

AULA INAUGURAL
ESCOLA DE MAGISTRATURA FEDERAL DA 5ª REGIÃO
NÚCLEO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE
PALESTRANTE: JUIZ FEDERAL RONIVON DE ARAGÃO
DATA: 04 DE DEZEMBRO DE 2003.

O JUIZ E A FUNÇÃO DE CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS:
LIMITES E POSSIBILIDADES.

Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Carlos Rebêlo Júnior, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades presentes.

Meus senhores, minhas senhoras.

I. Introdução:

Recebi a incumbência de proferir esta palestra – traduzida por uma aula inaugural – com o receio típico dos novos. É que sou recém-chegado na magistratura, bem como há um certo tempo encontro-me afastado das atividades docentes. Resolvi, porém, aceitá-la, talvez pela imprevidência que caracteriza um novato e a imprevisibilidade das circunstâncias. Nada obstante, ainda deparei-me com a gravidade de ser esta a aula inaugural do núcleo sergipano da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, que tem o dia de hoje como data inicial. E este é um momento todo especial: não apenas a Escola – espaço do diálogo – encontra-se sob severas contingências, mas a própria magistratura – espaço da decisão – está na defensiva, sob estado de permanente tensão, em vista ao momento histórico.

O que dizer afinal? Esta é uma pergunta de importância definitiva. Pois é deste ato que hoje se vivencia, aqui, que as respostas serão dadas. Melhor dizendo: a criação de um núcleo avançado da Escola de Magistratura corresponde a um entrelaçamento daquele espaço da dialogicidade com o espaço da decisão. É o conagraçamento do juiz que decide o caso com o juiz que repensa, que reflete acerca do decidido.

Com efeito, o desafio da magistratura, no estágio atual, é, certamente, buscar legitimidade social, não partindo de um paradigma estático, baseado em pressupostos que representam uma sociedade cujo parâmetro de há muito já se ultimou, mas imergir no real, buscando e afirmando sua prática, acompanhando o momento histórico. Não há como ser contemporâneo se a prática encontra-se arraigada em postulados de um mundo já não existente.

Tudo isso representa certo consenso entre aqueles que se dedicam ao estudo do Poder Judiciário na sua interação com o meio social. Mas, há algo que, em certa medida, deve ser posto na ordem do dia. Trata-se dos limites e da possibilidade do magistrado. Muito se tem escrito para demonstrar que o papel do juiz estaria na efetiva concretização das normas, notadamente as de matriz constitucional. Sobre isso, já foram escritas várias monografias quanto à tarefa criadora ou meramente declaratória da função de julgar. É dizer-se: o julgador cria o direito ou declara, meramente, um direito já preexistente? Não é o meu propósito trazer qualquer contribuição a esse debate, tanto mais quando não se está, aqui, a se fazer a defesa de uma dissertação ou a afirmação de uma tese.

A preocupação central equivale ao seguinte: o limite do poder concretizador do juiz e a esperança social em um magistrado que ‘resolva’ os problemas sociais, trazendo soluções para os males que afligem a sociedade.

II – O juiz – sujeito de transformação?

Primeiramente, devo dizer que não tratarei daquela figura retórica a que R. Dworkin denominou de ‘juiz Hércules’, isto é, aquele que, frente aos casos difíceis, sabe manejar e ponderar os princípios em jogo, na resolução do problema. Tratarei, na verdade, de uma nova categoria, representada pelo ‘juiz onipotente’, isto é, aquele que traria todas as soluções, implementando a cidadania, assegurando a convivência democrática, concretizando direitos, impondo limitações ao poder público e, ainda, representando o parâmetro do ideal de sujeito histórico comprometido com a transformação.

Não tenho, como não poderia deixar de ser, a pretensão de apresentar respostas definitivas. Aliás, aqui, não há respostas, há mero diálogo, ou simplesmente, a enunciação da problemática.

Partirei, nesse exame, de alguns pressupostos: do ato de julgar, da função concretizadora, dos limites fáticos e do que se espera de um Poder Judiciário em um estado democrático de direito. E não se trata de um problema apenas do Brasil.

Não poderia, nesse passo, deixar de citar a discussão entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, nos idos da década de 20, a respeito do guardião da Constituição, se seria o presidente ou um Tribunal Constitucional. É preciso deixar explícito que, não obstante a tese kelseniana tenha sido adotada, o ‘pano de fundo’ da polêmica havida nos tempos da República de Weimar, não se encontra definitivamente superado. É que a discussão ali se centrava, explicitamente, no que pertence aos limites do ato judicante, ou melhor dizendo, quando se encerra a decisão jurídica e começa a decisão política. Para Schmitt, atribuir a um Tribunal Constitucional – nos moldes como propôs Kelsen para a Corte Constitucional Austríaca – a decisão acerca do que é ou não constitucional significaria politizar a decisão judicial.

