

IVO JUNIOR  
ADVOGADO

# DA JUSTIÇA

*TESE APRESENTADA À DOUTA CON-  
GREGAÇÃO DA EGRÉGIA FACULDADE  
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO  
RECIFE, EM CONCURSO PARA LIVRE-  
DOCENTE DE INTRODUÇÃO À CIÊN-  
CIA DO DIREITO*

1947

Officinas Gráficas do  
Diário da Manhã - Recife

F  
340.4  
5586d

3404

IVO JUNIOR  
ADVOGADO

# DA JUSTIÇA

*TESE APRESENTADA À DOUTA CON-  
GREGAÇÃO DA EGRÉGIA FACULDADE  
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO  
RECIFE, EM CONCURSO PARA LIVRE-  
DOCENTE DE INTRODUÇÃO À CIÊN-  
CIA DO DIREITO*

1947

Officinas Gráficas do  
Diário da Manhã - Recife

UNIVERSIDADE DO RECIFE  
FACULDADE DE DIREITO  
BIBLIOTECA

*Al*

F 399		
12	10	1949



*Justitia omnium est do-  
mina et regina virtutum*



DIREITO E JUSTIÇA  
SENTIDO ETIMOLÓGICO  
CONCEITO



## DA ETIMOLOGIA

Ainda que não seja propriamente este 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 elle 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 homonímia, porém, perfeita homologia, como

acentúa ARAMBURO (1) Podem ser classificados em dois grupos os estudiosos que se ocuparam do assunto. Os filósofos ou juriconsultos, 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. Este 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 — 3ª 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 reis 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 todo direito tem carácter religioso; nem a substancia 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.<sup>o</sup> ed. pág. 1, Paris — 1942.

2 — Girard. — Obra cit.



suas respectivas fronteiras. O *jus* é de instituição humana, e, portanto, variável; a sua força obrigatória reside no acôrdo geral dos povos e a sua inobservância só prejudica interesses puramente humanos. O *fas*, ao contrário, é imutável: funda-se na vontade dos deuses, a estes 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 consciência mesma do povo, que encontramos em nossos primeiros passos, nesta matéria, já prova a força analítica do espírito romano. Relativamente, à história da civilização, determina um acontecimento notável, que assinala os mais notáveis progressos da consciência 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. 1, 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 termo 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 drep-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: "*di-reito*", de *dirigere*, no sentido de reger continuamente, 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 termo 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 legalità!" (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.<sup>a</sup> 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 termos 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 inteligênciã impar e compreensão perfeita pôde ser chamado de divino, com sobradas razões advertiu que "só Deus tem o segredo das definições perfeitas". (4)

Cada realidade, seja coisa, objecto ou ser, que entendo, possui uma determinada essência ou consistência própria, independentemente de tôda inteligênciã 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 força social organizada" (6)

Temos a idéia clara do que ele seja, guiada a nossa inteligência pela luz da razão. *Nihil est in intellectu 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 força social organizada", como afirmou PICARD, patente era um relativismo, desde que está impli-

---

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. Esse 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. Ele 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 preso, 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 através 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, distintos.

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.

têrior. 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 factos 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 carácter 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 natureza 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)

