

A LEI. O JUIZ. O JUSTO

Amílton Bueno de Carvalho

Juiz de Direito em Santa Maria

'A justiça é o pão do povo.

'Às vezes bastante, às vezes pouco.

'Às vezes de gosto bom, às vezes de gosto ruim.

'Quando o pão é pouco, há fome.

'Quando o pão é ruim, há descontentamento'.

(Brecht, Poemas, O Pão do Povo, 2^a ed., Brasiliense, p. 309).

Na Faculdade de Direito ensinaram-me que o profissional capaz era aquele que mais conhecia a lei. No exercício da advocacia percebi que não bastava o conhecimento do direito positivo, necessário era saber o que pensavam os Juízes, qual o caminho da jurisprudência. Ao assumir a magistratura, quando não mais tinha a responsabilidade ética de pedir 'bem', mas sim de decidir, descobri, em meio a angústia e sofrimento, que saber da lei e da jurisprudência não era suficiente. Os dispositivos legais ao serem aplicados, com frequência, resultavam em decisões injustas. A jurisprudên-

cia, por comprometida com situações concretizadas, nem sempre chegava ao justo.

Ciente de que a função jurisdicional só tem sentido se comprometida com o jurisdicionado é que iniciei estudo, coletando lições aqui e ali, trocando idéias com colegas e, antes de tudo, colhendo frutos da vivência diária, do que resultou o presente trabalho, onde busco discutir a lei, o dever do Juiz de aplicá-la ou não quando em conflito com o justo, e, a final, qual o justo a ser aplicado.

Parece-me claro que, a partir do momento em que uma classe toma o

poder, ela se equipa com um aparato legal buscando nele perpetuar-se. Nas sociedades capitalistas, onde o poder está nas mãos de uma minoria (os detentores do capital e seus representantes), a lei tem basicamente duas funções: manter coesas as forças que estão no mando e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão (a maioria trabalhadora). Por outro lado, o Estado, donde emerge a lei, é, segundo a tradição marxista, 'uma máquina de repressão que permite às classes dominantes assegurar a sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão de mais-valia' (Althusser, *Aparelhos Ideológicos de Estado*, p. 62). Têm a mesma visão de Estado Roberto Lyra Filho, *O que é Direito*, p. 81, e Marilena Chauí, *O que é Ideologia*, p. 69.

Assim, o direito, visto aqui como lei, nada mais é do que a ideologia vencedora que sanciona, conforme a lição de Roberto Aguiar (*Direito, Poder e Opressão*, ed. 1984, p. 79). Na ótica de Althusser (ob. cit., p. 68), é ao mesmo tempo aparelho repressivo do Estado (funciona via violência) e aparelho ideológico do Estado (funciona via ideologia). Já para Dennis Lloyd (*A idéia de lei*, p. 191), 'é meramente o meio de impor à população o que o setor dominante considera servir aos seus interesses eco-

nômicos'. Ou, como vê Antônio Carlos Volkmer (*Aspectos ideológicos na Criação Jurisprudencial do Direito*, *Revista AJURIS*, 34/99): 'O Legislativo elabora as leis; estas não refletem necessariamente o direito, mas sim a ideologia da classe politicamente dominante'. Ou, como quer Marx: 'O direito é a vontade, feita lei, da classe dominante, que, através de seus próprios postulados ideológicos, pretende considerá-lo como expressão aproximativa da justiça eterna' (Júlio César Tadeu Barbosa, *O que é Justiça*, p. 48). Ou ainda, como dizem Trasímaco, Calicles e Clítias, que 'as leis são fruto do poder arbitrário dos detentores do poder, que as editam em função de seus interesses' (Roberto Aguiar, *O que é Justiça*, ed. 1982, p. 33).

Essa realidade (lei, escrita interpretando a tradição, a serviço dos que estão no poder para estabelecer ou manter determinado sistema) não é nova. Já era assim nos tempos da Bíblia, pois, segundo especialistas (ver: Michel Clévenot, *Enfoques Materialistas da Bíblia*, Paz e Terra, 1979, p. 31/38), os primeiros textos bíblicos foram escritos quando da instalação do Estado monárquico por Salomão, com o objetivo de legitimá-lo no poder, sendo preciso, então, dar uma nova interpretação à tradição, o que se encontra nos textos de 2 Samuel, cap. 9/20, de 1

Reis, cap. 1 e 2, e no documento Javista inserido no Pentateuco. Semelhantemente aconteceu em Atenas com a reforma de Drácon quando pela primeira vez a lei foi escrita, mas ela serviu muito mais para garantir o privilégio dos 'cidadãos' lançando um fardo 'mais pesado para a classe dos trabalhadores natos, os escravos' (G. Glotz, História Econômica da Grécia, Lisboa, Ed. Cosmos, 1946, p. 147), o que não foi diferente nas reformas posteriores, levando o filósofo Trasímaco concluir que 'a justiça, base do Estado e das ações do cidadão, consiste simplesmente no interesse do mais forte' (Thomas Ransom Giles, Introdução à Filosofia, EDUSP, 1979, p. 42). Tal realidade sempre foi assim e o é atualmente, seja nos regimes capitalistas, seja nos socialistas, onde os operários chegaram ao poder e estabeleceram leis que ali os mantêm, ou onde a burocracia busca perpetuar-se (URSS).

Poder-se-á argumentar que nem todas as leis na sociedade capitalista servem de instrumento de opressão da classe majoritária e que várias são promulgadas no interesse do oprimido. Mas isso não ocorre por espírito de benemerência dos que estão no poder: ou são fruto de luta dos oprimidos; ou servem como válvula de escape à pressão social (concede no periférico para manter

no essencial — Roberto Aguiar, Direito, Poder e Opressão, p. 35); ou para justificar que não são opressores, visando, assim, a sua manutenção no poder.

Aliás, Thomas Hobbes já ensinava que não é a sabedoria mas sim a autoridade que faz a lei (citação de Júlio César Tadeu Barbosa, ob. cit., p. 53). Diria diferente: é a sabedoria que faz a lei, mas sábios a serviço dos que dominam.

Cumpra, pois, destruir o mito de neutralidade da lei. Ela é definitivamente comprometida com aqueles que estão no poder. Pode estar ou a serviço da maioria, se estes conquistarem o poder político, ou a serviço da minoria, se estes o conquistarem.

