O magistrado e o ideal de justiça: uma crítica ao chamado direito alternativo

Reis Friede

Doutor em Direito, Desembargador Federal e Professor do Mestrado em Desenvolvimento Local da UNISUAM.

RESUMO.

O presente artigo trata da inafastável imperatividade - e, por via de consequência, rigorosa observância - das normas jurídicas de direito positivo - por todos (mas, em especial, pelos aplicadores da lei) - como natural imposição da segurança das relações sócio-jurídicas, dentro do contexto amplo do binário básico do Direito que privilegia, além da dimensão do valor da Justiça, fundamentalmente a Segurança das Relações Jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE.

Imperatividade. Direito Positivo. Segurança das Relações Jurídicas.

ABSTRACT.

This article deals with the insurmountable obligatoriness - and, by consequence, strict compliance - the legal rules of positive law - for all (but, in particular, applications of the law) - as natural charge the safety of socio-legal relations within the broad context of the basic binary which privileges the law, besides the size of the value of justice, primarily the security of legal relations.

KEY-WORDS.

Obligatoriness. Positive Law. Safety of Legal Relations.

Muito embora possa ser considerado correto afirmar, em termos amplos e genéricos, que o Magistrado, - no desempenho de seu mister -, possua uma determinada condição, em princípio, acima da própria autoridade pública, de modo geral, por exercitar mais diretamente - agindo como Estado em nome do próprio Estado - o poder estatal, através da jurisdição, em nenhuma hipótese, tem o Magistrado uma autoridade e um poder que não estejam nitidamente previstos e limitados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais que com ela convergem.

Por esta razão, não podem os Juízes - como erroneamente supõem os menos avisados - realizar o que se convencionou atecnicamente chamar de Justiça, de forma ampla, subjetiva e absoluta, considerando que o verdadeiro e único poder, outorgado legítima e tradicionalmente aos Magistrados - desde o advento da tripartição funcional dos poderes - é a prestação jurisdicional, com o conseqüente poder de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico vigente, majoritariamente criado - em sua vertente fundamental - pelo Poder Legislativo, rigorosamente limitado à absoluta observância de regras próprias e específicas que, forçosamente, restringem o resultado final do que se convencionou chamar de Justiça à sua acepção básica, objetiva e concreta e, portanto, dependente da efetiva preexistência de um denominado Direito Justo.

> "(...) hoje, entende-se por Justiça a aplicabilidade eficiente e correta das leis vigentes em um determinado país. Um Juiz faz Justiça quando, imparcialmente, sem propender emocionalmente para esta ou aquela parte, aplica os preceitos legais cabíveis naquele caso em pauta." (Jorge Jaime, in Dois Conceitos: Justiça e Justo, JC, 9.7.92)

> "A Justiça consiste em aplicar a pena conforme a lei" (Fernando Whitaker, fazendo alusão ao Código de Manu (art. 660), in Direito Penal do Trabalho, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol. 9, 1991, p. 31).

> "Se as leis são injustas, mudem-se as leis. Caso sejam inconstitucionais que assim sejam declaradas. Não cabe ao juiz deixar de aplicá-las de acordo com sua ideologia, consciência e critério, apoiada em uma suposta 'justiça social'. Já ensinava Ennecerus que, ante a insubordinação do direito positivo ao direito ideal ou à justiça absoluta, deve caber ao legislador a tarefa de corrigir a injustiça através da derrogação da lei má, mas não ao Juiz recusar-lhe aplicação em nome de uma justiça ideal" (Hélio Cavalcanti Barros in Direito Alternativo, JB, 22.5.92)

Esta é exatamente a prisão e a consequente servidão a que estão vinculados os Membros do Poder Judiciário (além de todos os demais cidadãos brasileiros), sem qualquer exceção, em sua missão última e derradeira de - ao dizer o direito a ser aplicado - realizar, em última análise, o verdadeiro anseio do jurisdicionado, no sentido de alcançar o que ele mesmo ousou definir como Justo ou, em termos mais amplos, como Justiça, até porque, apesar de sua independência política (corolário parcial, para alguns autores, da garantia constitucional do devido processo legal) - o Juiz se encontra, de forma permanente, inexoravelmente adstrito à lei em seu sentido mais amplo, conforme já, inclusive, prelecionava a lei alemã de 22 de março de 1924, verbis:

> "A Justiça é distribuída por juízes independentes, única e exclusivamente subordinada à lei".