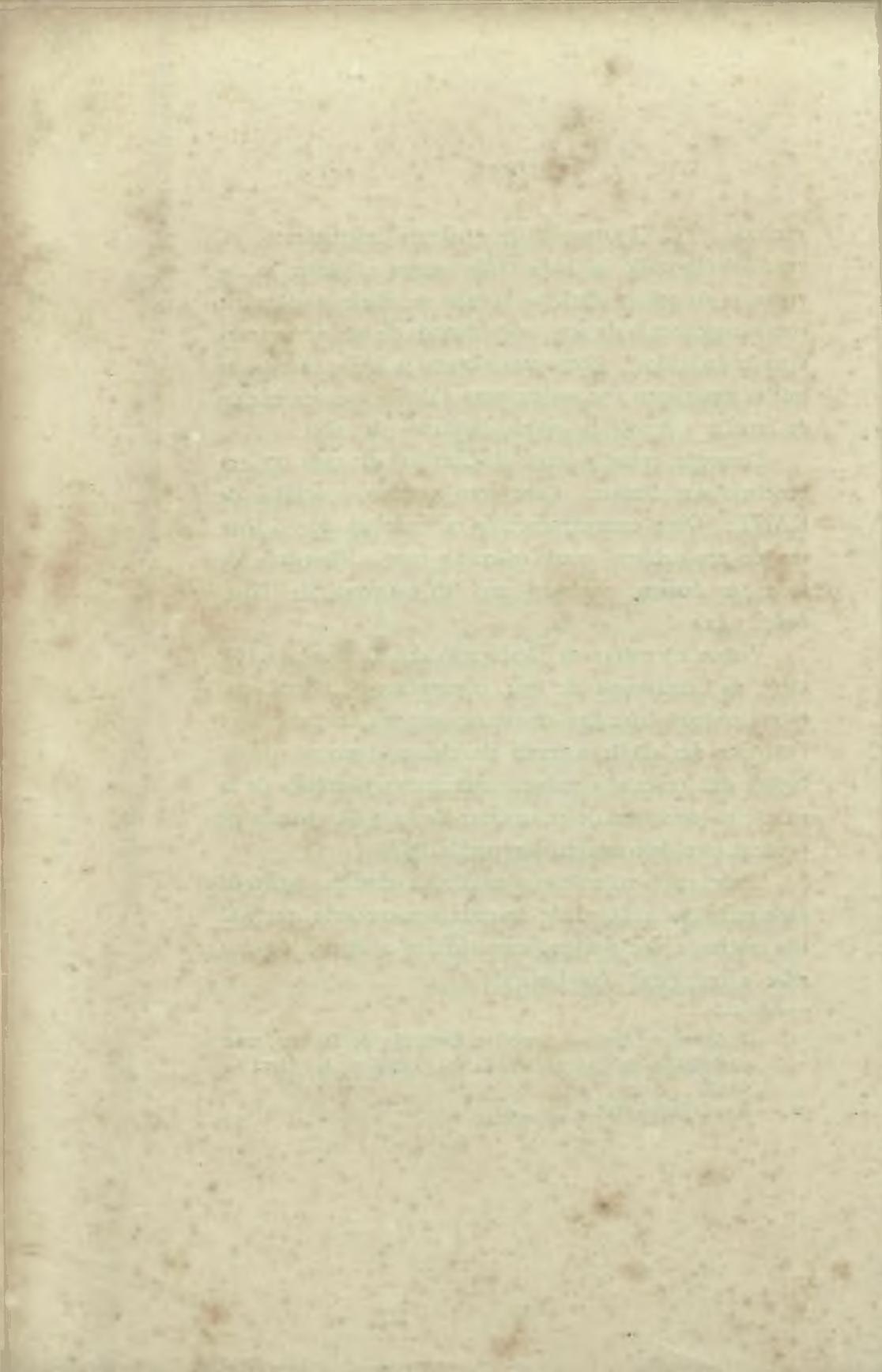
Vamos encontrar na Declaração dos Direitos do Homem, da Constituição de 1791, o seguinte: *La liberté consiste á pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas á autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de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

