

6

DIREITO E UTOPIA: INTERPRETAÇÃO E JURISDIÇÃO

(LAW AND UTOPIA: INTERPRETATION AND
JURISDICTION)

Luís Carlos Gambogi¹

“Ela está no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se distancia dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos além. Por mais que eu caminhe, nunca o alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar.”²

RESUMO

O Direito é um fenômeno cultural e toda cultura possui, em seu núcleo, determinada ideologia. Em regra, o espectro ideológico da cultura reflete o pensamento dominante em um dado momento da história. Contestando-o, dele divergindo, vive o pensamento utópico, que trava um embate permanente com o pensamento ideológico. Naturalmente que a relação que se dá entre ideologia e utopia é dialética, é uma relação de conflito. Contra as ideologias levantam-se as utopias, contra as utopias reagem as ideologias; no melhor exercício dialético, desenvolvem contrapontos, antíteses, cujo objetivo é a dissolução de uma ou de outra mediante o jogo do conflito. A reflexão que apresentamos tem o propósito de revelar que o Direito não escapa a esse

¹ Desembargador do TJMG, doutor em filosofia de direito pela UFMG.

² GALEANO, Eduardo. *Palabras andantes*. Montevideu: Ediciones del Chanchito, 1993, p. 310.

embate, ao contrário, encontra-se entre esses dois movimentos, o que lhe rende a possibilidade de ser tanto conservador quanto inovador, de reverberar tanto o pensamento ideológico quanto o pensamento utópico, a depender das circunstâncias. O Direito, tal como o compreendemos, tanto reflete as ideologias quanto as modifica, tanto influencia quanto é influenciado, tanto pode ser um elemento de cicatrização quanto de rupturas, ainda que pontuais. Às vezes, é necessário que a lei dobre-se ante a realidade; o Direito tem compromisso com a realidade. Por isso, mesmo que a forma continue intocada, para que continue Direito, deve ela, através da revolução inocente que produz a interpretação e a aplicação, curvar-se às transformações impostas pela realidade.

Palavras-chave: Cultura; Direito; Ideologia; Utopia; Interpretação e Aplicação.

ABSTRACT

The Law is a cultural phenomenon and every culture has, at its core, particular ideology. As a rule, the ideological spectrum of culture reflects the dominant thinking in a given moment in history. Questioning it, diverging from it, lives the utopian thinking, catching a permanent confrontation with the ideological thinking. Of course, the relationship that exists between ideology and utopia is dialectical, is a conflicting relationship. Against ideologies arise utopias, against utopias react ideologies; the best dialectical exercise, developed counterpoints, antitheses, whose goal is the dissolution of one or the other by the game of conflict. The reflection that we present is intended to prove that the Law does not escape from this dispute, on the opposite, it is between these two movements, which earns it the possibility of being both conservative and innovative, reverberate both ideological thinking and utopianism, depending on the circumstances. The Law, as understood, reflects and modifies ideologies, influences and can be influenced, can be a healing or breaking element, even if in specific points. Sometimes it is necessary for the laws to bend at the reality; The Law is committed to reality. Therefore, even if the form remains untouched, in order to give it continuity, it must, through the innocent revolution that produces the interpretation and application, to bow to the changes imposed by reality.

Key Words: Culture; Right; Ideology; Utopia; Interpretation and Application.

Sumário: 1 Direito e cultura; 2 Utopia e ideologia; 3 Utopia e interpretação; 4 Utopia e jurisdição; Referências.

1 DIREITO E CULTURA

O Direito é um fenômeno cultural e o homem – como sabido - é produto e produtor da cultura. A cultura é o que banha o real físico, o natural, emprestando-lhe sentido, cultura é o que tangencia a realidade natural concreta impregnando todas as coisas para lhes conferir valor e finalidade. Constituída pelos bens produzidos pela razão, é tecida de ideias coloridas pelo que nasce da vida; a cultura é o “fenômeno social total”, sintetiza Marcel Mauss. “A cultura é uma argamassa, um cimento que permite construir sentido integrando conhecimentos”- esclarece Jöel de Rosnay.³ Todas as culturas se assentam em um único fundamento: encontrar o significado da existência vez que cabe ao homem dar um significado ao mundo e a si mesmo perante a alteridade da vida social.⁴

A cultura, por sua vez, não pode ser vista como mero reflexo da estrutura sócio-histórica e econômica dominante. Entre cultura e ambiente existe um vínculo dialético e, não, uma relação de subordinação. Como se vê, estou entre os que têm a cultura como motor e como espelho do mundo; entendo que a cultura não só reflete as relações sociais, educacionais e econômicas travadas no tecido social, mas também opera no sentido de transformá-las para que não se convertam em estruturas que se perpetuam (utopia). Nessa perspectiva, a cultura pode investigar e agir sobre a realidade sócio-histórica e econômica,

³ MORIN, Edgar. *A religião dos saberes*. O desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 499.

