

O DIREITO E A ESPERANÇA DA JUSTIÇA*

Joel Pimentel de Ulhôa

Doutor em Filosofia pela Universidade de São Paulo e Professor da Universidade Federal de Goiás

Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. (J. Rawls)

RESUMO - O objetivo desta conferência é o de estimular uma discussão sobre a relação do direito com a justiça. Para isso mostra, de forma intencionalmente polêmica, a tradicional dicotomia entre o direito positivo e o jusnaturalismo, examina as características de cada uma dessas vertentes, ressalta os malefícios do distanciamento e da falta de diálogo entre esses dois campos, critica suas respectivas limitações e propõe, finalmente, a partir de uma reflexão sobre o conceito de *legitimidade*, uma nova visão sobre o papel do advogado e especialmente do Juiz.

ABSTRACT - *The aim of this paper is to stimulate a discussion about the relation between Law and Justice. In order to carry this out, the paper shows, in an intentional polemic way, the traditional dichotomy between Positive Law and Jusnaturalism, examines the characteristics of each of these streams of thought, pinpoints the ills of the separation and the lack of dialogue between these two schools, criticizes their respective limitations and proposes, finally, and out of a reflection about the concept of legitimacy, a new vision about the role of the lawyer and specially of the judge.*

* Conferência pronunciada, em 09/11/99, na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, em Brasília (DF).

No momento em que, assolada pelo crescente clima de violência que espanta o país, a sociedade parece arremessar energias para reivindicar a paz e o fim do estado de guerra em que nos encontramos, nada mais oportuno do que refletir um pouco sobre a questão da justiça. Uma sociedade não violenta, vale dizer, uma sociedade ética, é essencialmente uma sociedade justa. “Ética é justiça”, diz Olinto Pegoraro, num interessante livro que publicou com esse título pela editora Vozes, em 1995. A paz sem justiça é só aparência de paz, e isso já é uma forma de violência.

Uma sociedade é violenta, e por isso mesmo em geral ansiosa da paz, quando nela se vive uma contradição: de um lado, os padrões de comportamento adotados, as normas, a lei; de outro, às vezes em franco antagonismo, o sentimento de justiça (não importa se considerado inato ou adquirido, conforme se discute). Quando se separa a justiça dos padrões de comportamento, das normas, da lei, instaura-se a violência. Quando nem sempre (como frequentemente se dá no campo da aplicação do direito) a lei — que legitima e institucionaliza padrões comportamentais — coincide com o que, na consciência coletiva, no mundo dos valores, no campo da moral, se considera justo, tem-se aceso o estopim da violência que, na verdade, nesses casos, é mais uma reação, ou seja, o efeito de uma causa — aquela referida discrepância ou contradição — e é, nesta sim, que está a violência real ou a absoluta negação da ética, — algo, aliás, que podemos facilmente perceber numa reflexão sobre nossas vivências mais comuns.

Toda sociedade produz suas próprias regras de convivência, suas normas, suas leis. São essas leis, normas e regras que cimentam a sociedade por dentro, organizam-na como conjunto articulado, como um “todo”. Retirem-se ou fragilizem-se essas leis, normas e regras, e toda a estrutura social se decompõe como um castelo de areia. Não há sociedade que sobreviva na anomia, e é por isso que todo grupo social procura preservar e reproduzir esses elementos de sustentação, utilizando, para isso, os vários e conhecidos instrumentos de controle social para ajustar as pessoas, enquadrá-las, torná-las dóceis ou submissas aos seus mecanismos de autorreprodução. Toda sociedade é, por natureza, conservadora.

Se numa *comunidade* (onde impera uma *comum-unidade* de interesses e expectativas, de modos de pensar, de sentir, de ver, de julgar e agir: isto é o que define uma *comunidade*, do ponto de vista sociológico, como na organização social, por exemplo, dos chamados “primitivos”), se numa *comunidade*, repito, a reprodução social mantém a *igualdade*, numa sociedade de classe, em que impera a desigualdade estrutural, é a *desigualdade* que é reproduzida, porque ela, a desigualdade, é o próprio *ethos* desse tipo de sociedade. É impensável uma sociedade de classe sem desigualdade. E com a desigualdade, o seu cortejo: a dominação, o império do forte sobre o fraco, o privilégio, a injustiça...

