

26.051
044/91

44.91

Ives Gandra da Silva Martins

NÃO HÁ JUSTIÇA ALTERNATIVA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Titular de Direito Econômico e de
Direito Constitucional da Faculdade de Direito
da Universidade Mackenzie.

Na comemoração dos 40 anos do Tribunal Federal de Recursos, publiquei na Revista daquele sodalício, artigo intitulado "A jurisprudência integrativa e o ideal de Justiça", reproduzido, posteriormente, pela coletânea de estudos editada pela Universidade de Coimbra, em 1989, em homenagem aos 50 anos de magistério do magnífico reitor Professor Doutor Antonio do Arruda Ferrer Corrêa.

Nele procurei demonstrar a existência de um núcleo de princípios de direito natural em todo o direito positivo, que nem mesmo os positivistas conseguiram afastar, lembrando que Hart (*The concept of law*, p. 190/195, Ed. Clarendon, 1961) os elencava como: 1) necessidade de proteção à vulnerabilidade humana, 2) redução das desigualdades sociais, 3) conformação do limitado altruísmo do ser humano, nem anjo, nem demônio, 4) valorização dos recursos escassos de produção de bens da terra, 5) criação de um sistema sancionatório capaz de permitir o cumprimento das leis.

Assim, a ordem legal procura, fundamentalmente, um ideal de Justiça, embora seja o Direito escrito incapaz de regular todas as relações humanas, dependendo do esforço jurisprudencial para preenchimento das lacunas tendentes a fortalecer a busca daquele bem maior.

2

Em recente dissertação de mestrado na UNB, perante banca examinadora constituída pelos Ministros José Carlos Moreira Alves, Carlos Mário Velloso e o Secretário Geral do Ministério da Justiça, Dr. Inocêncio Martires Coelho, meu filho Ives mostrou que a legitimidade do direito positivo fundamenta-se em princípios de direito natural, sendo falha a concepção que pretende opor o direito natural ao direito positivo, visto que alguns princípios de direito natural conformam a essência do direito positivo, ao proteger direitos que o Estado não cria, mas apenas reconhece, como é aquele à vida, inerente a todo ser humano.

Desta forma, o homem, que nasce com alguns direitos inalienáveis, como demonstra a declaração universal dos direitos humanos da ONU, autêntico tratado principiológico de direito natural, não pode viver, em sociedade, sem uma ordem legal que tanto mais permanece no tempo, quanto mais justa for, cabendo ao organismo social, por meios convencionados, melhorá-la através das alterações legislativas ou do trabalho integrativo da jurisprudência em face das lacunas legais.

É esta a concepção que defendo desde os bancos acadêmicos, quando, como solicitador (1957), comecei a advogar, isto é, que o direito não é apenas forma. Há uma atuação criativa da jurisprudência, mas o juiz não pode substituir a ordem legal para, reconhecendo-a como válida, deixar de aplicá-la por entendê-la injusta.

Não pode um homem só, hospedando personalíssima interpretação da justiça, por ter o poder de interpretar oficialmente o direito, aplicar a norma que tem na cabeça ou que gostaria que existisse e não aquela que escrita está. A injustiça da norma deve ser alterada por pressões junto ao "poder legislativo positivo", que são as Assembléias



Ives Gandra da Silva Martins

-3-

Representativas, e nunca ao "poder legislativo negativo", que é o Poder Judiciário, o qual, no máximo, pode, nos limites da interpretação integrativa, dar sentido à norma injusta, reduzindo sua carga de iniquidade, mas nunca revogá-la.

No decálogo do advogado, que escrevi anos atrás, para meus alunos de direito, escrevi:

"9. O ideal de Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Para isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo".

Não creio deva ser diferente a atuação do Poder Judiciário, que, na busca do ideal de Justiça, deve procurar revitalizar a ordem legal, nos limites que as técnicas exegéticas permitam, mas nunca substituir-se àquele Poder, que representa o povo na sua faculdade de gerar o direito positivo.

São Paulo, 5 de julho de 1991.