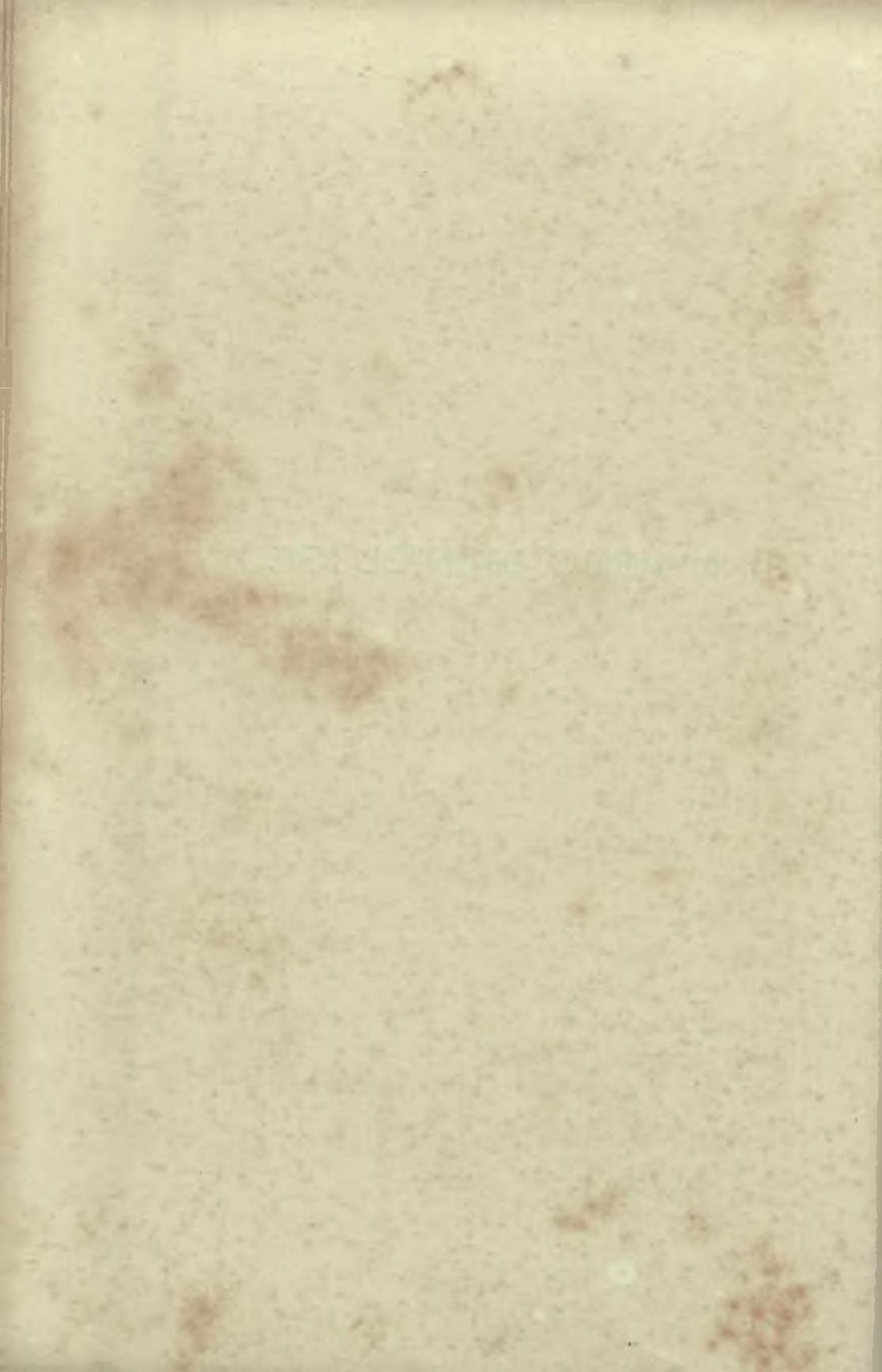
---

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 força. Exceção feita ao estado de natureza em que viveram os homens primitivos, é possível admitir-se o primado da força 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 força 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 força 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 ontem 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 consciência, 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 força 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 non 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 força. O *Doutor Angélico* diz que o direito só é direito porque é justo. Nêste caso a lei é de ser obedecida. Caso contrário a *sedição* 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 força 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 possui 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.

