

Direito e Jurisdição: Três Modelos de Juiz e Seus Correspondentes Mitológicos na Obra de François Ost

SILVAGNER ANDRADE DE AZEVEDO

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (2011), Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (2004) e em Segurança Pública pela Polícia Militar do Espírito Santo, quando da realização do Curso de Formação de Oficiais – CFO, concluído em 1999. Atualmente, é Capitão da Polícia Militar do Estado do Espírito Santo.

Submissão: 14.04.2011

Parecer 1: 26.08.2011

Parecer 2: 12.09.2011

Decisão Editorial: 12.09.2011

RESUMO: Diante de diversas concepções concorrentes de direito e da atividade jurisdicional a elas relacionadas, a legitimidade de tais concepções é muitas vezes questionada quanto à aceitabilidade e adequabilidade ao atual paradigma constitucional. O texto de François Ost, denominado “Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz”, publicado em 1993 na Revista espanhola *Doxa*, expõe três modelos de juiz, associados às características de deuses da mitologia (Júpiter, Hércules e Hermes), correlacionando-os a paradigmas diferenciados de direito e jurisdição. O desempenho da atividade jurisdicional e, por consequência, as respectivas concepções de direito serão analisados em comparação com aquelas características. Buscar-se-á, nas reflexões trazidas por François Ost, o delineamento de posturas jurisdicionais compatíveis com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, notadamente na argumentação principiológica utilizada na fundamentação de decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVES: Juiz; jurisdição; Ost; paradigma; hermenêutica.

ABSTRACT: Face to several competing conceptions of law and the judicial activity related to them, the legitimacy of these conceptions are sometimes questioned about the acceptability and appropriateness to the current constitutional paradigm. The text of François Ost, called “Jupiter, Hercules and Hermes: Three models of judge”, published in 1993 in the Spanish magazine *Doxa*, presents three models of judge whose characteristics are associated with the gods of mythology (Jupiter, Hercules and Hermes), correlating them to different paradigms of law and jurisdiction. The performance of judicial activity, and thus the conception of law, will be analyzed in comparison with those characteristics. It will be searched, in the reflections made by Francois Ost, the delineation of jurisdictional positions compatible with the current paradigm of a democratic rule of law, notably in principles arguments used as grounds for judicial decisions.

KEYWORDS: Judge; jurisdiction; Ost; paradigm; hermeneutic.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A influência dos paradigmas no Direito; 2 O juiz Júpiter e a alusão jurídica à “pirâmide”; 3 O juiz Hércules e a alusão jurídica ao “funil”; 4 O juiz Hermes e a alusão jurídica à “rede”; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A tarefa de “dizer o direito” já foi atribuída a Deus, aos deuses e aos homens. Desde que a modernidade atribuiu a esses últimos essa complexa e quase “divina” função, surge então a figura daquele homem que possui poder e autoridade para interpretar e atribuir sentido aos textos normativos, revelando o que, em sua concepção, expressaria a melhor consecução de justiça nos casos a ele apresentados. Muitos modelos de jurisdição, frutos de sociedades cambiantes e cada vez mais complexas, foram desenvolvidos durante a história e concorrem entre si na (auto)compreensão do direito.

E subjacente a essa complexa tarefa atribuída aos magistrados, encontra-se a concepção de direito que orienta e legitima as suas decisões. Desde que o movimento revolucionário do final do século XVIII iniciou a constitucionalização e secularização do direito, muitos modelos jurídicos, ou paradigmas jurídicos, transformaram-se e influenciaram diretamente a atividade jurisdicional.

O texto de François Ost, denominado “Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz”, publicado em 1993 na Revista espanhola *Doxa*, expõe três modelos de juiz que expressam concepções diferenciadas de direito e o seu correspondente papel no desempenho da atividade jurisdicional. Em tempos em que tanto se discute o “ativismo judicial” e os limites da interpretação jurídica, as reflexões apresentadas por Ost são atuais e revelam divergências paradigmáticas na compreensão de teorias, valores e discursos jurídicos, que informam e condicionam os limites e as possibilidades jurisdicionais.

