

O poder judiciário e a interpretação do Direito*

NELSON SALDANHA

Utilizo no título deste trabalho o termo *poder*, e não a palavra *função*, para expressar a importância daquele termo, que entendo deva ser valorizado como indicador da permanência de certos temas centrais do direito público e da teoria política. Evidentemente o que tenho a dizer se relaciona com a chamada "função jurisdicional", equivalente a um dos afazeres centrais do Estado; mas o termo poder, além de favorecer o relacionamento com aquela função, se projeta sobre a própria realidade das instâncias que aplicam concretamente o Direito. O jurisdicional, dimensão da ordem político-jurídica, se encontra insito no judicial, porquanto juízes e tribunais não se entenderiam sem que os caracterizasse a atribuição de aplicar o Direito.

Ao falar em *aplicar o Direito*, enuncio a linha central destas breves páginas: a aplicação do Direito, que pressupõe a interpretação, esteve sempre ou quase sempre afeta ao poder judiciário (aquela *puissance de juger* de que falava Montesquieu). Isto é, na medida em que se tem, nos diversos Estado — mormente os contemporâneos — uma distribuição de funções, os órgãos do poder judicial recebem a incum-

* Conferência lida na Escola Superior de Magistratura, em Porto Alegre, em 16 de julho de 1987.

bência de aplicar o Direito e portanto de cumprir uma missão hermenêutica. Este fato parece bastante óbvio, mas cabe colocar algumas questões sobre suas razões e seu sentido.

Seja permitido recuar dentro do tema até o vago lugar da evolução cultural onde os autores comumente situam a *origem* das instituições, e correlativamente a institucionalização do poder. A institucionalização do poder equivaleu segundo certos autores à própria nascença do Estado, e ao pensar nisto imaginamos as primeiras sociedades tornando-se sedentárias, distinguindo internamente as classes e as ocupações. É quando a ética se configura em normas definidas, e o Direito surge como explicitação delas, ao mesmo tempo que imposição delas através de formas rígidas. Ao serem assumidas e oficializadas pela ordem vigente, as normas passam a configurar previsibilidades: os integrantes do grupo vão sendo obrigados a saber o que acontece ao transgressor, e nas relações comuns se delineiam os contornos do permitido e do proibido. O que se tem como obrigatório vai sendo aos poucos imposto por parte do poder, e o que o poder impõe se confirma como obrigatório: aí se tem, em simplificada imagem, a versão inicial do convívio, que sempre foi complementar e distinto, entre a ordem do Direito e a ordem do Poder.

Institui-se nessa fase — que é uma variável antropológica e se reconstitui com algo de conjectural — a própria função de julgar. Ela deve ter surgido sob formas bastante diversas: com o pai que dirime contendas dentro da casa, com o chefe militar que pune o soldado indisciplinado, com o rei que perdoa prisioneiros de guerra. E deve em alguns casos ter sido exercida sem a existência de norma prévia, solucionando-se as querelas sem a inovação de parâmetros “gerais”. Por isso dizia Cogliolo, em uma passagem de sua *Filosofia del Diritto Privato*, que a sentença foi a primeira forma do Direito objetivo. A frase é discutível; mas o fato deve ter ocorrido várias vezes, e tem sua importância.

O relevante aqui será destacar que, com o passar do tempo, o ato de julgar se tornou tão característico — dentro das estruturas do poder e da “autoridade” — quanto o de administrar e o de ditar normas. Vieram depois os tribunais, e em certos contextos da história eles vieram a obter notoriedade. Com a existência de instâncias judiciais específicas, o que sucedia era a oferta, pelo Estado, de uma forma institucional de solver conflitos. O Estado assumia a tarefa de promover a justiça, iniciando-se uma evolução que, em Roma, produziria formas processuais bastante definidas, com ritos e fórmulas, inclusive a partir das famosas *legis actiones*. E todo o trajeto histórico, com as diversas formas de Estado, revela justamente, a permanência da função judicial, já com os parlamentos e com os “juízes do rei” na Inglaterra medieval, já com a unificação das jurisdições dentro do Estado moderno, já com o desenvolvimento de formas peculiares nos diversos sistemas contemporâneos, após as reelaborações condicionadas pelo esquema de chamada separação de poderes, de que adiante falaremos.