Alguns exemplos demonstram a quem serve a legislação vigente no país; que compromissos básicos tem. A eles. Todos sabemos que o bem da vida buscado pelo litigante só lhe é concedido, como regra, após o trânsito em julgado de uma sentença; como exceção, em alguns feitos, o adiantamento é concedido quando o recurso é recebido apenas com efeito devolutivo; como exceção da exceção, é dado adiantamento provisório nas cautelares; como exceção, da exceção, da exceção, concede-se em liminares após justificação prévia, com ouvida ou não da parte contrária; e, como exceção, da exceção, da exceção, da exceção, da exceção, o Juiz pode

deferir o adiantamento sem a oitiva do pólo passivo e sem justificação (o art. 797 do CPC fala em 'casos excepcionais'). Todavia, a exceção, da exceção, da exceção, da exceção, é regra nas ações de busca e apreensão previstas no Decreto-Lei n. 911/69. Ali o Juiz obrigatoriamente concede liminares de busca e apreensão sem que se ouça o réu (art. 3º). Tal decreto-lei serve a quem? Às instituições financeiras. Donde veio? Dos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica. Outras excrescências do Decreto-Lei n. 911 foram apreciadas por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Revista AJURIS, 33/81, n. 4; ali também é analisado o Decreto-Lei n. 70/66, a Lei n. 5.741/71 e o Decreto-Lei n. 167/37, entre outros).

No direito penal a ideologia dominante mostra-se a nu. Exemplos gritantes:

a) delito de sedução, onde todo o espírito machista aparece: a mulher é incapaz de se proteger, logo, manter congresso carnal com ela é crime; somente são protegidas as virgens, posto que as que já foram 'desgraçadas' não merecem o respeito penal; a mulher é propriedade do pai, criminoso é quem possui-la; o homem não pode ser vítima do delito porque nasceu para o mundo do prazer, ao contrário da mulher que deve ser casta até o momento da tro-

ca de dono (pai pelo marido, que a recebe solenemente no altar). No âmbito do direito civil, a situação não se altera; é anulável o casamento se a mulher não for virgem (art. 219, IV, do CC);

b) dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desgosto: a ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio — roubo)? Evidente que a ordem de desgosto é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de um a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidente que é o pobre. Os outros dois delitos os não pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo legal com tamanha pena?

c) outro exemplo é mais chocante: imaginemos o mesmo delito de roubo (mediante grave ameaça subtraiam um relógio) em confronto com o delito de esbulho possessório (mediante grave ameaça invadam um imóvel — art. 161 do CP). O crime

é praticamente idêntico, só difere que num o objeto é móvel, noutro é imóvel. Como valoramos mais o imóvel, este deveria ser melhor protegido. Mas não é. A pena daquele é de quatro a dez anos, a deste é de um a seis meses e multa. Pergunta-se quem comete roubo de relógio? Algum latifundiário? Ora, a subtração de móvel é crime do pobre, o esbulho possessório é do rico. Logo, as penas são diferentes, absurdamente diferentes. Todavia, como atualmente o povo (= pobre) está invadindo terras, aparecem democratas preocupados com a segurança do país e propõem a elevação das penas do esbulho, o que por certo logo virá;

d) o pobre que não trabalha é contraventor, pois não coloca no mercado de trabalho a sua força para ser explorada (art. 59 da LCP). E o rico?

e) note-se que ao Judiciário é dado entrar no caminho do criminoso apenas em parte: a investigação é do Executivo; após, o Judiciário define; e a 'recuperação' cabe novamente ao Executivo. Dois momentos vitais: procura e recuperação não lhe pertencem, o Executivo investiga quem quer e 'recupera' da maneira que lhe parece melhor (tenha-se em mente que os pobres é que estão nos presídios).

E no direito do trabalho como são as coisas? Antes de mais nada que

fique claro que não existe direito do trabalho. O raciocínio é simples: para existir direito do trabalho deve haver antes direito ao trabalho, o que inexistente. Mais, é direito do trabalhador receber Cz\$ 804,00 mensais? Evidente que não. É direito (= vantagem) do patrão em pagar tão pouco. Mas o que me causa espanto no Judiciário trabalhista é a prescrição biennial. Todos sabemos que existem patrões que não pagam horas-extras aos empregados durante anos. Sabemos que o empregado que exige seu direito é despedido, só reclamando, pois, quando ocorre a despedida. Mas, se trabalhou durante dez anos e durante todo o tempo fez horas-extras, só pode reclamar os últimos dois. É a prescrição biennial. O Juiz sabe que acontece isso. Tudo fica provado. Tem ciência da exploração. Mas nada pode fazer. É uma teratologia jurídica. E o fundamento é a segurança, a paz social. Mas que segurança e paz social que estão assentadas no roubo, na exploração? Alguém consegue justificar? E se fica a explicar a natureza jurídica da prescrição ...

Mas quando vêm leis a serviço do oprimido (ver CF, art. 165: I, que garante ao trabalhador salário capaz de satisfazer as necessidades dele e de sua família; XV, que lhe reconhece direito a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

XVIII, que determina a existência de colônias de férias e clínicas de repouso; art. 176, a educação é direito de todos; art. 160, III, é reconhecida a função social da propriedade; art. 153, § 14, é assegurado respeito ao presidiário), ainda assim de nada servem, porquanto não são aplicadas.

Fechner já dizia: 'Somente para os desafortunados é que a ordem jurídica se torna problemática. Para eles, essa ordem é, exclusivamente, produto do arbítrio dos poderosos. É proibido pedir esmolas nas portas das igrejas, roubar pão e dormir sob as pontes' (citação de César Dias Netto, Vice-Presidente da OAB-RS, em discurso proferido na abertura da 5ª Assembléia Regional de Advogados, Santa Maria, 16.5.86).

O direito penal brasileiro tem muito em comum com a teologia da libertação: optou pelos pobres. O Judiciário trabalhista assumiu o preconceito e em latim: *'in dubio, pro misero !*

Tenho, pois, que a lei merece ser vista com desconfiança. Deve ser constantemente criticada sob pena de sermos, Juízes, Promotores e advogados, agentes inconscientes da opressão. Inocentes úteis de um sistema desumano. Não quero dizer que não se possa optar por tal sistema, mas que, se assim se fizer, o seja conscientemente. As facul-

dades de direito, ao perderem o senso crítico, buscam fazer crer que a lei é inquestionável, que se deve conhecê-la mais e mais, porém não criticá-la.

