

O direito e a ordem jurídica

AMILCAR DE CASTRO

1 — O aprendizado do direito não é fácil. Os estudantes podem achar-se tão desorientados como quem entrasse naquela floresta mágica, imaginada por Alexis CARREL, cujas árvores-fantasmas, incessante e despercebidamente, iam mudando de aspecto e de lugar. A terminologia jurídica é um matagal imenso, cujos arbustos variam como essas árvores inconstantes. Cipoal tão denso que os próprios juristas, encanecidos na profissão, vêzes sem conta não conseguem ver a realidade desembaraçada da terminologia vulgar, ou das metáforas, de que desacauteladamente se utilizam; e incidem, por isso mesmo, em equívocos e mal-entendidos.

No correr dos séculos, o vocabulário jurídico tão inseguro se veio tornando que hoje, sem paciência beneditina, é impossível fixar-se significação única para todos os termos técnicos. As palavras utilizadas pelos legisladores, pelos professores, pelos tratadistas, pelos magistrados, nos códigos, nas aulas, nos livros, nas revistas de jurisprudência, em considerável quantidade, são expressões elípticas, metonímicas, metafóricas, algumas com dupla, ou múltipla, acepção; razão pela qual facilmente os estudantes se desnorteiam, quando não prevenidos da significação jurídica de cada termo empregado. Como exemplos de vocábulos duvidosos, entre outros muitos, podem mencionar-se de improviso: Estado, sociedade, nacionalidade, soberania, liberdade, democracia, vontade, poder, pessoa, capacidade, ação, jurisdição, povo, fato jurídico, jurisdição voluntária, processo oral, direito subjetivo, direito adjetivo, direito público, direito privado e direito adquirido. Especialmente, entre êsses

têrmos ambíguos, e uma infinidade de outros sobressai a palavra "direito", que é de tôdas talvez a mais usada e, por isso mesmo, a que, com maior freqüência, desliza sorratamente de uma para outra de suas variadas significações. Chega a afirmar um jurista norte-americano, e com razão, que "o dicionário é sempre o livro mais importante na biblioteca do advogado".¹

2 — A palavra *direito* provém do baixo latim: *directum*; por sua vez originado de *rectum*, com a mesma raiz de *regere* (governar), *rex* (rei), *regnum* (reino), *regula* (regra), vindo assim ligada às idéias de autoridade e imposição.² Usa-se, ora como sinônimo de ordem jurídica total, ora, como equivalente apenas a qualquer de suas partes: lei, jurisprudência, costume, doutrina. É freqüentemente empregada para significar a lei (assim, direito civil, penal, comercial, com referência restrita ao Código Civil, ao Código Penal, ou ao Código Comercial). Fala-se em direito jurisprudencial, com alusão à jurisprudência dos tribunais; direito costumeiro, com referência aos costumes de um povo; ou então significando um trabalho doutrinário, quando aludimos a um compêndio de direito penal, ou quando falamos em direito comparado. Além disso, a expressão *direito positivo* é usada para significar a ordem jurídica em vigor, em certa jurisdição, numa determinada época, em oposição a *direito natural* com referência a princípios científicos, inspiradores, complementares, ou reformadores, dessa ordem. Fala-se em direito objetivo para expressar a ordem jurídica, como sistema de regras impessoais, em oposição a direito subjetivo, para mostrar a individualização da mesma ordem concretizada, ou efetivada, a respeito de determinada pessoa (sujeito). Empregam-se as expressões técnicas: direito público, direito privado, direito substantivo, direito adjetivo, direito instru-

1. William SEAGLE, *Law: the science of inefficiency*, New York, 1952, p. 16.

2. Claude Du PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, nº 12, p. 20.

mental, para contrapor setores diversos da ordem jurídica, a fim de distinguir as normas que os compõem, sob o aspecto das relações sociais, a cuja apreciação se destinam.

