho, como acontece nos governos despóticos. Mas se as leis positivas podem servir a qualquer fim, resta saber quais as leis que têm uma *finalidade legítima*. As leis, que servem a fins legítimos, são as únicas que poderemos considerar como expressão verdadeira do Direito. As demais são simplesmente *atos de poder*, segundo a classificação de Bodenheimer.

Não se pode descobrir outra finalidade legítima para as leis que não seja o bem-estar da coletividade, o que se chama geralmente de bem público. Como do bem público deve resultar bem para os indivíduos em geral, o bem de uma certa classe e até de um indivíduo pode ser tido como bem público desde que não se oponha ao bem coletivo.

Não basta que o homem viva em sociedade. É necessário tirar da vida social a maior soma de benefícios para a coletividade. A conhecida fórmula — “a maior felicidade para o maior número possível” é sem dúvida uma fórmula correta. As contingências da vida entretanto muitas vezes não permitem, nem ao homem, nem à sociedade, escolher propriamente um bem. Em certas ocasiões, não há alternativa senão entre dois males. Em tal caso, evitar o mal maior já pode ser considerado um bem. E, por isto, em muitos casos, não há remédio senão escolher o mal menor.

17. O primeiro requisito, pois, para que uma lei seja legítima, é a sua *utilidade* para o bem da coletividade, ou para o bem de um grupo ou de um indivíduo, tanto quanto esse bem particular não se oponha ao bem geral. Mas assim como evitar o mal maior já pode ser considerado como um bem, nunca se poderá ter como um bem aquilo que possa produzir um benefício imediato, mas cause no futuro um mal maior do que o bem presente.

Como a vida social não pode ser mantida sem que os homens limitem a sua atividade, a primeira finalidade das leis será a própria manutenção da vida social. Mas não basta manter o convívio social; é conveniente tirar dêsse convívio a maior soma de benefícios para o maior número. E' necessário, pois, não só *manter*, como *aperfeiçoar* o convívio social. Haverá, portanto, leis que tenham por finalidade manter o convívio social e outras que tenham por fim o aperfeiçoamento dêsse convívio.

Não basta, contudo, que as leis tenham essa finalidade. Não há dúvida também que, sob o ponto de vista humano e terreno, essa é também a finalidade dos verdadeiros preceitos da Moral. A observância generalizada e constante dos preceitos da Moral tornaria muito mais feliz a vida social. Não quer isto dizer que o legislador deveria impor a observância de todos os preceitos morais. O mais das vêzes, isto seria impossível. O interêsse, que tem a sociedade, em que os preceitos morais sejam observados, se alcança mais pela educação e pela religião do que pelos meios coercitivos. Dado que os meios coercitivos sempre causam algum mal, êles só devem ser usados, quando não se puder atingir o mesmo fim pelos meios persuasivos.

Assim, é requisito para a lei que o benefício, que com ela se visa, não possa ser alcançado com segurança, e no devido tempo, sem o recurso aos meios coercitivos.

Muitas vêzes não se pode atingir certo resultado sem o emprêgo dos meios coercitivos. Mas acontece que nem sempre existem meios coercitivos adequados, ou sua aplicação é impossível. Em tal caso, a lei não seria aconselhável, porque ela seria unicamente obedecida por alguns e não por todos, o que praticamente equivaleria a não ser ela obrigatória.

Pode acontecer que os meios coercitivos sejam possíveis, mas que o seu emprêgo cause maior mal do que aquêle que a lei quis evitar. Tal acontece, por exemplo, sempre que uma lei, mesmo em si boa, encontre enorme resistência por parte do povo, obrigando a medidas violentas para a sua aplicação. Imagine-se, por exemplo, o que seria impor pela fôrça a vacinação.

Para que uma lei possa ser considerada justa, será necessário, pois:

- a) que ela seja útil para conservar ou aperfeiçoar a co-existência social;
- b) que o seu fim não se possa alcançar com segurança e no devido tempo, sem apêlo aos meios coercitivos;
- c) que, na generalidade dos casos, êsses meios coercitivos possam, quando necessário, efetivamente ser empregados;

- d) que o efetivo emprêgo dos meios coercitivos não cause mal maior do que aquêle que se quis evitar, ou um mal em desproporção com o benefício visado.

18. Uma lei justa assegura, pois, aos indivíduos certas faculdades ou certas atividades que são os seus *direitos* e lhes impõe certas restrições que são seus *deveres*, sempre com o fim de *manter* ou *aperfeiçoar* a coexistência social. Assim delimitados os direitos e deveres de cada um, por uma lei justa, a Justiça consistirá em respeitar os direitos de cada um. Para o legislador, a Justiça será assegurar a cada um o livre exercício daquelas faculdades que sejam compatíveis com a manutenção e com o aperfeiçoamento da vida social.

O saudoso Pedro Lessa, em seus "Estudos de Filosofia do direito", ao criticar a teoria de Ihering, escreveu o seguinte:

"... sendo o homem um ser necessariamente impellido por sua natureza à vida social, a necessidade de limitar a atividade dos indivíduos e dos vários agrupamentos sociais formados por êstes, se lhe impõe de modo inelutável. Essa limitação da atividade é uma condição primordial de vida para a sociedade, e conseqüentemente também para o indivíduo. Para que a sociedade se conserve e desenvolva, é imprescindível que cada indivíduo, ou cada uma das entidades coletivas que se formam no seio da sociedade, tenha uma esfera de ação, dentro da qual realize tudo o que lhe é condição de vida e desenvolvimento, sem impedir os consociados, ou as outras coletividades, de se conservarem e desenvolverem".