Bourdieu, sociólogo francês contemporâneo, tem demonstrado, com seus estudos, que a reprodução social se dá, em qualquer agrupamento humano, a partir de um eixo através do qual sempre são inculcados e reproduzidos os valores do mais forte (de qualquer modo como este seja representado, ou seja, concreta ou simbolicamente). Na família, na equipe esportiva, nos grupos de pesquisadores, nas seitas, nas modas, na sala de aula, etc., os modelos adotados pelos grupos, e portanto reproduzidos, são, sempre, os que, de uma forma ou de outra, se impõem como paradigmáticos. Isso é fácil de compreender e basta que olhemos à nossa volta para verificarmos quão verdadeira é essa constatação de Bourdieu e entender o mecanismo simples pelo qual, numa sociedade de classe, a vida, a educação, o dia-a-dia, além, evidentemente, dos meios habituais de controle (a violência física, a persuasão, o ridículo, os sutis instrumentos coercitivos ligados ao nosso cotidiano de cidadãos), asseguram a existência e a reprodução das classes e sua relação de desigualdade e dominação. As normas, as leis, as regras sociais fazem parte desse aparato de recursos de manutenção e reprodução, e traduzem, de forma clara ou sutil, o espírito e a natureza do ser social que as produz. Apresentam-se, sempre, nas imagens ideológicas que nos são inculcadas pelo social, como *boas* e *legítimas* em si, representação que nos cega e impede de enxergar, através delas, os interesses maiores e mais poderosos que estão sendo mantidos e reproduzidos. Essas normas, regras e leis são, numa sociedade de classe, portadoras da violência, pois carregadas dos valores seminais da desigualdade e dominação, que são, no plano das relações humanas, a violência mais concreta, pois que reduzem “o outro”, o fraco e dominado, à condição de coisa, de objeto.

O que é, porém, o *violento*, na imagem social que se faz da violência? *Violento* é o que transgredir as normas, as leis e regras de convivência social. *Violento* é o que ameaça a sociedade “organizada” em que vivemos e de algum modo põe em risco a idéia de “ordem” que nos inculcaram. Brecht, num belo verso, toca nessa ferida: “A um rio que tudo destrói, chamam de violento: mas ninguém chama violentas as margens que o aprisionam.”

Idéia parecida com essa de Brecht é desenvolvida por Marilena Chauí, num artigo célebre, em que comenta e contesta o mito da não-violência do brasileiro¹ Diz Chauí: “Estamos habituados a considerar a violência pelo prisma da violação, isto é, como transgressão de regras, normas e leis aceitas por uma coletividade e das quais ela depende para continuar existindo. Neste contexto (jurídico), o indivíduo violento é aquele que põe em risco a vida da comunidade. (...) Em suma, estamos habituados a encarar a violência como um ato enlouquecido que vem de baixo para cima da sociedade (é assim, aliás, que está sendo apresentada pelos jornais e pelas comissões estatais), quando na verdade seria mais pertinente encará-la de modo oposto, isto é, como um conjunto de mecanismos visíveis e invisíveis que vêm do alto para baixo da sociedade, unificando-a verticalmente e espalhando-se pelo interior das relações sociais, numa existência horizontal que vai da família à escola, dos locais de trabalho às instituições públicas, retornando ao aparelho do Estado.”²

A violência está em o ser humano nascer num tugúrio ou numa favela (e ainda se tornar suspeito, por isso), principalmente numa economia como a nossa, que tem alguns índices de Primeiro Mundo; a verdadeira violência está em não se ter um amanhã e se viver num permanente e amargo hoje, sem saúde, sem comida, sem teto, esmolando pelas ruas ou assaltando para sobreviver. A violência é este país tão rico estar tão cheio de favelas, favelas que as forças policiais invadem “para solucionar o problema da violência”, sem perceber que aqueles pobres coitados que ali se homiziam, em casebres horrorosos, em meio aos ratos e ao lixo, não podem ser, com suas chinelas de dedo, os verdadeiros beneficiários de

¹ CHAUI, Marilena. A não-violência do brasileiro, um mito interessantíssimo. In: *Almanaque II*, São Paulo: Brasiliense, 1980, p. 16-24.