* * *

Como o que se denomina “Direito” consiste em algo que se dirige à regulamentação de relações, situações e condutas, o tempo e o amadurecimento das instituições consagraram uma correlação estrutural entre o ato específico de “julgar” e a função político-jurídica de “aplicar” o Direito. Anote-se de passagem que o termo *aplicação do Direito* deve ser utilizado com uma certa ressalva crítica. O termo poderia dar a entender que o Direito é uma coisa, um objeto à parte, e sua aplicação é outra, algo que pode dar-se ou não; quando na verdade o momento aplicativo, que é um dos que integram a às vezes chamada “dinâmica jurídica”, faz parte do próprio Direito. O Direito não é apenas ordenamento mas experiência, e destarte inclui o próprio incidir sobre as realidades vividas, incidir que se efetiva plenamente com a *aplicação* em sentido concreto.

O problema da aplicação, que implica o conhecimento e também a hermenêutica das regras que se aplicam, não se acha apenas no Direito, mas também na religião e talvez na política; ou seja, em todas as esferas institucionais onde caiba reconhecer uma ordem de vigências que se impõem sobre vidas e comportamentos. No Direito, porém, se definiu desde muito cedo a necessidade formal de explicitar conceitos e de delimitar relações: o parentesco inicial entre o jurídico e o sacral originou para ambos a valorização da forma e a referência a textos intocáveis, diante dos quais sempre cabia montar-se um trabalho hermenêutico.

A chamada secularização da cultura (que Max Weber designava como desmágicação, *Entzäuberung*), verificada em diferentes orbes culturais, correspondeu no Ocidente ao fim da Idade Média e às antecipações do Iluminismo, apagou as sacralidades e implantou no mundo o prosaísmo da técnica, supervalorizada pela doutrina do progresso. A aplicação do Direito, que em épocas recuadas tinha algo de sacerdotal, foi incluída entre as áreas modificadas pelo espírito racionalista, e aos poucos se definiram as “profissões” concernentes ao Direito. Ao tempo de La Bruyère, por exemplo, os cargos judiciais eram comprados, ou herdados: com o Estado liberal o ofício de julgar se definiu como função pública, dentro da concepção burguesa e leiga do “espaço público”. E como se redefiniram também as relações entre o Estado e o Direito, a autoridade jurídica do juiz adquiriu um novo perfil.

Este perfil dependeu do problema da separação de poderes, tema de que começamos a tratar, linhas atrás. Durante as últimas gerações, acumularam-se objeções e reparos de toda a sorte sobre a idéia de uma separação — ou de uma simples “divisão” — de poderes.

Mas vejamos. A teoria clássica da separação dos poderes, que veio de autores anteriores e se consagrou através de Montesquieu, repousava sobre uma perspectiva racionalista, amadurecida no iluminismo, dentro de um contexto histórico

que preferimos não reduzir à dimensão econômica, mas que inclui componentes sociais e culturais: como diria Werner Sombart, da mesma forma que o burguês criou a contabilidade “de partidas duplas”, elaborou certas distinções formais dentro do Estado, e entre elas a separação entre os poderes. Tratava-se, repetimos, de uma perspectiva caracteristicamente racionalista, dir-se-ia geométrica, vale dizer: não histórica. O que importava, para homens como Rousseau, Sieyès e Montesquieu, eram a simetria e a funcionalidade dos poderes (pensados diplomaticamente, portanto não meras “funções”), não eram as condições histórico-sociais. Depois, ao curso do oitocentos, é que se consolidaria a preocupação com tais condições destacadas pelas “Escolas Históricas” e pela visão evolutiva das instituições.

Essa visão evolutiva, que veio depois, é que trouxe indagações como aquela referente a “qual das funções estatais surgiu primeiro”. E também trouxe, posteriormente, o questionamento dos poderes feito a partir da comprovação do que sucedeu com eles nos diversos Estados: daí as críticas *empíricas* ao problema da separação, críticas que mostram alterações no ideal teórico inicial ou que enfatizam esta coisa óbvia que é a necessidade de os poderes se interligarem, coisa que aliás os autores clássicos não ignoravam.