3 — Direito e ordem jurídica, conquanto sejam duas realidades inconfundíveis, objetos diversos, conceitos diferentes, vêm sendo há séculos simbolizados por um só vocábulo: *direito*. Por conseguinte, para saber-se o que seja o direito propriamente dito, contribuirá decisivamente a definição real de ordem jurídica, que é a totalidade dos critérios pelos quais devem ser juridicamente apreciadas as relações sociais dos membros de uma comunidade. Esses critérios se encontram na lei, na jurisprudência, no costume, na doutrina, ou em princípios gerais não-escritos. A ordem jurídica, portanto, compõe-se de princípios gerais implícitos e de disposições particulares, de regras, de normas, de conceitos, oficiais, ou oficializados, dependentes entre si, como partes solidárias de um todo específico. Como ordem é a reta disposição das coisas, conservando cada qual o lugar que lhe compete, também é chamada sistema jurídico, porque é sempre conjunto organizado, sistematização; não um amontoado de disposições. Assim é que se fala em ordem jurídica brasileira, italiana, ou alemã, para significar a totalidade das leis, julgados, costumes, doutrinas e princípios gerais, que se destinam a apreciação jurídica dos fatos, pela autoridade jurisdicional competente, no Brasil, na Itália, ou na Alemanha.

Note-se que todos os elementos de cada ordem jurídica estatal se encontram em conexão necessária: suas normas, regras, e disposições, seus princípios e conceitos, expressos ou implícitos, não obstante conservem no conjunto seus respectivos lugares, estão intimamente relacionados uns com os outros, e com o conjunto. E, desta exposição, êstes corolários se deduzem:

a) cada ordem é sempre alguma coisa mais que a simples soma de seus elementos sensíveis, porque contém certezas e verdades intrínsecas, sem as quais não subsiste; princípios implícitos, que a integram, mantendo-lhe o vigor, e em que tôdas as suas partes se baseiam; pode-se mesmo dizer que sua porção mais importante “não se pode ler em breviários, ou em

códigos, mas é ciência técnica que, para ser conhecida, exige que dela se faça a ocupação da vida”;³

b) os elementos todos, de que cada ordem se compõe, não são compartimentos estanques; antes devem ser comparados a vasos comunicantes, razão pela qual CRUET já afirmava, com acêrto, que “votar texto nôvo é reformar um pouco tôda a legislação, pois qualquer ordem jurídica possui uma espécie de lógica interna e, por isso mesmo, quando contém princípios contraditórios, entre êstes se estabelece luta, que termina por conciliação, sendo possível; quando não, pela eliminação dos princípios heterogêneos”;⁴

c) a ordem sempre se concretiza e funciona em bloco, pela sua totalidade; nunca por qualquer de suas partes isoladas; podendo-se dizer que cada norma, cada conceito, cada princípio, pressupõe, ou contém em si, tôda a ordem de que é parte, tal qual a mônada de LEIBNIZ reflete em sua essência, todo o Universo;

d) tôda ordem é original, completa e exclusiva. *Original*, no sentido de aborígene; própria do mesmo meio social que produziu o Estado; autóctone; o que não exclui a hipótese de resolver o legislador, um dos artífices da ordem jurídica, copiar normas de outras ordens, ou mandar imitar usos jurídicos estrangeiros. *Completa*, porque, ainda quando, para apreciar determinado fato, não se encontrem critérios jurídicos nas leis, na jurisprudência, nos costumes, ou na doutrina, o juiz não poderá, sob pretexto de lacuna, ou obscuridade, da lei, eximir-se de proferir despachos, ou sentenças: como *ultimum subsidium*, deverá decidir o caso de acôrdo com a analogia e os princípios gerais informativos *da mesma ordem jurídica*; sendo alguma coisa mais que a simples soma de seus elementos sensíveis, não

3. COGLIOLO, Filosofia del Diritto Privato, p. 80; GELDART, Elements of English Law, p. 9; CAPOGRASSI, *Il quid ius e il quid iuris*, in Rivista di Diritto Processuale, vol. III, p. 60-61.

4. JEAN CRUET, A vida do Direito e a inutilidade das leis, p. 62.

pode conter lacunas, ou contradições, porque, pela técnica, vai-se apresentando, a todo instante, completa e coerente. *Exclusiva*, ou dotada de autocracia, porque, segundo o princípio da relatividade dos valores jurídicos, para cada jurisdição, não são relevantes senão os critérios de julgamento provindos de sua respectiva ordem, isto é, as ordens jurídicas estrangeiras são destituídas de vigência: nada mais são que fatos relevantes.