² Idem, p. 16.

sua ação criminosa; violência é o racismo, o machismo, a discriminação social, é o preconceito, é o pobre que vai para a cadeia e não tem acesso real à Justiça; violência é a corrupção, é o cinismo com que os poderosos conspurcam a dignidade da política e da democracia; violência real são as filas do INPS; são os hospitais abandonados, a saúde esquecida, a educação sucateada; violência é a iníqua distribuição de rendas deste país; violência são as 100 ou mais crianças que morrem em cada mil que nascem por ano; são os velhos abandonados, são os profissionais mal-pagos, os jovens sem futuro, a ganância dos poderosos; violência são os trustes e os cartéis, os oligopólios. Violência, enfim, é a existência de “dois brasis”, como diz Hélio Jaguaribe. A equidade não pode ser tão mentirosa quanto esta aparente “paz social” conseguida pelo controle do fraco pelo forte a serviço de uma “ordem” tão suja e desigual. Marguerite Yourcenar, a notável autora de *Memórias de Adriano*, lembra que “os crimes escandalosos e facilmente puníveis são pouca coisa comparados aos milhares de monstruosidades corriqueiras cometidas diariamente por gente de bem, mas de coração duro, a quem ninguém pensa em incomodar.”.

Desde suas origens, a sociedade capitalista vem-se consolidando consciente de seu *ethos* violento. Com efeito, ao longo do processo de instituição da burguesia, que vai do século XIII ao século XVIII e se consuma com a Revolução Francesa, o que vemos é um ingente esforço da camada que ascendia para consolidar os direitos individuais e os benefícios da livre concorrência na organização do universo social. A nova ordem buscada rompia com os privilégios de nascimento, com a desigualdade jurídica do mundo feudal e se punha como objetivo a instituição de uma igualdade conquistada por méritos puramente individuais. Contudo, a Revolução Francesa, embora inspirada na conhecida trilogia (Liberdade, Igualdade, Fraternidade), instaura de fato uma sociedade de desiguais, não mais de Senhores e Servos, mas de ricos e pobres, ou, numa linguagem já sovada: de dominantes e dominados, não obstante se defina, ideologicamente, como sociedade de iguais (perante a Lei). Na prática, sabemos que não é assim, e os privilégios que, no Antigo Regime, eram tidos por legítimos, por decorrerem, na concepção feudal, da vontade de Deus (e a transparência dessa crença, que era coletiva, retira deles a violência, visto não implicarem imposição ou ludíbrio), na nova ordem são velados e escamoteados ideologicamente, e é nisto que está seu caráter violento. É uma violência cruel esconder a violência

e fazê-la aceita como se não existisse. O social violento, escamoteado, é preservado, no seu *ethos*, pela exaltação do “indivíduo incapaz”, do “indivíduo violento”. A mesma sociedade que produz a favela manda a polícia prender o favelado que ela produz para “erradicar a violência”. Há nisso muito mais do que uma mera violência simbólica, e isso já começa a não iludir mais ninguém e a já irritar todo mundo que pensa e sente e que vive, no dia-a-dia, a experiência da injustiça.

Na experiência de todos nós, com efeito, mesmo dos que não vivem a prática do direito como profissão, o direito se nos apresenta sob uma dupla figura: de um lado, a

Antígone, irmã de Polinice, contraria o decreto do tirano e procura sepultar o corpo do irmão, sendo condenada à morte. A passagem que aqui nos interessa, por sua exemplaridade, é a de seu diálogo com Creonte, que lhe pergunta se ela não sabia de sua determinação. A resposta de Antígone: “Sim, eu sabia! Por acaso poderia ignorar, se era uma coisa pública?”. E Creonte: “E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?”. Antígone (e aqui, na passagem que quero destacar): “Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas...”. Para Antígone, havia, acima da lei da cidade, uma lei divina, inscrita na natureza mesma das coisas, e era a esta que ela se submetia em primeiro lugar, ainda que violando a lei da cidade.