Mas o tema dos poderes, e de sua eventual divisão, se desenvolveu dentro do grande movimento chamado constitucionalismo. O constitucionalismo, de certo modo sintetizado na famosa frase contida no parágrafo 16 da Declaração Francesa de Direitos de 1791 (*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs n'est déterminée, n'a point de constitution*), entronizava o ideal das constituições escritas, correlato do dos códigos escritos e filho do mesmo ideal jurídico-político que este. Toda a ordem jurídica, pensava-se, deve ser posta por escrito, e o direito chamado costumeiro deve ser visto como um bizarro arcaísmo medieval. A unidade do Estado, com sua soberania unitária

e indivisível, e com a fusão entre a nacionalidade e o território, necessitava de unidade no ordenamento jurídico, tanto no Direito dito substantivo quanto no chamado adjetivo. Eugen Ehrlich, em sua monumental *Sociologia do Direito*, chamou a atenção para este aspecto.

E a unidade, no caso, provinha inclusive da forma: dava-se coerência e nitidez ao ordenamento colocando-o por escrito. A mestria verbal do jurista, secularmente comprovada, e renovada, estendeu-se do domínio dos comentários para o da linguagem normativa. Por sinal, conceitos como os de "norma" e de "ordenamento", veiculados só no século vinte, seriam ainda frutos do legalismo jurídico.

Dentro desse quadro vemos a atividade legisladora configurar-se como função essencial e contínua dentro da estrutura do Estado; vemos o executivo, dentro do enfoque liberal, entendido como administrador de tarefas e cumpridor de regras gerais. E então o judiciário, que ao tempo da La Bruyère se compunha de cargos patrimoniais e que Montesquieu reconhecia ser "de certa forma nulo", definiu-se como aplicador da ordem jurídica.

É claro que isso teve suas variantes, e que já do século XVIII para o XIX elas se revelaram. Em princípio, estas variantes correspondem à estruturação dos chamados *sistemas* jurídicos, tendo o poder judiciário, em cada um dos grandes sistemas, um padrão característico, ou uma situação peculiar. O professor Nicola Picardi, em longo estudo sobre as variações históricas da figura do juiz ordinário, situa no século XVIII as origens da diferença entre a situação do juiz na Inglaterra, onde cedo se definiram os limites do poder real em face da administração da justiça, e na França, onde longas e complexas disputas desgastaram, sobretudo antes da Revolução, as relações entre os juizes e o poder monárquico. ("Il giudice ordinario", em *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, Cedam, ano XL, nº 4, out.-dez. 1985).

Por sua vez o comparatista John Henry Merryman, em livro sobre a tradição do sistema chamado "do direito civil", contrapõe o juiz dos países deste sistema, ofuscado segundo ele pela doutrina e pela legislação, ao juiz do sistema dito anglo-saxão, ao qual o contexto confere mais poder e mais criatividade. Tudo isso evidentemente se deveria a condições históricas, que incluem formas institucionais e traços de mentalidade e que vêm de alguns séculos atrás. A tal ponto cresceu o poder do judiciário nos países anglo-saxões, que certos autores franceses chegaram a utilizar, a propósito dos Estados Unidos, a expressão *gouvernement des juges*, com certo exagero obviamente. É o caso do conhecido livro de Roger Pinto.

Entretanto, observemos o seguinte. Enquanto o império do pensamento empírico, durante o século XIX, obscurecia o legado iluminista, a experiência institucional impunha algumas alterações ao esquema clássico dos poderes. Na França, a restauração levou a uma reformulação do esquema, com o espírito da carta monarquista de 1814 e as idéias de Benjamin Constant; na Alemanha e na Itália a permanência do pluralismo manteve a ordem política em termos específicos. Nos Estados Unidos, sobretudo a partir dos famosos julgados do Chief-Justice Marshall, o crescimento do judiciário foi compensado pela continuidade da Constituição escrita e pela persistência do alto prestígio do Congresso e da Presidência. E por toda a Europa oitocentista os governos autoritários, desde o do próprio Napoleão, tentaram bloquear a interpretação: o autoritarismo político sempre teme a hermenêutica jurídica e tenta impor a letra nua da lei. Mas não nos demoremos neste ponto.

