

Interpretação e criação : os vários sentidos do “direito”

*“Encerraram num círculo de incisos
Os pássaros, as mulheres e o riso.
Boiões de lata, os olhos dos juízes
São faíscas num monte de lixo”.*

Em “Hino ao Juiz” de Vladímír Maiakóvski

*“O homem, quando é mais significante, comporta-se como um criador do direito”
Goethe*

Qual o material da interpretação feita pelo juiz? Qual a tessitura do direito?

A resposta a essas questões pode ser o caminho que explicita qual o papel reservado ao juiz dentro da sociedade.

É notório e triste o fato de que as Faculdades de Direito no Brasil se transformaram em polos de formação de técnicos adestrados na manipulação dos Códigos e das Leis (1). Não há a menor preocupação na análise crítica e sociológica dos institutos jurídicos e de sua função na conformação social, além da nociva prevalência do estudo de leis infraconstitucionais em detrimento dos direitos, valores e princípios constitucionais, que deveriam ser entendidos como o *norte* de todo o ordenamento jurídico. Este é visto apenas como um grande emaranhado de leis. Mas será que sua tessitura se resume a apenas isto?

O ordenamento jurídico é composto por regras, princípios e valores. Ensina Robert Alexy que a diferença fundamental entre os princípios e as regras é qualitativa e não de grau. Os princípios são normas que podem ser operadas com elasticidade, ao passo que as regras, por serem rígidas, somente permitem emprego estrito. Já a diferença entre princípios e valores se resume ao fato de que um princípio é uma norma jurídica que o aplicador do direito está obrigado a ponderar em face de outros princípios; já o valor significa norma, critério ou referência geral, que serve de

orientação para a interpretação e a aplicação do direito. Assim, um princípio indica o que é devido, um valor aponta para o que é referência (2).

A visualização do direito apenas como norma é parcial e incompleta (3). O direito pode ser entendido como norma, como decisão e como ordenamento. Dessa forma, as normas compreendem um gênero do qual são espécies as regras e os princípios.

É preciso ter em vista também que o direito, enquanto fruto de uma determinada cultura, não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal: ele é resultado do modo de produção dominante numa determinada sociedade.

Pode-se definir sistema jurídico como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito: a unidade do sistema encontra-se nos princípios gerais (de cada direito).

O sistema jurídico é um sistema aberto, abertura essa decorrente de sua incompletude e provisoriedade, visto tratar-se de um produto cultural, que está sujeito a evolução e modificação ao longo do tempo. Como a realidade, o sistema jurídico não é estático: ele se transforma. Dessa visão sistêmica decorre que não se pode conhecer a norma sem conhecer o sistema: eles estão integrados.

A interpretação do direito é uma atividade que se presta a transformar disposições (textos) em normas. Quem está apto a desenvolver essa tarefa é o juiz: intérprete autêntico. A tarefa de interpretação é, assim, prudência, o saber prático. O intérprete autêntico atua segundo a lógica da preferência: ao interpretar, ele escolhe entre várias possibilidades corretas. O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução. Mas essa tarefa de prudência se dá mediante regras, que asseguram um mínimo de previsibilidade à decisão.

Dessa forma, o aplicador e intérprete do direito usa como ferramenta de trabalho conceitos jurídicos que podem ser determinados ou indeterminados, o que significa que ele trabalha com um sistema que comporta *fluides*. Evidencia-se que seu trabalho requer o “preenchimento de carga valorativa” de conceitos (4). Além disso, todo o processo de comunicação tem por base as “palavras”, que podem ser plurisignificativas, ambíguas e vagas. Fica claro que o trabalho de decodificação não

desemboca na tão decantada, quanto ilusória *certeza jurídica*, quimera legitimadora herdada da racionalidade iluminista. Resta o desafio de saber se o trabalho de decodificação do intérprete encerra valorações produzidas apenas pelo intérprete ou são valorações da generalidade das pessoas. Afinal: a tarefa é de criação sujeita a arbítrio?

Henri Batiffol é expresso ao afirmar o entendimento de ser impossível, na atividade interpretativa, nos afastarmos de nossas condições pessoais, nossa carga cultural, experiências de vida, valores e até de nossas condições físicas. Trata-se, portanto, de uma ótica unitária, a partir da qual não se vê dicotomia absoluta entre o Homem enquanto tal e o Homem enquanto personagem com uma determinada função social (5). Por quê imaginar que essa dicotomia deveria existir na tarefa interpretativa do juiz?

Em verdade há um profundo temor em enxergar a função judicante como uma função criadora, perpassada pelos valores pessoais do juiz e por sua sensibilidade ao tentar conformar a realidade ao ordenamento jurídico (entendido como um sistema que comporta fluidez) na busca da *solução ajustada* e não apenas legal ou técnica. Mas o que não é explicitado nesta visão temerosa é o fato de que os valores pessoais do juiz representam a personificação dos valores sociais, os quais são, em verdade, apenas uma virtualidade, enquanto não encarnados numa pessoa real (6). Além disso, toda a tarefa interpretativa no âmbito jurídico encontra como limites e balizamento os valores e princípios constitucionais, fruto da formação da vontade política social num determinado momento histórico concreto. Onde, então, haveria espaço para o tão temido arbítrio?