O primeiro modelo refere-se ao juiz Júpiter, cuja referência ao direito expressa-se na figura de uma pirâmide hierarquizada de normas, ao modo do direito proposto por Hans Kelsen. Próprio de um paradigma liberal, nesse modelo o juiz é comparado à figura do deus Júpiter, responsável por dizer um direito (divino?) proveniente do topo dessa pirâmide normativa. Utilizando-se de uma racionalidade dedutiva, o foco do direito é a lei geral e abstrata emanada do Legislativo. Ao juiz caberia apenas a função de ser a “boca da lei”, de onde seriam pronunciadas sentenças oriundas da “verdadeira vontade do legislador”.

O segundo modelo é o de um juiz Hércules. Não da forma como Dworkin também denominou seu juiz ideal, mas um juiz “engenheiro social”, que sobrepõe os fatos à generalidade da lei para lhes dar possibilidade jurídica na modificação da realidade social e na (re)solução dos problemas. Característico de um Estado Social, o juiz Hércules reflete o direito como

sendo uma pirâmide invertida, ou um funil, no qual o próprio juiz e o caso concreto são o limite e também a possibilidade de atuação judicial, agora de natureza indutiva.

E o terceiro modelo de juiz apresentado é o juiz Hermes, que se relaciona com o Direito na figura de uma rede, interligando uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos. No modelo de Hermes, o juiz passa a ser um grande mediador e comunicador, capaz de conectar os diversos discursos, esparsos e concorrentes, na construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos. É um juiz prudente que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando sempre de discursos de verdade únicos e imutáveis.

Diante dos modelos de juiz apresentados por François Ost, pertinente se faz a seguinte indagação: Qual modelo de juiz teria as suas decisões legitimadas, levando-se em conta o atual estágio de desenvolvimento sociojurídico-constitucional brasileiro? Partindo dessa pergunta, este artigo buscará analisar a atividade jurisdicional em correlação com os modelos propostos por Ost, bem como a legitimidade de decisões judiciais que, quando se afastam dos clássicos modelos de subsunção de fatos a normas gerais a abstratas, principalmente quando de uma argumentação principiológica, são contestadas por incorrerem em “ativismos judiciais” ou usurpação de poderes.

Preliminarmente a essa reflexão, far-se-á uma pequena exposição sobre o conceito de paradigma e a sua importância/influência para a ciência e para o Direito. Os modelos apresentados por Ost revelam a influência paradigmática de concepções que condicionam o entendimento do direito e da jurisdição, e também a aceitabilidade dos diversos atores jurídicos e políticos em relação aos pressupostos contidos nas decisões judiciais. Tais reflexões preliminares estão intimamente ligadas aos modelos de juiz (Júpiter, Hércules e Hermes), e as suas respectivas associações com o Direito (representado pelas figuras de pirâmide, funil e rede), apresentados por Ost, e que serão posteriormente detalhados.

1 A INFLUÊNCIA DOS PARADIGMAS NO DIREITO

Conforme esclarece Peter Häberle (1997): não há norma jurídica, há apenas norma jurídica interpretada. E um dos grandes desafios do Direito surge justamente da “tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta” (Streck, 2007, p. 126). E a questão do sentido atribuído ao texto normativo, ou seja, a interpretação jurídica, encontra-se intimamente ligada à produção filosófica da segunda metade

do século XX, notadamente a hermenêutica filosófica e a filosofia da linguagem, alcançando um *status* filosófico-científico que até então era indiferente à função e importância da linguagem e das pré-compreensões do intérprete para a produção do conhecimento científico.

Como alerta Alexandre de Castro Coura (2009, p. 43): “Afim, subjacente a qualquer interpretação, há sempre pré-compreensões que condicionam o intérprete”. Nesse contexto, “o papel do silêncio para a linguagem foi amplamente reconhecido” (Coura, 2009, p. 39). O que faz surgir um paradoxo desafiador para a comunicação científica: “Nós nos comunicamos porque não nos comunicamos” (Carvalho Netto, 2001, p. 15). Ou como sintetiza Coura (2009, p. 40):

Em outras palavras, percebeu-se que a comunicação só ocorre graças à existência de esferas gerais de pré-compreensão, que compõem um pano de fundo compartilhado de silêncio, sob o qual se assentam as palavras consideradas se sentido óbvio e que, exatamente por isso, não são tematizadas, tornando-se indispensáveis à comunicação.