Imperioso ressaltar que é, de fato, muito difícil para o Magistrado compreender e, principalmente, manter-se nesta limitada condição de humilde servo da lei lato sensu, realizador, portanto, de uma Justiça adstrita (e, por efeito, limitada), irremediavelmente dependente da criação de um Direito Justo (material e processual) por um outro poder, absolutamente soberano e independente, mas, por vezes, data maxima venia, distante e divorciado da realidade social e dos verdadeiros anseios dos integrantes do povo, na qualidade de permanentes e potenciais jurisdicionados.

> "O problema que se pode arguir, de início, é saber-se se um Juiz pode, aplicando a justiça, ser justo. Modernamente esses dois conceitos não são sinônimos. As leis são coercitivas, educativas, estruturantes sociais por excelência. Mas podem ser injustas (...)" (Jorge Jaime, ob. cit., JC 9.7.92).

> "(...) O Magistrado não é um homem para se contrapor à ordem jurídica. O Magistrado é um homem para dar concreção a uma ordem jurídica. Ordem jurídica que tem uma feição política irrefutável, porque não tem sentido que você imagine uma contradição dialética dentro do exercício do próprio Poder" (J. J. Calmon de Passos, in a Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões, Simpósio de Direito Processual Civil - 11.5.91)

> "Na verdade, embora com atividades restritas, os Juízes possuem opiniões pessoais sobre assuntos políticos. O bom julgador, no entanto, é aquele que consegue deixar sua formação política em segundo plano, no momento do julgamento, e colocar acima dela a preservação da ordem jurídica" (Sydney Sanches, Ministro-Presidente do STF (à época) in O Judiciário deve cumprir e fazer cumprir a Constituição, GM, 25.6.92)

No entanto, esta específica condição do Magistrado é, em princípio, absolutamente imutável - quer por sua própria vontade em eventual comunhão ou não com uma das Partes do Processo, quer com a plena concordância de ambas as Partes e, até mesmo, com o aval do próprio órgão Ministerial na qualidade de custos legis -, considerando que a legislação em vigor, especialmente a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 35, I, da Lei Complementar nº 35/79) é expressa no sentido de ser dever indeclinável do Juiz "cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão as disposições legais e os atos de ofício". É importante salientar que a rigorosa observância desse dever é a única garantia real dos jurisdicionados, na medida em que as decisões do Poder Judiciário são absolutamente soberanas e não se sujeitam, em princípio, ao controle direto de qualquer outro Poder. Por outro lado, resta lembrar que o descumprimento desse dever pode vir a constituir, pelo menos em tese, até mesmo, crime de prevaricação no caso específico do Juiz vir a praticar ato, proferir decisão ou prolatar sentença, - com dolo específico de satisfazer interesse ou sentimento pessoal -, contra disposição expressa de lei (art. 319 do Código Penal).

> "No Estado democrático é imperioso que os governantes e os cidadãos estejam sempre imbuídos do sentimento jurídico. O desrespeito à ordem jurídica traz graves consequências, pois desmoraliza o princípio da autoridade, encarnado pelo Executivo, avilta o Poder Legislativo, que exprime os anseios de liberdade do povo, desmoraliza o Judiciário, atingindo a sua razão de existir.

No nosso sistema institucional, a garantia jurídica, em última análise é a concedida pelo Judiciário, Poder independente como os outros dois, com os quais deve atuar harmonicamente.