⁴ Dentro do que nomeamos cultura existe algo que lhe dá unidade, a ideologia, conceito aqui usado com um conjunto de ideias com pretensão de universalidade, que une, que costura os elementos de dada cultura. O conceito de ideologia, tal como o suscitamos, não deve aqui ser entendido como ideias ou interesses de uma classe, de uma facção.

e, dependendo do impacto que produz, pode acelerar a entropia desta mesma realidade.

O Direito, em sendo essencialmente uma ideação de índole lógica e ética, é um objeto cultural, um fragmento da cultura de uma nação; porém, seu conteúdo é histórico, datado. E, como a vida não para, o tempo não para, o Direito é definido, mas não é definitivo. Todos os direitos são datados, históricos. Reconhecer essa assertiva pressupõe reconhecer, implica admitir que os direitos nasçam do processo social, dos embates sociais, do conflito entre valores e interesses que se desenvolvem no coração da sociedade, enfim, implica admitir que os direitos nasçam das conquistas jurisprudenciais, teóricas, sociais e políticas.

O Direito está entre as criações necessárias da inteligência humana, o qual se renova continuamente com os movimentos da realidade e da vida. Tem de ser perene mudança para não se tornar daqueles males que se transmitem de geração em geração. É produto de uma delicada relação entre norma e vida; é produto de um processo dialético em que se constitui e se desconstitui, no tempo e no espaço, vez que abriga uma tensão contínua entre a liberdade humana e os valores que a vida social exige.

Direito é movimento dialético social, é processo, ordem e movimento, quer na sua fase de elaboração, quer na sua fase de sua aplicação. Parafraseando João Guimarães Rosa, diríamos que o Direito não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia. Direito é aquele “ser” que emerge dos movimentos de libertação do homem e que se ressent, quer da inércia quer da opressão, vez que, tal qual o homem, aspira ir por diante⁵.

⁵ “Cumpriu-se a evolução? Evidentemente não. Na realidade não terminará jamais. A evolução social é uma coisa infinitamente complexa e que se prolonga indefinidamente. O direito não é na realidade mais do que a espécie de armadura que reveste esta evolução. Nossos pais criam que o sistema jurídico metafísico, individualista e subjetivista era definitivo e imutável. Não caímos num erro análogo. O sistema jurídico realista, socialista e objetivista é a obra de um dia da história. Antes mesmo que sua construção se termine, o observador atento perceberá os primeiros sinais de sua destruição e os primeiros elementos de um novo sistema. Felizes nossos filhos se souberem livrar-se melhor do que nós dos dogmas e dos preconceitos. (DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho*: (publico y privado). Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 168).

Em nascendo a consciência do justo, ainda que essa intelecção, essa energia social, no início, não penetre as relações oficiais do jurídico, pouco apouco essa mesma energia se expande, requer respeito, luta para ser reconhecida e convertida em norma, aqui entendida como lei e como com decisão judicial. Esse movimento é descrito por Antônio Manuel Hespanha como “frágil e em risco permanente, luminoso mas frequentemente invisível, ameaçado pela academia, nas *law firms* e no foro, mas resistente no cotidiano e dentro de nós.”⁶

Com alma de poeta, escreve Maria Coeli Simões Pires em estudo sobre o tema *Estado e propriedade*:

Todos sabemos que a tensão constitutiva do Direito reside no balanço frágil entre a tradição e a revolução. Com isso quero dizer que, conquanto doutrina e jurisprudência ensaiem novos movimentos em direção à atualização do instituto [propriedade], muitas dificuldades persistem. De há muito, a ciência, o Direito e suas escolas críticas arremetem-se contra o dogmatismo. As investidas não podem se confundir, contudo, com anarquia e vulgarização, mas devem ser como o sino que dobra para anunciar a passagem do tempo.⁷

Não é à toa que se tem como imprescindível preservar no intérprete, qualquer que seja o campo em que atue, a energia que nasce na esperança de dias e de instituições melhores. Sem ela, a utopia, o presente não tem futuro e o passado não está presente.