Essa discussão permeará, por completo, essa minha fala. Antes, voltarei aos primórdios das principais escolas de pensamento da Teoria Geral do Direito e da Metodologia Jurídica Geral dos séculos XIX e XX.

III – Escola da Exegese:

Na Escola da Exegese havia um verdadeiro ‘culto ao texto de lei’, sendo bastante utilizada a expressão ‘intenção do legislador’, no sentido de que o juiz deveria debruçar-se sobre o sentido já contido na norma, sem qualquer ato de interpretação ou sequer de concretização. O juiz ainda era a figura estática, conforme a expressão tornada clássica de Montesquieu, em o *Espírito das Leis*.

IV – Escola da Jurisprudência dos Conceitos:

A Escola da Jurisprudência dos Conceitos, de sua parte, entendia o direito como sendo um *sistema caracterizado pela conexão lógica dos conceitos e a racionalidade dos fins*, no rigor da expressão de Marcelo Neves. Assim, por essa escola de pensamento, a finalidade da interpretação jurídica seria *esclarecer o significado da lei como um todo objetivo de sentido*, conforme explicita K. Larenz.

Enfim, tanto pela Escola da Exegese como pela Jurisprudência dos Conceitos, ao operador jurídico incumbia a tarefa de ‘descobrir’ o sentido unívoco dos signos legais.

V – A Escola do Direito Livre – “O juiz régio”:

Contrariamente, a Escola do Direito Livre postula que o julgador pode, em determinados casos, simplesmente, ignorar a lei. Parte do pressuposto de que existe um ‘direito correto’, à parte da legislação e apenas o juiz poderia deduzi-lo, tendo em conta novas concepções. A dificuldade que se apresenta decorre da subjetividade de que se reveste. A decisão seria a própria idéia do julgador. Trata-se do ‘juiz régio’, que assume a soberania da decisão, por completo.

VI – A Escola de Pensamento:

De um outro lado, situa-se o entendimento quanto à necessidade de diretrizes claras no processo de interpretação das leis. Não há aqui a vontade subjetiva do juiz e nem a do legislador, mas uma vontade objetivada da lei. Friedrich Muller, em seu livro *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional* informa que *programaticamente, embora não em práxis coerente, o Tribunal Constitucional Federal decidiu-se em favor da ‘teoria objetiva’*. Segundo a sua sentença de 21 de maio de 1952, *a vontade objetivada do legislador, expressa em uma prescrição legal, deve dar a medida para a interpretação dessa mesma prescrição, tal como essa vontade resulta do teor literal da determinação legal e do nexo de sentido no qual esta se encontrar*. Assim, complementa que *a história legislativa de uma prescrição somente deverá ter relevância para a sua interpretação à medida que ela possa confirmar a correção da interpretação efetuada segundo os princípios outros ou dirimir dúvidas que não podem ser desfeitas apenas com os recursos metodológicos auxiliares restantes*.

Aliás, já o dizia Gustav Radbruch, que *a lei pode ser mais prudente do que o seu autor – e deve mesmo sê-lo*. É sabido que Radbruch, após a experiência nazista, retomou o caminho de um jusnaturalismo que parecia superado, para buscar outros pressupostos para fundamentação da decisão judicial.

Todavia, mesmo na sua concepção anterior, mormente quando ainda na experiência de Weimar, a idéia de uma vontade objetivada da lei tinha por escopo uma busca que, além do teor literal, da gênese e da sistemática da lei, dirigia-se à compreensão da própria finalidade do ato legislativo.

Mas, o que é a finalidade da lei, senão um atributo da decisão do juiz? Volta-se, aqui, ao ponto inicial. É dizer-se: para a busca da ‘finalidade da lei’, há de se dotar o juiz de uma margem de interpretação que contém, nos dizeres de Klaus Stern, *um elemento de decisionismo*. Para se aplacar a possibilidade do arbítrio, exigiu-se que o juiz haveria de observar o ‘espírito da lei’, não podendo falsear o seu sentido e garantir uma correspondência *à função orientadora e à supremacia hierárquica da Constituição*.

