

Constituição e Poder: O heroísmo de uma brasileira e os limites do Direito



A interpretação do Direito é, sem dúvida, uma operação complexa e difícil. Sempre

será e sempre foi. Não fosse isso, e o Direito não seria uma das mais antigas e prestigiosas profissões em todas as sociedades desde sempre existentes. Num mundo, em que todos vão se sentindo cada vez mais capacitados para dizer o que é certo ou errado, há muito teríamos perdido o emprego.

Se eu pudesse, na verdade, eu diria que o maior problema do Direito não é o de saber se, de fato, existem os chamados casos difíceis (*hard cases*), mas se, em Direito, em situações verdadeiramente controvertidas, podemos dizer que existem os casos fáceis. Na maior parte das vezes, com efeito, os casos fáceis não passam de simplificação do intérprete que, ao seu alvedrio e muitas vezes aleatoriamente, distingue ou equipara situações, elimina arbitrariamente premissas de julgamento e de interpretação, suprime métodos de aproximação e de aplicação do Direito ao problema, além de eleger, a partir de insondáveis certezas filosóficas, teorias de conhecimento, de interpretação e de valores, como bases de suas decisões.

Alguém dirá, por exemplo, que não existe dúvida quanto à ilicitude de quem cruza o sinal vermelho. Ocorre que ninguém irá controverter em juízo ter cruzado o sinal vermelho, afirmando pura e simplesmente a sua licitude. Com efeito, quem se dirige a um órgão do Detran, ou a Juízo, para recorrer a ilicitude de sua conduta, certamente alegará mais do que isso: eu cruzei o sinal vermelho e pronto. É lícito. O indivíduo certamente fará crescer uma série de premissas não predispostas inicialmente na norma, quais sejam: eu cruzei o sinal vermelho, é verdade, mas tenho como justificativa o fato de levar em meu carro pessoa enfartada, ou uma mulher em trabalho de parto, ou para não ser assaltado etc. Como se vê, tudo se complica.

Como a norma não se interpreta no vazio, mas depende, dentre outros fatores, do contexto social e do próprio fato, das próprias habilidades do intérprete, do sistema normativo em que se encontra inserida, da doutrina e da jurisprudência etc, não é difícil perceber que o caso simples facilmente se converte em caso complexo e um caso fácil simplesmente pode se converter em caso difícil.

Para prosseguir na nossa linha de raciocínio, quero contar a história de uma funcionária pública



brasileira que tinha como simples função instruir, mediante a aplicação de portarias e atos normativos elementares, os pedidos de vistos para estrangeiros que buscavam entrar no Brasil e, muito embora a simplicidade de suas funções, o seu ofício, pelas circunstâncias que o envolviam, transformou-se em um caso bastante sintomático da complexidade do Direito. Vamos lá.

Todos sabem que Guimarães Rosa, além de funcionário público, foi um gênio. Já em suas primeiras linhas, a leitura de *Grande Sertão: Veredas* não deixa dúvida: temos aqui um gênio e, a julgar pela a recepção que o autor tem encontrado por todo o mundo, sobretudo na crítica mais qualificada e na academia, ninguém que o tenha lido, em português ou em qualquer das múltiplas traduções que já recebeu nas mais diferentes línguas (inglês, alemão, tcheco, holandês, dinamarquês, eslovaco, italiano, francês, espanhol, e por aí a fora[1]), terá dificuldade em admitir que esse gênio brasileiro do Século XX se colocou, sem favor algum, no mesmo nível de um James Joyce, de um Thomas Mann, ou de Gabriel Garcia Marques.

Mas é um truísmo falar de Guimarães Rosa, pois todos o conhecemos. O que muita gente no Brasil, surpreendentemente, ainda não conhece e sabe é quem foi a paranaense Aracy de Carvalho Guimarães Rosa, sua segunda esposa e o grande amor de sua vida, que com ele permaneceu desde 1938 até a sua morte em 1967, e a quem o autor de *Grande Sertão* teria dedicado sua *magnum opus*: "**A Aracy, minha mulher, Ara, pertence esse livro**".

Como morei no Paraná, não tenho dificuldade em entender muito da razão de os brasileiros pouco conhecerem essa tão grande paranaense. De fato, na paranaense Aracy avolumaram-se ainda mais a discrição e a simplicidade tão caras ao mineiro João Guimarães Rosa. Não sou o primeiro a ver nos paranaenses essa singularidade própria dos mineiros: quanto mais qualificados, tanto mais modestos.

