

## O PAPEL DO JUIZ NA CRIAÇÃO DO DIREITO (\*)

Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva (\*\*)

**"O juiz é um homem que se move dentro do direito, como um prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito, não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem".**

(Eduardo V. Couture)

I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. — O estudo da história revela que a antigüidade conheceu apenas três povos com uma organização social e política definida: os hindus, os chineses e os hebreus. Entre todos, distinguiram-se os hindus pela diferenciação que observavam, já naquela época, entre as leis do Estado e as leis morais, através de princípios que atravessaram os séculos. Face à importância do Código de Manu, registrada até os nossos tempos, e a profunda influência exercida em quase todas as legislações posteriores, limitar-nos-emos a um histórico em relação apenas a essa codificação.

A Índia preservou um código atribuído a Manu Valsavata, personagem mítico considerado filho de Brama e pai dos homens. Esse código compõe a obra legislativa mais antiga e mais venerada dos brâmanes.

Na sociedade hindu, a organização de família tinha caráter sagrado, com expressiva distinção entre os sexos. Nela, as leis corporificavam a mistura de preceitos jurídicos aos religiosos e também aos de ética social. Na pluralidade dos textos existentes, destacavam-se as Institutas de Vishnu e as leis sagradas dos árias, sendo o código com o nome de Manu o mais antigo dentre eles.

Historicamente, esses textos representam a primeira organização geral da sociedade, retratando a situação do direito no seio dos povos que não chegaram a diferenciar a ordem jurídica dos demais planos da vida social, especialmente o religioso.

2. — O conteúdo do código de Manu evidenciava nítida correlação entre o direito e os dispositivos sacerdotais, os problemas de culto e as conveniências de casta.

(\*) Prêmio "Oscar Saraiva" - 1986 (1.º lugar). Este trabalho está sendo editado, em forma de livro, pela LTr Editora.

(\*\*) A autora é Juíza do Trabalho da 2.ª Região.

Ao lado de uma extensa e sistematizada determinação de preceitos jurídicos, havia uma série de idéias sobre valores humanos, tais como verdade, justiça e respeito.

Os referenciais do processo que tinham por base a credibilidade dos testemunhos atribuíam valor diferente à palavra dos homens, conforme a casta a que pertenciam. A mulher sempre permanecia em condição de total passividade e desvantagem em relação ao homem. Do posicionamento na escala de castas dependia, também, a honra das pessoas e os conseqüentes reflexos na aplicação do direito.

O código apreciava os detalhes, descendo a minúcias e prevendo vários tipos de conflitos nas áreas do direito penal, civil, comercial, laboral, etc. Uma série de artigos dispunha sobre a administração da justiça, modos de julgamento e meios de prova.

Contendo a doutrina religiosa e jurídica da Índia, o Código de Manu aspirava à concretização da justiça. Esse livro comporta, há milênios, princípios nascidos da experiência e provindos dos costumes de uma fecunda civilização, todos impregnados de profundo sentimento de justiça.

Através dos séculos, os problemas econômicos, sociais e culturais foram se cristalizando nessa codificação e sua análise atenta nos revela que, ao lado da preocupação com a lei, os intérpretes do código valiam-se, em caso de dúvidas, dos costumes e tradições milenares seguidos pelas diferentes classes sociais. Observa-se que, já naquela codificação, os seus aplicadores recorriam a outras fontes, que refugiam aos limites da lei. Dizia Manu: "O fundamento da lei é o Veda, em toda a sua integridade, os preceitos e as práticas virtuosas dos que conhecem os costumes dos homens de bem e, em caso de dúvida, a satisfação interna".

O juiz, na lei de Manu, era responsável moral e materialmente. O princípio do "summum jus, summa injuria" — bem antes de Cícero — já era conhecido e condenado, pelos hindus, quando afirmavam que o direito extremado é injustiça. Em suas sentenças, deviam seguir a orientação da lei e da equidade, sem desprezar, para tanto, todas as vias de conhecimento, como a intuição, a experiência, a meditação e a lógica. Valorizavam, sobretudo, a figura do juiz, que entendiam fundamental na realização da justiça. Consideravam preferível ter leis más a juizes maus.

3. — Como toda lei, a de Manu também tinha necessidade de ser interpretada e, às vezes, desprezava-se o texto expresso em proveito de uma decisão que melhor atendesse aos objetivos sociais e à preocupação de justiça.

Assim, pois, os juizes hindus já intuíaem que a lei era pobre para abarcar toda a mutabilidade das situações sociais, toda a riqueza inesgotável de uma realidade, como a de hoje, que se transformava a cada dia e revelava aos homens novas necessidades. As relações humanas se entrecruzavam de mil formas e tudo aquilo que de antemão estivesse previsto seria sempre insuficiente e pobre em relação à riqueza imprevisível do relacionamento humano, empregada essa expressão no sentido jurídico, porquanto todo direito pressupõe uma relação entre duas ou mais pessoas.

Assim, a deficiência da lei não apenas autorizava o intérprete hindu, mas obrigava-o a se valer de outras fontes que não exclusivamente a lei. Os costumes e tradições milenares eram freqüentemente invocados e decisões novas, protegendo situações também novas, iam surgindo. Entendiam os hindus ser impossível interpretar mesmo aquelas leis já codificadas, se não fosse possível relacioná-las com os princípios que as inspiraram, uma vez que os costumes e tradições informavam todo o ordenamento jurídico.

É evidente que esses princípios informadores não tinham e nem podiam ter um sentido preciso. Em sua aplicação e interpretação, os juizes hindus se limitavam ao método gramatical ou lógico, utilizando-se, também, do método sistêmico com a finalidade de evitar conflitos entre a justiça e a lei, a fim de atingir o equilíbrio entre seres e coisas, numa sociedade espiritualmente inspirada na equidade.

## II

### A IMOBILIDADE DA LEI

1. — Abordando o descompasso temporal existente entre a necessidade de uma nova lei e a sua elaboração, Alberto Vicente Fernandez pondera que "o legislador demora na sanção de leis porque lhe parece que muitos fatos da realidade social não estão ainda maduros para receber proteção jurídica, de modo que a lei geralmente chega tarde, quando o costume, os usos sociais e a jurisprudência supriram as necessidades não satisfeitas pelo legislador" (in "Función Creadora del Juez", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971 — pág. 42).

Com efeito, as codificações costumam ter um processamento mais lento. Suas revisões são trabalhosas, geralmente cercadas por controvérsias e exigências técnicas, objeto de réplicas e tréplicas, além da constante ameaça das limitações humanas. Vaidade, comodismo, preconceitos, assumem o primeiro plano no palco dos parlamentos. Assim, a cada recodificação, instalam-se os cenários de uma batalha nos moldes da idade média. Ao final do embate, a derrota do tempo, salvam-se todos, mas a irresolução de muitos problemas deixa patente o prosseguimento da marcha pelo direito.

Aliás, o direito positivo lembra bem a imagem de um velho, arquejante e experimentado andarilho. Quando as últimas forças já o abandonam, o próprio sistema social o auxilia, tentando encontrar soluções para os conflitos que há muito reclamam providências, num revezamento forçado pelo desgaste infligido pelo tempo à norma positivada.

Um código com tais características de fixidez, já o disse Fernandez, seria mais adequado a uma comunidade de abelhas (obra citada, pág. 46). Válida a metáfora, poderíamos acrescentar: ou a um contingente de robôs.

2. — O direito codificado, na forma como o temos ainda hoje, anda a uma respeitável distância da realidade e o persistente silêncio do legislador deixa, freqüentemente, de atender às urgências e emergências da sociedade.

Não obstante a divisão de poderes ter reservado um terço do aparato governamental à tarefa da produção de normas gerais, a máquina legislativa, em com-

plexidade esotérica, causa entraves, alguns incontornáveis, à satisfação das necessidades sociais de normatização. Ademais, disputas ideológicas travadas pelos legisladores, com vistas à abertura de caminhos que levem facções políticas ao poder, somente aumentam essas dificuldades. A própria não qualificação dos detentores de mandatos legislativos contribui para inviabilizar o pronto atendimento dos anseios coletivos em termos de regulamentação.

Isso porque, segundo Miguel Reale, "o ato de legislar não é obra de juristas, nem pode sê-lo. A função legislativa é eminentemente política, implicando o direito como uma de suas conseqüências ou momentos" (in "Lições Preliminares de Direito", 13.ª edição, Saraiva, São Paulo, 1986, pág. 321).

As relações entre os homens se transformam, a cada dia, e de forma mais palpável e dimensionada nos períodos críticos da história do mundo e de suas regiões. Diante de tais mutações, as relações jurídicas não são codificadas de maneira duradoura.

Não há como negar, a bem da verdade, que o direito tem se beneficiado com grandes mudanças, muito especialmente nos dois últimos séculos. As convulsões político-sociais, necessariamente acompanhadas por rupturas nas escalas de valores humanos, refletem-se no prestígio, e mesmo na sobrevivência, de institutos e instituições construídos sobre pilares alicerçados na areia movediça dos conflitos sociais.

As conflagrações mundiais, por exemplo, determinam quase que uma recriação do mundo a partir das ruínas. O resultado é a instalação de uma generalizada insegurança, de um sentimento de orfandade em relação a valores calcinados, de uma sede de proteção e fome de nova ordem jurídica.

3. — Entretanto, enquanto a normalidade, com a lentidão que a caracteriza, retorna ao campo normativo, a sociedade civil se reconstrói numa aceleração contínua, fazendo com que os fatos reais "transbordem, em suas mudanças, não apenas os modelos normativos que puderam ter sido traçados de antemão, mas, inclusive, todos os prognósticos e previsões".

A existência humana é uma colcha de retalhos que se vão justapondo em cerzidos invisíveis. Pronunciando-se o legislador sobre um deles, outros sobrevivem, não necessariamente nos mesmos moldes. Cada retalho é sempre um caso individual e sua apreciação, bem como a solução que lhes cabe no sistema político e no ordenamento jurídico, depende de se eleger a possibilidade mais condizente, na multiplicidade das que se exibem ao legislador e ao magistrado.

### III

#### DINAMICIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

1. — No Direito do Trabalho, a lei pretende chegar mais cedo. A atividade juslaboral persegue o objetivo de personalizar o direito justo, vivo, ágil e semovente que acompanha "pari passu" o desenrolar da vida na sociedade.

As sentenças normativas, nos julgamentos de dissídios coletivos, exemplificam essa preocupação da Justiça do Trabalho, propiciando soluções normativas no momento mesmo em que se fazem necessárias.

A faculdade de criar a norma coletiva, assegurada à Justiça do Trabalho pela Constituição Federal (artigo 142, parágrafo 1.º), tenta, valentemente, suprir a defasagem legislativa para os casos previstos. A sentença normativa, na metáfora primorosa de Carnelutti (citada por Pedro Vidal Neto na sua tese sobre "Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho", São Paulo, 1985, pág. 181), possui "corpo de contrato e alma de lei", pois embora não sendo propriamente uma lei, atua como se fosse, porquanto faz lei entre as partes, com força e eficácia plenas. No entanto, organicamente, é um contrato. Mas um contrato de amplo alcance social, firmado entre categorias profissionais de empregados e empregadores, para tutelar situações ainda não protegidas pela norma legislada. Grandes conquistas sociais estão seladas e vigentes por obra de sentenças normativas, tais como a estabilidade da gestante; salário profissional ou piso salarial das categorias beneficiadas; adicionais de horas extras em índices superiores ao da Consolidação das Leis do Trabalho.

Outro aspecto digno de relevo, no que tange ainda às sentenças normativas, é seu caráter de periódica avaliação e reciclagem. A cada data-base, as cláusulas que asseguram esses avanços passam pelo crivo de acurada revisão, entre as partes envolvidas, e os benefícios delas decorrentes podem receber ampliações qualitativas ou quantitativas.