"Aí está o princípio fundamental do direito. As normas jurídicas nada mais são do que regras de conduta, cujo conteúdo se nos depara nas deduções dessa verdade geral. Queremos saber se um ato deve, ou não, ser permitido pelo legislador: nada mais nos cumpre fazer do que indagar se a prática dêsse ato é para o homem uma condição de vida e desenvolvimento, cuja realização não obsta a que seus semelhantes igualmente se conservem e se desenvolvam". (Edição de 1912, pag. 381 e 382).

Pondo de parte o ponto de vista talvez excessivamente individualista, a lição do mestre encerra um critério aceitável para guiar o legislador na escolha das normas que deve tornar obrigatórias. Entretanto, parece-nos que em vez de considerar o Direito como um conjunto de normas que tenham por fim a conservação e o desenvolvimento da sociedade e do indivíduo na sociedade, será preferível

dizer “conservação e *aperfeiçoamento*”. A sociedade pode desenvolver-se ou evoluir em sentido regressivo e não de progresso, mas é no sentido do progresso, e portanto do *aperfeiçoamento*, que devem atuar as normas jurídicas.

19. O conceito de justiça, fundado na utilidade social, isto é, no bem-estar da coletividade, compreende também a ordem e a segurança, que também são indispensáveis para a conservação e *aperfeiçoamento* da coexistência social. Em certas situações anormais, como guerra, epidemias, calamidades, etc., a segurança e a ordem se podem tornar o bem urgente e inadiável, justificando até certo ponto medidas excepcionais consubstanciadas na máxima *salus populi suprema lex*. Em tais casos, a lei pode autorizar medidas que ferem nosso sentimento de justiça, porque importam no sofrimento imerecido, como a detenção de suspeitos, a destruição da propriedade particular, etc. Tais medidas, mesmo impondo sofrimento imerecido, têm por fim evitar males maiores, que também importariam em sofrimento imerecido. E assim, embora em cada caso, tais medidas nos possam parecer injustas e capazes de ferir nosso sentimento de justiça, em todo o caso não são injustas as leis que as autorizam, porque tais leis têm por finalidade assegurar ou restabelecer o bem-estar coletivo. Mas é nessas ocasiões extraordinárias que se cometem os maiores abusos, porque muitas vezes o detentor do poder procura mais o seu interesse pessoal ou o interesse de seu grupo do que o bem-estar da coletividade. E quando assim acontece, não estando o sofrimento imerecido justificado pelo genuíno interesse da coletividade, torna-se injusto. O abuso, porém, que se faça de uma lei justa não pode transformá-la em injusta. Cabe ao legislador ser prudente, ao autorizar tais medidas excepcionais, e legislar de modo não só a evitar que o poder público fique desarmado para enfrentar situação excepcional, como também que o detentor do poder fique com demasiadas facilidades para fazer mau uso de sua autoridade.

20. Quando pretendemos estabelecer, como critério para a elaboração de leis justas, a utilidade social ou interesse da coletividade em manter e *aperfeiçoar* a coexistência social, não queremos concluir que a essência da justiça seja a utilidade. A essência da Justiça é problema que excede as modestas pretensões deste nosso estudo. Tal essência está em Deus. A utilidade é apenas um sinal pelo qual se pode reconhecer a lei justa, isto é, a lei justa é sempre útil à conservação e ao *aperfeiçoamento* do convívio social. As demais leis são injustas, não constituem Direito, são erros ou abusos do legislador, isto é, atos de poder e não de Direito. Ocorre com a Justiça o que acontece com a luz. Os físicos não conhecem a essência da luz; não sabem se realmente é ela devida à emissão de fótons, ou a um simples movimento ondulatório do éter. De qualquer forma, há uma característica in-

falível que nos revela a existência da luz: é a visibilidade. Mas a visibilidade não é a essência da luz. Há raios luminosos que são invisíveis aos nossos olhos, conquanto, ao que parece, alguns não o sejam para as formigas e as abelhas. Há também efeitos da Justiça que podem não ser percebidos pelos nossos sentidos espirituais. Mas a *utilidade social* da justiça pode sempre ser percebida. E por isto, essa utilidade, embora não seja a essência da Justiça, é uma característica segura para que possamos aferir a legitimidade das leis e classificá-las como justas ou injustas.

Essa utilidade, porém, não pode ser apreciada apenas em seus efeitos imediatos. Se um bem imediato puder ser causa de mal maior no futuro, então não há propriamente utilidade social. Por isto, não se pode considerar como útil o *ato injusto*, só porque traga algum benefício imediato para a sociedade. *Generalizado esse ato*, isto é, transformado em lei ou em procedimento habitual, ele seria nocivo à coletividade. O ato deve ser conforme a uma lei justa, para que possa ser tido como justo.

21. Dada as permanentes relações de todos os povos entre si, a própria Humanidade, em seu conjunto, é uma sociedade. O critério da Justiça se aplica também a essa sociedade magna, e deve imperar nas relações internacionais. A utilidade de uma sociedade particular, como um povo, uma nação, um Estado, não será legítima se ela se opuser ao bem-estar da coletividade maior, que é a Humanidade.

E assim, no conceito de Justiça, já está implícito o de ordem, de segurança e de paz, segundo as palavras de Isaías:

“E a paz será a obra da justiça, e os frutos da justiça
“hão de ser a tranquilidade e a segurança para sempre”.
(32, 17).

CONCLUSÕES

I — A delimitação dos interesses humanos deve ser feita por leis inspiradas no ideal de Justiça.

