

O juiz social: postura exigida numa sociedade de desigualdades

*Maria Coeli Nobre da Silva**

RESUMO. O homem chega à pós-modernidade com incerteza, descrença na razão e no Estado. Aumenta o fosso entre ricos e pobres, eclodem as desigualdades, entra em crise o arcabouço jurídico tradicional, levando consigo o paradigma da Dogmática Jurídica, exigindo do intérprete e aplicador do direito um perfil social.

Palavras-chave: Crise do Direito. Hermenêutica. Juiz Social.

1 Introdução

Em recente leitura do texto intitulado *Círculo dos intelectuais* da lavra de Cristovam Buarque (2000: 108-109), chamou especial atenção um trecho em que o ilustrado mestre, ao lançar um olhar crítico sobre os paradoxos éticos do nosso tempo, referencia a necessidade de formulação de alternativa para a crise do processo civilizatório, através do trabalho de criação intelectual. Alertando, porém, que a possibilidade de tal redefinição dependerá da “opção social, ideológica, acadêmica, lingüística e geopolítica”, dos intelectuais, rompendo os círculos que os acorrentam.

Direcionado à realidade brasileira, mas que pode ser extensivo à realidade de outras nações, dependentes tanto quanto à nossa, o incentivo do professor Buarque para o quebrar dos grilhões e a sua assertiva de que “os intelectuais deverão fazer uma opção social, ideológica acadêmica, lingüística e geopolítica”, foram a centelha que faltava na definição para escolha do tema ora apresentado.

Discutir a opção social e ideológica como imprescindível ao mister do juiz no contexto de uma sociedade ilhada por desigualdades é deveras instigador, pela ensanchar de discorrer, sob parâmetros mais abalizados de cientificidade, a respeito de uma matéria objeto de inúmeros questionamentos dos estudiosos e, especialmente, da parte da subscritora, quando da experiência vivenciada no exercício da judicatura.

* Aluna do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB – Mestrado em Direitos Humanos.

Tendo por procedimento metodológico uma pesquisa exploratória de cunho bibliográfico, descerrando os elementos doutrinários embaixadores do pensamento exposto, cinge-se esta abordagem à perquirição da postura do juiz, este membro categorizado, detentor do poder jurisdicional, a quem é reconhecida a legitimidade na função de aplicador do direito, ao ter sob seu encargo a tarefa de interpretar o direito, de concretizar a lei em cada caso, numa sociedade reconhecidamente desigual.

Pretende-se ao longo deste artigo, sem a ousadia de esgotá-lo em sua complexidade, demonstrar que, no contexto de desigualdades sociais e econômicas, a atividade do juiz não pode ser exercida distanciada do foco de politização. Para tanto, importa trazer a vislumbre uma ciência do direito como “ciência crítica, aberta ao crivo multidisciplinar, direito histórico, dialético, instrumento de libertação ou de dominação conforme a opção político-ideológica que faça o jurista”, nas palavras de João Batista Herkenhoff (2005), portanto, uma hermenêutica desvinculada dos padrões tradicionais, oferecendo ao juiz respaldo para aplicar o direito com o olhar crítico voltado para a realidade da sociedade minada de desigualdades, imbuindo-se, assim, do perfil de Juiz Social, nomeação que não guarda similitude com a de juiz social europeu.

Considerando, como lucidamente afirma Vicente Rao (1976: 18), que “o direito é uma força social em sua origem, em sua essência e em sua finalidade”, o juiz, como intérprete que o é do direito - direito não apenas aplicável em um espaço físico, real, de uma dada sociedade, mas inserido num determinado momento histórico - obriga-se a ter o social como horizonte, por exigência dessa mesma sociedade, tendo em vista sua realidade.

Por demais oportuno lembrar as palavras do insigne Carlos Maximiliano (1996: 60) para quem “Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter a inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades”.

Essa tarefa só se torna viável se solto o juiz das amarras da interpretação exegética, legalista. Como diz Foucault, citado por Conde (2004: 176): “Somos prisioneiros de certas concepções de nós mesmos e de nossa conduta. Devemos liberar a nossa subjetividade, a nossa relação a nós mesmos”.

2 A ciência do direito: a crise do paradigma do direito

Induvidosa a concepção do direito como algo imerso na vida de uma sociedade, que nasce no seio desta e a ela volta quando surgem os conflitos, convertendo-se essa sociedade no palco mais que legítimo quando as forças sociais se digladiam. Daí ser fato inconteste que as transformações de toda ordem - seja social, cultural, econômica - que nela se operam repercutam no

direito, pois este termina sendo o cenário do desaguar das contradições germinadas desses processos transformativos.

Assim, assente que a realidade jurídica é indissociável da sociedade na qual se processam as relações sociais (conseqüentemente as jurídicas), é sob esse olhar que a sociedade contemporânea recepciona a crise por que passa o paradigma normativo do direito moderno – o monismo. Paradigma entendido por André Berten (2004: 5), remetendo a Kuhn, como “conjunto de crenças, de valores reconhecidos e de técnicas comuns aos membros de determinado grupo”.

Antônio Carlos Wolkmer (2003: 1-2) doutrina sobre essa crise com lucidez ao assinalar que: “a crise que se abate sobre o arcabouço jurídico tradicional está perfeitamente em sintonia com o esgotamento e as mudanças que atravessam os modelos vigentes nas ciências humanas”.

