

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Luiz Antônio de Paula Iennaco*

SUMÁRIO

- I. O DIREITO COMO CIÊNCIA, A IMPERATIVIDADE DO DIREITO POSITIVO E A VERTENTE DO DIREITO ALTERNATIVO E DO USO ALTERNATIVO DO DIREITO
 - I.I. O direito como ciência
 - I.II. A imperatividade do direito positivo
 - I.III. O direito alternativo e o uso alternativo do direito
 - II. A NORMA JURÍDICA
 - III. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA
 - IV. O MAGISTRADO E O IDEAL DE JUSTIÇA
 - IV.I. O conceito de justiça
 - IV.II. O magistrado e o ideal de justiça
 - V. A CAPACIDADE SUBJETIVA DO JULGADOR
- BIBLIOGRAFIA**

I. O DIREITO COMO CIÊNCIA, A IMPERATIVIDADE DO DIREITO POSITIVO E A VERTENTE DO DIREITO ALTERNATIVO E DO USO ALTERNATIVO DO DIREITO

I.I. O direito como ciência

Tomando como definição de “ciência” o “conjunto organizado de conhecimentos sobre determinado objeto, em especial os obtidos mediante a observação dos fatos e um método próprio¹”, uma “Ciência do Direito” teria por objeto o fato jurídico, indo além do estudo das regras e normas vigentes. Paulo Nader conceitua-os como “acontecimentos do mundo fático a que o Direito determina efeitos jurídicos” (*Introdução ao Estudo do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1980). Nem todos os fatos, portanto, arrolam-se como objeto de estudo, mas apenas aqueles com efeito no mundo jurídico, ou “mundo dos direitos”, expressão adotada por Nader, que define seus componentes como os “acontecimentos do mundo fático, que são relevantes para a sociedade”, instaurando, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Temos, então, que o objeto de estudo da Ciência do Direito são os acontecimentos que impliquem a instauração, modificação ou extinção de relações regulamentadas por normas jurídicas. Não está ela, na lição de Dourado de Gusmão (*Introdução à Ciência do Direito*, Forense, Rio de Janeiro, 1969) adstrita ao “conteúdo petrificado das normas jurídicas, pois deve levar em conta a realidade social, o momento histórico-social para o qual a norma se destina”.

* Juiz Presidente da Vara do Trabalho de Cataguases.

¹ Definição extraída do verbete correspondente no dicionário *Aurélio* da língua portuguesa, ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1988.

I.II. A imperatividade do direito positivo

Reunindo-se duas ou mais pessoas em um mesmo local, entre elas haverá, em algum momento, interesses conflitantes. A sociedade por elas formada necessitará, então, da criação de normas tácitas ou expressas para solução dos conflitos. Mesmo nas mais rudimentares, onde se resolvem as disputas pela força, estabelecer-se-á um limite que deverá ser observado pelo mais fraco, sob pena de sofrer nova agressão. O curso dos séculos mostrará a essas sociedades que o respeito aos direitos individuais e a limitação de certos direitos dos indivíduos em benefício de todos é salutar, oferecendo à sociedade maiores chances de subsistência, e aos indivíduos melhores condições de vida. Tais limitações obedecerão a um denominado “censo de justiça”, traduzido pelo sentimento médio da sociedade sobre o que é justo ou injusto a cada um. Não há, assim, um conceito absoluto de justiça, mas aquilo que uma sociedade aceita como justo, sendo este o parâmetro para que se crie, no âmbito dessa sociedade, um ordenamento direcionador do comportamento social, de observância obrigatória pelos indivíduos. A essas atribuições do direito, acrescenta Paulo Nader (*op. cit.*) “a de promover o bem comum, que implica em justiça, segurança, bem-estar e progresso”. O direito positivo de uma sociedade, não necessariamente escrito, “constitui a sua ordem jurídica, que pode ser definida como o complexo de normas jurídicas positivas dominante, em um momento histórico, numa sociedade determinada”.

I.III. O direito alternativo e o uso alternativo do direito

Usadas como sinônimas por alguns autores, as expressões direito alternativo e uso alternativo do direito têm significados distintos. A primeira pressupõe a adoção de um direito diverso, alternativo àquele vigente, enquanto a última indica uma nova abordagem, alternativa, do mesmo direito, entendendo-se este como aquele materializado na norma jurídica. É pressuposto de ambas, então, a interpretação tradicionalmente aplicada a uma norma jurídica vigente³.