Pois bem, nada obstante o nosso pouco conhecimento sobre a vida dessa grande brasileira, tem curso na Câmara dos Deputados, com inteira justiça, **o projeto de Lei nº 3.435, de 2012**, que visa, precisamente, inscrever o nome de **Aracy de Carvalho Guimarães Rosa** no "**Livro dos Heróis da Pátria**". Vamos às razões de seu heroísmo.

Segundo consta do próprio projeto de Lei, Aracy nasceu em 1908 na cidade paranaense de Rio Negro e faleceu no dia 3 de março de 2011. *Filha de pai brasileiro e de mãe alemã, casou-se muito jovem, no início dos anos trinta. Desquitou-se poucos anos depois e, para fugir do preconceito com que era tratada qualquer mulher separada no Brasil daquela época, mudou-se para a Alemanha. Como falava fluentemente alemão, inglês e francês, ingressou no Consulado Brasileiro em Hamburgo, onde passou a ser chefe da Seção de Passaportes*[2].

No ano de 1938, em plena ditadura do Estado Novo, entrou em vigor no Brasil, a **Circular Secreta 1.127**, que restringia o ingresso de judeus no país. Foi um de tantos outros atos normativos que, desde a década de 20, buscavam limitar o ingresso de judeus em nosso país, por incrível que pareça, então oficialmente considerados elementos nocivos à formação da identidade cultural de nosso povo.

Para permitir o ingresso dos judeus já então perseguidos pelo Estado nazista, ao despachar com o cônsul geral, Aracy misturava os seus pedidos de vistos com a papelada para as assinaturas. Buscando garantir a aprovação dos vistos, ela simplesmente não apunha neles, como incrivelmente seria de sua obrigação, a



letra “J”, que identificava quem era judeu: “passou a omitir dos superiores qualquer informação que identificasse um requerente como judeu”.

Além disso, “como havia cotas para certas ocupações, fazia com que um comerciante figurasse nos papéis como agricultor ou turista, se necessário”^[3]. Além disso, Aracy acolheu em sua casa judeus que fugiam da perseguição dos nazistas e proporcionou-lhes alimento para a longa travessia do Atlântico até o Brasil. Como, anos depois, registrou a Revista Veja, “Aracy poderia ter cruzado os braços, como muitos fizeram e não foram criticados”. Mas não o fez.

É bom registrar que, não sendo o cargo de embaixador ou de cônsul, ele não lhe conferia a segurança da imunidade diplomática. Portanto, Aracy tudo fazia com risco da própria segurança.

Por conta disso, Aracy é hoje o único caso de funcionário/a consular (que não tinha o cargo de embaixador ou cônsul) a ter seu nome escrito no Jardim dos Justos entre as Nações, no Museu do Holocausto (Yad Vashem), em Israel (*The names of the Brazilian Righteous Among the Nations on the honor wall in the Garden of the Righteous, Yad Vashem*). Esta honra é concedida pelo povo israelense a pessoas que colocaram suas vidas em perigo para ajudar judeus, nos tempos do Holocausto.

Para o que aqui interessa, nada obstante o seu heroísmo, o fato é que, considerado o direito em vigor, do ponto de vista estritamente legal, como se vê, Aracy violava a um só tempo as leis vigentes na Alemanha como também a ordem normativa imposta pelo Estado Novo brasileiro.

O heroísmo de Aracy é tanto maior se considerarmos o fato de que não vivíamos, então, nenhuma epopeia constitucionalizante como agora. Caso acusada de violar o direito penal brasileiro, por inserir dados falsos em documentos públicos, Aracy dificilmente encontraria, naquele contexto, algum jurista que lembrasse de referir princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana para justificar e excluir a ilicitude ou mesmo tipicidade penal de sua conduta. Não é difícil imaginar, aliás, outras normas legais – penais ou administrativas – que teriam sido violadas por Aracy.

Hoje ninguém teria dúvida em absolvê-la. Mas no contexto de então, Aracy certamente teria tido sérios problemas de ordem jurídica, não apenas no âmbito administrativo, como também penal.

Aliás, nisso, repito, está a nota e a excelência de seu heroísmo: ela e o companheiro (Guimarães Rosa), qualificados servidores da diplomacia nacional, certamente, sabiam dos riscos jurídicos que sua conduta desafiava.

Ora, dizer que o caso é simples e que, facilmente, no contexto em que se encontrava, Aracy seria absolvida por qualquer corte em nosso país é, não apenas menosprezar as dificuldades e o heroísmo dessa grande brasileira, mas também desconsiderar o contexto em que os fatos se verificaram e os próprios limites em que o direito se via então inserido.

Portanto, vê-se aqui como um caso de heroísmo por enfrentamento da própria ordem jurídica, num outro contexto, poderia ser facilmente resolvido com simples aplicação de normas constitucionais.