No quadro descrito, o Poder Judiciário, no exercício das suas atribuições, não presta vênia aos demais Poderes, nem dele as recebe, mas apenas à Constituição e às leis que com ela se conformem. Cinge-se a fazer justiça sempre que, concretamente, seja invocada a tutela jurisdicional do Estado." (Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, em cerimônia comemorativa do primeiro aniversário do STJ)

Não é por outra razão que - não obstante a insistência de um ou outro Juiz em procurar realizar o denominado "Justo Abstrato" -, a grande totalidade dos Magistrados se vêem conscientes na inafastável obrigação de ter que aplicar, independente de sua livre vontade, convicções pessoais e ideologias políticas, a lei objetiva adequada ao caso concreto, ainda que esta possa produzir, através de sua correta interpretação, um resultado que aparentemente o Julgador possa, em seu Juízo particular de valoração, entender como objetivamente "injusto".

> "Constituirá, sem dúvida, um perigo insuperável, uma absoluta negação do valor segurança o admitir-se que os Juízes e, muito menos, as partes possam litigar com base no que é justo, dado, sobretudo, à invencível dificuldade de se estabelecer qual é o justo de cada um" (Francisco W. L. Dantas in Uma Abordagem Hermenêutica sobre o Chamado Direito Alternativo, Revista AJUFE, maio/jun 92, pp. 15/16).

Essa virtual limitação, é conveniente frisar, atinge a todos os espectros de pronunciamentos judiciais, positivos ou negativos, na efetiva aplicação de um dado dispositivo legal que, por qualquer motivo, deva ser observado em um caso concreto levado ao conhecimento do Magistrado.

> "Ora, para que algum Juiz pudesse ser realmente justo, teria de possuir poderes que a sociedade ainda não lhe outorgou. Sua onipotência precisaria ser reconhecida, pois para fazer-se justo, muitas vezes, teria que reformular toda a estrutura social daquele momento histórico. O Juiz não faz e nem propõe leis; este poder pertence ao Legislativo e, em certos regimes políticos, o Executivo pode sugeri-las, pode decretá-las (...)".
>
> "O lógico seria que os Juízes fossem consultados na feitura das leis para informar serem elas justas ou não. Mas isto não acontece. E, uma vez impostas as leis, mesmo as injustas, serão cumpridas com conivência pacífica dos Juízes" (Jorge Jaime, ob. cit., JC, 9.7.92)

É por esta razão que, independente da simples vontade, derivada da valoração particular e subjetiva do Juiz, não pode o mesmo, em nenhuma hipótese, se afastar do denominado "império da lei e da ordem jurídica", devendo se ater, de forma serena e complacente, à rigorosa observância dos preceitos legais em vigor que se harmonizam com a defesa dos valores mais sublimes que traduzem a verdadeira essência do Direito.

> "O direito, portanto, não é uma coisa que gera justiça. O direito é uma coisa que gera ordem. Em termos de exercício de poder, pode ou não gerar justiça" (J. J. Calmon de Passos, in A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões, Simpósio de Direito Processual Civil, 11.5.91)

Por outro lado, não poderíamos deixar de registrar que essas referidas e eventuais limitações, derivadas da imperatividade das normas relativas ao Direito Positivo vigente, não atingem apenas aos Magistrados, mas evidentemente a todos os integrantes da denominada tríade basilar da Justiça (o que inclui, além dos Juízes, os Advogados e os Membros do Ministério Público), bem como ao próprio somatório dos cidadãos em nosso País e até mesmo no estrangeiro.

Trata-se, de maneira efetiva, da inafastável imperatividade - e, por via de consequência, rigorosa observância - das normas jurídicas de direito positivo - por todos (mas, em especial, pelos aplicadores da lei) - como natural imposição da segurança das relações sócio-jurídicas, dentro do contexto amplo do binário básico do Direito que privilegia, além da dimensão do valor da Justiça, fundamentalmente a Segurança das Relações Jurídicas.

Por efeito, devemos deduzir não ser possível - a título de aplicação do denominado direito alternativo, uso alternativo do direito ou a qualquer outro - produzir-se uma verdadeira subversão à ordem legal - na qualidade de garantidora última da estabilidade social -, criando (sem legitimidade e competência para tanto) um verdadeiro direito paralelo, absolutamente divorciado das normas legais vigentes e da técnica jurídica própria, efetivamente vinculativa (e, portanto, restritiva) de sua correta interpretação.