Ainda, advertindo que a crise no âmbito do Direito, “significa o esgotamento e a contradição do paradigma teórico-prático liberal-individualista que não consegue mais dar respostas aos novos problemas emergentes, favorecendo, com isso, formas diferenciadas que ainda carecem de um conhecimento adequado”, contexto que obriga a se propor uma discussão sobre a crise dos paradigmas.

Da mesma forma é explicativo o que verbera Araújo (2003: 1) em seus escólios:

O paradigma normativo (monismo) que correspondeu ao apogeu da ordem jurídica moderna consolidou-se nas primeiras décadas do séc. XX, tendo por fundamento o pensamento positivista kelseniano. Este modelo, fundado no monopólio conferido ao Estado nacional para “dizer o direito” (Jurisdição), e que serviu principalmente para regular relações jurídicas inter-individuais e mercantis (modelo jurídico liberal-individualista), encontra-se atualmente em crise. Esta pode ser identificada na incapacidade do Estado contemporâneo em oferecer respostas satisfatórias aos anseios da sociedade complexa e desigual em que vivemos.

Importante volver a Wolkmer (2001: 57), quando, ao discorrer sobre os quatro ciclos abrangidos pelo paradigma jurídico moderno, esclarece:

O Direito escrito e formalizado da moderna sociedade burguês-capitalista alcança o apogeu com sua sistematização científica, representada pela Dogmática Jurídica. O paradigma da Dogmática Jurídica forja-se sobre proposições legais abstratas, impessoais e coercitivas, formuladas pelo monopólio de um poder público centralizado (o Estado), interpretadas e aplicadas por órgãos (Judiciário) e por funcionários (os juízes).

O ilustre doutrinador (2001: 59), constata a decadência desse paradigma: nos anos 60/70 do século XX: “Embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro da cientificidade, competência, segurança, na prática intensifica-se a gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia”.

Efetivamente, os efeitos negativos do mencionado paradigma de há muito se fazem sentir. Com o positivismo jurídico (direito é ciência) - fruto do positivismo filosófico cultor da ciência e da razão, que fez surgir uma identificação entre o direito e a lei - de modo que o intérprete teria apego à exegese gramatical e histórica, objetiva e neutra, cerceando a criatividade do juiz - , importante observar que apesar de tentar traçar uma teoria do direito (aproximação direito e norma, estatalidade, completude e formalismo do direito), tal visão acabou se tornando um “fetiche da lei e do legalismo acrítico”, encobrando autoritarismos e ideologias e, por conta disso, sofrendo fracasso político, caindo por terra com a derrocada de regimes totalitários (fascismo e nazismo), edificadas sob o império da lei para acobertar barbáries.

Vivenciando esse modelo jurídico dito ineficiente, o homem chega ao século XXI sob o signo da pós-modernidade (estado neoliberal), na “era das incertezas”: descrença no poder absoluto da razão e o desprestígio do estado. Embora com avanços tecnológicos e científicos (informática, engenharia genética), o mundo está fixado no fenômeno da globalização, que esfacela as fronteiras dos países, em todos os sentidos (movimento de pessoas, mercadorias e capitais) e que se estabelece por relações desequilibradas entre países ricos e pobres. De igual modo, esse estado já não serve de agente do progresso e da justiça social. Nesse novo contexto político-econômico-social, o direito se torna escravo da economia (governabilidade, desregulamentação, delegificação).

Eis gestada, inegavelmente, nessa crise na sociedade, a crise na concepção e função do direito, evidenciada na inadequação do paradigma moderno jus-filosófico de natureza formal positivista, individualista, patrimonialista. E ainda que permaneça hegemônico, tornou-se alvo de sérias e procedentes críticas. Na verdade, o monismo jurídico jaz desgastado como modelo tradicional, pois descompassado da realidade e das necessidades sociais, sem condições de indicar diretrizes ao próprio trabalho científico. Esgota-se o modelo jurídico tradicional, como reconhece Wolkmer (2003: 2):

As atuais exigências ético-políticas das estruturas sócio-econômicas do capitalismo periférico (caso de países como o Brasil) coloca a obrigatoriedade da busca de novos padrões normativos, que possam melhor solucionar as recentes necessidades, aproximando-se das práticas sociais cotidianas.

A constituição do novo paradigma para a ciência do direito se faz premente. Contudo, levando-se em conta a realidade de desequilíbrio socioeconômico de determinadas sociedades com seus conflitos e contradições, esse caminhar deve esquivar-se de qualquer perspectiva conservadora, para seguir em direção àquela que se alia aos que desenvolvem um pensamento contestatório desse saber jurídico tradicional. Mais uma vez, invoca-se Antônio Carlos Wolkmer (2003: 2):

A construção de um novo paradigma de regulamentação que venha priorizar mais diretamente as prioridades da sociedade envolve a articulação de um projeto pedagógico desmistificador, emancipatório e popular. Tal processo pedagógico que se consubstancializa numa teoria, pensamento ou discurso crítico tem a função estratégica de preparar, em nível prático, os horizontes de um acesso mais democrático à justiça. Chega-se, assim, a alguns elementos caracterizadores da “teoria crítica” do Direito, enquanto instrumental de “transição” para uma juridicidade pluralista e emancipadora.