VII – A Constituição como ponto de encontro da decisão:

Sendo assim, a Constituição do País se torna o ‘ponto de encontro da decisão judicial’. Ela é, a um só tempo, o seu roteiro e a sua justificação. Um outro problema se instaura. E pertence, propriamente, na mediação que o julgador fará das normas hierarquicamente inferiores com as normas constitucionais. É o mesmo K. Stern quem explicita:

Nessa altura da argumentação, três círculos de problemas nevrálgicos da relação entre juiz e lei ficam claros:

- em primeiro lugar, o exame das leis com vistas à sua constitucionalidade, por parte do juiz;
- em segundo lugar, o aperfeiçoamento do Direito e a conseqüente categoria do direito judicial;
- em terceiro lugar, os limites conexos, traçados aos juízes, inclusive aos juízes do tribunal constitucional, diante da função legislativa dos parlamentos.

E esses problemas mais se avolumam no Brasil, tendo em vista que as decisões judiciais – inclusive as do Supremo Tribunal Federal – não raro são questionadas como violadoras da separação dos poderes, chegando, em alguns casos, a se falar em interferência indevida do Poder Judiciário nos outros Poderes.

E isso decorre da primazia que a própria Constituição atribuiu ao Judiciário. Ao lhe conferir a sua guarda, a Lei Maior pretendeu estar a salvo das circunstâncias do cotidiano e das passagens efêmeras dos detentores formais do poder.

A questão reside, contudo, em que o juiz para trabalhar com a Constituição deve estar preparado para assumir um papel antes renegado. É que a Constituição não contém, necessariamente, normas fechadas – normas-regras –, mas, acima de tudo, normas abertas – *standards*, modelos, princípios. O papel de concretização depara-se, então, com um trabalho hermenêutico específico. No Brasil, ganha ainda uma outra dimensão, em vista à gênese de formação dos juristas. As escolas de direito no País não contemplam a formação de ‘trabalhadores jurídicos’ – na acepção de Müller – aptos à vivência do chamado ‘direito judicial’. A discussão acerca dos prejulgados que somente em época recente se instalou no Brasil trará à tona toda essa problemática. E é certo que os conflitos com os outros Poderes do Estado se farão presentes, continuamente.

VIII – A Metódica Estruturante:

Para Friedrich Muller, a tarefa esboçada para o operador jurídico não é a de interpretação do direito, mas sim de concretização da norma jurídica, que, na perspectiva desse jurista, não se confunde com o texto de lei. Assim, a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à interpretação aplicadora.

Ademais, segundo Müller, haveria três espaços dentro da norma: o texto normativo, o programa da norma e o âmbito do caso. O texto normativo equivale à literalidade da descrição. O programa da norma não é apenas a soma dos dados lingüísticos normativamente relevantes do texto da norma, mas também o resultado da interpretação de textos não-normativos. De sua parte, o âmbito do caso é composto dos fatos que provavelmente serão relevantes para a sua solução, isto é, o conjunto de dados empíricos que supostamente estão em conexão com a norma, ou melhor dizendo, o conjunto de dados reais genérica e imprecisamente relacionados com o processo concretizador.

A norma jurídica, dessa forma, não preexistiria; a mesma apenas passa a existir no decorrer do processo de concretização.

Nesse momento, o que se indaga, aqui, é acerca dos limites e possibilidades quanto à concretização das normas constitucionais pelo juiz. As possibilidades estão, como visto, alicerçadas em uma nova postura hermenêutica do jurista. Mas, e os limites? Teria ainda validade absoluta a tese da separação de poderes? Ou as funções de Estado (ditos Poderes!) estariam em situação de inter-relacionamento e interdependência?

Tais questionamentos se fazem necessários, tendo em vista as tensões resultantes das atividades do Poder Judiciário, notadamente quando esta efetiva a aplicação/concretização dos direitos fundamentais. O primeiro argumento que se interpõe diz respeito à suposta interferência indevida de um poder em outro.

É certo, como diz Marcelo Neves, que *tensões entre autovalidação e heterovalidação de enunciados interpretativos da Constituição são sempre possíveis e mesmo freqüentes na situação de pluralismo do Estado Democrático de Direito. Paralelamente, tensões entre os sentidos partilhados prevalentemente pelos intérpretes na acepção ampla (a própria esfera pública pluralista) e os sentidos predominantes no meio dos intérpretes na acepção restrita) emergem freqüentemente*. E, a seguir, complementa: *Essas constituem um dos principais fatores de mutação e reconstrução de sentidos do texto constitucional; e, havendo resistências dos intérpretes na acepção restrita às metamorfoses interpretativas, podem conduzir à própria reforma (do texto) da Constituição ou, no caso-limite, à ruptura constitucional*.

Este é, seguramente, um ponto a ser destacado. A discrepância entre o dizer oficial do direito, representado pelo que Kelsen denominou de interpretação autêntica, e o que denominaria, aqui, de um ‘sentimento de interpretação’ pelos demais atores sociais pode gerar uma situação de impasse, ou melhor dizendo, de descompasso. Em uma situação extrema, haveria uma ruptura.

