IVO JUNIOR
ADVOGADO

DA JUSTIÇA

TESE APRESENTADA À DOUTA CONGREGAÇÃO DA EGRÉGIA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO RECIFE, EM CONCURSO PARA LIVRE-DOCENTE DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO

1947

Oficinas Gráficas do
Diário da Manhã - Recife

F
340.4
S586d
2

IVO JUNIOR
ADVOGADO

DA JUSTIÇA

TESE APRESENTADA À DOUTA CONGREGAÇÃO DA EGRÉGIA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO RECIFE, EM CONCURSO PARA LIVRE-DOCENTE DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO

1947
Oficinas Gráficas do
Diário da Manhã - Recife

UNIVERSIDADE DO RECIFE
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA

F 2075		
30	12	1959

Justitia omnium est domina et regina virtutum

DIREITO E JUSTIÇA
SENTIDO ETIMOLÓGICO
CONCEITO

DA ETIMOLOGIA

Ainda que não seja propriamente êste o objectivo principal do presente trabalho, contudo não é demasiado que, à guisa de introdução, nos ocupemos das origens da palavra JUS de-vez-que, dado o sentido que lhe emprestaram os antigos, com êle está conforme o nosso pensamento quando assenta as suas conclusões segundo as quais, o DIREITO, metáfora das línguas neo-latinas, seguindo as tradições, tem como fim principal a JUSTIÇA, garantidora da estabilidade social e da paz entre os indivíduos, como entre os Estados. Ainda é a JUSTIÇA, como garantidora da dignidade humana, a alma, a essência, dos regimens democráticos.

Empregavam os latinos o vocábulo JUS, para designar o que hoje chamamos direito. Entre as duas palavras não há homonimia, porém, perfeita homologia, como

acentúa ARAMBURO (1) Podem ser classificados em dois grupos os estudiosos que se ocuparam do assunto: Os filósofos ou jurisconsultos, que a encararam sob o prisma filosófico e os gramáticos que se fixaram na morfologia Entre os primeiros encontramos ULPIANO que faz do têrmo um derivado de JUSTITIA, e GRACIANO que o tem como originado de *justum*.

Aceitando a significação dada por ULPIANO e aprofundando seus estudos, MARIA PAGANO (2) decompõe a palavra JUSTITIA em dois elementos: *juris* e *statio*, ou seja, "limite do direito"

Os gramáticos também dividiram-se Há os que têm a palavra como derivada e os que lhe negam essa qualidade Certo que os primeiros constituem maioria. Geralmente se tem JUS, como saído de *jussum*, particípio passivo de *Jubere*, o qual segundo SARAIVA (3) vem a ser: ordenar, mandar, dar ordem, impôr, prescrever, assinar, decretar. Gramaticalmente é perfeitamente explicável que *jussum* tenha perdido o s-u-m finais, a exemplo de ossum que deu *os*.

Foram os Romanos, todavia, que separaram os terrenos entre os poderes temporal e espiritual Ao *jus* opuzeram o FAS Êste regulava as relações entre os homens e

---

1 — Aramburo. — Filosofia del Derecho, § 2.º.
2 — Apud Aramburo, eodum loc.
3 — Saraiva (F. R. dos Santos) — Novíssimo Dicionário Latino-Português — 3.ª ed., Garnier, Rio.

seus deuses Extremaram a questão ao ponto de as autoridades não punirem as infrações puramente morais, como ensina GIRARD (1) que aponta a frase de PAULO *Non omne quod licet honestum est* É certo que com o correr dos tempos vamos encontrar os dois poderes nas mesmas mãos, ou de tal maneira ligados, dependentes os réis dos eclesiásticos, que, na prática, se confundem

"Os Romanos, esclarece GIRARD, distinguiram mais depressa do que muitos outros povos a lei religiosa que presidia as relações dos homens com seus deuses, como também, perceberam exactamente a separação que existe entre ela e a moral cujas regras não interessando de perto a utilidade pública são obrigatórias, apenas, perante a consciência, e cuja transgressão não implica em pena" (2)

Ihering tem a seguinte opinião: "*Fas* é o direito religioso, santo ou revelado e compreende tanto a religião, quando toma uma forma jurídica (em nossa linguagem actual, direito eclesiástico), como o direito privado e público, em carácter religioso Esta distinção, conquanto não proceda da mesma palavra *fas*, será útil, para conhecermos, completamente, a sua extensão Nem tôdo direito tem carácter religioso; nem a substância religiosa penetra, se assim nos é lícito exprimir, em todo seu organismo; Deus e os homens, a religião e o Estado estabeleceram as

---

1 — Girard. — Manual Elementar de Direito Romano. 7.ª ed., pág. 1, Paris — 1942.

2 — Girard. — Obra cit.

suas respectivas fronteiras O *jus* é de instituição humana, e, portanto, variável; a sua fôrça obrigatória reside no acôrdo geral dos povos e a sua inobservância só prejudica interêsses puramente humanos O *fas*, ao contrário, é imutável: funda-se na vontade dos deuses, a êstes somente compete o direito de modificá-lo Quem infringir o *fas*, ultraja a divindade; podendo dizer-se que, por meio do *fas*, o direito romano participa do Oriente e por meio do *jus*, caracteriza o Ocidente, oferecendo o primeiro o lado estável e o segundo o progressivo O carácter dêsse dualismo do direito, conservado na linguagem, isto é, impresso na conciência mesma do povo, que encontramos em nossos primeiros passos, nesta matéria, já prova a fôrça analítica do espírito romano Relativamente, à história da civilização, determina um acontecimento notável, que assinala os mais notáveis progressos da conciência humana" (1)

ARAMBURO registra a estranheza que lhe causa o *jus*, depois de ter dado origem a tantas palavras, não tenha dado aquela que justamente exprime o conjunto de tôdas elas: o Direito De igual opinião é PICARD que aceita, seguindo LITTRÉ, a origem védica *Yos* como explicativa de *Jus* que é radical de Justiça, jurista, jurisconsulto, juiz, jurisdição, juri, julgamento, jurisprudência, ju-

---

1 — Von Ihering. — O Espírito do Direito Romano — vol. I, pág. 193, n.º 21, Trad: de Rafael Benaion — Alba, Rio, 1943

rídico, justificado, etc. Mas, ajunta, "coisa singular, enquanto a vemos assim intervir nestas designações parciais, já não existe na denominação do total, do conjunto em que foi substituída pelo têrmo Direito! (1)

Direito, segundo geral consenso, tem sua etimologia na palavra *directum*, e se projeta: na nossa língua como direito; droit, no francês; derecho, no castelhano; diritto, no italiano; drech, no provençal; dret, no catalão; e drept tu, no romeno. O Recht, do Alemão; right, do Inglês; e regt, do Holandês, denotam a origem do regere, reger.

