

A EXPRESSÃO DO DIREITO

Rui Magalhães Piscitelli

*Procurador Federal e Mestrando em Direitos Fundamentais
pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA-RS*

Instados que fomos a apresentar um artigo para logarmos a conclusão da Cadeira de Hermenêutica Jurídica, no Programa de Mestrado da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA-RS, não hesitamos em discorrer um pouco sobre a expressão do Direito.

Com isso, queremos dizer que o Direito, uma Ciência, pois com objeto e princípios próprios e também autonomia científica, é revelado pela atuação de seus agentes.

Mas como o fazem ? Quê métodos utilizam ? Quem são eles ?

É sobre isso que pretendemos discorrer.

Inicialmente, colocaremos dois textos sobre o tema, para reflexão.

Incontinenti, analisaremos alguns tipos de juiz, conforme lição de François Ost. E, aqui, teceremos comentários sobre algumas escolas jurídicas.

Após, faremos uma análise da linguagem utilizada pelo Direito, valendo-nos de alguns conceitos de Saussure.

Ainda, focaremos a Hermenêutica aplicada ao Direito, e daremos destaque à sua aplicação no âmbito constitucional.

Por fim, apresentaremos as conclusões sobre o nosso estudo, e disponibilizaremos as referências bibliográficas utilizadas.

1.– TEXTOS PARA REFLEXÃO SOBRE A EXPRESSÃO DO DIREITO

Para começarmos o presente artigo, julgamos de importância trazeremos à colação os 2 textos abaixo.

No primeiro¹, temos pronunciamento do Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, afirmando a necessidade de os Magistrados, na aplicação do Direito, valerem-se da Constituição, das leis, e, também, da própria consciência.

“Juízes devem considerar consciência na hora de decidir

¹ Notícia veiculada no site

http://www.tj.rs.gov.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=37735, datada de 25/10/2.005.

O Direito não pára no tempo. A uniformização da jurisprudência é importante para a segurança jurídica, mas isso não significa seguir estritamente tudo o que os Tribunais decidem. Os Juízes devem observar a Constituição, as Leis e a própria consciência. A manifestação é do Presidente do TJRS ao abrir na noite de ontem (24/10) o Encontro de Juízes Vitaliciandos, em Gramado.

“Cada um deve pensar com a própria cabeça, não descuidando a jurisprudência, principalmente nos processos massivos”, enfatizou o Desembargador Osvaldo Stefanello, aos 53 magistrados que tomaram posse em sua gestão à frente do Poder Judiciário, em 28/2.

Para o magistrado o excessivo aumento do número de processos comprova que o Poder Judiciário é respeitado e que a sociedade acredita que nele encontra o último baluarte na preservação dos direitos coletivos. “Temos a obrigação de dar uma resposta à altura, seguindo os princípios básicos que estão previstos na Constituição”.

Reiterou ainda a necessidade de uma substancial alteração do sistema recursal. “É no 1º Grau que o cidadão exerce o direito da ampla defesa. É o Juiz de 1º Grau que ouve as testemunhas e colhe a prova. Temos que lutar para que cheguem aos Tribunais apenas matérias de alta relevância jurídica. É essa Justiça rápida e objetiva que a sociedade precisa e espera”.

O encontro de estudos estende-se até 27/10, com os trabalhos sob a coordenação do Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto, e dos Juízes-Corregedores.”

No segundo, colhemos interessante passagem de Kafka², na qual ao Senhor K são apresentados 3 tipos de libertação via o processo:

“Esqueci de lhe perguntar primeiro que tipo de libertação deseja. Existem três possibilidades, ou seja, a absolvição real, a absolvição aparente e o processo arrastado. Naturalmente o melhor é a absolvição real, só que não tenho a mínima influência sobre esse tipo de solução. Na minha opinião, não existe nenhuma pessoa que pudesse ter influência sobre a absolvição real. Provavelmente, aqui decide apenas a inocência do acusado. Uma vez que o senhor é inocente, seria de fato possível que confiasse apenas na sua inocência. Mas aí já não precisa de mim nem de qualquer outra ajuda... O Senhor fez antes a observação de que o tribunal é inacessível às provas, mais tarde restringiu isso ao tribunal público, e agora diz até mesmo que o inocente não precisa de ajuda perante o tribunal...Essas contradições são fáceis de explicar- disse o pintor. Fala-se aqui de duas coisas diversas: daquilo que consta na lei e daquilo que eu experimentei pessoalmente – o senhor não pode confundi-las... Vamos pois abstrair a absolvição real; mas o senhor mencionou mais duas possibilidades. A absolvição aparente e o processo arrastado...A absolvição aparente e o processo arrastado – disse o pintor. Depende do senhor a que vai escolher... Portanto, primeiro a absolvição permanente ... Os juízes inferiores, ou seja, aqueles que eu conheço, não têm o direito de absolver definitivamente; esse direito só o tem o tribunal supremo, inteiramente inacessível ao senhor, a mim e a todos nós...O processo arrastado- disse o pintor olhando por um instante para a frente, como se buscasse uma explicação inteiramente acertada, o processo arrastado consiste em que o procedimento judicial é mantido de forma permanente no estágio inferior do processo... Na verdade, o processo não cessa, mas o acusado