Este não é um tema irrelevante. Desde o “Daí pois a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus”, da lição evangélica, esse assunto azucrina os homens. Para Antígone e Sócrates esse problema não se punha: era a Júpiter e à deusa Justiça, no entender de Antígone, que se devia servir e não ao édito de Creonte. Já para Sócrates, na radicalidade de sua consciência política grega e de sua submissão quase religiosa à *pólis*, a justiça estava em observar a lei. Em Cristo, parece-me haver ainda, na minha ignorância de leigo, uma terceira posição, que concilia as anteriores, de Antígone e Sócrates: o homem tem deveres para com Deus e para com a *pólis*, ou, numa linguagem pagã, deve observar os éditos de Júpiter e a vontade da deusa Justiça inscritos na natureza das coisas e não decretados pelos mortais, mas, ao mesmo tempo, prestar obediência ao poder de César, — o que, convenhamos, não é nada fácil!

Há algum tempo, em uma de minhas aulas, um mestrando comentava o que lhe fora dito por um Juiz, logo após haver prolatado uma sentença: “Hoje cumpro a lei, mas cometi uma injustiça”. É interessante observar que a questão continua a mesma que a encontrada na Grécia de Péricles. O direito parece sofrer, entre a lei e o justo, de um desdobramento de difícil superação, e essa tensão é positiva, pois mantém vivas as interrogações e nos afasta, no plano das idéias, do imobilismo intelectual, — este sim extremamente prejudicial. “O dilema moral”, diz

o escritor irlandês Brian Moore, em entrevista ao Jornal do Brasil (caderno *Idéias*), de 08/08/98, “me parece um dos momentos mais interessantes do ser humano e certamente os dilemas mais interessantes são quando o que achamos justo não é a mesma coisa que nossa fé indica. É o drama por que passaram muitos padres católicos na França ocupada, por exemplo.”

Em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, o assunto parecia haver sido encerrado: “Os representantes do povo francês”, diz o seu preâmbulo, “constituídos em Assembléia nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das infelicidades públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem...” — e aí se seguem os dezessete artigos que todos conhecemos e que, *mutatis mutandis*, são reiterados pela ONU, em 10 de dezembro de 1948. Trata-se, evidentemente, segundo os próprios redatores da Declaração de 1789, de uma orientação, ou seja, de um critério a partir do qual se pudesse pautar os atos do poder a fim de que se conseguisse, da melhor e mais clara maneira possível, alcançar os objetivos essenciais de toda instituição política e iluminar, com base em princípios incontestáveis, as reivindicações dos cidadãos.

Apesar de a Declaração de 1948 da ONU ser uma retomada da preocupação jusnaturalista – retomada compreensível, depois da hecatombe da Segunda Guerra —, entre os juristas está praticamente abolida a discussão sobre o que é o direito justo, ou por outra, a discussão sobre o problema da justiça, desde 1934, quando é publicada a notável obra de Kelsen³.

Kelsen, preocupado com o risco das posições subjetivas quando se trata de definir questões que implicam juízos de valor no campo do direito, propõe uma teoria do direito construída a partir de uma postura científica, “objetiva”, que tome o direito positivo como objeto, ou seja, o direito tal como é de fato. Desde então estabeleceu-se certo distanciamento entre juristas e filósofos, que não tem beneficiado a nenhuma das partes, mas até pelo contrário as tem prejudicado enquanto se transforma em

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

empecilho para o debate e esclarecimento de questões vitais para o direito, como a da distinção entre a lei e o justo e especialmente como a da exploração mesma, em toda a sua evidente complexidade, do próprio conceito de direito que está na base de perplexidades como a que emerge da experiência judicante do magistrado objeto dos comentários do mestrando que mencionei.

A filosofia, por seu turno, não tem feito muito para superar essa situação. Com efeito, ela vive também a sua própria crise interna, debatendo-se, a esse respeito, entre os historicistas que, relativizando tudo, num nietzscheanismo às vezes exaltado, consideram o próprio debate sobre o direito (como categoria universal) um debate sem sentido, porque só existem concretamente, segundo eles, práticas jurídicas historicamente determinadas e distintas entre si — o que, aliás, reforça o positivismo jurídico e resvala para o campo do sociologismo —, e aqueles que