II — Para que uma lei seja expressão da Justiça, e como tal constitua Direito, é necessário:

- a) que ela seja útil para conservar ou *aperfeiçoar* a co-existência social;
- b) que o seu fim não se possa alcançar, com segurança e no devido tempo, sem apêlo aos meios coercitivos;

- c) que, na generalidade dos casos, êsses meios coercitivos, quando necessários, possam efetivamente ser empregados;
- d) que o efetivo emprêgo dos meios coercitivos não cause maior mal do que aquêle que se quis evitar, ou um mal em desproporção com o benefício visado.

III — A utilidade de uma sociedade particular, como um povo, uma nação ou um estado, não será legítima se tal utilidade se opuser ao bem-estar da Humanidade, e assim não será justa a lei que se opuser a êsse bem-estar.

Pelotas, 2 de agosto de 1950.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ARMANDO CÂMARA

E' possível sintetizar a tese do eminente jurista Dr. Bruno de Mendonça Lima, nesta proposição fundamental:

“a lei deve ser expressão da Justiça, e ela o será na medida em que fôr útil à conservação e ao aperfeiçoamento do convívio humano”.

Do contexto da tese, resulta que êsse aperfeiçoamento se define na linha do Bem Comum, e que sua exata medida está em Deus.

Diz, magnificamente, o Autor:

“A essência da Justiça está em Deus”.

A leitura da tese, onde se incluem considerações doutrinárias, nem sempre aceitáveis, leva-nos a conclusão de que, para seu autor, a norma jurídica justa será a que guardar fidelidade à natureza racional do homem.

Propomos, aos senhores congressistas, a aprovação da tese do ilustre causídico pelotense.

DEBATES EM PLENÁRIO

O SR. PRESIDENTE — José Salgado Martins — Vou dar começo à sessão plenária do Congresso, em cuja ordem do dia figuram várias teses, já apreciadas pelas diversas comissões.

Está sobre a mesa a tese “Justiça, um critério para o legislador” — Bruno de Mendonça Lima. E' relator o professor Armando Câmara, a quem tenho a honra de conceder a palavra.

O SR. ARMANDO CÂMARA — A tese do ilustre diretor da Faculdade de Direito de Pelotas, dr. Bruno de Mendonça Lima, intitula-se “Justiça, um critério para o legislador”. Sobre esta tese formulamos o seguinte parecer, que mereceu a assinatura dos demais colegas de comissão: (Lê o Parecer)

O SR. PRESIDENTE — Está em discussão a tese: “Justiça, um critério para o legislador”, cujas conclusões são as seguintes:

CONCLUSÕES

I — A delimitação dos interesses humanos deve ser feita por leis inspiradas no ideal de Justiça.

II — Para que uma lei seja expressão da Justiça, e como tal constitua Direito, é necessário:

- a) que ela seja útil para conservar ou aperfeiçoar a coexistência social;
- b) que o seu fim não se possa alcançar, com segurança e no devido tempo, sem apêlo aos meios coercitivos;
- c) que, na generalidade dos casos, êsses meios coercitivos, quando necessários, possam efetivamente ser empregados;
- d) que o efetivo emprêgo dos meios coercitivos não cause maior mal do que aquêle que se quis evitar, ou um mal em desproporção com o benefício visado.

III — A utilidade de uma sociedade particular, como um povo, uma nação ou um estado, não será legítima se tal utilidade se opuser ao bem-estar da Humanidade, e assim não será justa a lei que se opuser a êsse bem-estar”.

Está em discussão.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Exmo. Sr. Presidente, exmos. colegas. Pedi a palavra para fazer uma pequena explanação das conclusões da tese, que, tão benèvolmente, a ilustre Comissão houve por bem aprovar. O trabalho que apresentei tem uma finalidade prática — a de guiar o legislador na promulgação de leis justas.

O legislador tem, muitas vêzes, por si, a convicção de se considerar onipotente em matéria legislativa, isto é, em ser êle o criador do Direito e, infelizmente, há diversas escolas jurídicas que só re-

conhecem como Direito o chamado Direito Positivo, conjunto de leis cuja observância é coactivamente imposta pelo Poder Público.

Intitulando a tese “Justiça, um critério para o legislador”, quis salientar que não se trata da justiça do juiz. Esta é diferente da justiça do legislador, porque o juiz é obrigado a aplicar as leis que êle encontra e, muitas vezes, estas leis não são a expressão da justiça, e daí resulta que uma sentença formalmente justa atenta, entretanto, contra os sentimentos de justiça. Em relação a isso, nada pode o juiz.

O juiz tem direito de pedir ao legislador que lhe dê leis justas e o legislador tem o direito de exigir que o juiz aplique as leis que êle, legislador, promulga.

Mas, se não houver um critério para o legislador, aquilo que passar pela cabeça do legislador como sendo possível de ser coactivamente imposto à sociedade, fôr tido como direito, então o Direito será simplesmente o arbítrio do legislador, e as sociedades terão muita sorte quando o legislador fôr suficientemente sábio para promulgar apenas leis justas. Mas terá que reconhecer valor intrínseco, também, às leis injustas.

À tese visa, justamente, êste possível conflito. Conflito que se vai estabelecer entre a lei positiva e o conceito de justiça.

Não me poderiam os meus conhecimentos levar à formulação dêsse conceito de justiça, que é um tormento para os filósofos, mas deixei expresso na tese que o conceito é quase inútil, se fôr substituído pelo sentimento de justiça, sentimento êste que se torna mais patente para cada um de nós quando defronta a injustiça.

Justamente quando estamos face a um ato injusto é que nós, a contrário senso, sentimos a justiça. Quando ela se pratica habitualmente está para nós como estaria o ar, de cuja existência nós, geralmente, não nos apercebemos, a não ser quando se agita ou nos falta. E’ o que acontece com a justiça. Nós sentimos a justiça justamente quando ela se agita, quando se põe dúvida sobre a sua existência ou aplicação, ou então quando ela nos falta; quando nos falta justiça, ou quando falta justiça a outro e testemunhamos que êste outro está sofrendo a injustiça.