Naturalmente, não se pode nem se deve ver a sociedade dividida entre utópicos e ideológicos, entre progressistas e conservadores, como se um grupo sobre o outro, uma classe sobre a outra. É que, em alguns aspectos da vida, podemos ser conservadores, em outros, progressistas. Portanto, não há o progressista aqui e o conservador ali. Em verdade, existem contrapontos entre eles, operando assim como algo em conflito, mas não num conflito entre opostos, e, sim, como linhas do pensamento que circulam, que trocam energia entre

⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9.

⁷ PIRES, Maria Coeli Simões, *In*: BARBOSA, Maria Elisa Braz; DIAS, Maria Tereza Fonseca; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa (Orgs.). *Estado e Propriedade – Estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires et al.* Belo Horizonte: Fórum, 2015.

si, numa tensão entre dominação e inclusão, entre razão ideológica e razão utópica, de modo a permitir que o novo surja partir do velho. Afinal, parafraseando Paul Valery, poeta francês que denuncia a desnaturalização do tempo, “o que será de nós sem o que não existe?”.

2 UTOPIA E IDEOLOGIA

Mas, afinal, o que é utopia? O conceito, originalmente pensado por Thomas Morus no século XV, pode ser entendido como uma energia, uma força capaz de mover a realidade quando o real social se mostra opressor, paralisante, violento, insuportável. Paul Ricoeur, fundado no pensamento de Karl Mannheim, esclarece que ideologia e utopia se parecem na medida em que revelam uma discordância frontal com a realidade social. Ei-lo:

As ideologias são mais professadas pela classe dirigente. E são as classes subprivilegiadas que as denunciam. As utopias são, preferencialmente, professadas pelas classes ascendentes. As ideologias olham para trás, ao passo que as utopias olham para frente. As ideologias se acomodam à realidade que justificam e dissimulam, ao passo que as utopias enfrentam a realidade e a fazem explodir.⁸

À luz desse raciocínio, a realidade social é, em parte, fossilizada por uma ideologia, em parte, produto de utopias, de inovações progressistas, as quais, ao tempo em que se cruzam, desenvolvem campos de divergência que abrem brechas às transformações sociais. Para Mannheim, as ideologias correspondem ao pensamento social dominante enquanto que as utopias correspondem ao pensamento social contrastante, sendo, segundo Hegel, o palco da história, o lugar onde as tensões que emergem desses dois movimentos se digladiam. Desse modo, o que denominamos ordem nada mais é que o produto das relações de poder, das lutas travadas no espaço social, o embate entre as forças que compõem o organismo social, as quais, não obstante o equilíbrio que mostram, não obstante o sentido de ordem que produzem, permanecem em luta por suas posições, sempre procurando fazer prevalecer seus valores, ideias e verdades. Naturalmente que a

⁸ RICOUER, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 88.

relação que se dá entre ideologia e utopia é dialética, é uma relação de conflito. Contra as ideologias levantam-se as utopias, contra as utopias reagem as ideologias; no melhor exercício dialético, desenvolvem contrapontos, antíteses, cujo objetivo é a dissolução de uma ou de outra mediante o jogo do conflito.

Portanto, temos duas opções na ribalta de nossas vidas: ou a utopia ou a ideologia. Nesse conflito dialético, os que optam pela utopia precisam, e muito, acreditar em si mesmos, respirar a esperança. Na vida, conhece o inferno aquele que perde a esperança. Dante Alighiere, quando narra a entrada de seu inferno, diz estar lá escrito: “deixai do lado de fora toda esperança, vós que entrais”.

Nada mais consoante essa perspectiva que a substantiva lição de vida de João Baptista Villela, que foi professor titular da Faculdade de Direito da UFMG, por anos e anos, as quais revelam a crença de um incansável estudioso que não perdeu a fé no direito nem no homem. Ei-lo:

A cultura da força tanto serve para intimidar quem dela dispõe como para corromper quem dela se serve. [...] Justiça não se gera pela violência, senão pela justiça mesma: *si vis pacem, cole justitiam*. Assim se acha inscrito, lapidarmente, no portal do Palácio de Paz, em Haia.

