

O Juiz-Legislator

Fernando Pavan Baptista

Mestre em Direito Processual e Doutorando em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da USP; Coordenador do Curso de Direito da UNINOVE

O poder explícito

A Constituição brasileira vigente estabelece, em seu artigo 2º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Definindo a atividade judiciária como um Poder do Estado (regulamentado no título IV, capítulo III, artigos 92 e seguintes da Carta Magna), fica claro que, como Poder independente, o Judiciário está investido de uma função política institucionalizada na sociedade, da mesma forma que os Poderes Legislativo e Executivo, e juntos formam uma unidade soberana composta de órgãos públicos dotados de autoridade¹.

Quando se caracteriza um poder como político², além do sentido de autoridade constituída, encarregada da administração pública e inserida na burocracia estatal, fica patente a carga ideológica que acompanha semanticamente esse termo, pela participação direta e indireta, maior ou menor, nas diretrizes da organização social.

Mas classificar o Poder Judiciário como político implica reconhecer seu alinhamento a uma corrente ideológica, o que, à primeira vista, conflita com a busca de isenção e neutralidade imanente no ideal de Justiça³.

1 Podemos definir o poder, conforme a concepção de Russell (1979: 24-25), como a “produção dos resultados pretendidos”, e classificar os Poderes do Estado (aqueles que se impõem sobre as demais relações de poder em uma sociedade), como Poderes Soberanos, ou mais especificamente, Poderes do Direito: “O poder do Direito ilustrará essas complexidades. Em última instância, o Direito é a força coercitiva do Estado. É característico das comunidades civilizadas que a coerção física direta (com algumas limitações) é prerrogativa do Estado, e o Direito é um conjunto de normas segundo as quais o Estado exerce essa prerrogativa no trato com os cidadãos”.

2 É claro que, desde os gregos, político é o cidadão que participa das decisões da *polis*, mas, *lato sensu*, é considerado todo aquele que vive em sociedade. Portanto, não há homem não-político, uma vez que o homem é, historicamente, um ser social por natureza.

3 Platão e Aristóteles já exaltavam o legalismo e a segurança jurídica (não com o sentido aético que lhe impôs o positivismo radical) ao enunciar que “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”.

Montesquieu, em sua obra clássica *Do Espírito das Leis* (século XVIII), sistematizou a idéia da separação dos Poderes no Estado moderno, inspirada no modelo monárquico inglês, e que foi adotada, na essência, por muitas Constituições até os dias de hoje, como forma de manter um equilíbrio entre os três Poderes gerenciadores da vida comunitária e garantir a segurança da sociedade contra possíveis abusos e arbitrariedades das autoridades instituídas, visto que, nessa época, os ditos Poderes se encontravam concentrados nas mãos do rei e da nobreza⁴. O novo sistema adotado de freios e contrapesos limitava o Poder do Estado e preservava um mínimo de liberdade aos súditos.

Aproximadamente dois séculos antes, o inglês Francis Bacon introduzia *Da Magistratura*, afirmando que os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare* (interpretar a lei e não fazer a lei), justificando assim os limites institucionais do Poder Judiciário e o princípio da não-interferência na função legislativa⁵.

Depois da Revolução Francesa, a burguesia emergente, inspirada politicamente no contratualismo, reafirmou a nova tendência na interpretação e aplicação do Direito, priorizando a segurança jurídica e o resguardo dos direitos individuais, ao obrigar o Judiciário a apegar-se à letra da lei e a não participar de forma alguma da criação das normas jurídicas, atividade esta exclusiva do Legislativo. Na teoria, o Estado, legitimado por consenso social, de opressor passava a protetor do povo. Assim, a chamada *Escola da Exegese*, na França, fazendo apologia da grande codificação napoleônica, traduzia a função judiciária como uma atividade mecânica que delimitava ao juiz o papel de apenas declarar o sentido exato da lei, de acordo com a vontade expressa pelo legislador (*voluntas legislatoris*).

Entretanto, admitido atualmente, pela doutrina jurídica dominante, que a sentença judicial também é uma norma jurídica, só que individual, com força vinculante e propriedades semelhantes às

4 Montesquieu praticamente reduz o Poder Judiciário a um desdobramento do Poder Executivo, com funções diferenciadas (DALLARI, 1996: 89).

5 É preciso salientar, no entanto, que no século XVI, na Inglaterra, tanto a função legislativa, incumbência do Parlamento, como a judiciária, delegada aos magistrados, estavam subordinadas ao poder supremo do rei.

da norma geral, há que se considerar o papel do juiz como criador de Direito e, nesse sentido, assumindo um papel social legislativo.

Hans Kelsen (1987: 21), em sua discutida obra *Teoria Pura do Direito*, já assinalava essa concepção ampla do conceito de norma jurídica, afirmando que “o chamado *juízo* judicial não é, de forma alguma, tampouco como a lei que aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma – uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto, diferentemente do que sucede com a norma geral, designada como lei”. Portanto, a diferença básica entre uma norma individual e uma norma geral é que a primeira cria Direito (legisla) apenas para uma única pessoa ou um grupo de pessoas determinado, enquanto a norma geral vincula a sociedade como um todo, por meio de uma prescrição comportamental generalizável.

No entanto, a clássica divisão tripartite dos Poderes do Estado parece descaracterizada pela formulação teórica explicitada acima, pois, além de a independência dos Poderes relativizar-se, existe uma verdadeira invasão nas atribuições do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Dessa forma, a própria segurança jurídica fica abalada no momento em que o poder de legislar se confunde com o de julgar.

Por outro lado, a Constituição brasileira atribui explicitamente funções legislativas ao Poder Executivo, especialmente ao Presidente da República, quando lhe confere a possibilidade de propor ao Congresso Nacional leis complementares e ordinárias, além da iniciativa privativa para encaminhar leis sobre os efetivos das Forças Armadas e sobre a própria organização administrativa (*Do Processo Legislativo*, artigos 59 e seguintes da Constituição Federal); o artigo 62 extrapola quaisquer limites de independência dos Poderes, ao autorizar o Presidente a editar medidas provisórias com força de lei, de eficácia imediata, no caso de relevância e urgência (cujo critério será pessoal), valendo por trinta dias se não convertidas em leis pelo Congresso, mas não proibida sua reedição, quando não votadas nesse prazo; também o poder de veto do Presidente, regulamentado no artigo 66 do mesmo Estatuto, e a elaboração das leis delegadas (artigo 68) caracterizam o modelo presidencialista brasileiro como altamente centralizador; por fim, a

decretação do estado de defesa e do estado de sítio, atos privativos do Presidente da República que restringem direitos e garantias individuais, sob a aprovação do Congresso Nacional, revestem-se de um caráter normativo excepcional. Disposto sob o título *Das atribuições do Presidente da República*, a Constituição ainda confere ao chefe do Executivo o poder de nomear magistrados, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a corte máxima do país, mediante aprovação do Senado Federal, o que faz vislumbrar uma afinidade injustificável entre os Poderes. Percebe-se que a função legislativa do Poder Executivo no Brasil está reiteradamente positivada em lei e caracteriza a supremacia explícita deste Poder do Estado sobre os demais.