Digna de registro a observação de Celso Fernandes Campilongo (1994: 36), ao asseverar que: “Exagerando na distinção: o Estado liberal formula uma teoria da norma jurídica; o Estado social constrói uma teoria do ordenamento jurídico; e o Estado pós-social enfrenta o desafio da construção de uma teoria do pluralismo jurídico”.

Assim, tem-se por necessário referenciar a questão do pluralismo jurídico, baseada antidogmaticamente na prevalência dos fundamentos ético-sociológicos sobre os tecnoformais, e assim promovedores da emancipação social, consoante Wolkmer (2001: 241), recorrentemente mencionado, e para quem:

A ética da alteridade é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

Olhando, pois, o direito sob perspectiva histórica, como instrumento de promoção social, o pluralismo jurídico defendido por Wolkmer se apresenta como um paradigma emancipatório, desgarrado dos saberes jurídicos que sustentam a concepção clássica do direito, rompendo com o *status quo*, emergindo com pressupostos ideológicos.

Oportuna a menção que Barroso (2004: 283-284) faz do juiz Bueno de Carvalho quando este, na coerência de sua luta pelo Direito Alternativo, assim esclarece: “O que a alternatividade busca é o novo paradigma com a superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade”.

Sabe-se que todo objeto de conhecimento é caracterizado por precariedade e historicidade, exigindo retificação quando em descompasso com a práxis. Com o direito não poderia ser diferente. Em assim sendo, reconhecido em crise, está a enfrentar a transição de seu paradigma. De acordo com Alaor Café Alves (1987: 51) referenciando Kuhn:

Numa perspectiva mais abrangente, inovadora e caracterizada segundo uma função paradigmática, J. Kuhn considera que a transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações.

Ronald Dworkin (2003: 533) advoga a recuperação dos princípios gerais, que seriam mais importantes do que aqueles reconhecidos pelas leis. Sua teoria propõe para o direito uma função diferente e mais ambiciosa, considerando esse pensador americano (2003: 519) que “O princípio geral do direito é um ideal mais nobre do que o princípio dos textos jurídicos”.

Propício ao tópico, merece relevo a lúcida crítica de Adriano de León (2005: 4) que: “Faz-se necessário uma retomada nas discussões acerca da concepção de direito, bem como da sua estruturação ideológica. Não há conhecimento que se dê por terminado. Tampouco pede-se (*sic*) a destruição de saberes formulados para determinadas épocas e sociedades.

Com efeito, esse posicionamento do sociólogo Adriano de León harmoniza-se com o que vem sendo apregoado pelas teorias de tendência crítica, ao sustentar que o direito é ideológico, conseqüentemente, reconhecendo a relevância do papel desempenhado pela ideologia, tanto a do legislador quanto a do intérprete da lei. E a análise a que se propõem os doutos questionadores sob a égide da Teoria Crítica do Direito não se contenta apenas em cuidar das condições do dogmatismo técnico-formal e a pretensão de cientificidade do direito vigente. Quer também abranger, principalmente, novos métodos de ensino e de pesquisa objetivando a desmistificação e o despertar da consciência daqueles que atuam na seara jurídica, dessa forma semeando o grão para que germine um “novo modo de produção jurídica” que possibilite a passagem do paradigma legal tradicional para o “paradigma emancipatório” de que tanto fala Wolkmer.

É preciso, como ensina Alaor Café Alves (1987: 339-340):

[...] ver o Direito como uma expressão ideológica que não tenha somente um conteúdo operacional para a solução dos conflitos intersubjetivos que surgem na superfície do corpo social, tal como o

concebe a consciência ingênua, compreende e exige um ato de ultrapassagem crítica do momento aparentemente concreto da vida jurídica cotidiana, que só se torna possível, a nosso ver, com a perspectiva de uma análise dialética onde os elementos empíricos e teóricos sejam explorados de forma a fazer sobressair seu conteúdo latente vinculado organicamente às condições estruturais do processo social.

Tendo por cediço o direito com seus pressupostos ideológicos, vivenciando-se a dialética da realidade conflitante das relações sociais, faz-se necessário uma discussão sobre a questão da neutralidade do direito, assunto que ocupou, e ainda ocupa, a inteligência dos estudiosos das ciências sociais a ser tratado a seguir.

3 O mito da neutralidade: as procedentes críticas

“A ciência está no tempo e é essencialmente histórica”.
(Kuhn: 2002: 38)

A “necessidade de compreender o direito como prática social que se identifica com uma forma de vida conectada a um contexto histórico e uma comunidade interpretativa”, como muito bem expressa Eduardo Rabenhorst (2005), e a idéia do direito ideologizado, por sua inter e intra relação com o social plenamente admitida, esteiam o entendimento de que se encontra extenuado o mito da neutralidade.

Este último imperou entre os cultores do direito por longo período, com ancoradouro em Hans Kelsen (1996: XI), o qual, no prefácio da 1.^a edição de sua obra *Teoria pura do direito*, frisou empreender “desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto”.

Essa questão da neutralidade do direito não pode, por sua vez, ser dissociada da análise das ciências sociais em que o direito se insere. Conforme ensina José Vicente Tavares dos Santos (1991: 57):

O processo da investigação nas ciências sociais pode ser entendido como um ato de conhecimento sobre a realidade social, orientado por uma fecunda relação entre a teoria, a observação e a interpretação. Tal processo é acompanhado, necessariamente, por uma vigilância epistemológica de todos os elementos de pesquisa.