> "A lei não pode nunca envolver uma injunção de ordem geral que na realidade traduza o que seja mais conveniente para cada um em particular, ela não pode determinar com absoluta exatidão o que seja bom e direito para cada membro da comunidade a um só tempo, seja qual for. As diferenças da personalidade humana, a variedade a que se entregam as pessoas e a inexorável instabilidade de todos os negócios humanos tornam impossível, seja como for, ditar regras gerais que se mostram boas para todas as questões em todos os tempos" (Platão apud Vitor A. A. Bonfim Marins, Sobre o Juiz, a lei e a idéia de Justiça, Revista de Direito Civil, 36:7).
>
> "A criação da lei pelo próprio Juiz, para o caso concreto, como propõe o chamado direito alternativo, é uma extravagância tão grande como a que é atribuída a Dª Maria I, Rainha de Portugal, conhecida como "a louca", que dividia os pleitos que lhe eram submetidos mediante aplicação de uma imaginária 'lei mental'. Os vereditos daquela soberana variavam de acordo com seu humor ou com maior ou menor grau de lucidez que passava ao proferir a Justiça." (Ney Magno Valadares in A Ética do Magistrado, palestra proferida na Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do Rio de Janeiro, em 08.04.94)

Também, a este propósito, devemos concluir, sem qualquer vacilação, que o cerne da questão do Justo - e, por extensão, da Justiça como elemento axiológico fundamental do Direito -, portanto, não se encontra propriamente na valoração genérica e subjetiva de cada Julgador, ou mesmo circunstanciado pela força da paixão interior de cada Magistrado; mas, ao contrário, no rigor da aplicação racional da lei, de forma serena, equilibrada e, fundamentalmente, imparcial pelo Julgador.

> "A paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão - eis a lei" (Aristóteles, in Política, Livro III, Capítulo XI, 4ª ed., Francesa de Laboulaye).

> "Nada é mais inimigo da verdadeira justiça do que a paixão. E nada a atropela mais do que a pressa. Os julgamentos apaixonados não são julgamentos, são libelos, são atos unilaterais eivados de nulidade" (Sílvio Meira in Clamor pela Justiça, JC, 4.9.92)

O Magistrado (e, por extensão, o órgão jurisdicional), é importante frisar, somente realiza a Justiça em sua amplitude maior, quando, de maneira inflexível e independente - sem propender para esta ou aquela causa -, afirma o direito, amparado única e exclusivamente pela imperatividade da lei em seu sentimento amplo, interpretando e aplicando, consoante o arcabouço técnico-jurídico próprio, a norma jurídica, de forma absolutamente imparcial e distante, por efeito, da paixão e da emoção, próprias das partes envolvidas que necessária e constantemente rondam as diversas causas.

> "É necessário que o órgão jurisdicional não corra perigo de carecer da independência, inflexibilidade e imparcialidade indispensáveis ao seu ofício (...)." (Giusepe Chiovenda in Instituição de Direito Processual Civil, vol. III, p. 312)

Imparcialidade, ao lado do equilíbrio e da serenidade, se constituem, por efeito conclusivo, na palavra-chave, no valor máximo a ser buscado, de todas as formas, pelos Membros do Poder Judiciário em sua missão última de produzir - através de suas decisões - o que convencionalmente ousamos chamar de Justiça em sua acepção mais ampla. Não é por outra razão, portanto, que a capacidade subjetiva do Julgador, pelo menos em tese, deve ser sempre questionada, incluindo, nesta avaliação, a constatação do real distanciamento do Magistrado em relação às paixões trazidas pelas partes, como bem assim, de suas próprias, permitindo que a razão e o ideal ético (a vontade livre dirigida unicamente à realização do bem comum) possam sempre, - e em todas as hipóteses e circunstâncias -, prevalecer.