Niklas Luhmann em um espetacular escrito^[4], de forma irônica e provocativa, adverte os juristas de que



mesmo eles precisam estar dispostos a provar que o direito não é injusto. De fato, não obstante a ironia, o certo é que, mesmo as teorias jurídicas que implicam e reconhecem – a meu sentir, corretamente – a separação entre direito e justiça, hão de admitir que nenhuma ordem jurídica alcançaria sustentar-se socialmente se se predispusesse a afirmar-se como injusta. O paradoxo, contudo, não deveria incomodar, pois, nem mesmo as religiões, muito embora afirmem ser insondáveis os desígnios de Deus, se furtam a demonstrar a justiça e a bondade das decisões divinas.

A grande questão é saber até que ponto o direito consegue demonstrar que as suas decisões são também, em última instância, justas, ou sequer demonstrar que as suas decisões, mesmo à luz do direito posto, são as únicas decisões possíveis.

O problema da resposta correta em questões jurídicas será sempre um fantasma a assustar todos aqueles que tenham como ofício a aplicação de normas jurídicas *abstratas* a casos *concretos*. Herbert Hart, em passagem muito conhecida, sustentava que, ao serem perguntados sobre a capacidade de o Direito oferecer racionalmente uma resposta correta, mesmo nos chamados *casos difíceis*, os juristas, como regra, situam-se em um de dois extremos: de um lado, há os que se protegem atrás de *um nobre sonho*; de outro, existem aqueles que preferem defender-se opondo *a visão de um pesadelo*^[5].

De fato, enquanto alguns, tomados por um sonho maravilhoso, acreditam que as respostas corretas em direito são sempre possíveis e determináveis, *mesmo em casos difíceis*, para outros, no meio de um pesadelo, essa capacidade do direito é simplesmente uma ficção.

Num mundo de transição como o nosso, em meio a decisões judiciais, que tomadas num *mar agitado de fatos*^[6] e de normas, vão se revelando cada vez mais incongruentes, e até mesmo contraditórias, como desarmar a suspeita do cidadão comum de que o Direito não se mostra, já não direi justo, mas sequer razoável, ou mesmo coerente com os seus próprios fundamentos e premissas?

E há mais. Num contexto de sociedades complexas e de conflitos morais cada vez mais intensos, por perceber inviável densificar, de forma consistente, as soluções para os conflitos humanos, percebe-se uma significativa revolução no *afazer legislativo*, já que, não sem razão, ao invés de regras (*posições normativas definitivas*), o legislador, mediante os textos legais que edita, prefere a prescrição de condutas sob a forma de princípios (*posições normativas prima facie*, isto é, normas que se abrem à ponderação das possibilidades do caso concreto), com o que se confere àquele que deve aplicar o direito ao caso concreto (sobretudo o juiz) um espaço de discricionariedade bastante considerável nas decisões que, na realização de suas funções, deve produzir. Mais poder, é certo, entretanto, também muito maior dificuldade e responsabilidade na realização de suas funções.

Como se vê, há aqui claramente uma fratura com uma visão até então livre de discussão nas escolas de direito, já que a aplicação da ordem jurídica não mais se limita a uma operação de mera *subsunção de fatos a normas*. É certo também, como podemos ver do caso de Aracy, que o fato de viver no contexto de um direito quase todo dominado por regras e posições jurídicas definitivas, provavelmente, não a livraria de sérios problemas com o direito.

A partir do Século XX, entretanto, a maneira de conceber as tarefas do legislador e do juiz, ante o impacto de incontornáveis mudanças históricas e sociais, foi também sofrendo inevitáveis alterações.



Frente a um mundo cada vez mais complexo em sua conformação e estrutura, não se podia mais esperar do legislador a capacidade de prever todas as possibilidades de casos concretos para encerrá-los em formulações quase mágicas de normas abstratas, fazendo com que, necessariamente, a sua função fosse concretizada em normas cada vez mais abertas e menos definitivas (*o caminho das regras para os princípios*) que acabam por conferir mais espaço para interpretações judiciais, de tal forma a propiciar ao aplicador da norma uma melhor adaptação aos novos casos. Portanto, nesse novo contexto, a função jurisdicional acaba por adquirir uma latitude indiscutivelmente mais extensa^[7].

A interpretação da norma, aqui, é apenas um dos tortuosos caminhos a serem percorridos na tarefa de aplicar normas jurídicas a casos complexos. Nesse espaço, tomará cada vez mais importância o papel da argumentação no momento de concretização da regra de decisão. Nesse novo momento, como o juiz não pode retirar automaticamente a sua decisão da norma geral, impõe-se-lhe *como dever*, de forma acentuada e crescente, *a justificação não apenas de suas decisões, mas das próprias premissas (fundamentos) que as suportam (fundamentação da fundamentação)*.