É que o cientista social, na verdade, não fica inerte ante o fenômeno jurídico, exercitando um mero papel de observador na descrição de uma

realidade que é dinâmica, como dinâmico é o conhecimento, e assim entendido como “entidade dialética e contraditória em seu processo de transformação”, no dizer de Tânia Steren dos Santos (1991: 34), para quem:

[...] a reflexão sobre a construção do conhecimento científico leva-nos ao exame dos elementos constitutivos do conhecimento, da problemática neutralidade-objetividade e à questão da totalidade, uma vez que o pesquisador deve estar voltado para o poder explicativo de suas interpretações e conclusões.

Em *Objetividade e neutralidade: os limites do possível*, Luís Alberto Barroso (2004: 287-288) discorre sobre a matéria:

Desde que o iluminismo consagrou o primado da razão, com o abandono de dogmas e de preconceitos, o mundo construído pela ciência aspira à objetividade. As conclusões divulgadas por um membro da comunidade científica devem poder ser verificadas e comprovadas pelos demais. A racionalidade do conhecimento procura despojá-lo das crenças e emoções subjetivas, puramente voluntaristas, para torná-lo impessoal na *medida do possível*. A medida do possível variará imensamente e em poucas áreas enfrentará dificuldades como no direito. É que a ciência jurídica, ao contrário das ciências exatas, não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do cientista. E assim, tanto no momento de elaboração quanto no de interpretação da norma hão de se projetar a visão subjetiva, as crenças e os valores do intérprete. (grifos nossos)

Prosseguindo, esse ilustre cultor do direito adentra o tema da neutralidade. Preliminarmente, faz alusão a alguns de seus aspectos, inclusive considerando-os de fácil implementação, como a *imparcialidade* (ausência de interesse imediato na questão) e a *impessoalidade* (atuação pelo bem comum), para, depois, explicitar (2004: 289) que:

A neutralidade é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que a objetividade. A objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Mas a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto de seu trabalho. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e a riqueza existentes na sociedade. Ora bem: tais distribuições – isto é, o status quo – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do direito posto. E freqüentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutra é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.

Abrilhantando mais o seu raciocínio, Barroso (2004: 289) alude, em nota, à opinião do professor americano Cass R. Sunstein:

Em países onde a questão social tem tinturas menos dramáticas que no Brasil, a questão do status quo também se coloca. Mesmo que não seja na alocação de poder entre ricos e pobres, será entre negros e brancos, mulheres e homens, estrangeiros e nacionais, judeus e mulçumanos etc.

Ressaltando, ainda, como “falsa a crença de que o direito seja um domínio politicamente neutro e cientificamente puro” (2004: 279), traz à baila o entendimento de Warat:

A produção de um saber jurídico crítico procura rever o conceito tradicional da ciência do direito, demonstrando como a partir de um discurso organizado em nome da verdade e da objetividade desvirtuam-se os conflitos sócio-políticos, que se apresentam como relações individuais harmonizáveis pelo direito.

Para, depois, concluir seu pensamento (2004: 280), afirmando que:

O mundo jurídico só pode ser entendido se o sistema normativo (ciência do direito) se alia à realidade em que nasce e à qual se aplica (sociologia do direito) e do sistema de legitimidade que o inspira e que deve sempre possibilitar e favorecer sua própria crítica racional (filosofia do direito). Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito.

De fundamental importância o compromisso político-ideológico do cientista social, pela qual rejeita assumir postura de neutralidade. Sua observação, descrição, reflexão, etc não de ser direcionados a um conhecimento objetivo da realidade concreta. Mas não apenas isso. Estudando a realidade de uma dada sociedade, deve atuar de forma participativa, para a qual, posteriormente, deve retornar com resultado de seu trabalho para discuti-lo e, principalmente, para tomar atitudes que levem a uma ação transformadora dessa sociedade, num procedimento em *feedback*.

Procedente, pois, o que a teoria crítica questiona sobre a alegada neutralidade política, ao denunciar sua função de reforçadora e reprodutora das relações sociais estabelecidas. Da mesma maneira, procede a observação de Roberto Aguiar (1984: 33-34) ao defender ponto de vista contrário ao de Hans Kelsen, de que o destinatário da norma jurídica não é esse “anônimo”, externando, com muita propriedade, sua crítica de que:

enquanto o direito for encarado como texto, as elaborações formais, em torno dele, poderão ser úteis para o trabalho dos técnicos da continuidade ideológica [...] mas não terão o condão de explicar o fenômeno enquanto dado às nossas consciências.

Com efeito, inadmissível hodiernamente a *abstração da subjetividade*, como defendida pela ciência jurídica tradicional. Não mais se sustenta o mito da neutralidade. Não são neutros os legisladores nas feitura das leis, vez que estas exsurtem ante os reclamos da sociedade que exigem um regramento para restaurar o equilíbrio das relações conflitantes. Com mais razão, não se pode atribuir neutralidade àqueles que se encarregam de sua aplicabilidade, pela certeza de que as respectivas decisões são prolatadas dentre uma complexidade de fatores sociais, intelectuais e, principalmente ideológicos. Da mesma forma, não se portam imunes a tais condicionamentos os ilustres doutrinadores e cultores nos estudos do direito, pois inseridos no mesmo contexto social dos demais atores, portanto, recebendo influências do social e este interagindo.