IX – A aproximação: norma e realidade.

Para o atingimento de uma concretização das normas constitucionais que, a um tempo, preserve a sua força normativa, mas, também, não desconsidere o mundo real, é necessário que no trabalho diuturno dos operadores jurídicos – principalmente dos juízes – haja uma aproximação entre norma e realidade. A separação radical de ambas incorrerá ou no positivismo jurídico (a exemplo de Kelsen e Georg Jellinek) ou no positivismo sociológico (Carl Schmitt). O papel do juiz é, pois, fazer a mediação entre o espaço do real e do ideal (*ser e dever-ser*). Se se atribui uma força desproporcional ao fato, finda por retirar toda a normatividade, ainda mais quando se está a falar da Constituição. Se, por outro lado, ignora o real, perde-se em uma justificação meramente lógico-formal, que redunde, de igual forma, na perda de normatividade. Ou, nos dizeres de Konrad Hesse, em sua obra *A Força Normativa da Constituição, eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro*.

Apesar de não ser o objeto desta minha fala discorrer acerca da força normativa da Constituição, na forma como a expôs o juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o antes citado Konrad Hesse, há de se focar a dicotomia entre ‘vontade de poder’ e ‘vontade de constituição’, ou entre ‘questões jurídicas’ e ‘questões de poder’.

O fundamental é que as questões jurídicas não sejam transformadas em meras questões de poder. Nesse âmbito, o Poder Judiciário não terá força para traduzir na sua interpretação aquela que seja vista como a mais razoável, ou para alguns, a que possua maior violência simbólica. Aliás, no embate, o juiz há de juridicizar, ao máximo, a questão de fato (de poder) que lhe seja submetida. Assim, trará para a esfera do argumento jurídico o ponto levantado como meramente uma questão de força.

Não que o argumento jurídico se imponha, a qualquer preço – não seria de ingenuidade tal para pretender tal conclusão. Mas o argumento jurídico terá a finalidade de ‘por a descoberto’ o mero argumento de força.

Não se pode, contudo, pretender a ‘judicialização’ excessiva das questões que pairam no mundo real. Não que o Judiciário possa se demitir do papel de apreciar os casos que lhe são propostos. Mas, há de se entender que existe o espaço social de ações que não demandam autorização desse Poder.

Sem embargo, o juiz trabalha com um retalho da realidade, qualificado juridicamente. Este se caracteriza como um fator que delimita sobremaneira o seu âmbito de atuação. Sendo assim, nem tudo está ao alcance do Judiciário. Trata-se de uma limitação fática que se encontra ínsita na regra constitucional que dispôs acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Só é inafastável o aspecto da realidade qualificado pelo direito.

A advertência serve para lembrar que se tenta impor ao Judiciário obrigações e tarefas que estão fora de sua esfera de definição. Isto quer dizer: casos em que o Judiciário não detém a palavra última.

X – Conclusão:

Pretendi, assim, efetivar um exame da função concretizadora do juiz, para descaracterizar um superdimensionamento da jurisdição, dando-lhe contornos, estabelecendo parâmetros, limites e, principalmente, desfazendo um mito que teima em encontrar espaço na sociedade brasileira que é atribuir ao Judiciário um poder imaginário de transformar a realidade social.

Esse mito pode, inclusive, trazer a esse Poder um déficit – já anunciado – de legitimação. O povo verá que o Poder Judiciário não faz, mas não saberá extrair desse diagnóstico que nem sempre o Judiciário pode fazer. Aí o juiz, que se quis “Hércules”, e, após, se disse “onipotente”, revelar-se-á apenas uma figura simbólica de um poder que se lhe atribuiu e que nunca teve.

Mas, não obstante a aspereza desse diagnóstico, é preciso admitir que é propriamente nos limites postos ao juiz que se revela a importância vital da instituição. O Judiciário pode muito, embora nem tudo possa. Saber as limitações significa entender as muitas possibilidades que se abrem ao julgador para a garantia dos direitos fundamentais, para a interpretação da lei, buscando a realidade, sem, porém, condicionar-se totalmente por esta e, principalmente, refletir acerca da sua tarefa na interação com o meio no qual se encontra inserido.

E neste último ponto é que uma Escola de Magistratura se mostra como instrumento absolutamente imprescindível. É na escola – já dito espaço da dialógica – que o juiz-decisão estará em seu momento reflexivo. E não é outro o propósito deste Núcleo da ESMAFE – 5ª Região. A tarefa é, pois, de transformá-lo em um espaço orgânico, vivo, fermentador de idéias.

Muito obrigado.