Esse me parece um problema sério para o positivismo jurídico, a cuja ciência compete apenas “conhecer e descrever” as ordens jurídicas existentes, sem entrar na discussão de seu mérito e portanto se omitindo de modo radical diante do fato das leis injustas, tão flagrante em todas as sociedades, inclusive na nossa, mas de modo exemplar em sistemas totalitários: “Segundo o Direito dos Estados totalitários”, diz Kelsen, “o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.”⁵ Com isso, Kelsen esvazia o direito da função crítica que, na minha opinião, lhe é não apenas extremamente importante mas a que mais lhe confere, dentre as práticas da civilização, toda a sua beleza e dignidade. Como julgar, com efeito, a partir do direito, fatos degradantes, enquanto degradantes, da vida social – ou isso, na realidade, não deve mesmo ser função dele? Como, sem negar a própria essência da experiência jurídica, negar-se a julgar a legislação pelo critério da justiça, transformando o direito em mera técnica de aplicar a lei ou em meras descrições pretensamente objetivas de sistemas jurídicos? Essas são questões que, no meu ponto de vista, envolvem problemas relevantes e graves e sobre os quais quem milita no campo do direito não pode deixar de refletir.

Se partimos do princípio de que justiça é sinônimo de lei – e a menos que consideremos absolutamente irrelevante qualquer consideração sobre o justo e o injusto – temos que admitir que o que é legal é justo e que, portanto, o que não é legal é injusto. Mas esta é uma lógica que pode não ser verdadeira. Por exemplo, é intuitivo que os seguintes argumentos são corretos, de um ponto de vista informal:

*O que é legal é justo
Roubar não é legal
Logo, roubar não é justo*

*Quem rouba é injusto
Paulo rouba
Logo, Paulo é injusto*

⁵ Ibidem, p. 69.

*Todo aquele que deixa alguém morrer de fome é injusto
Paulo rouba para não deixar seu filho morrer de fome
(atenuante)
Logo, Paulo rouba e não é injusto.*

Conclusão geral: Há ilegalidades (o roubo de Paulo) que não são injustas (atenuantes), donde pode haver legalidades não justas (ou: lei não é justiça). A questão fundamental é: com base em que princípios, não sendo os da lei, se pode considerar, no caso de Paulo, que a ilegalidade não é injusta? Mesmo quando a lei admite atenuantes, há que, necessariamente, justificá-los. De onde retiramos, nesse caso, nossos critérios de justo e injusto, de legal e ilegal? Aqui é que me parece haver pontos indissociáveis entre o direito positivo e o direito natural.

Na verdade, o conceito de justiça não pode ser separado do conceito de direito. O justo ou o injusto são categorias que só se explicitam na prática, quando se acham em jogo pretensões de direito. Reputa-se, com efeito, na prática, como injusta uma ação que fere o que se considera um direito. Direito, portanto, é o critério para se julgar o justo, e as pessoas em geral não consideram direito seu apenas o que a lei define como tal, pois se assim fosse nada jamais mudaria no campo da legislação, e tampouco haveria necessidade de se reformarem as leis, revogando antigas e produzindo novas, como sói acontecer. O problema do positivismo jurídico é que, igualando o direito com a lei, transforma a lei no critério da justiça (quando, segundo penso, deveria ser o contrário, ou seja, a justiça como critério da lei), deixando com isso de contemplar a realidade da experiência da justiça, que cada um de nós tem e que muita vez aponta como injusta uma lei, como procurei demonstrar na hipótese do ladrão Paulo. É justo para alguém aquilo a que esse alguém julga ter direito. Será mesmo possível que na prática cada um de nós se satisfaça com o mero anúncio legal dos seus direitos? Não haverá algo mais profundo, uma voz que brota do silêncio das circunstâncias para a consciência que cada um tem de sua própria dignidade de pessoa, e que nos define o justo e o injusto, o direito e o não-direito? Os problemas de nossa consciência moral não podem ser reduzidos e discutidos à revelia do direito natural, da antropologia filosófica e da ética. Alguns, como o filósofo Hume, por exemplo, chegaram a defender que a idéia de justiça tem sua origem no egoísmo humano por ser neste, segundo

ele, que se enraíza nosso conceito de direito.⁶ Contratualistas como Hobbes e Rousseau, que excluem a idéia do justo e do injusto do estado de natureza, fazem-no a partir de uma certa concepção de homem⁷, e assim tem sido desde os gregos, ao longo da história.