² Kafka, Franz. O Processo. Tradução: Modesto Carone. Rio de Janeiro. Editora O Globo, 2.003.

está quase tão assegurado contra uma condenação como se estivesse livre... O processo precisa girar continuamente no pequeno círculo em que está encerrado de modo artificial. É natural que isso acarrete certos incômodos para o acusado, mas o senhor, por sua vez, não deve imaginá-los tão ruins.”

2- OS MODELOS DE JUIZ

François Ost³ nos leva à ponderação de 3 tipos de Juiz, ou seja, de 3 modos como um Magistrado pode usar sua Autoridade para o julgamento das lides.

Um primeiro modelo é o “Juiz Júpiter”.

Este, segundo o Autor, tem sua base científica em Hans Kelsen, e sua referência político-econômica liberal.

Kelsen, autor da obra Teoria Pura do Direito, no início do século XX, é associado à escola normativista do Direito.

Em toda sua obra, Kelsen procurou imunizar o Direito de outras ciências, fazendo, pois, sua purificação.

Para isso, utilizou a figura da norma fundamental, da qual todas as outras retirariam sua legitimidade.

O Direito para Kelsen era, assim, descomprometido de outras visões, como a filosófica ou a moral.

Por oportuno, lembre-se que, quando do julgamento dos nazistas no Tribunal de Nuremberg, pelos crimes cometidos durante o nazismo, a teoria de Kelsen foi aplicada pela defesa, sendo sua fundamentação alicerçada em que o Direito aplicado pelo regime de Hitler era válido juridicamente, não podendo os operadores recusarem sua aplicação.

A esse modelo de juízes, os códigos tudo resolvem, a lei não deve estar incompleta; contudo, em a estando, o próprio ordenamento regulamenta sua aplicação, como vemos do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

O sistema jurídico, pois, há de ser completo.

A tal modelo de Magistratura, os revoltosos franceses de 1.789, desejosos em romper o modelo social pré-Revolução, atribuíram a figura de bouche de la loi, isso significando que os Juízes deveriam se cingir à aplicação do Código Civil, que, aliás, após sua conclusão, Napoleão Bonaparte julgava ter previsto todas as possibilidades fáticas futuras de sua aplicação.

Sob o prisma político-econômico, tal sistema jurídico corresponde ao liberalismo, no qual o Estado deve se abster de interferir na sociedade, garantindo somente condições para que os particulares se desenvolvam, conforme a

³ Ost, François. (1996), "Jupiter, Hercules, Hèrmes: Trois Modelés du Juge", in P. Bouretz (org.), *La Force du Droit*. Paris, Esprit

capacidade de cada um. Nesse modelo, temos a igualdade formal, ignorando-se as inúmeras desigualdades existentes entre os cidadãos.

Assim sendo, o “juiz Júpiter” deve ser dogmático, positivista, seguir a escola romano-germânica do Direito.

A tal juiz, é muito difícil usar de sua competência de afastar uma lei por inconstitucional.

Os princípios, nesse modelo, não têm força cogente, somente as regras o têm⁴.

O segundo modelo, o “Juiz Hércules”, prioriza a resolução dos problemas.

Esse juiz, na verdade, faz com que a efetividade seja conquistada, na existência de lacunas, via aplicação dos princípios.

É um juiz proativo, o qual não se contenta com o modo positivista de ser.

Pensando sobre o Direito, a lei é apenas um dos meios para a sua missão, que é a pacificação social.

A jurisprudência é muito enriquecida com tal tipo de magistratura. Nesse ponto, aproxima-se do modelo da common law.

Anotamos que, recentemente, tivemos o prazer de participar da conquista via judicial da manutenção do sistema de cotas raciais e sociais para ingresso, instituído pela Universidade Federal do Paraná.

Isso porque os alunos que, se não fosse o sistema de cotas, teriam tido média para entrar na Universidade pública, impetraram diversos mandados de segurança, alegando que somente por lei (“juiz Júpiter”) poderiam novas regras serem instituídas.