O Direito Alternativo, também denominado na Europa, onde primeiro se manifestou, de Uso Alternativo do Direito, surgiu como proposta de fazer-se a “Justiça” nas decisões judiciais, ainda que para isto tivesse o julgador que se afastar dos ditames da lei. Para Friede⁴, embora tenha surgido na Europa, teria o Direito Alternativo adquirido fôlego na ousadia de sua aplicação na América Latina, no pensamento de um modelo alternativo que indique “como agir para romper os limites da legalidade quando esta é entrave ao valor justiça comprometido com a maioria da população⁵”, ou “quando a legalidade em tese é justa, mas a concretização carrega injustiça⁶”, ou ainda, “quando deve ser efetivado um direito democrático não oficial que conflita com o estatal⁷”. Ainda no pensamento de Friede:

² GUSMÃO, Dourado de. *Op. cit.*

³ Sobre a interpretação da norma jurídica, remetemos ao tópico “III” deste trabalho.

⁴ FRIEDE, R. Reis. Direito alternativo - Solução para o processo? *Revista da Amagis*, v. XXIII, 1994.

⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Apud* FRIEDE, *op. cit.*

⁶ *idem.*

⁷ *idem.*

“A corrente alternativa no Brasil, reconhecendo a diversidade de relações sociais ou de relações jurídicas não assimiladas pelo Direito Objetivo Estatal, pretende tornar o Juiz um verdadeiro modelador de Direitos, um autêntico escultor de uma ordem jurídica não reconhecida oficialmente, que, contrastando com o Direito Estabelecido, se construa a partir do juízo pessoal e isolado do magistrado.”

A adoção desse modelo atribui ao juiz o monopólio do pensamento justo. Rompidas as amarras da lei, pode ele singrar com liberdade o mar da justiça. A complexidade das relações interpessoais no mundo moderno, porém, torna impossível a definição de um conceito absoluto de justiça. Nada é absolutamente justo, ou absolutamente injusto. Abandonadas as balizas da própria lei, haveria uma justiça de cada um, o pensamento livre a articular razões pelas quais o argumento de um é “mais justo” que o do outro. Sem parâmetros objetivos, caberia, então, ao juiz a reconstrução do direito, a partir das relações sociais e do pensamento comum da sociedade, movido pela subjetividade de seus próprios padrões éticos e morais. Com o monopólio do “pensamento justo”, estaria, assim, o juiz ultrapassando os limites de sua função jurisdicional, imiscuindo-se em seara legislativa, na medida em que, desobrigado do cumprimento da lei que considera injusta, na verdade cria, ao dar vigência a norma jurídica que antes não existia⁸.

Vemos de outra forma o que aqui chamamos “Direito Alternativo”, e por isso a ele atribuímos o conceito que no início deste tópico adotamos para o “uso alternativo do Direito”. Diz o artigo quarto da Lei de Introdução ao Código Civil que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. É, então, livre para decidir o que é justo ou injusto. Quando há lei, porém, cria-se um limite à interpretação do julgador. Na lição de Ribeiro de Vilhena⁹, “desde que o Estado tenha açambarcado os processos de edição e/ou de reconhecimento do que seja regra de direito, entendemos como tal toda a lei editada pelo Estado e toda a regra ou norma (costumeira, jurisprudencial, principiológica) a que a lei remete o julgador e que reconhece como vinculadora”. Mas a própria lei oferece ao julgador o espaço para exercício do “pensamento justo”, pois “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (LICC, art. 5º). Pode, então, o juiz, na aplicação da lei vigente ao caso concreto, emprestar-lhe nova interpretação, diversa de outra anteriormente adotada, que melhor atenda aos “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Mas não pode negar-lhe vigência, sob pretexto de “fazer justiça”, ainda que subjetivamente a considere injusta, sob pena de se negar à sociedade a estabilidade das relações jurídicas e o processo democrático de criação das normas jurídicas. A participação do julgador na formação do direito, no Estado democrático, deve dar-se na interpretação das leis¹⁰, limitada a negativa de sua vigência aos aspectos formais de sua criação, sendo atribuição exclusiva do poder legislativo a definição do que é justo ou injusto, na tradução do pensamento médio da sociedade que representa. Conforme Ives Gandra:

⁸ Sobre a liberdade do julgador e a justiça das decisões, vide tópicos “IV - O MAGISTRADO E O IDEAL DE JUSTIÇA” e “V - A CAPACIDADE SUBJETIVA DO JULGADOR”, deste trabalho.