Sempre claro e coerente em seu pensamento, Luís Alberto Barroso (2004: 290), oferece novel respaldo, em um trecho concernente à neutralidade dos atores do direito:

E é mesmo possível que ele seja racionalmente educado para a compreensão, para a tolerância, para a capacidade de entender diferente, seja o homossexual, o criminoso, o miserável ou o mentalmente deficiente. Pode-se mesmo, um tanto utopicamente, cogitar de libertá-lo de seus preconceitos, de suas opções políticas pessoais e oferecer-lhe como referência um conceito idealizado e asséptico de justiça. Mas não será possível libertá-lo do próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno, não há neutralidade possível.

Efetivamente, em oposição ao entendimento tradicional, reafirma-se o pensamento de que a neutralidade não existe nem no direito e nem na ciência. Admitir neutralidade é negar a dialética existente na sociedade. O direito emerge da dialética social e dentro de um processo histórico; brota em meio ao conflito das forças antagônicas, num processo de construção muitas vezes contraditório, com avanços e recuos.

Porém, mesmo que fustigando a concepção clássica, cabe aqui a ressalva que já fazem os ilustres estudiosos do direito: essa crítica ao mito da neutralidade não se traduz em pensar o trabalho científico como resultado de mera “opinião” do cientista, de recepcioná-lo como carbono de sua subjetividade, mas sim o de ver o conhecimento jurídico imerso no social, submergido em suas estruturas para conhecer os vícios de que padece e, depois, emergir – sem qualquer alienação – , sob a influência dos diversos fatores

(estruturais e/ou conjunturais), fruto de uma pesquisa dotada de uma visão crítica não mais imune aos problemas sociais e reais. E é através dos estudos da hermenêutica jurídica que a efetivação desse ideário se viabiliza.

3 Por uma nova hermenêutica jurídica: o trabalho de interpretação do juiz - a questão da discricionariedade *versus* criatividade

Um texto, depois de ter sido separado de seu emissor e das circunstâncias concretas de sua emissão, flutua no vácuo de um espaço infinito de interpretações possíveis. Por conseqüência, nenhum texto pode ser interpretado de acordo com a utopia de um sentido autorizado definido, original e final. A linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual. (Umberto Eco: 2004: 1)

De logo, deve ficar esclarecido que este tópico não abrigará estudos sobre os sistemas de Hermenêutica, os métodos de interpretação do direito, as várias escolas, a própria teoria da interpretação, matéria de muita relevância, mas de grande complexidade e de vasta literatura jurídica para o modesto objetivo proposto deste artigo. Com efeito, serão breves as considerações sobre o conceito de Hermenêutica e sobre o que consiste a interpretação e aplicação do direito, porque este direito, como nos ensina Maximiliano (1996: 6) “precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também individual”.

Hermenêutica e interpretação não têm sentido unívoco, não se confundem. Trazendo a lume a abalizada doutrina desse clássico autor, após dizer que a “Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” e que a Interpretação “é a técnica para chegar ao fim colimado” (1996: 1). O preclaro mestre distingue os termos de forma sucinta:

Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

E sobre a aplicação do direito esclarece (1996: 6-8) que esta:

consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano.

[...]

A aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como medicação a diagnose.

No mesmo diapasão, Celso Ribeiro Bastos (1998: 45) entende que na “hermenêutica está-se tratando de regras sobre regras jurídicas, de seu alcance, sua validade, investigando sua origem, seu desenvolvimento etc.”, verberando, a seguir, que “a interpretação não permite este caráter teórico-jurídico, mas há de ter uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso sobre o qual vai se aplicar a norma”.

Nessa seara onde se desenvolvem a Hermenêutica, a interpretação e aplicação do direito, e na qual vivencia o juiz um momento ímpar, encontra-se um cenário de inúmeras controvérsias. É nesse palco em que são travadas discussões a respeito do juiz no seu mister de aplicador do direito, com a obrigação de decidir mesmo diante de ambigüidade, omissão, obscuridade da norma, os questionamentos sobre o seu poder interpretativo, os limites de sua interpretação, o poder discricionário e sua criatividade, dentre outras.

A ninguém, em sã consciência, é dado, portanto, desconhecer o papel do juiz como intérprete, ao aplicar o direito ao caso concreto, e o espaço discricionário que possui nessa interpretação quando operacionaliza e realiza a sua escolha. Nesse sentido, Jean Cruet, citado por Carlos Maximiliano (1996: 48), é brilhante:

O juiz, esse ente inanimado de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do Direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia-se dizer uma lei natural da evolução jurídica: nascido na jurisprudência, o Direito vive pela Jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imóvel. É fácil dar a demonstração experimental deste asserto, por exemplos tirados das épocas mais diversas e dos países mais variados.

Com a mesma percepção, Pierre-André Côté (1995: 196) sustenta que: “l’interprétation exige une opération de reconstruction du sens à partir des signes linguistiques, opération de reconstruction nécessairement marquée par la personnalité du lecteur”.¹

Sobre a aplicação e interpretação do direito em contexto social desigual, Eduardo Rabenhorst (2005) assevera que:

¹ A interpretação exige uma operação de reconstrução do sentido a partir dos sinais lingüísticos, operação de reconstrução necessariamente marcada pela personalidade do leitor. (Tradução livre)

Nas sociedades plurais, isto é, que não compartilham um conjunto de valores éticos, sociais e políticos, a interpretação jurídica encontra-se numa tensão permanente. Nessas sociedades não existem interpretações objetivas ou fundamentos neutros. As interpretações justas são apenas interpretações.