No nosso contexto científico e histórico, torna-se outrossim muito mais importante a aceitação de critérios objetivos de decisão por parte do magistrado prudente e responsável. Em nossos tempos, vai-se revelar cada vez mais importante a prudência e a gravidade com que o magistrado deverá aceitar submeter-se a alguns limites e parâmetros que ordem jurídica impõe ao seu ofício, como é caso da jurisprudência das cortes superiores e, sobretudo, a presença de regras impostas pelo legislador que não deixam espaço para a ponderação do magistrado. Deve-se, mais no que nunca, acreditar no texto e no que sobre ele já foi dito.

Tudo considerado, podemos assim concluir: (1) enquanto na época de Aracy, o jurista teria que ter, da mesma forma que nossa heroína, uma enorme disposição de espírito e uma grande e profunda visão do direito para perceber que, não obstante as regras estritas de direito em vigor, princípios maiores estavam a dar razão para aquela simples funcionária do corpo diplomático brasileiro, quando resolveu ampliar a possibilidade de concessão de vistos a pessoas perseguidas por governos e regimes essencialmente injustos e desumanos; (2) já agora, na era dos princípios e da constitucionalização do direito, o magistrado deverá revelar uma inquebrantável crença na modéstia e na prudência para aceitar que, não obstante o império dos princípios, existem limites, como a jurisprudência e as regras postas pelo legislador, que o impedem de fazer justiça a qualquer preço. Como se vê, se antes, o jurista precisava da abertura princípios, hoje ele precisa de estabilidade e segurança das regras.

Em resumo, enquanto ao jurista da época de Aracy, num mundo dominado por regras, provavelmente, teria faltado a justiça da flexibilidade e da abertura dos princípios para o caso simples; ao jurista contemporâneo, ante o império dos princípios, o que começa a fazer falta é a justiça da segurança e da estabilidade das regras jurídicas para o mundo complexo.



[1] **Alemão:** Grande Sertão: Roman. [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Curt Meyer-Clason.

Munique: DTV, 1994. **Dinamarquês:** Djaevelen pa Vejen [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Peter Poulsen. Copenhagen: Samlerens Bogklub, 1997. **Eslovaco:** Vel'ká Pustatina [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Ladislav Franek. Bratislava: Vavrín, 1980. **Espanhol:** Gran Sertón: Veredas [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Angél Crespo. Barcelona: Seis Barral, 1975. Gran Sertón: Veredas [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Angél Crespo. Barcelona: Alianza Editorial, 1999. **Francês:** Diadorim [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Jean-Jacques Villard. Paris: Albin Michel, 1965. Diadorim [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Maryvonne Laouge-Petorelli. Paris: Albin Michel, 1991. **Holandês:** Diepe Wildernis: De Wegen [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de August Willemsen. Amsterdam: Meulenhoff, 1993. **Inglês:** The Devil to Pay in the Backlands [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de James L. Taylor e Harriet de Onís. New York: Knopf, 1963. **Italiano:** Grande Sertao [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Edoardo Bizzarri. Milano: Feltrinelli, 1970. **Norueguês:** Den Store Sertão [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Bard Kranstad. Oslo: Gyldendal, 2004. **Tcheco:** Velká Divožina [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Pavla Lidmilová. Praha: Odeon, 1971. Velká Divožina: Cesty [Grande Sertão: Veredas]. Tradução de Pavla Lidmilová. Praha: Mladá Fronta, 2003.

[2] Segundo consta da justificativa do projeto de Lei.

[3] Luís Guilherme Barrucho, da revista “Veja”, escreveu uma bela resenha sobre o livro “Justa — Aracy de Carvalho e o Resgate de Judeus: Trocando a Alemanha Nazista pelo Brasil” (Civilização Brasileira, 518 páginas), da historiadora brasileira Mônica Raisal Schpun, da Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais de Paris.

[4] N. Luhmann. *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. 1993, p.11.

[5] H.L.A. Hart, “*American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 132 y ss.

[6] Walter Leisner. **Der Abwägungsstaat**, p. 11, de forma crítica: “*O direito mergulha no infinito mar agitado dos fatos; neles devem, então, ser as hipóteses normativas pesadas e ponderadas, e com isso dele se extrair a decisão do caso concreto*”.

[7] Eveline T. Feteris. *Fundamentals of Legal Argumentation*, p. 5-6.

Date Created

20/08/2012