Dirigere, segundo SARAIVA, é dirigir, atirar, impelir, lançar em linha recta, conformar, regular (2). Por seu turno, o verbo está formado de *regere* que quer dizer reger, com o prefixo continuativo *di*. Assim vem a ser a acção de reger continuadamente. *Directum*, de *directus* vem a ser colocado em linha recta, recto.

Fr. Cristovam, F. O. M., lembra que a expressão é geométrica, na sua origem. Traz a idéia da linha recta, o caminho mais curto entre dois pontos, a mais simples, a mais conforme a régua. No latim régua e regra, *regula*. (3)

Está, pois, latente na expressão "direito" a idéia de

---

1 — Picard — loc. cit. § 23.

2 — Saraiva — loc. cit.

3 — Fr. Cristovam, O.F.M. — Lições ministradas na Fac. de Fil. "Manoel da Nóbrega", na cadeira de Ética. — Recife, 1945.

conformidade, de adequação, com a lei, no sentido moral como sublinha PICARD (1)

Assim, pois, se *Jus* vem de *jubere,* verbo que exprime a acção de ordenar, ou de *Justitia,* na significação de "limite do direito" que lhe deu MARIA PAGANO: *"direito",* de *dirigere,* no sentido de reger continuadamente, ou, o que está conforme à regra, ambas as palavras denunciam a vontade que guia, conduz, governa, e a continuidade do acto.

Parece-nos claro que o Direito, como meio, e a Justiça como fim, são obra da Razão. E pomo-nos de acôrdo com o pensamento de CASARES quando indica como uma das posições adotadas pelo pensamento jurídico: "A Justiça é o ideal jurídico, o têrmo até o qual deve tender todo Direito, porque o fim dêsse é estabelecer na sociedade uma ordem temporal *justa*" (2) Foi dentro dêste postulado que DEL VECCHIO proclamou: "La guistizia nom s'identificà colla legalitá!" (3) Há, acima da lei escrita, um princípio que a afere no mesmo sentido de conferir com que o pedreiro faz quando usa o fio de prumo

---

1 — Picard — loc. cit.

2 — Casares, Tomas D. — "La Justicia y el Derecho", — pág. 13, 2.ª ed. Cursos de Cultura Católica — Buenos Aires, 1945.

3 — Apud. de Leibholz, in Annuaire de l'Inst. Int. de Phil. du Droit et de Soc. Juridique.

DO CONCEITO

Queremos rastrear o problema que nos impuzemos, vindo de suas origens Conceituando o "Direito" pretendemos concluir que seu fim é a Justiça.

Mas como explicar de pronto o que seja o Direito? Nesta conjuntura acodem-nos à lembrança as seguintes palavras de PAUL VALERY: "Nós falamos facilmente do direito, da raça, da propriedade Mas, o que é o direito, o que é a raça, o que é a propriedade? Nous le savons et nous le savons pas!" (1)

Todavia, fazemos nossa a definição de GIRARD nos têrmos abaixo: — "O direito, tomando a palavra (jus) em seu sentido mais positivo e mais técnico, é o

---

1 — Apud. Du Pasquier — Int. à la Theorie Gen. et à la Phil du Droit, pág. 59, Paris — 1937.

conjunto de regras, impostas por coação externa, que regem as relações dos homens entre êles" (2)

Bem conhecido é o perigo das definições, alardeado correntemente numa invocação a uma frase de JAVOLENO, felizmente restabelecida às suas proporções por NEHEMIAS GUEIROS que a transcreve em tôda extensão: *"Omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut subverti possit"* (3) A omissão de *"in jure civili"* feita não se sabe por quem, deu ensanchas ao constante aviso de que tôda definição é perigosa Mas o que constitue perigo são as trazidas pela lei As demais são dificultosas porque participam da imperfeição humana. Para bem definir faz-se de-mistér um conhecimento adequado do objecto Por isto mesmo PLATÃO, que pela sua inteligência impar e compreensão perfeita pôde ser chamado de divino, com sobradas razões advertiu que "só Deus tem o segrêdo das definições perfeitas" (4)

Cada realidade, seja coisa, objecto ou ser, que entendo, possue uma determinada essência ou consistência própria, independentemente de tôda inteligência humana que a

---

2 — Girard — loc. cit.

3 — Nehemias Gueiros — "Da Justiça Comutativa no Direito das Obrigações" (tese), pág. 14; Recife, 1940.

4 — Fr. Cristovam, O.F.M. — Lições de Lógica ministradas na Fac. de Filosofia "Manoel da Nóbrega" — Recife — 1943.

percebe O objeto é considerado em si mesmo, ontologicamente (5)

Assim deve ser entendido o Direito para ser definido E esta a razão que militou em favor de PICARD, que a invoca, o qual antes de se decidir a conceituar o que entendia, ressaltou: "quero por minha vez, não ainda definir rigorosamente o Direito com todos os seus elementos ontológicos, ou pelo seu objecto ou por sua origem, mas dar os seus sinais na sua marca essencial, resumindo o que acabo de analisar, direi: é o conjunto dos deveres, ao cumprimento dos quais se pode ser coagido pela fôrça social organizada" (6)

Temos a idéia clara do que êle seja, guiada a nossa inteligência pela luz da razão. *Nihil est in intelectu quo non prius fuerit in sensu, nisi ipse intellectus,* como pretendeu LEIBNITZ, aduzindo esta última parte à celebrada frase dos escolásticos. (7)

Se o Direito viesse a ser apenas "o conjunto de regras impostas por coação externa, que regem as relações dos homens entre si" como pretende GIRARD, ou "o conjunto dos deveres, ao cumprimento dos quais se pode ser coagido pela fôrça social organizada", como afirmou PICARD, patente era um relativismo, desde que está implí-

---

5 — Sepich — Lógica Formal, pág. 36, n.º 20, Cursos de Cultura Católica, Buenos Aires, 1940.