Utopia? Bem pode ser que sim. Mas quem foi que disse que o direito não é utópico? Sem utopia, vale dizer, sem esperança, o direito não passa de um exercício insípido e melancólico.⁹ (Grifos nossos)

O Direito, tal como o compreendemos, tanto é um fenômeno normativo conservador, quanto progressista. Tanto reflete as ideologias, quanto as modifica, tanto influencia quanto é influenciado, tanto pode ser um elemento de cicatrização quanto de rupturas, ainda que pontuais. Às vezes, é necessário que a lei dobre-se ante a realidade; o Direito tem compromisso com a realidade. Por isso, mesmo que a forma continue intocada, para que continue Direito, deve ela, através da revolução inocente que produz a interpretação, curvar-se às transformações impostas pela realidade. “Soberana não é a lei, é a vida” – escreveu o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça.

⁹ VILLELA, João Baptista. Força e debilidade do direito. *Revista Del Rey Juridica*: Belo Horizonte, a. 5, n. 11, p. 9.

3 UTOPIA E INTERPRETAÇÃO

Toda interpretação, em sua unicidade e singularidade, opera rumo do que ainda não se transformou em realidade, do que só é aspiração, do que pede para viver, do que se propõe a responder às crescentes demandas da vida humana. Daí porque a cultura jurídica deve se mostrar criadora, reesemantizar-se, renovar seus alicerces conceituais, abrir-se às novas interpretações. Como a normatividade rege a instabilidade da vida, a verdade jurídica está no devir do Direito, cuja resultante é o estar presente, o existir. Isto não significa que o intérprete possa interpretar ao seu alvedrio, como queira, esvaziando o texto legal do seu caráter social, linguístico, institucional, ético e histórico. Para tanto, ajuda-nos o compromisso com o justo porque, como nos adverte Rawls, “o caráter inevitavelmente vago da lei e o vasto âmbito da respectiva interpretação encorajam uma arbitrariedade na decisão que só a fidelidade à justiça pode impedir”.¹⁰

A lei vive da forma; o Direito - ao contrário - vive de matéria, de seu conteúdo dinâmico, de seu movimento constante. Ordem jurídica é conceito formal; Direito é conceito material. Direito é o pensamento, a essência, a ideia lógica e ética de que se compõe a ordem jurídica. Quer quando se debate matéria de direito e de fato quer quando se examina apenas a matéria de direito, somente com o evento e à sua luz que tem início a construção do Direito, a definição do real sentido do texto. Direito é produto de um processo dialético, trata-se de um processo em que, não obstante mantida a literalidade do texto, sentidos se constroem e se destroem em cada situação concreta. O Direito, em verdade, por se fundar na liberdade, repele qualquer forma de ditadura, inclusive a científica.

Afinal, o que é a ordem jurídica? É o que é ou o resultado da interpretação que dela fazemos? Que o Direito se manifesta pela linguagem normativa, que é forma, não há dúvida. O intérprete, contudo, ao trabalhar a forma, termina compelido a pensar o seu conteúdo. O sentido literal funciona como mero passaporte de ingresso no território da norma; ler o texto, para o intérprete, equivale a apoiar-se na forma

¹⁰ RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Almiro Pesetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 67.

para conquistar o conteúdo. Do contrário, ver-se-á incapaz de pensar o que deve ser pensado, funcionará com um mero repetidor, reproduzirá os “pré-conceitos” que tem e os que o texto carrega, apegar-se-á ao que não interessa em detrimento do importante, ficará adstrito ao formalismo e ao dogmatismo. Recorde-se, o intérprete, de que o processo interpretativo é o meio de que se vale o hermeneuta para, a partir das normas jurídicas, produzir o Direito. Lembre-se o intérprete de que o labor criativo, para acontecer, exige que se produza um embate dialético entre o que existe e o novo, entre o que existe e a ressemantização ou o novo significado. O que existe converter-se-á em matéria bruta do que está por vir, preservando – como nos adverte Gramsci – “algo do que existe na síntese, sem que possa, *a priori*, dizer o que restará conservado”.¹¹

A interpretação pressupõe duas dimensões lógicas ontologicamente indivizíveis. Num primeiro momento, o intérprete do Direito apreende o sentido do texto normativo; num segundo momento, sua tarefa consiste em extrair, do texto, *a norma*, que nasce do texto, mas que não é simplesmente o texto, é o que o texto interpretado e contextualizado. E a interpretação – sabemos – pressupõe o elemento lógico do dever ser jurídico, mas não se limita a este; pressupõe também que se incorpore, ao ato hermenêutico, aos dados ontoaxiológicos, o conteúdo valorativo que nasce dos fatos e da realidade social e cultural em que a norma é aplicada, o qual será vinculando ao próprio sentido revelado pela norma no momento em que incide, no momento de sua aplicação. Nesse momento, ora o texto elasticiza, ora contrai o seu sentido; ora é literal, ora é sistemático; ora é lógico, ora é teleológico, tudo a depender das circunstâncias do caso concreto.