4 — Convém esclarecer que o propósito dêste estudo não é o de recomendar o desuso da palavra *direito* em qualquer de suas significações impróprias, multissecularmente arraigadas, sim o de mostrar aos estudantes que, pelo mesmo vocábulo, os juristas simbolizam realidades jurídicas completamente diferentes. E sobretudo a designação da *ordem jurídica* pela palavra *direito* é que muito tem dificultado a conceituação do *direito pròpriamente dito*. Não se deve esquecer que as palavras são nomes *das coisas, e não das idéias* que temos das coisas (STUART MILL). Por esta razão, pela mesma palavra, podem ser denominadas coisas inteiramente diversas. Por exemplo: a palavra *macaco* tanto simboliza um animal quadrúmano, como um aparelho mecânico. Assim também a palavra *direito* entrou a simbolizar realidades jurídicas diferentes: uma forma de apreciação oficial dos fatos, e a ordem jurídica (total ou parcial) destinada a essa apreciação. Mas, como se vai ver, enquanto a ordem jurídica é um sistema de promessas abstratas, indeterminadas, impessoais, o direito pròpriamente dito é uma forma de apreciação oficial dos fatos, determinada, individualizada, geradora de conseqüências *irrefragavelmente efetíveis*. Pode-se dizer que a ordem é um *prius*, em relação ao direito, ou que êste é um *posterius*, em relação à ordem. Esta é apenas ingrediente com que a autoridade jurisdicional competente faz o direito, especial e exclusivamente para cada caso concreto. O direito pròpriamente dito só aparece em decisões isoladas do órgão jurisdicional competente, órgão êste que, em regra, é do Poder Judiciário, mas excepcionalmente poderá ser do Poder Legislativo, ou do Poder Executivo. Autoridade jurisdicional competente é aquela que tem o poder soberano de concretizar

a ordem jurídica *em forma de mando inexorável* (direito propriamente dito). A decisão, o julgamento, a sentença, a apreciação, não tendo a forma de mando inexorável, garantida soberanamente pelo Estado, não contém *direito*; nada importando seja individual, ou coletiva, da menor ou da mais alta hierarquia, a autoridade judicante.

5 — As ordens jurídicas nacionais, internas ou estatais, umas relativamente às outras, são compartimentos distintos, inconfundíveis. PERASSI usa a palavra *autocracia* para significar a liberdade de produção das normas que compõem cada ordem, isto é, para mostrar que cada ordem estatal é *independente*, tanto da ordem internacional, como de qualquer das demais ordens estatais.

Esta independência naturalmente gera diferenças entre as ordens jurídicas, mas há também muitas semelhanças. De um para outro povo, as necessidades sociais, que são as fontes materiais, ou históricas, das ordens jurídicas, tanto podem determinar diversidade, como semelhança, de conteúdo das normas de que são formadas; pelo menos, podem provocar divergência, ou convergência, de interpretação das normas, pelos órgãos jurisdicionais. As divergências, intuitivamente, são muitas; mas as semelhanças vão surpreendentemente aparecendo, à medida que se vão conhecendo a fundo tôdas as ordens. E podem provir de várias causas: casualidade no modo pelo qual certas necessidades sociais comuns sejam avaliadas e satisfeitas pelos legisladores (reparação do dano; repressão do homicídio, do furto, da violência carnal); inspiração em ordem jurídica estrangeira, como, por exemplo, foi o Código Italiano de 1865 inspirado no Francês; reprodução direta das normas da legislação estrangeira, assim como o Código Civil Turco reproduziu o Suíço; ou então convenção internacional, tal como a de Genebra, de 1930, estabelecendo uniformidade de direito cambial. Por estas e outras razões, o fato de cada ordem interna ser independente na produção de suas normas não exclui a possibilidade de, em duas, ou mais, ou até em tôdas, se encontrarem normas semelhantes.

Não se deve esquecer que as ordens internas, conquanto distintas, são tôdas provenientes de sociedades do mesmo tipo, isto é, tôdas resultantes de agrupamentos humanos e, por isso, há necessidades sociais similares. O meio social em que se forma, e a que se destina, cada ordem jurídica estatal, é produzido por uma fração da humanidade. Por conseguinte, qualquer ordem estatal compõe-se de critérios jurídicos destinados à apreciação oficial de fatos e relações um pouco universais, isto é, resultantes de manifestações da vida humana, que, na Terra, é a mesma. Nem será preciso dizer que no mundo inteiro os indivíduos nascem, vivem, amam, trabalham, furtam, matam e se divertem, da mesma forma, ou, pelo menos, de modos muito parecidos. As atividades humanas são, mais ou menos, as mesmas, em tôda parte; e o que varia, ou não, de um para outro povo, é apenas o modo de apreciá-las: assim se pode explicar a razão de ser o abôrto lícito no Japão, e crime no Brasil.