Por estes tempos consolidou-se o conceito de "Estado de Direito", cunhado por Robert von Mohl em 1832-1833 em sua obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Aos poucos, o uso do termo se estabeleceu, chegando ao nosso século como peça importante da herança da doutrina liberal do Estado. O Estado de Direito, entendido

inclusive como Estado Constitucional, se entendeu desde cedo como sendo um Estado limitado. Neste ponto sua imagem implicava uma fundamental distinção entre formas limitadas e não limitadas de governo, valendo recordar que a presença de limitações ao poder existiu inclusive na Idade Média, e que a fórmula da separação, pretendendo como pretendeu superar o absolutismo e o poder *ab solutus*, paradoxalmente resgatava um traço que existiu no medievo, onde o poder real se considerava limitado e onde segundo certos autores teria chegado a existir um constitucionalismo. Citaria a respeito o livro de Charles H. Mac Ilwain, *Constitucionalismo antigo e moderno*.

Com a generalização do conceito de Estado-de-Direito, e com seu perdurar até nosso século, tomou especial relevo o tema da posição do Judiciário perante o ordenamento jurídico. Perante, e ao mesmo tempo *dentro* dele. O ordenamento, que sem dúvida se insere no social (e portanto nos "fatos"), e que envolve fins específicos, não se compõe, a nosso ver, apenas de normas escritas, normas em sentido formal, mas também — e era esta aliás a lição de Santi-Romano — de princípios e de valores, existindo as normas em função do ordenamento e não o inverso.

E sendo o Estado contemporâneo um Estado onde todo poder se acha limitado, é evidente que de alguma forma se tem de assegurar a limitação do poder. Ela se acha expressada na lei, maximamente na Constituição, mas um poder específico terá de incumbir-se das verificações que a respeito se façam necessárias. Deste modo o próprio Estado, além de se revestir de uma forma constitucional limitadora de todo poder, estabelece *dentro* de suas estruturas uma instância que se acha também *diante* dela, e à qual se devem submeter todas as questões surgidas na vigência de tais estruturas. Essa a razão de ser do Judiciário no Estado contemporâneo. E não nos limitamos a falar no Estado liberal e "burguês", porque toda essa concepção, configurada no constitucionalismo liberal, terminou por permanecer nos Estados ditos sociais e nos socia-

listas, dado que certos componentes da história são cumulativos e que o passar das épocas representa, como Hegel pensou, uma superação que é em parte conservação.

E foi no próprio movimento constitucionalista, que redefiniu o poder do Estado como algo juridicamente limitado, que se consolidou o chamado "princípio da legalidade". Este princípio tinha um correlato muito valioso no ideal britânico do *due process of law*, justamente um preceito processual que exigia para todo pleito um direcionamento correto, em ligação com o chamado *rule of law*, o domínio do direito. Nos Direitos continentais, este domínio foi formulado com o Estado de Direito, a que já aludimos, e seu correlato positivo foi o princípio de legalidade, que passou a ser uma característica de toda a ordem jurídica. Uma característica que entretanto dependeu sempre, e depende, do poder judiciário como aval de sua concreção.

Certo que vieram as crises, e continuam vindo, e estavam nas instituições desde pelo menos as tentativas de aplicar o esquema dos poderes. Recentemente, Hans Girardi, na Alemanha, analisou as percussões da burocratização do Estado sobre o parlamento e sobre o judiciário, afetando a própria condição dos juízes (*Abschied von Montesquieu*, Heidelberg, 1982). Mas as crises estão hoje no Direito como um todo, e provavelmente no homem de um modo geral, e não basta falar delas sem as situar em cada sistema.