⁹ *Op. cit.*

¹⁰ Vide tópico específico no item “III. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA”.

“O Poder Judiciário só tem uma função, qual seja, fazer cumprir a lei, que não produz, mas da qual é escravo para manutenção da ordem constitucional. Muitas vezes o magistrado gostaria de decidir diferentemente do que está na legislação, por considerá-la injusta, porém não a ele, mas ao legislador, cabe mudá-la, pois sua função é apenas a de fazer a ordem posta ser respeitada. Se os juízes pudessem mudar a lei, de acordo com seus próprios critérios de justiça, nitidamente teríamos 13 mil sistemas legislativos¹¹.”

Ou na advertência de Miguel Reale:

“Deve observar-se que não se sabe qual o maior dano, se o das leis más, suscetíveis de revogação, ou o poder conferido ao juiz para julgar *contra legem*, a pretexto de não se harmonizarem com o que lhe parece ser suma exigência ética social¹².”

II. A NORMA JURÍDICA

Já dissemos que “o direito positivo de uma sociedade, não necessariamente escrito, ‘constitui a sua ordem jurídica, que pode ser definida como o complexo de normas jurídicas positivas dominante, em um momento histórico, numa sociedade determinada’¹³.” No conceito de Paulo Nader, as normas jurídicas “são padrões de conduta social impostos pelo Estado, para que seja possível a convivência dos homens em sociedade”, descendendo sua estrutura lógica da distinção kantiana entre os imperativos categórico, dos preceitos morais, e hipotético, condições impostas nas normas como meio para alcançar um fim pretendido¹⁴.

Na visão de Kelsen, “em determinadas circunstâncias, um determinado sujeito deve observar tal ou qual conduta; se não a observa, outro sujeito, órgão do Estado, deve aplicar ao infrator uma sanção¹⁵.” Para ele, “as normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos¹⁶.”

Miguel Reale¹⁷ bem conceitua a norma jurídica, como “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. Por partes: estrutura proposicional, “porque seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contêm”; enuncia um dever ser, porque nenhuma regra descreve algo que é, mesmo quando, para facilidade de expressão, empregamos o verbo ser”; forma objetiva e obrigatória,

¹¹ Ives Gandra Martins. “O poder de decidir”. O *Estado de São Paulo*, edição de 10.10.2000, p. A-02.

¹² *Op. cit.*, p. 113.

¹³ Vide, *supra*, tópico “I.II. A imperatividade do direito positivo”.

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 108 e 109.

¹⁵ KELSEN, Hans *apud* NADER, Paulo. *Op. cit.*

¹⁶ *Idem*.

“porquanto [...] é próprio do Direito valer de maneira heterônoma, isto é, com ou contra a vontade dos obrigados, no caso de regras de conduta, ou sem comportar alternativa de aplicação, quando se tratar de regras de organização”.

Sem nos deter na divisão das normas jurídicas proposta pela maioria dos autores, entre as normas que definem condutas e as que estabelecem sanção, por estas considerarmos complementares daquelas, como garantia de sua efetividade, concluímos que a norma jurídica obriga o sujeito a praticar ou abster-se da prática de determinado ato, de forma determinada ou não, sob pena de sofrer a sanção estabelecida, podendo esta constituir-se na própria anulação ou anulabilidade do ato, tendo como características essenciais¹⁸: bilateralidade, “por disciplinar uma relação social entre duas ou mais pessoas, na qual uma parte tem a exigir a observância do dever jurídico imposto pela norma à outra parte”, conferindo a uns poder e a outros obediência; generalidade, por não regular um caso singular, mas por estabelecer um princípio aplicável a vários casos, que podem ou não se realizar, enquadráveis no tipo de caso previsto”; imperatividade, “porque estabelece um comando, impondo um tipo de relação social que tem que ser observado”, impondo ou estabelecendo uma conduta, uma organização social ou uma situação jurídica, proibindo uma ação, conferindo poderes; coercibilidade: “se inobservada, é imposta pela força monopolizada pelo Estado”.

