

Justiça conforme a lei?

09/09/2025

É mais ou menos assente entre os juristas que o âmbito do processo judicial é o *lugar ou o ambiente natural* onde as garantias subjetivas (ou das pessoas) encontram espaço e oportunidade para a sua realização. A dinâmica específica do processo judicial, conduzida sob a autoridade do juiz, com a ativa colaboração das partes em litígio, produz a ideia da *solução justa das questões jurídicas*, quando levadas ao conhecimento das instâncias estatais julgadoras.

Essa poderosa ideia da produção de soluções judiciais justas, por meio da atuação dos julgadores — *que a alguns poderá parecer ingênua ou abstrata* — tem as suas raízes mais remotas na concepção, aliás muito antiga, de que as estruturas judiciárias e os seus principais institutos, dentre os quais, o *processo judicial*, corporificam instrumentos imunes a influências estranhas àquela dinâmica e que os julgadores estão comprometidos, unicamente, com a justiça de suas decisões.

É sob esse ponto de vista, que se desenvolvem as matrizes do pensamento judicial, no qual, porém, aquela ideia de justiça das decisões tende a ser encampada pela ideia de legalidade. Essa tendência faz a noção de justiça submergir no imenso manancial representado pelo *universo das regras escritas*, composto não apenas pelas leis positivas, mas também pelo acervo de decisões proferidas pelos órgãos da jurisdição. O conúbio ideológico e histórico entre as leis escritas e a fiel interpretação das disposições nelas contidas é o elemento estruturante e funcional da ideia de jurisdição estatal judicial.

Desse modo, as grandes instituições judiciais basilares e a *concepção operacional de processo judicial* vão sendo, pouco a pouco, tragadas ou englobadas na hiperpoderosa noção de legalidade. Por conseguinte, também a ideia de justiça passa a ser estimada como uma *dimensão da legalidade* e, portanto, algo que se pode localizar ou identificar nas palavras e nas mensagens das leis escritas.

O processo judicial se converte, destarte, numa *sofisticada técnica de aplicação metódica das leis escritas*, perdendo, gradativamente, a sua antiga aura de instrumentar ou veicular a realização da justiça e de pacificar os conflitos individuais e sociais. Afinal de contas — esse é o raciocínio do mecanismo que associa a justiça à legalidade — se a justiça se acha nas leis, *caberá ou bastará mesmo ao julgador apenas conhecer as disposições legais positivadas e aplicá-las fielmente, pois assim estará implementando, automaticamente, a desejável justiça*.



Limitação conceitual

Na expansão desse modelo jurídico-judicial, antigo e persistente até os dias de hoje, tem muito pequena participação a preocupação com pensamentos ou ideias que não estão vertidas em regras escritas (regras legais ou precedentes jurisprudenciais), o que reforça a noção de ser o processo judicial o eficiente instrumento de efetivação daquelas regras, podendo descomprometer-se dos seus conteúdos, sejam justos ou sejam injustos. É, novamente, aquela ideia da técnica sofisticada de aplicação metódica das regras escritas.

Alguns autores atribuem a esse modelo, com inegável precisão, o nome de *juspositivismo judicial* e lhe agregam a macrocaracterística de ensinar a *previsão das decisões judiciais*, que seriam, se não exclusivamente, pelo menos predominantemente, a expressão das próprias palavras das regras prévias. Tal previsibilidade teria — como amiudemente se diz — *o mérito de promover a segurança jurídica*, locução que, à toda evidência, traduz apenas a *adequação ou a conformação da decisão judicial à legalidade, mas não necessariamente à justiça*.

Não se pode dizer que seja *acidental* a simbiose que se fez entre os conceitos de *jurídico* e de *legal*, porque é por meio dela (dessa simbiose) que se emperra a atividade criadora, transformadora ou inovadora dos juízes, convertendo-os em *bocas da lei*, incapazes de produzir, no processo judicial, uma solução que vá além das palavras das regras positivas. É visível que essa limitação conceitual *reduz o Direito à lei* e essa redução empobrece notavelmente o universo jurídico e pressiona fortemente a atuação dos julgadores, no sentido de enquadrá-la nas previsões escritas das aludidas regras positivas.

Recorde-se que essa doutrina foi teorizada, no meio do século 18, pelo Barão de Montesquieu (1689-1755) que, em livro de 1748, fez, seguramente, a mais radical *apologia das leis e apregoou a necessidade de sua aplicação linear, sem qualquer acréscimo ou redução*. Ao ver do Barão, *poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor* (*O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982, p. 193).

Esse *pensamento iluminista* alimenta, há 270 anos, a ideia limitadora da função judicial e adquiriu, inegavelmente, enorme prestígio e inumeráveis seguidores. E também forneceu, ao longo de seu exitoso trajeto histórico, os valiosos suprimentos de outra noção, igualmente muito cara ao Barão de Montesquieu, qual seja, a de *separação de poderes*, que ganhou foros de *doutrina praticamente indiscutível*. Na base dessa doutrina está a premissa de que *somente a*



lei escrita pode reconhecer ou outorgar direitos ou criar limitações ao seu exercício.