Após a concessão de diversas liminares, entramos no estado de ajuizamento de agravos de instrumento, para obter o efeito suspensivo, e manter o sistema de cotas vigente.

Pois, no âmbito do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, obtivemos êxito.

Nossa linha básica de defesa foi que a Constituição prevê a desigualdade das diferenças sociais, e, para isso, a igualdade material, e não formal, deve prevalecer.

Com o sistema de cotas, as diferenças fáticas gritantes serão amenizadas, iniciando a proporcionar uma igualdade jurídica material.

Mas isso envolve o manejo de princípios, ou seja, a linha de Alexy, de que também os princípios, e não só as regras, são normas. Portanto, regras e princípios têm força cogente.

Para ilustrar o caso, colamos notícia veiculada no sítio jurídico do TRF da 4ª Região, http://www.trf4.gov.br/trf4/noticias/noticia_final.php?id=4552, gizando o

⁴ Para Alexy, as normas abarcam as regras e os princípios, ambos com força cogente.

entendimento do Magistrado, a nosso entender, na classificação de Ost, do tipo "Hércules".

TRF mantém suspensão liminar que favorecia estudante eliminado pelo sistema de cotas na UFPR

Candidato ao curso de Engenharia Química não se classificou no vestibular devido à reserva de vagas

terça 17/05/2005

A 3ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região confirmou hoje (17/5) a suspensão da liminar que havia ordenado, em fevereiro deste ano, a matrícula de Gabriel Padilha da Silva Freitas no curso de Engenharia Química da Universidade Federal do Paraná (UFPR). A decisão unânime da turma seguiu o voto do desembargador federal Luiz Carlos de Castro Lugon, relator do caso na corte. No final de março, Lugon havia suspenso, através de um despacho, a liminar concedida ao estudante pela Justiça Federal de Curitiba.

O candidato não se classificou no vestibular da UFPR devido à reserva de 20% das vagas para afro-descendentes e 20% para egressos de escolas públicas. Das 88 vagas do curso, o estudante ocuparia a 63ª caso não houvesse a reserva. Com a destinação de vagas para os cotistas, Freitas ficou em 20º lugar na lista de espera. Ele requereu à universidade a relação dos aprovados, o que foi negado. Freitas ingressou então com uma ação na 7ª Vara Federal da capital paranaense. A liminar foi concedida no dia 21 de fevereiro, determinando a matrícula do estudante e a apresentação, pela UFPR, da relação dos nomes e notas finais de todos os aprovados, cotistas e não-cotistas, no vestibular para Engenharia Química.

A UFPR recorreu então ao TRF, argumentando que a reserva de vagas leva em conta os princípios da igualdade, da não-discriminação, do pluralismo e da diversidade e do combate à desigualdade. No dia 31 de março, o desembargador Lugon decidiu suspender a liminar. Hoje, o relator levou o recurso para ser julgado pela 3ª Turma e seu voto do magistrado foi acompanhado pelos demais integrantes do órgão julgador.

Lugon concluiu que são lícitas e necessárias medidas "eficazes para que se alcance a sociedade justa e solidária que a Constituição apregoa". O desembargador ressaltou que, a partir da declaração dos direitos humanos, buscou-se proibir a intolerância em relação às diferenças, o tratamento desfavorável a determinadas raças, a sonegação de oportunidades a determinadas etnias. "Basta olhar em volta para perceber que o negro no Brasil não desfruta de igualdade no que tange ao desenvolvimento de suas potencialidades e ao preenchimento dos espaços de poder", afirmou.

É fato irrecusável, disse o relator, que à figura do negro se associou "uma conotação de pobreza que a disparidade acaba por encontrar dupla motivação: por ser pobre ou por ser negro, presumidamente pobre". Para o magistrado, não se trata de reparar uma injustiça passada ou uma compensação pelas agruras da escravidão: "A injustiça aí está, presente: as universidades, formadoras das elites, habitadas por esmagadora maioria branca". Lugon ressaltou que ver a disparidade atual e aceitá-la comodamente "é uma atitude racista em sua raiz".

Ainda segundo o desembargador, as cotas raciais não constituem a única providência necessária. “Não se trata de erigi-la em solução”, destacou. No entanto, ele considerou que elas não são um mero paliativo. Para Lugon, “uma elite nova, equilibrada em diversificação racial, contribuirá em muito para a construção da sociedade pluralista e democrática que o Brasil requer”. Em seu voto, o magistrado ressaltou que o interesse particular não pode prevalecer sobre a política pública. Ainda que se admitisse lesão a direito individual, afirmou Lugon, “não se poderia sacrificar a busca de um modelo de justiça social apenas para evitar prejuízo particular”. AI 05.04.01.006358-2/PR

(grifo nosso)

Por fim, o modelo do “Juiz Hermes” seria aquele que busca o entendimento de todos envolvidos no problema para resolvê-lo.