O que nos afeta nesse sentimento é, as mais das vezes, ou talvez predominantemente — o sofrimento imerecido. Cada um de nós tem na consciência um sentimento de que o sofrimento não deve ser imerecido. O sofrimento deve corresponder a um mal, embora a vida nos apresente inúmeros casos de sofrimento que real ou aparentemente nós tenhamos como imerecidos. Mas quando um homem impõe a outro um sofrimento e êste sofrimento nos parece imerecido, nós temos a exata noção, pelo sentimento, de que houve uma violação da justiça.

O legislador deve promulgar leis de tal maneira sábias que não permitam soluções injustas. Mas êste simples critério do sofrimento imerecido não seria suficiente para estabelecer uma norma geral para o legislador. Muitas vezes, uma lei justa e sábia autoriza o sofrimento imerecido. Por quê? Porque, dado à deficiência dos nossos meios, muitas vezes, somos obrigados a tolerar um mal para evitar um mal maior. Exemplifico na tese com a prisão preventiva. Alguém é acusado de haver praticado um crime e há indícios muito sérios dessa responsabilidade. A lei permite que êsse acusado, — sobre cuja criminalidade e responsabilidade não se tem certeza — seja prêso. E’ possível que êste sofrimento seja imerecido, é possível que, afinal, se verifique que êsse homem não praticou crime algum e é absolvido, — então, todo tempo que êle sofreu na prisão foi um sofrimento imerecido. Mas a lei que autoriza êsse sofrimento imerecido é justa porque se esta lei não existisse, enfraqueceria tanto a repressão ao crime que iria aumentar de tal forma que a quantidade de sofrimento imerecido das vítimas seria muito maior. Logo, a lei que autoriza a prisão preventiva de um inocente, nos casos estritamente necessários para a segurança da defesa criminal, ainda assim é uma lei justa.

Eu estabeleci que nós podemos aferir a justiça de uma lei pela utilidade que ela possa trazer para a manutenção e o aperfeiçoamento da coexistência social. Não é que entenda que o critério da justiça seja a utilidade. Não quero dizer que tudo aquilo que tenha utilidade deva ser considerado como justo. Um ato pode trazer benefícios para a sociedade e ser, entretanto, injusto; não é que a utilidade seja da essência da justiça. O que há é que toda lei justa sempre atinge esta finalidade. Toda lei inspirada na justiça, atinge a finalidade de manter a coexistência social ou aperfeiçoar esta coexistência — aperfeiçoar, no sentido de aumentar os benefícios que a coletividade pode tirar da própria vida social.

A definição clássica de Justiça, a de Ulpiano, que nós todos aprendemos nos prolegômenos dos cursos jurídicos e que serve mesmo do pórtico às Institutas, diz apenas isto: “*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”.

A Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu.

Entretanto, esta definição é a definição da Justiça do juiz. O juiz, para saber se isto é de A ou de B, recorre à lei. O que diz a lei? Aplica a lei ao fato e decide: isto é de A. O juiz fez justiça, porque deu a A o que a lei diz que é o Direito dêle. Mas, pode acontecer que a lei mesma seja injusta. Essa lei que o juiz aplicou para saber se isso é de A ou de B pode ser injusta, nesse caso o juiz deu a cada

um o que é seu, porque teve que inspirar-se naquela lei, mas quem sabe se aquilo que deu a A devesse pertencer a B.

Suponhamos, por exemplo, que o autor ou réu disputem sobre a propriedade de uma coisa. O juiz verifica que o autor realmente é o possuidor dessa coisa, ou melhor, verifica que o autor realmente adquiriu essa coisa por título legítimo, porém o réu está, há tantos anos, de posse desse tal objeto e satisfaz tais e tais requisitos, que o juiz declara, então, que o réu já adquiriu a coisa por usucapião. E aquilo que legitimamente pertenceu ao autor, e que ele, autor, nunca transferiu ao réu, não mais é dele. O juiz, assim, decidiu de acordo com o preceito de Ulpiano. O juiz deu a cada um o que é seu, tomando como critério para essa afirmação a lei existente. Agora pergunto se esta lei é justa. Não estou dizendo que seja ou não justa, mas quero dizer o seguinte: a cada um de nós compete fazer a crítica e muito mais ao autor que perdeu aquilo que legitimamente havia adquirido. O juiz decidiu bem — nada tenho a dizer do juiz — mas, o fato é que a lei tirou-me aquilo que é meu, só porque o outro se apoderou do que era meu e ficou em sua posse durante alguns anos.

A autor tem o direito de fazer a crítica dessa lei e todos nós, todos os juristas, temos a obrigação de fazer a crítica das leis, para que elas se aperfeiçoem neste ideal de justiça.

Quando se trata do direito positivo e da ação do legislador, produzindo este direito positivo, legislando, é preciso sempre verificar qual é a finalidade do legislador, qual foi o fim que o legislador visou ao promulgar esta lei, esta outra ou aquela outra, assim por diante.

Bem. O legislador é um ser humano ou uma coletividade de homens. Como não há ação humana alguma que não tenha um fim, o legislador também deve ter um fim, mas estes fins podem ser variados. Pode acontecer que o legislador se inspire no ideal de Justiça; que outro esteja inspirado no ideal do interesse do grupo ou da classe a que pertence; que outro, ainda, queira estabelecer, reforçar uma situação de predominância ou opressão de um grupo sobre outro e, até mesmo, os legisladores autocratas podem fazer uma lei que seja a expressão de seu mero capricho.