A inobservância da norma jurídica tem como conseqüência a aplicação da sanção nela prevista. “A sanção jurídica neutraliza, desfaz, anula ou repara o mal causado pelo ilícito, bem como cria uma situação desfavorável para quem a inobserva¹⁹.” Quanto à sanção, a norma jurídica pode ser: “perfeita” (*lex perfecta*), que prevê a nulidade do ato, em hipótese de violação; “imperfeita” (*lex imperfecta*), impondo deveres sem previsão de nulidade nem sanção a ser aplicada em caso de inobservância; “menos que perfeita” (*lex minus quam perfecta*), com sanção incompleta, determinando apenas penalidade pelo descumprimento; “mais que perfeita” (*lex plus quam perfecta*), quando prevê a nulidade do ato e uma pena, para os casos de violação.

Também se classificam as normas jurídicas²⁰:

1 - Quanto ao sistema a que pertencem, podendo ser: nacionais, as obrigatórias no âmbito do Estado, de cujo ordenamento jurídico fazem parte; estrangeiras, quando aplicável norma jurídica própria de um Estado, em relação jurídica existente em outro Estado; de Direito uniforme, quando da adoção interna de uma legislação padrão por dois ou mais Estados.

2 - Quanto à fonte: legislativas, na forma de leis escritas; consuetudinárias, não escritas, elaboradas espontaneamente pela sociedade; jurisprudenciais, criadas pela decisão reiterada dos tribunais.

3 - Quanto aos diversos âmbitos de validade: no âmbito espacial, podendo ser gerais ou locais, conforme aplicáveis, respectivamente, em todo ou apenas em parte do território nacional; no âmbito temporal, de vigência indeterminada, não prefixada, ou determinada, com tempo de duração previamente fixado; no âmbito material, de

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 95 e segs.

¹⁸ GUSMÃO, Dourado de. *Op. cit.*, pp. 76 e segs.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ NADER, Paulo. *Op. cit.*, pp. 116 e segs.

Direito Público ou Direito Privado (relações jurídicas de subordinação ou coordenação, respectivamente); no âmbito pessoal, quando genéricas, dirigidas a todos os que estiverem na mesma situação jurídica, ou individualizadas, dispondo sobre situações concretas.

4 - Quanto à hierarquia: em primeiro plano as normas constitucionais, que têm o poder de revogar todas as outras e condicionam sua validade; em segundo as ordinárias, leis e atos com força de lei; regulamentares (decretos) e individualizadas, abrangendo estas a grande variedade dos atos jurídicos que individualizam seus sujeitos.

5 - Quanto à qualidade, podem ser positivas, permissivas da ação ou omissão, ou negativas, proibitivas da ação ou omissão.

6 - Quanto às relações de complementação, podem ser primárias, cujo sentido é complementado por outras, secundárias, que podem ser: a) de iniciação, duração e extinção da vigência; b) declarativas ou explicativas; c) permissivas; d) interpretativas; e) sancionadoras.

7 - Quanto à vontade das partes, dividem-se em taxativas (ou cogentes), que obrigam independentemente da vontade das partes, por resguardarem interesses fundamentais da sociedade, e dispositivas, que, dizendo respeito apenas aos interesses dos particulares, admitem a não adoção de seus preceitos, pela vontade expressa das partes interessadas.

Paulo Dourado de Gusmão²¹ distingue, ainda, os destinatários, das normas jurídicas: imediatos, todas as pessoas, capazes e incapazes, e mediatos, os tribunais e órgãos estatais, quando a norma é transgredida.

III. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

“Interpretar a lei é determinar o seu sentido, fixando as suas conseqüências”. Simples assim, a definição de Paulo Dourado de Gusmão²² bem corresponde ao que propõe, na justificativa de Maggiore (*apud* Dourado de Gusmão²³): “a lei, isolada em sua abstração e generalidade, seria letra morta. A interpretação dá vida à lei”. Mesmo quando claro se apresenta o texto de uma norma, ainda assim há que se observar se a aparente clareza não omite o seu verdadeiro sentido. Não se pode obedecer a um mandamento, sem que se lhe conheça a real amplitude, sua motivação, seus efeitos na vida do indivíduo e da sociedade. Na lição de Ulpiano²⁴, “embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva”.