No entanto, a incontestável função legislativa do Poder Judiciário não está assim evidente nos dispositivos constitucionais; ao contrário, a atuação legislativa dos Tribunais resume-se a propor ao Poder Legislativo (federal ou estadual) projetos de lei que versem tão somente sobre a criação e extinção de cargos judiciários e tribunais inferiores e sobre a própria organização judiciária (artigo 96). Mas o artigo 97, a seguir, estabelece implicitamente um alto grau de interferência do judiciário no processo legislativo, ao conferir aos tribunais a capacidade de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Este dispositivo dá ao Poder Judiciário a discricionariedade de revogar uma lei válida, regularmente aprovada pelo Poder Legislativo, depois de percorrer o devido processo legal⁶. Sob esse aspecto, a última palavra com relação à validade e eficácia das normas será sempre uma função

6 No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o “guardião da Constituição” (art. 102, caput), a quem cabe a competência de julgar a “ação direta de inconstitucionalidade” (artigo 102, I, a), derogando, por meio de ato do Senado (artigo 52, XI), a lei declarada inconstitucional. Mas todo tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei aplicada a um caso concreto, o que faz com que nosso sistema seja híbrido. Kelsen (1987: 290) comenta esse aspecto: “Se todo tribunal é competente para controlar a constitucionalidade da lei a aplicar por ele a um caso concreto, em regra ele apenas tem a faculdade de, quando considerar a lei como inconstitucional, rejeitar a sua aplicação ao caso concreto, quer dizer, anular a sua validade somente em relação ao caso concreto. A lei, porém, permanece em vigor para todos os outros casos a que se refira e deve ser aplicada a esses casos pelos tribunais, na medida em que estes não afastem também a sua aplicação num caso concreto. Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito”.

essencialmente judiciária, que detém um poder de veto muito mais eficiente do que o delegado ao Presidente da República. Ademais, nossa ordem jurídica pulveriza a função de julgar a inconstitucionalidade da norma geral, quando aplicada a um caso concreto, aos juízes de todas as instâncias, porém, nesta hipótese, a validade da norma geral poderá ser suspensa, provisória ou definitivamente, por meio de uma norma individual, tão somente com relação a cada caso concreto *sub judice*, permanecendo em vigor para todos os outros casos pertinentes.

O poder implícito

Saliente-se que a invasão menos explícita e, paradoxalmente, mais ostensiva do Poder Judiciário na função legislativa é, conforme levantado, a própria sentença judicial, em qualquer instância (desde as decisões de primeiro grau até aquelas que emanam do Supremo Tribunal Federal). No momento em que a sentença transita em julgado, é criada norma nova (individual e concreta, ou mesmo norma geral e abstrata, nos sistemas judiciários nos quais as decisões dos tribunais superiores vinculam as futuras decisões das instâncias inferiores)⁷ e ainda que se reconheça, *a posteriori*, que o juiz ou tribunal tenha ‘errado’, sua decisão deve prevalecer como Direito.

Esse poder legislativo do juiz é ainda mais amplo quando se observa a polissemia da linguagem do Direito, que é constituída, essencialmente, pela própria língua natural, mesmo que hermética e

⁷ No Brasil, existem projetos de lei para tornar as súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, hoje somente vetores da jurisprudência, como vinculantes, mas há resistências dentro do próprio Poder Judiciário, por interferir nas garantias de independência e livre convicção do juiz em sua atividade julgadora. Kelsen (1987: 267) assim explicita a criação de normas jurídicas gerais pelos tribunais: “Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, tal como o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada”.

obscura, mas de textura aberta, em que as palavras mudam de sentido no decorrer do tempo e são denotativamente vagas e conotativamente ambíguas (consideramos aqui que a norma dá sentido jurídico aos fatos da natureza, estabelecendo uma conexão semântica entre o *dever-ser* e o *ser*). A linguagem é a matéria-prima do Direito, pois o mundo jurídico só existe como fenômeno lingüístico e não como fenômeno natural (a menos que se adotem os princípios universais do jusnaturalismo). A própria prova judicial é uma reconstituição lingüística dos fatos, portanto, sempre sujeita à interpretação.

Nesse aspecto, a flexibilidade da hermenêutica jurídica permite ao juiz interpretar as normas gerais com uma liberdade temerária, podendo dar o sentido que melhor lhe convier para o caso concreto, até mesmo um sentido que contrarie uma norma constitucional, de acordo com seus critérios pessoais (critérios que os códigos de processo costumam chamar de ‘livre convicção’⁸). Kelsen (1987: 268) sintetiza a questão: “Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais mas também normas jurídicas gerais, eles entrarão em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição e isso significará uma descentralização da função legislativa”.

Depois dessas considerações preliminares, seria possível concluir que a proclamada divisão e independência dos Poderes nas Constituições modernas não passa de um artifício retórico para um sistema teórico idealizado?

Passemos a examinar mais atentamente a questão.

Partimos do princípio de que a decisão judicial é a última etapa do processo de criação jurídica. Assim, a atividade legislativa, que tem início com o poder constituinte originário, no qual *lex et potestas convertuntur*, segue um organograma em forma piramidal que este mesmo poder regulamentou, por meio de normas gerais que delegam poderes legislativos a órgãos jurídicos, criados, por sua vez, pelas próprias normas constitucionais. Estes órgãos também delegam a outros órgãos inferiores poderes para a produção de normas mais específicas, estabelecendo-se, desse modo, uma corrente

⁸ Essa norma individual será formalmente válida, desde que produzida de acordo com o *due process of law*, e quiçá eficaz, ainda que seu conteúdo seja inconstitucional, somente desaparecendo seus efeitos, *ex nunc*, quando for revogada por um Tribunal Superior (examinaremos adiante a posição de Kelsen a esse respeito).

unidirecional de criação normativa, de cima para baixo (da generalidade à especificidade), e chega-se, enfim, até a delegação do poder aos tribunais, fonte da norma individual. Essa corrente contínua, que formaliza os meios de criação do Direito e estabelece a validade das normas dentro do ordenamento jurídico, deriva da complexidade das sociedades modernas, que demandam diversas fontes de produção jurídica, a fim de suprir as necessidades de organização do convívio social, pois uma única fonte centralizada não teria capacidade, por inaptidões técnicas e humanas, de realizar sozinha a tarefa, ainda que fosse o ideal de um governo despota.

Quanto à matéria, vimos que a norma individual difere da geral, porque a primeira, relativa a um fato concreto, é um imperativo direcionado a um sujeito determinado, enquanto a última é um imperativo direcionado à comunidade como um todo e é abstrata, isto é, trata de possibilidades fáticas. Porém, quanto à forma, ambas se inserem no conceito de norma jurídica, cuja característica qualificadora é a prescrição da sanção institucionalizada, que só é legítima quando aplicada pelo poder soberano, detentor do monopólio da violência na sociedade. No entanto, ao atribuir a um órgão inferior um poder normativo, o órgão superior tende a delimitar esse poder dentro de certos parâmetros, relativamente ao conteúdo e à forma. Bobbio (1991: 53-58) distingue-os entre limites materiais e limites formais.

