

## Lei é manifestação imediata do Direito, mas não a única

“As pessoas sábias aprendem com as outras; as medianas aprendem pelo sofrimento e as pessoas tolas não aprendem absolutamente mais nada, porque elas já sabem tudo.”<sup>1</sup>

Há quem se confesse, com todas as letras, escravo da lei: escravos jamais foram bons soldados e deles, salvo raras exceções, não se pode esperar o mínimo de coragem e descortino para romper as trevas da clausura cognitiva e escancarar as janelas do saber aos fenômenos da realidade cotidiana.

Os que alardeiam o pela lei, com a lei, dentro da lei, pois fora da lei não há salvação esquecem os que foram escravizados, desterrados, torturados e/ou mortos, sem que seus algozes necessitassem se apartar um milímetro, sequer, do texto legal.

Não há nada de novo debaixo do sol. Nem os legíslatras, nem os alcoólatras, nem os idólatras, nem os demais adoradores de soluções simplistas que descumram as variáveis que os tempos aportam à equação da vida.

Há muitos séculos, Davi soube descumprir a lei quando, em determinado momento, julgou ser mais importante alimentar os homens do que se ater às fórmulas prontas; o Nazareno não hesitou em proclamar que o sábado existe para servir ao homem, e não o homem para servir ao sábado<sup>2</sup>.

Não que se deseje um sistema anárquico ou anômico: “não pensem que eu vim para acabar com a Lei de Moisés ou com os ensinamentos dos profetas. Não vim para acabar com eles, mas para dar o seu sentido completo”<sup>3</sup>.

Este sentido completo é o que tem angustiando os juristas em todos os tempos: se necessário se faz elaborar um *modus faciendi*, um *know-how* dinâmico, célere, padronizado e cogente, um “se tal, então tal”, ao mesmo tempo não se pode negligenciar que a lei é apenas a manifestação imediata do Direito, jamais a única ou a última.

Tais aspectos têm de ser levados em conta ao pensarmos o Direito como ciência. Por isto, dizemos juiz de Direito e não juiz de leis, Tribunal de Justiça e não Tribunal de Leis. Nenhuma lei pode prever tudo que vai acontecer<sup>4</sup>: o *in claris non fit interpretatio* é tão perigoso que os romanos já o refutavam. O polêmico Raul Seixas, compositor e cantor baiano dos anos 70, dizia preferir ser uma metamorfose ambulante a ser um pretensioso que tem respostas prontas para tudo. Com razão.

Antes de nos intimidar, a proposição do poeta António Machado — *aminantes no hay caminos, los caminos se hacen al caminar* — nos desafia a manejar os instrumentos ancilares que a ciência oferece à análise holística, imposta pelo Estado Democrático de Direito, principalmente, aos seus órgãos de soberania<sup>5</sup>.

Nenhum sistema em evolução pode prescindir de procedimentos padronizados que exsurjam das práticas recorrentes; mas certo também é que os desafios do mundo em constante transformação não comportam a *áurea mediocritas* de reduzir juristas à dimensão de meros autômatos e de gorilas amestrados em

---

soluções padronizadas.

É notório o despreço que a maioria das escolas de Direito do país nutrem pelas matérias propedêuticas: quiçá a interpretação literal da locução, *Law School*<sup>6</sup>, reduza o ensino jurídico à mais simples expressão das leis, tantas delas eivadas de antinomias e inconstitucionalidades, a agredir o Direito.

O temor iluminista da “ditadura dos magistrados” impele alguns teóricos a cerrarem fileiras em torno do que Cappelletti denominou certeza do direito<sup>7</sup>, traduzida pela lei escrita, a limitar a discricionariedade administrativa e judiciária, exacerbando a vinculação dos agentes políticos e administrativos aos preceitos formais.<sup>8</sup>

Contudo, abordar o direito como sistema de garantias implica estabelecer a equação cujos termos devem ser devidamente equilibrados: segurança jurídica e efetividade. A efetividade impõe que o Direito seja um instrumento de promoção e distribuição de justiça cuja validade extrapola a bitola formal do *fiat lex*. Exacerbar a segurança jurídica, consentir os ostensivos biombos legais, não só inviabiliza a efetividade do Direito mas realimenta a insegurança.