6 — Pirad — op. cit., pág. 28.

7 — Apud Le Fur, Louis — Annuaire de l'Inst. de Phil.

cita a idéia de que dentro do "conjunto de regras", ou "conjunto de deveres" não há uniformidade para todos os povos, nem existiu para tôdas as épocas. Há, porém, uma distinção a fazer Êsse direito a que se reportam as duas definições citadas é o formado pelas leis em vigor para cada povo, em cada época O de que tratamos é o direito ideal, o direito tal qual deve ser, o Direito Natural Êle indica o que *deve ser,* ainda que, de fato, não seja Exemplifiquemos O direito penal dá decidida importância à vontade, ao *animus,* à intenção. Um indivíduo, qualquer que seja o motivo, mata outro Legalmente deve ser prêso, processado e condenado com penas maiores do que as impostas a outro que tirou a vida de seu semelhante com luxuoso automóvel Quer a família de um, quer a do outro morto, se de condições menos afortunadas, vai carpir necessidades O acontecimento é um só, moralmente falando Ambos trazem a mesma consequência Mas de conformidade com o direito positivo há uma distinção a fazer no evento Um assassinou porque quiz, deliberadamente quiz eliminar seu semelhante O outro foi imprevidente, foi negligente, ou não tinha perícia e a incidência de uma dessas qualidades motivou a morte Assim também acontece nos atentados à propriedade O valor do objecto subtraído gradúa a pena Mas o facto moral é um só Falta com seu dever quem se apodera de pouco, de uma parte mínima, como quem lança mão de todo o patrimônio alheio. E a sabedoria po-

pular, a *vox populi*, diz sarcasticamente que é ladrão quem só rouba um tostão.

Dada a posição que escolhemos, cumpre rematar procurando se existe uma definição lógica do direito, que se coadune com sua universalidade. Como VALERY, DEL VECCHIO sente a mesma dificuldade, afirmando "o que o direito seja, todo mundo o sabe de um modo aproximado Porém a definição precisa do conceito apresenta graves dificuldades". (1)

Não seja essa dificuldade a causa de desânimo. Se a noção difusa atravez do bom senso, pode satisfazer de modo geral, assim não acontece no terreno científico.

Aplicando as noções que temos do que seja o justo e o injusto, aos actos, às acções humanas, é que apreendemos o conceito do *Direito*, em sua forma lógica

Contrariamente aos que pensam com STUART MILL que admite o acto como a sucessão distinta de duas coisas, a deliberação e o facto, reconhecemos os dois elementos, intrínseco e extrínseco, o primeiro uma entidade psíquica e o outro a manifestação objectiva Como um facto da natureza é, ao mesmo tempo, um facto de vontade. Êsses seus dois elementos se interpenetram, são conexos e não sucessivos, distinctos

Não é possível admitir a existência dum facto puramente interno sem qualquer co-relação com o mundo ex-

---

1 — Del Vecchio, Giorgio — Filosofia do Direito, trad. de Luis Recanssens, vol. I, pág. 389; Barcelona, 1935.

terior De igual modo é impossível admitir-se um facto puramente externo, sem possuir sentido psíquico

Daqui inferimos que não há a separação entre o Direito e a Moral apregoada pelos que aceitam que o primeiro se ocupa exclusivamente com os fatos externos, enquanto que a segunda, com os internos A diferença entre êles é qualitativa. Ambos consideram tôdas as acções humanas, com a única diferença do ponto de vista em que se colocam.

MALLIEUX que se filia à corrente do pensamento daqueles que confessam a dificuldade de encontrar uma fórmula em que se situe o conceito do Direito, definindo-o, assenta que se deve procurar uma fórmula que o isole de seu caráter fundamental (1)

Para nós o conceito procurado pertence à categoria dos valores, não resulta do facto. "Ser conforme ao Direito" é algo mais e algo diverso de existir fisicamente. (2)

Para finalizar o presente capítulo iremos reportar-nos à origem do Direito. *Ubi societa ibi jus*.

D'AGUANNO, apoiado em estudos de eras remotíssimas, escreve: "o homem começou a viver uma vida de lutas com a naturêza ambiente, com seus semelhantes e com os animais, sua vida era uma vida vegetativa, cujo único propósito era o de satisfazer suas necessidades or-

---

1 — Mallieux — Dotrina do Idealismo Juridico, pág. 54. — Librairie du Recueil Sirey — Paris, 1934.

2 — Del Vecchio. Giorgio — op. cit., pág. 408.

gânicas (1) Desarmado de qualquer instrumento, vivendo desabrigado, só mais tarde passou a habitar as cavernas As idéias abstratas vieram na idade quaternária com o nascimento da arte. Os objectos de uso começaram a ser trabalhados Com estas vieram as idéias morais, as que os inspiraram a se unirem para a defêsa, primeiramente da família e depois do grupo, da clan e da tribu

Começou, então, o limite da liberdade de cada um em benefício dos demais. Cabe aqui destacar a opinião de KANT: "Obra externamente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa co-existir com a liberdade de todos os demais, segundo uma lei universal de liberdade" (2)

Vamos encontrar na Declaração dos Direitos do Homem, da Constituição de 1791, o seguinte: La liberté consiste á pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas á autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la societé la jouissance de ces mêmes droits Ces bornes ne peuvent être determinées que par la loi"

Onde, pois, encontrar o estalão, a medida universal para mensurar a liberdade de cada um contanto que não seja nociva a dos demais, sem ofender o direito do que sofre a restrição? Na Justiça!