Ao observar-se a passagem da lei ordinária para a decisão judiciária, tomando-se as normas como destinadas aos juízes e não aos cidadãos, verifica-se comumente ambos os limites: as leis relativas ao direito material (leis penais, por exemplo) estabelecem limites de conteúdo ao poder normativo dos juízes, implicando que o conteúdo de uma sentença judicial deva ter correspondência com o conteúdo de uma lei geral, num procedimento de subsunção; as leis relativas ao direito formal (leis processuais, por exemplo) prescrevem aos juízes rituais imprescindíveis para a emanação de uma sentença válida⁹.

⁹ Bobbio (1991: 54) enfatiza: "A observação desses limites é importante, porque eles delimitam o âmbito em que a norma inferior emana legitimamente: uma norma inferior que exceda os limites materiais, isto é, que regule uma matéria diversa da que lhe foi atribuída ou de maneira diferente daquela que lhe foi prescrita, ou que exceda os limites formais, isto é, não siga o procedimento estabelecido, está sujeita a ser declarada ilegítima e a ser expulsa do sistema".

Seria, assim, concebível considerar a atividade do juiz como uma simples operação lógica, inferindo na sentença uma conclusão deduzida da norma geral, tal qual um silogismo perfeito, em conformidade com o princípio da certeza do Direito, preconizado por Beccaria, no século XVIII, e depois adotado pela *Escola da Exegese* no XIX? Admitindo-se a norma geral como premissa maior, o caso concreto como premissa menor e a decisão judicial como conclusão (norma individual), estaríamos, aparentemente, diante de um silogismo apodíctico¹⁰. Teríamos o ideal de certeza e segurança jurídica e o juiz se tornaria um simples operador, sem poder de criação, ou até mesmo seria substituído por um moderno computador. Mas a linguagem do Direito é imprecisa, e o fenômeno jurídico, um fenômeno social complexo, no qual as variantes envolvidas são corrompidas pelo livre-arbítrio humano, o que compromete a desejável objetividade científica. Na história da filosofia já se distinguia a dialética da lógica e a argumentação da demonstração, e no mundo jurídico não cabe a lógica formal como método prático, pois os princípios lógicos (identidade, contradição e terceiro excluído) têm aplicação limitada, por não se tratar de proposições apofânticas (verdadeiras ou falsas), mas de juízos de valor, que monitoram todo e qualquer comportamento social por meio de três funtores deonticos – o proibido, o obrigatório e o permitido – e cujo método de racionalização é conduzido pela técnica retórica capaz de convencer por verossimilhança, por meio da manipulação das palavras da língua natural.

Portanto, pela técnica argumentativa, o juiz se empenha em persuadir o auditório (composto das partes em litígio, dos órgãos judiciários e da sociedade como um todo) de que sua decisão – a norma individual –, sutil camuflagem de um ato subjetivo de vontade, é legal e justa, fundamentando seu raciocínio no próprio

10 Kelsen (1984: 78) aborda esse tema no seu *Manuscrito – Direito e Lógica*: “Se a norma individual posta pelo tribunal corresponde à norma geral a ser aplicada por ele, pode a validade da norma individual ser fundamentada pela validade da norma geral. Isso não significa porém que a norma individual a ser posta pelo órgão aplicador do Direito se deduza logicamente da validade da norma geral a ser aplicada. Quando o tribunal, apesar da constatação de que um determinado homem furtou, absolve esse homem, ou seja, quando o sentido subjetivo de seu ato não é o de que esse homem deve ser preso, mas o de que ele não deve ir para a prisão, não se pode fundamentar a validade dessa norma individual mediante a validade da norma geral concernente ao furto”.

ordenamento jurídico e nos chamados ‘princípios gerais de direito’¹¹.

Examinaremos, a seguir, porque são os limites formais que estabelecem a relação de validade entre as normas e, por isso, nunca faltam, enquanto os limites materiais podem eventualmente faltar.

Kelsen (1987: 284) analisa a decisão judicial ‘ilegal’ da seguinte forma: “Dizer que uma decisão judicial ou uma resolução administrativa são contrárias ao Direito, somente pode significar que o processo em que a norma individual foi produzida, ou o seu conteúdo, não correspondem à norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, que determina aquele processo ou fixa este conteúdo” Porém, na página seguinte, considerando a qualidade de coisa julgada, o autor assim questiona: “O que significa, porém, o fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado à decisão de última instância?” E conclui: “Significa que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo de norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a esta norma geral”.

Assim, basta serem cumpridas as formalidades legais (*due process of law*), isto é, serem respeitados os limites formais e observadas as regras estruturais do sistema jurídico, para que uma decisão judicial seja considerada válida, ainda que os limites materiais sejam transpostos, e seu conteúdo, divergente ou até contrário ao prescrito pela norma geral, só perdendo a validade se declarada nula por decisão de órgão superior¹².

Temos, como típico exemplo pátrio da predominância do aspecto formal das normas jurídicas, a medida provisória, transformada em lei pelo Congresso, que instituiu o desastroso plano econômico Collor em 1990. Sabemos que o confisco da poupança e dos depósitos bancários teve vigência e eficácia

11 Cf. a ‘nova retórica’ de C. Perelman, que recupera o conceito original grego da retórica e atualiza sua função persuasiva e sua instrumentação técnica. Cf. também a ‘lógica material’ de R. Siches. Este autor descreve o processo lógico de subsunção normativa como um silogismo inverso, em que o juiz intui antes a conclusão e depois identifica a premissa maior na lei. Assim, por exemplo, em caso de morte provocada, o juiz, depois de convencido de sua decisão, seja ela condenatória ou absolutória, pode aplicar, respectivamente, a sanção estipulada para o homicídio ou o dispositivo que prevê a legítima defesa, bastando, para validar este ato, fazer uso da técnica argumentativa para fundamentar a sentença.

generalizada, enquanto não foi declarado inconstitucional por decisão judicial em cada ação singular proposta por depositantes que se tivessem sentido lesados em seus direitos patrimoniais. Ainda assim, muitos juízes de primeira instância declararam a constitucionalidade da medida, mesmo que evidenciado o conflito antinômico com a norma constitucional, de conteúdo contrário. Foi preciso o Supremo Tribunal Federal finalmente manifestar-se para que a lei fosse declarada inconstitucional *erga omnes* (não obstante, com efeito *ex nunc*).