Assim, é pertinente dizer que, além do corpo de contrato e da alma de lei, a sentença normativa espelha, também, uma vitalidade ímpar, que vem motivando e ensejando mudanças ao compasso das premências ditadas por novas situações.

2. — No Direito do Trabalho, poder normativo quer significar o exercício de compor os conflitos coletivos na esfera das relações trabalhistas, sob a égide constitucional. Seu exame doutrinário remonta à Carta Magna de 1934.

Já se inquiriu sobre a natureza jurídica do poder normativo, sua legitimidade e mesmo sobre sua conveniência.

A natureza desse poder, na atuação jurisdicional que visa à composição dos litígios coletivos, é a mesma da função do juiz no trato dos dissídios individuais. Não pode haver dúvida quanto ao processo, pois a aplicação do direito, quer individual, quer coletivamente, constitui a causá específica e a função precípua do Poder Judiciário. A prática do poder normativo, pois, harmoniza-se com a prestação jurisdicional, uma vez que essa função diz respeito à criação e aplicação do direito e a desenvolve nos parâmetros do processo judiciário.

Sua legitimidade advém do incontestável liame com a Constituição Federal, que o assegura aos Juízos e Tribunais do Trabalho e convalida seu exercício através do artigo 142, parágrafo 1.º.

Quanto à conveniência, não há como negar que o poder normativo, manejado nos estritos limites em que é permitido mover-se, atende superiormente aos fins sociais a que se propõe a Justiça do Trabalho e responde às exigências do bem comum, em consonância ideal com as imposições que o artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil faz ao juiz, na aplicação da lei.

3. — A sentença normativa representa, assim, o fecho do mecanismo pelo qual o poder de normatizar é realizado nos Juízos e Tribunais do Trabalho. Como tal, reveste-se de força criadora, sem que esse aspecto implique, de qualquer

modo, desrespeito ao direito positivo. Tratando diretamente com as partes conflitantes e delas recebendo o impacto das necessidades de uma solução que melhor interarticule os interesses que se contrapõem, os juízes trabalhistas e suas decisões criam, verdadeiramente, a norma prática e praticável, elevando o direito à consecução de suas finalidades mais imediatas e justificando a assertiva de Fernandez, segundo a qual "o direito serve à vida". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 91).

São eles os atuais pretores, esclarecidos jurisconsultos formados na experiência, na preparação intelectual e numa constante observação dos fatos, que modificam situações e tornam pulsante a realidade. Com sua bagagem, estão aptos a dissecar a lei para aplicá-la até onde for possível, prosseguindo adiante, pois conforme dito atribuído a Papiniano, "a providência dos magistrados não deve omitir aquilo que se omitiu nas leis" (Alberto Vicente Fernandez, "Función...", pág. 23).

A sentença normativa está dirigida a centenas ou milhares de indivíduos, ou seja, a um grupo. Esta é a inovação para a qual tende hoje o direito.

A sentença individualizada, a norma de alcance unitário e exclusivo, dá lugar a uma decisão coletiva e abrangente, social e socializante, que soluciona e estabelece normas jurídicas acerca de conflitos que envolvem múltiplos temas e beneficia e pacifica o relacionamento entre duas partes que, na verdade, representam inúmeros indivíduos, cada uma.

4. — O sentido social, já caracterizado pelo alcance da norma, adquire maior relevo na transfulguração e aplicabilidade do princípio segundo o qual as normas de proteção ao obreiro necessitam de oportuna destinação. De fato, os empregados — que nem por se agruparem em corporações classistas ou constituírem um número imensamente maior do que os empregadores, deixam de representar a parte frágil no conflito — arcariam com prejuízos altamente danosos, sob o risco até da própria vida, se as medidas destinadas à prevenção acidentária não fossem periódica e regularmente revistas. E, mais ainda: — desamparado continuaria o trabalhador se, a despeito de constantes revisões de suas condições de trabalho, as correções e atualizações pertinentes não pudessem ser transmudadas em normas de aplicação imediata com força de lei.

Os pontos feridos no parágrafo anterior falam eloqüentemente sobre a necessidade da existência do mecanismo criador facultado aos juízes e Tribunais pela Constituição e que se concretiza na elaboração da sentença normativa. Esse acompanhamento tutelar dos contratos coletivos, na periodicidade com que são revisitados, dificilmente poderia ser feito através do Legislativo, dadas as peculiaridades de assuntos, a variedade de situações e a multiplicidade dos casos. A própria regionalização dos Tribunais do Trabalho facilita, em tese, a apreciação e o trâmite dos processos. O congestionamento dos pleitos, que emperra a máquina judiciária trabalhista e implica morosidade no julgamento dos dissídios, deve ser visto como fator circunstancial, alheio ao mérito do procedimento e passível de correção, cuja solução depende de providências principalmente administrativas.

5. — Por outro lado, as polêmicas que tendem a dar uma interpretação restritiva à atribuição assegurada pelo artigo 142, parágrafo 1.º, da Carta Magna,

como acontece a respeito do salário normativo ou piso salarial, certamente estarão se confrontando com o secular princípio latino segundo o qual "odiosa restringenda, favorabilia amplianda". Ademais, acresce o fato de ser praticamente impossível chegar-se a saber o que tencionava o legislador ao produzir a lei, especialmente quando se aceita que a figura do legislador — que não é uma única pessoa, e sim, muitas — configura uma abstração ou ficção. É nesse caso que concordamos com Kohler, quando diz: "As leis não devem ser interpretadas de acordo com as idéias e intenções do legislador, mas devem ser interpretadas sociologicamente, como sendo o produto do povo todo, do qual o legislador não é senão o órgão" (cit. por José Antonio Niño, in "La Interpretación...", pág. 209).

Niño, por sua vez, considera argumento de interpretação o aspecto de que "se a lei autoriza o mais, tacitamente autoriza o menos; é o que se contém na fórmula **a majori ad minus**. A extensão da lei, em seu texto e em seu espírito pode ser reduzida em sua aplicação, sem violação da mesma. O inverso é também verdadeiro: quando a lei proíbe o menos, com maior razão proíbe o mais; argumento que se expressa: **a minori ad majus**. Por último, tudo aquilo que é favorável na aplicação das leis, poderia e deveria ser objeto de ampliação; em contrapartida, o danoso ou prejudicial, deverá restringir-se, o qual se encerra nesta fórmula: "odia restringenda, favores ampleandi". Esta regra, de muito uso no Direito Canônico e, aparentemente clara, encerra, não obstante, a dificuldade de distinguir-se, em cada caso, qual é o odioso e qual é o favorável". (José Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 49).

O respeito à integridade do organismo hierarquizado do direito é um dever incontestável. Todavia, não poderá sofrer radicalização a ponto de escapar aos limites interpretativos da razoabilidade, provocando constrição das atribuições emanadas pela norma superior.

O próprio alcance social das cláusulas e dispositivos convencionais e a sua repercussão positiva no campo das relações do trabalho, justificam plenamente a concessão constitucional da prerrogativa criadora aos juizes e tribunais. É o sadio esposamento e a destinação prática, no direito brasileiro, do sábio entendimento romano pelo qual **o juiz faz o direito**.

A propósito, Recaséns Siches relembra o fato de que muitas leis "que parecem ter trazido ao direito francês, inovações revolucionárias, não são mais do que a codificação das regras já formuladas e aplicadas, previamente, pelos tribunais, quando estes iam se deparando com novas realidades sociais. Assim, por exemplo, a lei sobre a indenização devida pela rescisão brusca ou intempestiva do contrato de trabalho; a lei sobre a inembargabilidade de salários ou soldos pequenos; e, também, a lei sobre acidentes de trabalho". (Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 229). Em outra parte da obra, o mesmo autor já havia ressaltado, com brilho, que uma lei "não pode conservar indefinidamente o sentido e o alcance que teve quando foi ditada, se tudo foi mudando ao redor dela: os homens, as coisas, o juiz, o próprio legislador" (Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 227).

6. — A tendência moderna, no campo das relações do trabalho, aponta a existência de fatores que demonstram uma superação do paternalismo estatal e o fortalecimento do poder decisório de grupos, do sindicalismo e das negocia-

ções diretas. Estas últimas subdividem-se em composições de interesses através de convenções e acordos sindicais, e convenções coletivas resultantes de decisões normativas da Justiça do Trabalho.

A atividade criadora do magistrado não pode ser vista como um perigo à ordem jurídica, desvinculada e irresponsável. Ela se processa entre as quatro paredes do Direito, revestidas pela Justiça. Como acertadamente diz Fernandez, "... a função do juiz nem é passiva, nem é arbitrária ou livremente criadora, mas uma função criadora condicionada pelos variados fatores do ordenamento jurídico que contém valores históricos objetivos e objetivados e são estudadas as situações reais do litígio, pois o direito serve à vida. Assim, fica esclarecido o equívoco dos que afirmam que criar consiste em uma atividade arbitrária, não sujeita a leis nem a princípios, como se o verdadeiro criador não se submetesse a eles. Pelo contrário, os mais fecundos se orientaram por normas sem as quais qualquer um se desorienta. A função do juiz, entretanto, adquire real importância à medida em que ele recebe sólida formação jurídica e humanística" (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 91).

7. — Como tal, e diante dos resultados de ordem social e dos efeitos de natureza prática que têm sido alcançados, ao legislador **constituente** caberia enveredar corajosamente pela trilha da evolução, que marca a trajetória da atuação criadora da Justiça do Trabalho, não apenas mantendo como também aperfeiçoando a atribuição existente para que, através de uma indeterminação maior da norma superior, facultasse ao poder interpretativo dos magistrados dessa Justiça a ampliação de sua capacidade de criar o direito, dentro da compenetração de responsabilidade jurídica, ética e social que os têm distinguido até aqui.

O poder normativo da Justiça do Trabalho, a nosso ver, necessita de maiores contemplações que facultem a explicitação de todas as suas potencialidades. Nele repousa a perspectiva de solução para o permanente impasse que representa a transposição da vala que separa o passado do futuro, a tradição do progresso, as abstrações da lei geral em detrimento de uma sociedade em constante mutação. Enfim, é a ponte projetada para cobrir, com segurança, o espaço entre o proprietário do meio de produção e a força de trabalho.

#### IV

### PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

1. — Face à natureza mesma do Direito do Trabalho, alguns princípios destacam-se com mais nitidez nesse campo especializado do direito.

No trato com tais valores, contudo, a primeira dificuldade estará em se reconhecer a **verdade**, que Santo Tomás de Aquino define como sendo a perfeita adequação da inteligência à coisa. Vista como tal, ela se opõe à falsidade, uma categoria que, se passivamente é tida como a ausência pura e simples da verdade, ativamente constitui um dos agentes determinantes da injustiça.

Para localizar a verdade e distingui-la entre as falácias no emaranhado das provas que deve compulsar, o juiz precisa acionar os recursos psicológicos e intuitivos do seu intelecto, recuperando as partes em que ela geralmente se espa-



lha na realidade, com o fito de recompor a ordem orgânica e ética dos fatos que não de suportar a decisão justa.

2. — O Direito do Trabalho, de cunhagem eminentemente social, privilegia os conceitos de verdade e justiça, no confronto com os demais princípios acatáveis para o deslinde das pendências laborais, a tal ponto que se convencionou chamar o contrato de trabalho de "contrato-realidade".