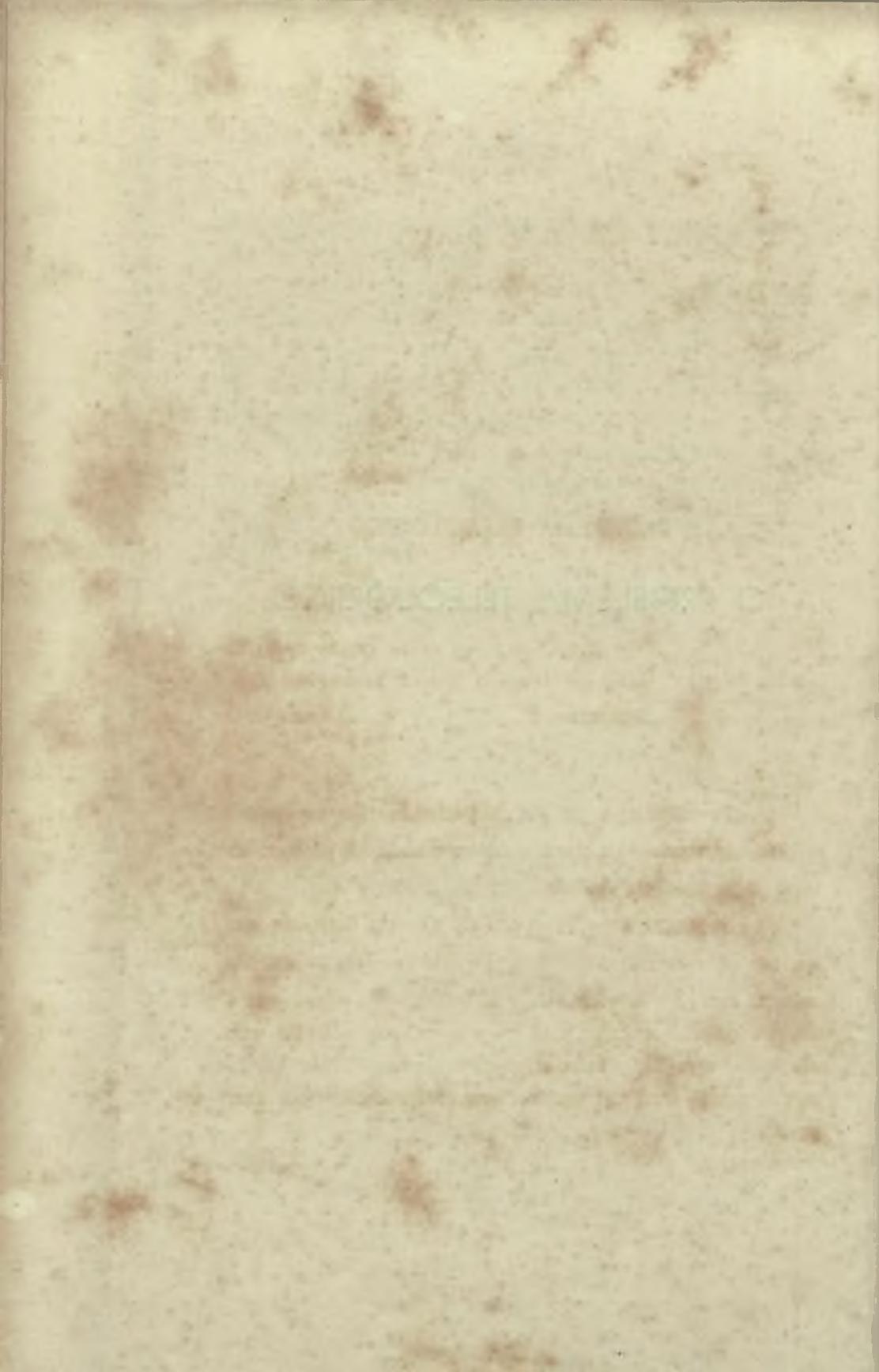
Ainda outros. Todos sabemos que em certos países, dominados por governos chamados fortes, a delação chegou a ser tida pelos dominantes como um dever para com o Estado. Ninguém tinha direito contra o Estado e ninguém tinha direito de discordar d'êlé. Como vemos, no caso, o Estado era confundido com o 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 seres que eram, de natureza, desiguais. O direito começou a exprimir a ordem na sociedade