Os chamados teóricos realistas¹³, no entanto, definem o Direito como o conjunto de normas aplicado pelos tribunais e obedecido pela sociedade, isto é, em última análise, só compõem o Direito os diretivos cuja predição sugere que serão efetivamente aplicados nas decisões judiciais. Isso pressupõe que o conceito metafísico de *validade* não tem sentido jurídico, e que o fator determinante para a existência das normas é o conceito empírico de eficácia. Nessa concepção, não haveria sequer normas jurídicas gerais (que seriam como ornamentos jurídicos diretivos não vinculantes), mas somente normas jurídicas individuais e, assim, o poder de legislar competiria exclusivamente aos juízes. Em caso extremo, o próprio princípio da irretroatividade das leis seria maculado, pois a

12 Kelsen (1987: 286) racionaliza sua posição: “Uma decisão judicial não pode - enquanto for válida - ser contrária ao Direito (ilegal). Não se pode, portanto, falar de um conflito entre a norma individual criada por decisão judicial e a norma geral a aplicar pelo tribunal, criada por via legislativa ou consuetudinária. Nem mesmo no caso de uma decisão judicial de primeira instância atacável, quer dizer, anulável. O fundamento objetivo da sua anulabilidade não é - como pode ser afirmado pelas partes que a atacam, ou mesmo pelo tribunal de recurso - a sua ilegalidade, isto é, o fato de não corresponder à norma geral que deve aplicar - se assim fosse, seria nula, quer dizer, juridicamente inexistente, e não simplesmente anulável -, mas a possibilidade pela ordem jurídica prevista de estabelecer com vigência definitiva a outra alternativa, não realizada pela decisão atacada”. Na página seguinte, o autor, que identifica o Direito com o próprio Estado, radicaliza: “A afirmação de que uma lei válida é contrária à Constituição (anti-constitucional) é uma *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela”.

13 Os realistas, em contraposição aos chamados idealistas, identificam o Direito com fatos concretos, relacionados com o comportamentalismo ou com o psicologismo, e não com hipóteses abstratas: “Todas as teorias realistas concordam em interpretar a vigência do direito como em termos de efetividade social das normas jurídicas” (ROSS, 2000: 97). Cf. também autores como os norte-americanos Holmes e Frank, e os escandinavos Hägerström, Lundstedt e Olivecrona.

sentença, como norma individual, teria eficácia retroativa, visto que não seria fruto da aplicação de qualquer norma geral, mas criação autônoma de direito novo¹⁴. Estaríamos diante de um juízo de equidade¹⁵, em que um direito novo surgiria para cada caso concreto, na busca da justiça individual.

Bobbio (2001: 68), criticando a posição das escolas sociológicas que inspiraram os realistas na concepção da figura do juiz-legislador, distingue as fontes de cognição das fontes de qualificação do direito, ao analisar a passagem do direito vivente para o direito estatal:

O direito vivente não é ainda direito, isto é, norma ou complexo de normas do sistema, enquanto seja apenas eficaz. Torna-se tal no momento em que o juiz, reconhecido como criador do direito, lhe atribui também a validade. Na realidade, pode-se falar de um juiz criador do direito, propriamente na medida em que as regras que ele descobre na realidade social não sejam ainda regras jurídicas, e não o serão até que ele as reconheça e lhes atribua força coativa.

Voltando a Kelsen (1987: 262), assim ele compreende a relação de autonomia entre a decisão judicial e a norma jurídica geral a aplicar: “No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual

14 Podemos admitir esta passagem da Teoria Pura do Direito como uma crítica de Kelsen (1987: 262-263) aos realistas puros: “Neste ponto é importante observar que, quando a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está de forma alguma predeterminada numa norma jurídica geral positiva, essa norma jurídica individual é posta com eficácia retroativa. Uma norma jurídica tem força retroativa quando o fato a que ela liga uma consequência do ilícito não foi realizado somente após a sua entrada em vigor mas já antes e, portanto, no momento da sua realização não era ainda um ato ilícito, mas apenas posteriormente foi transformado em tal por esta norma jurídica. Isto é exato quando o tribunal aplica ao caso que tem perante si uma norma jurídica individual, somente por ele criada, cujo conteúdo não está predeterminado em qualquer norma jurídica geral positiva, quando esta norma jurídica individual liga uma consequência do ilícito a uma conduta do demandado ou acusado que, no momento em que teve lugar, não era ainda um ato ilícito, no qual só se transformou através desta norma jurídica individual da decisão do juiz”.

15 “Chamam-se juízos de equidade aqueles em que o juiz está autorizado a resolver uma controvérsia sem recorrer a uma norma legal preestabelecida. O juízo de equidade pode ser definido como autorização, ao juiz, de produzir direito fora de cada limite material imposto pelas normas superiores”. (BOBBIO, 1991: 56)

há de ser produzida a norma jurídica individual”. Porém, no derradeiro capítulo de sua obra clássica, coerente com a sua concepção formalista do Direito, Kelsen (*id.ib.*: 369) admite que a decisão judicial, produzida segundo o processo legalmente instituído, será válida ainda que seu conteúdo se encontre fora da moldura significativa preestabelecida pela norma geral.

Nesse aspecto, Kelsen (*id.ib.*: 252) reconhece que a aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito, portanto, um ato de vontade do juiz, tal qual o ato do legislador ao instituir uma norma. Assim, a constatada descentralização e flexibilidade da função produtora do Direito no Estado contemporâneo seria de proporção inversa ao ideal de segurança jurídica.

A linguagem do poder

Sabemos que o ideal de segurança jurídica impõe a necessidade de decidibilidade dos conflitos sociais, dos quais surgem dois princípios que fazem do Direito uma ciência prática e dogmática: o da proibição do *non liquet* e o da inegabilidade dos pontos de partida¹⁶. Também já comentamos que, pelo fato de as normas terem como matéria-prima a língua natural, toda norma é passível de interpretação¹⁷ e, assim, toda leitura hermenêutica é uma reconstrução de sentido. Mas os dois princípios acima implicam que, entre as diversas interpretações possíveis, apenas uma deve prevalecer para estabelecer o sentido jurídico da norma. A interpretação prevalecente será, no âmbito da aplicação do Direito, a chamada interpretação ‘autêntica’, aquela que emana do órgão jurídico competente para aplicar a norma, a única que cria Direito.

Essa atribuição do juiz se evidencia quando se encontra diante de um caso passível de aplicação de duas normas válidas antinômicas, isto é, contrárias (uma proíbe e outra obriga um mesmo comportamento) ou contraditórias (uma proíbe e outra permite, uma

16 Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1994: 263) comenta: “Para o saber dogmático não há questões indecidíveis. Pode-se não saber qual a decisão que será tomada diante de um conflito, mas se sabe, desde logo, que uma decisão ocorrerá. Esta compulsoriedade é que confere ao saber dogmático a necessidade de criar as condições de decidibilidade”.

17 Toda comunicação normativa é um ato duplicado de doação de sentido, pois o processo se inicia com uma primeira interpretação, efetuada pelo emissor/legislador, que codifica sua vontade em linguagem jurídica; em seguida, o receptor/juiz decodifica essa linguagem e reinterpreta seu sentido.

obriga e outra permite); ainda que haja critérios de resolução (cronológico, hierárquico, especialidade), o juiz é livre para optar por qualquer uma delas, ou mesmo por uma terceira não cogitada e, para aquele caso específico, sua decisão prevalecerá sobre qualquer outra interpretação divergente, só perdendo o caráter normativo se cassada por instância superior.