---

1 — D'Aguanno, José — Genesi e Evolução do Direito, trad. castelhana de Pedro Dorado, ed. Impulso, B. Aires — 1943.

2 — Apud Del Vecchio, op. cit.

FUNDAMENTO DEONTOLÓGICO

FUNDAMENTO DEONTOLÓGICO

Numa atitude negativista, sustentam alguns que o direito é, apenas, expressão de autoridade e da fôrça. Exceção feita ao estado de natureza em que viveram os homens primitivos, é possível admitir-se o primado da fôrça ou a autoridade como fonte exclusiva do direito Na primeira idade do gênero humano é possível que mais direito tivesse o mais forte Desde, porém, que o sentido de organização, por mais rudimentar e embrionária que fôsse, desde que a razão tomou o lugar que lhe competia e começou a guiar os seus passos por entre os seus semelhantes, a fôrça foi cedendo o passo ao direito que dela, todavia, não prescindiu.

Principiou o homem a ter noção do justo, o qual, algumas vezes, está fóra dos textos escritos. Clássico, pode dizer-se, é o exemplo colhido na tragédia de SÓFOCLES

que poz na boca de ANTÍGONA estas palavras: "eu não creio que teu edito tenha bastante fôrça para dar a um ser mortal o poder de infringir os preceitos divinos, os quais nunca foram escritos e são imutáveis; não é de hoje, nem de ôntem que êles existem; são eternos e ninguém sabe a que tempos passados remontam" (1)

Tratava-se de dar sepultura ao corpo dum suicida que, por sinal, era irmão de ANTÍGONA Naquela época era defêso enterrar nos cemitérios os que se suicidavam Mas sepultar os seus mortos era sagrado Assim, o poeta dá curso à crítica contra a lei que vinha ferir de frente os princípios religiosos Faltava-lhe conteúdo moral

De conciência, no nosso íntimo examinamos o direito do direito que nos é imposto e quando não encontramos coincidência entre a norma escrita e o sentimento de justiça, tudo fazemos e tudo sempre se tem feito para revogá-la O espírito do justo e só êle é que deve inspirar o legislador E êle, ainda que sustentando a autoridade da lei, orienta aos juizes na sua aplicação

Contrapondo-se aos que subordinam o direito à fôrça foi que CELSO escreveu: *jus est ars boni et aequi* O direito fundado na justiça principiou por ser considerado uma virtude: *Juris praecepta sunt haec: honestere vivere, alterum nom laedere, suum cuique tribuere* Esta, a lição de ULPIANO

E mais tarde vamos encontrar, mesmo entre os dou-

---

1 — Apud. Du Pasquier, op. cit., pág. 229.

tores da Igreja, sectários do direito de revolução como apêlo justificado contra a violência que se exterioriza pelos actos injustos dos governos fundados na fôrça. O *Doutor Angélico* diz que o direito só é direito porque é justo. Nêste caso a lei é de ser obedecida. Caso contrário a *seditio* deixa de ser um pecado mortal por isto que o se revoltar contra uma autoridade injusta não é rebelião no sentido comum da palavra.

Tomando a palavra de Santo Agostinho acrescenta: *não parece ser lei a que não for justa,* logo só tem tanta fôrça quanta fôr a justiça que contenha" (2)

SUÁREZ já reconhecia que o poder dos monarcas não era absoluto. Além das limitações impostas pelo direito, segundo sua opinião, o povo conservava direitos aos quais atribuiu o carácter de inalienáveis. Entre êstes está o de resistência activa contra os atentados ao direito.

Foram apoiados em tais ensinamentos que, entre outros, FERNANDO VASQUEZ, SOTO e COVARRUBIOS sustentaram: *a*) — que o povo reservou para si o poder legislativo; o príncipe exerce os poderes governamentais por delegação sua, *b*) — que, como consequência, o poder do rei é limitado; finalmente, *c*) — que é preciso expresso consentimento do povo para anexações territoriais" (3)

Nesta insubmissão do povo às leis injustas, recomen-

---

2 — Suma Teologica (Seleção), Ismael Quiles S. J., pág. 136, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1942.

3 — Apud. Del Vecchio — op. cit., vol. I, págs. 159/160.

dada desde SANTO AGOSTINHO, vemos que sempre foi pensamento dominante mesmo entre os antigos ter o direito um fundamento que se expressa pelo justo

E não foi outro o motivo que levou, por exemplo, HERRFAHRDT, INÁCIO MARIA DE LOGENDIO, (e por que não incluir LARENZ?) a teorizar, cada qual a seu modo, o direito de revolução Certo que o último, professor da Universidade de Kiel, é o teórico da revolução contra a democracia, é o endeusador do nacional-socialismo, como bom estatolatra que é Como amostra basta lhe conhecer a seguinte opinião: "O homem não é verdadeiramente livre no Estado quando possue liberdade de discrepar, senão quando não pode discrepar porque se identifica com êle, o Estado, quando lhe dá aquele assentimento profundo que implica uma fusão espiritual com êle" (4)

Claro que, na antiguidade, o que inspirava os homens no pregar a resistência ao direito injusto, era a concepção de que o poder era exercido em nome de Deus e o direito justo era inspiração sua

BRACTON antigo juiz da Côrte inglêsa à época feudal assinalava que a autoridade do rei era a que lhe conferia o direito Êle devia usá-la com brandura na qualidade de vigário de Deus A autoridade do mal é de Sa-

---

4 — Larenz, Karl. — A Filos. Contemporânea do Direito e do Estado, trad. de Galan Gutierrez e Truyol Serra — Madrid. 1942.

tanaz e assim o rei deve ser bom para servir à obra de Deus Por isto, quando faz justiça, é vigário e servidor de Deus, mas quando é injusto passa a ser servidor de Satanaz