Nessa perspectiva, é possível identificar a noção de paradigma, considerado, grosso modo, como um conjunto de concepções e pré-compreensões compartilhadas por uma determinada comunidade em uma dada época e local. Tal conceito é intimamente ligado à obra teórica de Thomas Kuhn, segundo o qual o termo paradigma possui dois sentidos distintos:

Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebras-cabeças que, empregadas como modelo ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. (Kuhn, 2007, p. 220)

Segundo Nicola Abbagnano (2007, p. 864): “[...] a noção de paradigma proposta por Kuhn teve notável sucesso e acabou por ser usada além de sua aceção estritamente epistemológica. Tanto que hoje se fala não só de paradigmas científicos, mas também lingüísticos, éticos, teológicos etc.”.

No domínio do direito não foi diferente. A influência do estudo dos paradigmas alcançou a interpretação jurídica, desnaturalizando a ideia de que a norma jurídica possui um sentido imanente, a ser desvelado pelo intérprete, ou que esse sentido deveria ser buscado na “vontade do legislador”. Mais do que isso, o sentido atribuído ao texto normativo é construído pelo

intérprete, cuja legitimidade vincula-se à Constituição e ao paradigma por ela estabelecido. Pertinente é a colocação de Alexandre Coura (2009, p. 42):

No âmbito jurídico, as discussões acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, recorrentemente associadas à exigência de legitimidade das decisões judiciais, também correspondem a reflexos de concepções paradigmáticas. Como vimos, toda interpretação, bem como qualquer atividade humana, vincula-se, inevitavelmente, a um determinado contexto histórico, pressupondo, por consequência, um pano de fundo compartilhado, que não pode, simplesmente, ser descartado.

Em relação ao direito, é possível estabelecer dois grandes paradigmas: o paradigma pré-moderno e o paradigma da modernidade. O primeiro caracterizava-se por um corpo normativo em que religião, moral, regras sociais, costumes e tradições transcendentalmente justificados praticamente não se discerniam. O direito era visto como a coisa devida a alguém em função da hierarquia social estratificada, absoluta e divinizada. O que se buscava era a equidade, ou seja, dar a cada um o que é seu de acordo com a sua posição na rígida hierarquia social, privilegiando-se uma honra estamental. O indivíduo só seria considerado enquanto pertencente a uma determinada casta, nunca enquanto pessoa com dignidade e direitos individuais.

Com as revoluções burguesas do século XVIII e o fim das estruturas do “antigo regime”, inicia-se o processo de ruptura desse paradigma, que passa a dar lugar ao paradigma da modernidade. Surge a ideia de indivíduo, desvinculado de castas transcendentalmente justificadas e responsável por sua própria felicidade, com autonomia para tal perante a lei. Começa, então, o processo de diferenciação normativa, que se estabeleceu inicialmente com o paradigma do Estado de Direito, sucedido dialeticamente pelos paradigmas do Estado de Bem-Estar Social, e este, por sua vez, pelo atual paradigma do Estado Democrático de Direito, cada um com formas peculiares de (pré) compreensão do conceito e do papel do Direito.

O constitucionalismo moderno, portanto, adquiriu “feições” peculiares que acompanharam o curso do desenvolvimento histórico surgido após o final do século XVIII, tanto que “[...] vários teóricos trabalham com os chamados paradigmas modernos do Estado de Direito que acompanham, necessariamente, paradigmas de constitucionalismo, cujos principais são: liberal, social e democrático” (Pereira, 2007, p. 86). Isso ratifica o que afirma J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 47): “Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos”.

A noção de paradigma permite analisar a forma como os direitos fundamentais foram compreendidos e (re)interpretados no desenvolvimento dos paradigmas jurídicos, desde o surgimento das revoluções liberais do século XVIII. Nesse sentido, Habermas (2003, p. 131) expõe o funcionamento dos paradigmas jurídicos: “Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração”.