○ 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 tóda 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 tódo 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 Sirey — 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 erro; há um antagonismo absoluto entre a verdade e o erro. Ao contrário, para os actos ou para a vontade — o que é a mesma coisa — 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 torno 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 consciência 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, possui valor de beleza"* Arrematando assim: *"A JUSTIÇA postula uma teoria da valoração jurídica em sua ampla compreensão, já que, sendo ela-própria um valor, apresenta todo 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.

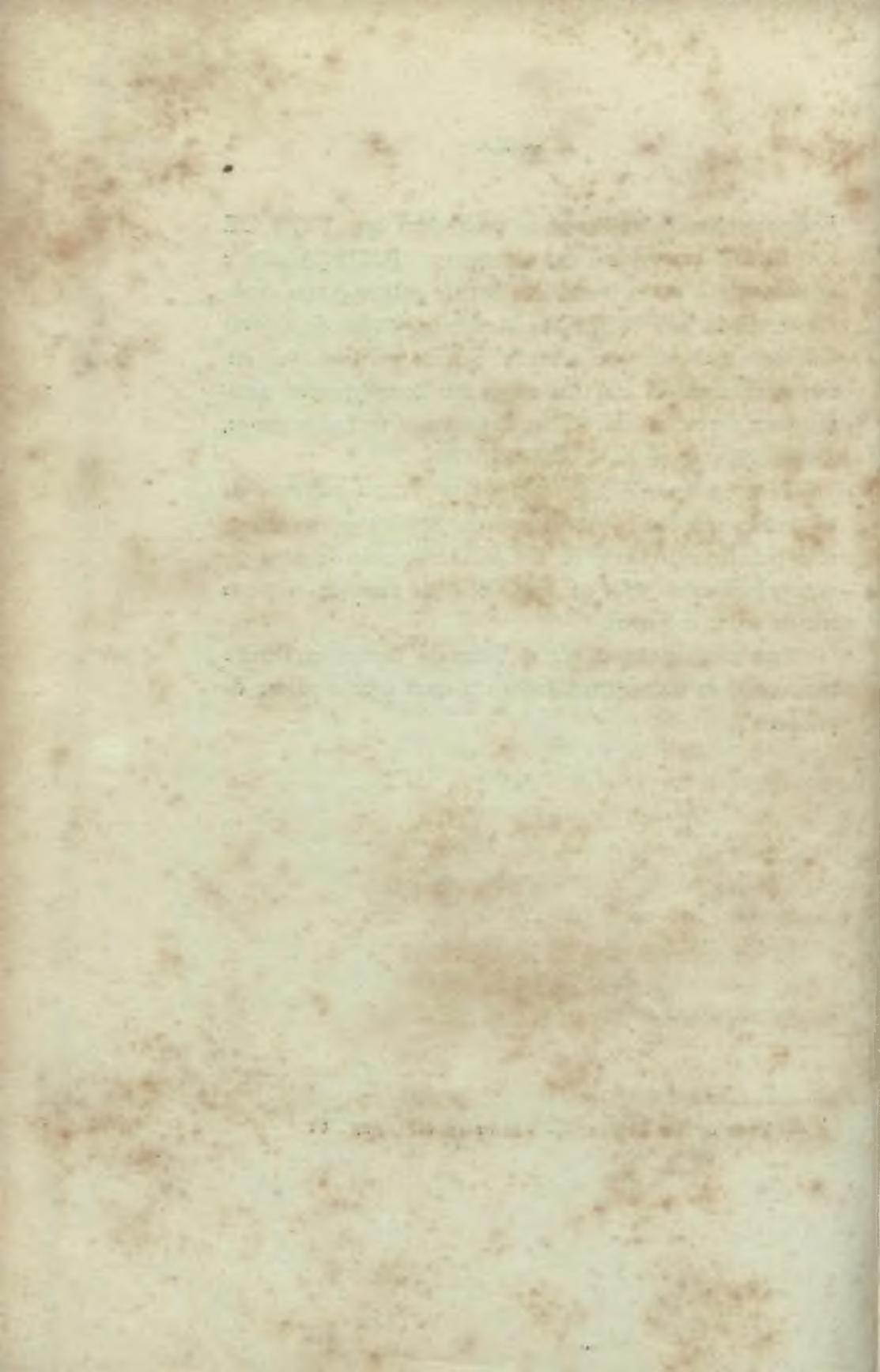
Foi no intuito de contestar os positivistas que YVES DE LA BRIÈR sustentou com vantagens: 'JUSTIÇA não é unicamente o texto literal do direito positivo, mas devemos entender por JUSTIÇA a *ordem objectiva de direitos e deveres humanos que adornam o texto positivo* (1) Assim compreendida ela tem como 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 governo dum grupo, senão dum só indivíduo que tem como medida dos interesses da coletividade os próprios interesses. 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 interesses 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 ele, por exemplo, a Justiça é, em essência, a solução de conflitos. Ele vê exclusivamente uma luta constante, perpétua, entre os homens. Filia-se a HOBBE'S 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 a raiz, por assim dizer, dessa segurança.