Poder-se-ia dizer que interpretar e aplicar é fazer nascer a justiça da lei, de modo que o Direito possa fraternizar com seu povo. Assim como a música não está nem na nota musical nem no intérprete, está no talento e na interpretação, também o Direito não está, nem nos textos normativos, nem no intérprete, está na formação cultural, na formação teórica e no talento de quem o interpreta. A normatividade

¹¹ BOBBIO, Norberto Apud. *O conceito de sociedade civil*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 75.

é como música pautada, pregada na partitura; interpretação é música tocada.¹²

A lei é como a razão que perdeu sua inteligência prospectiva; cabe, ao intérprete, resgatá-la de sua paralisia intelectual por meio da interpretação. Ora, o legislador faz metade ou menos da obra jurídica, o intérprete faz o restante; são a ciência e a sensibilidade do intérprete que conferem à lei o valor do Direito; é no momento em que a norma geral e abstrata se converte na regra concreta que o Direito ganha vida, se humaniza, adquire o seu real conteúdo. O intérprete deve mergulhar nos sonhos da vida real de modo a que o novo, o que, embora querido pelos contornos da vida, ainda não pôde ser vivido, possa ser vivido. A lei – sabemos – deve ser reescrita, como horizonte do possível e do necessário, a cada interpretação, sem que se produza a instabilidade que advém da interpretação e aplicação fora dos marcos constitucionais e legais.

Não obstante se refira à interpretação constitucional, Peter Härbel, ao defender sua formula hermenêutica, apoiando-se na tópica de Theodor Viehweg, escreve que o intérprete hodierno deve operar com o “pensamento jurídico do possível” sempre aberto às múltiplas alternativas e possibilidades que surgem do texto e da vida. Ei-lo:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para as terceiras e quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na *res publica* existe o *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.¹³ (Grifos nossos)

¹² GAMBOGI, Luís Carlos B. *Direito: razão e sensibilidade*. As intuições na hermenêutica jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

¹³ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p.3.

A aplicação da norma não consiste em descrever o prescrito, consiste em reconstruir os seus termos porque a norma jurídica só realiza sua estrutura linguística na medida em que, tecendo a construção social da realidade, revigora o sentido de ordem e justiça por vezes perdido nas linhas do tempo. Para tanto, que as relações entre o intérprete e a realidade jurídica sejam pensadas a partir da concretude da experiência porque a norma não pode nem deve ser isolada de sua aplicação. A “hermenêutica é, assim, filosofia (e não filologia); é faticidade; é vida; é existência”.¹⁴

Inflar o intelecto com códigos e leis não reflete, obrigatoriamente, uma mente apta a interpretar. Não só ciência e técnica formam o intérprete do fenômeno jurídico. Mais que somar conhecimento jurídico sob a óptica técnico-científica, deve, o intérprete, voltar-se para o desenvolvimento do seu talento, isto é, de uma inteligência superior, que se molda a partir da mente livre, sensível à vida, aos seus problemas e contradições.

Não negamos que nós, que lidamos com o fenômeno jurídico, lidamos com uma Ciência. O Direito, fora de qualquer dúvida, reúne condições para se apresentar como dado conhecimento sistematizado e fundado racionalmente. Contudo, trata-se de uma ciência prática, que persegue uma finalidade. A mentalidade cientificista, no entanto, valendo-se da técnica, pretendeu blindar o Direito do uso prático da razão, mas, ao fazê-lo, desnaturou-o, converteu-o num instrumento amoral e politicamente infantilizado. Em nossos dias, se queremos sinceramente unir os sistemas de justiça aos sistemas de direitos, fundamentar as normas do ordenamento, como parece ser a tendência da nossa Ciência, além e enfrentar questões políticas e morais, precisamos reconciliar o Direito com seus fundamentos porque o esforço da modernidade para dessacralizar, racionalizar, e cientificizar o fenômeno jurídico não pode redundar em que este perca seu caráter social e humano. Isso é inaceitável.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Henelo T. (Coord.) *Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri/SP: Manole, 2005, p. 28.