Mas, se isso é verdade, e creio que seja, qual é o papel do Juiz quando, na apreciação do caso concreto, em confronto com a lei, notar que da aplicação do dispositivo legal exsurgirá injustiça? Deve aplicar a lei, ou não? O Judiciário deve legitimar o injusto?

A discussão é antiga e por certo longe está de chegar ao fim, tudo porque a opção por uma ou outra corrente emerge de uma postura ideológica.

Figuras brilhantes entendem que ao Juiz é vedado deixar de aplicar a lei quando lhe parecer injusta. Dizem que ele não pode substituir o legislador. Despontam nessa linha Mário Guimarães, *O Juiz e a Função Jurisdicional*, 1ª ed., p. 330, n. 196; Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., p. 79; n. 82 (a não-aplicação gera instabilidade do direito); Limongi França, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 48/455 (deve ser respeitada a legalidade e o regime); Benjamin N. Cardozo, *A Natureza do Processo e a Evolução do Direito*, p. 223; Min. Oscar Corrêa (RE n. 93.701-3); Des. Nelson Oscar de Souza, RJTJRGs, 115/356 (o subjetivismo do Juiz é inadmissível

contra a determinação legal); Des. Edson Alves de Souza, RJTJRGS, 114/420 (no respeito à lei o Juiz deve haurir sua força); Des. Oscar Gomes Nunes, RJTJRGS, 110/419 (deixar de aplicar a lei injusta: só se o Juiz fosse infalível; retira a segurança do cidadão; instaura a pior das ditaduras, a do Judiciário); outros dizem que o Juiz é um escravo da lei. Aliás, Montesquieu já dizia: 'Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent moderer la force ni la rigueur' (Mário Franzen de Lima, Da Interpretação Jurídica, 2ª ed., p. 202). D. Maria I comunicou ao Vice-Rei do Brasil: 'Advirta aos Desembargadores que, se desrespeitarem os meus militares, sentirão o peso de minha mão', ou seja, se desrespeitarem minha lei (Dalmo Dallari, O Poder Judiciário como Instrumento de Realização da Justiça, publicação AJURIS, 1985, p. 69).

Antes de coletar opiniões contrárias às acima expostas, pretendo discutir as justificativas dadas antes.

O argumento forte é o de que o Juiz não pode substituir o legislador. Mas quem é o legislador? A nossa história demonstra que ele está a serviço da classe dominante (donos do capital): busca manter a opressão da maioria. Isso deve ficar claro, posto que, se a ótica dele

fosse outra, evidente que a angústia do julgador seria infinitamente menor. Sobre quem é o legislador, ver Roberto Aguiar, Direito, Poder e Opressão, p. 22.

O legislador através do comando da lei preceitua genericamente. É-lhe, pois, impossível prever a totalidade dos casos em particular. A lei, por melhor que seja, como comando geral, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Ora, ao Judiciário é dada a obrigação de, no caso particular, corrigir a situação não prevista, ou mal prevista, caso contrário, não teria sentido sua existência. Se a função do Juiz é buscar a vontade do legislador, qual a razão de ser do Judiciário? Simples seria deixar ao próprio legislador a tarefa da aplicação, que o faria administrativamente. O intermediário Judiciário seria mera formalidade, a não ser que sua existência tivesse por fim a hipótese levantada por Dallari: esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer 'um papel sujo, pois é quem garante a efetivação da injustiça' (loc. cit., p. 65).

Ora, 'a função jurisdicional transcende a modesta função de servir aos caprichos e à vontade do legislador ...' (Antônio Carlos Wolkmer, Revista AJURIS, 34/95).

O Judiciário é Poder do Estado e a ele cabe o compromisso, tão sério

quanto o do Legislativo, de buscar o que é melhor para o povo. A lei é apenas um referencial, o mais importante, mas apenas referencial. A não ser que se dê a ela o condão de estancar o mundo.

O argumento de Carlos Maximiliano de que a não-aplicação da lei gera instabilidade não convence. Ao contrário, o que gera instabilidade é a aplicação da lei injusta. Isso sim faz com que o povo (para ele é dirigido o Estado, ou ao menos deveria ser) perca a confiança nas instituições. Basta lembrar o exemplo antes coletado da prescrição bienal trabalhista: a sua aplicação é que gera instabilidade! A instabilidade criada pela aplicação da lei quando injusta, por certo, é que levou James Baldwin, o líder negro norte-americano, a concluir que o sistema judiciário ianque é um meio legal de promover injustiça (Dallari, loc. cit., p. 59). O próprio Carlos Maximiliano reconhece que 'todo o direito escrito encerra uma parcela de injustiça'. Onde a estabilidade? Só se outro Poder do Estado, no caso concreto, puder corrigir. Aí surge o Judiciário tornando estáveis as relações em sociedade. Mesmo porque é ilusão afirmar que a ordem jurídica oferece segurança e que o legislador é sempre racional (Warat, Mitos e Teorias na Interpretação da Lei, p. 47). Mais, o próprio Warat diz que é massifi-

cação jurídica entender que o direito positivo é o único fator de segurança (p. 135). Outrossim, necessário que se tenha claro o que é a 'ordem' na sociedade capitalista, para tanto vale a lição de Marilena Chauí, *Desordem e Processo*, ed. 1986, p. 21/22: 'Numa sociedade de classes, a 'ordem' não é a organização social dos mores ou do 'sentimento do direito', como não é o jogo fluído do proibido e do permitido, mas é a ordenação da sociedade pela classe dominante e pelo Estado, de tal modo que a 'ordem' é controle social, dominação política, sujeição ideológica, exclusão cultural, coerção psíquica e física, numa palavra, violência'.

Limongi França fala em respeito à legalidade e ao regime. Mas legal tudo pode ser desde que se obedeça aos preceitos legislativos. A resposta ao obedecer cegamente ao legal vem de Radbruch, citado por Lyra Filho, *Para um Direito Sem Dogmas*, ed. 1980, p. 131: 'O jurista que fundasse a validade de uma norma tão-somente em critérios técnico-formais nunca poderia negar com bom fundamento a validez dos imperativos dum paranóico, que acaso viesse a ser rei'. Todavia, o próprio Limongi diz que, em caso de lei flagrantemente injusta, é cabível a resistência direta e até violenta. O mesmo argumento serve para 'o respeito ao regime': que respeito merecem o regime sul-africano,

as ditaduras do Irã, do Afeganistão e do Chile?