Até nos actos da vida de cada um de nós, para justificá-los, há sempre necessidade de um fundamento justo Vejamos: O pai tem o direito de castigar o filho, mas o castigo tem de ser justo Deve haver, por exemplo, proporcionalidade entre a falta cometida pela criança e o castigo aplicado Se lhe bate, não tem o direito de se exceder

Ainda outros. Todos sabemos que em certos países, dominados por governos chamados fortes, a delação chegou a ser tida pelos dominantes como um dever para com o Estado Ninguém tinha direito contra o Estado e ninguém tinha direito de discordar dêle Como vemos, no caso, o Estado era confundido com o governante, nova espécie de "l'Etat c'est moi". A punição era o degrêdo e, em outros casos, a morte; quando esta não era encontrada no destêrro para lugares inóspitos Pois bem, quantos filhos não delataram seus pais, ou pais a filhos, irmãos a irmãos, por convicção política e êstes ou morreram ou ficaram fisicamente incapazes?

Perguntamos nós: agiram bem? Sim, responderão os que negam ao direito fundamento moral e acham que as leis emanadas do Estado não podem nem devem ser discutidas São inatacáveis Não, dizem os que, como nós,

não prescindem do fundamento moral, dos que cogitam do problema deontológico

O direito no princípio deve ter sido o fundamento da segurança dos membros dum mesmo grupo contra os de grupo diferente. Com o aumento das tribus, com o aumento da família, dividida e sub-dividida pelas ligações de seus membros de sexo oposto, veio a ser a justiça. O homem entendeu de dirimir, de maneira semelhante, os casos semelhantes. Tratando desigualmente sêres que eram, de natureza, desiguais. O direito começou a exprimir a ordem na sociedade.

O PROBLEMA TELEOLÓGICO

O PROBLEMA TELEOLÓGICO

Noli foras ire; in te ipsum redi; in interiore hominis habitat veritas — Sto Agostinho

O homem mercê de sua imperfeição não conhece e não se exprime no absoluto Assim não lhe é possível ter uma idéia absoluta do justo

Já vimos que a noção exacta do Direito tem sido motivo de controvérsia entre doutos Há no entanto estreita relação entre êle e os factos E se podemos dizer que o Direito domina o facto, não é menos exacto afirmar que, em outro sentido, o facto domina o direito Não há, todavia, nestas duas afirmações nem contradição nem antinomia

JEAN LACROIX crismou-o como o elemento espiritual de tôda civilização que êle manifesta e produz ao mesmo tempo Assentou sua convicção na finalidade do Direito que seria para si, estabelecer, no meio social, um regime de segurança e de tranquilidade A Paz, em síntese (1)

De seu lado, LE FUR chamou de sentido espiritual do homem, seguindo a traça de VICTOR COUSIN Ao sentido do verdadeiro, do bem e do belo, da trilogia dêste, acrescentou ainda os do útil e do justo (2) As noções do justo e do bem constituem verdadeira armadura essencial à vida social

O problema é, antes de tudo, teleológico Se não nos enganamos foi IHERING quem primeiro lhe deu relêvo Certo que, de sua concepção, nos dias de hoje, se pode dizer que perdeu o sentido Mas ficou o patrimônio cultural, acrisolado no cadinho intelectual dos filósofos que se lhe seguiram através das idades. Em 1877 apareceu a obra intitulada *Zweck im Recht,* (*O Fim do Direito*) recentemente traduzida para o castelhano pela *Biblioteca Jurídica ATALAYA,* de Buenos Aires (1946) Dêle é a seguinte frase: *"No domínio do Direito nada existe senão pelo fim e em vista do fim; o Direito tôdo não é mais do*

---

1 — Apud. Le Fur. Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique.

2 — Le Fur. — Les Grands Problèmes du Droit. pág. 18, Lib. du Recueil Sireâ — Paris 1937.

que uma criação do fim". E continua: *"A verdade é o fim do CONHECIMENTO, não o dos actos A verdade é UNA e tudo o que dela se afasta é êrro; há um antagonismo absoluto entre a verdade e o êrro Ao contrário, para os actos ou para a vontade — o que é a mesma cousa — não há medida absoluta Em tal situação, em tal conjuntura, a vontade obrará de diferente modo, em cada situação e será tão justa e oportuna em um caso como no outro"*

"Julga-se a vontade em relação ao fim a que se propõe O fim da vontade é precisamente o que caracteriza o acto como JUSTO ou não-justo" "O justo é a medida do PRÁTICO, isto é da acção; a verdade é a medida do teórico, isto é, da percepção JUSTO é a concordância da VONTADE com o que deve ser; verdade é a concordância da concepção com o que É" (1)

Sabido é que ao princípio de finalidade opõe-se o de causalidade Válido é o primeiro para o mundo espiritual, a sua afirmação implica na presença dum ser volente que escolhe meios para realizar fins Em face disto forçoso é concluir que o Direito pertence ao mundo da finalidade As relações jurídicas são relações de meio a fim. Ainda que não sejam absolutos, nem correspondam à distinção que exista, realmente, na natureza, costuma-se distinguir realidade e valor Subjectivamente falando, no

---

1 — Rudolf von Ihering. — El Fin en el Derecho, pág. 211, ed. Atalaya, Buenos Aires, 1946.

mundo do moral, o valor é uma qualidade superior do espírito humano.