O certo é que as ordens jurídicas estatais, desde o instante em que se organizam, conquanto a muitos respeitos sejam diferentes umas das outras, são em maior parte semelhantes. É que ao lado de conformidades explícitas, sempre se encontram coincidências encobertas, porque o mesmo fim pode ser obtido por métodos práticos diferentes, através de caminhos, mais ou menos, cômodos, ou tortuosos. Em tôda a extensão da superfície terrestre, o espírito humano, atingido certo grau de civilização, sente as mesmas necessidades, que a ordem jurídica tem a destinação de satisfazer; mas pode ser diversa a técnica com que chega a satisfazê-las: a mesma preocupação de justiça pode ser levada a efeito por processos diferentes. Os tratadistas de direito comparado dão êstes exemplos: a mulher casada pode obter neste país pelas normas das sucessões, aquilo mesmo que naquela outra jurisdição consegue pelas disposições matrimoniais; a adoção pode desempenhar aqui o papel que representa alhures o testamento; o fideicomisso e a fidúcia podem substituir o mandato e a hipoteca; uma regra de prova, ou de processo, pode tornar inútil uma norma de julgamento do mérito; neste país a religião, ou o costume, pode ser bastante

para impôr a solução que a ordem jurídica daquele outro povo deve necessariamente formular. Assim sendo, é preciso conhecer muito bem essas técnicas diferentes, para bem compreender as aparentes diversidades das ordens jurídicas estatais.

6 — Sem a preocupação infrutífera de classificar, por algumas semelhanças, as ordens jurídicas existentes, em grupos, ou sistemas (romano, anglo-norte-americano, germânico, escandinavo, soviético, muçulmano, hindu, chinês), deve-se observar que, além da raça, do grau de evolução e cultura de cada povo, de suas ideologias, traduzindo concepções diversas de justiça, também a técnica desenvolvida pelos juristas determina diversidades e semelhanças, acidentais e fundamentais. Mas o que estamos tentando dizer é que, sejam quais forem as suas diferenças, as ordens jurídicas estatais tôdas se irmanam pela origem remota e pela destinação derradeira. Pela origem remota, porque nenhuma pode sair do nada, nem subsistir *in vacuo*: subjacente a qualquer uma não pode deixar de existir uma realidade sociológica (grupo humano) produtora de um meio social, consistente sempre numa trama movediça de interações; não pode haver ordem jurídica desligada dessa realidade sociológica subjacente, de que é parte integrante, e é seu suporte físico, tal como o corpo humano é a base sensível do espírito; e êsse grupo é fração *da humanidade*, que, de certo modo considerada, é o mesmo formigueiro a surgir em lugares diversos. E pela destinação derradeira, porque tôdas as ordens jurídicas imagináveis levam em si a finalidade última de se concretizarem em apreciações oficiais de interações humanas, pela autoridade jurisdicional competente.

7 — Por essas razões, há exemplo de ordens jurídicas, estruturadas de modos diferentes, que chegam, na prática, a funcionar do mesmo modo. É o que acontece com as do sistema romano (de direito civil) e as do sistema anglo-norte-americano (do *common law*). Todos sabem que o princípio estrutural do sistema romano é o da predominância “das leis” (*non exemplis, sed legibus judicandum est* — *Codex*, 7, 45, 13), enquanto o sistema do *common law* é o predomínio “da jurisprudência”

(*stare decisis*). Teòricamente, enquanto no Brasil e na França juizes diferentes e até o mesmo juiz podem julgar casos semelhantes de modos diversos, isto não deve acontecer na Inglaterra, ou na América do Norte, onde se atribui fôrça obrigatória aos precedentes judiciários (*stare decisis*). Entretanto, os fatos têm mais fôrça que as leis, e mesmo nos países que adotam o sistema romano, como no Brasil e na França, os juizes julgam freqüentemente por exemplos, tal como julgam os juizes inglêses. Só quem não tem a prática forense é que não sabe quanto é útil mostrar ao juiz brasileiro qual seja a jurisprudência estabelecida para casos semelhantes àquele que vai ser julgado; até um único acórdão tem seu valor convincente. É certo que, em razão de não seguirmos o sistema do *common law*, não temos estabelecida a regra *stare decisis*: os arestos dos nossos tribunais não devem ter, em nossa ordem jurídica, mais alcance que o doutrinal; e devem ser consultados como argumentos de analogia. Isto em teoria, é claro, porque na prática os juizes, freqüentemente, julgam baseados em decisões precedentes, tal como se funcionalmente estivessem obrigados pelos mesmos. Atualmente, até as súmulas dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal destinam-se a obrigar os tribunais inferiores.