Assim, no paradigma do Estado Liberal, surgido no contexto daquelas revoluções burguesas, os direitos à liberdade, igualdade e propriedade foram positivados. Possuíam caráter formal apenas perante a lei – desejo de uma classe burguesa possuidora de poder econômico, mas carentes de poder político –, não levando em consideração as desigualdades fáticas da época que impediam o desenvolvimento de pessoas desiguais socioeconomicamente.

Entretanto, “as transformações do sistema jurídico, surgidas com o Estado social, estremeceram a autocompreensão liberal do direito formal” (Habermas, 2003, p. 6). Sob o paradigma do Estado de Bem-Estar Social, surgido no âmbito do movimento operário e do socialismo do século XIX, os direitos fundamentais sofreram uma releitura, incorporando o aspecto material, ou seja, considerando as diferenças fáticas presentes na sociedade. Os efeitos do capitalismo industrial reverberaram no contexto social, de tal forma que houve a necessidade de releitura dos direitos fundamentais conquistados anteriormente, até mesmo como forma de “sobrevivência” do próprio capitalismo.

O desenvolvimento de sociedades hipercomplexas e diferenciadas, com visões plurais de mundo, bem como a revolução linguístico-pragmática surgida na Filosofia da segunda metade do século XX, influenciaram diretamente a concepção e formação do paradigma do Estado Democrático de Direito. A noção de direitos fundamentais é novamente reformulada, “compreendida e exigida agora como reconhecimento igual, fomento e estima iguais das diversidades, das diferenças” (Denninger, 1996, p. 860).

A Constituição, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, deve ser compreendida nas lúcidas palavras de Marcelo A. de Oliveira Cattoni (2006, p. 321):

[...] da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fun-

dação em que os membros do povo se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais.

Ao vislumbrar uma Constituição sob a “perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico...”, Marcelo Cattoni está ciente das implicações e consequências da filosofia da linguagem no Direito. A historicidade e as pré-compreensões dos intérpretes jurídicos ganham importância e relevância na atividade jurisdicional e, conseqüentemente, na hermenêutica constitucional. O grande desafio é “aferir” a interpretação constitucional em sociedades pluralistas e complexas que possuem o *locus* hermenêutico em uma Constituição composta de regras e princípios, evitando-se a discricionariedade em sentido forte (Dworkin, 2007) e o solipsismo judicial.

Autores como Friedrich Müller e Peter Häberle qualificam a hermenêutica constitucional, conforme expõe Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 6):

[...] como concretização de um Direito arejado pelas considerações principialistas e que buscará, no primor argumentativo, a racionalidade necessária para justificar o controle do mero subjetivismo e, portanto, o respeito ao padrão de segurança jurídica e adequabilidade ínsitos ao Estado de Direito.

Portanto, diante da importância do intérprete para a realização/concretização do Direito, “certas pré-compreensões, típicas dos paradigmas jurídicos de maior sucesso na modernidade, devem ser criticamente analisadas, uma vez que, ainda hoje, concorrem entre si no âmbito da atividade jurisdicional” (Coura, 2009, p. 43).

2 O JUIZ JÚPITER E A ALUSÃO JURÍDICA À “PIRÂMIDE”

Na mitologia, Júpiter é o correspondente romano de Zeus, deus supremo do Olimpo grego. Nessa posição soberana, cabia a Júpiter reger e regular a vida dos deuses e dos homens. É nessa analogia que François Ost faz alusão ao juiz Júpiter, que a ele se relaciona um direito codificado, reduzido à simplicidade de um sistema fechado, de forma hierárquica e piramidal.