Tradicionalmente, a idéia de justiça é empregada em dois sentidos – “a cada um o que lhe é devido” (justiça distributiva), e “reparar a injustiça praticada” (justiça comutativa) —, mas quem, provavelmente, explicita o tema de maneira mais exaustiva é Chaïm Perelman, que vê, na noção de justiça, os seguintes sentidos: 1) a cada qual a mesma coisa; 2) a cada qual segundo seus méritos; 3) a cada qual segundo suas obras; 4) a cada qual segundo suas necessidades; 5) a cada qual segundo sua posição; 6) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.⁸

O problema de base, porém, que está presente quando se examinam as posições do positivismo jurídico – que identifica, repetindo, direito com lei e esta com justiça – é o de ter que esclarecer de onde se deriva o direito que o homem tem a todos esses vários sentidos da justiça, ou seja, o de ter que esclarecer a razão por que isso que se considera justo é devido ao homem. Será da *natureza* do homem, ou seja, isso que lhe é devido é – *o por ele ser homem?* Será de uma *convenção*, isto é, de algo assumido como norma pela sociedade e expresso por sua representação política através da lei? Contudo, se é difícil, por um lado, definir a natureza humana – sabemos de que formas tão conflitantes e variadas vem sendo o homem concebido ao longo da história! —, por outro, é no mínimo perigoso reduzir a justiça a subproduto dos embates ideológicos e políticos (no sentido amplo deste termo), que permeiam toda a vida da sociedade, dado que já se tem sociologicamente demonstrado, a exemplo dos conhecidos e já por mim aqui citados trabalhos de Bourdieu (apesar das cautelas que nos impõe um certo mecanicismo que às vezes deles transuda), que a produção e a reprodução dos valores sociais e dos modos de pensar, julgar e agir seguem, na dinâmica

⁶ Cf. HUME, David. *Traité de la nature humaine*. Paris: Aubier, 1973, Livro III, II parte, 2ª seção.

⁷ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, cap. 13 e 14, e ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os pensadores), introdução, *passim*.

⁸ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 9.

da vida de todo grupo social, desde os nucleares, como a família, a vocação do mais forte, ainda que a maior força, no caso, se expresse apenas como valor simbólico. De qualquer forma, a questão da *legitimidade*, seja do *natural* ou do *legal*, tem que ser racionalmente demonstrada, sendo impossível escamoteá-la numa discussão madura e crítica.

Para descobrir as melhores regras de sociedade que convenham às nações, precisar-se-ia de uma inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens e não participasse de nenhuma delas, que não tivesse nenhuma relação com a nossa natureza e a conhecesse a fundo; cuja felicidade fosse independente de nós e, contudo, quisesse dedicar-se a nós, que, finalmente, almejando uma glória distante, pudesse trabalhar num século e fruí-la em outro. Seriam precisos deuses para dar leis aos homens.
Rousseau.

Uma lei é legítima não apenas quando é obedecida, mas quando recebe aprovação consensual por condizer com o sistema de crenças de um povo que, espontaneamente, manifesta, então, essa adesão, conduzindo sua prática no sentido de reforçar e consolidar os princípios legais. A obediência, muitas vezes, silencia a não adesão, vale dizer, a não aprovação, porque pode visar, muito pragmaticamente, a evitar confronto com a força, pondo à prova com isso nossa consciência moral. No fundo, a questão da legitimidade é uma questão inerente ao terreno dos valores – e é nisso que reside toda a sua extraordinária complexidade. Quando um determinado povo se identifica com os princípios de justiça que presidem, na prática, a aplicação das leis, pode-se dizer que há, por parte desse povo, adesão ética às leis vigentes, e não apenas obediência, sendo esta, a obediência, antes uma consequência natural daquela adesão do que sua causa. Isso dá legitimidade à lei – e aí, talvez, nessas condições privilegiadas, se poderia historicamente identificar a lei com o direito e este com a justiça.

Numa perspectiva metafísica, que procura ver o homem como essência desenraizada de suas circunstâncias concretas, se poderia invocar, contra essa tese, riscos decorrentes, por exemplo, de uma contaminação ideológica do

sistema de crenças e de determinações de todo tipo, que sabemos onerar a consciência e a ação dos homens, e que poderiam contagiar a racionalidade crítica da adesão. Fenomenologicamente, porém, o homem é ele e seu sistema de crenças, e o que eventualmente poderíamos admitir que falta a este – por exemplo, um pouco mais de consciência crítica, um pouco menos de cegueira ideológica, etc., — não é, na verdade, o que lhe falta, mas justamente o que o caracteriza no seu aqui e no seu agora, ou seja, nas suas condições práticas de tempo e lugar.