Dispondo sobre o aspecto social do Direito do Trabalho, que o diferencia de todos os ramos do Direito, ensina Riva Sanseverino: "O atributo social que hoje pertence, especificamente, à questão de que se trata, deriva da constatação de situações e relações que contradizem o postulado de absoluta igualdade dos indivíduos em face da lei, que a Revolução Francesa pretendia assegurar e, em antítese à concepção que apenas reconhece 'o Estado e o indivíduo, está a indicar a existência e a relevância jurídica de relações entre as classes', relações que assumem interesse fundamental, por isso que existe uma sociedade composta de classes heterogêneas, iguais em direito, todavia desiguais de fato". (Riva Sanseverino, "Curso de Direito...", pág. 9).

Assim é que, ao juiz do Trabalho cabe decidir, por exemplo, quem arcará com a produção da prova (**princípio de aptidão para a prova**), de acordo com o disposto no artigo 175 da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece: "Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas". Ora, sendo o operário a parte comprovadamente mais fraca e dispondo a empresa dos meios e do poder que a capacitam a produzir as provas, nada mais justo que a ela caiba o encargo.

Esse enfoque, que implica o comprometimento do princípio da igualdade entre as partes, evidencia, apenas, que a justiça se realiza de maneira tão ampla que abrange também esse aspecto da questão. Ou seja, o contraente economicamente mais forte deve suportar o encargo probatório. Nessa hipótese, o juiz mitiga a diferença previamente existente entre as partes e, assim, contribui para instaurar a verdadeira e justa igualdade.

Como disse ainda, com muito acerto, a autora acima citada: "A questão social revela a necessidade de proteger e valorizar uma dada classe de cidadãos — a dos trabalhadores —, vale dizer, aqueles que fruem, predominantemente ou totalmente do próprio trabalho, os meios de subsistência, no setor econômico, no qual especificamente se manifesta, tal 'questão' consiste na pesquisa do sistema mais apto a garantir a mais equitativa divisão da riqueza entre os que a produzem e, em particular, a garantir ao trabalhador certa 'efetiva' liberdade, que consiste, e só pode consistir, na liberdade econômica, liberdade que, para adotar expressão colhida nas declarações da Carta Atlântica, se costuma hoje denominar **freedom from want**, ou seja, liberdade da necessidade". (Riva Sanseverino, "Curso de Direito...", pág. 10).

3. — Para Alberto Vicente Fernandez, se o que se tem em mente é o estabelecimento da verdade e da justiça, "isso importa mais do que a liberdade das partes, que sofrem uma relativa diminuição". (A. V. Fernandez, "Función Creadora...", pág. 65).

Posto que a ninguém é dado ignorar a lei, nem mesmo ao homem rústico ("juris ignorantiam etiam rusticum hominem non excusat"), passa-se à presunção de que a norma seja conhecida de todos desde a sua publicação ou sanção. Entretanto, na realidade, tal não ocorre. O desconhecimento da lei é fato comum e a assertiva traduz apenas uma necessária ficção jurídica. Todavia, por razões de ordem e segurança, a presunção do conhecimento deve ser mantida. Mesmo assim, por vezes, pode preponderar o senso de justiça do juiz sobre o espírito e a força da "dura lex", nos casos em que sua psicologia lhe permita certificar-se, com segurança, da verdade que altere o rumo do seu convencimento.

Sopesando os interesses em conflito, o juiz deverá se valer dos princípios inspiradores da lei, analisados juntamente com as circunstâncias do caso, para ditar a solução que melhor atenda aos fins sociais.

É inegável que um sistema de presunções favoráveis ao empregado, sendo este a parte mais frágil, criaria uma situação de igualdade com a outra parte. Os direitos Civil e Comercial também postulam a proteção dos mais fracos, especialmente contra o abuso do poder econômico.

4. — Chamando a atenção para a relatividade de vários princípios gerais, Fernandez afirma que "a igualdade das partes, em juízo, tem sido alterada considerando-se que existem casos em que uma das partes do processo é mais débil do que a outra. E à medida em que o juiz adquire mais importância no processo, é ele quem decide em que casos esse princípio deve ceder". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 66).

O brocardo latino "in dubio pro operario" é universalmente consagrado, a exemplo do que ocorre no direito Penal ("in dubio pro reo") e no direito Comercial ("in dubio pro miseror"), privilegiando sempre a parte mais fraca e vulnerável. O IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social concluiu que o princípio acima incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do juiz não esteja firmada convicção absoluta resultante do exame acurado das provas integrantes dos autos.

5. — A interpretação que mais favoreça o empregado, conceituada como **princípio de favor**, torna-se de aplicabilidade menos necessária à medida em que outros recursos sejam também utilizados para a formação do convencimento do magistrado, tais como as **máximas de experiência** contempladas no artigo 335 do Código de Processo Civil. Essas máximas levam a se ter como verdadeiros os fatos prováveis, na contingência da indisponibilidade de outras provas, e se valem da experiência vivencial do juiz e do seu conhecimento e compreensão dos eventos naturais e da personalidade humana.

Ao juiz é vedado julgar com base no conhecimento dos fatos que não estejam no âmbito limitado dos autos. Todavia, as máximas de experiência têm origem na observação daquilo que costumeiramente acontece, por verossimilhança, ou seja, daquilo que pode ser facilmente apreendido por qualquer indivíduo de cultura mediana. Sua utilização, além de não comprometer o sistema dispositivo, reverte em seu favor. O ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado, na conhecida regra de Malatesta, a qual se coaduna perfeitamente com esse princípio.

Ainda dentro dessa matéria, merece destaque a referência feita aos usos pelo artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Riva Sanseverino argüi contra os usos a seguinte restrição: "Em princípio, os usos cedem diante da lei; quando, porém, de uso mais favorável ao trabalhador, prevalecem sobre as normas dispositivas ao passo que, para prevalecer sobre as normas imperativas, necessário se torna que a lei o declare expressamente". (Riva Sanseverino, "Curso de Direito...", pág. 14).

6. — A equidade é outro princípio que encontra, na Justiça do Trabalho, campo de fértil aplicação. Há quem a compare aos princípios gerais do direito. Outros autores, contudo, qualificam-na como sendo um método de interpretação, porém um método que se reveste de importância ímpar no direito do Trabalho.

Enfatizando que "ao juiz não interessa determinar puras realidades, mas decidir o que se deve fazer frente a determinados aspectos de certas realidades", Recaséns Siches conclui ser importante, para o magistrado, certificar-se de que a valoração que serviu ao legislador como determinante de uma dada proibição é aplicável a um novo caso proposto, "para o qual deve também examinar ou analisar aspectos das situações sociais em relação com aquela valoração". (Luiz Recaséns Siches, "Nueva Filosofia...", pág. 186).

Em outra obra, o mesmo autor recorda a pregação, desde a década de 1930, de um repertório de direitos sociais do homem, que devem ser acrescentados à relação dos direitos ou liberdades individuais já reconhecidos nos regimes democráticos (Luis Recaséns Siches, "Tratado General...", pág. 600). Enumera, entre eles, o direito a condições justas de trabalho; à proteção contra o desemprego; a um nível decoroso de vida no tocante à alimentação, moradia e assistência médica; à assistência social em caso de acidente, enfermidade, invalidez, viuvez ou outros casos em que se configure perda dos meios de subsistência por circunstâncias alheias à vontade da pessoa; e o direito à educação.

Para melhor compreensão dessas propostas, no entanto, faz alguns esclarecimentos quanto ao sentido da expressão "direitos sociais", habitualmente empregada (sozinha ou acompanhada de qualificativos como "econômicos" e "culturais") para caracterizar um tipo de direitos do homem, diferente da modalidade de direitos básicos individuais e do tipo dos democráticos.

Já os tradicionalmente denominados direitos individuais representam, essencialmente (embora não de modo exclusivo), os direitos de liberdade, de estar livre de agressão ou restrições e ingerências indevidas por parte de outras pessoas e especialmente das autoridades públicas.

Finalmente, os chamados direitos sociais — econômicos e culturais — têm por objeto atividades positivas, do Estado ou do próximo ou da sociedade, com a finalidade de proporcionar ao homem certos bens ou condições. Contrastando com os direitos individuais (cujo conteúdo é negativo, um "não fazer", um "não violar", ou um "não prejudicar" por parte das demais pessoas e, sobretudo, das autoridades públicas), o conteúdo dos direitos sociais está fundado positivamente em um "fazer", um "contribuir", um "ajudar", por parte dos órgãos estatais. O qualificativo de **socials**, neste caso, tem o sentido, especial, de apontar a idéia do conteúdo exposto acima, mas Recaséns Siches destaca o ponto de vista de que todos os direitos, sem exclusão, são sociais, em decorrência do fato de todo **direito**, necessariamente, supor uma relação entre duas ou mais pessoas.

## INSUFICIÊNCIA DA LEI POSITIVA

1. — A lacuna sempre acompanhou o direito positivo. Correm paralelamente a partir do aparecimento deste último, porquanto aquela, certamente, nascera muito antes, do primeiro conflito entre os primeiros seres humanos. Embora, a princípio, a lacuna não fosse notada, mesmo assim ela pairava sobre as interações das primitivas hordas como a ausência de qualquer norma, ou seja, a lacuna fundamental.

A magia e a religiosidade candente dos povos primevos obnubilavam os interesses normativos na fumaça dos rituais. Numa fase posterior, ainda sob a regência do direito não escrito, os usos e costumes vigoravam acima de qualquer questionamento, não vislumbrando — filhos e súditos —, qualquer falha nas ordens incontestáveis dos pais ou seus maiores. Na Roma clássica, mesmo sem que a matéria fosse objeto de maiores atenções, os magistrados porfiavam com as físuras jurídicas, arquetetando ficções para integrar o direito nos casos que refugiam ao disposto no Corpus Juris.

O problema, contudo, assoma à doutrina no século XIX, fruto da Revolução Francesa, que tornou legislado o direito, praticamente institucionalizando a mudança legal. A Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, em seu artigo 5.º, já houvera determinado que tudo o que não fosse expressamente proibido pela lei não podia ser obrigado e ninguém seria constrangido a fazer o que ela não obrigasse. Por outro lado, o Código Napoleão, em seu artigo 4.º, obrigava o juiz a julgar, mesmo na ausência da lei.

2. — Recaséns Siches igualmente reconhece como notória a constatação de conexões, inconexões e vazios nos ordenamentos jurídicos, interpretando, a propósito, o princípio da **plenitude hermética** como sendo a expressão de que "a ordem jurídico-positiva deve dar solução a todo conflito que se implante". (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 17). Essa tarefa é introduzida, geralmente, na função do juiz, ao qual compete perquirir a norma pertinente ao caso imprevisto e preencher a lacuna, com as cautelas do praxe.

A própria característica da mutabilidade e acomodação permanente da sociedade humana a situações novas leva à inexequibilidade de um código "unum et aeternum", o decálogo definitivo que "antecipe todas as mudanças e todas as novas combinações de fato que vão surgir no futuro". (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 16).

Essas fendas que surgem com o movimento de adaptação das camadas sociais diante dos abalos da história é que vão se incorporar ao rol dos assuntos lacunosos a exigirem a intervenção pessoal do julgador.

3. — A lacuna continua sendo objeto de indagações e debates, constituindo a alternativa óbvia da norma positivada. Seu preenchimento se fará com a destinação que lhe for dada. Tanto pode resultar de escassez, de falha na completude do ordenamento, como de excesso, ou abundância de normas. Neste último caso, estão colocadas as antinomias (incoerência ou contradição entre duas leis que disciplinam a mesma matéria ou duas disposições da mesma lei).