O Direito não é mera técnica nem se reduz à teorização científica. Além desses dois elementos, que lhe são indispensáveis, é em seus fundamentos, em seu conteúdo jusfilosófico, que o Direito encontra razões para se perenizar sem deixar de atender aos fins a que destina. Porém, esclarecemos que nossa reflexão não implica destruir a sua índole científica, não significa defender que os seus fins possam ser buscados fora do ordenamento. Não! Devem ser identificados no próprio ordenamento. Apenas insisto em que se o conhecimento jurídico não redunde em expressão Ética, não é nem mesmo Ciência, é mera tecnologia.¹⁵

O Direito é, sim, uma ciência: tem o seu objeto recortado, definido, e tem uma linguagem própria, um tratamento epistemológico. Porém, não compõe o núcleo duro das ciências, o núcleo formado pelas ciências naturais, cujos enunciados, além de demonstráveis, não admitem exceções. O Direito se situa no campo das disciplinas sociais humanas, é uma ciência prática, tem conteúdo axiológico, possui finalidade. Seus enunciados não são demonstráveis e suas terias não possibilitam a previsão ou o conhecimento antecipado do resultado. Enunciados jurídicos funcionam como princípios, como pontos de largada; a partir deles são desenvolvidos juízos práticos, argumentações, razões que vão além dos juízos lógicos, razões que pressupõem a experiência, o tato, a sensibilidade, o amadurecimento moral e intelectual do cientista.

4 UTOPIA E JURISDIÇÃO

Sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, o Direito se coloca com um fenômeno que é futuro que se está construindo e é presente no que toca aos conflitos que deve ir resolvendo. A cada pergunta, uma resposta; a cada resposta, uma nova pergunta. Isso porque não há, no fenômeno jurídico, um sentido preexistente a espera de um intérprete; o que há é um texto e um intérprete a espera de um evento que, repercutindo no texto, o desafia a produzir um sentido.

¹⁵ “Podemos observar que, em sua transformação histórica, o saber jurídico foi tendo alterado seu estatuto teórico. De saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana, foi atingindo as forma próximas do que se poderia chamar hoje de saber tecnológico” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 84).

A *ratio legis* é uma força vivente móvel que anima a disposição, acompanha-a em toda a sua vida e desenvolvimento; é uma linfa que mantém sempre verde a planta da lei e faz brotar novas flores e frutos. A disposição pode, desta sorte, ganhar com o tempo um sentido novo e aplicar-se a novos casos. Sobre este princípio se baseia a chamada interpretação evolutiva.¹⁶ (Grifos nossos)

Naturalmente que, em uma ordem jurídica democrática, legitimidade e legitimação são postulados em nosso ofício. Os conceitos, às vezes confundidos, são distintos. Legitimação vincula-se à realidade social, deriva de um processo constante, permanente, perene, e visa construir a legitimidade ato a ato, atividade a atividade, produto a produto; legitimidade radica-se, assenta-se na soberania, e se reflete no sistema jurídico-político, norma a norma constituindo-se na medida em que exprime e agrega os valores sociais que balizam a ação da autoridade.

Em uma palavra: a legitimidade se conquista por meio da função legislativa; a legitimação, pela função administrativa ou jurisdicional. A primeira função produz a lei; a segunda, aplica-a. Diríamos – inspirando-nos em Klaus Günther¹⁷ – que a função legislativa pressupõe a justificação; a função administrativa, requer a motivação; a jurisdicional, exige a fundamentação, que pressupõe o contraditório dialógico.

A legitimidade, desde a origem do constitucionalismo, a partir da lógica da separação dos poderes, centra-se na soberania popular, mas não se estende ao Judiciário, salvo exceções. Este, o Judiciário, na linha do suscitado por Max Weber¹⁸, passou a tirar sua legitimidade da racionalização fundada na legalidade. Com efeito, a legitimidade do Judiciário assenta-se na legalidade. A lei, no entanto, para preservar a legitimidade que confere ao Judiciário, sem perder sua lógica formal e operacional, deve ser continuamente ressemantizada de modo a incorporar o valor e o sentido substancial da razão histórica que justifica os atos do poder.

¹⁶ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Trad. Manuel Antônio. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 142.

¹⁷ GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa para uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. Cadernos de filosofia Alemã. São Paulo: N°6, 2000.

¹⁸ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970.