Detenhamo-nos e illustremos 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 *seditione* 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, opposição 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. Fã-la presidir as relações entre os homens, suscitadas pela necessidade de segurança que o progresso dá lugar. Nisto está sua missão. Por isto todas as regras do direito positivo tendem a êsse único fim e entre si são, também, harmonizadas por êsse único fim (1)

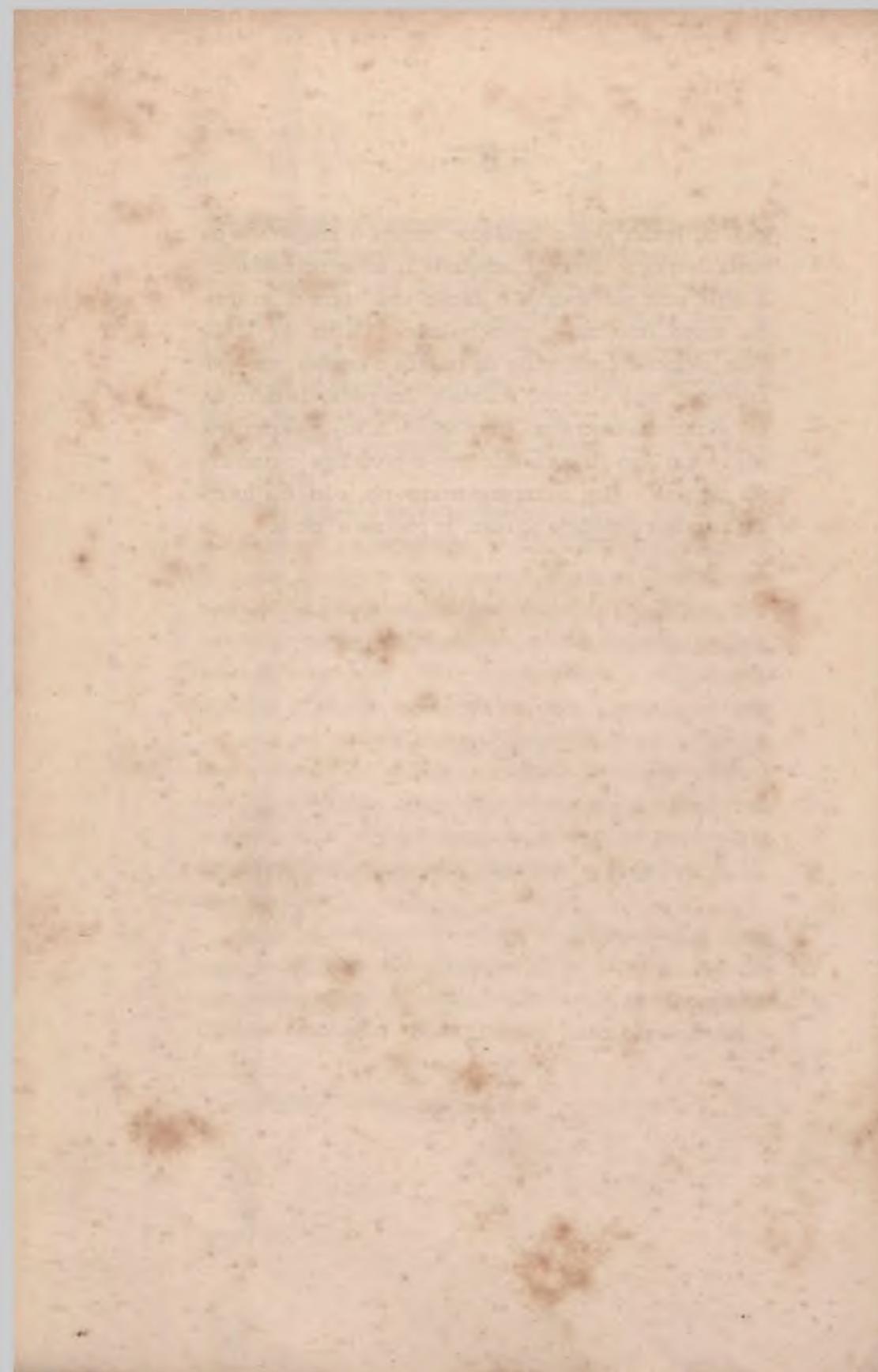
Não se pode colocar no mesmo plano as três finalidades previstas e proclamadas por RADBRUCH, sob pena de, como êle, aceitar uma contradição que só existe na aparência. Enquanto que o bem comum e a segurança pertencem ao mundo das realidades, a idéia de Justiça, em sua essência, é um *ideal*. Vale não 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 surge 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. *op. 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