Comentando o brocardo latino "ex facto oritur jus", Cesarlno Júnior, prefaciando obra de Giglio, afirma que, na prática forense, "aquela expressão significa que o juiz aplica a norma ao elemento fático que lhe é fornecido pelos postulantes. 'Da mihi factum, dabo tibi jus'. Esta é a missão precípua do juiz: aplicar a lei ao fato, torná-la viva pela sua aplicação compulsória nos casos em que não houve o seu cumprimento espontâneo, como era devido...". (W. D. Giglio, "Justa Causa...", pág. 12).

As lacunas são como os espaços formados pelos favos, que a operosidade das abelhas completa com o mel, resultante de paciente e diligente pesquisa e coleta através dos mais variados campos. Tal como as abelhas, o juiz diligentemente deve procurar preencher, com a sua decisão, os espaços deixados em aberto pelo legislador.

4. — "A lei — diz Morris Adler —, em certo sentido, congela a vida em um instante da legislação. São produzidas novas situações que não estão previstas no Código quando é invocado apenas o seu sentido literal". (Citado por Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 18).

Verdadeira essa afirmação, o Código não teria muito a ver com a realidade, porquanto estranho a ela. Ademais, sua própria cristalização já pressupõe imobilismo e omissão. Por isso, a lacuna contida na lei não deve ser repetida pelo juiz, que não deve perder de vista o fato de o direito, assim como a vida, ser mutável, não se limitando as fórmulas inflexíveis. Deve-se admitir, inclusive, que nem sempre a omissão da lei é falta de previsão. Ao contrário, visando à tarefa da integração do direito, as lacunas, às vezes, são deliberadamente deixadas à função do aplicador, pelo fato de que o legislador, de antemão, já sabia da responsabilidade de regular todas as situações passíveis de proteção jurídica, posto que a realidade antecede o direito. Portanto, na omissão, deve o intérprete valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia, da equidade. O artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho os indica, na seguinte ordem: jurisprudência, analogia, equidade e outros princípios e normas gerais do direito, usos e costumes, direito comparado.

Os princípios e normas gerais, expressamente mencionados no citado artigo 8.º, não obstante o seu sentido amplo, estão simbolizados por aquelas máximas que se fazem presentes no espírito dos homens: a boa fé, os bons costumes, a ordem pública, a lealdade processual, etc. São normas que informam, por dedução, todo o sistema jurídico.

Especificamente sobre os princípios gerais, ensina Del Vecchio: "...o legislador assinalou as fontes que o juiz deve recorrer sempre que não seja possível resolver uma controvérsia, aplicando uma disposição precisa da lei; tais fontes são, inicialmente, a analogia e, depois, quando apesar desta não seja possível decidir, os princípios gerais de direito" (Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 59).

5. — É por isso que, reconhecendo a sua própria limitação, a lei abre espaço para a atuação do juiz, que se supõe em condições intelectuais e morais de acompanhar, de perto, o fluir incessante da vida, de compreender as mutabilidades sociais e de entender o seu tempo. Porque, como a lei permanece paralisada,

imutável, legislações como a Espanhola, a Austríaca, a Argentina, a Alemã e também a nossa, indicam ao julgador quais os preceitos legais que lhe servirão de campo à sua tarefa de integração. A missão do juiz não se finda na aplicação da norma ao caso concreto, mas completa-se ao suprir lacunas e ao dar respostas, através de decisões novas, a situações que o evoluir da sociedade trouxe à luz.

Por causa da preocupação com a extensão inerente ao campo dos princípios gerais, já se disse que eles são um documento em branco outorgado ao juiz na árdua tarefa de decidir.

Esses princípios, apesar do seu sentido vago e não uniforme, estão reservados à atuação e criação do direito e têm força de direito Positivo. Como o juiz não pode, sob qualquer pretexto, deixar de sentenciar (artigo 4.º do Código Civil e artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho), o ordenamento jurídico indica qual a orientação que, na hipótese, deve o intérprete acompanhar para o cumprimento de sua missão.

Face à existência desses princípios, as lacunas não constituem óbices ao julgamento. Savigny já defendera a "plenitude hermética do direito". "Quando as fontes forem insuficientes para resolver a questão de direito, as lacunas serão preenchidas porque existe a universalidade do direito e sua unidade..." (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 48).

Com todo o apoio nessa teoria da plenitude hermética, que se refere à **força orgânica** do direito e ao seu procedimento com relação ao direito positivo através da analogia, é que se afirma que o direito não contém lacunas, pois está completo através da analogia, dos princípios gerais, da equidade.

Carlos Cossio defende a mesma teoria sobre a plenitude do direito, sob o fundamento de que a espécie está compreendida no gênero.

Com efeito, a norma prevista no código é a regra geral, porém as manifestações isoladas ficam a cargo do intérprete, o qual, ao aplicar o direito, deve procurar, através da norma geral do ordenamento jurídico como um todo, o princípio implícito e pertinente ao caso particular. Cria-se, dessa forma, uma regulamentação jurídica nova, cuja solução, entretanto, já estava incluída na lei.

6. — Ao juiz, como órgão que tem o poder, e também o dever, de decidir os casos particulares, destinou-se a função de ditar a norma individual, no âmbito mesmo da ordem jurídica e não fora dela. Ou seja, as lacunas, se existem, são para serem preenchidas pelo intérprete, mesmo porque à ordem jurídica pertence o juiz, que aí está não apenas para decidir, mas para decidir fazendo Justiça.

Para chegar-se à realidade de determinada norma jurídica, o intérprete lança mão de processos vários, isso não significando, necessariamente, que a norma encontrada, ali não estivesse presente. Ela estava lá, mas o seu surgimento decorreu do desenvolvimento de todo um processo de interpretação.

Outro aspecto a ser focado diz respeito àquelas situações que, por razões diversas, ainda necessitam de efetiva tutela jurídica, ou porque ainda não se vislumbrou a necessidade da proteção, ou por desinteresse do legislador.

Defrontando-se, o intérprete, com tais situações, deverá ater-se à análise da sua juridicidade, porquanto há situações que são, por si mesmas, jurídicas. Cons-

tatada a juridicidade e inexistindo norma expressa a respeito, o intérprete deve dar proteção jurídica àquelas situações, valendo-se dos recursos postos à sua disposição. Para tanto, deverá afastar-se do conceito ultrapassado da lei como única fonte do direito.

Os riscos, que sempre existem, são evitados pela disposição expressa contida no ordenamento jurídico, apontando as fontes onde o intérprete buscará respostas a essas lacunas, como é o caso do artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Aqui, também, os princípios são estabelecidos de forma flexível, ensinando tutelar um número incontável de situações. Nesse contexto é que surge o poder criador do juiz, com sua valoração subjetiva dos fatos e onde se revela o intérprete, o qual, servindo-se das máximas de experiência, da observação dos seus semelhantes, atua não como espectador, mas como protagonista.

## VI

### A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

1. — Muito apropriadamente, já se observou que o direito está no ar. Todavia, não é respirável em estado puro. Daí por que o homem inventou a **norma**, como veículo condutor daquilo que é bom, justo e cabe, eqüitativamente, a cada um. A partir do momento em que essa norma é criada, pode adquirir a importância necessária para transformar-se em lei, legítima e eficaz, com a sanção correspondente e o respaldo da força do Estado.

Possui características marcantes, como a imperatividade — que lhe dá o cunho de obrigatoriedade sem o qual vã seria a sua existência; a impessoalidade — que deixa a sua aplicação em suspenso, pairando sobre as cervizes de todos os indivíduos, indistintamente; a abstracidade — por não cuidar de casos concretos ou especificá-los; e o caráter geral — que a faz oponível “erga omnes”.

2. — A norma é, pois, a fonte primordial do direito. Contudo, não a única. Necessita, por exemplo, do suporte subsidiário do costume, para definir conceitos tais como honra, moral, pudor, honestidade, etc., variáveis de povo para povo, no tempo, nas culturas, nas sociedades.

O mesmo preceito que estabelece ao juiz a obrigatoriedade de aplicar a norma ao caso concreto (artigo 126 do Código de Processo Civil), deixa claro que o magistrado não pode se esquivar à tarefa de julgar sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei.

Nos casos em que não existe a norma positivada, o juiz deve recorrer às outras fontes, como os costumes, a analogia, a doutrina, a jurisprudência e os princípios gerais do direito. Mesmo quando existe a norma geral aplicável a um caso concreto, por vezes, o julgador é instado a exercer a sua função de intérprete. Como bem pondera Recaséns Siches: “Sem interpretação não há possibilidade de que exista nenhuma ordem jurídica”. (Luis Recaséns Siches, “Nueva Filosofía...”, pág. 182).

3. — Vários métodos de interpretação oferecem, aos juizes, canais propícios para o deslinde do conflito e a consecução da justiça, no caso singular. O modelo de interpretação **literalista** apega-se ao sentido gramatical dos vocábulos de que se

reveste a lei, porém esbarra nos vícios da própria linguagem, tais como ambigüidade, vagueza, etc., que a escola da exegese procura contornar com o tratamento prismático de análise da palavra no seu respectivo contexto, observada a "voluntas legislatoris", não obstante a dificuldade de chegar-se a saber quem é o legislador. Transferindo-se o enfoque para a "voluntas legislatoris", deparamos ainda com Savigny e sua interpretação da lei historicamente considerada, ou ainda, como o querem Binding, Wach e Kohler, com o acréscimo da análise evolutiva hermenêutica, dissociando-se a norma da intenção do legislador. Recaséns Siches contribui com o modelo que recorre à lógica do razoável.

Carlos Cossio, que propõe a teoria egológica do direito, a análise caso por caso, diz que "a função da chamada jurisdição é absolutamente constitutiva, é produção jurídica, no sentido próprio da expressão. A sentença judicial é uma norma jurídica geral e abstrata, é a continuação do processo de produção jurídica, do geral para o particular" (citado por Eduardo V. Couture, "Fundamentos...", pág. 229).

A respeito da aplicação do direito, o mesmo Cossio aduz o seguinte: "Para a tese egológica, a dificuldade se resolve com absoluta simplicidade, pois se a lei é somente um **conceito normativo que representa certa conduta**, e se a conduta, como tal, se reconhece pela compreensão, é claro que a valoração jurídica é imanente à lei e sempre está dentro dela, integrando o conhecimento conceitual que ela apresenta" (citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 217).

4. — De outra forma, temos a aplicação da norma como fixação do comando concreto, particularmente no ordenamento jurídico anglo-saxão e nas soluções por meio da jurisprudência. Neste sentido, a sentença judicial é vista como criação da norma individual, ao influxo de outros fatores alheios à lógica dedutiva, um direito que é válido para o caso apreciado e que obriga às partes envolvidas.

Qual o método interpretativo de eleição? A resposta de Recaséns Siches, por exemplo, é que "não há, em absoluto, nenhuma razão justificada para preferir, nem em termos gerais, nem em situações irregulares, um método interpretativo aos outros métodos" (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 180). Ao juiz, em seu discernimento, fica o livre exercício da opção pela via da verdade, e que melhor e mais diretamente o leve à solução ditada pela justiça.

A interpretação da lei exige o concurso da habilidade específica do juiz, para a justa e cabal personalização da norma. Para Reale, "só aplica bem o Direito quem o interpreta bem" (Miguel Reale, "Lições Preliminares...", pág. 292).

5. — O fenômeno que, ultimamente, vem sendo chamado de "fetichismo legalista" e que caracteriza uma cega adoração ao direito positivado, representa, sem dúvidas, um fator considerável de intimidação psíquica e, até mesmo, de cerceamento intelectual sobre muitos julgadores mais suscetíveis de acorrentamento à letra da lei e de servilismo ao dogma conceitualista. Quer-nos parecer que a lentidão que marca pesadamente a própria imagem da Justiça, acaba sendo assimilada, equivocadamente, por mentes privilegiadas de eméritos julgadores, compartimentando-se em gabinetes vitalícios do próprio ordenamento e, paulatinamente, atrofiando sua capacidade de discernimento. O ato de julgar, que na antiqüidade era acatado como função partilhada dos deuses e evoluiu gradativamente



até ser respeitado como a cristalização da clarividente ação de atribuir o direito, desce, então, para o estágio inferior da aplicação puramente mecânica da norma positiva, no subsolo da realidade.