Dêstes muitos fins que o legislador pode escolher, qual será o fim legítimo? Eis aí outro problema que procuro investigar no meu despretenso trabalho. Eu entendo que a finalidade legítima do legislador não deve ser outra que o Direito.

Examinando as escolas, encontraremos uma quantidade enorme de fins para o Direito. Há quem diga, por exemplo, que a finalidade do Direito é a paz social. Para que haja paz entre os homens, estabelece-se um certo número de regras a que eles devem obedecer. Mas que paz será esta, se o vencedor, mais forte, oprime o vencido, que não

podendo mais resistir, submete-se à vontade dele e não luta mais; nós temos a paz.

De modo que, se um grupo consegue empolgar a sociedade, dominá-la, fazer com que predomine a sua vontade e os oprimidos não podem lutar por falta de meios para isto, e obedecem, então temos a paz. Estes vencedores estabelecerão leis que terão, por finalidade precípua, manter essa situação. Continuaremos tendo paz, mas não é a paz da justiça, é a paz da força.

Há escolas jurídicas que chegam ao ponto de sustentar que o Direito de hoje, não é mais do que o que a força impôs ontem e que deixará de ser direito, quando uma força maior derrubar a situação atual e estabelecer uma outra, e, portanto, novas leis. Mas, então, este direito — que não tem um conteúdo essencial — não é um verdadeiro direito. Leis haverá e não haverá remédio senão obedecê-las, enquanto houver homens poderosos que possam impor a sua vontade, mas falta-lhes a essência do Direito, para que possam ser, essas leis, consideradas verdadeiramente como normas jurídicas. Este fim então não seria só por si a paz, não seria um fim legítimo.

Continua sendo o fim legítimo a justiça. O fim legítimo do legislador é a justiça e a finalidade de cada um de nós — estudiosos do Direito, aplicadores do Direito, trabalhadores do Direito ou ainda lutadores do Direito — é esforçarmo-nos para que na sociedade haja justiça. E alcançando a justiça, alcançaremos também a paz. A humanidade não terá mais paz do que justiça. Haverá paz no mundo inteiro, quando houver Justiça no mundo inteiro. Mas não haverá paz no mundo enquanto não prevalecer a Justiça. A Justiça será o postulado do qual há de decorrer a paz. Pode-se obter a paz também pela força e pela opressão, mas esta paz não é duradoura e aumenta o sofrimento da humanidade, em lugar de diminuí-lo.

Parece-me que é elemento essencial da Justiça a igualdade, isto é, tratar igualmente seres iguais, em circunstâncias iguais e tratar desigualmente seres desiguais, em circunstâncias desiguais. Esta igualdade já é recomendada pelos Evangelhos. “Qual for a medida de que vós usardes para os outros, tal será a que se use para vós”. Quer dizer: a Justiça estabelece uma situação de igualdade para mim e para os demais. Por isto a Justiça se caracteriza pela linha reta. A linha reta é reta de um lado e reta do outro. A linha curva é curva dos dois lados, mas é côncava de um lado e convexa do outro. Tem forma diferente, conforme a posição do observador. Aquêles que julga os seus atos na mesma medida com que julga os atos dos outros, separa a sua atividade da dos demais por uma reta. Mas o que procura tirar vantagens e julgar os atos de acordo com os seus interesses, procura a linha curva, avançando o mais possível, e naturalmente se sujeita a que os demais queiram fazer dele o mesmo domínio.

E' interessante notar que num grande número de línguas a palavra "Direito" tem o mesmo sentido da linha reta. Assim é no português, no francês, no italiano, etc.. Não no latim. No latim o direito é o "jus" do verbo "jubeo" — mandar. Parece que os romanos se firmavam na noção de que o Direito é aquilo que foi mandado pelo legislador, por aquêlê que detém o poder, sem nenhum juízo de valor sôbre o conteúdo dessa ordem. Mas se o ideal do Direito é a Justiça e se a Justiça estabelece por si a maior soma de benefícios para a sociedade, o legislador então deve procurar transformar em leis — e agora vou examinar as conclusões — deve procurar estabelecer na lei a expressão da Justiça. Para isso é preciso que a lei seja útil, para conservar ou aperfeiçoar a coexistência social. Aí tocamos no fim do Direito. O fim do Direito não é apenas a paz — qualquer paz — nem a ordem — qualquer ordem. O fim do Direito será estabelecer a paz, a ordem e a segurança, fundadas, porém, na Justiça, de modo que a lei deve ter como primeiro requisito ser útil para conservar ou aperfeiçoar a coexistência social. Se essas leis não forem observadas a sociedade se dissolve, desaparece. Essas leis têm por finalidade manter a coexistência social. Existem outras leis que têm por finalidade apenas aperfeiçoá-la. Se elas não existissem, a sociedade continuaria, mas se elas existirem e forem obedecidas, então a sociedade tirará maior proveito da coexistência social.