Por outro lado, costuma-se dizer que a regra *stare decisis* caracteriza o sistema do *common law*, enquanto sua negação é uma das características do sistema romano (*non exemplis, sed legibus judicandum est*). Mas isto não é mais que um modo de falar porque, praticamente, as coisas se passam da mesma forma num e noutro sistema. Pela lição de Alf Ross, notável professor da Universidade de Copenhagen, pode-se ver que não é fácil decidir em que grau os juizes inglêses e norte-americanos atribuem maior importância aos precedentes, mais do que o fazem os juizes francêses e brasileiros, pois sempre abandonam os precedentes que não estejam mais de acôrdo com as novas condições sociais. E a melhor prova disto é o fato de que o *common law*, evoluído pela prática dos tribunais, não é hoje o mesmo de outrora. Modificações de jurisprudência ocorrem continuamente, sem embargo da regra *stare decisis*. O que é

decisivo numa consideração desta doutrina não é a questão ideológica de saber se o precedente tem ou não *fôrça obrigatória*, sim a questão de saber se a êste respeito a doutrina oferece critério objetivo equivalente e genuína restrição da liberdade do juiz em apreciar a *ratio decidendi* das decisões precedentes. E isto deve ser negado por dois motivos:

a) em primeiro lugar, o precedente só é considerado obrigatório quando concernente ao fundamento da decisão atual; em determinar êsse princípio básico, o juiz não está prêso às considerações feitas pelo juiz que decidiu o caso anterior: pode livremente interpretar a decisão precedente, à luz de sua própria razão; e, inegavelmente, tem considerável liberdade de interpretar a *ratio decidendi* de tal modo que o precedente invocado fique fora do rumo da decisão que deseja proferir;

b) em segundo lugar, ainda que não pretenda abandonar a *ratio decidendi* do julgado anterior, o magistrado fica com a liberdade de distinguir o caso atual, do precedente: as atuais e as antigas circunstâncias nunca são idênticas; o próprio juiz é quem julga quais são as circunstâncias substanciais; assim, pode afastar-se do precedente se resolver que a êste, ou àquele respeito, o caso *sub-judice* difere do anterior; e então não estará obrigado pelo precedente.⁵

Isso quer dizer que a regra *stare decisis*, como característica do sistema do *common law*, é apenas uma ilusão. É uma ideologia mantida, por certas razões, no sentido, não só de ocultar de seus mantenedores, e de outros, a livre função criadora de critérios de julgamento, que tem o juiz, como também de transmitir a falsa impressão de que êle julga apenas por normas já existentes, indicadas pela jurisprudência. E, como já foi visto, no sistema romano, conquanto se estabeleça teòricamente que os precedentes não têm *fôrça obrigatória*, os juízes francêses, italianos e brasileiros, são altamente influenciados por decisões

5. Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 86-88.

anteriores, e só rara e relutantemente se afastam da prática aceita, procedendo como se estivessem obrigados pelos precedentes.

Por conseguinte, há tanto engano em supôr-se que, no sistema do *common law*, sempre os casos julgados obrigam os juizes, como em pensar que, no sistema romano, os juizes nunca se sentem obrigados pela jurisprudência. Num e noutro sistema, as leis (no romano), ou a jurisprudência (no do *common law*), são as fontes primordiais de critérios de julgamento, mas, praticamente, *em ambos os sistemas, o papel da autoridade jurisdicional é o mesmo*. Num, interpreta as leis e a jurisprudência; noutro, interpreta a jurisprudência e as leis; vale dizer: ali e aqui julga as leis e os precedentes, sempre em sua função criadora de critérios de julgamento, para dar forma de obrigatoriedade inexorável à apreciação de cada caso concreto.

8 — O critério pròpriamente dito só pode surgir da ordem jurídica concretizada, caso por caso, pela autoridade jurisdicional competente. Incontestavelmente, a ordem jurídica, sendo um conjunto de regras, de normas, de conceitos, de princípios, indefinidos, gerais, impessoais, não pode ser autodinâmica. Não pode, por si mesma, efetivar-se, nem pode incidir nos fatos, no momento de acontecerem. Da ordem jurídica *virtual*, nada pode resultar automaticamente, para quem quer que seja; nem bem, nem mal; porque só contém regras impessoais, de efetivação mediata. Refere-se a algo que *pode ser*, mas *ainda não é*, e para que seja efetivamente é necessário que alguém, através de uma verificação, *declare que é*. E êste alguém, em regime de justiça pública, só pode ser a autoridade jurisdicional competente.