Nesta marcha, a efetividade se identifica muito mais com o *jus suum cuique tribuendi e o nemo laedere* do que com a ladainha de fórmulas prontas e acabadas. Reside em cada pessoa um quê de *homo faber*, mas também de *homo sapiens*, numa razão estabelecida pelas atividades diárias que a sobrevivência exige.

O *homo faber* se abebera da tecnologia enquanto o *homo sapiens* se socorre da ciência. A tecnologia, mais operacional e rotineira, quase que se limita ao saber como (*know how*), sintetizado em procedimentos padrões. A ciência mais se preocupa em saber o porquê (*know why*) e ,por tal, demanda maior esforço intelectual dos operadores<sup>9</sup>.

Adequar segurança jurídica e efetividade é, pois, tarefa que exige, *mutatis mutandi*, o tipo de raciocínio sistêmico de que se servem geômetras, físicos, matemáticos e tantos outros profissionais contemporâneos. Vale dizer: malgrado não descartem fórmulas pré-estabelecidas e comprovadas, não se apartam dos princípios que as acolhem ou as rejeitam em cada caso. A excelência destes profissionais não é aferida pela capacidade de reter ou decorar fórmulas, mas pela maestria com que as interligam ou as lêem nas entrelinhas.

O vocábulo inteligência<sup>10</sup> deriva justamente desta capacidade de interler ou de interligar. Contudo, a priorização dos princípios pelos operadores do Direito ainda encontra grande resistência, principalmente nos países que perfilham o sistema da *civil law* pelo temor da proliferação da figura do “juiz legislador”.

Como, então, declinar efetividade — Direito justo — *richtiges Recht* e segurança jurídica — império da lei ? O problema pode ser comparado, analogicamente, ao dos engenheiros chamados a projetar um sistema de controle que deva prover a necessária estabilidade sem abrir mão da sensibilidade.

Um sistema de controle não pode ser tão estável que não se inteire das variantes que demandam uma pronta resposta. Nem pode ser tão sensível que inviabilize os requisitos mínimos de estabilidade. Estabilidade e sensibilidade são componentes antagônicos: o sistema, quanto mais estável, tende a ser

---

menos sensível; quanto mais sensível, mais instável e sujeito a oscilações.

Tome-se, por exemplo, um controle automático do nível de água de uma caldeira industrial de alta pressão: alterada a demanda de vapor, a resposta do sistema não pode ser tão rápida que faça com que o nível de água ultrapasse o limite superior máximo, avariando os equipamentos pelo martelo hidráulico e, tampouco, não pode ser tão lenta que deixe o nível de água baixar a ponto de secar a caldeira, levando-a a explodir.<sup>11</sup>

O comando deve ser sensível para detectar as variações do nível, monitorando, continuamente, o *feed back* (realimentação) de todo o sistema, pela medição de diversos parâmetros como vazão, fluxo, pressão, temperatura e outros fatores, que são levados a uma avaliação proporcional, integral e derivativa, de modo a orientar a resposta adequada à estabilização do sistema. A palavra-chave deste processo se chama realimentação (*feed back*). No caso do Direito como ciência, a realimentação requerida é a dos fenômenos da realidade social de cada tempo<sup>12</sup>.

Desprovidos do guarda-chuva da lei para garantir a aplicação do justo Direito, como, então, prover a proteção do cidadão, em face do mais forte ou do próprio Estado Democrático de Direito ou, ainda, ante a tentação do arrastar das esporas e do tilintar dos sabres das ditaduras?

O dilema dos garantistas — e aí espriamos o vocábulo para além do direito criminal — é, exatamente, a questão da juridicidade e seu corolário de legisdogmática, estreita corruptela da dogmática jurídica. Tal dilema assume dimensões consideráveis, máxime no que concerne à interpretação dos direitos fundamentais, tarefa que requer uma leitura mais ampla do Direito. Esta faina não é das menos difíceis porque ultrapassa “a mera soma das normas”<sup>13</sup> e expande seu objeto de estudo ao ordenamento jurídico nele incluindo a positivação dos princípios .