O segundo requisito que proponho é que o fim — êsse fim útil para conservar e aperfeiçoar a coexistência social — não se possa alcançar com segurança e no devido tempo, sem um apêlo aos meios coercitivos. Se o fim puder ser alcançado — êsse fim de aperfeiçoar a coexistência social — com segurança e no devido tempo, não nos adianta alcançar, depois que deixe de ser oportuno, sem apêlo aos meios coercitivos; não há necessidade de o legislador estabelecer a lei obrigatória, coactiva, memo porque a maior parte da atividade humana não é regulada pelos meios positivos, mas sim pelos preceitos morais. Ainda há poucos dias tivemos o prazer de ouvir a palestra do ilustre professor COUTURE, na qual êle salientou que a grande, que a imensa maioria dos pais sustenta e alimenta os filhos, não porque haja um artigo no Código Civil, dizendo que os pais são obrigados a sustentar os filhos, pois mesmo que não existisse êsse artigo no Código Civil a grande maioria dos pais continuaria a fazê-lo. Só alguns, excepcionalmente, precisam da sanção dêsse artigo. Quer dizer: o mais das vêzes a conduta humana pode ser guiada pelos preceitos da moral, desde que com isso se atinja, sem necessidade de constrangimento, o fim, o útil, de aperfeiçoar a coexistência social. Mas não adiantaria o legislador estabelecer meios coercitivos se êsses meios, efetivamente, não pudessem ser empregados. O legislador verifica que uma certa norma de conduta é conveniente ao aperfeiçoamento da coexistência

social e não pode alcançar êsse aperfeiçoamento a não ser pelos meios coercitivos; mas verifica também, que êle não dispõe de possibilidades de empregar êsses meios, então êle não deve converter êsses preceitos em leis, porque êle enfraquece a obediência da lei. Além disso vai legislar só para os homens probos, que cumprirão aquela lei por um dever de consciência. Os demais continuarão a violá-la impunemente e assim êle restringe a atividade de uns e não consegue restringir a de outros.

Há também outro requisito, que é que o emprêgo efetivo dos meios coercitivos não cause mal maior do que aquêlê que se quis evitar. O legislador quer combater um certo mal, ou quer trazer um benefício para a sociedade. Verifica que só pode consegui-lo por meios coercitivos e que pode empregar êsses meios. Transforma, então, a norma numa lei positiva e a torna obrigatória. Mas pode acontecer que êsses preceitos, embora úteis à conservação da coexistência da sociedade e mesmo inspirados no sentimento de ideal de Justiça, estejam em tal desacôrdo com a opinião pública ou que esta opinião pública não esteja bem esclarecida, ou por qualquer outra circunstância, provoquem tal reação, que essa reação seja muito maior que o mal que se quer evitar. Se se quisesse impor, por exemplo, a obrigatoriedade de uma determinada vacina, e houvesse grande reação popular contra isso, a ponto de que fôsse preciso, "manu militare", pegar um a um para vacinar, a desordem social poderia ser tão grande que, possivelmente, os males seriam maiores que a própria doença a evitar pela vacina.

Assim, quando o legislador verificar que a aplicação de um princípio, até de um ideal de Justiça, encontra tal oposição na sociedade, que o emprêgo dos meios coercitivos tem de ser de tal forma violento e generalizado que o mal maior esteja na aplicação da lei que na sua não existência, então, será, preferível o legislador assim não legislar.

Por outro lado quis frisar também que — como estou me referindo à utilidade para manutenção e aperfeiçoamento da vida social — não quero dizer com isso que uma sociedade particular, ou um determinado país possa fazer leis em seu benefício exclusivo, quando, com isso, essa sociedade ou êsse país põem em perigo a felicidade geral da humanidade. A humanidade deve ser considerada como uma grande sociedade; sendo assim, êsses requisitos são válidos também em relação à grande sociedade humana — a humanidade — e, portanto, nenhuma lei pode procurar um benefício particular de determinada sociedade, nação, estado ou povo, se com isso puser em perigo o bem-estar da humanidade.

Estas conclusões — que procurei formular com o fim prático de poder servir de guia ao legislador no modo de estabelecer as leis —

têm, a meu ver, certa utilidade no regime democrático que estamos ensaiando. Temos milhares de legisladores, saídos de tôdas as classes sociais, mais cultos, menos cultos e até incultos, porque temos legisladores federais, estaduais e municipais de tôdas as classes sociais — e êsse é o ideal, devem colaborar para a obra legislativa — e o legislador precisa, — os juristas estão cansados de saber tudo isso quanto está aqui, — mas o legislador sem trato nos assuntos jurídicos poderá ser levado a pensar, primeiro, que pode converter em leis tudo quanto sua fantasia estabelecer como sendo digno de ser convertido em lei; segundo, pode tentar converter em lei certos preceitos que, embora de utilidade para aperfeiçoar o convívio social, ainda assim não devem ser impostos coactivamente por ferirem um dos requisitos aqui estabelecidos.

Cumpro o dever de agradecer à ilustre comissão que deu parecer sobre minha tese. É uma tese despretenhiosa, sem a finalidade de abordar ou resolver problemas filosóficos e visando apenas estabelecer critério prático para o legislador, a fim de que o nosso Congresso, — se aprovar estas conclusões, como solicito — possa cooperar para que o legislador brasileiro dê à nossa Pátria leis justas. (Palmas).

O SR. ARMANDO CÂMARA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o sr. prof. Armando Câmara.

O SR. ARMANDO CÂMARA — Sr. Presidente, ilustres colegas. Há pouco, lendo o relatório que havíamos redigido sobre a tese do professor Mendonça Lima, dizíamos — creio que todos se recordam — que a leitura da tese, onde se incluem considerações doutrinárias nem sempre aceitáveis, leva-nos à conclusão de que para o autor, a norma jurídica justa será a que guardar fidelidade à natureza racional do homem. Suponho que esta passagem da frase tenha sugerido ao eminente colega uma divergência substancial e profunda entre seu ponto de vista e o de seus colegas que integram a Comissão.

Em realidade, os esclarecimentos prestados pelo nosso eminente professor Mendonça Lima vieram confirmar a existência, no trabalho que apresenta, de alguns conceitos, dos quais, sem nenhuma intenção polêmica, mas apenas num gesto de justificação e numa honesta atitude pessoal de formulação de pensamentos, dos quais, dizia eu, discordamos.