A ordem jurídica diz respeito a todo mundo, mas só pode ser efetivada, caso por caso, relativamente a pessoas determinadas. Não pode forçar os indivíduos a obedecê-la, por mais draconiana que seja. E quando alguém a obedece espontaneamente isto não significa que a ordem se está efetivando, por si mesma, pois os motivos da obediência não provêm da ordem, sim dêsse alguém. Tais motivos podem ser, por exemplo, a

índole do indivíduo, a educação, a moralidade, a religião, o hábito, o comodismo, a expectativa de vantagem econômica, o patriotismo, o temor da opinião pública, a simples etiqueta, ou o medo da sanção. O indivíduo é quem por qualquer desses motivos, resolve obedecer à ordem, mas esta não o compele irresistivelmente, a obedecê-la. Se quiser, poderá desrespeitá-la, correndo o risco que disso lhe possa advir, pois “as normas jurídicas, no fundo, são indiferentes à conduta dos cidadãos, e só estabelecem o que deve acontecer, conforme o indivíduo se comporte desta, ou daquela, maneira” (BRUNETTI). Nem o temor da sanção é efeito de ordem; se o fôsse, não se poderia compreender como tantos indivíduos não a temem. A verdade é que a ordem, *em potencial*, antes de concretizada, *não é direito*, nem produz *direito*: não aproveita, nem prejudica. A obediência extrajudicial à ordem jurídica (ou a desobediência) é sempre um fato juridicamente apreciável; e enquanto não fôr assim apreciado não passa de ser um fato, que só terá apreciação em forma jurídica pela decisão judicial.

É ilusória a suposição de que a ordem jurídica aplica-se automaticamente aos fatos *ao natural*, tais como vão acontecendo, e, por isso, extrajudicialmente, na convivência humana, vão brotando direitos subjetivos por geração espontânea. É evidente que normas pensadas não podem atingir os acontecimentos.

9 — SATTÀ notou que o problema da jurisdição é o mesmo da juridicidade da ordem estatal: esta, precisamente por ser jurídica, é condicionada a concretização; e a decisão da autoridade jurisdicional competente é o ato com o qual, e pelo qual, a ordem se concretiza e assegura, pela sua realização, a sua própria juridicidade.⁶ Em regime de justiça pública, *fora da decisão judicial não há direito*, pois êste é forma dessa decisão. Os particulares, os serventuários, as autoridades sem jurisdição, os juizes incompetentes para julgar o fato, os legisladores,

6. Salvatore SATTÀ, *Diritto Processuale Civile*, quinta edizione, Padova, 1957, p. 7.

como legisladores, os órgãos do Poder Executivo, como tais, não concretizam a ordem jurídica.

As expressões “autoridade jurisdicional competente” e “decisão judicial” devem ser bem compreendidas, para não ocasionarem mal-entendidos de efeitos desastrosos. A separação de poderes, uma das características do Estado moderno, manifesta-se *pelas funções; não pelos órgãos* que as desempenham. As competências dos legisladores e dos juizes, nunca são delimitadas de modo preciso. Nem aos Parlamentos está confiada apenas a confecção de leis, nem aos órgãos executivos somente a administração, nem aos tribunais exclusivamente a jurisdição. A cada um dos órgãos dos três poderes costuma ser, por conveniência política, atribuída parcela de competência que, logicamente deveria pertencer a órgão de outro poder. O que não significa que cada qual não tenha atividade específica, como elemento essencial e próprio: os tribunais, a de julgar; as autoridades administrativas, a de administrar; e os órgãos legislativos, a de legislar. A função principal caracteriza o órgão, sem que a atribuição de reduzida competência imprópria a desfigure. Está claro que, sem norma constitucional, expressa ou implícita, nenhum órgão administrativo pode atuar como juiz, ou como legislador; nenhum juiz, como administrador, ou legislador; nenhum Parlamento, como Tribunal de Justiça, ou administrador. Em regra, é defeso ao órgão de um poder invadir a esfera de competência do outro, mas a separação de poderes não é absoluta: constitucionalmente nada impede que a órgão de um poder seja atribuída parcela de competência que logicamente deveria pertencer a outro.