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

## DA NORMATIVIDADE DO DIREITO

*Iustitia est constans et perpetua voluntas  
jus suum 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. 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 inconsciência, 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 naturêza 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 Laehance, — 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 criação 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 proibidas. Mas não são justas porque discrepam do valor da Justiça. O conteúdo do direito deve ser justo

---

1 — Radbruch. — loc. cit.

2 — V. Ganef, — *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 valor 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 eles não existe contradição. Há uma força catalítica que os reúne; há como que um poder, uma força, 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 francesa 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 juízos de valor. Mas a filosofia do direito não é senão um dos ramos da filosofia. É um seu campo especializado.

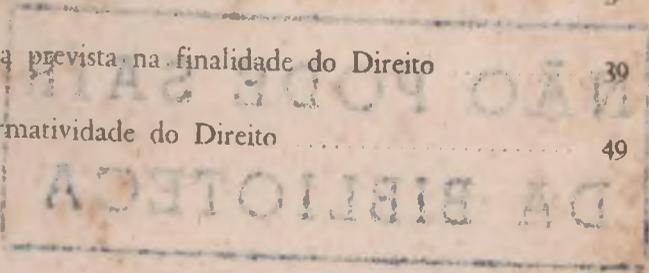
E tendo nesta conta, foi que MIRCEA DJUVARA assinalou que ela não tinha outro escopo senão o de analisar a idéia de Justiça em si-mesma, como dever de acção, e o de investigar suas relações necessárias com os factos correntes na vida social aos quais se reporta. (1)

---

1 — Annuaire de l'Inst. Int. de Philosophie 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



Este livro deve ser devolvido na última data carimbada

30 de fev  
1959

F  
340.4  
5586d

Jan/90

F7

**NÃO PODE SAIR  
DA BIBLIOTECA**

Nome completo: Satyro Ivo da Silva Junior

Inv. Jan. 965-7/62

Inv. Jan. 1981

Inv. 88

—

31.