O foco do juiz Júpiter é a lei, que expressa sua visão de direito, cabendo-lhe procedimentos técnicos e legalistas para seu fiel cumprimento. A sua autocompreensão é de ser a “boca da lei”, na expressão de Montesquieu, expressando nem mais nem menos do que o “verdadeiro” sentido dos textos normativos aplicado aos casos concretos, sem outras possibilidades que não fossem as previstas na lei. Um raciocínio dedutivo e silogístico que relaciona o caso concreto ao que é previsto na lei. Ou, nas palavras de François Ost (1993, p. 170):

Tomemos el modelo de la pirâmide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinai, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De esse foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirâmide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente esse Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia.¹

Esse modelo possui uma racionalidade que “se impone la idea de reunir todo el material jurídico en un Codex unitário que presente las cualidades de coherencia, completitud, claridad, no redundância, simplicidad y manajabilidad”² (Ost, 1993, p. 174).

Sob essa perspectiva, o juiz Júpiter deve ser dogmático, positivista e não reconhece outra possibilidade de realização do direito que não seja aquela posta pelo Estado por meio de leis, que devem descrever claramente as possibilidades de aplicação aos casos concretos.

Segundo esse pensamento, a legitimidade do direito funda-se exclusivamente em uma racionalidade weberiana que “introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual o direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, segundo um processo institucionalizado juridicamente” (Habermas, 2003, p. 193).

Segundo François Ost, o modelo jupiteriano revela quatro corolários. O primeiro é o do monismo jurídico, ou seja, a forma dominante da lei, e sua sistematização em códigos, é a única que possui autoridade e força para o direito.

O segundo corolário é o do monismo político ou da soberania estatal. A codificação é fruto de um processo pelo qual o Estado é o soberano e se encontra na condição de criar a aplicar o direito.

O terceiro corolário refere-se a uma racionalidade dedutiva e linear:

- 1 “Tomemos o modelo da pirâmide ou do código. Chamar-lo-emos de Direito jupiteriano. Sempre proferido a partir de cima, de algum Sinai, este Direito adota a forma de lei. Expressa-se no imperativo e dá preferência à natureza do proibido. Intenta inscrever-se em um depósito sagrado, tábuas da lei ou códigos e constituições modernas. Deste foco supremo de juridicidad emana o resto do Direito em forma de decisões particulares. Desenha-se uma pirâmide, impressionante monumento que atrai irresistivelmente o olhar em direção acima, em direção a esse ponto focal de onde irradia toda a justiça. Evidentemente esse Direito jupiteriano está marcado pelo sagrado e pela transcendência.” (Tradução livre)
- 2 “Se impõe a ideia de reunir todo o material jurídico em um Codex unitário que apresente as qualidades de coerência, completude, claridade, não redundância, simplicidade e manuseabilidade.” (Tradução livre)

[...] *las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios todavía más generales, siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. El argumento fuerte de la controversia jurídica no es otro que la invocación, en apoyo de la interpretación que se sostiene, de la racionalidad del legislador, garante jupiterino de la coherencia lógica e de la armonía ideológica del sistema.*³ (Ost, 1993, p. 175)

Por último, a codificação pressupõe uma concepção do tempo orientado em direção a um futuro controlado. Algo como a ideia iluminista de progresso, ou “*la idea de que la ley – anticipando un estado de cosas posible y considerado preferible – puede hacer llegar un porvenir mejor*”⁴ (Ost, 1993, p. 175).

3 O JUIZ HÉRCULES E A ALUSÃO JURÍDICA AO “FUNIL”

Na mitologia grega, Hércules era filho de Zeus com uma mortal. Depois de adulto, Hércules, em um ataque de loucura, matou a sua primeira esposa e todos os filhos deste casamento. Como forma de penitência ao herói pelo crime cometido, o oráculo de Delfos impõe a ele 12 tarefas, as quais ficaram conhecidas como “Os doze trabalhos de Hércules”. A analogia que François Ost faz ao juiz Hércules repousa justamente na característica laborativa que se apresenta em função de algo a se expiar, como dívida por uma falta cometida.

E o autor logo faz a indagação: “*¿Qué falta expía entonces herculeano juez moderno? ¿La dureza del liberalismo económico que se desarrolló al amparo del ‘juridicismo’ formal? ¿La miopia legalista de la exégesis del siglo XIX?*”⁵ (Ost, 1993, p. 176).