A norma geral tende a determinar não só o processo em que a norma individual é produzida, como também seu conteúdo. Mas essa determinação jamais é completa, sobrevivendo uma lacuna a ser preenchida, devido à impossibilidade de pormenorizar, na lei abstrata, os casos concretos, e à pluralidade de significações das palavras da lei, o que dá ampla margem de interpretação ao juiz¹⁸. Essa interpretação ‘autêntica’ é que tem o caráter de criação normativa.

Kelsen (1987: 367) mais uma vez radicaliza seu pensamento ao afirmar que os métodos hermenêuticos tradicionais (lógico-sistemático, sociológico-histórico, teleológico-axiológico) somente podem apresentar as possíveis significações de uma norma jurídica, mas não oferecem qualquer critério demonstrável, com base no qual se possa considerar que uma das possibilidades semânticas da formulação verbal da norma seja a verdadeira, ou a correta. Nesse aspecto, reforça sua tese seu discípulo dissidente Alf Ross (2000: 183-184):

As máximas de interpretação variam de um país para outro. Em todo lugar, contudo, exibem características idênticas, fundamentalmente: são conjuntos não sistemáticos de frases atraentes (via de regra cunhadas sob forma de brocardos) e de significado impreciso, passíveis de ser manejadas de tal maneira que conduzam a resultados contraditórios. Como não existem critérios objetivos que indiquem quando se deve aplicar esta ou aquela máxima, elas proporcionam um largo

18 Segundo Kelsen (1987: 366): “Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”.

espectro no qual o juiz possa atingir um resultado julgado por ele desejável.

A decisão de estabelecer o sentido ‘correto’ cabe exclusivamente ao juiz, no ato de aplicação da norma; por isso, é um ato de vontade e não de conhecimento (KELSEN, 1987: 369), isto é, um ato psíquico, político e ideológico que extrapola o controle do Poder Legislativo. Entretanto, na prática jurídica, constatamos que o poder de legislar do juiz não é ilimitado; ao contrário, está balizado por uma padronização semântica, controlada pela camada dominante da sociedade, que alguns autores chamam de ‘violência simbólica’.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. (1994: 274-281) utiliza o conceito de “uso competente da língua” como critério para a interpretação verdadeira (aquela que descobre a vontade do “legislador racional” idealizado pela classe dominante), cuja legitimidade repousa na aceitação do enfoque do intérprete, proveniente de sua autoridade, liderança e reputação. Esse enfoque socialmente prevalecente é imposto pela violência simbólica, cuja manipulação se efetua pela chamada *intelligentsia* (a elite intelectual destinada a moldar a sociedade no plano ideológico e moral). O mesmo autor explica esse conceito hermenêutico:

A uniformização do sentido tem a ver com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica. Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não nos enganemos quanto ao sentido deste poder. Não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve as suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração. (*id.ib.*: 276)

Cria-se, assim, por imposição da classe dominante, um sistema de símbolos jurídicos, que é um sistema retórico, de caráter persuasivo, com o fim de controle social pela homogeneidade dos sentidos normativos, e que estabelece uma espécie de camisa-de-força na liberdade interpretativa do juiz, exercendo um controle dissimulado mas eficaz, e ainda dinâmico, capaz de adaptar-se progressivamente à realidade mutante.

Os *topoi* (conceito importado da *Tópica de Aristóteles*), que alguns autores comparam com os ‘princípios gerais de direito’¹⁹, são as pedras basilares desse método de controle, são crenças generalizadas que constituem um universo simbólico em torno de certos lugares-comuns (soberania, liberdade, igualdade, justiça, etc.), apelando para valores socialmente enraizados e que camuflam os conflitos sociais, na medida em que os transpõem para a conceitualização e abstração do mundo jurídico (FARIA, 1988: 108-110). Warat (1995: 18) define essa força argumentativa como uma “semiologia do poder”, capaz de manter um consenso social entre as classes em conflito, impondo e generalizando sutilmente os valores da classe dominante: “Em suma, a semiologia do poder pretende articular-se em torno de uma idéia muito simples, a de que o consenso sobre a legitimidade do poder é decorrência de um trabalho discursivo, e que só é obtido quando, adequadamente, manipulam-se as palavras”.

A ideologia do poder

O juiz, como titular da chamada interpretação autêntica do Direito – a única que vincula o receptor normativo, pois tem eficácia reforçada por meio do aparato repressor do Estado –, opera, inconscientemente, num campo semântico de manobra limitado pelo ‘poder de violência simbólica’, que estabelece um monopólio hermenêutico de sentidos. Ainda que não seja egresso da classe dominante, ele sofre a influência axiológica ostensiva da violência simbólica que, como ideologia camuflada, controla seu poder discricionário, dando uma falsa ilusão de liberdade interpretativa que, analisada por esse prisma, não ousa confrontar os fundamentos ideológicos do sistema jurídico, sob pena de

¹⁹ Os princípios gerais de direito, os costumes e a analogia estão previstos como fontes formais para a criação da norma individual pelo juiz, em caso de lacuna da lei, no artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, o que implica a proibição do *non liquet*.

ineficácia da norma por ele emanada²⁰.

Manipulando um aparato técnico argumentativo de justificação no momento decisório, o juiz só controla parcialmente sua reclamada 'livre convicção', deixando transparecer uma segurança jurídica fictícia, fundada na obediência da lei e na aplicação objetiva das máximas de interpretação. As palavras de Alf Ross (2000: 182) são precisas nesse sentido:

Uma vez os fatores de motivação combinados – as palavras da lei, as considerações pragmáticas, a avaliação dos fatos – tenham produzido seu efeito na mente do juiz e o influenciado a favor de uma determinada decisão, uma fachada de justificação é construída, amiúde discordante daquilo que, na realidade, o fez se decidir da maneira que decidiu.

O juiz-legislador está semanticamente amarrado aos núcleos significativos impostos pelo poder dominante; por isso, o Direito não tolera transformações radicais e tende a eliminar as interpretações divergentes e a fixar os *topoi* no inconsciente coletivo. Assim, o juiz-legislador, como fabricante de normas jurídicas individuais, tem seu ato de vontade limitado àquilo que se indica como justiça, prudência ou bom-senso, mas que, na verdade, é imposição ideológica, cujos valores intrínsecos se disseminam na sociedade por meio de diversos procedimentos comunicativos.

Sobre o poder da ideologia, Marx descobrira que temos a ilusão de que pensamos e agimos com autonomia de vontade, conforme nosso entendimento livre, porque não percebemos um poder invisível que nos impele a pensar como pensamos e a agir como agimos. Esse poder social ele chamou de ideologia. Bakhtin (1999: 36), em obra sobre a filosofia da linguagem sob a óptica marxista, afirma com perspicácia que tudo que é ideológico possui um significado, portanto, sem signos não existiria ideologia: “a palavra é o fenômeno

20 Bertrand Russell (1979: 85), em sua obra *O Poder*, escreve sobre a opinião como força persuasiva sustentadora do Poder: “É fácil alinhar argumentos para o ponto de vista de que a opinião é onipotente, e que todas as demais formas de poder decorrem dela. Os exércitos são inúteis a menos que os soldados acreditem na causa pela qual estejam lutando, ou, no caso de mercenários, que tenham confiança na capacidade do comandante para levá-los à vitória. A lei é impotente a menos que seja respeitada”. E conclui: “Mas isso seria apenas meia verdade, dado que despreza as forças que causam a opinião. Embora certo que a opinião é um elemento essencial na força militar, é igualmente verdade que a força militar pode gerar opinião”.

ideológico por excelência”.