No que tange ao subjetivismo do Juiz ao negar a aplicação da lei, é de se ter claro que toda e qualquer decisão, seja legalista ou não, passa necessária e obviamente pelo subjetivismo do julgador. Aliás, as coisas no processo emergem de incontáveis subjetivismos: das partes ao narrarem os fatos aos seus advogados; destes ao peticionarem; das testemunhas; dos peritos; e, evidentemente, do julgador. Não há como fugir disso. Warat até diz que 'uma dor qualquer, a opinião da sogra do juiz, sua situação social, o clima do Tribunal, os meios de comunicação são, em muitas hipóteses, as causas reais dos processos de elaboração das decisões, normativamente disfarçadas' (ob. cit., p. 52). Não se chega a tanto, porquanto se busca, ao decidir, abstrair ao máximo os componentes pessoais e se não se logra êxito simplesmente não se julga (quantas e quantas vezes o ânimo do magistrado não permite momentaneamente decidir!). Todavia, certo é que tais fatores subjetivos influem e por uma razão muito simples: o homem é um todo, não é num momento Juiz e noutro homem que sofre angústias.

Voltando. Toda a decisão é fruto da ideologia do julgador ('o raciocínio argumentativo é uma reflexão

processada a partir da ideologia', Warat, ob. cit., p. 115). No momento que decide, toda sua história, sua visão de mundo, consciente ou inconscientemente, explode, vem à tona. Assim é com todo o ser humano ao realizar seu trabalho. E o subjetivismo de que aqui se trata é temperado pelo argumento das partes, pela apreciação do sistema, pela necessidade do litigante. Logo, ao subjetivismo do Juiz são incorporados outros subjetivismos, deixando, pois, de ser o subjetivismo dele tão-só.

Além disso, o ato decisório do Juiz denomina-se sentença, que vem de 'sentir', tal como a palavra 'sentimento'. O que se pretende é que o Juiz, ante o fato que lhe é posto à apreciação, expresse o que dele sente e, diante desse sentimento, defina a situação. Existe algo mais subjetivo do que 'sentimento', 'sentir', 'sentença'? Todavia, como as pessoas não foram educadas para expressar o que sentem (ao contrário, foram-no para reprimir), busca-se racionalizar, dando-se contornos técnicos para esconder o sentimento. Tais contornos servem, além de esconder (embora sem eliminar) o que se sente, para 'persuadir o órgão censor', na palavra de Warat (ob. cit., p. 57), e para dar aparência de neutralidade. A regra é o Juiz apreciar o fato e apurar seu sentimento em relação a ele, para posteriormente buscar

argumentos técnicos-legais para justificá-lo. Não é o técnico, a lei, que precedem ao sentimento, mas este que precede àqueles, todos emergentes da ideologia.

É no respeito à lei que o Juiz deve haurir sua força? Tenho que não. Se a lei é parcial, é comprometida, serve a interesses escusos, como nela buscar força? O fortalecimento do Juiz deve vir do justo.

O argumento de que o Juiz deve aplicar a lei por ser falível serve também para justificar a sua não-aplicação quando for injusta, porque o legislador também é falível. Do confronto entre as falibilidades do Juiz e do legislador, parece-me menos danoso que se fique com as do Juiz que está próximo das partes, sua visão é do momento concretizado e não da situação abstrata (o legislador universaliza direitos; o Juiz concretiza a universalidade abstrata — Aristóteles, *Política*, citado por Chauí, *Desordem e Processo*, p. 20). Assim, o mais comum é a falibilidade do legislador ante litígio presente.

Não se aplicar a lei geraria a pior das ditaduras, a do Judiciário? Não se pode dizer isso simplesmente porque não há precedente histórico. A discussão é, pois, em tese. Antes de mais nada que fique claro que se advoga a não-aplicação da lei tão-só quando ela for injusta.

Difícil imaginar ditadura dos Juízes já que ditadura repousa na força e o Judiciário tem poder desarmado, geralmente inofensivo, na palavra do Juiz francês M. Baudot. Mais, ditador é um ou pequeno grupo, com a mesma ideologia; Juízes têm as mais variadas ideologias e são em número muito elevado (por exemplo, na URSS são eleitos cerca de nove milhões e quinhentos mil Juízes de Tribunais Populares — *in* 'Em Foco', 46/39, informativo sobre a URSS). Como se daria tal ditadura?

Ainda mais, ditador age às escondidas, não permite fiscalização, corre em busca de vantagens econômicas e da perpetuação no poder. Ora, o Judiciário obra às claras, mediante provocação; é fiscalizado pelas partes, pelos advogados, pela imprensa, já que seus atos são públicos; as decisões do Juiz são fundamentadas e sujeitas ao duplo grau de jurisdição; e jamais julga no seu interesse pessoal.

Por outro lado, são tão poucos os litígios que chegam ao Judiciário em razão da aplicação da lei (a grande maioria dos descompassos é solucionada extrajudicialmente ou sequer ocorre), que seria uma ousadia pensar-se numa ditadura do Judiciário.

Na verdade é que se entende como ditadura do Judiciário o eventual excesso de poder. Mas o que dizer

do sistema ianque, tido como o mais democrático do mundo, onde a Suprema Corte tem o poder de definir se é ou não legal a própria pena de morte? E nos sistemas aonde vigora o precedente?

Por tudo que se disse anteriormente, penso que não se deve temer que o Judiciário tenha poderes ao ponto de negar a lei quando injusta.

O Juiz é escravo da lei? Não é. A resposta vem de Dallari (ob. cit., p. 61): 'O escravo não pensa, o Juiz tem que pensar. O escravo não é responsável, o Juiz tem que ser responsável. O Juiz é um ser humano dotado de inteligência e vontade. Ele não pode ser escravo de ninguém, nem da lei'. Deve-se presumir, no mínimo, que o julgador seja livre, dotado de inteligência e de vontade.

Assim, parece-me que aplicar a lei quando injusta passa a ser um ato cômodo no qual o Juiz retira de si, como escravo, toda a responsabilidade ética pelo julgamento. Ou seja, lamenta a lei ser injusta e afirma que nada pode fazer porque a culpa é do legislador. É o jurisdicionado?

En passant, é de notar que a expressão 'escravo da lei' vem de Cícero (Pro Cluentio, 53, citado por Juarez Freitas, Filosofia do Direito, 1^a ed., p. 139) e não se refere tão-só aos magistrados, mas a todo o povo: 'Enfim, para sermos livres, é necessário que sejamos escravos da lei'.