Certamente François Ost refere-se à incapacidade de um legalismo formal, liberal, típico do modelo anterior, em promover a justiça diante de condições de desigualdade social por meio de um sistema jurídico hierarquizado e burocrático. Tais condições são incapazes de oferecer soluções ao juiz Hércules para a solução dos casos concretos sob sua jurisdição. É preciso fazer mais, e o juiz Hércules está disposto a assumir essa tarefa de verdadeiro “engenheiro social”, que sobrepõe os fatos à generalidade da lei

3 “[...] as soluções particulares são deduzidas das regras gerais, derivadas elas mesmas de princípios todavia mais gerais, seguindo inferências lineares e hierarquizadas. O argumento forte da controvérsia jurídica não é outro que a invocação, com o apoio da interpretação que se sustenta, da racionalidade do legislador, fiador jupiteriano da coerência lógica e da harmonia ideológica do sistema.” (Tradução livre)

4 “A ideia de que a lei – antecipando um estado de coisas possível e considerado preferível – pode fazer chegar um porvir melhor.” (Tradução livre)

5 “Que falta então expia nosso hercúleo juiz moderno? A dureza do liberalismo econômico que se desenvolveu ao amparo do ‘juridicismo’ formal? A miopia legalista da exegese do século XIX?” (Tradução livre)

para lhes dar possibilidade jurídica na modificação da realidade social e na solução dos problemas. E, para isso,

*Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas hacía su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En le precontencioso, aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobla en ingeniero social.*⁶ (Ost, 1993, p. 177)

Característico de um Estado Social, o juiz Hércules reflète o direito como sendo uma pirâmide invertida, ou um funil, no qual o próprio juiz e o caso concreto são o limite e também a possibilidade de atuação judicial, agora de natureza indutiva. O direito se reduz à decisão, cuja efetividade é suficiente para a sua validade. A validade e a legitimidade do direito não estão no vértice da pirâmide, mas agora nos fatos, na decisão judicial.

François Ost observa que *“Hércules y Júpiter no son mas que dos imágenes del derecho, dos modelos, dos tipos ideales bastante alejados de la realidad jurídica”*⁷ (Ost, 1993, p. 180). Todavia, estão presentes no imaginário jurídico, a conformar práticas que não se coadunam com o atual paradigma jurídico-constitucional.

4 O JUIZ HERMES E A ALUSÃO JURÍDICA À “REDE”

A analogia agora realizada é entre a postura do Magistrado e as características do deus Hermes, mensageiro e intérprete da vontade dos deuses do Olimpo. E, nesse sentido, é clássica a constatação de que *“nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que disseram os deuses”* (Streck, 2006, p. xiii).

Antes de apresentar a sua figura ideal de juiz, François Ost também observa que os modelos anteriores (do juiz Júpiter e Hércules) encontram-se em crise, tanto por oferecerem uma representação empobrecida da situação que pretendiam descrever em sua época, como por não suprirem as necessidades de um direito alinhado às demandas da pós-modernidade: *“La sociedad y el Derecho postmoderno merecen algo mejor que esse artificio*

6 *“Hércules está presente em todas as frentes, decide e inclusive aplica normas com o fazia seu predecesor, que se amparava na sombra do código; mas também leva a cabo outros trabalhos. No pré-contencioso aconselha, orienta, previne; no pós-contencioso segue a evolução do dossier, adapta suas decisões ao grau das circunstâncias e necessidades, controla a aplicação das penas. O juiz jupiteriano era um homem da lei; respeito a ele, Hércules se desdobra em engenheiro social.”* (Tradução livre)

7 *“Hércules e Júpiter não são mais que duas imagens do Direito, dois modelos, dois tipos ideais bastante afastados da realidade jurídica.”* (Tradução livre)

teórico. Nos encontramos entonces ante la configuración de un nuevo modelo en el que conviene fijarse”⁸ (Ost, 1993, p. 171).

E esse novo modelo é o de um juiz Hermes, que se relaciona com o Direito na figura de uma rede, interligando uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos. Ou seja, “*el Derecho postmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura en red, que se traduce en infinitas informaciones, disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos*”⁹ (Ost, 1993, p. 172).