Uma das conseqüências do apego extremado à hermenêutica dogmática é o mascaramento do conflito pela lógica matematizada, em nome da qual injustiças adquirem foros de imposição legal e, sob sua proteção, tais pecados são perdoados e esquecidos.

6. — A interpretação da lei assume importância extraordinária porque constrói a base primordial da aplicação do direito. Após a elaboração da lei, mas antes da sua aplicação, situa-se o vasto campo que se oferece à função do intérprete. Nesse processo desenvolve-se todo um difícil e meticuloso trabalho de valoração, sem se perder de vista que, no entanto, o direito pertence ao mundo da cultura e não pode ser explicado, mas compreendido.

Para Couture, os vocábulos da ciência da cultura não designam apenas coisas que estão na realidade concreta e exterior, mas coisas que estão no espírito dos homens. Daí a sua necessidade de compreensão, mais do que de uma explicação. As palavras têm vida no espaço e no tempo e, como a vida, surgem, modificam-se e desaparecem.

Como não seria possível a criação de uma linguagem rigorosa, sem ambigüidades ou lacunas, surgiu a necessidade da interpretação. Essa, todavia, não poderia limitar-se a esclarecer obscuridades ou preencher lacunas, como já ocorreu anteriormente, no século XIX, com a famosa escola da Exegese. O método legalista ou exegético puro, restringe-se à interpretação dos textos concretos da lei, utilizando-se de procedimentos gramaticais ou lógicos. Tal sistema, como se sabe, representa a mais elementar tarefa de elaboração jurídica, porque trabalha exclusivamente sobre a lei, olvidando as outras fontes. Segundo a escola da Exegese, apenas as disposições expressas e mais simples têm interesse, não se ocupando o intérprete do seu desdobramento.

Esse procedimento dos exegetas ocupou lugar preponderante na filosofia do século XIX. A dedicação exclusiva ao culto da lei significava o abandono do culto do direito, com o conseqüente afastamento das fontes reais em benefício de uma contemplação exclusiva das fontes formais. Somente a lei importava.

O fruto mais fecundo dessa escola foi o Código Napoleão. O jurisconsulto Bugnet dizia: "Não conheço o Direito Civil; apenas ensino o Código Napoleão" (citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 78). Na mesma obra de Niño, à mesma página, está citado F. Laurent, que afirma: "Os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; este não tem por missão fazer o direito: o direito está feito. Não existe dúvida, pois o direito está escrito em textos autênticos".

Outra característica dessa escola era a preocupação com a intenção do legislador. Seu método, contudo, caiu em desuso, juntamente com a expressão filosófica correspondente, que era o positivismo jurídico.

As críticas maiores que se fizeram à exegese do século XIX foram provocadas pelo fato de haver, aquela escola, sacrificado as fontes reais em proveito das

fontes denominadas formais e, de maneira infecunda, ter desenvolvido tão-somente uma técnica jurídica.

7. — Para o intérprete contemporâneo, as leis pressupõem sempre riqueza de significado e flexibilidade de sentido. A ele é recomendado padrão de interpretação que vise à equidade, com uma participação ativa do julgador na tarefa de integração do direito. A função judicial deve ser, ao mesmo tempo, criação e aplicação científica do direito.

Sobre a cientificidade desse momento que pressupõe sempre a aplicação do direito, Paulo Carneiro Maia esclarece: "Em verdade, não é menos nem mais científico este momento porventura mais caracteristicamente jurídico no qual há criação, há participação criadora do direito (doutrinador, administrador, juiz, etc.), que refaz o caminho percorrido, renova o processo por que passaram os que editaram a lei, a fim de aplicar não a norma ao fato particular, como se veste uma roupa 'standard' em um manequim, mas para iluminar o fato com a luz dos valores que se caracterizam na regra de direito" ("Enciclopédia Saraiva...", vol. 29, verbete Dogmática Jurídica, pág. 263).

Na aplicação da lei, há necessidade de atualizar-se o seu conteúdo, cabendo ao intérprete o complexo papel de reavaliação e recriação.

A Ciência do Direito condensa teoria e prática. Como ciência do mundo da cultura, está em constante renovação, voltada para necessidades que não admitem espera.

8. — Como é impossível ao legislador a previsão de todas as situações e ao juiz não é facultado, como já visto, deixar de proferir decisão, por omissão ou lacuna da lei, abre-se ao intérprete um vasto campo de criação do direito.

Del Vecchio ensina: "Não há interferência alguma entre homens, não há controvérsia possível, por muito complicada e imprevista que seja, que não admita ou exija uma solução jurídica certa. As dúvidas e vacilações podem subsistir durante longo tempo e no campo teórico. Todos os ramos do saber e mesmo a jurisprudência, como ciência teórica, oferecem exemplo de questões debatidas durante séculos e apesar disso não resultam, todavia, insolúveis; mas, a uma pergunta, qual o direito?, qual o limite do meu e do seu?, deve-se, em todo caso, dar uma resposta, sem dúvida, não infalível, mas praticamente definitiva". (Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 8).

**É isso, em resumo, o que se espera do direito: que dê uma solução às controvérsias, senão infalível, pelo menos definitiva.**

9. — No prólogo à obra acima citada de Del Vecchio, F. Clemente de Diego aprofunda o tema quando diz: "A questão do limite entre o meu e o seu, na relação das pessoas que necessariamente convivem e se entrecruzam em sociedade, afetando, como afeta, aos interesses materiais e morais de cada um, fica muito exposta a razões e conflitos e para subtraí-los à arbitrariedade e à violência privada necessitam de uma solução na justiça pela autoridade; não se poderia, de outro modo, manter-se a ordem social". (Obra citada, pág. 8).

A missão de paz da função judicial vem em socorro dessa necessidade permanente, permanente. Necessidade que não admite adiamento nem recusa, posto que o juiz não pode eximir-se de sentenciar, sob nenhum pretexto.

Muito embora a própria lei positiva remeta o intérprete a esses princípios gerais do direito, termo vago e propositadamente impreciso, não está o julgador, todavia, autorizado a valer-se de razões subjetivas ou pessoais, devendo ater-se à concepção dominante do momento e do país da questão, utilizando-se, para tanto, dos meios postos à sua disposição e previstos no ordenamento jurídico, os quais são: costumes, equidade e princípios gerais do direito.

Sobre essa limitação imposta ao juiz, Couture, de forma magistral, afirmou o seguinte: "O juiz é um homem que se move dentro do direito, como um prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito, não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio Homem". (Eduardo J. Couture, "Introdução...", pág. 87).

10. — Está o intérprete limitado, por conseguinte, em sua atuação jurisdicional, pelas fontes primordiais de soluções jurídicas, muito embora não seja tarefa simples explicar o que sejam esses princípios e como se faz para obter-se a sua aplicação prática. A lei e os códigos, refletindo o seu tempo, visam a amparar as necessidades que vão surgindo. Como o direito é dinâmico e a lei é estática, com o passar do tempo a distância entre um e outro vai aumentando até chegar ao ponto em que a lei já não serve à sua função primordial de regular relações sociais, dando ensejo ao aparecimento das lacunas.

Um ilustrado jurista italiano, J. de Montemayor, disse a esse respeito: "Inventam-se o telégrafo, o telefone, o cinema, o avião; novas formas de produção, de associação, de participação; novas relações econômicas e de propriedade nascem delas. Como regular com justiça essas matérias novas? As mesmas relações econômicas se transformam incessantemente e dão lugar, por isso, a novas questões de direito; como resolvê-las?". (Prólogo a Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 19).

Respondendo a essas perguntas, poderíamos argumentar que a experiência jurídica prova que as normas formuladas pelo legislador, na prática judicial, ensejam combinações inteligentes, dando-lhes um sentido mais amplo do que o seu aparente sentido literal. Poder-se-ia argumentar, ainda, que a própria lei reconheceu que o julgador, na sua interpretação, deve se valer dos princípios gerais do direito, como se fossem o próprio direito positivo. Mesmo porque, a se restringir a aplicação desses princípios ou a não lhes reconhecer força de direito positivo, importaria em introduzir um novo obstáculo, uma nova dificuldade, na sua tarefa de integração do direito, criando-se um círculo vicioso e obstaculizando a aplicação da justiça.

Assim, ante a deficiência da lei e a perspectiva sempre presente de ter que decidir sobre situações novas e não tuteladas pela norma jurídica, não obstante sua juridicidade, o juiz não estará apenas autorizado, mas obrigado a se utilizar dos princípios gerais do direito, a fim de resolver situações não abrangidas pela lei. As normas particulares também não seriam compreensíveis se não se conseguisse relacioná-las com os princípios que as inspiraram. Por outro lado, os princípios gerais informam, por simples dedução, todas as normas particulares do ordenamento jurídico.

Sanchez Román, citado por F. Clemente de Diego na obra de Del Vecchio, intuindo a imprecisão e a provável margem de arbítrio que tais princípios poderiam ensinar ao intérprete menos avisado, pondera: "Princípios gerais do direito não é frase tão precisa nem de sentido tão uniforme na variada concepção individual que não traga consigo algum perigo de arbitrariedade judicial. E não é porque não sejamos partidários entusiastas e convictos de que a prática do direito deve ser eminentemente científica" (in Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 28).

11. — Como já foi dito, não se pretende aconselhar ao intérprete a prática da especulação individual ou sugerir criações artificiais. A busca dos princípios deve ser feita no campo mesmo da doutrina geral do direito, na tradição científica, em consonância com a vontade geral. "O juiz é uma partícula da substância humana que vive e se move dentro do processo. E se uma partícula da substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito terá dignidade e hierarquia espiritual, mas se o juiz, como homem, cede ante suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação". (Eduardo J. Couture, "Introdução ao...", págs. 87/88).

## VII

### O INSTRUMENTO DA LÓGICA

1. — Alguém já se referiu à sentença judicial como a pomba imaculada, símbolo da paz, que irrompe das mãos do magistrado no instante da sua prolação.

As imagens simbólicas, de coloração indistintamente literária, não se lhes nega o trânsito pela ciência jurídica. Nada obsta que circulem airoso pelo emaranhado de conceitos, silogismos e princípios nesses cérebros excessivamente solicitados pelo raciocínio técnico empregado para a solução dos conflitos jurídicos.

A propósito, B. Russel diz que, desde a antiguidade clássica, sempre houve, no campo das idéias, "uma oposição entre os homens cujo pensamento era influenciado principalmente pela matemática e aquele que era mais influenciado pelas ciências empíricas". (Bertrand Russell, "Obras Filosóficas", pág. 398).

2. — A despeito de toda a polémica, dentro e fora da lógica, é certo que parece inconcebível raciocinar e se comunicar no mundo das pessoas, sem um mínimo de logicidade. Da mesma forma como parece impensável a sobrevivência de um vertebrado sem ossos.

Os próprios ataques indiscriminados à lógica formal não deixam de ter uma certa lógica. Na verdade, contudo, ocorre que a lógica, vista como o mecanismo intelectual de estudo do pensamento **sem** objeto pensado ou o estudo do pensamento como **o próprio** objeto pensado, é um imprescindível instrumento de sobrevivência da manifestação da razão. Como tal, a lógica pode ser amada ou odiada, adorada ou execrada, mas não deixará de estar presente onde quer que o ser humano consiga articular uma idéia.