É o Magistrado que entende que um pior acordo é melhor do que uma ótima decisão judicial, visto que o acordo compromete as partes verdadeiramente, não há uma imposição externa.

Por exemplo, o instituto do “amicus curiae”, previsto nas leis regedoras do controle concentrado de constitucionalidade evidencia bem o modo de atuação do “juiz Hermes”.

Por esse instituto, as partes que possam contribuir para o deslinde das causas, podem intervir nos feitos, dando sua contribuição técnica.

Se pudéssemos nos utilizar de analogia, criaríamos a figura do “Promotor Hermes”, aquele que, ao invés de incontinenti ajuizar uma ação civil pública, de tudo faz para estabelecer um bom termo de ajustamento de conduta, nos moldes da lei 7.347/85.⁵

Constitucionalmente falando, Haberle, no texto, apresenta importantes reflexões sobre a questão de como interpretar a Carta Maior, tentando quebrar paradigmas estabelecidos como a autoridade única do Estado em proceder à tal hermenêutica.

Uma leitura conjunta da Constituição com as ciências sociais é imperiosa, na medida em que o contexto da sociedade deve influenciar no tratamento para aplicação da norma maior.

O interesse público, ressalta o autor, deve ser levado em consideração para a concreção dos preceitos constitucionais.

E isso somente é possível de ocorrer se a sociedade é capaz de compreender o alcance das normas lá contidas. A própria eficácia das normas constitucionais está a isso submetido.

Numa sociedade aberta, então, as soluções não devem estar cingidas a gabinetes de juristas que se auto intitulam detentores do poder exclusivo da interpretação de dispositivos da Carta Magna.

⁵ Reflexões tiradas da brilhante palestra sobre ação civil pública proferida pelo Professor Procurador da República Dr. Cougo Leivas, na data de 31/10/2.005, no Curso de Pós-graduação em Processo Civil, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A interpretação viva da Constituição, com a percepção de diversos setores sociais confere vida longa às suas determinações.

É, como refere o Autor: “uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade”.

Mas, na prática, como isso se manifesta?

Lembramos também que o processo de participação popular crescente no processo legislativo brasileiro (como exemplo a iniciativa popular, as audiências públicas da lei de responsabilidade fiscal) têm, recentemente, encontrado o contraponto da intervenção da sociedade no processo judiciário, via ação popular e a criação da figura do *amicus curiae*, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

E é essa possibilidade de interpretação por parte de diversos atores sociais que deve ser estimulada, pois não devemos nos esquecer de que não é a sociedade que vive para o Direito; e sim, este para pacificar aquela.

3 – A LINGUAGEM E O DIREITO

Saussurre, fazendo da linguagem um estudo teórico, é de curial importância para que possamos entender o fenômeno jurídico.

Warat muito bem sintetiza o ponto: “A primeira preocupação que um lingüista deve ter é a de procurar caracterizar o campo temático particular de sua ciência como objeto de um saber autônomo, regido por leis que lhe são próprias”.

E isto porque o Direito necessita imprescindivelmente da linguagem para sua existência.

Também, não nos esqueçamos de que linguagem, e, notadamente, o seu domínio, significa poder.

Lembre-mo-nos dos políticos mais eloqüentes em seus palanques, do poder conseguido de milhares de pessoas pela sua oratória.

E, assim, não o é diferente com o Direito.

Sobre o tema da linguagem de que o Direito se vale, colamos notícia veiculada no sítio jurídico http://www.amapar.com.br/?conteudo=materia&materia_codigo=1762&PHPSESSID=31295a20ba74f26eb23b33ded11a5bf9, da campanha da Associação dos Magistrados do Brasil:

“Campanha da AMB contra juridiquês chega a Curitiba

A etapa de palestras da Campanha Nacional pela Simplificação da Linguagem Jurídica foi encerrada em Curitiba, em 29 de setembro. Cerca de 250 alunos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) participaram das palestras do juiz Rodrigo Collaço, presidente da AMB, e do professor Pasquale Cipro Neto, especialista em Língua Portuguesa. Eles falaram sobre a importância do combate à linguagem excessivamente rebuscada e, por vezes, incompreensível adotada por muitos operadores do Direito.

A iniciativa da AMB, entidade que reúne cerca de 15 mil juízes, foi muito bem recebida pelos futuros bacharéis em Direito. É consensual a opinião de que a simplificação da linguagem é fundamental para que a Justiça esteja próxima do cidadão, afinal, “ninguém valoriza o que não entende”, como defende o lema da campanha.