Dessa forma, indiscutivelmente, a questão passa pela ideologia, como já demonstrado nas páginas anteriores, pela concepção que tenha o juiz do direito e da justiça e pelo compromisso que assuma com estes no contexto social em que se inserem. A comparação que faz Max Gmur citado por Carlos Maximiliano (1996: 59) é digna de registro:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variação de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos, porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e sim árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.

O exame dessa matéria em seus vários contextos permite concluir que, inegavelmente, a autoridade judicante dispõe, e sempre dispõe, de flexibilidade interpretativa para desafiar a rigidez lógico-formal dos sistemas jurídicos e judicial. Como bem reflete Maximiliano (1996: 48), ao criticar que “Em tempos de anarquia, magistrados ímpolitos decidem, de preferência, pela autoridade: tranqüilizados os espíritos, homens de igual inteireza de caráter interpretam os mesmos textos no sentido da liberdade”, comprovando a variação interpretativa em dado momento histórico.

Alguns exemplos do ora afirmado podem ser dados. Foi tida como *corajosa* a decisão – na verdade justa, correta, sob todos os aspectos, prolatada pelo juiz Márcio José de Moraes, em 27.10.1978, que responsabilizou a União pela prisão ilegal e pela morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida nos porões da ditadura militar reinante no Brasil. Mesmo diante de um contexto político repressivo, de regime autoritário, das instituições apeadas, de uma legalidade desfavorável, aquele magistrado, através de fundamentadas quarenta e cinco laudas, conseguiu sistematizar e determinar o sentido e o alcance das expressões do direito, interpretando o caso *sub judice* sob ótica diversa de tantos outros julgadores de casos similares.

Em outra direção, duas decisões referenciadas no texto de Paul Singer (2003: 197-231), em análise da legalidade quando ainda se iniciavam as lutas por direitos sociais na história da humanidade, dizem bem do viés que pode ser dado ao caso concreto pela má interpretação do juiz:

A lei determinava que os acusados eram obrigados a testemunhar uns contra os outros, o que indignou os operários. Também proibia nominalmente combinações de empregadores, mas sem especificar provas nem pena de prisão.

A ferocidade dessa lei ainda era agravada pela dos juízes, via de regra membros das classes proprietárias, que a aplicavam. O que explica que durante o quarto de século em que esteve em vigor, a proibição das combinações patronais não foi aplicada sequer uma vez, embora fossem abertas e freqüentes. Mas os processos contra trabalhadores acusados de formar combinações e as condenações foram inúmeras. (grifos nossos)

Mas, quase como uma concessão compensatória, a legislação do trabalho avançou de modo surpreendentemente: em 1847 nova Lei Fabril foi aprovada, a qual reduziu a jornada de jovens e mulheres a 11 horas e a partir de 1.º de maio de 1848 a dez horas. Mas o patronato conseguiu, em 1850, que um juiz desse uma interpretação à lei que permitiu torná-la inefetiva. Como a lei não definiu o intervalo mínimo entre jornadas, os industriais adotaram um sistema de turnos, o que possibilitava que o trabalho fosse prolongado noite adentro (grifos nossos)

Como se constata, a atividade interpretativa do juiz é inerentemente criativa. E, no espaço de sua discricionariedade, resta ao magistrado um vasto campo para exercê-la com plena autonomia, cada vez mais sendo superados os argumentos que apregoam limitações interpretativas em nome da “pseudo usurpação” que ocorreria em face da divisão e independência dos poderes. E não é somente pelo élan ante o desafio aludido, mas, também, decorrência natural do dever inelutável que tem o juiz de despachar ou decidir, quaisquer que forem as deficiências dos textos positivos - obscuridade, vaguidade, ambigüidade, imperfeição, falta de terminologia técnica, má redação, inadaptação, ausência total de prescrição.

Peculiar a maneira como Mauro Cappelletti (1999) defende o poder criativo na interpretação, na “Premissa” de sua obra *Juízes Legisladores?*:

O presente estudo comparativo não tem a finalidade de demonstrar a verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas épocas e com inexaurível perseverança, da criatividade da jurisprudência. Ele pretende investigar sobretudo as razões pelas quais tal criatividade tem-se tornado mais necessária e acentuada nas sociedades contemporâneas.

E com a autoridade de quem conhece bem a matéria, assevera (1999: 20):

Quando se diz – como faz o “Chief Justice” Barwick, para citar apenas exemplo recente – que a expansão do direito legislativo, no estado moderno estendida a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, acarretou e ainda está acarretando consigo a paralela expansão do direito judiciário, subentende-se obviamente a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes. Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade.

Trazendo, ainda, o douto jurista à transcrição o enfático posicionamento de Lord Radcliffe (1999: 25), para quem “Jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?”. Completando com a informação de que aquele teria assim prosseguido seu discurso:

O direito criado pelos juízes é sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato.

[...]

Os juízes não suprimem princípios uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam a sua aplicação às circunstâncias de fato da causa.