Assim, às vezes, o Parlamento funciona como Tribunal de Justiça (art. 44 da Constituição do Brasil; art. 41, V *in fine* e VI da Constituição do Estado de Minas Gerais); na Dinamarca, e decretação do divórcio competia ao Rei (Arquivo Judiciário, vol. 29, Suplemento, pág. 251); o Poder Executivo pode expedir decretos-leis (art. 13 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937; art. 58 da Constituição do Brasil, de 1967); e há tribunais administrativos que apreciam lesões de direitos individuais: haja vista o sistema francês de *justice délégué*,

pelo antigo Conselho de Estado: o nosso contencioso administrativo, sob o regime imperial; o nosso Tribunal de Contas, funcionando como Tribunal de Justiça, nos termos do art. 2º da Lei nº 392, de 1896.

Em casos como êsses, por exceção, as autoridades legislativas e executivas têm competência de concretizar a ordem jurídica, produzindo direitos subjetivos pròpriamente ditos, precisamente porque *não estarão agindo como legisladores, ou administradores*, sim exercendo a função característica do Poder Judiciário, *agindo como juizes*. A atividade que, então, desenvolvem, politicamente excluída da competência de um órgão do Poder Judiciário, *é forma oficial de julgamento, garantida inexoravelmente pelo Estado*, marca distintiva do direito, em regime de justiça pública. Vale dizer: nesses casos de exceção, os órgãos do Poder Legislativo, ou do Poder Executivo, são legítimas “autoridades jurisdicionais competentes”, e as decisões que proferem são verdadeiras “decisões judiciais”. Ou melhor: a autoridade jurisdicional competente, em regra, é um órgão do Poder Judiciário, mas excepcionalmente, pode ser também um órgão do Poder Legislativo, ou do Poder Executivo, com competência soberana de concretizar a ordem jurídica, por decisão judicial, atuando como juiz.

Por conseguinte, pode-se reafirmar, com segurança: o direito pròpriamente dito surge sempre, caso por caso, apenas no instante de ser proferida cada decisão judicial, e fora daí não há *direito* pròpriamente dito.

10 — O legislador, *como legislador*, agindo na esfera de sua competência específica, não tem, nem pode ter, função criadora de direito. Primeiro, porque nem, ao menos, configura tôda a ordem jurídica, mas apenas sua parte legislada, e o direito depende sempre da ordem jurídica concretizada em bloco, pela sua totalidade. Segundo, porque a criação do direito não depende apenas da ordem jurídica, sim também do fato acontecido, ou supostamente acontecido. Sem a copulação da *quaestio facti* com a *quaestio iuris*, o direito não pode nascer, ou melhor, o direito objetivo e o direito subjetivo não podem manifestar-se. E essas *quaestiones* são, a um só tempo, resolvidas exclusiva-

mente pela autoridade jurisdicional competente, com inteira independência do legislador, pois a êste não compete, nem a reconstituição do fato *sub judice*, nem a interpretação da lei e da ordem jurídica, pela qual há de ser, juridicamente apreciado, *êsse fato único*.

Por conseguinte, se o juiz é quem soberanamente resolve como o fato aconteceu, e determina o critério pelo qual deve êsse fato ser juridicamente apreciado, evidente está que o legislador *não tem, nem pode ter*, função criadora de direito. O legislador faz leis, mas lei não é direito pròpriamente dito. Lei é norma geral, impessoal, enquanto o direito é necessariamente pessoal, particular: feito sob medida, para determinado fato reconstituído. E até o momento de se lavrar a decisão judicial não pode haver certeza, nem quanto à reconstituição do fato, nem quanto ao critério de sua apreciação jurídica. A *quaestio facti* e a *quaestio iuris* surgem no processo e, concomitantemente, são aí resolvidas, sem participação direta do legislador. Na confecção do direito, o legislador colabora antecipada e indiretamente, à disposição no tempo e no espaço, compondo a parte legislada da ordem jurídica, mas esta, não se deve esquecer, é apenas um dos ingredientes com que o juiz confecciona o direito. Acontece ainda que mesmo a parte legislada da ordem jurídica é necessariamente completada pelo juiz; a interpretação judicial deve ser vista como atividade inseparável do processo legislativo.⁷ A lei é pensamento ditado pelo legislador, mas retocado e mantido pelo juiz: começa a ser feita no Parlamento, mas acaba de fazer-se no Tribunal. Sem o juiz, o legislador inútilmente faria leis; e é inegável que muito antes de existir o legislador já o juiz produzia o direito pròpriamente dito, e continua a produzi-lo.