Tudo isso foi dito com intenção polêmica, pois pode gerar uma discussão interessante, que nos ajudará a refletir sobre o significado do direito, da justiça, sobre a importância do advogado, a relevância do Poder Judiciário e do Ministério Público, e sobre o papel do Juiz. Este, com efeito, — para apenas pensarmos um pouco sobre o papel do Juiz, — pode limitar-se a *juízos de fato*, ou seja, a decidir com base na mera constatação do que a coisa é à luz do que a lei é. Mas, enquanto ser humano, envolvido num sistema de crenças e comprometido com valores éticos e da cidadania da sua sociedade e cultura, pode, também, avaliar, isto é, decidir, com base em *juízos de valor*, partindo do que a coisa é – a verdade revelada no processo – para definir *o que deve ser*, à luz de critérios que transcendem a letra e penetram o *espírito da lei*, muito mais próximo, certamente, dos ideais de justiça de sua sociedade. Uma sentença, para ser justa e portanto legítima, deve ter caráter mais normativo do que meramente declarativo ou constatativo. Mais que representante do grupo *freischwebend* – o grupo weberiano dos intelectuais capazes de elaborar sínteses de valores que transcendem a unilateralidade das ideologias —, ou da figura gramsciana dos intelectuais orgânicos, ditos engajados, — mas sendo, ao mesmo tempo, tudo isso, o juiz é, no fundo e sem fantasias, desafiado a encarnar a figura rousseuniana do legislador⁹. Assim, o desafio do juiz – e o seu drama – é o de ter que saber discernir e optar entre a razão da lei e a razão da consciência. Por isso, no meu entender, uma sentença tem sempre um peso moral. Não é político o seu peso, e é mais que um peso legal – embora também seja tudo isso. No entanto, aqui entramos num campo

⁹ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato social*. In: *Rousseau*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os pensadores), Livro II, cap. VII.

minado, num assunto por demais delicado para ser tratado por um leigo, porque nos faz adentrar-nos numa esfera de polêmica em que a questão menor é a do risco do subjetivismo —com tudo o que isso implica, até a injustiça e o arbítrio – nas decisões judiciais. Contudo, não receio colocá-la aqui, neste nosso encontro, porque propicia o debate que, este sim, julgo fundamental: debate sobre o sentido do direito numa sociedade civilizada e democrática, que pretende avançar sempre em busca do melhor e mais elevado no interesse da felicidade coletiva e individual. E, também, um debate sobre o que usualmente consideramos, com certo tom pejorativo, “subjetivismo” em contraposição a um pretensão “objetivismo”, que valeria a pena, também, discutir. Discutir: eis aqui uma boa forma de mostrar que temos esperança, que acreditamos na utopia de um mundo melhor, mais digno, mais ético, em que direito e justiça se igualem e em que o direito deixe de ser, definitivamente, expressão apenas de poder. Mundo enfim em que a felicidade deixe de ser mera aspiração para ser usufruída concretamente por todos como direito inalienável. De objeto de uma *espera*, que ela se transforme em objeto de *esperança*.

Parece que *esperar* é a atitude mais natural ao ser humano, na sua historicidade. A criança passa o ano esperando o presente de Natal, tem que esperar concluir o ano escolar para gozar férias, espera os anos passarem para usufruir a liberdade do adulto, enfim, espera, espera, espera; o adulto espera, espera, espera, também. A vida é uma grande espera, estamos sempre aguardando algo, algo que nos espreita das curvas do tempo e que nos enche às vezes de temores e apreensões, ou de entusiasmo e pressa. Se a expressão não tivesse sido ainda criada por caçadores para designar o animal que se vai apanhar ou abater, eu a proporia aqui, com outro sentido, para definir o homem como o animal da espera. É o único animal que *espera*, ou seja, que tem consciência do tempo, que vive num *agora*, que sabe referir a um *antes* e a um *depois*. É o único ser que, no

filho, na madrugada — todos estão sendo desafiados a serem pacientes com a lentidão do tempo, com o peso do agora.