Assim, descartadas as fórmulas *prêtes a porter*, as receitas de bolo, o *dura lex, sed lex*, Gordillo Cañas<sup>14</sup> , intui a mudança de atitude da magistratura que não pode mais se comportar como boca da lei ou prolatora de soluções de algibeira. A constitucionalização dos princípios gerais de Direito constitui um importante passo no sentido de sua efetividade, ao espargir clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, segundo o competente escólio de Paulo Bonavides<sup>15</sup>.

A normatização dos princípios implica, pois, a reflexão sobre a abrangência e reflexos da intelecção dos fatos jurídicos. Os princípios são axiológicos (e não deontológicos) e genéricos. Em sendo mandamentos de otimização<sup>16</sup>, são prevalentes, intersecantes, mas jamais excludentes.

Quem pretende servir ao Direito não pode curvar-se subserviente e incondicionalmente à lei — como já prelecionava Francisco Cavalcante Pontes de Miranda<sup>17</sup>. Antes, deve buscar sua concreção axiológica fundada, sim, na própria pessoa do juiz, no estofo humano e moral que possua<sup>18</sup> eis que o próprio ordenamento jurídico provê defesas ante a falibilidade destes agentes políticos<sup>19</sup>.

Se ainda hoje encontramos resistência ao avanço destas idéias, pelo menos ousamos discuti-las sem temer a pecha de quixotesco. Longe vão os anos em que um amigo, então juiz numa grande metrópole, nos relatava que perdera as esperanças de promoção, salvo por antiguidade, eis que sobre si pendia as acusações veladas de “alternativista”.

Razão assiste a Marques Neto quando grava que o jurista não reproduz ou descobre o verdadeiro sentido da lei, mas cria o sentido que mais convém a seus interesses teórico e político<sup>20</sup>. Em outras palavras, o sentido da lei não é autônomo, mas heterônomo. Ele vem de fora e é atribuído pelo intérprete.

À medida que os legíslatras forem sucumbindo à leitura holística do Direito como ciência, menos serão admitidas as lesões iminentes albergadas no burocrático indefiro por falta de amparo legal.

Reverberando outros preclaros mestres, o professor Herkenhoff já profetizava nos anos 70 do século passado :

“Ou se terá um Direito mais justo pela atuação do juiz, ou não se terá nada. Em outras palavras: se o juiz falhar na sua missão de humanizar a lei, de descê-la ao homem julgado, de fazer a leitura da lei a partir dos autênticos valores da cultura popular, de explorar as contradições do sistema legal em favor das maiorias deserdadas pela lei, nada restará de útil, socialmente útil, na lei”<sup>21</sup>.

Ao desolado mestre de Sociologia Jurídica — membro do Tribunal Federal de importante região — cujo desencanto nos impressionou a ponto de rabiscarmos estas linhas — resta, pelo menos, um alento: nós todos vamos aprender que não se constrói um país com autômatos ou gorilas amestrados insensíveis ao saber e à dor, incapazes de sonhar, vislumbrar e concretizar o futuro.

Se o ensino de Engenharia falhar, as máquinas emperram, os prédios desabam; se falhar o de Medicina, os pacientes adoecem e morrem; mas, se o ensino de Direito falhar, tudo emperra, tudo desaba, todos adoecem e morrem — de morte morrida ou matada — a começar pelo projeto de construir uma sociedade justa, livre, solidária, onde se respeite a igualdade, a segurança, os valores sociais do trabalho, a propriedade, a liberdade, a vida, a dignidade da pessoa humana, enfim, todos os vetores indispensáveis à erradicação da miséria moral e material.

Um personagem de filme nacional dizia que o sapo pula não é por boniteza, mas por necessidade. Nós vamos aprender, mestre, menos por observar os outros ou a história dos povos, mas pelo sofrimento, que cada vez começa a atingir, também, as elites. Todos vão ter de aprender, apesar dos que não nos dão ouvidos porque já sabem tudo.