Admitindo-se, assim, toda lei tem que ser interpretada, o que se há que definir são as formas e limites da interpretação. Já na própria definição do objetivo do texto legal, é preciso definir-se entre a “vontade do legislador” (*mens legislatoris*) e a “vontade da lei” (*mens legis*). Paulo Dourado de Gusmão vê, na tentativa de resposta a esta questão, a origem dos denominados “métodos de interpretação”. Para os seguidores da primeira corrente, interpretar a lei consistiria em percorrer novamente o caminho trilhado pelo legislador, reconstruindo a idéia cuja clareza não reflete na

²¹ *Op. cit.*, p. 83.

²² *Op. cit.*, p. 169.

²³ *Idem*.

²⁴ *Apud* NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 343.

obscuridade do texto legal. Estaria assim o intérprete inteiramente subordinado à *mens legislatoris*. Mas, como cita Paulo Nader²⁵, “a lei é mais sábia que o legislador, pois, em sua generalidade, prevê mais situações do que o seu autor poderia pensar”. Sobrepe-se, então, à vontade do legislador, o pensamento da lei (*mens legis*). Tanto que Legaz y Lacambra, jurfilósofo espanhol, ignora a distinção entre as teorias subjetiva (*mens legislatoris*) e objetiva (*mens legis*), por considerar que “por vontade, só se poderia cogitar a do legislador, porque a lei não possui vontade”, e “o que o legislador quis não o sabemos, senão através da lei, ou melhor, através de todo o sistema da ordem jurídica²⁶.” Contudo, a expressão “vontade da lei” encontra brilhante elucidação em Nicola Coviello²⁷:

“Ao dizermos que o sentido da lei não é a vontade do legislador, mas a vontade da própria lei considerada objetivamente, não pensamos cair no ridículo, como se atribuíssemos, por assim dizer, uma personalidade humana à lei, reconhecendo a esta uma faculdade própria àquela, e que não se encontra nas coisas inanimadas - a vontade. Nem é nosso pensamento prescindir da realidade, segundo a qual a lei - provenha ela de uma ou mais pessoas - é sempre uma manifestação de vontade. [...] De modo que, antes do mais, por vontade do legislador contida na lei, não se deve entender todo o processo psicológico pelo qual cada uma das várias pessoas que aprovaram a lei chegou a esta determinação; nem, por conseguinte, a idéia mais ou menos clara e exata da norma, produto desse querer; mas sim a norma considerada em si própria. Em segundo lugar, a vontade da lei não se confunde com toda e qualquer manifestação da última e final determinação da vontade, mas abrange apenas a determinação que tenha todos os requisitos formais para ser considerada lei. Em terceiro lugar, nem todos os efeitos subjetivamente queridos são o conteúdo da lei, mas só o são aqueles que a norma imposta é capaz de produzir ao ser posta em confronto com todas as outras normas vigentes e em contato com a vida prática. Esta última, com seu fatigante movimento contínuo, pode dar a uma norma legal um efeito novo e diverso daquele que os seus autores prefiguraram, pois estavam bem distantes, em razão da própria impossibilidade objetiva, de prever as futuras relações sociais, e assim o alcance e os efeitos da norma por eles estabelecida, o que se chama o inconsciente na obra legislativa. Isto posto, é evidente que o espírito da lei não é outra coisa senão a vontade do legislador, na medida em que se deduz da lei objetivamente considerada, ou em outras palavras, a vontade da lei, considerada independentemente do seu autor”. (*Manuale di Diritto Civile Italiano*, Parte Geral, 2ª ed., pp. 64-65)

Muitos autores vêem a origem da Teoria Subjetiva na Escola da Exegese, surgida na França, logo após o advento do Código de Napoleão, com a adoção do método dogmático jurídico, limitando a interpretação ao texto.

²⁵ *Op. cit.*, p. 342.

²⁶ *Apud* NADER, Paulo. *Op. cit.*

²⁷ *Apud* SILVEIRA, Alípio. *Op. cit.*, v. 1, p. 219.