De ORTEGA Y GASSET é a seguinte observação em tôrno do valor: *"Não são, pois, os valores um dom que nossa subjectividade faz às cousas, senão uma estranha, uma sutil qualidade de objectividade que nossa conciência encontra fora de si, da mesma maneira como encontra as árvores e os homens Há, todavia, uma radical diferença entre o modo de como encaramos as cousas e a maneira como percebemos os valores É mistér distinguir os valores das cousas que valem As cousas têm ou não têm valor; têm valor positivo, ou valor negativo; superiores ou inferiores; desta ou daquela outra classe O valor, pois, não é nunca uma cousa, mas está nela A beleza não é do quadro que admiramos, mas o quadro é belo, possúe valor de beleza"* Arrematando assim: *"A JUSTIÇA postúla uma teoria da valoração jurídica em sua ampla compreensão, já que, sendo ela-própria um valor, apresenta tôdo um quadro de conexões com outros valores sociais"* (1)

Sustentam os positivistas que o direito não é uma ciência normativa que se impõe aos homens Segundo o pensamento dos partidários dessa opinião, o direito decorre exclusivamente dos textos da lei para evitar o subjectivismo Tôda e qualquer injustiça, desde que praticada porque autorizada em lei, escapa a tôda e qualquer sanção

---

1 — Apud. Ruiz Moreno. — Vocabulário Filosófico, v. Valores, ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1941.

Foi no intúito de contestar os positivistas que YVES DE LA BRIÈR sustentou com vantagens: 'JUSTIÇA não é unicamente o texto literal do direito positivo, mas devemos entender por JUSTIÇA a *ordem objectiva de direitos e deveres humanos que adornam o texto positivo* (1) Assim compreendida ela tem como seu complemento natural, para suprir as suas falhas decorrentes de factos novos, de situações previstas, a EQUIDADE

Se a Justiça não está exclusivamente no contexto da lei, como sem-razão pretendem os positivistas, confirma-se o pensamento vindo de CÍCERO: *insignis humani generis similitudo* Há, na verdade, certa analogia entre as leis de todos os povos

Passemos, então, a vêr se além da Justiça, o Direito tem outra, ou outras finalidades e à qual cabe a palma da primasia

---

1 — Yves de La Brière. — Annuaire cit., pág. 62.

TRILOGIA PREVISTA NA FINALIDADE DO DIREITO

TRILOGIA PREVISTA NA FINALIDADE DO DIREITO

Justitia fundamentum regnorum

Sabido é que, sôbre qual seja o fim do Direito, tem havido sérias divergências entre os filósofos-juristas que se têm ocupado da matéria.

Dividem-se entre os que afirmam ser ou o bem comum, ou a justiça, ou a segurança, quando não têm preferência por qualquer deles separadamente, com exclusividade.

Para RADBRUCH "o bem comum, a justiça e a segurança exercem um condomínio sôbre o direito, não em perfeita harmonia, mas em antinomia crescente. A preeminência de um ou de outro dêstes valores em face dos demais restantes não pode ser determinada por uma nor-

ma superior — tal norma não existe — porém exclusivamente pela decisão responsável da época. O Estado-polícia atribue a preeminência ao bem comum, o direito natural à justiça, e o positivismo à segurança". Mas seu ponto de vista é puramente político. Assim é que exalta o Estado totalitário, quando assenta: "O Estado autoritário inaugura a nova era de evolução, fazendo retornar outra vez o bem comum ao primeiro plano. A história nos ensina que será inevitável o contra-golpe dialético e que em tempos futuros, ao lado do bem comum, re-encontraremos a justiça e a segurança como valores maiores do que se lhes atribue nos dias que correm". (1)

Desta sorte abandona à "época" a solução da questão. É preciso não perder de vista que o Estado totalitário, como nos ensinou a experiência própria e alheia, é o govêrno dum grupo, senão dum só indivíduo que tem como medida dos interêsses da coletividade os próprios interêsses. Como exemplo basta conhecer-lhe a concepção que faz do que seja bem comum: "O bem comum pode revestir, também, um sentido *orgânico:* é o bem duma totalidade que é representada pelo Estado, ou por uma raça, sendo dêste modo, mais do que o conjunto de indivíduos". "Pode-se, enfim, atribuir a esta noção o caráter duma "*instituição*": o bem comum consiste, então, na realização de valores impessoais, não correspondendo aos interêsses dos indivíduos, isoladamente considerados, nem

1 — Gustav Radbruch. — O Fim do Direito, pág. 58.

aos da totalidade, cuja importância reside em si-própria Esta concepção do bem comum encontra os mais significativos exemplos na arte e na ciência, considerados sob o ângulo de seus valores" (1)

O indivíduo não tinha direito contra a coletividade e por isto mesmo o citado filósofo alemão combatia a exclamação de DEL VECCHIO segundo a qual *"o direito dum só homem é tão sagrado quanto o de milhões de homens"*

Entretanto não é no Estado que devemos colocar o bem comum, mas no homem, isolado, excluído, da coletividade e da raça De qual é o bem de que se cogita? Do bem do homem Deve ser comum a quem? Ainda ao homem é a resposta Dada a iminência, ou quasi que exclusividade com que colocou o bem comum, como finalidade do Direito, o ilustre professor da Universidade de Heidelberg, concluiu pela existência duma antinomia Para êle, por exemplo, a Justiça é, em essência, a solução de conflictos Êle vê exclusivamente uma luta constante, perpétua, entre os homens Filia-se a HOBBES aceitando virtualmente *"bellum omnium contra omnes"*

Dividiu a segurança em três categorias A segurança pelo direito; a segurança pela certeza do direito; a segurança contra as modificações bruscas no direito Como vemos admite a segurança desde o nascimento do direito até o substratum da noção do direito adquirido E não

---

1 — Idem, idem, eod. loc.

sabemos aonde, senão na Justiça, ir buscar à raiz, por assim dizer, dessa segurança

Detenhamo-nos e ilustremos contraditando as afirmativas do ilustrado filósofo A propriedade, segundo deduzimos de sua primeira divisão, seria só uma consequência da segurança pelo direito, entendida a expressão *direito,* como o direito positivo Mas, convenhamos, se alguém se vê despojado dum bem seu, seja êle sua bolsa, um imóvel, ou qualquer outro, não precisa conhecer em que artigo do código penal, ou do código civil incorreu o larápio, ou o usurpador, para se dirigir à polícia, ou ao pretório e pedir a punição do culpado Há um sentimento de Justiça que êle sente violado e que está a exigir reparação