Seu campo de cultura mais propício e fértil, além de tradicional, é a filosofia. Mas o direito nunca deixou, em sua doutrina, de abrigá-la, mesmo porque dela necessita para uso constante. Na condensação que W. S. Batalha faz sobre o tema, encontramos a lógica subdividida em ramos que abrangem todo o estudo da ciência jurídica. Assim é que temos a **Lógica Jurídica**, a que contempla o pensamento jurídico do ponto de vista da pura e simples normatividade, por sua vez subdividida em: lógica tradicional, com a bivalência verdade/falsidade; a lógica deontica ou dos fins; as lógicas plurivalentes, que tratam do mais ou menos verdadeiro, mais ou menos falso; a lógica simbólica, como instrumento de uma coerência das proposições; e a lógica dialética, ou lógica do conteúdo em movimento. A **Lógica dos Conceitos Jurídicos** estuda o conceito jurídico (a unidade do pensamento), o termo (expressão verbal do conceito) e a definição (demonstração do conceito, verbal). A **Lógica dos Juízos Jurídicos**, que trata especificamente do juízo (agrupamento de conceitos e, ao mesmo tempo, unidade de significação), cuja expressão verbal é a proposição, que não confunde com a norma porquanto geralmente é parte dela. E, por fim, a **Lógica dos Raciocínios Jurídicos**, sendo o raciocínio a operação pela qual são tiradas conclusões de um único ou de vários juízos concatenados e cuja expressão verbal é a argumentação e o silogismo. (W. S. Campos Batalha, "Introdução ao Estudo...", págs. 10/14).

O emprego da lógica na produção de regras de conduta, como ensina M. Reale, dá-se pela estruturação delas como juízos hipotéticos, segundo a decorrência **fato-conseqüência** assim esquematizada: **se F é, C deve ser**. (Miguel Reale, "Lições Preliminares...", pág. 100).

3. — Aplicar o direito é subsumir o caso concreto à norma pertinente, o que coloca o julgador diante da dificuldade de transpor a vala que separa o geral do particular, o concreto do abstrato. O mesmo Reale, despertando a atenção para essa atribuição do magistrado, a de dizer qual é o direito em concreto, diz que "durante muito tempo, uma compreensão formalista do direito julgou possível reduzir a aplicação da lei à estrutura de um silogismo, no qual a norma legal seria a premissa maior; a enunciação do fato, a premissa menor; e a decisão da sentença, a conclusão. À luz desses ensinamentos não faltam processualistas imbuídos da convicção de que a sentença se desenvolve como um silogismo". (Miguel Reale, "Lições Preliminares...", pág. 297).

Recaséns Siches, para chegar à sua conhecida teoria da lógica do razoável, combate valentemente a lógica dedutiva citando dois tipos de fracasso da lógica tradicional, quando a serviço da interpretação jurídica: o primeiro consiste na mania ou fetiche do geral, "que impede ponderar os elementos relevantes de cada caso concreto"; o segundo tipo de fracasso consiste em que a lógica do tipo matemático é "a condição e o instrumento para o conhecimento de idéias e de fenômenos da natureza", não contendo, portanto, pontos de vista axiológicos e tampouco as armações adequadas para a conexão entre fins e meios, além de igualmente não conter os quadros em que se dá a experiência vital e histórica" (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofia...", pág. 163).

4. — O processo de individualização da lei, variável em dificuldade de acordo com os diferentes graus, positivos ou negativos, de suficiência da norma geral, nem sempre tem, na lógica, o primeiro ou melhor ponto de partida, embora fatal-

mente vá encontrá-la em alguma parte do caminho. Em todo caso, a solução concreta não se estrutura apenas em mecanismos de argumentação, como pretende a lógica tradicional, e tampouco apenas em campos que simplesmente recusam espaço ao método dedutivo do raciocínio formalista.

Os primeiros correm o risco de reduzir toda a análise a uma apreciação bipolarizada: bom ou mau, negativo ou positivo, certo ou errado, verdadeiro ou falso, branco ou preto, ser ou não ser. Na realidade, entre o bom e o mau encontram-se ainda o relativamente mau, ou mais ou menos bom, o meio termo entre ambos, além das categorias que extrapolam esse limite, como o muito bom e o ótimo, o muito mau e o péssimo.

Para os outros, à sua vez, há o perigo de multifacetarem de tal forma o caso sob apreciação que, sufocados pelas inúmeras distinções e desorientados diante do leque de opções possíveis, não conseguem mais recompor as peças do processo e, menos ainda, dar ao tema o tratamento final adequado.

No entendimento de S. I. Hayakawa, é ingênua, por exemplo, a crença de que a lógica tradicional contribua para reduzir substancialmente os desentendimentos entre as pessoas. Para esse autor, a argumentação de arcabouço lógico leva a um acordo entre as partes "apenas quando, como na matemática e nas ciências, há firmes acordos **preexistentes** com referência àquilo que as palavras representam". (S. I. Hayakawa, "A Linguagem no...", pág. 195).

Todavia, como vimos acima, existem muitos sistemas possíveis de lógica, grande parte deles objeto de exaustivos estudos, alguns ainda a merecer melhor exame e outros de cuja existência se tem apenas vagas alusões. Trata-se de um território que, a despeito de já milenarmente palmilhado apresenta, contudo, cavernas inexploradas, que tanto podem levar a lugar nenhum como, ao contrário, podem conduzir ao outro lado da montanha. Numa ligeira exemplificação, a esta altura, cabe uma referência à lógica das probabilidades que, embora integrando o universo da matemática, não se prende ao rígido esquema bipolarizante. Suas conclusões remetem a muito mais opções do que a mera alternativa do certo ou errado.

5. — Analisando as ressonâncias do fenômeno lingüístico (o **discurso**, entendido como qualquer forma de utilização da linguagem através de fonemas ou morfemas), M. Celeste C. L. Santos manifesta ser "usual, na lógica, considerar as proposições como portadoras de um significado determinado, sem ambigüidade alguma e, por consequência, como verdadeiras ou falsas, sem levar em consideração aquele que fala e as circunstâncias em que fala. Na prática, encontramos atos-discursivos, concretos, expressões de certos indivíduos em certas circunstâncias, cujo significado depende destas últimas e que é constantemente tão vago que a alternativa da verdade, ou falsidade, carece de aplicação". (Maria Celeste C. L. Santos, "Poder Jurídico...", pág. 127).

Não há dúvida de que obstáculos como esses costumemente se antepõem ao juiz, dificultando sua tarefa de adequar o caso concreto à norma pertinente. A saída para essas ocasiões de impasse encontra-se na recomendação de Recaséns Siches, segundo a qual "o juiz não deve se inspirar primordialmente na lógica

tradicional, mas em considerações de outro tipo, por exemplo, na busca da solução justa do caso singular". (Luis Recaséns Siches, "Nueva Filosofía...", pág. 29).

Em suma, o que esse autor pretende demonstrar, com o respeitável embate travado com a lógica tradicional, é que os conceitos jurídicos, ou seja, aquilo que as normas impõem, proibem ou permitem, não pertence ao pensamento regido pela lógica do matemático, mas ao campo em que viceja a lógica do razoável, do humano, ou razão vital e histórica.

6. — Não há como objetar a evidência de que, no pensamento atual, a lógica se encontra a considerável e venerável distância dos seus primórdios. E, como diz Jimenez de Cisneros, "a moderna lógica, com todo o seu profundo desenvolvimento, é uma das disciplinas mais impressionantes e difíceis". (Juan Gomes Jimenez de Cisneros, "Los Hombres...", pág. 232).

Tanto mais difícil quando, na prática, sua utilização se dirige à solução dos conflitos humanos e não à resolução de problemas matemáticos. Ao juiz compete manejar os argumentos tal como exatamente o são: instrumentos e material de trabalho. Sua capacidade de raciocínio é empregada não apenas para produzir os argumentos da sentença, como também para discernir e selecionar os que lhe são trazidos pelas partes. Conhecê-los e saber como lidar com eles é, para o magistrado, um dever de ofício.

Na fase de instrução, por exemplo, sua clarividência é posta à prova para uma triagem da matéria na tomada de depoimentos, movimentando os mecanismos de centripetação dos assuntos pertinentes e de centrifugação dos temas aleatórios e imprestáveis para o esclarecimento do caso.

Na etapa subsequente ao encerramento da instrução, a lógica volta a ser acionada para o cotejamento do material disponível e eliminação mental de tudo o que não contribuir consistentemente para a liquidez do convencimento.

7. — Pelo que foi visto, a lógica formal, levada a conseqüências extremadas, pode representar uma espécie de desidratação do fator humano que deve estar sempre contido em cada norma, o que pode conduzi-la à suprema aridez ou mumificá-la na equação silogística.

Igualmente, repassamos a tese consagrada de Recaséns Siches, segundo a qual a lógica do razoável liberta o raciocínio para circular à procura do ponto de fixação do logos do humano, dentro do perímetro que constitui o protetorado do direito e da justiça.

Finalmente, propomos a decantação do convincente como fruto de uma paciente elaboração mental do julgador, que opera com as categorias da lógica e do bom senso, movimentando todos os mecanismos do seu raciocínio a partir da audiência inicial e contrapondo o pedido do autor à defesa do réu, para cotejar e balancear depoimentos e demais provas em movimento pendular, tudo sob a iluminação dos refletores da lei, dos costumes, da analogia, da equidade, e dos princípios gerais do direito.

Essa análise, corretamente levada a termo, é que vai causar a desejada separação dos dois elementos incompatíveis entre si, resgatando-se o justo para a elaboração da sentença e desprezando-se o injusto.

**O IMPULSO CRIADOR**

1. — Na complexa tarefa da interpretação e integração do direito, atinge o juiz uma dimensão nunca antes alcançada. De simples espectador de um duelo judicial, passou o magistrado a ocupar, nesse conflito, uma posição de protagonista principal. O artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho reflete, sem dúvida, essa tendência, ao afirmar: "Os Juizes e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas".

Como o juiz não aproveita a alegação de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, posto que a ele é destinada a função de julgar em qualquer circunstância, sua decisão há de ser conforme o direito e a justiça.

Toda interpretação tem cunho pessoal e subjetivo, imprime o selo de quem a faz, sendo aí que se revela todo o processo de criação.

Já se disse que saber leis não é apenas conhecer as suas palavras, mas conhecer sua força e seu poder. A teoria jurídica que se limitava à interpretação gramatical do texto normativo, face à sua inutilidade, restou substituída por outras que passaram a ver no intérprete a figura principal.

Partindo-se da premissa de que a interpretação gramatical não existe — e que as palavras devem ser explicadas por seu sentido lógico, mesmo porque cada palavra pode ter vários significados —, chega-se à conclusão de que a tarefa do intérprete, na aplicação do direito, é de importância fundamental.

São palavras de Aristóteles: "Quando a lei dispõe de uma maneira geral e nos casos particulares em que há algo excepcional, então, vendo que o legislador silencia ou que se enganou ao falar em termos absolutos, é imprescindível corrigi-lo e suprir o seu silêncio, e falar em seu lugar, como ele mesmo o teria feito se tivesse podido conhecer os casos particulares de que se trata". (Citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 67).

O trabalho de integração do direito, pelo juiz, a que se referia Aristóteles mais de três séculos antes de Cristo, deve obedecer, como já foi salientado, a sólidos critérios científicos, não se devendo afastar, o intérprete, das tradições e das origens que impregnam as leis vigentes.

"O passado — ensina Hernández Gil — se incrusta nos fatos e goza de uma autoridade legítima. O dado histórico oferece à investigação científica do direito uma das bases mais sérias, embora sujeita à vigilância das faculdades mais elevadas do espírito". (Citado por Jose Antonio Niño, "La Interpretación...", pág. 83).