É que, para se manter legitimadora, a lei necessita dialogar com a realidade que rege, pondo-se, sempre, como objeto das valorações sociais. Desse modo, a legitimidade conferida pela lei opera como uma obra em aberto, numa permanente reconstrução de si mesma. Como a legitimidade requer, pressupõe um juízo de valor sobre a validade das normas, a legitimidade acaba por ser uma questão ontologicamente ética e, também, de ordem política.

No que toca à legitimação, compreendida como um processo em que se faz a avaliação empírica do grau de aceitação da ordem jurídico-política, alguns modos e formas, já desenvolvidos ou em desenvolvimento, podem ser destacados. Um deles, fora de dúvida, está no conhecimento. Como pontuou Weber, a racionalidade e o domínio científico constituem meios para se conquistar e alimentar a legitimação porque em sociedades estruturalmente complexas, como são as sociedades contemporâneas, o conhecimento constitui condição para se decidir e agir com eficiência e com razoáveis chances de acerto.

Ocorre que a eficiência, e o mesmo o acerto, num campo sensível como o jurídico, que não é matemático, somente renderá legitimação se produto do debate livre, amplo, democrático, se resultado do debate realizado sob o balizamento dos direitos constitucionais fundamentais, dentre os quais se evidencia a observância ao devido processo legal.

É também preciso se ter claro que ao resolver conflitos sociais, sua missão precípua, o Judiciário, e, portanto, o Juiz, para não se perder por de trás da gigantesca pilha de processos aos seus cuidados, para preservar a dimensão humana do serviço jurisdicional, para sondar o que se oculta no coração da controvérsia, para conhecer a densa e complexa pauta do mundo, e nele imprimir o sentido da justiça, necessita de apoio logístico, de tempo, de preparo intelectual, de esperança e de liberdade. Não é plausível nem razoável exigir, dos magistrados, decisões céleres, tecnicamente corretas e eticamente justas, sem que se lhes ofereça os instrumentos de que necessitam. Ademais, cabe enfatizar que o conhecimento, o saber jurídico técnico e científico não rende legitimação se o Judiciário, em suas decisões, nelas deixe de imprimir o sentido do justo mediante o exercício da correção normativa.

Há na Constituição e, em todo ordenamento, princípios jurídicos vinculantes que, em razão sua deles natureza elástica e da relação dialética que travam, abrem espaço a uma hermenêutica de princípios que permite e reafirma a necessidade de se ver a legislação como um meio, um instrumento que, combinado com a prevalência normativa dos valores, se destina a construir o Direito. São os princípios jurídicos que fazem com que a ordem normativa seja um sistema aberto em razão de sua “estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes de ‘verdade’ e de ‘justiça’”.¹⁹ “A Constituição é, ela própria, história.”²⁰

Eis a razão pela qual a inteligência do intérprete do direito deve refletir o momento em que feita a interpretação, sendo-lhe proibido adiantar ou atrasar o relógio da História. Somente as exigências da realidade, o que determinarem os fatos, as necessidades e as circunstâncias do real autorizam ou recomendam mudanças interpretativas mais radicais, exatamente como enxergaram os romanos: *factibus ipsis dictantibus ac necessitate exigente*.

Ora, se se pretende verdadeiramente a humanização do Direito e dos tribunais, faz-se necessário lembrar se este propósito está indissoluvelmente vinculado ao dever que tem o intérprete de, ao analisar e aplicar os textos legais ao caso concreto, incorporar à interpretação o ideário de justiça dominante na sociedade quando de sua efetivação. Esse ideário, no entanto, não pode nem deve ser o ideário de quem interpreta e, sim, o ideário ético-jurídico insculpido na ordem jurídica, notadamente o ideário ético-jurídico estampado na ordem constitucional. O intérprete que não considera a justiça o objetivo supremo da lei, ignora que a liberdade e o respeito que deve à pessoa humana, fundamentos da ordem constitucional democrática; portanto, despreza o que legitima toda e qualquer proposição ou norma jurídica.

Construir o Direito não é tarefa apenas do legislador, sobretudo ao intérprete cabe construí-lo. E, enquanto atividade jurisdicional, o

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.159.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 21.

Direito é ciência e é arte, a arte e a ciência de mergulhar no terreno duro da normatividade e de lá arrancar a verdade jurídica. A legislação positiva está sempre a envelhecer, a perder sua perspectiva do futuro, enquanto que a matéria normatizada, que se situa no plano da vida, avança, caminha, e, assim, abre lacunas na ordem jurídica, torna normas caducas, obsoletas, insatisfatórias, inadequadas às soluções cogitadas pelo texto original.