Para a AMB, o uso da linguagem tradicional começa a ser aprendido já na faculdade. Por essa razão, os estudantes são o alvo inicial da campanha, lançada no dia 11 de agosto, na Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro. Em seguida, as palestras foram levadas a São Paulo, Brasília, Belo Horizonte e, finalmente, a Curitiba.

De acordo com o presidente da AMB, a campanha não tem como objetivo mudar a linguagem técnica do Direito, necessária em inúmeras situações. Porém, é importante traduzir essa linguagem. “A proposta não é acabar com as expressões próprias da linguagem jurídica e, sim, torná-la mais acessível ao público”, afirmou.

O combate ao juridiquês prossegue agora com o concurso que vai premiar estudantes e magistrados. As inscrições vão até 4 de novembro e os trabalhos vencedores receberão prêmios em dinheiro e computadores portáteis. E ainda em outubro será lançado o livreto “O Judiciário ao Alcance de Todos – Noções Básicas de Juridiquês”, voltado para estudantes e jornalistas.

Em sua palestra, o professor Pasquale apresentou diversas situações em que o vocabulário jurídico pode ser substituído com ganho de compreensão pela população. “Temos que nos preocupar com a comunicação entre a Justiça e o povo. Moramos em um país de analfabetos, onde menos de 25% das pessoas entendem o que lêem”, disse. “Temos de ter humildade. No lugar dessa verbosidade, o profissional tem de entender que sua mensagem deve ser clara, ter nexos, sem nunca dar margem à ambigüidade. A beleza está na simplicidade”, defendeu.

Estiveram presentes ainda a vice-presidente de Comunicação Social da AMB, Andréa Pachá, o vice-presidente de Cidadania e Direitos Humanos, Roberto Bacellar, a vice-presidente de Assuntos Culturais da entidade e presidente da Associação dos Magistrados Trabalhistas do Paraná (Amatra IX), Morgana Richa, o presidente da Associação dos Magistrados do Paraná, Gilberto Ferreira, o Diretor da PUC, Dr. Fábio Tokars, o Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Paraná, Desembargador Noeval de Quadros, além de outras autoridades”

(grifo nosso)

Pensemos na teoria pura do Direito, de Kelsen. Retirando toda influência axiológica da linguagem regra, não estava imbuído, aí, um projeto político de poder? Justamente não foi a teoria pura a linha de defesa dos nazistas no Tribunal de Nuremberg?

Em oposição, lembramos da teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale, o qual dá, indissociavelmente, a norma, o fato e o valor como elementos da Ciência Jurídica.

Alicerçado nas idéias de Saussure, “ A linguagem não só permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle de tais conhecimentos.”

Prosseguindo no escólio de Saussure, o rigor na linguagem, e aqui acrescentamos, aliada à sua clareza, são indispensáveis à existência de uma Ciência, mormente a Jurídica, por ter como objeto a própria sociedade.

Em termos da redação científica, teceremos alguns comentários sobre a obra de Antônio Joaquim Severino, por muito bem sistematizar a questão⁶.

Inicialmente, o Autor descreve a dificuldade dos alunos recém chegados a uma Academia em bem compreender um artigo científico.

Essa dificuldade, segundo ele, origina-se pela estrutura e objetivos a que tais artigos se propõem.

Com uma cultura pautada pela imaginação subjetiva, incentivada pela literatura em geral, o Aluno não consegue filtrar o conteúdo mais importante dentre informações e contextualizações do tipo objetivas.

A disciplina intelectual que lhe é exigida, com a leitura, releitura, profundidade do assunto e anotações não são familiares às suas pré-compreensões.

A compreensão do texto científico pressupõe o entendimento de seu iter próprio.

Nele, temos, resumidamente, que a elaboração do artigo inicia pela concepção da idéia pelo Autor, finalizando com a codificação exigida pela Ciência, a comunicação científica.

Tal texto, então, chegando ao receptor, este deve, primeiramente, fazer a decodificação desses códigos, para, só então, partir para a compreensão do material lido.

Para, portanto, captar o real significado de um trabalho científico 6 etapas devem ser percorridas, quais sejam, a delimitação da unidade de leitura, a análise textual, a análise temática, a análise interpretativa, a problematização, e, finalmente, a síntese pessoal.

Sucintamente, a unidade de leitura consiste em uma primeira leitura do material visando a delimitar o sumo do tema numa parte específica.

A análise textual objetiva, ainda nessa primeira leitura, conhecer o histórico do autor, apontar os significados não conhecidos pelo leitor,.