O eminente professor diz que a finalidade de seu trabalho é prática, e que não deseja fazer nenhuma especulação filosófica, ou meditação mais profunda sobre o conceito de Justiça e sim analisar a Justiça quanto ao critério de orientação do legislador.

Diz-nos o prof. Mendonça Lima, que segundo sua opinião, a Justiça, que não seria apreensível como conceito, o é, no entretanto, fa-

cilmente, como sentimento, por um homem qualquer, camponês ou catedrático da Sorbonne.

Senti na tese, que algo, — como o conceito formulado pelo professor, explicitamente, agora, — estava incluso. Senti, porque, na verdade, o nosso colega não formula explicitamente essa afirmação.

Devo dizer que, lamentavelmente, não podemos concordar. É o ponto de vista de Ravat, em suas "Lições de Filosofia do Direito", que defende esta doutrina da existência incontestada de um sentimento jurídico, sentimento formal de Justiça — formal — de Justiça, repito.

Em aulas nesta Faculdade, tenho chamado a atenção dos nossos bacharelados para o êrro, não só propriamente filosófico, mas também psicológico, que encerra esta afirmação. Um sentimento, exceção, do ponto de vista psicológico. Só há esta possibilidade quando tem um conteúdo correspondente ao conceito que o inspira. Não há possibilidade de a um sentimento não corresponder uma representação do ponto de vista psicológico. Só há esta possibilidade quando estamos diante dos chamados sentimentos formais, como, por exemplo, segundo diz o professor Froebis, e Velzanez concorda, e Ribt igualmente, nos seus estudos de psicologia sentimental, quando estamos diante de uma atitude de surpresa. A surpresa é, em realidade, um sentimento formal; parece carecer do conteúdo; não lhe corresponderia um conceito determinado que nêle tivesse sua refração.

Mas, quando se trata de perguntar se existe apenas a Justiça como sentimento, a resposta, em nome da psicologia, e não em nome de uma idealogia, de uma concepção do mundo, mas de um dado científico, é: não. Podemos ver, por exemplo, no grande "Catálogo de Psicologia Experimental", de Froebis. Nêle encontramos a relação dos sentimentos formais. Pois bem, o sentimento da justiça é excluído, porque é chamado um sentimento material, quer dizer, que tem conteúdo. É o efeito de uma representação. Portanto, não há um sentimento que não corresponda a um conceito de justiça. Se um camponês ou um catedrático da Sorbonne, como dizia há pouco, reagem diante do espetáculo de uma crueldade praticada em um ser humano, nesta reação uma psicanálise, não tomada no sentido freudiano, uma introspecção mais profunda revelaria a presença, no sentimento criado de uma representação, por mais informe, por assim dizer, por mais obscura e imprecisa que ela fôsse. Porque nós não poderíamos dizer que a Justiça é meramente um sentimento e, como disse, não em nome de uma filosofia jurídica, não em nome de uma concepção do mundo, mas em nome de um dado científico de psicologia experimental.

Nos sentimentos formais que a psicologia experimental conhece, e que são classificados nos tratados, não se inclui o sentimento de

Justiça, que não é considerado formal, e sim conseqüente e efeito da representação que o homem tem da Justiça.

Não sei se o eminente professor atinge bem, digamos, o sentido da nossa observação. Não se trata absolutamente de formular, o que seria para mim um desprazer, um dissídio. Pelo contrário, creio que o pensamento do colega aproxima-se muito, se quiséssemos analisá-lo mais profundamente da posição que temos, face, justamente, ao mundo jurídico.

Essa afirmação, como disse, mereceu-nos a reserva que acabei de fazer.

Não estava expressa na tese essa doutrina, mas, já que o eminente professor deu-nos o prazer de, na sua exposição, formular seu pensamento, me senti obrigado, sendo relator da tese, a esclarecer a razão pela qual a ressalva se continha em nosso relatório.

Uma outra observação que o eminente colega fez e que merece também um reparo crítico, feito sem intenção de polêmica, mas visando esclarecimentos no momento este em que nos reunimos para debater os nossos grandes problemas jurídicos, é a relativa ao conceito de Ulpiano.

A crítica que o professor Mendonça Lima fez, é, em realidade, a que Kelsen faz. Confesso que já um aprendiz de Direito e senti-me sempre insatisfeito diante dessa afirmação de que é tautológica a definição romana; depende do modo como nós a entendermos, porque, em verdade, não se deve dizer — como diz Kelsen, — que quando se afirma que o Direito mandar dar a cada um o direito que lhe é devido, é preciso que se considere exatamente esse aspecto. Em verdade, o pensamento de Ulpiano é este — que se dê a cada um o seu. Mas dizer-se que o seu é de alguém não é apontar para o direito, reconhecido positivamente, de alguém; e o seu é um conceito que se define perfeitamente: é tudo aquilo que está ligado a alguém por uma relação de finalidade, de modo a servir a seu uso exclusivo.

Ora, posso dar essa definição sem ter nas mãos preceitos do Código Comercial, Civil, etc.. Ela independe da preexistência de um preceito positivo. Isto é o seu. Pois bem, a Justiça é reconhecer o seu de cada um; ela não supõe, portanto, um direito positivo. Esse conceito vai ser critério para o legislador plasmar o preceito; precede o momento da modelagem, da construção legislativa, propriamente.

Além disso, devemos dizer que o professor Mendonça Lima referindo à dificuldade de se constituir um conceito de Justiça, e renunciando a uma especulação, quer aproximar-se da realidade propriamente, disto que Kelsen, como disse ainda ontem, chamava um ideal de racional através — digamos — da apreensão da relação que há entre a utilidade e a Justiça.