Doutra banda, figuras não menos brilhantes estão a afirmar que ao Juiz é facultado deixar de aplicar a lei quando injusta. Autores das mais variadas correntes filosóficas assim pensam. Vejamos.

Já a Bíblia, no que se refere aos deveres dos Juizes, diz: 'A justiça seguirás, somente a justiça, para que vivas, e possuas em herança a terra que te dá o Senhor teu Deus' (Deuteronômio, 16, v. 20, tradução de João Ferreira de Almeida).

Santo Agostinho, citado por Tomás de Aquino, na Suma Teológica, *in* Textos Clássicos de Filosofia do Direito, ed. 1981, p. 21, ensina que sequer deve ser considerado lei o que não for justo, mas, sim, corrupção dela. Logo, faz parte integrante da conceituação de lei o justo e, se tal não ocorre, deixa de ser lei. Noutro momento Agostinho afirma: 'Sem justiça, o que é o Estado senão um bando de ladrões?' (A Cidade de Deus, IV, 4, citação de Dennis Lloyd, ob. cit., p. 62).

Platão esclarece que 'a verdadeira lei é somente a justa e não a injusta, ainda que os ignorantes tenham esta última como lei' (Da Lei, 317, c). Cícero diz que 'é absurdo pensar que seja justo tudo o que é determinado pelos costumes e leis dos povos' (*De Legibus*, I, 15, 42). Guilherme de Hockham aduz que 'toda a lei civil que contradiz a razão divina ou a

razão revelada, não é lei', razão por que não se deve obedecê-la (Goldast, II/630, todos citados por Juarez Freitas, ob. cit., p. 137/139 e 143).

Na mesma trilha seguem: a) Dennis Lloyd, ob. cit., p. 95: 'A lei deve ser assimilada à justiça' (...) 'a lei sem justiça é uma zombaria, senão uma contradição'; b) Couture: 'Teu dever é lutar pelo direito. Mas, no dia que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça'; c) Dallari, loc. cit., p. 73: 'Num conflito entre a legalidade e a justiça, eu tenho tranquilidade em afirmar que a justiça deve prevalecer'; d) Antônio Carlos Wolkmer, loc. cit., p. 93: 'A atitude do Juiz, em relação à lei, prossegue Belaid, não se caracteriza jamais pela passividade, nem tampouco será a lei considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em um outro elemento entre tantos que intervêm no exercício da função jurisprudencial'; e) José Maria Rosa Tesheiner, Revista AJURIS, 21/70, que ensina que se deva fazer justiça apesar da lei; f) por outro lado, ilustres Desembargadores do Tribunal de Justiça gaúcho têm reiterado seu compromisso com o justo no caso concreto (Silvino Joaquim Lopes Neto, RJTJRGS, 102/467; Oswaldo Proença, RJTJRGS, 110/420; Galeno Lacerda, em inúmeras palestras; Cristovam Daiello Moreira, para quem o

Juiz é o legislador da situação concretizada).

A jurisprudência gaúcha, em inúmeras vezes, tem decidido negando vigência da lei por entender que a aplicação no caso concreto não é justa. Cito os seguintes exemplos: O Alçada entendeu que 'o Estado carece de autoridade para punir as contravenções relacionadas com os jogos que ele tolera ou explora' para descriminalizar o jogo do bicho, ensinando que 'a aplicação da lei não pode se divorciar da realidade social' (Julgados do TARGS, 45/148); a 5^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça entendeu que 'é válido o legado de homem casado à sua concubina' em afronta ao disposto no art. 1.719, III, do CC. É bem verdade que a fundamentação não é explicitamente agressiva ao texto legal, ao que parece, seguindo a lição de Warat, ob. cit., p. 57: 'O Juiz pode apartar-se da norma sempre que pareça não se apartar', mas no real não aplicou o texto legal (RJTJRGS, 115/371); a 1^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça outra coisa não fez ao autorizar o casamento de menor com dezessete anos, explicitando que o fazia 'sem apego excessivo à literalidade da lei' (RJTJRGS, 117/387).

O magistrado gaúcho Sérgio Gischkow Pereira, em dois momentos, faz coro com Luiz Fernando Coelho, professor das Universidades

Federais do Paraná e de Santa Catarina, autor do livro *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, nos artigos *Interpretação Jurídica e Aplicação do Direito*, *Revista AJURIS*, 27/186, e *Relevância do Pensamento Teórico e Filosófico no Direito*: 'Um exemplo do tradicional problema? Aí vai: 'A velha questão de como deve o magistrado conduzir-se em face da lei 'injusta' nos parece inteiramente superada, e pasma que autores eminentes ainda tenham dúvidas teóricas sobre a solução; a nós se configura evidente que deve prevalecer a justiça, o que possibilita ao magistrado corrigir a lei ou declará-la inaplicável. Essa correção, todavia, não implica prolação de uma sentença *contra legem*, pois, se a norma jurídica é portadora de valoração independente, importa descobri-la no contexto dos demais valores sociais, isto é, conduzir a norma de direito ao seu lugar no quadro geral das valorações; o que a hermenêutica tradicional considera, portanto, uma decisão *contra legem* nada mais é do que a exclusão a que o Juiz procede das valorações estranhas que a norma possa constituir, porque contrárias aos princípios gerais de direito'.

Cabe especial referência à obra de Hermann Kantorowicz, autor da célebre monografia *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (A Luta pela

Ciência do Direito), escrita em 1906 sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, inauguradora da escola do direito livre que entende que deve prevalecer o direito justo na falta de previsão legal ou contra a própria lei. Como ideais, apresenta Kantorowicz a popularidade da jurisprudência viva, sua especialização, sua imparcialidade, sua independência e sua própria justiça que reclama liberdade, personalidade e competência.

Penso, pois, que 'o Juiz não é um executor cego e, sim, um artista da aplicação do direito' (Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, p. 81). Entendo que a lei injusta não deve ser aplicada. Evidente que o Juiz não é computador. Deve pensar a lei em todas as possíveis interpretações e, não encontrando nela respaldo para o justo, deve negá-la. Os anseios sociais assim exigem. É de se notar que não pretendo que se coloque o Judiciário acima dos outros Poderes, entendendo que ele é superior. Não, o que quero dizer é que o compromisso é com o jurisdicionado; a busca de solução justa para o conflito está acima do dispositivo legal. Parece-me cada vez mais claro que o mundo do Juiz, o seu campo de luta, o local onde realiza sua obra de arte, sua fonte de realização pessoal, e onde sela seu compromisso com a sociedade, é no reinado do caso concreto.