No modelo de Hermes, o juiz passa a ser um grande mediador e comunicador, capaz de conectar os diversos discursos, esparsos e concorrentes, na construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos. É um juiz prudente que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando sempre de discursos de verdade únicos e imutáveis. Rejeita-se o monopólio da interpretação, o que muito se aproxima da ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, emblemático subtítulo da obra de Peter Häberle (1997).

Quanto à figura e ao modelo de direito associado ao juiz Hermes, em comparação com os outros modelos, François Ost (1993, p. 172) esclarece a sua analogia:

*Si la montaña o la pirâmide convenían a la majestad de Júpiter, y el empujido al pragmatismo de Hércules, em cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto uno pólo ni dos, ni una multitud de puntos em interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas.*¹⁰

Dessa forma, não há como o juiz Hermes fixar-se exclusivamente em uma postura dogmática ou, em outro extremo, realista. Não há polos, mas pontos que estruturam um direito cujas “verdades” não pertencem a

8 “A sociedade e o Direito pós-moderno merecem algo melhor que esse artifício teórico. Encontramo-nos, então, ante à configuração de um novo modelo em que convém fixar-se.” (Tradução livre)

9 “O Direito pós-moderno, ou Direito de Hermes, é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, difícilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados.” (Tradução livre)

10 “Se a montanha ou a pirâmide convinham à majestade de Júpiter, e o funil ao pragmatismo de Hércules, por outro lado, a trajetória que desenha Hermes adota a forma de uma rede. Nem tanto um polo nem dois, nem inclusa a superposição dos dois, mas uma multidão de pontos em inter-relação. Um campo jurídico que se analisa como uma combinação infinita de poderes, tão logo separados como confundidos, frequentemente intercambiáveis; uma multiplicação de atores, uma diversificação dos catálogos, uma inversão das réplicas.” (Tradução livre)

nenhum dos atores envolvidos, mas que é mutável e construída intersubjetivamente.

Certamente haverá o questionamento quanto à legitimidade e previsibilidade de um direito tão “líquido”, como assim o denomina o próprio autor:

*Es a un Derecho “líquido”, intersticial e informal al que estamos confrontados ahora. Un derecho que, sin cesar de ser el mismo, que se presenta en ciertas ocasiones en el estado fluido que se permite colocarse en las situaciones más diversas y ocupar así suavemente todo el espacio disponible, soportando – llegado el caso – fuertes compresiones.*¹¹ (Ost, 1993, p. 187)

A legitimidade e a previsibilidade desse direito são de uma complexidade equiparável à própria pós-modernidade. Todavia, o próprio autor levanta a questão de que o sentido jurídico produzido no interior dessa rede não é totalmente imprevisível, porque:

*[...] siempre hay textos a interpretar; se verá igualmente que las relaciones de fuerza que ahí se desarrollan no son totalmente aleatorias, porque tambien permanecen jerarquias, especialmente institucionales. Esta interpretación puede ser inventiva, Del mismo modo que estas jerarquias pueden ser emaranhadas.*¹² (Ost, 1993, p. 183)

Por fim, argumenta Ost que, antes de ser regra e instituição, o direito de Hermes é “logos, discurso, significado em suspenso. Se articula entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), [...] entre la fuerza e la justicia” (Ost, 1993, p. 187).

Nessa articulação é que surge a importância do intérprete, do Hermes, esse mediador que atribuirá sentido a textos e discursos normativos, com a prudência em saber que a justiça não está exclusivamente no conteúdo da norma, nem no clamor dos fatos, mas esparsa em uma rede que possui diversos pontos que interligam um emaranhado de práticas e discursos que concorrem entre si na pretensão de validade de suas proposições. “Dizer o direito” nessas condições é estar aberto ao diálogo e ao discurso, possibilitando que as partes contribuam para a construção da “decisão mais justa”.