Se o homem que sente seu direito violado não confiasse no aparelhamento estatal encarregado de coagir o violador a reparar o dano, de certo que não teria segurança pela certeza do direito É que, com o desenvolvimento da sociedade, o poder de velar pela segurança do direito foi aos poucos saindo das próprias mãos do ofendido, para as mãos do Chefe e, enfim, ficou confiado ao Estado

Se as mutações do direito positivo estivessem à mercê de profundas reformas feitas de chofre, desapareceria a estabilidade social e o sentimento dum *direito justo* apoiaria a *seditio* de que nos falou Sto Tomaz de Aquino, como justificativa da rebelião que se arvora a defensora da ordem que, por sua vez, repousa na Justiça Valemo-nos, neste passo, das palavras de HAURIOU: "A ordem social tem dois fins diferentes: dum lado assegurar a subsistência

do grupo e tornar possível a civilização, do outro lado, assegurar a estabilidade e a continuidade das situações e relações sociais" (1)

É que RADBRUCH tripartiu a finalidade do direito, focalizando-a sob os aspectos de bem comum, segurança e justiça num mesmo plano Daí porque sustentou que os três não se harmonizavam, antes, pelo contrário, como que se hostilizavam

Contestando a assertiva, LE FUR indaga se a justiça, o bem comum e a segurança, tôdas, ao mesmo tempo, sejam fim do Direito, ou será uma delas, apenas, com primazia sôbre as demais desde que se admita, entre-si, oposição e, sôbre tudo, se se admite antinomia entre elas? Acredita que a Justiça e a segurança longe de serem verdadeiramente antinômicas, são, pelo contrário, dois elementos, duas faces do bem comum, ou da ordem pública e que, na realidade, têm o mesmo sentido, depende do observador ter sob sua vista o indivíduo: chama-o liberdade individual; se tem sob sua vista a sociedade, chama-o de ordem pública. (2)

Parece-nos fora de contestação que é a Justiça que assegura a ordem e origina a segurança Ordem tomada no sentido de bem comum

Não viu J T DELOS a propalada antinomia de que se ocupou o citado filósofo alemão, raciocinando com

---

1 — Apud Mallieux, op. cit., pág. 66.
2 — Louis Le Fur, — Annuaire cit.

muita precisão da seguinte maneira: O direito positivo regula as manifestações da vida econômica, familiar, moral, e etc , mas em cada uma delas não se interessa senão sob o ângulo da justiça Fá-la presidir as relações entre os homens, suscitadas pela necessidade de segurança que o progresso dá logar Nisto está sua missão Por isto tôdas as regras do direito positivo tendem a êsse único fim e entre si são, também, harmonizadas por êsse único fim (1)

Não se pode colocar no mesmo plano as três finalidades previstas e proclamadas por RADBRUCH, sob pena de, como êle, aceitar uma contradição que só existe na aparência Enquanto que o bem comum e a segurança pertencem ao mundo das realidades, a idéia de Justiça, em sua essência, é um *ideal* Vale não confundir a idéia de Justiça que se realiza através da lei, com a própria lei pelo que exprime em sua materialidade Já dissemos que temos o direito de examinar o direito do direito expresso pela regra jurídica criada pelo legislador para conformá-la com o justo Não devemos anquilozar-nos nos quadros do positivismo porque seria esterilizar o progresso do direito positivo

Uma lei sempre é um anseio de Justiça Mas como surje do facto, da necessidade social do momento, é curial que, com o passar do tempo, se avelhanta, se torna impotente; é como que um organismo debilitado Então o

---

1 — Joseph T. Delos, eod. loc.

ideal de Justiça guia o legislador, inspira o magistrado na tarefa de ajustar a norma antiquada às novas necessidades. A idéia pura que domina o direito justo torna-o, ao mesmo tempo, imanente e transcendente O fim do direito é um elemento constitutivo da realidade jurídica, sem deixar de ser, para a mesma realidade, um ponto de direcção, um elemento de perpétua renovação A lei, qualquer que seja, é um acto da sociedade que a promulga e conserva sua vigência Mas, ao mesmo tempo, ela, a lei, é a forma sob a qual a sociedade se quer, se realiza, se pensa

DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

Justitia est constans et perpetua voluntas
jus suun cuique tribuendi

Falar do problema teleológico, implica na obrigação de discorrer a respeito da normatividade do direito. Esta é a exteriorização da regra mentada pelo legislador.

Sabido é que há leis das ciências físicas e há leis de ordem moral. As primeiras estão sujeitas a experiências e se reproduzem tantas vezes quantas queira o observador. Abandonando, por exemplo, um corpo no espaço êle cairá. É a lei da gravidade, descoberta por Newton. E' estas não são, por seu turno, passíveis de modificações, sob pena de perderem sua qualidade de leis. Impossível seria admitir-se que uma barra de metal sob a acção do calor deixasse de se dilatar linearmente. E foram apenas des-

cobertas, quer dizer, já existiam antes de serem enunciadas Antes que se tivesse dito pela primeira vez que são iguais tôdos os raios dum círculo, isto já era uma verdade. O desconhecimento, a inconciência, não lhes tira o valor real que têm

Nas ciências morais as leis se exprimem sob a forma duma norma Há um imperativo no seu linguajar.

O princípio da razão suficiente nos ensina que nada procede de si-mesmo (*causa sui*) Tôdas as modificações a que assistimos no mundo físico, é a resultante de uma modificação anterior e necessária para continuação da existência da matéria que se transforma. A lei de causalidade na natureza inanimada é de origem mecânica, mas quando se refere, quando se relaciona com o homem, essa causa é psicológica, tendo o agente um fim que é a causa final Segundo essa lei não há querer sem um fim (1)

O fim é um excitante de ordem moral; está à base de nossa actividade (2)

Já assentamos que não são procedentes as alegações de RADBRUCH quando tem como fim de direito o bem comum, em primazia à justiça e à segurança Destaca, ainda, uma contradição entre a justiça e o bem comum A razão pela qual discordamos do Mestre está em que, se-

---

1 — Ihering, op. cit.