Ali ele é soberano para buscar a justiça. Ao legislador cabe a criação de normas genéricas, tão-só.

O Juiz comprometido com o justo concretizado é o que querem também os advogados (ver discurso do Prof. Nelson Jobim em nome da OAB/RS, *in* RJTJRGS, 114/423-428).

Os processualistas lutaram por muito tempo para provar que o processo é instrumento de realização do direito material. Basta ir um pouco mais adiante: o direito material é instrumento de realização do justo. É meio e não fim. E o que prepondera, obviamente, é o fim buscado.

A aplicação silogística da lei, como é ensinado nas faculdades, nada mais é do que uma forma de aprisionar o Juiz, tirar-lhe a força criadora. Serve, pois, às classes que elaboram as leis, pois fazem dele um mero e frio aplicador do direito positivo.

Uma questão fica àqueles que optam pelo primado da lei. Qual a situação penal dos criminosos de guerra nazistas que cometeram atos horrendos obrigados pelas leis de Hitler? Deveriam ou não ser condenados? A humanidade disse que sim; a hermenêutica tradicional disse que não. Todavia, ao arrepio da ótica positiva, receberam condenação. Ou seja, o justo foi colocado acima da lei.

Vale outro exemplo coletado da obra de Dennis Lloyd (p. 188): 'Algumas sociedades orientais, e em particular a chinesa, não aceitaram a idéia de lei como um meio de aplicação de regras universais a situações particulares, e desprezaram o homem que buscava recorrer unicamente a regras'.

Um Judiciário preso a leis injustas gera nos Juizes profunda angústia como a manifestada pelo magistrado gaúcho Márcio Pugina, à qual faço coro: 'Um Judiciário insensível e acastelado na lei, mesmo que esteja totalmente divorciada da realidade, mesmo quando ela seja instrumento de opressão, é um Judiciário servil, dependente, mesquinho e canhestro. Resultado disto é o triste espetáculo de uma justiça impotente, cada vez mais distanciada do povo. Quem de nós, de sã consciência, pode dizer que suas sentenças estão a serviço de uma efetiva justiça social? O que é o Judiciário para o homem do povo, senão o triste prolongamento do aparelho repressor estatal? O que é o Judiciário para o desempregado sem estabilidade, para o sem-terra, para os deserdados da vida, enfim, senão a ponta de lança de um sistema econômico elitista, pronto para a estocada final? Será que a nós, Juizes, foi dado o único e medíocre poder de lançar miseráveis nos presídios e assinar mandados de despejo?'

(Autonomia do Poder Judiciário e o Conteúdo Ético da Norma Jurídica, tese junto à Escola Superior da Magistratura Gaúcha). Mais é preciso?

Assim, a lei (que é comprometida com a minoria opositora na realidade capitalista) deve ser vista com desconfiança (leia-se: constantemente criticada). Serve ela como um referencial — importante, é verdade — na aplicação do direito. Todavia, do confronto entre a lei e o justo deve prevalecer este, como se pretendeu demonstrar. Aliás, esse é o exemplo deixado por Cristo (Marcos, 2, 27) ao desobedecer a lei na situação concretizada, dizendo que 'o sábado (a lei) foi estabelecido por causa do homem e não o homem por causa do sábado'.

Surge, em conseqüência, uma indagação: qual a justiça a ser feita? Dizem alguns que existe uma justiça neutra, imparcial. A justiça cega expressa não tão famosa e formosa imagem. Tal justiça está fora do mundo e do processo histórico. Está acima de tudo e de todos. É um sentimento que existe em todos os homens.

Parece-me claro que inexistente justiça neutra. A cegueira ou 'neutralidade' só favorece aos fortes. Quem é cego ou 'neutro' na disputa entre opressor e oprimido é aliado daquele.

A justiça só existe no processo histórico, é um valor relativo a ser

extraído a partir da realidade vigente. Não pode estar acima ou fora das circunstâncias sociais e econômicas vividas pelo povo em dado lugar, em determinado momento. Do cotejo desses fatos é que se pode afirmar se determinado comportamento é ou não justo. Em dada época matar alguém era justo ('Juizes de Deus', na idade média). Em determinados locais ter a mulher como objeto é tido como justo.

No que atine ao Judiciário, que aprecia questões já ocorridas entre litigantes; que está vinculado ao fato concreto; é na concretude que deve verificar se ocorre ou não a justiça. Do cotejo entre as classes em luta; das necessidades pessoais objetivas dos litigantes; até das psicológicas; é que deve emergir ou não o justo.

Repito: a justiça 'neutra', aquela que procura colocar o conflito na conceituação do justo já preexistente e não a que é buscada em função do litígio, só serve para favorecer os fortes, os que são intelectualmente donos da definição pré-concebida do que é ou não justo, é a justiça dos dominadores que pretende colocar o mundo a seu serviço. Esconde, pois, a opção pelos fortes.

Tal idéia de justiça 'neutra' leva, em conseqüência, a se tentar fazer crer que o aplicador desta justiça também neutro é. Diz-se, pois, que o Juiz é neutro como se isso possível

fosse. A única forma de uma pessoa ser neutra é estar fora do mundo, como se as coisas acontecessem abaixo dela. Na verdade ninguém, nem mesmo o cientista, pode ser neutro. Já se disse antes que o ato sentencial é fruto da ideologia do julgador (mesmo as da lavra dos positivistas — Dennis Lloyd, ob. cit., p. 183) e todos sabemos que a visão de mundo que temos é comprometida com a nossa história. Ao decidir, ou se está aplicando uma lei que não é neutra, ou se está aplicando uma justiça que também não o é. Logo, não neutra é a decisão. Acresce-se, ainda, que tal decisão é prolatada a partir da ideologia do julgador que por sua vez também não é neutra.

Algumas citações deixam claro a impossibilidade da neutralidade do Juiz quer na aplicação da lei, quer na busca do justo. Vejamos.

‘Não percebiam os próprios magistrados, como até hoje a muitos escapa, que a preconizada fidelidade à lei, ou o fetichismo legal, era conduta traçada no contexto da ideologia institucionalizada’ (Orlando Gomes, A Casta dos Juristas).

‘A era do Juiz politicamente neutro, no sentido liberal da expressão, já foi superada’ (Fábio Konder Comparato, Revista AJURIS, 37/202).