A Teoria Subjetiva foi gradualmente abandonada em favor da Teoria Objetiva, adotando, a Escola Atualizadora do Direito (nomenclatura utilizada por Paulo Dourado de Gusmão), o método histórico-evolutivo, com ênfase para o pensamento social na formação do Direito e seu caráter evolutivo.

Merece ainda menção a Escola do Direito Livre, adotando a livre interpretação do direito²⁸, a qual faculta ao juiz adotar solução própria, com base em estudos sociológicos, toda vez que dos textos legais não se infira solução que efetivamente corresponda ao fato em apreço, de maneira adequada e justa. Kantorowicz²⁹, vai além, entendendo que ao juiz cabe julgar segundo os ditames da ciência e da consciência, havendo ou não lei que reja o caso.

São três as fases que Paulo Dourado de Gusmão vê no processo de interpretação da norma jurídica: a interpretação gramatical, na qual busca-se o significado das palavras empregadas pelo legislador; a seguir, parte-se para a investigação da *ratio legis*, o fim perseguido pela lei, em cuja função fixa-se seu sentido exato, fase esta denominada interpretação lógica; finalmente, na interpretação sistemática, o intérprete confronta o resultado obtido na interpretação lógica com as demais normas do sistema, em especial as do instituto jurídico a que ela pertence, compatibilizando-a com as demais normas do sistema jurídico.

Muitas vezes, para fixação do real sentido da *mens legis*, deverá o intérprete valer-se do elemento histórico (*occasio legis*), conjunto de fatores que conduziram à formação do pensamento jurídico refletido naquela lei, podendo ainda auxiliar-se na interpretação sociológica, estudando os fatores sociais determinantes e os efeitos sociais que poderão decorrer da interpretação.

De todo esse processo, nem sempre resulta interpretação meramente declarativa, na qual as palavras expressam, na medida exata, o espírito da lei. Pode concluir ser a *ratio legis* mais ampla do que a fórmula empregada pelo legislador, por ter este dito menos que queria (*minus scripsit voluit*), sendo necessária uma interpretação extensiva. Ou, ao contrário, pode verificar que a fórmula da lei é mais ampla que a *ratio legis*, tendo o legislador dito mais do que queria (*plus scripsit quam voluit*), justificando-se uma interpretação restritiva. Alguns autores admitem, ainda, a interpretação revogatória ou ab-rogante, que declara a ineficácia da lei, revogando-a total ou parcialmente.

A interpretação pode ainda ser classificada em função da fonte: autêntica, se proveniente do próprio legislador, através de uma lei; jurisprudencial ou judicial, estabelecida pelas decisões judiciais; doutrinária, por juristas, juriconsultos; administrativa, pelos órgãos da administração, através de despachos, circulares, portarias, instruções ou regulamentos.

O Direito Pátrio consagra os métodos teleológico e histórico-evolutivo, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Privilegiam-se, assim, os fins que a lei vai realizar, sem considerar a vontade do legislador. E prevalece o interesse social sobre o individual.

²⁸ “O juiz deve abandonar e ir contra a lei quando assim exigirem as circunstâncias do caso novo”. (Ehrlich, *apud* GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Op. cit.*, p. 168).

²⁹ *Apud* REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 284.

Casos há, porém, sem disciplina prevista em texto legal. Não havendo norma jurídica a oferecer solução para o caso, ocorre a lacuna, que autores como Brunetti entendem ser da lei (lacuna formal), e não do direito (lacuna material). De fato, não encontrando a matéria disciplinada em normas jurídicas, servir-se-á o julgador, primeiro, do processo de integração ou de expansão do ordenamento, aplicando um princípio jurídico estatuído para determinado fato a outro semelhante, embora não igual ao previsto pelo legislador. Há autores que dividem a analogia em *legis*, quando se toma por base um caso similar, e *juris*, quando se adota matéria análoga.

Não encontrando norma disciplinadora de caso semelhante, buscará o juiz parâmetros para sua decisão nos costumes, ou direito consuetudinário, que consiste, segundo Alípio Silveira³⁰, “em práticas uniformes que constituem o modo geral de regular, efetivamente, uma dada relação, e impostas, em caso de controvérsia, pela autoridade do Estado”. Distingue-se dos “usos sociais” (cortesia, etiqueta, modas), que não são juridicamente exigíveis. Conforme o mesmo autor, “a origem do costume é a razão refletida”, devendo-se “de preferência à aceitação mais ou menos automática, mais ou menos inconsciente, dos interessados, e não a um debate, a uma discussão, a uma experimentação³¹.”