## Notas de rodapé

1 – Provérbio alemão que traduzimos livremente do original: *Kluge Menschen lernen von anderen, Mittelmässig Menschen lernen durch Schaden , und die Dummen, die lernen gar nichts mehr, denn die wissen ja schon alles.*

2 – Registra o apóstolo Marcos ( Marcos 2, 26 , e 2,27 ): “– Vocês não leram o que Davi fez, quando ele e seus companheiros não tinham comida e ficaram com fome? No entanto é contra nossa Lei alguém

---

comer desses pães; somente os sacerdotes têm o direito de fazer isso. E Jesus terminou: O sábado foi feito para servir as pessoas e não as pessoas para servir o sábado”.

3 – Evangelho segundo Mateus: Mt . 4,17.

4 – “*Neque leges, neque senatus — consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur —* nem as leis, nem as resoluções do senado podem ser escritas de tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes “ — apud Carlos Maximiliano in *Hermenêutica e aplicação do direito*, Freitas Bastos, Rio, 3<sup>a</sup> ed. ,1941, p.26.

5 – Os magistrados como agentes políticos do Estado são, no dizer de J.J. Canotilho, cada um de per se, órgãos de soberania.

6 – Os dicionários de língua inglesa reproduzem o entendimento de que o vocábulo “law” também expressa o Direito como Ciência, e não, apenas, o conceito de “lei”.

7 – **Mauro Cappelletti** relata o ocorrido em sua pátria: “Sob o regime fascista na Itália, alguns dos mais iluminados juristas procuraram preservar um bastião externo contra a tirania do governo, justamente mediante a firme tomada de posição em favor da “certeza do direito “ (entendendo com isto, essencialmente ,a lei escrita) e contra a discricionariedade administrativa e judiciária. Enquanto aceitavam desta maneira , pelo menos em teoria, o poder ilimitado na feitura das leis pelo legislador da época, reivindicavam, de outra parte, o estabelecimento de rigoroso vínculo às leis por parte da administração e tribunais. Evidentemente, eram menos temerosos da legislação, afinal de contas, ainda em grande parte legislação pré-fascista, do que da arbitrariedade, mais insidiosa, ramificada e alastrante da atividade administrativa, e até judiciária. CAPPELLETI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. De Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre ,p.113/114

8 – Ratificamos o entendimento reproduzido por CAPPELLETTI, ainda que este não inove, por repetir Tomás de Aquino in *Summa Theologica: non videtur esse lex quae justa non fuerit*. De qualquer forma, razão assiste ao jurista italiano ao reafirmar: *le leggi cambiano, ma resti la Legge; restino i valori fondamentali. E una legge è ingiusta, dunque non è legge, se viola quelle eterni valori . in Studi di Diritto Comparato. Milano: Dott. AA. Giufrè Editore. 1971. P. VIII. (sublinhamos, negritamos)*

9 – **Luigi Ferrajoli** no artigo “*O direito como sistema de garantias*” identifica a profunda e crescente crise do Direito, da qual não escapam nem mesmo os países mais desenvolvidos. Ao longo de sua análise, o preclaro jurista italiano distingue três aspectos desta idiosincrasia: a) crise da legalidade — em que aborda os atos ilegais perpetrados pelos titulares do poder público envolvidos com corrupção, abuso e desvio de poder, e pela existência de um Estado paralelo gerido pela burocracia dos partidos e por lobbies de negócios; b) a inadequação do Estado de Direito às funções do Welfare State — na qual destaca a contradição que alinha, de um lado, o *status negativus* imposto pelo Estado de Direito, a limitar a intervenção do Estado, na salvaguarda dos direitos e liberdades e de outro, um *status civilitatis*, corolário do Estado Social, que situa o cidadão na posição de exigir o cumprimento de prestações positivas do Estado no atendimento de seus direitos sociais; c) a crise do Estado Social — onde argúo que a flexibilização do conceito de soberania ocasionada pela mundialização, faz com que o constitucionalismo ceda vez a um Direito supranacional, o que, a nosso ver, nem sempre se revela