Com relação a essa força difusa ideológica, vale transcrever um trecho do manifesto de Etienne de la Boétie, redigido no século XVI, *Le Discours de la Servitude Volontaire*, quando comenta o instinto de liberdade humano e conclui que, para um homem deixar-se sujeitar a um poder, é preciso que seja forçado ou iludido (*in verbis*):

Il n'est pas croiable comme le peuple deslors qu'il est assujetti, tombe si soudain en un tel e si profond oubly de la franchise, qu'il n'est pas possible qu'il se resveille pour la ravoir, servan si franchement et tant volontiers, qu'on diroit a le voir qu'il a non pas perdu sa liberté, mais gagné sa servitude. Il est vray qu'au commencement on sert contraint et vaincu par la force: mais ceus quis viennent après servent sans regret, et font volontiers ce que leurs devanciers avoient fait par contrainte. (BOÉTIE, 1982: 49)²¹

A alienação social

Sendo os juízes representantes do poder estatal e também cidadãos sujeitos a esse mesmo poder, deve-se admitir que sofrem a influência, consciente e inconscientemente, dessas forças ocultas, e que sua liberdade de julgar (ou legislar) é uma ‘liberdade vigiada’?

Sim, pois sua liberdade é tolerada no sistema somente até o ponto em que não ameace o *status quo*, isto é, desde que não provoque uma ruptura nas instituições sociais nem perverta as relações com o Poder. A própria capacidade de sobrevivência do modelo socioeconômico baseado na divisão de classes necessita de um processo constante de adaptação, em que se vão fazendo gradualmente concessões paliativas, conforme as pressões sociais tenham mais ou menos sucesso no conflito contra os interesses opostos dos detentores do Poder. Esse ajustamento contínuo promovido pela classe dominante é o que garante a sobrevivência do sistema e explica a lenta, mas progressiva, conquista de direitos

21 “É inacreditável como um povo, desde sua dominação, cai tão rapidamente em profundo esquecimento da liberdade, que não é possível que desperte para reavê-la, servindo tão franca e voluntariamente, que se diria, ao vê-lo, que não perdeu sua liberdade, mas ganhou sua servidão. É verdade que no começo vê-se obrigado e vencido pela força: mas os que vêm depois servem sem pesar, e fazem voluntariamente o que seus antepassados haviam feito por imposição”. (Tradução livre)

políticos e materiais pelas aludidas classes dominadas, sem explosões sociais²².

Vejamos um exemplo ilustrativo, analisando-se a propriedade privada. Entendemos que o conceito de propriedade é um conceito puramente jurídico, pois tem um sentido específico dentro de uma ordem jurídica, mas carece de referência imediata (a propriedade, em si, é uma criação do Direito que estabelece relações sociais e não existe no mundo real). Entretanto, nossa Constituição consagra ao direito à propriedade um *status* de direito natural, ao incluí-lo no *caput* do artigo 5º, entre os *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, que são cláusulas pétreas, não podendo ser abolidas (artigo 60, § 4º, IV). O inciso XXII desse mesmo artigo é redundante, pois novamente garante o direito de propriedade; o inciso seguinte estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”. Adiante, ao tratarem da *Reforma Agrária*, os artigos 184 a 186 prescrevem que serão suscetíveis de desapropriação, por interesse social, as propriedades improdutivas. Nos fins do século XX, as pressões dos movimentos sociais brasileiros, como o autodenominado MST – Movimento dos Sem-Terra, passaram a incentivar a invasão de terras consideradas improdutivas e, assim, a propagar a radicalização da aplicação literal do dispositivo constitucional que garante a todos os cidadãos o direito à propriedade, na sua função social. Nas ações de reintegração de posse movidas pelos proprietários esbulhados, as diversas sentenças judiciais são contraditórias, pois provêm de juízes com concepções sociais diferentes. Porém, é importante notar que tanto os sem-terra quanto os proprietários, e ainda os próprios juízes e tribunais, entendem estar cumprindo a Constituição Federal. Os primeiros, porque consideram que têm direito à propriedade e que as terras invadidas seriam improdutivas, portanto, passíveis de desapropriação para fins de reforma agrária; os segundos, porque exigem respeito à instituição propriedade e afirmam que suas terras seriam produtivas, e os últimos, os juízes, porque interpretam a Constituição dentro dos parâmetros jurídicos, em busca da justiça²³.

22 A conquista dos direitos pelas massas é inversamente proporcional ao seu grau de educação, cultura e politização, portanto, depende da resistência das elites em democratizar o acesso aos meios comunicativos de conscientização (que monopolizam), o que só ocorre, paradoxalmente, se as massas adquirirem um mínimo de conscientização para pressionar as elites.

O que nos interessa aqui, com o mencionado exemplo, não é simplesmente demonstrar que há três interpretações autônomas da Constituição, sendo a prevalecente – a que se tornará norma individual – aquela do Poder Judiciário (a chamada interpretação ‘autêntica’ já foi examinada acima), e as demais interpretações, se convergentes, serão consideradas ato lícito; no entanto, se divergentes, serão consideradas ato ilícito. Queremos, porém, observar que nenhuma das interpretações, inclusive a autêntica, ousa, tomando-se as formulações kelsenianas, ultrapassar a ‘moldura’ estabelecida pela norma geral, no caso, a Constituição. Essas interpretações nem sequer ameaçam o direito ‘sagrado’ à propriedade privada em nosso país²⁴. E essa servidão generalizada à ideologia é inconsciente e se difunde pregando uma alienação social que somente se rompe pela revolução, o que implica a desconfirmação violenta e generalizada do Poder Supremo, em conjunto com a destruição dos valores sociais a ele agregados.

Na antiga União Soviética, de orientação marxista-leninista, não havia direito individual de propriedade, e a classe dominante era o proletariado²⁵. Similarmente ao que ocorre por aqui, seria inviável, por meio de sentença judicial, um juiz restabelecer esse direito proscrito, porque entraria em confronto direto com a ideologia dominante, e a decisão (ou o próprio juiz) seria eliminada do sistema jurídico.

Outro exemplo ilustrativo é o casamento. Esta instituição faz parte da história do próprio direito, tendo um fundo religioso, moral e social tão enraizado entre os povos que se confunde com um direito natural. No léxico pátrio oficial, casamento significa um ato solene de união entre duas pessoas de sexos diferentes, legitimado pelo

23 Dallari (1996: 91) assim comenta a saudável flexibilidade da Constituição norte-americana, o que justifica sua sobrevida secular: “A expressão governo dos juizes não é considerada um despropósito nos Estados Unidos da América, onde o papel político dos juizes está implícito na organização constitucional dos Poderes e onde, mais do que isso, a influência política do Judiciário é tão grande que é possível falar-se numa revolução constitucional promovida pelos juizes”.