‘En primer lugar, la progresiva toma de conciencia de cada vez más amplios sectores de la magistratura

y los Jueces italianos durante estos últimos años, en el sentido de entender su función judicial y la realización de la justicia no como una función neutra, aséptica, que se agotaría totalmente en la sola aplicación mecánica de las leyes vigentes sea cual fuere el contenido de éstas, sino en el más profundo de llegar a la comprensión de que si el Derecho no es imparcial y justo, ellos, en el fondo, no pueden ser tampoco imparciales ni justos: y que entonces su sublime ministerio no sería realmente el de ‘hacer justicia’, sino simplemente el de convertirse en meros transmisores y ejecutores de la voluntad, más o menos justa o injusta, que ha logrado hacerse Derecho’ (Mário Treves, El Juez y la Sociedad, Edicusa, Madrid, 1974, p. 10-11).

Roberto Aguiar, na indispensável obra *O que é Justiça*, ed. 1982, p. 17/18, ensina que ‘... a justiça não é neutra, mas sim comprometida, não é mediana, mas de extremos. Não há justiça que paire acima dos conflitos, só há justiça comprometida com os conflitos, ou no sentido de manutenção ou no sentido de transformação’.

Assim, o que é justo para uns pode ser injusto para outros, basta ver o atual conflito sobre a reforma agrária: para os sem-terra invadir propriedades é justo, porque representa a possibilidade de trabalho, de vida digna; para os donos das terras é

injustiça pois fere o sagrado direito de propriedade. 'Uma, é a idéia de justiça tal e qual entende a classe dirigente. Outra, é o ideal de justiça das classes dominadas' (Júlio César Tadeu Barbosa, ob. cit., p. 16).

Que fique claro: o aplicar a lei, em si, não implica justiça ou injustiça, o que definirá é a aplicação do fato concreto ante uma postura ideológica.

Importante, diante disso, é que não se estabeleçam, *a priori*, critérios tidos como definitivos para a apreciação do justo. Repito: o justo emerge do caso concreto.

Dizem uns que a justiça é dar a cada um o que é seu, mas Roberto Aguiar (Direito, Poder e Opressão, p. XVI) pergunta: o que é o seu de cada um? Segundo quais critérios? A resposta é que a definição é vazia, como ele mesmo ensina: diz tudo e não diz nada. Dependerá, evidentemente, do caso que se apresenta e da visão de mundo de quem aprecia. Lyra Filho, 'O que é Direito', 4^a ed., p. 28, sobre o assunto cita João Mangabeira: 'Porque, se a justiça consiste em dar a cada um o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria, ao desgraçado a desgraça, que isso é o que é deles ...'

Nem mesmo a verdade pode ser princípio definitivo da justiça. Poder-se-ia discutir o que vem a ser verdade. Parece-me que o conceito de ver-

dade é relativo: as de ontem não são necessariamente as de hoje. Deve ser interpretada diante das circunstâncias e da ideologia de cada um. Inexiste padrão externo definitivo que possa estabelecer o que é ou não verdade: depende sempre da finalidade. É verdade, em princípio, o que favorece o oprimido. Logo, também nela não há neutralidade.

Vejamos o seguinte exemplo. Na Alemanha nazista havia muitos religiosos que não mentiam jamais. Eles escondiam judeus que, se descobertos, seriam mortos em campos de concentração. À polícia nazista, que chegava na casa deles e perguntava se ali havia judeus, eles evidentemente não mentiam e os policiais levavam-nos à morte. Outras pessoas, em igual situação, correndo o risco de serem presas, mentiam dizendo que ali não havia judeus e estes eram salvos. Uns eram mentirosos, outros não. Pergunta-se: qual foi o justo, o mentiroso ou o que falou a verdade? Evidente que justo foi o mentiroso.

Dirão que tal argumento é *ad terrorem*, fere a lógica porque fundamentado na exceção. Mas o Judiciário trabalha em cima da exceção. A regra é não ocorrerem litígios, as pessoas entenderem-se sem a intervenção estatal. O que é exceção para o mundo é regra para o Judiciário.

O que se quer deixar claro aqui é que na apreciação do caso concreto não se pode partir de regras pré-concebidas para definir os critérios de justiça. O reinado do caso concreto é que afirmará se tal comportamento é ou não justo (o justo que não é neutro, nem está fora do conflito). Critérios feitos aprioristicamente servem tão-só de referenciais. Importantes, é verdade, mas só referenciais!

Em acórdão estampado na RJTJRGS, 98/271, o culto Des. Silvino Joaquim Lopes Neto diz que 'não é possível a cada decisão mudar-se a tábua de referências valorativas'. É possível, mesmo porque a tábua de valores é alterada constantemente. O caso concreto, o único do mundo, é que dirá quais os valores, aqui e agora, a serem aplicados.

Mas se a justiça não é neutra e sim comprometida, restam, basicamente, duas justiças: a do opressor e a do oprimido. A opção por qualquer delas é de índole íntima. O certo é que não se pode ficar entre ou acima delas. A minha justiça é a cantada por Roberto Aguiar quando diz que a justiça é uma bailarina e 'essa bailarina que emerge não será diáfana e distante, não será de todos e de ninguém, não se porá acima dos circunstantes, mas entrará na dança de mãos dadas com os que não podem dançar e, amante

da maioria, tomará o baile na luta e na invasão, pois essa justiça é irmã da esperança e filha da contestação. Mas o peculiar nisso tudo é que a velha dama inconstante continuará no baile, açulando seus donos contra essa nova justiça que não tem a virtude da distância nem a capa do equilíbrio, mas se veste com a roupa simples das maiorias oprimidas. Essa nova justiça emergente do desequilíbrio assumido, do compromisso e do conflito, destruirá aquela encastelada nas alturas da neutralidade e imergirá na seiva da terra, nas veias dos oprimidos, no filão por onde a história caminha. O que é justiça? É esta!' (O que é Justiça, p. 15/16).

Na minha ótica, pois, o justo está no compromisso com a maioria do povo que, obviamente, na realidade capitalista são os explorados, aqueles que não detêm o poder real (que está nas mãos dos donos do capital), nem o formal (que está a serviço daqueles).

O justo, como inexistente fora do contexto histórico, deve ser buscado, sempre e sempre, dentro do conflito real e, sempre e sempre, na ótica do oprimido.