O texto normativo carrega o Direito, é verdade, mas o que o extrai é, em última análise, o preparo cultural, o teórico, e o talento do intérprete. Aquele que deseja aprender a interpretar deve antes saber como se aprende a estudar o Direito: primeiro, que desenvolva o gosto pela leitura e que aprenda a escrever, que saiba combinar ideias, que aprenda a discernir e a exercitar o raciocínio sob a espada da lógica jurídica; em seguida, que ande pela ordem normativa, visite seus princípios, fundamentos e regras, que escale o ordenamento, degrau por degrau, que caminhe por seus labirintos e que aprenda a pensar de cabeça erguida. Assim como o caçador de pedras preciosas rasga a terra para buscá-las, o intérprete deve penetrar no texto e nos fatos até encontrar o sentido jurídico preciso. No processo interpretativo, tanto os fatos quanto as normas são importantes; saber interpretar fatos é tão ou mais importante que saber interpretar leis. Lembremo-nos de Martin Heidegger, o precursor da hermenêutica filosófica contemporânea, quando escreve que “em tudo o que já se conhece esconde-se algo digno de pensamento”.

Para realizar essa operação, torna-se necessário elevar o espírito e o raciocínio para além do petrificado de modo a incorporar, como se por uma alavanca de luz, a dinâmica da vida social e moral concreta do homem. Em vez de âncora, que a ciência e o talento sejam, para o intérprete, como velas ao vento, a impulsionar adiante o sentido da liberdade e da justiça. O intérprete do Direito tem o dever de passar pelo mundo sem se embrutecer e tem o direito de não se ver compelido a renunciar aos ideais humanitários, não obstante tenha consciência de que a realização do jurídico dele requer o desenvolvimento do seu sentido prático. Como a norma jurídica não existe para si mesma, nem em si mesma, como não tem pernas para andar nem cérebro para pensar, resta claro que sua vida está na interpretação que lhe damos.

As melhores interpretações sempre serão aquelas que saem naturalmente do coração do intérprete, passam pelo crivo severo da sua razão, e são capazes de conquistar o coração e as mentes daqueles que vivem a caminhada da liberdade e da justiça pela vida. Como escreveu Platão, em *As leis*, “ninguém negaria que a justiça entre os homens é uma coisa bela e foi ela que civilizou todos os assuntos humanos”.

Em verdade, se fossemos capazes de compreender o amor além de sua lógica pessoal e privatista, se fossemos capazes de enxergar no amor sua dimensão pública, o direito e a justiça, ao invés de opostos, seriam como o vento e a vela. Como disse o Min. César Peluso, “só quem ama deveria ter o poder de punir”.

O amor – escreve Paul Ricoeur²¹ – ‘o amor tem a mesma extensão que a justiça. Ele é sua alma, seu impulso, sua motivação profunda; confere-lhe sua visada que é o outro, cujo valor absoluto ele atesta; acrescenta a certeza do coração aquilo que corre o risco de tornar-se jurídico, tecnocrático, burocrático no exercício da justiça. Em compensação, porém, é a justiça efetiva, institucional, social do amor’.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto Apud. *O conceito de sociedade civil*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4. ed. Trad. Manuel Antônio. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1987.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- GALEANO, Eduardo. *Palabras andantes*. Montevideu: Ediciones del Chanchito, 1993.
- GAMBOGI, Luís Carlos B. *Direito: razão e sensibilidade. As intuições na hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

²¹ RICOUER, Paul. *Ideologia e Interpretação*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990, p. 162.

GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa para uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Leonel Cesarino Pessoa. Cadernos de filosofia Alemã. São Paulo, nº6. 2000.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

MORIN, Edgar. *A religação dos saberes. O desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

PIRES, Maria Coeli Simões, *In*: BARBOSA, Maria Elisa Braz; DIAS, Maria Tereza Fonseca; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa (Orgs.). *Estado e Propriedade – Estudos em homenagem à professora Maria Coeli Simões Pires et al.* Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Trad. Almiro Pesetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICOUER, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (Ontológica) entre Texto e Norma: afastando o fantasma do relativismo. *In*: TÔRRES, Henelo T. (Coord.) *Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri, SP: Manole, 2005.

VILLELA, João Baptista. Força e debilidade do direito. *Revista Del Rey Jurídica*: Belo Horizonte, a. 5, n. 11.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Cultrix. 1970.

Recebido em 21/10/2016

Aprovado em 13/5/2017