Mais que um desafio à paciência, a espera pode ser trágica: o doente terminal, que vê o seu tempo bruxulear, o agora do condenado no corredor da morte, o instante que antecede a execução da pena capital, — momentos de espera como esses, mais que trágicos, são momentos de angústia e desespero. Quando a espera é só espera, inapelável espera daquilo que se teme, deixa de ser espera e se torna angústia, desespero. Quem está desesperado, ou seja, aquele para quem a espera é trágica, está mortalmente doente, como diz Kierkegaard, em seu *Tratado do desespero*.

Quando, porém, a espera passa a ser uma espera confiante, ou seja, a espera de algo que se considera um bem, uma espera positiva portanto, a espera deixa de ser espera para ser *esperança*, uma espera que, mais que espera ou expectativa, é uma certeza, uma adesão que na linguagem da teologia cristã é representada inclusive por uma âncora, símbolo de adesão firme a Deus como fim supremo do homem, em quem se confia e a quem o cristão se entrega. A esperança, na linguagem da teologia, é uma das virtudes teológicas. A esperança cristã não é a crença ou espera de algo vago, mas é encorada na certeza da fé na palavra revelada. Trata-se, portanto, da espera de algo positivo de que não se duvida e se tem por certo e inquestionável, a espera de uma imersão eterna na transcendência. E isso, para o cristão, é fonte de alegria e inefável felicidade.

Não sou teólogo e incursiono por esse campo com o maior escrúpulo, respeitando (e até invejando) a fé religiosa — qualquer que seja ela — daqueles que têm nos valores transcendentos uma âncora em que amarram o sentido da felicidade. Esses são de fato felizes, porque a felicidade deles não está estribada em coisinhas vãs e passageiras, como o poder, a vaidade, o dinheiro, que vão passando e deixando atrás de si um rastro de desilusões e de tormentosas esperas.

Talvez devesse ser com uma esperança quase mística que nos conviria adentrarmos-nos nesse novo século que se aproxima. Uma esperança que fosse uma verdadeira convicção, uma fé viva nas possibilidades que temos de efetivamente construir, no tempo de que dispomos, um mundo melhor do que este que vimos tendo, um mundo mais limpo, menos desigual. Um mundo de justiça. Um mundo, pois, ético. Dizer porém que a esperança é uma virtude é dizer, creio, que ela não cai do céu, é algo que se conquista e se mantém com esforço, às vezes com muita luta, pois só assim alguma coisa pode ser considerada uma virtude. O que nos chega sem esforço não nos faz virtuosos. O fato é que, queiramos ou não, se pensarmos no amanhã de nossos filhos, vamos ter que concordar com aquela cobrança não moralista, mas muito sensata, que nos faz Marguerite Yourcenar, a notável romancista francesa: “É preciso tentar deixar atrás de nós um mundo um pouco mais limpo, um pouco mais belo do que era, mesmo que esse mundo seja apenas um quintal ou uma cozinha.”

“Não há esperança sem temor”, diz Spinoza, “nem temor sem esperança”, e o temor, que parece ter contagiado o ser humano, com essa rotineira espera do pior, que vem sendo, não apenas no Brasil, a experiência de viver neste fim de século — na economia, na política, nas relações internacionais, na vida do dia-a-dia embrutecida pela droga, pela violência, pelas desigualdades, pela injustiça — esse temor, repito, poderá acabar por fazer renascer em nós o sentido e o desejo da esperança. Que esta seja, porém, ao contrário do que Spinoza pensa, uma esperança sem temores, ancorada no otimismo, alimentada por valores positivos, uma esperança ética. Uma justa esperança: uma virtude, enfim, que dá sentido, no que me diz respeito, ao direito em que acredito!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

HUME, David. *Traité de la nature humaine*. Paris: Aubier, 1973.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981 (Pensamento político).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato social*. In: *Rousseau*. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os pensadores).

———. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Idem.

SÓFOCLES. *Antígone*. Rio: Ediouro, s/d. (Universitária de bolso).

XENOFONTE. *Apologia de Sócrates*. In: *Sócrates*. São Paulo: Abril Cultural, 1985 (Os pensadores).