O que há de novo aí? Apenas o trocar de lado, porquanto até hoje, consciente ou inconscientemente, a justiça foi amante da minoria, favorecendo-lhe, buscando perpetuar as diferenças de classe, a exploração

da maioria oprimida. Agora o que se busca é uma justiça igualmente comprometida mas só que com o povo na luta por uma sociedade mais igualitária, menos opressora, enfim que dê condições de vida a todos e vida em abundância como ambicionava Cristo (João, 10.10).

Dentro da sociedade capitalista a justiça tem sido alvo de crítica como tendo por finalidade servir aos poderosos. Dallari, na ob. cit., p. 59, conta de sua experiência com uma favelada que dizia: 'O senhor está falando de direito, de justiça, isto tudo é muito bonito, mas isto não é para nós. Isso é coisa para os ricos'. Dennis Lloyd, ob. cit., p. 99, também cita um Juiz inglês da era vitoriana que dizia jocosamente que 'a lei, como o Hotel Ritz, está franqueada aos ricos e aos pobres indistintamente'.

Uma justiça e um Juiz não neutros, como sempre foram. Uma justiça e um Juiz comprometidos, como sempre foram. Só que agora conscientes e comprometidos com a maioria do povo, como poucas vezes foram, buscando 'uma ciência jurídica da libertação, como já existe uma teologia com essa mesma finalidade' (Lyra Filho, Para um Direito sem Dogmas, p. 18), ou seja, a serviço do povo.

Um Juiz ao modelo austríaco, que tenha 'todos os poderes e deveres

considerados necessários para tornar a igualdade das partes no processo não apenas formal e aparente, mas efetiva, e válida, assim não menos para o pobre, para o ignorante, para o mal defendido, do que para o rico e para o erudito'. Que venha ao processo ajudando a parte, auxiliando a reparar seus erros, que saia da pseudo-passividade que só fortalece aos fortes (Cappelletti, A Ideologia no Processo Civil, Revista AJURIS, 23/25). Um Juiz que siga a lição do magistrado francês Baudot: 'Sede parciais. Para manter a balança entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, que não têm o mesmo peso, é preciso que calqueis um pouco a mão do lado mais fraco da balança. Esta é a tradição capeteana. Examinai sempre onde estão o forte e o fraco que não se confundem necessariamente com o delinqüente e sua vítima. Tende um preconceito favorável pela mulher contra o marido, pelo filho contra o pai, pelo devedor contra o credor, pelo operário contra o patrão, pelo vitimado contra a companhia de seguros, pelo enfermo contra a Previdência Social, pelo ladrão contra a polícia, pelo pleiteante contra a justiça'.

Assim, deve-se buscar no âmago do caso concreto quem é o opressor e quem é o oprimido (como se viu de Baudot, opressor pode, por exemplo, ser o empregado e oprimi-

do o patrão, embora raramente) e a partir daí, com desapego à lei ou a conceitos vagos preestabelecidos, tomar conscientemente o lado do oprimido, fazendo-lhe justiça, a justiça da libertação. Mas se se quer tomar a opção pela justiça do mais forte (a postura ideológica pessoal é que define), tranqüilo parece-me que se deve aplicar silogística e mecanicamente o sistema legal vigente, o que requer menos trabalho e não leva ao 'doloroso e difícil exercício do pensamento' (Rubem A. Alves, *A Empresa da Cura Divina: um Fenômeno Religioso*, Coleção Instituto de Pesquisas Especiais, n. 1, cap. IV, p. 116, Ed. Universidade Católica), quiçá até perigoso! Já a opção pelo oprimido requer que se negue a lei com alguma freqüência; o questionamento do sistema como um todo; a busca no conflito do real opressor; exige competência (fácil é aplicar a lei; difícil é negá-la porque demanda estudo profundo, com conhecimentos sociológicos e filosóficos, sob pena de se receber a pecha de irresponsável); que se ouse nos pedidos (advogados) e nas decisões (magistrados).

Mas, acima de tudo, necessário que se conheça a realidade social, o povo. E isso parece ser negado ao Juiz, tanto que existe uma máxima por quase todos aceita: 'O Juiz é um homem só. Nos discursos de posse de

Desembargadores nas 5^a e 6^a Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça gaúcho, em dois momentos os oradores lembraram da máxima (RJTJRS, 111/ 345 e 359).

No entanto, se dizem que o Juiz, como profissional, ao julgar é solitário, nada de novo há: é só o professor ao dar aulas; o engenheiro ao fazer cálculos; o advogado ao preparar suas teses; o cirurgião ao operar; o operário ao construir. E todos, inclusive o Juiz, nos momentos de dúvidas buscam socorro na experiência dos outros, seja através de livros, como do convívio com os colegas.

Mas sub-repticiamente isso quer dizer que o magistrado, ao ser só, deve ficar distanciado do povo, porque a massa popular é portadora de doença contagiosa, ou seja, próximo do povo o Juiz perceberá com clareza a angústia popular e ficará contaminado por ela. E perto do oprimido, contagiado pelo seu sofrimento, evidente que tomará opção por ele. A solução encontrada é deixar o Juiz só, fora do mundo, distante dos conflitos sociais, para não se dar conta do que acontece na história. Um Juiz desse tipo será, evidentemente, um frio aplicador da lei. A quem ele servirá?

A máxima foi elevada à lei tanto que a LOMAN não permite que o Juiz exerça cargo de direção de sociedade civil, associação ou fundação,

seja de qual for a natureza ou finalidade (art. 36, II, da Lei Complementar n. 35).

Então, o Juiz só é um homem inacessível, distante, frio. Ao ponto de o povo ter medo dele, o que é denunciado por Dallari, loc. cit., p. 71/72.

Juiz só é aquele do poeta Maia-covski:

‘O Equador estremece sob o som dos ferros.

‘Sem pássaros, sem homens, o Peru está a zero.

‘Somente, acorados com rancor sob os livros,

‘Ali jazem, deprimidos, os Juízes’.

Por certo só, também, é o Juiz do cineasta Babenco (filme Pixote): um homem honesto com fascinante boa

vontade, mas alheio à realidade social.

Um Juiz crítico da lei, próximo do povo, comprometido com o justo do oprimido, e que faça isso de forma responsável e com competência, fará com que o Judiciário participe da história na busca do homem de que trata Maia-covski no poema Dedicatória:

‘Homens!

‘Amados e não amados,

‘Conhecidos e desconhecidos,

‘desfilai por este pórtico num vasto cortejo!

‘O homem livre —

‘de que vos falo —

‘Virá,

‘acreditai,

‘acreditai-me’!