Por conseguinte, se a decisão das *quaestiones facti et iuris* não é dos litigantes, nem do Poder Legislativo, nem do Poder Executivo, só o Poder Judiciário tem a competência privativa de confeccionar o direito, isto é, declarar se, e como, o fato foi

7. C.A. Lúcio BITTENCOURT, A interpretação como parte integrante do processo legislativo, in Revista Forense, vol. 94, p. 9-14.

provado, e estabelecer o critério pelo qual deva oficialmente apreciar o que considera provado. Assim, a autoridade jurisdicional competente, caso por caso, vai fazendo direito pròpriamente dito, subjetivo e objetivo, pois, como já foi exposto, direito pròpriamente dito é apenas a forma de proteção oficial do resultado de uma apreciação.

Em regime de justiça pública, fora da decisão judicial não pode haver direito verdadeiro. Antes e depois de lavrada a decisão judicial, existe apenas a ordem jurídica *potencial*; virtual; inerte; inesgotável pelo uso; inalterável pelas transgressões dos governados, ou dos governantes. E sendo o chamado direito subjetivo necessariamente ligado ao denominado direito objetivo, estando êste para aquêle como o anverso para o reverso da mesma página, o que daí se segue é que só podem coexistir e coincidir: um não pode começar a existir, ou a ser efetivado, antes, ou depois, de outro; ambos, como irmãos siamêses, só podem nascer conjugados na decisão judicial. São realidades correlativas, não em ordem de sucessão, no sentido de que um seja gerado pelo outro, como causa e efeito, sim em relação *de implicação*, no sentido de que um implica o outro, coexistindo em duração sincrônica.

11 — Direito pròpriamente dito é conceito formal, invariável no tempo e no espaço. Não há um jurídico romano, um jurídico inglês, outro brasileiro, outro italiano, ou hindu: o que era o direito em si, para os povos da mais remota antigüidade, ainda é agora o que é direito pròpriamente dito, para os italianos, para os brasileiros, para os inglêses, ou para os chineses. Em todos os tempos e lugares, vigorando o sistema de justiça pública, o direito pròpriamente dito aparece como forma oficial de apreciação dos fatos, garantida pelo Estado. Nesta forma oficialmente garantida consiste o direito pròpriamente dito.

Os pensamentos de que se compõem as ordens jurídicas mudam no tempo e no espaço; as ordens jurídicas incessantemente se renovam, em tôdas as épocas, em todos os lugares, enquanto o direito pròpriamente dito permanece invariável, como forma constante de concretização de qualquer ordem.

Direito é sempre a mesma forma de apreciação das atividades e inatividades humanas. Em suma: ordem jurídica é conceito *sociológico* (substancial), enquanto o direito é conceito *formal*. Por isso mesmo, enquanto a ordem é mudável, o direito é invariável; enquanto a ordem pode emanar de várias fontes, o direito só provém da decisão judicial, por onde também flui a ordem, sendo o juiz um de seus artífices. Ordem jurídica e direito são conceitos inconfundíveis. Não importa que o sistema de distribuição de justiça pública seja o romano, de predominância da lei, ou seja o do *common law*, do predomínio da jurisprudência; seja o germânico, o escandinavo, o soviético, ou seja o muçulmano, o hindu, ou o chinês; neste, ou naquele, sistema, o direito é sempre o mesmo conceito formal: a garantia inexorável de um modo de pensar.

As relações humanas são a matéria apreciável em forma jurídica, pela autoridade jurisdicional competente. O conteúdo dessas relações juridicamente apreciáveis pode ser natural, político, econômico, sexual, moral, religioso, técnico, artístico, científico, enquanto o jurídico, que é qualidade proveniente da forma de apreciação, pode versar sobre qualquer dessas matérias. Por isso, já foi notado que o direito é disciplina *secundária*, no sentido de que “trabalha sobre materiais fornecidos por outras técnicas de investigação” (GARDOT). O direito, ou o jurídico, não consiste neste, ou naquele, conteúdo, nesta, ou naquela, variedade das relações humanas, mas na forma oficial de apreciação dessas relações. De tal sorte, o conteúdo, ou a espécie, da relação social, nunca é jurídico, pois *a forma de sua apreciação* é que o é. Por hábito multissecular, costuma-se falar em *relações jurídicas*, sem notar que isto é expressão elíptica, pois o que se está dizendo realmente é que tais relações são juridicamente apreciáveis; porque há interações humanas que não o são, como, por exemplo, as de cortesia, ou algumas morais, como a obrigação de dar esmolas.

Em síntese: o direito propriamente dito não se desliga da ordem jurídica, desta depende, mas com esta não se confunde; direito e ordem jurídica são realidades diversas, secularmente simbolizadas pelo mesmo vocábulo: *direito*.