24 “A legislação codificada tradicional encerra instituições de clara inspiração político-econômica, que não somente permitem pôr em vigência o esquema ideológico que as anima, senão que aspiram a perpetuá-la muito dissimuladamente, sob a aparência de ‘princípios jurídicos’”. (MONREAL, 1988: 132)

25 O exemplo soviético demonstra, com a questão da propriedade, que ocorre uma interação entre fato, valor e norma na dinâmica dialética das relações sociais, conforme preconiza a teoria ‘tridimensional’ do Direito (cf. Miguel Reale).

direito, que produz certos efeitos jurídicos. A ideologia impregnada neste vocábulo impede o casamento de duas pessoas do mesmo sexo. Tanto é assim que o Código Civil nem mesmo relaciona tal fato entre os impedimentos legais, omissão esta que, sob a óptica do conceito da ‘norma geral exclusiva’, a qual permite implicitamente tudo aquilo que não é obrigatório ou proibido por lei, tornaria aquela modalidade legalmente admissível. Mas as transformações sociais que alteram os costumes e a moral passam a dar uma nova interpretação ao casamento enquanto instituição, ao acolherem a união conjugal entre homossexuais. Pressionado pela dinâmica axiológica da comunidade, torna-se então tarefa do direito atualizar seus preceitos para abranger uma nova realidade sociocultural, acompanhando a ampliação semiótica do sentido ideológico da palavra.

Bakhtin (1999: 36) assim adverte sobre a característica dos signos ideológicos:

A realidade dos fenômenos ideológicos é a realidade objetiva dos signos sociais. As leis dessa realidade são as leis da comunicação semiótica e são diretamente determinadas pelo conjunto das leis sociais e econômicas. A realidade ideológica é uma superestrutura situada imediatamente acima da base econômica. A consciência individual não é o arquiteto dessa superestrutura ideológica, mas apenas um inquilino do edifício dos signos ideológicos.

Fica claro que os chamados excluídos da distribuição da riqueza de um país também o são no que se refere à distribuição da justiça, dificilmente realizando seus direitos subjetivos, que têm um papel meramente retórico e figurativo na ordem jurídica vigente. Contribui para isso o fato de que a posição social e a condição econômica são predominantes na contratação de bons advogados pelos sujeitos consumidores da prestação jurisdicional. Compreendido o Direito como um bem de consumo, a carestia do povo se estende à justiça. Desse modo, conclui-se que o juiz é mais uma vítima da alienação social e seu poder de legislar está delimitado às relações institucionais e ao ‘poder de violência simbólica’ que, por sua vez, são manifestações concretas do poder ideológico dominante.

Contudo, sendo o juiz o elo entre a norma e o fato, a expectativa de uma decisão judicial ‘justa’ (e, como dissemos, a Justiça é um *topoi* que não carrega concepções valorativas universais, mas sua idéia está presente no inconsciente coletivo) oferece um mínimo de segurança à sociedade para que a ordem social sobreviva sem traumas e sem contestação do *establishment*.

Sobre a minoria de juízes ‘contestadores’ do sistema estabelecido, André Jean Arnaud (1980: 17) comenta:

Há neste tipo de sistema, sob o qual vivemos em teoria, uma qualificação precisa para designar este tipo de contestação: o ‘desvio’, entendido como tentativa de transformação das normas no plano prático e também no plano ideológico, e recebido como uma ‘transgressão’ pela maioria conformista, cuja reação é então mais ou menos viva.²⁶

No extremo sul de nosso país, temos alguns exemplares de juízes rebeldes, que pregam um ‘direito alternativo’, quase independente do próprio ordenamento jurídico, praticamente legislando por equidade (e o artigo 5º da *Lei de Introdução ao Código Civil* lhes dá respaldo legal, ao prescrever que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”). Mas essa rara rebeldia judiciária é controlada e o sistema apenas a tolera, desde que não conteste os valores fundamentais padronizados no Direito vigente²⁷. Como bem observou

26 A seguir, Arnaud (1980: 17-18) problematiza a questão: “Então coloca-se o problema de saber porque, na sua contestação, os juristas escolheram transgredir o status quo adotando uma linguagem política. A solução se encontra no que caracteriza a especificidade da causalidade do ‘desvio’: ela é o efeito de um conflito de papéis sentido e vivido pelo jurista no interior de seu próprio estatuto social. Elevado à categoria de defensor do Direito estabelecido pelo Estado, o jurista contestador toma emprestado uma argumentação política para justificar as tomadas de posição contrárias à ordem jurídica, e que ele considera fora de seu papel em relação à sociedade. Em outros termos, os papéis assumidos pelos juristas de profissão comportam em essência um conflito interno: conflito entre o fato de que eles estão todos submissos à observação da lei, e o fato de que são, além disso, colocados na presença de inadequações inevitáveis desta lei em relação às necessidades práticas ou teóricas”.

27 Arnaud (1980: 20) analisa com perspicácia a rebeldia jurídica no Direito francês: “É bem verdade que a contestação, pelos magistrados, do direito que eles estão encarregados de colocar em prática, ameaça toda a ordem social. É por isso, malgrado as afirmações de autonomia do jurídico, de independência dos magistrados, e de separação dos poderes, que o Estado exerce um controle severo da magistratura. O que é válido para a magistratura o é, em menor grau, para as outras profissões jurídicas. Mas o princípio continua: a contestação jurídica existe quando há monopólio do Estado sobre o Direito”.

Arnaud (1980: 34), o ‘desvio’ jurídico acaba por ser um colaborador do *status quo*:

Assim, a contestação jurídica contribui para fazer funcionar o conjunto ideológico que ela inicialmente tinha por objetivo transformar. Através de sua ação, os intelectuais desviantes permitem à classe dominante – se necessário por intermédio de sua elite – fazer uma melhor análise da situação. Isto permite a ela ‘salvar os móveis’. E é nesta perspectiva que podemos dizer, por exemplo, que o Sindicato da Magistratura, na França, prestava ao regime um serviço da mesma ordem que aquele prestado outrora por Roosevelt ao capitalismo. O ‘desvio’ jurídico tende então a agir como uma vacina; o sistema contra o qual ele luta, sai reforçado do conflito. Qual o Fênix, parece renascer sempre de suas cinzas.

Algumas conclusões

Principiamos esta reflexão com a abstração inicial de um governo democrático, baseado na divisão e independência dos Poderes, em que o judiciário se limitaria à função de julgar os conflitos sociais, com base nas leis vigentes, e quando formalmente provocado; em seguida, admitimos um ‘governo dos juízes’, na medida em que ao Poder Judiciário compete também legislar normas individuais e gerais, e cabe somente a ele a última palavra com relação à validade e eficácia das leis, estando, portanto, acima dos outros Poderes do Estado, ao invadir suas atribuições constitucionais; por último, verificamos que o Poder Judiciário está subordinado a um ‘Quarto Poder’, invisível, difuso, mas eficaz: a ideologia. A ideologia atua como uma forma de doutrinação, tendente a domesticar os Poderes do Estado e a comunidade social.