Uma norma jurídica é legítima quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social (ou seja: princípios). Assim, a legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal.

A atual crise de legitimidade do Judiciário, caracterizada pelo fato dos cidadãos expressarem o sentimento de não encontrar a Justiça no Poder que deveria tê-la como meta, traz à tona o fato de que a resposta técnica, baseada no apego cego ao dogmatismo e à dureza da lei, não tem se mostrado como a melhor resposta aos

anseios sociais. Talvez seja o momento de se ter em conta o quanto de **arte** e criação a tarefa judicante encerra na busca da solução mais ajustada (e não apenas legal) ao caso concreto. O que se deve temer é o tecnicismo, destruidor cruel das nuances e circunstâncias da realidade, e pouco comprometido com a concreção de valores e princípios informadores e vivificantes do próprio ordenamento. A sensibilidade na interpretação conforme os princípios gerais de direito é a resposta e a melhor arma do juiz comprometido com o desempenho de um papel ativo na busca da transformação social, papel este que o transformaria de mero operador em verdadeiro **agente jurídico**. É preciso perceber que o juiz-técnico torna-se um reproduzidor de iniquidades, ao passo que o juiz-sensível é um agente de transformação.

Mauro Cappelletti afirma que a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso à pararela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno (7). A criatividade do juiz não deve ser guiada por valores e predileções pessoais do próprio juiz, mas pelos juízos de valor da sociedade da qual é funcionário. Há limites substanciais que vinculam o juiz: aqui se incluem precedentes judiciais, opiniões de jurisconsultos, leis, códigos, etc. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e balanceamento. Nesta tarefa está envolvida a responsabilidade pessoal, moral, política e jurídica do juiz, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa.

Devemos inquirir se a criatividade judiciária torna o juiz legislador. Os juízes, em sua tarefa, não raro são chamados a interpretar e por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar e criar o direito. Mas em sua tarefa o juiz não segue o procedimento legislativo. Há aqui a passividade no plano processual e a atitude de imparcialidade (respeitado o direito de contraditório das partes), características estas tão alheias ao procedimento legislativo.

Uma das razões para o crescente aumento da criatividade judiciária encontra-se na própria base do Welfare State. Os direitos sociais com frequência encontram-se na legislação na forma de finalidades e princípios gerais. Diante disso os juízes podem assumir duas posições: negam o caráter efetivo de tais direitos ou exercem sua função de interpretação com discricionariedade e criatividade, pois quanto mais vagas as leis e imprecisos os conceitos, maior o campo de abertura dado ao juiz em sua

tarefa. Outra razão decorre do próprio processo de industrialização que levou à massificação tanto do consumo quanto dos conflitos. Surgem diante do Judiciário cada vez mais conflitos coletivos e de classe. Não raro as controvérsias de classe envolvem leis e direitos sociais. Tais leis caracterizam-se por serem vagas, fluidas e programáticas, o que requer inevitavelmente um trabalho criativo do juiz chamado a interpretá-las. Essa legislação é a única arma do indivíduo contra os abusos das grandes organizações modernas. Há que se ressaltar também que o catálogo dos direitos fundamentais são frequentemente formulados em termos de valor (entendendo certos autores tratarem-se de verdadeiros princípios): liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça. Para dar concreção à própria Constituição, cada vez mais os juízes devem exercer sua criatividade. O Tribunal, diante disso, é desafiado a dar conteúdo a conceitos vagos e imprecisos ou a negar vinculação exatamente quanto ao núcleo central das Constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público.

Através do processo judiciário é que certos grupos marginais da sociedade (raciais, religiosos, econômicos) podem participar e se integrar, já que o processo político encontra-se a eles inacessível. Contribui também para a democracia o “sentimento de participação” do povo: e neste sentido o processo jurisdicional é o mais participatório de todos os processos da atividade pública. Portanto, nada há de anti-democrático na função criativa da magistratura. Ela não invade a tão decantada “separação de poderes”: apenas significa harmonia entre os diversos poderes.

A legitimação da atividade criativa dos juízes encontra-se radicada no atendimento das necessidades, aspirações e solicitações cotidianas dos membros da sociedade.

Afinal todo o ordenamento jurídico comporta janelas que permitem e requerem um trabalho criativo e sensível ao apelo das necessidades e princípios sociais: ou seja, janelas que estão abertas ao direito pressuposto. *O olhar do juiz deve ser o olhar da sociedade* (8). Um juiz sensível será capaz de corrigir, melhorar e modelar um “direito” que nunca se mostra inteira e definitivamente “feito”. Somente assim torna-

se possível a criação de uma imagem de juiz que não seja tão dura, cruel e desumana como a descrita por Maiakóvsky em seu poema...

Referências:

- (1) LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pp.50-51.
- (2) idem, pp.46-47.
- (3) GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.
- (4) ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A boa-fé no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 1996, p.46.
- (5) COSTA, Silvio Nazareno (mestrando pela UFRGS) *A lei, o juiz e seus valores pessoais* <http://orion.ufrgs.br/mestredir/trab/valores.htm>
- (6) idem
- (7) CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- (8) Referência à tese coletiva elaborada pela AMATRA IV em seu VII Encontro Regional em abril de 1992, de que *o olhar da juiz deve ser o olhar da sociedade*