Já numa segunda leitura, o leitor deve “ouvir” o Autor, buscando apreender o problema e solução por ele propostos. Também, os temas secundários devem ser absorvidos.

⁶ Severino, Antônio Joaquim. Diretrizes para a leitura, análise e interpretação de textos. *In*: Severino, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. 20ª edição. São Paulo, Editora Cortez, 1.996.

Na fase da análise crítica, de posse do material acima, deve ser feita uma crítica científica e embasada pelo leitor, aqui sua posição já passa a ser proativa.

A problematização, indicada para trabalhos em pequenos grupos, visa ao debate do texto pelos componentes, que, necessariamente, devem ter cumprido o iter anterior.

Por fim, finalizando as idéias de Severino, uma síntese pessoal deve ser feita, atentando para a aplicação da leitura à realidade do leitor. Isso demonstra seu amadurecimento intelectual.

4 – A HERMENÊUTICA APLICADA AO DIREITO

Diuturnamente, os operadores do Direito tendem a reproduzir suas peças moldadas em modelos pré-prontos.

Contudo, raros Colegas já pararam para pensar que, em assim o fazendo, sem nenhuma crítica a respeito, estão, na verdade, a reproduzir, repetidamente, o passado.

E repetir o passado é não estar aberto para uma nova leitura diária da realidade, que se faz necessária.

Em Hermenêutica, pois, estudamos outra forma de interpretação das normas.

Partindo da premissa de Alexy, de que normas são as regras e os princípios, ambos com forças cogentes, a Hermenêutica procura fazer com que o intérprete entenda a norma num conceito mais amplo.

Nele, os princípios, ainda que implícitos, interagem com as regras, e, estas, com o meio no qual elas estão sendo aplicadas.

Nesse ambiente, a pré-compreensão do jurista é levada em consideração.

O Juiz normativista, modelo Júpiter, por exemplo, aplicaria da mesma maneira uma norma, em São Paulo capital, ou numa cidadezinha de 5.000 habitantes.

Já o juiz hermeneuta entenderia o ambiente no qual está inserido, e adequaria a norma à situação.

Aliás, tais são os ensinamentos de Heidegger.

Conforme Alberti, nesse diapasão, “toda compreensão é temporal, intencional e histórica”.

No âmbito constitucional, o Professor gaúcho Lênio Streck nos chama ao movimento que denomina de “resistência constitucional”.

Tal movimento, em síntese, resumir-se-ia na interpretação dos textos jurídicos, tendo como norte a Carta Maior.

Sem dúvida, a Carta de 88 seguiu a linha dirigente de Canotilho, a qual objetiva, com a introdução de valores avançados no texto Maior, fazer com que a sociedade os busque como objetivo.

Assim, e aprofundando as idéias do Professor Lênio, o Direito Constitucional positivo presta sua importante contribuição à dogmática jurídica, sem que, com isso, o confundamos com o positivismo do Direito (escola de Kelsen, da teoria pura do Direito).

Enquanto o Direito Constitucional positivo serve como instrumento de garantia de efetividade de direitos fundamentais, o positivismo jurídico se presta a tornar o Direito endofágico, repetidor de valores passados, utilizando-se, para isso, do instrumento das leis.

Nesse contexto, sustenta o Autor, então, da 3ª geração de direitos, o Poder Judiciário entra no cenário como ator também responsável pela implementação das políticas públicas.

A propósito, disso, trazemos excerto da decisão do Excelentíssimo Sr. Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nr. 45, datada de 29/04/2004:

“certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).”

Isso, de certa forma, contrasta com o papel preponderante das ações – e omissões – dos Poderes Executivo e Legislativo, na sua teoria clássica.

E, aqui, trazemos excerto do livro de Herbert Hart “O conceito de Direito”, 1994, Lisboa:

“A consideração desses fatos faz parecer pedante distinguir, no caso de decisões de um Supremo Tribunal, entre a sua definitividade e a sua infalibilidade. Isto conduz a uma outra forma de negação de que os tribunais, ao decidir, estão sempre vinculados por regras. O Direito (ou a Constituição) é o que os tribunais dizem que é”.

No tocante ao ensino jurídico, o tema constitucional é de somenos importância, ocupando, na maioria das Universidades, 2 semestres tão-somente.

E, mesmo nos outros quase 10 semestres, os outros ramos do Direito (Civil, Penal, enfim), não têm como critério maior de interpretação a Carta constitucional !

No dia-a-dia acadêmico, vemos que disciplinas como Filosofia, Sociologia e Hermenêutica não “colam” entre os alunos, pois, afinal, o importante não é conhecer os artigos das leis ???

Aí começam a ser formados os “juristas” do futuro .