Toda a doutrina geral sobre o direito não é criação isolada de uma única pessoa, mas reflete os usos, os costumes e as tradições de todo um povo, fatores que não podem ser descuidados por ocasião da aplicação da norma.

Todavia, a observância desse direito já constituído, não é obstáculo a que outro, paralelamente em sentido complementar àquele, vá aflorando, fruto da criação necessária e individual de cada juiz.



Nessa criação individual, que não é pura operação lógica ou "missa jurídica", exige-se do magistrado uma reconstituição dos fatos e uma opinião crítica. A pessoa do julgador ocupa um papel relevante nessa tarefa, posto que jurisdição e sentença constituem funções de caráter criador de normas jurídicas. Revigorado por todo um processo científico de observação, experimentação, comparação e generalização, surge o direito com uma roupagem nova, carregado de força normativa e representando o resultado das novas exigências sociais.

A norma legal, assim elaborada, não mais se oporá à dinâmica da realidade, mas acompanhará, desdobrando-se, as múltiplas necessidades que vão nascendo com o evoluir das sociedades.

2. — Kelsen considera a atividade interpretativa como um processo de criação jurídica e, portanto, de vontade. Defrontando-se com uma lei injusta ou iníqua, o juiz deve procurar outros recursos, sopesando e avaliando, de forma serena, as provas apresentadas. As circunstâncias que cercam o fato concreto devem ser minuciosamente apreciadas, valorando-se cada detalhe, uma vez que as circunstâncias, o mais das vezes, são mais importantes do que o fato em si.

Conseqüentemente, os vazios que se apresentam no difícil labor de aplicar ou integrar o direito, proporcionam ao juiz uma experiência ímpar, de renovação constante. A função social de aplicar a lei ao caso concreto, notadamente na primeira instância, onde é direto e pessoal o contato com partes, testemunhas e advogados, é vivência enriquecedora.

Poderes cada vez mais amplos são assegurados ao juiz. Os artigos 436 e 437 do Código de Processo Civil indiciam essa tendência: "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos" (Artigo 436). Já o artigo 437 acrescenta: "O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente provada".

Não obstante a responsabilidade que, atualmente e de forma renovada, se reconhece ao juiz, este é, a despeito de sua árdua função, um ser mais livre, tendo por censor apenas e tão-somente a própria consciência, apoiada da livre convicção.

Malatesta também assim o entende: "O juiz, que no processo inquisitorial, favorecido pela lei com uma confiança ilimitada, reunia em suas mãos as duas funções — de acusador e defensor —, parecia mais oprimido sob o peso enorme das faculdades que tinha, do que verdadeiramente senhor da matéria com que deveria construir a sua sentença". (Nicola F. dei Malatesta, "A Lógica das Provas...", pág. 11).

A importância e independência do magistrado estão asseguradas em todos os ramos do direito. Seu papel na interpretação e integração do direito se destaca, cada dia mais nitidamente.

3. — A ordem jurídica, constituída por normas gerais que visam à conduta social, aplica-se ao caso concreto. Essa ordem jurídica, devidamente regulamentada, embora apresentada de forma genérica e abstrata, é o ponto de partida, o farol através do qual se orienta o intérprete. Como a norma jurídica não esgota a solução que deve ser dada a cada caso, necessariamente remete o aplicador a

outros princípios. O juiz deverá combinar todos os elementos que estão à sua disposição até atingir a solução mais indicada para aquele caso.

Nesse processo, dispõe o aplicador de faculdades amplas, não devendo limitar-se ao papel de simples repetidor da lei. A sentença, como toda criação, leva estampada a marca da personalidade de seu criador. Já se afirmou que a função criadora é um misto de ciência e arte. Essa criação é relevante no sentido em que introduz, no universo dinâmico do direito, uma valoração pessoal.

É interessante notar que o processo de criação somente acontece quando o juiz assume, perante a norma geral, uma atitude crítica, ou então, afastando-se dos limites já traçados pela lei, o magistrado a reveste de uma valoração ainda não sentida.

Nessa esteira de raciocínio, Del Vecchio ensina: "O jurista, e muito especialmente o juiz, deve, enquanto isso é possível, dominar e quase dar vida de novo a todo o sistema, sentir sua unidade espiritual, desde as premissas remotas e tácitas até os preceitos mais insignificantes, como se fosse autor de todo ele e, por ele, falasse a mesma lei". (Giorgio Del Vecchio, "Los Principios...", pág. 62).

Através desse processo de criação, novos conceitos são incorporados à lei, modificando-a, dando-lhe um sentido desconhecido. O mesmo ocorre com a lacuna. O juiz, ao preenchê-la, enriquece o ordenamento jurídico e apresenta à sociedade respostas às exigências que surgem com a sua evolução. Somente assim os claros existentes na legislação podem ser preenchidos. Todavia, a função integradora do juiz, na busca sempre renovada e inspirada na justiça, só virá ao encontro das reivindicações sociais se essas decisões traduzirem as aspirações, as crenças e o bem-estar da coletividade.

Ao argumento de que o juiz não deve se afastar da ordem da lei, responde Fernandez: "Para que uma lei o seja realmente, não basta que emane de um poder legislativo. O legislador não é onipotente, não cria o direito a partir do nada, não está livre de uma ordem; mas deve respeito a outras fontes e princípios em que há de fundar-se o preceito legal para ter validade e vigência". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 79).

Ao ser lançada no universo do direito, a norma adquire personalidade própria e independência, distanciando-se do seu criador, passando a ter identidade própria e a existir por si mesma.

Esse fenômeno ocorre, com freqüência, no mundo da cultura. Cada partitura musical ganha ou perde muito do seu valor, dependendo de quem a executa. Tocada por um ou por outro, os resultados são sempre diferentes, embora o texto não mude e não se possa argumentar com erros ou desacertos. E, como o direito pertence ao mundo da cultura, interpretações ou execuções personalizadas levam, cada uma, o selo do seu autor ou do seu intérprete. Com as mesmas tintas, podemos criar obras de arte ou traçar simples rabiscos.

Fernandez finaliza esse raciocínio da seguinte forma: "As normas jurídicas gerais são esboços, objetos incompletos, obscuros e toscos, por vezes, que o intérprete estuda, analisa e penetra com toda a ciência ao seu alcance. Existe, nessa relação entre a norma e o juiz, a mesma relação que há entre sujeito criador e um dado objeto, também incompleto, no qual o sujeito vê possibilidade

que nenhum outro sequer vislumbra". (Alberto Vicente Fernandez, "Función Creadora...", pág. 82).

Trabalhando sobre o direito, intuindo, valorando, aceitando ou rejeitando, o juiz atua sobre a norma como o artista sobre o objeto de sua arte. Seu modo de ser, suas convicções e aspirações são fatores que permeiam todo o processo de interpretação. É a atuação do ser humano, do Homem, sobre o mundo da cultura. Dessa interação do juiz, como pessoa, sobre a norma, surgirá nova lei, diferente da primitiva, que era tosca, genérica, sem individualidade. Essa criação, que trará o timbre Inconfundível do seu criador, apresentar-se-á meditada, valorada, intuída e com um destinatário certo e determinado.

4. — **A crença na Justiça.** Nas civilizações mais adiantadas, onde a sociedade não apenas aceita, mas exige, do juiz, uma atuação social renovadora constante, é ele obrigado a fazer, na sentença, a crítica da lei iníqua. Censura a lei e recomenda a sua reforma. É o caso do direito inglês, através da "Common Law", em suas relações com a equidade. Conceitos sobrevividos da conquista normanda, têm sido a fonte do direito anglo-saxão e que passou, posteriormente, às colônias Inglesas na América, permeando, assim, todo o direito norte-americano. Originalmente inspirado na equidade, dizia-se desse direito que era "o que é comum a todo o reino, como norma ou conceito". A "Common Law" inglesa, sobretudo preocupada com os direitos individuais, objetivava proteger a igualdade legal contra os excessos do poder. Poder judicial, profundamente democrático, sua característica mais notável era basear-se no consentimento geral.

Na verdade, "o que é comum a todo um povo, como norma ou conceito", pelo seu conteúdo profundamente democrático, deveria ser uma das forças inspiradoras do direito.

*A decisão judicial está limitada pelo ordenamento jurídico, pelos costumes e pelas tradições, na medida em que esses balizadores sociais atendam ao bem comum e às exigências novas que surgem pelo evoluir das civilizações. Não se pode perder de vista que o direito, através de sua manifestação concreta, que é a sentença, não pressupõe criação arbitrária, isolada. A lei ou a sentença reputam-se válidas na medida em que, inspiradas nos antecedentes históricos, simbolizem resposta aos anseios do grupo social.*

Ao equívoco dos que pretendem que a criação é manifestação isolada ou descompromissada, deve-se ponderar que o verdadeiro criador é aquele que, apoiado em regras e princípios, atua com harmonia e equilíbrio, revelando sentimentos, aspirações e valores existentes em todo ser humano. Outrossim, como tudo o que provém do homem, coexistem lado a lado a lei boa e a lei má. A primeira é elaborada tendo em vista princípios gerais, norma flexível e adaptável, voltada para a imprevisibilidade do futuro, atenta às transformações e infensa a casuísmos, numa sociedade em rápido desenvolvimento. São as leis destinadas a vigorar em diferentes situações. Assim elaboradas, nem o efeito do tempo lhes retira a atualidade, posto que não são suas prisioneiras. Voam alto, sobranceiras, e na sua visão de altitude descortinam uma fatia maior do horizonte. Quanto mais elevados forem os seus conceitos, mais alto o seu vôo e mais ampla a sua visão. Essas são as leis voltadas para a insondável riqueza que se esconde nas multifacetadas relações humanas. E assim é porque a relação jurídica somente o

será enquanto for social e humana. Nessa tentativa de regulamentar o comportamento do homem, deve o legislador preocupar-se em não limitar, de forma estrita, esses contornos, posto que uma norma assim defeituosa, estaria destinada a ter vida curta, caindo no esquecimento.

A crença na Justiça define a sociedade. Quanto mais desenvolvida, mais ela acredita nos seus juizes e no seu discernimento. Nos países democráticos e socialmente estáveis, o juiz pertence a uma classe diferenciada. Essa diferenciação, longe de ser odiosa, reflete apenas o reconhecimento do povo àquele que detém a força imponderável do equilíbrio e da moderação, transmitindo segurança e tranqüilidade. Na medida em que se acredita na Justiça, as nações se desenvolvem e os conflitos sociais diminuem. Um povo que consegue superar as suas crises através da aceitação das decisões judiciais, não porque impostas, mas porque justas, tem condições de se desenvolver, sem retrocessos e sem grandes convulsões.

Ao contrário, se o povo desacredita nos juizes, ou porque o ordenamento jurídico é frágil, constituído de leis iníquas, protetoras dos mais fortes, ou de leis rígidas e inflexíveis, a sociedade assim constituída também será débil. O equilíbrio sobre o qual repousa a sociedade é a sua crença na realização da justiça. E o judiciário, como um espelho, reflete essa mesma sociedade. Não existe nenhum indício mais revelador, de crises ou de estabilidade, do que o judiciário. Constituído de homens cultos, independentes e dignos, a sociedade assim também o será. Esse paralelismo é tão válido a ponto de já se ter dito que, enquanto um só juiz tiver medo, nenhum cidadão poderá dormir tranqüilo.

Um juiz com as aptidões mencionadas acima é o mais severo guardião dos direitos e dos valores da comunidade. Acreditando-se na Justiça, o direito se realiza sem imposição, porque na consciência do homem existe uma crença milenar que lhe ensina ser bom cumprir o direito, quando esse direito pressupõe a Justiça.