2 — Louis Lachance, — O Conceito do Direito segundo Aristóteles e Sto. Tomaz. — pág. 79, ed. A. Levesque, — Montreal — 1933.

gundo já dissemos, êle não estabeleceu uma hierarquia entre as finalidades que previu, fugindo à axiologia. (1)

As relações entre a finalidade do teleologismo psicológico e a normatividade do direito, segundo GANEFF, radicam-se sôbre três planos diferentes, ainda que intimamente ligados uns aos outros, como que numa interdependência. O primeiro é o sôbre o qual repousa a actividade do legislador tendendo à creação da norma jurídica. O segundo é o em que repousa a actividade do sujeito passivo do direito, realizando a aplicação da norma jurídica, cumprindo com seu dever E, finalmente o terceiro, o sôbre que repousa a actividade do sujeito activo do direito tendendo ao exercício de seu direito subjetivo O primeiro é de importância capital São as normas jurídicas que fixam quais os factos e acções da realidade concreta que têm significação jurídica (2)

Por mais duma vez acentuamos a indispensável conformidade que deve existir entre a norma, regra de conduta legislada, e o direito justo Nem tôdas as acções legítimas são justas São legítimas porque decorrem da lei, estão conforme com ela, são por ela autorizadas, consentidas, não proíbidas Mas não são justas porque discrepam do valor da Justiça O conteúdo do direito deve ser justo

---

1 — Radbruch, — loc. cit.

2 — V. Ganeff, — Annuaire de l'Inst. Int. de Fil. du Droit et de Sociologie Juridique.

Aproveitando um pensamento ilustrativo de PUFENDORF vejamos como êle exemplifica o nascimento do direito. Admitido o estado de natureza, como convém à discussão, encontravam-se dois homens discutindo a respeito da posse dum objeto. Interveio um terceiro e decidiu qual dos dois devia conservá-lo Deu-se, pois, um julgamento Mas para que persistisse, para que se tornasse real, era indispensável assegurá-lo O vencedor devia ficar seguro de que o decidido, a sentença, o pronunciamento do estranho à contenda, seria respeitado desde aquele momento em diante Acresce que, aceita a decisão pelos desavindos, a paz voltou a reinar entre êles. É o nascimento do bem comum como paz trazida pela ordem. Vê-se, pois, que não existe a antinomia preconizada por RADBRUCH

Há valores puros de moral, como o de justiça, como há os de estática. Quando dizemos que um quadro é belo, não é ao seu valor material a que nos reportamos, mas ao belo, como valor de estética. O vajor justiça não está na norma, existe na sua expressão material. Nos valores há hierarquia: uns valem mais do que outros. Há valores fundantes e valores fundados Para que se realize o valor fundado, faz-se preciso o valor fundante O primeiro está em plano superior ao segundo A justiça é um valor fundado enquanto que a segurança é valor fundante. Se a segurança, como valor fundante, está em plano inferior ao da justiça que é valor fundado, é, todavia, condição indispensável para esta Não pode haver uma

situação de justiça, sem que exista uma situação de segurança (1)

Há, pois, diferença de valores, uns de plano superior aos outros Mas não vemos e não atinamos onde está a antinomia Não se repelem Antes, pelo contrário, se completam e, como em simbiose, um alimenta o outro, dá existência Entre êles não existe contradição Há uma fôrça catalítica que os reune; há como que um poder, uma fôrça, que os enfeixa

O problema, na verdade, é soberbo Apaixonando, avassala o jurista

Do alto do pensamento descortina-se dos tempos antigos aos actuais o afan dos sábios, dos juristas e dos filósofos na procura duma solução Façamos de SÓCRATES ponto de referência Já na sua obra existe, latente, essa preocupação O divino PLATÃO não se divorciou do Mestre Num exemplo magnífico, depois de ter escrito *A República,* nos deu as *Leis* Numa estava o Estado ideal, conduzindo os cidadãos por sentimentos virtuosos, sem coação de qualquer natureza, num estado de liberdade semelhante ao preconizado, nos dias actuais, por LASKY, que entende por liberdade a ausência de qualquer coação Escrevendo *As Leis* deu uma determinação só, à primeira vista, diferente Enquanto que o justo, como virtude, pre-

---

1 — L. Recasens Siches, — Vida Humana, Sociedade e Direito, pág. 17 e segs. — Ed. Fondo de Cultura — México — 1939.

dominava num e noutro Estado, o fim era atingido por caminhos diferentes: num, pelo sentimento puro; no outro, pela imposição

Na idade média vamos encontrar às voltas com o mesmo assunto SUAREZ, VICTORIA e MOLINA e, à época do Iluminismo, GROCIO, TOMASIO e PUFFENDORF A revolução francêsa cristalizou em princípios, com a Declaração dos Direitos do Homem, um dos aspectos mais essenciais da Justiça como valor ético: o da igualdade de todos perante a lei

O assunto, sendo de filosofia do direito, envolve problemas de filosofia geral, entre os quais, para citar um só e de passagem, o que se relaciona com a teoria do conhecimento com o qual esbarramos quando indagamos quais sejam os elementos que compõem os juizos de valor. Mas a filosofia do direito não é senão um dos ramos da filosofia É um seu campo especializado

E tendo nesta conta, foi que MIRCEA DJUVARA assinalou que ela não tinha outro escopo senão o de analisar a idéia de Justiça em si-mesma, como dever de acção, e o de investigar suas relações necessárias com os factos correntes na vida social aos quais se reporta (1)

---

1 — Annuaire de l'Inst. Int. de Filosophie du Droit.

ÍNDICE

	PAG
Da Etimologia	7
Do Conceito	13
Fundamento deontológico	23
O problema teleológico	31
Trilogia prevista na finalidade do Direito	39
Da normatividade do Direito	49

F
340.4
S586d
2

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

Nome completo: Satyro Ivo de Silva Junior

Inv. Jan. 965-7/67
L
Inv. 88
Jul/90