Podemos continuar atribuindo ao judiciário a condição de intérprete da ordem jurídica. Não apenas da lei, nem de cada caso, mas da ordem como um todo, só que vista em cada caso, ou a propósito de cada lei. E isso nos repõe em face de certos problemas, vez por outra aventados. Recentemente, por exemplo, se tem discutido sobre a necessidade de o juiz ser um advogado, ou melhor, um graduado em Direito. Mencionam-se países onde tal requisito é dispensado; defende-se a idéia de um juiz não-técnico. A tal ponto nem os integrantes da corrente do "Direito livre", inclusive Kantorowicz, haviam

chegado. Esta visão, que lembra aquela crítica à “política dos juristas” feita na década de 30 pelos engenheiros que veicularam a palavra tecnocracia, imagina o ato de julgar como mera projeção do chamado sentimento-de-justiça. A nós nos parece, porém, que o desempenho de funções judicantes requer a formação técnica que só os cursos de Direito podem dar, coisa inteiramente evidente; o que se pode além disso querer, na verdade, é que o juiz se identifique com os valores sociais mais relevantes e não se encaسته num legalismo frio. Neste sentido cobra relevância a frase de Carlos Cossio segundo a qual a grandeza de um juiz, como a de um jurista, se acha ligada “às melhores possibilidades do entendimento societário.” Permito-me mencionar neste passo o estudo de Aloísio Surgik “O Judiciário e o Povo”, ora incluído em livro (*Temas críticos de Direito à luz das fontes*, HDV, Curitiba, 1987), e no qual o autor examina com intenso vigor crítico as condições reais do judiciário brasileiro.

Na verdade, porém, este é um outro problema. O fato de o judiciário precisar, em nosso país e em outros, de reestruturações e mesmo de uma redefinição funcional, inclusive com a adoção de implementos da informática e da eletrônica, não afeta o plano dos significados gerais; nem afeta este plano a complexificação do mundo social com sua repercussão sobre o crescente especialismo técnico do direito e dos juristas, mencionada por Ernst Forsthoff em seu ensaio sobre “O Jurista na sociedade industrial” (inserido em *Stato di Diritto in trasformazione*, trad. it., Milão, Giuffré, 1973). Reestruturado ou não, computadorizado ou não, o papel político-jurídico do judiciário segue sendo o de interpretar o ordenamento, reconstruindo-o a cada passo e em cada ponto através da hermenêutica. É responsabilidade do judiciário a *compreensão* do ordenamento.

Aqui retomamos, todavia, um ponto aflorado no início: a condição do juiz se acha de certo modo posta entre a ordem do Direito e a ordem do poder. Ou por outra, e como também já dissemos: a função judicante se encontra dentro do orde-

namento, mas tem de estar também *diante* dele. O Estado, ao se considerar portador de uma função "jurisdicional", se desdobra, colocando nesta função, que é sua, o poder de eventualmente se sobrepor a ele. A publicidade dos atos, correlata da dos espaços e do saber, próprias do racionalismo dito burguês, transformou o ato de julgar em algo aberto, ao menos relativamente aberto. Daí que o judiciário tenha algo de parlamentar, porque inclui a divergência e o diálogo, e de executivo, porque concretiza realidades e promove resultados. O ato de julgar não é um arbítrio subjetivo, mas um pronunciamento do próprio ordenamento jurídico interpretado pelo titular de um poder competente. Assim é que o professor Georges Lavau designou o poder do juiz como um "pouvoir meta-politique", isto é, um poder superior ao das injunções eventuais e mais vinculado ao Direito do que mesmo à lei ("Juge et pouvoir politique", em *La Justice*, ed. PUR, Paris 1961).