Merece registrar o pensamento de Cappelletti (1999: 24) ao afirmar que “quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado”. Dessarte, bem mais inútil e sem estribo a tentativa de ofuscar a função criadora do juiz-intérprete para sustentar o mito da *justiça previsível* sob o argumento de que todos são iguais perante a lei, pressupondo uma lei para todos, conseqüentemente, a ser aplicada a todos da mesma forma. Ledo equívoco. Do mesmo modo que refutada a neutralidade do direito, pois mito, desmoronado, a igualdade de todos é questão polemizada até os dias de hoje. A *igualdade de todos perante a lei* é ainda formal. Materialmente, é a desigualdade que se faz presentemente hegemônica em todos os aspectos da realidade de uma sociedade de contradições socioeconômicas.

Então, ao se pugnar por uma “nova hermenêutica” tem-se em mente as consistentes informações de José Eduardo Faria (1993: 11) de que “o papel do Judiciário no Brasil contemporâneo tornou-se objeto de intensa polêmica”, atribuindo, dentre as causas dessa ocorrência, à “cisão ideológica da magistratura”, pois “enquanto a maioria dos juízes mantinha a interpretação tradicional, uma expressiva minoria optou por uma hermenêutica heterodoxa, ou seja, crítica, politizada e com grande sensibilidade social”. (grifos nossos)

O professor Faria (1993: 20-23) aborda com muita convicção a “crise da identidade epistemológica em que hoje se debate a própria reflexão teórica e analítica sobre as funções do direito”. Desenvolvendo claro raciocínio, sustenta que na literatura jurídica esse debate vem sendo travado em torno de duas concepções distintas:

a que vê o direito como uma simples técnica de controle e organização social [...] um conhecimento jurídico meramente informativo e despolitizado; e a que o concebe como um instrumento de direção e promoção social, encarando-o numa perspectiva histórica.

[...]

Nesta linha de raciocínio, as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas hermeneuticamente com a realidade social e econômica, integrando-a como parte necessária ao sistema legal.

A essencialidade da Hermenêutica jurídica para o direito é incontestável. Na atividade do aplicador do direito é a Hermenêutica que aproxima o direito da justiça. Os desvios em seu uso são por demais nefastos, uma vez que mal utilizada é, reconhecidamente, poderoso instrumento de dominação e poder. Cabe a essa nova hermenêutica em sua teorização, com ênfase nos princípios gerais do direito, por seus estudos e sistematização, indicar o instrumental que possibilite uma prática interpretativa que conduza à justiça social, que atenda aos interesses da maioria da população, dessa maneira contribuindo para eliminar a figura do juiz tão criticada por Plauto Furaco de Azevedo, citado por Barroso (2004: 291):

Preso a uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica.

O estudo da Hermenêutica é fundamental para todos os atores envolvidos na relação jurídica, e mais especialmente o juiz, aplicador da lei ao caso concreto, a fim de que possa fazê-lo realizando a verdadeira justiça.

De como apreende os seus princípios, como a direciona em seu múnus interpretativo/criativo, emergirá o Juiz Social comprometido com o direito, o direito contextualizado, que reconhece a contradição e conflito existentes na sociedade. Refletindo sobre o ideário da justiça *de dar a cada um o que é seu, viver*

*honestamente e não lesar o outro,*² sob significação mais precisa e sem a ambigüidade fundamental que guarda cada um desses termos, pugne esse juiz pela justiça baseada no social e na apenas da lei. É esse o juiz exigido pela sociedade em desigualdade socioeconômica: o Juiz Social, do qual se espera que faça de seu trabalho um ato de recriação do direito, contribuindo para que uma nova sociedade seja edificada sobre alicerces mais justos.

4 Considerações finais

Ao longo da presente exposição o raciocínio foi desenvolvido buscando o caminho que ajudasse a percorrer os meandros da complexa função do juiz em sua especificidade judicante - a de aplicação do direito, que envolve exercício interpretativo. Tendo-se por objetivo nessa andança analisar a postura desse juiz inserido numa sociedade de desigualdades socioeconômicas que dele exige um perfil social - a de um Juiz Social, aquele que se posiciona criticamente frente ao ordenamento, aquele que não assume tradição formalista de uma dogmática jurídica que valoriza apenas os aspectos lógico-formais do direito positivo.

Assim, concluindo, sintetizam-se as idéias desenvolvidas com as proposições a seguir consignadas:

1. É cediço na sociedade contemporânea a constatação da crise do paradigma normativo monista, que, segundo José Carlos Araújo (2003: 313), “irrompeu em meio a uma dada formação social econômica, a burguesia e, principalmente, à junção histórica entre legalidade estatal e centralização burocrática”, apresentando-se sem condições de responder e satisfazer adequadamente aos problemas da ciência do direito e deixando de fornecer as diretrizes necessárias ao próprio trabalho científico.

2. A constituição de um novo paradigma para a ciência do direito, de há muito germinado, carece de “reconstrução” que perpasse pelo pluralismo jurídico, que rejeite a exegese de que só o direito positivo é direito, que se afaste da rigidez da legalidade dogmática e do formalismo, e cujo embasamento e limite sejam os princípios gerais do direito, ciente de que “a teoria do direito é uma atividade que busca uma reconstrução total do campo da experiência jurídica”, na expressão de Eduardo Rabenhorst.