Concluimos, então, que o juiz, ao criar normas individuais, tem uma ‘liberdade vigiada’, isto é, sua discricionariedade é psicologicamente controlada por forças institucionais e, principalmente, infra-estruturais, que juntas compõem o aparato ideológico dominante do Estado e impõem as diretrizes básicas do convívio social de acordo com interesses das camadas privilegiadas da sociedade²⁸.

Tal qual a concepção marxista, o Direito, como parte integrante da superestrutura, simplesmente dissimula as reais relações econômicas e sociais conflitantes, dentro de um modelo estratificado de classes. Bakhtin (1999: 66) resume em poucas linhas:

Em suma, em toda enunciação, por mais insignificante que seja, renova-se sem cessar essa síntese dialética viva entre o psíquico e o ideológico, entre a vida interior e a vida exterior. Em todo ato de fala, a atividade mental subjetiva se dissolve no fato objetivo da enunciação realizada, enquanto a palavra enunciada se subjetiva no ato de decodificação que deve, cedo ou tarde, provocar uma codificação em forma de réplica. Sabemos que cada palavra se apresenta como uma arena em miniatura onde se entrecruzam e lutam os valores sociais de orientação contraditória. A palavra revela-se, no momento de sua expressão, como o produto da interação viva das forças sociais.

No entanto, pela inversão do foco, o próprio Marx também admitia a força das palavras, na propagação das idéias, como um agente de transformação social: “A arma da crítica não pode, evidentemente, substituir a crítica das armas. A força material deve ser dominada pela força material, mas a teoria transforma-se, ela também, em força material quando penetra nas massas”. Nesse sentido, sendo uma técnica de persuasão, a retórica pode ser utilizada instrumentalmente em prol de qualquer fim teórico ou prático, agindo negativamente, quando fator de alienação, ou positivamente, quando fator de conscientização, que brota com as idéias, institucionaliza-se e, por fim, transforma a realidade.

Assim, apesar de nossa postura inconformista, o próprio ordenamento jurídico tem caráter essencialmente persuasivo e o juiz não passaria de um fantoche que funciona como instrumento de controle ideológico, a serviço do processo de alienação social empreendido pela classe dominante, e ainda a prolatada

28 Dallari (1996: 94) cita Roberto Dromi a propósito da politicidade jurídica: “Deve recuperar-se o critério de que o Direito é uma ordenação imposta pela razão prática, não pela razão pura. A neutralidade jurídica é uma quimera. Todo Direito, por sua própria condição, está inspirado numa ideologia política, à qual serve, como ferramenta jurídica do sistema. Mesmo os intentos jurídicos puristas teorizados em abstrato se inserem num contexto estatal determinado, onde a racionalidade normativa fica à mercê da circunstancialidade política” (In *El Poder Judicial*).

independência dos Poderes seria um elaborado artifício retórico que atua como legitimador do sistema.

Passamos, portanto, durante esta análise, da idealização de um Estado democrático formal para a constatação de um Estado ditatorial real, sob o império da ideologia, mais resistente ao combate do que qualquer governo despótico, pois o inimigo é dificilmente identificável e suas armas são as mais eficientes e traiçoeiras, embora não detectáveis.

O juiz, no âmbito de seu cargo funcional, está perfeitamente integrado no processo de dominação social e tem dificuldades para se libertar da passividade inconsciente que a malha ideológica lhe impõe²⁹.

O raciocínio jurídico, instrumentalizado pela linguagem ordinária e tecnicamente argumentativo, jamais será neutro; tampouco pode-se conceber a lógica aplicada como isenta de valores, uma vez que as regras do pensamento interagem com as inclinações da vontade humana.

É preciso notar, enfim, que esse processo de domesticação ultrapassa as limitações do juspositivismo normativista radical, aquele que reduz o Direito ao conceito de validade, buscando em sua pureza uma pseudo-neutralidade científica, que preconiza (1) o esvaziamento do conteúdo ético do Direito, (2) a apologia do legalismo formal e (3) a identificação da legalidade com a justiça, porque o juiz, estando impregnado de valores ideológicos, confunde-os com os conceitos gêmeos de legalidade e de justiça.

Quanto à vertente realista, a identificação do Direito com a eficácia das normas simplesmente reforça o argumento de que os juízes e a sociedade interagem na produção jurídica segundo parâmetros valorativos consensuais.

Por outro lado, os jusnaturalistas não se encontram em posição mais confortável, pois os valores de um Direito Natural não são apriorísticos, inerentes à condição humana, mas são valores culturais absorvidos durante a história e transmitidos de geração para geração, a ponto de se tornarem dogmas ideológicos, imunes à crítica, preconizando uma idéia deformada de justiça universal.

29 Consideramos cinco os papéis funcionais do juiz, com atuação simultânea e complementar: 1) função de assegurar a aplicação da lei; 2) função de controlar o Poder Político; 3) função social reguladora; 4) função social transformadora; 5) função de provedor de justiça (as últimas três funções caracterizam o papel do juiz-legislador).

Na verdade, o processo de resistência à tirania hermenêutica passa pela reordenação lógica do imenso emaranhado de leis que compõem o sistema jurídico e pela democratização da própria linguagem do Direito que, ao romper com seu hermetismo despótico, tornar-se-á acessível ao destinatário final da lei, propiciando melhor compreensão e maior controle da comunidade sobre o uso do Poder pelos juízes³⁰.

É possível que a libertação, lenta e gradual, da imposição hermenêutica sobre o sentido das palavras da lei, dentro dos limites possíveis da comunicação lingüística, seja um processo natural e irreversível da evolução social, que se perpetuará no decorrer dos tempos, mas a conscientização prematura dessa alienação epidêmica é uma semente que tende a acelerar a transformação da sociedade rumo a um ideal de distribuição de justiça, se é que podemos, neste epílogo, abstrair o conceito de uma justiça pura, isto é, purificada de ideologias.

Referências bibliográficas

ARNAUD, André Jean. *Ser Jurista e Contestador? In: Crítica do Direito*. Vários autores. Trad. Deoceli Mendes. São Paulo: Ciências Humanas, 1980.

BATHKIN, Mikhail M. *Marxismo e Filosofia da Linguagem*. Trad. Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis, 1991.

BOÉTIE, Etienne de la, *Le Discours de la Servitude Volontaire*. São Paulo: Brasiliense, 2. ed., 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1988.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2. ed. 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed. 1987.

30 Assinala Eduardo N. Monreal (1988: 42): "O cidadão encontra-se ante um Direito que está obrigado a obedecer, mas que lhe resulta quase impossível chegar a conhecer".

- KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. *Normas Jurídicas e Análise Lógica*. Trad. Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARX, Karl. *Introdução à crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. In: *A Questão Judaica*. São Paulo: Centauro, 2000.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.
- RUSSEL, Bertrand. *O Poder – uma nova análise social*. Trad. Nathanael Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 2. ed. 1995.