E como a ordem jurídica não é um problema de física nem de matemática, o ato de *julgar* significa, no caso do Direito, um modo de *compreensão*. Dissemos isto linhas atrás. A aplicação do Direito, envolvendo uma visão compreensiva, implica uma percepção de valores e de circunstâncias, além de conotar um conhecimento técnico e intelectual das normas e dos institutos abrangidos no caso. Tudo isso se engloba ao falar-se em hermenêutica. Evidentemente o legislador também tem um prisma hermenêutico ao escolher entre regras e ao visar fins, como o tem o próprio administrador ao fundamentar programas ou delinear decisões. Mas no caso do poder judiciário o *momento* hermenêutico tem caráter mais abrangente e ao mesmo tempo mais específico, já pelo fato de estar, aquele poder, a um tempo dentro e diante da ordem vigente, já porque a compreensão que o juiz tem de cada norma (e de cada caso) representa sob certo aspecto uma compreensão de todo o ordenamento e do tipo de situações que ele visa ordenar. Ao tomar conhecimento de um problema, o órgão

judicial — seja individual seja colegiado — o traz para a órbita normativa do ordenamento, mas não apenas isto: ele o coloca dentro de um sistema geral de significações, por meio das quais se exercerá a interpretação. Mesmo porque, em que pese a tradicional frase “interpretação da lei”, o que se interpreta não é apenas a lei, mas um contexto ou uma porção da ordem; e o que se “aplica”, no fundo, não é bem a lei, mas o Direito, ao qual a lei serve como instrumento de explicitação normativa.

Em nossos dias, desenvolve-se em certos centros e por parte de certos autores uma corrente filosófica denominada precisamente de hermenêutica. Integram-se, na Alemanha, Hans-Georg Gadamer, Coreth e outros, vindos da ontologia de Heidegger. Em França, Paul Ricoeur contribuiu com valiosos aportes, e na Itália alguns pensadores estão trazendo para o campo do Direito este modo de pensar, baseado numa concepção histórica e existencial das ciências humanas. Menciono especialmente os trabalhos de Giuseppe Zaccaria, que estudou a obra de Gadamer e também a de Josef Esser, o qual desde seu grande livro sobre *Princípio e Norma na elaboração do Direito Privado* havia assumido posições lúcidas e fecundas, superando o formalismo sem cair no sociologismo (G. Zaccaria, *Ermeneutica e Giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H. G. Gadamer* Milão, Giuffrè, 1984; idem, *Ermen. e Giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milão Giuffrè, 1984).

E ao mencionar o tema da hermenêutica, cabe fazer um aceno ao grave problema da chamada “verdade jurídica”. Não cabe desenvolvê-lo aqui, mas vale ao menos assinalar seu parentesco com o da verdade política, que inquieta aos mais exigentes desde Platão. No plano do Direito, porém, a alusão à verdade envolve nuances muito especiais, podendo-se discutir o problema no âmbito do juízo e no da decisão, e podendo-se

distinguir outramente entre a questão genérica da verdade *no jurídico* e a da verdade *no processo*. A atenção para com os meandros deste tema dá a medida das responsabilidades do julgador, que está posto entre as armas e a balança, isto é, entre a ordem do poder e a do Direito. As verdades são relativas, tanto no conteúdo das provas (que os ingleses chamam "evidence") quanto nas entrelinhas dos códigos. E talvez, quem sabe, as coisas seriam piores se elas fossem absolutas.

Recife, 30 de junho de 1987

1. Preliminarmente, agradeço aos organizadores deste certame — OIT — Organização Internacional de Trabalho, Secretaria do Trabalho e Ação Social do Estado de Minas Gerais, Academia Nacional de Direito do Trabalho e o IBRAET — Instituto Brasileiro de Estudos de Trabalho — a honra com que me distinguiram pelo convite para dele participar.

Uma palavra especial, sem dúvida, para o prof. Carlos de Brito, representante da OIT em Brasília e para o Ministro Arnaldo Sussekind, representante brasileiro nessa organização.

2. Quando a Organização Internacional de Trabalho foi criada, em 1919, o pensamento básico foi o de que "a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social", para, tanto possível, a adoção de um regime de trabalho realmente humano (preâmbulo da Constituição da Organização Internacional de Trabalho de Sussekind, *Tratados ratificados pelo Brasil*, ed. Freitas Bastos, 1951, pag. 68). Para atender

* Palestra pronunciada no dia 27 de outubro de 1987, no VI Seminário Nacional sobre Normas Internacionais de Trabalho, proleção da OIT — Organização Internacional de Trabalho.