---

instrumento de dignificação do homem ou um retorno ao jusnaturalismo: ao contrário, se presta, não raro, à degradação ou elisão das conquistas do homem médio, *máxime* em sede laboral — Cf. *O novo em Direito e Política*, organizado por **OLIVEIRA JÚNIOR**, J. Alcebíades. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, p. 89 ; art. “*O direito como sistema de garantias*” original publicado em *Jueces para La Democracia, Información y Debate*, nº 16-17, trad. do It. por Eduardo Maia Costa.

10 – O vocábulo latino *intellegentia ae* foi recepcionado por quase todos os idiomas modernos com suas variantes específicas; reputa-se derivado de *inter legare* ou de *inter legere*.

11 – A quem estranhar o raciocínio paralelo recomenda-se ler “*Introdução à Política Científica*” obra na qual **Pontes de Miranda**, já em 1924, com sua usual genialidade, raciocina em termos de Física, Química, Eletrônica, Sociologia e Direito.

12 – **Capelleti** grava que “segundo um método fenomenológico que sempre caracterizou minha atividade de pesquisador, procurei ser o mais fiel possível aos fenômenos da realidade, ou seja aos fatos, acontecimentos e tendências evolutivas emergentes no mundo contemporâneo. “**CAPPELLETI**, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. De Carlos Alberto Alvaro de Oliveira .Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993,p.111.

13 – Ao estudar a norma jurídica como direito fundamental, **Guerra Filho** expõe: “Já de há muito que a teoria do direito deixou de centrar — se na figura da norma jurídica, abandonando esta perspectiva por assim dizer “micro”, em nome daquela outra, “macro” na qual se estuda o Direito a partir do ordenamento em que ele se dá a conhecer positivamente, e que transcenda à mera soma das normas a que se sugere referir como sendo a ‘ordem jurídica objetiva’ **GUERRA FILHO**, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. P. 43.

14 – Diz o eminente jurista, citado por Paulo Bonavides: “a constitucionalização dos valores básicos e dos princípios deles derivados não somente coloca o juiz no marco principal de uma jurisprudência de valores, senão que acolhe o fundamento básico e assinala o sentido inspirador nos quais deverá desenvolver-se o exercício do poder legislativo” apud **BONAVIDES**, Paulo o. c., p.262.

15 – “O exame teórico da juridicidade dos princípios constitucionais é indissociável de uma prévia indagação acerca da eficácia normativa dos princípios gerais de direito cujo ingresso nas constituições se faz com força positiva incontestável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais Cf. **BONAVIDES**,o. c., p.231.

16 – Na Doutrina Alemã dizem-se “*Optimierungsgebote.*”

17 – “A subordinação do juiz é ao Direito, não à lei, por ser possível a lei contra o Direito “**Pontes de Miranda**, *Comentários à Constituição de 1946*, 4ª. Ed., Borsói, 1963, vol. III, p.158, citado por Herkenhoff, in *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994 p.89.

18 – **HERKENHOFF**, o. c., p.95.

19 – Ao arrepio da quase totalidade da doutrina, sobejam-nos razões para considerar os magistrados agentes políticos e não agentes administrativos. Pela exigüidade do espaço e por fugir ao escopo deste modesto trabalho, cita, apenas a mais importante das diferenças: os magistrados dizem o Direito, sem qualquer relação de subordinação hierárquica, em nome do Estado e no exercício da soberania. Espera-se que eles atuem, como disse Bracton, ao responder `a intrigante demanda *quis custodiet custodem* (*quem fiscaliza os fiscais?*), *non sub homine, sed sub Deo*, *sob Deus e não sob a vontade dos homens*.

20 – MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídio para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. *In: Direito e neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar*. Marques Filho, Agostinho Ramalho *et alii*. Curitiba: Edibej, 1996, p. 29

21 – **HERKENHOFF**, João Batista, o.c., p.135.

**Date Created**

24/04/2006