5. — Como dispõe o artigo 2.º do Código Civil: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil". O ser sujeito de direito é uma necessidade intrínseca do ser humano, não podendo resultar de concessão ou privilégio assegurado pelo Estado. Esse conceito de sujeito de direito, todavia, não tem o mesmo significado em todas as legislações. Ensina Pontes de Miranda: "Capazes de direito são os homens, porque, hoje, se lhes reconhece direito supraestatal, a isso repellido o § 4.º do Código Civil russo em que a capacidade jurídica é **concedida**" ("para o desenvolvimento das forças produtivas da terra, a República somente **concede** a capacidade de direito civil"). (Pontes de Miranda, "Tratado...", pág. 159).

Fazendo parte das exigências do homem, como ser social, não é faculdade outorgada por outrem. Tanto isso é verdade que a lei contempla direitos indisponíveis e irrenunciáveis, em relação aos quais está vedada a sua transação. Na esteira desse raciocínio, chega-se à inelutável conclusão de que o fato de determinados direitos não se encontrarem expressamente previstos no ordenamento jurídico, não retira do homem a qualidade de sujeito desse mesmo direito, embora não expressamente determinado.

Definindo o que seja sujeito de direito, o mesmo Pontes de Miranda escreve: "Sujeito de direito é o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental

ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores". (Pontes de Miranda, "Tratado...", pág. 160).

Como pertence à própria natureza humana o ser sujeito de direito e, igualmente, pertence ao Estado — como uma de suas funções precipuas —, a outorga da prestação *jurisdicional*, não se pode deixar qualquer direito sem a correspondente proteção judicial.

O fato jurídico que é a sentença, também, é a prestação a que o Estado está obrigado perante cada cidadão. Como sujeito de direito, o homem é titular natural do direito cívico de ação, o qual não pressupõe, necessariamente, o reconhecimento de um direito material.

Comentando o entendimento kelseniano sobre o direito positivo e o homem como sujeito de direito, M. Celeste L. dos Santos deduz que o cidadão, mesmo indiretamente, através do seu direito de ação processual, pode participar da criação do direito. Haveria, a propósito, um aspecto novo, que a autora extraiu de Bobbio, ou seja, a ligação estabelecida entre a definição da teoria processual do direito, de Kelsen, com a teoria do próprio Kelsen sobre as fontes do direito, entendidas na origem como "os diversos modos com os quais, em um ordenamento jurídico, são produzidas as normas jurídicas, sejam as gerais, como as leis constitucionais e as leis ordinárias; sejam as individuais, como as sentenças e os contratos" (M. Celeste C. Leite dos Santos, "Poder Jurídico...", pág. 19). A ligação reside, então, no aspecto de que "o ordenamento jurídico, autorizando o indivíduo a promover a ação sob a tutela do próprio interesse, assume a vontade do interessado como parte construtiva do processo, com o qual se produz esta norma individual, que é sentença do juiz" (idem, *ibidem*). A participação do cidadão na criação do direito, pois, seria feita pela via eleitoral, exercendo o direito político de outorgar mandatos a quem se incumbiria de criar leis gerais nas assembléias legislativas; e exercendo o direito civil e subjetivo de ingressar em juízo, quando, também indiretamente, o indivíduo participa da criação de uma norma individual, a sentença do juiz.

Finalizando este tópico, impõe-se uma referência a Couture, que muito apropriadamente ressalta: "Na sentença também se contém a satisfação do interesse próprio que o Estado tem em dirimir juridicamente os conflitos que lhe são submetidos pelos cidadãos e em assegurar a efetivação da Justiça e do Direito. E, para isso, é necessário não colocar em primeiro plano a injustiça que possa conter tal ou qual sentença não suscetível de recurso, mas sim, a atividade em si, juridicamente ordenada, confiada aos juízes mais capazes e procurando, por todos os meios possíveis, que a jurisdição constitua o meio de obter sentenças justas e convincentes, e de fazer chegar o direito aos cidadãos". (Eduardo J. Couture, "Fundamentos...", pág. 204).

7. — **A crise da lei.** A última guerra mundial deixou patente que a lei, por si só, não resolve os conflitos, mas ao contrário, pode recrudescê-los. O questionamento relativo ao cumprimento estrito da norma legal, que remonta a séculos, ganhou especial destaque após a última guerra. As atrocidades, cometidas e amparadas pela lei, chamaram a atenção para a fragilidade desta. Ganhou destaque a teoria de que o cumprimento rígido da lei poderia ser fato gerador de iniquidades,

todas as vezes em que essa lei estivesse divorciada da sociedade. Despertou-se para uma realidade até então pouco percebida: a de que nem sempre o Direito Positivo e o dogma da lei atendiam aos anseios da sociedade a que visavam proteger.

O pós-guerra, na névoa dos seus escombros, trouxe consigo dúvidas e incertezas quanto à validade inquestionável da lei. Foi ela arrancada do pedestal em que havia sido colocada e sua redoma de cristal ruuiu. O positivismo normativo que varreu toda a Europa no século passado, havia engendrado atrocidades, deixando atônita e perplexa toda uma civilização. Necessário se fazia que crimes assim perpetrados, embora em nome e sob o manto protetor da lei, sofressem punição. Seus julgadores foram obrigados a, desprezando a lei, valer-se de outros princípios jurídicos, a fim de que o direito pudesse ser realizado. A norma jurídica aplicada aos criminosos de guerra concluiu que a lei, levada às últimas conseqüências, poderia identificar-se com os detentores do poder. Todavia, após a derrota dos que com ela se identificaram, o questionamento da intocabilidade dessa mesma lei teve início. Para que tal intangibilidade fosse abalada, fez-se necessário que uma catástrofe arrasasse a Europa. Somente então passou-se a exigir legitimidade à lei, como condição preliminar de sua validade. Novas fórmulas de distribuição e controle de poder foram surgindo. Admitiu-se que o juiz, ao decidir por equidade, exercia um poder discricionário, embora limitado por critérios objetivos, subordinados ao ordenamento jurídico, aos princípios gerais, aos usos, costumes e tradições sociais. Foi o que se convencionou chamar de aplicação da norma latente ou implícita no próprio ordenamento jurídico, cujos critérios a serem observados já estavam determinados.

A partir daí, a lei passou a ser focalizada sob o ângulo da relatividade. Perdeu a intocabilidade de dogma. A norma jurídica, criação do ser humano, é, como ele, imperfeita, lacunosa, imprecisa. Compete ao juiz, na tentativa penosa de autoelevar-se, fugindo às suas próprias limitações e à sua contingente condição humana, dar o melhor de si ao aplicar a norma ao caso concreto. Somente assim, com a lei a balizar-lhe o caminho, utilizando-se de todos os métodos postos à sua disposição, sem perder de vista o direito como um todo, poderá o juiz, sopesando provas, valorando situações, meditando e refletindo, aplicar a norma que melhor atenda aos interesses em conflito. Nessa espinhosa missão, todos os princípios previstos pelo direito devem ser observados, sem perder de vista os éticos. O enfoque a ser dado à norma deve ser aquele que lhe permita desdobramentos, vendo-se a lei como um pólo irradiador de luz: um núcleo que mantém, em seu interior, uma infinidade de vidas, prontas a se decompor e passíveis de atuar em um número incontável de situações. Esse aspecto multifacetado da lei garante ao intérprete valer-se dela em diferentes realidades, dando-lhe, pela força do seu trabalho intelectual, uma aparência sempre atual.

Reside aí a riqueza da norma jurídica e o amplo campo da criação reservado ao juiz. A metáfora se impõe: a norma jurídica pode ser comparada à tela e às tintas postas à disposição de um artista. A obra a ser esboçada dependerá do trabalho do autor. Apenas os instrumentos estão à vista; o resultado dependerá da perícia, do talento, do senso de justiça, da sabedoria, da intuição e do equilíbrio do intérprete.

## C O N C L U S Ã O

Finalmente, tendo ultrapassado a linha de chegada, só nos resta confiar em que o trajeto percorrido esteja corretamente balizado e com sinalização jurídica satisfatória.

Em breve retrospecto, podemos dizer que a Idéla fundamental do tema aqui desenvolvido encontra-se genialmente cristalizada no texto de Couture, que abre este trabalho, em epígrafe.

De fato, o magistrado é o prisioneiro voluntário da cela plena e hermeticamente delimitada, que configura o ordenamento jurídico. Esse ordenamento, estruturalmente construído com a lei e os princípios que informam a legislação positiva vigente, contém todo o direito. Dentro dele, o juiz atua livremente e exerce a sua vontade, imprimindo ao processo um impulso criador na medida em que não se expressa mecanicamente como um mero aplicador de carimbos decisórios. Pelo contrário. Orientado pela lei e inspirado pelas demais fontes consagradas do direito assegurará a interpretação, integração e aplicação da norma ao caso concreto, ocasião em que se revelará a figura do magistrado no exercício de sua mais dignificante função: **a de proferir sentença com dimensões criadoras.**

Neste sentido, a manifestação pulsante e reprodutiva de vida que o prisioneiro realiza no interior da cela, faz com que todo o edifício se mova no tempo e no espaço, pois a rotação interna do juiz ao redor do eixo de sua função, que é o próprio Direito, origina o movimento de translação global do cárcere ao redor do sol da Justiça, no universo existencial do Homem, no qual se insere e ao qual deve servir.

## BIBLIOGRAFIA

- CISNEROS, Juan Gomez Jimenez de. — **Los Hombres Frente al Derecho**. — Madrid, Aguilar, 1959.
- COUTURE, Eduardo J. — **Fundamentos do Direito Processual Civil**. — São Paulo, Saraiva, 1946.
- COUTURE, Eduardo J. — **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. — Rio de Janeiro, José Konfino, 1951.
- DEL VECCHIO, Giorgio. — **Los Principios Generales del Derecho**. — Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1971.
- FERNANDEZ, Alberto Vicente. — **Función Creadora del Juez**. — Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- GIGLIO, Wagner D. — **Justa Causa para Despedimento do Empregado**. — São Paulo, Edições Florença, 1966.
- HAYAKAWA, S. I. — **A Linguagem no Pensamento e na Ação**. — São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1972.
- LIMA, Alcides de Mendonça. — **Processo Civil no Direito do Trabalho**. — São Paulo, LTr, 1983.
- MALATESTA, Nicola Framarino del. — **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. — Lisboa, Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira & Cia., 1911.
- MARQUES, José Frederico. — **A Reforma do Poder Judiciário, 1.º** — São Paulo, Saraiva, 1979.
- NIÑO, José Antonio. — **La Interpretación de las Leyes**. — México, Editorial Porrúa, 1971.
- PONTES DE MIRANDA. — **Tratado de Direito Privado**. — Tomo I, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.
- RECASÈNS SICHES, Luis. — **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. — México, Editorial Porrúa, 1973.
- RECASÈNS SICHES, Luis. — **Tratado General de Filosofía del Derecho**. — México, Editorial Porrúa, 1970.
- REALE, Miguel. — **Lições Preliminares de Direito**. — São Paulo, Saraiva, 1986.
- SANSEVERINO, Riva. — **Curso de Direito do Trabalho**. — São Paulo, LTr, 1976.
- SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. — **Poder Jurídico e Violência Simbólica**. — São Paulo, Cultural Paulista, 1985.
- SARAIVA. — **Enciclopédia Saraiva do Direito**, São Paulo, 1978.
- VIDAL NETO, Pedro. — **Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho**. — São Paulo, 1982.
- VIDAL NETO, Pedro. — **Estudo Sobre a Interpretação e Aplicação do Direito do Trabalho**, (Tese para concurso à Livre Docência de Direito do Trabalho). — São Paulo, 1985.