Quantos “professores” de Direito explicam aos seus alunos que o Direito somente é dividido em cadeiras, nas Universidades, por questões didáticas, posto que, cientificamente, a ciência jurídica é uma ???

E aí da nossa rotina nos escritórios, anotamos, quantos problemas resolvemos somente utilizando 1 das cadeiras universitárias ??? Por acaso as soluções não passam pela análise conjunta de vários ramos do Direito ???

5 – CONCLUSÕES

Esperamos, com o presente estudo, ter trazido à reflexão assuntos atinentes à interpretação do Direito.

Agora, então, podemos entender a importância da notícia veiculada no capítulo 1, na qual o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul exorta os recém-vitaliciados Magistrados a usarem sua consciência na hora de decidir.

A nossa sociedade contemporânea não admite mais o modelo de “Juiz Júpiter”, o qual, pela fundamentação da pureza da norma, acaba por reproduzir um habitus do passado ao presente, legitimando, assim, uma forma de apropriação de poder.

Daí as garantias à Magistratura, estendidas ao Ministério Público, e, entendemos, deveriam ser asseguradas à Advocacia Pública (pois função essencial à Justiça, na Carta Maior, ao lado do Parquet), serem tão importantes.

Também, certo é que a verdade é inatingível, filosoficamente expondo.

Trabalhamos, no Direito, com grau de certeza, que podem aumentar em virtude da prova e da diligência do Magistrado.

A isso, agregue-se a importância do dever, também, de todos os atores do processo serem cooperativos, dada a natureza pública do processo.

Retomando Kafka, o processo arrastado, hoje tão usado, deveria ser violentamente banido do sistema, via imposição de multas, num primeiro momento, pois a dignidade da pessoa humana é aberrantemente afetada com tal comportamento.

Para isso, meios alternativos devem ser incentivados para a resolução dos conflitos.

O Estado, por exemplo, deveria ter uma análise muito mais séria e aprofundada dos pleitos que lhe são dirigidos, antes de indeferir, o que acontece, muito hoje, de plano.

Parafraseando Canotilho, a idéia de uma Constituição dirigente está morta se só dela depender o esforço de se alcançar uma sociedade mais evoluída.

Também, a participação popular deve ser incentivada no que denominamos de expressão do Direito.

Legislativamente, previsões contidas na lei de responsabilidade fiscal, na lei de licitações, na lei da ADPF, entre outras, não devem ser uma poesia jurídica, senão meios de efetiva participação da sociedade no Estado.

Contudo, para isso, precisamos preparar a população para tal desiderato. E, para isso, conclamamos a classe intelectual para a tarefa, afinal, sonho que se sonha só é só um sonho, sonho que se sonha junto, é realidade.

Na linguagem, o Jurista, deve sim, ser científico; porém, sem descuidar da clareza.

E, para a resolução de problemas da sociedade, deve o Profissional do Direito estar efetivamente preocupado com isso, não no juridiquês.

Nesse ponto, saudamos a iniciativa apontada acima da Associação dos Magistrados do Brasil, para a simplificação da linguagem jurídica.

Para os Juízes, esses arautos da guarda de nossa Constituição, rogamos que façam valer a instrumentalidade do processo.

Não podemos concordar em que o processo seja cultuado como um fim em si mesmo, senão como meio para a efetivação do Direito.

Constitucionalmente, questão de não somenos relevância é se o Poder Judiciário estaria restringido à acepção formal do conceito de igualdade, ou se, no caso concreto, a ele seria legítimo tratar diferentemente onde o legislador e o Poder Executivo não o fizeram.

A resposta a tal indagação passa pela formatação de Poder Judiciário desejado pela sociedade.

Verdade é que sua independência está garantida na Carta Maior; contudo, com a configuração de que deve se pautar harmonicamente com os outros Poderes da República.

Também é verdade que ao Poder Judiciário cabe, precipuamente, a garantia de pacificação social, via soluções exaradas em processos a que é provocado a dirigir.

Mas, pergunta-se, é possível, no nosso tempo, que a fonte das decisões judiciais seja somente a lei?

Pensamos que não, isto porque o juiz “bouche de la loi”, correspondente à 1ª dimensão dos direitos fundamentais deve ser substituído pelo Magistrado “bouche de lê droit”, na expressão de Lênio Streck.

Tenha-se em mente que o Judiciário, já há algum tempo, não está conforme com seu papel passivo e aplicador da lei.

Como exemplo, podemos citar a criação jurisprudencial da figura dos juros compensatórios, nas desapropriações.

Ao Juiz, hoje, cremos que a justiça deve ser seu norte, e, para isso, a igualdade material deve ser considerada em suas decisões, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças.