11 “É a um Direito ‘líquido’, intersticial e informal ao qual estamos confrontados agora. Um Direito que, sem cessar de ser ele mesmo, apresenta-se em certas ocasiões no estado fluido que lhe permite colocar-se nas situações mais diversas e ocupar assim suavemente todo o espaço disponível, suportando – chegando ao caso – fortes compressões.” (Tradução livre)

12 “[...] sempre há textos a interpretar; ver-se-á igualmente que as relações de força que aí se desenvolvem não são totalmente aleatórias, porque também permanecem hierarquias, especialmente institucionais. Esta interpretação pode ser inventiva, do mesmo modo que estas hierarquias podem ser emaranhadas.” (Tradução livre)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seria pertinente alegar que o uso de princípios jurídicos na fundamentação de decisões judiciais poria *em cheque* a legitimidade de tais decisões, implicando em insegurança jurídica, discricionariedade ou mesmo solipsismo judicial? Certamente a subsunção de fatos a regras que contenham todas as suas possibilidades de aplicação, à maneira de “tudo ou nada” (Dworkin, 2007), dispensando qualquer tipo de argumentação jurídica, parece ser muito mais simples, transformando a atividade jurisdicional em um ato mecânico e alinhado à ideia desenvolvida por Montesquieu, de um juiz “boca da lei”.

Desconsiderar a complexidade social, acovardando-se em decisões judiciais “neutras” e isentas de racionalidade argumentativa/principiológica, sob “pena” de, em contrário, o Judiciário incidir em usurpação de poderes (Legislativo?) ou posturas preñhes de “ativismos judiciais”, é a atitude que o juiz Júpiter adota. Não há outro direito senão aquele “claramente” contido na lei, nos códigos. Nessa visão, princípios jurídicos são utilizados apenas para colmatar lacunas ou imprecisões linguísticas de regras do direito. Mas o juiz Júpiter muito provavelmente não admitirá tais lacunas ou imprecisões. Ou, quando o fizer, a sua condição de “deus” prevalecerá e o direito será aquilo que ele diz que é.

Por outro lado, o labor de Hércules coloca as decisões judiciais no centro do sistema jurídico, deslocando a legitimidade das normas para os fatos. Uma atitude pragmatista que o desobriga de argumentar as suas decisões fundamentando-as em normas jurídicas (regras ou princípios), pois o que está “em jogo” é o “melhor para o futuro da comunidade”. Assim, é aberto o flanco da discricionariedade em sentido forte (Dworkin, 2007), ou seja, não há parâmetro para decisão e o seu conteúdo pode ser – em uma simplificação grosseira, mas ilustrativa – aquilo que o juiz tomou no café da manhã (Dworkin, 2007).

As (pré)compreensões do paradigma do Estado Democrático de Direito fundamentam-se em sistema normativo aberto de regras e princípios. No Brasil, os últimos vinte anos são marcados justamente pelo esforço em se efetivar a “força normativa da Constituição” (Hesse, 1991), que irradia de forma deontológica as suas regras e os seus princípios para todo o ordenamento jurídico. E, nesse sentido, o modelo do juiz Hermes apresenta-se como mais adequado à complexa tarefa de “dizer o direito” em sociedades cuja multiplicidade de atores jurídicos e políticos requer a conexão e interligação de diversos discursos, esparsos e concorrentes, na construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos.

No modelo de Hermes, o juiz opera um “direito líquido”, cuja plasticidade é condição para ocupar lugares muitas vezes imprevisíveis, mas que não por isso lhe retira aquilo que ele é em essência. E essa essência são os princípios jurídicos, algo capaz de fluir e preencher espaços no maciço piramidal de normas que, insistindo em sua rigidez, serve de modelo a concepções anacrônicas de direito. Independente de sua forma, sempre será o direito, com as mesmas “propriedades”, mas adaptável às rápidas mudanças sociais e suscetível ao fluxo pós-moderno de verdades sempre cambiantes, parciais e temporárias.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Minorias e democracia no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 4, 2006.

COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DENNINGER, Erhard. Tarefas do estado e direitos humanos. *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados*, Fortaleza, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. *Revista Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n. 14, 1993. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/cuadernos.shtml>>. Acesso em: 13 jan. 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. In: TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarílis de Sousa Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.