Seu conceito, parece que podemos resumir, sem caricaturar nem desfigurar seu pensamento assim: tudo que é justo é útil, mas nem tudo o que é útil é justo. O professor Mendonça Lima disse-nos, há pouco, e subscrevemos integralmente, que toda legislação inspirada na Justiça sempre será útil. Com isso concordamos. É verdade que, após, quando se referiu à coerção, o prof. Mendonça Lima surpreendeu-nos, devemos dizer com absoluta lealdade, dizendo-nos que o legislador não poderia impor uma lei, um preceito que, embora justo, pudesse determinar uma inaplicação no meio social, ou uma reação propriamente violenta do meio social, porque este não estaria preparado para recebê-lo. Aliás, confesso que neste ponto acho um pouco de ilogismo na atitude do eminente professor. Bem, mas quero apreciar apenas o critério da utilidade, como sendo algo que nos permite aproximar — digamos — a lei da Justiça.

A utilidade parece-nos um conceito utilizável se nós o subordinamos a uma imagem integral da ordem jurídica porque, desprendido, dissociado de um sistema, supomos que seja, até, um conceito perigoso.

Podemos chegar, digamos, a uma formulação relativista desse conceito de utilidade, e, quem leu, já, os Diálogos Socráticos de Platão, pode perceber bem como já os gregos, na sua subtileza, sentiram toda a temibilidade, digamos, o perigo de se jogar com o conceito puro de utilidade na determinação do conceito de Justiça.

Nós diríamos ao eminente colega, que a finalidade do Direito ao contrário do que ele nos afirmou, a finalidade do Direito não é a Justiça. O fim da Justiça parece ser o Direito, e o fim do Direito, o bem comum.

Parece-nos que devemos inverter os termos da fórmula.

Stammmler concorda com o eminente colega. Na filosofia jurídica do eminente catedrático de Berlim, há esta afirmação de que o fim do Direito é a Justiça.

Supomos que dentro de uma imagem integral da ordem jurídica, nós deveríamos inverter os termos. O fim da justiça é o Direito, é a realização do Direito. E quando nós perguntamos, mas qual é o fim do Direito? É a realização do bem comum.

Agora, este conceito de bem comum, ele exige uma integração numa imagem de vida humana, sem a qual ele fica indeterminado, também. De sorte que resumiríamos, para que as nossas afirmações não parecessem carecer de um fulcro doutrinário e de um embasamento teórico, nós resumiríamos a nossa opinião relativamente a essas relações que guardam bem comum, Direito e Justiça, dizendo, que essencialmente, nós temos direitos, faculdades morais de ação para cumprimos deveres, ou melhor, fins.

A ordem jurídica é constituída para realizar uma ordem humana, na qual cada sêr humano possa realizar sua finalidade integral.

À luz desta destinação última da ordem jurídica, que se constitui, no sentido de dar a cada homem uma posição que lhe possibilite a realização de sua destinação integral, à luz dessa concepção nós poderemos, então, agora, especificar o conceito de bem comum. O bem comum será aquêlê que atinge o homem. Por que? Pela posse, pela fruição de todos os valores e pela realização.

Creio que com estas pequenas considerações, nós tenhamos esclarecido as razões da nossa divergência, que são muitos cordiais e que absolutamente nenhuma restrição trazem ao juízo, e aliás muito alto, que sempre formulamos sôbre o valor do eminente jurista que nos honra com a sua presença neste Congresso. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Continua em discussão.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Peço a palavra, sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE — Tem a palavra o nobre congressista.

O SR. BRUNO DE MENDONÇA LIMA — Senhor Presidente. Pedi a palavra, apenas para me felicitar pela oportunidade que dei ao nosso Congresso, de ouvir, mais uma vez, a sábia palavra do ilustre professor Armando Câmara, que ouvi com muito prazer e satisfação, e, digo, mesmo, com muita honra. Devo dizer que as objeções apresentadas pelo professor Armando Câmara eu as aceitei como uma lição, e que elas não infirmam, pròpriamente, as conclusões a que cheguei.

Afinal, como se pode chegar à meta por um ou mais caminhos eu, talvez tropeçando, caindo e me levantando, acabei chegando ao ponto visado. Assim é que a conclusão que eu formulei timidamente, porque reconheço que era preciso que eu tivesse um conhecimento filosófico de que não disponho — se aprovada por êste Congresso — estou certo de que terei prestado um pequeno concurso para que a nossa legislação tenha uma orientação doutrinária.

Minha pretensão, como disse, foi atingir o fim prático de esclarecer os legisladores, mas, também há uma outra finalidade, não de todo posta de lado, que é agitar êste problema nos juristas práticos, naqueles que lidam todos os dias com a lei, e perdermos muito dêsse costume de começar pela lei a sua interpretação e aplicação, e ter a lei como uma cousa que não se discute na sua substância, e aceitar tôdas as leis como se fôsem expressão do Direito. (Palmas).

O SR. PRESIDENTE — Vamos passar à votação.

Se qualquer dos senhores Congressistas quiser encaminhar à mesa alguma conclusão modificativa ou substitutiva, poderá fazê-lo. Vou colocar a votos as conclusões do trabalho, podendo os senhores Congressistas reservar-se para, no momento de dar seu voto, esclarecer seu ponto de vista no tocante a modificações ou substituições nas conclusões propostas pelo trabalho.

O SR. RENATO COSTA — Vai ser pôsto em votação o parecer ou o trabalho?

O SR. PRESIDENTE — O parecer opina pela aprovação do trabalho. Os senhores Congressistas que aprovarem as conclusões, queiram manter-se sentados. Aprovadas.