3. A neutralidade do direito e da ciência é mito que se desfaz. O direito se intercrucza com o social, nele se insere e dele recebe todos os condicionantes. Inquestionável, dessarte a influência de uma complexidade de fatores sociais, intelectuais e, principalmente ideológicos. Com efeito, procedentes e cabíveis as críticas a tal mito.

² Velho brocardo latino que definiria a justiça: “Honeste vivere alterum non laedere, suum cuique tribuere”.

4. Exige a sociedade moldada por desequilíbrios socioeconômicos que seja abandonada a hermenêutica tradicional de caráter basicamente exegético, que não mais se coaduna com a realidade, assumindo, no dizer de José Eduardo Faria (1993: 11), “uma hermenêutica crítica, politizada e com grande sensibilidade social”, lembrando que o direito é contexto, como define Roberto Aguiar (1984: 34), devendo reconhecer como imprescindível que os operadores do direito sejam orientados para se tornar capazes de assumir uma postura crítica frente ao ordenamento jurídico.

5. O juiz, como aplicador do direito que é, tem seu espaço de discricionariedade no trabalho interpretativo. Portanto, sem qualquer afrontamento de atuação *contra legem*, dispõe de flexibilidade para escolher a solução que melhor se ajuste à situação fática sob sua égide decisória, conseqüentemente, a criatividade lhe é inerente nesse ato. Nada mais vetusto à operação interpretativa do que a perquirição do “espírito da lei” e da “vontade do legislador”. E como intérprete, não devendo na sua obra renovadora obediência compulsória à jurisprudência superior, tem por dever levar em conta a desigualdade real de sujeitos de direito localizados em espaços sociais fragmentários, ciente que a igualdade é ainda formal e esta não deve ser valorizada a pretexto da certeza jurídica. O Juiz Social é o que não carece de consciência social, acima de qualquer conhecimento e/ou saberes, é o que é ciente de suas responsabilidades sociais, atento ao fato de que a lei deve existir para servir ao homem e não o homem à lei.

5 Referências

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

ALVES, Alaor Café. *Estado e ideologia: aparência e realidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ARAÚJO, José Carlos E. Manifestações cotidianas da crise do monismo jurídico: o fenômeno da justiça midiática. *Revista Jurídica UNICOC*. Ribeirão Preto, 2005. p. 1. Disponível em: <revistajuridicaunicoc.com.br/mídia/arquivos/Arquivo/D-11.pdf>. Acesso em 27 nov. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência política*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 45-50, jul./set. 1998.

BARROSO, Luís Alberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERTEN, André. *Filosofia social: a responsabilidade social do filósofo*. São Paulo: Paulus, 2004.

BUARQUE, Cristovam. Os círculos e os intelectuais. In: ROITMAN, Ari (Org.). *O desafio ético*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000, p. 91-114.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 30-51.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CONDE, Heliana. O sujeito psicológico e os direitos humanos: ideologias em questão II. In: SILVA, Marcus Vinicius de Oliveira (Org.). *Psicologia e direitos humanos: subjetividade e exclusão*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004, p. 169-177.

CÔTÉ, Pierre-André. Fonction législative et fonction interprétative: conceptions théoriques de leurs rapports. In: AMSELEX, Paul (Org.). *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1995, p. 189 -199.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

HERKENHOFF, João Baptista. *O que é o direito?* juristas.com.br, João Pessoa, a. 1, n. 42, 03/10/2005. Disponível em:
<<http://www.juristas.com.br/colunas.jsp?idColuna=637>>. Acesso em 27 nov. 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEÓN, Adriano de. *Armaduras legais: o simbolismo da linguagem jurídica*. João Pessoa, 2005. 1 CD-ROM. p. 1-4.

MAXIMILIANO, Carlos. *Da hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PINSKY, Carla Bessanezi; PINSKY, Jaime (Orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Transparências do material didático: Curso de Teoria Geral do Direito, Elementos para uma teoria construtivista do direito. Disponível em: <<http://br.groups.yahoo.com/group/mestradoufpb2005>>. Acesso em 27 nov. 2005.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2. ed. v. I, t. I. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

ROITMAN, Ari (Org.). *O desafio ético*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SANCHIS, Prieto L. *Ideología e interpretación jurídica*. Tecnos: Madrid, 1987.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. A construção da viagem inversa: ensaio sobre a investigação nas ciências sociais. *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 55-58, jan./jul. 1991.

SANTOS, Tânia Steren dos. Da neutralidade ao compromisso: a construção do conhecimento científico na pesquisa social. *Cadernos de Sociologia*, Porto Alegre, Vol. 3, n. 3, p. 33-53, jan./jul. 1991.

SINGER, Paul. A cidadania para todos. In: PINSKY, Carla Bessanezi; PINSKY, Jaime (Orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 191-263.

TROPER, Michel. La liberté d'interprétation du juge constitutionnel. In: AMSELEX, Paul (Org.). *Interprétation et droit*. Bruxelles: Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1995. p. 235-245.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Crise da justiça e democratização do direito*. v. 1. Joaçaba: UNOESC, 1999.

_____. *Ideologia, estado e direito*. 3 ed. V. 1. São Paulo: RT, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: novo paradigma de legitimação. **Mundo Jurídico**, [s.l.], 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 maio 2003.