Sem parâmetro também nos costumes, decidirá o juiz pelos “princípios gerais de Direito”. Duas correntes procuram estabelecer a natureza desses princípios. Para a positivista, que tem como aliada a Escola Histórico do Direito, sustenta a tese de que os princípios gerais de Direito expressam elementos contidos no ordenamento jurídico, devendo o juiz ater-se objetivamente ao Direito vigente, sem se resvalar no subjetivismo. Para a corrente jusnaturalista ou filosófica, os princípios são os eternos, imutáveis e universais do Direito natural, os mesmos utilizados pelo legislador na elaboração das leis.

IV. O MAGISTRADO E O IDEAL DE JUSTIÇA

IV.I. O conceito de justiça

O fim almejado pelo Direito é a Justiça, sendo facilmente aceitável o conceito que lhe atribui Ulpiano: “Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu³².” Centrado o conceito em dar a cada um o que é seu, faz-se necessário definir o que é de cada um. Num primeiro momento, temos que justo é o tratamento igualitário, ou isonomia, princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei. A realidade, porém, insiste em nos mostrar que não há uma igualdade entre os indivíduos, de forma que, tratados como iguais, receberão, cada um, de forma diferente o mesmo tratamento. Constatava-se, assim, que dar a cada um o que é seu difere de dar a cada um o mesmo, sendo necessário adotar-se a proporcionalidade na distribuição. Igualdade consistiria, então, conforme Ruy Barbosa³³: “em aquinohar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.”

³⁰ *Op. cit.*, v. 3, pp. 179 e segs.

³¹ *Idem*.

³² *Apud* NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 132.

³³ NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 137.

Mas, se não é justo dar a cada um o mesmo, surge então a necessidade de se estabelecer o critério para apuração da proporcionalidade. Justo é dar o necessário ou o merecido? A exigir-se de quem, e em que proporção? A aplicação da justiça está condicionada ao mérito do indivíduo, positivo ou negativo, mas também às suas necessidades, assim consideradas as essenciais ao homem, correspondendo à justiça social. O que é essencial? Cada sociedade, em cada tempo, terá um conceito diverso para as necessidades essenciais do homem. Em qualquer tempo ou lugar, porém, teremos como essenciais a vida e a liberdade, ainda que variável o grau e as condições em que exercidas. A justa participação de cada indivíduo também varia proporcionalmente, conforme sua capacidade.

Muitos autores buscaram classificar a justiça, elaborando quadros conforme fatores diversos. Entendemos, porém, de maior relevância a definição entre justiça relativa e absoluta. O pensamento da corrente jusnaturalista, “se as medidas do justo derivam do Direito natural, que é eterno, imutável e universal, devem possuir igualmente esses caracteres³⁴”, esbarra, segundo Kelsen, na “inutilidade das tentativas para se encontrar, por meios racionais, uma norma de conduta justa que tenha validade absoluta” (*apud* Paulo Nader, *op. cit.*). De fato, mesmo que se ampare o conceito de justiça nos valores pétreos do Direito natural, não se pode olvidar que a medida do que é justo depende também da atribuição de critérios quantitativos, estes sempre variáveis, impedindo a adoção de um conceito absoluto. Nem a simples relativização proposta pelo positivismo, limitando o conceito de justiça à legalidade imposta pela norma jurídica. A justiça estabelecida em leis deve fincar-se em princípios fundamentais, estes buscados no Direito natural. Quando se afasta de tais princípios, torna-se injusta a lei.

IV.II. O magistrado e o ideal de justiça

“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro oferece ao julgador um conceito legal de justiça. É justa a decisão que, ao interpretar a norma jurídica, baliza sua aplicação pelos fins sociais e pelas exigências do bem comum. Cada norma deve ser, assim, interpretada à luz do sistema jurídico em que inserida. Se sua disposição gramatical encerra aparente contradição com o ordenamento jurídico, apresentando-se injusta em confronto com o ideal de justiça do universo que abrange, buscará o julgador, na *mens legis*, o real significado de seu mandamento, interpretando-a em contexto que lhe permita produzir justo efeito. Não é, pois, a lei injusta, óbice a que o juiz atinja seu ideal de justiça.