Claro é que o aparato legislativo existente não deve, em hipótese alguma, ser desconsiderado, sob pena de ilegitimidade do juiz para tal, afinal, lembremos, que, dos Membros dos 3 Poderes, o único que não passa pelo crivo da legitimidade popular são os do Poder Judiciário. Isso deve ter de significar algo

Mas, no âmbito das políticas públicas, a questão assume contornos especiais, isto porque, classicamente, tal função estava adstrita à competência do Poder Executivo.

Para isso, trazemos novamente excerto do julgado na ADPF nr. 45, conclamando o Judiciário às suas responsabilidades sociais, como guardião da Constituição:

“Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”

Para finalização, trazemos uma reflexão sobre a obra de François Ost.

Assim apresentados na sua obra, os 4 modos de desarranjo temporal, eternidade, entropia, determinismo e discronia, contudo, têm na memória, no perdão, na promessa e no questionamento seus 4 antídotos de retemporalização, de forma “que a justa medida temporal que se procura resguarda-se, tanto de um tempo fixo, que não deixa margem à mudança, como de um tempo exageradamente móvel, que não deixa margem à continuidade”.

A memória cumpre, assim, seu papel, na medida em que a identidade social fica preservada para gerações futuras.

Também, a memória deve fixar o bom compasso para que o esquecimento, tendência tão forte em uma sociedade que hipervaloriza o presente e subestima os “coroas”, possa ser reinante.

O perdão, o segundo retemporalizador, liberta a sociedade das nódoas do passado, impulsionando-a a um futuro novo. Vejam-se, a respeito, as leis de anistia, que, para viabilizar a instituição do novo, usa com sabedoria o perdão para com o regime deposto.

A promessa, como terceiro harmonizador do tempo, representa uma resistência às tentações de um presente sem objetivos.

A promessa de uma sociedade diferente, por exemplo, é obtida através da via legislativa, sobretudo da espécie constitucional.

Relembrando a idéia dirigente de Canotilho, o que é uma Constituição senão o sonho com um tempo diferente?

Por fim, o questionamento completa o reconcerto temporal., possibilitando-nos a crítica consciente a qualquer momento. A ele devemos a capacidade de constantemente reavaliarmos as decisões tomadas, se, afinal de contas, em verdadeira harmonia com o nosso tempo.

Mas, aí, assinala-nos o Autor para a importância da leitura conjunta dos retemporalizadores sociais. E peguemos o exemplo da anistia. Perdoar crimes do regime anterior não pode significar abrir mão da memória de que eles aconteceram; mas sim, fazer uso da promessa ensejadora de permanente questionamento para que sabiamente possamos fazer uso do tempo, do nosso tempo.

E, magistralmente, o Autor conclui:

“Libertar a história das suas nostalgias de eternidade, virar a ampulheta para produzir extensões de tempo nequentrópico, apreender o Kairos entre acaso e necessidade, conciliar ritmos sociais sempre ameaçados de discronia ... Estas são as apostas do compasso de quatro tempos que nos preparamos agora para tocar”

Quero dedicar o presente artigo ao meu Querido Professor, Amigo, Conselheiro, incentivador e Exemplo, Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul José Carlos Teixeira Giórgis, ao qual devo minha paixão ao Direito, a minha esperança no Direito, e a minha dedicação do Direito. Obrigado, Professor Teixeira Giórgis!

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alberti, Verena. A existência na História: revelações e riscos da hermenêutica. Revista Estudos Históricos. Rio de Janeiro, nr. 17, 1.996;

Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid. Editora Centro de estudios políticos y constitucionales, 2.002;

Haberle, Peter. Hermenêutica Constitucional. Porto Alegre. Safe, 1.997;

Kafka, Franz. O Processo. Tradução: Modesto Carone. Rio de Janeiro. Editora O Globo, 2.003;

Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 3º ed. Tadução Baptista Machado. Coimbra, Arménio Amado, 1974;

Ost, François. (1996), "Jupiter, Hercules, Hèrmes: Trois Modelés du Juge", in P. Bouretz (org.), La Force du Droit. Paris, Esprit;

Ost, François. O tempo do Direito. Lisboa Piaget, 1.999;

Reale, Miguel. Filosofia do direito. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993;

Severino, Antônio Joaquim. Diretrizes para a leitura, análise e interpretação de textos. In: Severino, Antônio Joaquim. Metodolgia do trabalho científico. 20ª edição. São Paulo, Editora Cortez, 1.996;

Streck, Lênio. Jurisdição Constitucional e hermenêutica. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2.002;

Warat, Luís Alberto. O Direito e sua linguagem. Porto Alegre. Safe. 1.995;