Ao juiz pertenceria, nas demarcações teóricas desse modelo, tão só e apenas, *a função de aplicar as disposições legais*, quaisquer que fossem. Claro está que aqui se revela, por igual e por inteiro, a proeminência da lei escrita como *fonte primária de direitos subjetivos* e essa proeminência se elevou ao nível de exclusividade, instaurando a bem denominada *tiranía das leis escritas*. Dizer-se, como se faz frequentemente, que *o Direito está na lei* – ou, ainda mais radicalmente – que *o Direito é a lei* tornou-se um lugar comum na história jurídica e na prática do seu ensino e da sua aplicação judicial, como se fosse uma coisa normal, absolutamente a salvo de crítica ou de exceções.

O professor Nelson Saldanha assinala que, na evolução da hegemonia da lei positivada, *ideias como as de norma, ordenamento e sistema provêm, em suma, em seu uso extenso e em seu conteúdo, desse predomínio positivo de lei escrita, desse legalismo desenvolvido nos últimos tempos. Legalismo comprometido, em grande parte, com o estatismo do Direito, e que não é, simplesmente, a valorização da lei como expressão do jurídico, mas a tendência a absorver todos os valores jurídicos na vocação de vigência formal e verbal que a norma escrita possui (Legalismo e Ciência do Direito. São Paulo: Atlas, 1977, p. 17).*

Império do legalismo

Quando se aceita a lei escrita como fonte, limite ou expressão por excelência do Direito e dos direitos subjetivos, faz-se com que a reflexão jurídica e jusfilosófica, a produção doutrinária e acadêmica, o ensino jurídico e a função judicial passem a gravitar em derredor da lei e da sua imagística. Na sequência, a atividade de julgar se impregna do pragmatismo do legalismo e o legislador – tão invisível, quanto distante e desconhecido – *passa a dispor de um poder normador ferozmente enorme*. E a submissão do julgador à lei elaborada pelo legislador *impede que se mitigue a sua ferocidade ou se lhe acresçam, no momento da sua aplicação, quaisquer elementos aptos e promover e sua humanização*.

O conflito que, então e daí por diante, se potencializa entre o conceito de Direito (justiça) e o conceito de Lei (regra) repercute diretamente nas concepções de Legitimidade (valor) e Legalidade (pragmática) e pressiona e reduz, drasticamente, o campo de reconhecimento, atuação e efetivação dos Direitos Fundamentais e Humanos, por exemplo. E pressiona e reduz, também, outras quaisquer proposições ou ideias expressadoras de direitos não escritos, deficientemente escritos ou contrapostos a regras prévias escritas.

Mas se deve reconhecer que a hegemonia da lei positiva fascina, há séculos, o espírito dos juristas, talvez por lhes fornecer uma referência segura em que podem, com tranquilidade, ancorar as suas elaborações e, em casos extremos, atribuir ao legislador, esquivando-se da responsabilidade, a razão da injustiça ou a denegação de direitos pessoais, alegando, precisamente, *a disposição legal escrita, o que torna perdurante, e quiçá interminável, o império do legalismo*.

No plano judicial, o império do legalismo abona e respalda decisões que, à toda evidência, agridem, a mais não poder, o comezinho *sentimento de justiça*: (1) aplicar-se a mesma sanção a



infratores que praticam atos que ofendem, em desigual medida, o bem juridicamente protegido; (2) tratar de igual modo uma servidora grávida e outra que não se acha nesse estado, ou mesmo um homem; (3) negar a pensão previdenciária a uma criança, porque o seu mantenedor falecido não a tinha sob a sua guarda; (4) deixar de ponderar a gravidade e a extensão da ação do infrator, para adequar ou dosimetrar a sanção a ser-lhe imposta; (5) punir, com a severa sanção de ato ímprobo, a conduta de agente público que não se mostra lesiva ao patrimônio estatal; (6) pressupor lesão patrimonial e prejuízo não evidenciados e, com esse fundamento, aplicar sanção ao infrator; (7) estabelecer a presunção de culpa, com suporte apenas na imputação, e sem elementos probatórios coerentes; (8) recusar o exame do direito material invocado pela parte, com apoio apenas em cômodas restrições de ordem procedimental; (9) escudar o julgamento em entendimento jurisprudencial, sem submetê-lo ao teste crítico de sua atualidade; ou (10) restringir a defesa oral da parte, sob a simples alegação de retardo no julgamento.

Essas situações, *referidas por inúmeras outras*, expõem que a *justiça das coisas* não se realiza sempre por meio de soluções legais e apriorísticas, mas mediante soluções contextuais, ou seja, soluções produzidas pelo juiz no domínio do justo processo jurídico. No entanto, são inúmeras as decisões judiciais que dão acolhida a essas soluções, *amparadas em previsões legais, regimentais e jurisprudenciais, justas ou injustas*.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-set-09/justica-conforme-a-lei/>