V. A CAPACIDADE SUBJETIVA DO JULGADOR

“O juiz, colocado pela investidura do seu cargo, na posição de árbitro supremo dos direitos os mais caros dos cidadãos, necessita, para lhes fazer justiça, ser perfeito ou relativamente tal; e para o ser é preciso, como acentua Boncenne, ciência vasta do direito, probidade a toda prova, uma grande independência de caráter, espírito reto e uma consumada experiência³⁵.” (Affonso Fraga)

³⁴ *Idem*, p. 134.

³⁵ *Apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Op. cit.*

Mais difícil do que definir o que é absolutamente justo, apresenta-se a definição do juiz perfeito ou relativamente tal. Na tentativa de Calamandrei³⁶, “o juiz ótimo é aquele em que prevalece, sobre a cauta cerebralidade, a pronta intuição humana”, não se limitando à mera reprodução esquemática de um silogismo. “Manoel Antônio Teixeira Filho³⁷, em brilhante consideração sobre o tema, diz que ‘o juiz não é um monólito, um burocrata, um convidado sem alma, a quem a lei não consinta, em nenhum instante, contribuir com suas experiências da vida, suas sensações, sua consciência sobre a finalidade social das normas legais e, também, sobre as circunstâncias dramáticas que, porventura, estejam a assinalar o caso concreto, de sorte a poder adotar, diante desse quadro, uma atitude menos dogmática e mais vanguardista, na busca de uma efetiva realização da justiça - esse ideal imarcescível, que habita o coração do homem e contra o qual os sistemas jurídicos, submissos a certas ideologias políticas cruéis, insistem em conspirar.’”

Vale-se o juiz, na interpretação do Direito, de toda a gama de conhecimentos adquiridos em sua formação, não apenas técnica e social, mas também a ética e a moral. No ato de decidir, ao atribuir à lei seu verdadeiro significado, leva em conta tudo o que viu e o que viveu, refletindo na decisão o que pensa e o que sente. É, portanto, única, a decisão de cada juiz. Ainda que outro chegasse à mesma conclusão, ao ser-lhe submetido o mesmo caso, certamente os caminhos que terão percorrido ao decidir não serão exatamente os mesmos. Comprometido com sua própria consciência, deverá o juiz, sempre, decidir pelo que considera justo. Na busca cotidiana da *mens legis*, será guiado por um ideal de justiça subjetivo, oriundo de sua formação, não apenas profissional, mas também humana. Aristóteles via a necessidade de leis que expressamente regessem, “na medida do possível, todos os casos, evitando ao máximo deixar margem aberta para a decisão dos juízes³⁸.”

No Direito moderno, há espaço para que o juiz interprete a lei mantendo-se fiel aos princípios estabelecidos no ordenamento jurídico e ao seu ideal de justiça. A segurança jurídica depende, assim, da boa formação daqueles a quem se incumbem o *munus* de interpretar o direito. Ao mesmo tempo, a boa formação social do juiz é garantia da evolução do Direito, em direção ao ideal do bem comum.

BIBLIOGRAFIA

- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, Vistos por um Advogado* (tradução Eduardo Brandão), São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis* (tradução Manuel A. D. de Andrade), São Paulo: Livraria Acadêmica, 1934.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*

³⁷ *Op. cit.*

³⁸ Aristóteles, “Arte e retórica”, *apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Op. cit.*

- FRIEDE, R. Reis. Direito alternativo - Solução para o processo? *Revista da Associação dos Magistrados Mineiros*, v. XXIII, Belo Horizonte: AMAGIS, 1994.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à Ciência do Direito*, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1969.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O poder de decidir. São Paulo: *Jornal O Estado de São Paulo*, edição de 10.10.2000, p. A-02.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica - Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*, São Paulo: Brasiliense, 1985.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A Sentença no Processo do Trabalho*, São Paulo: LTr, 1994.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Princípios de Direito e outros Estudos*, Belo Horizonte: RTM, 1997.