DOUTRINA INTERNACIONAL

A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO ITALIANO E NA COMUNIDADE EUROPÉIA(*)

GIANCARLO PERONE(**)

Segundo princípio consagrado pelo Iluminismo e inserto no Direito Constitucional Italiano, o juiz está submetido tão-só à lei.

Na sua função, portanto, o juiz exprime a lei, na exata expressão de Montesquieu: "le juge est la bouche de la loi".

Seria essa sua função, porém, a expressão da Lei ou do Direito?

Partindo-se do pressuposto da inexistência de interpretação mecânica da lei, neste desafio de interpretar a lei ou o direito, reside o risco e a riqueza da tarefa jurídica.

A interpretação e a aplicação judiciária da norma jurídica não é nunca automática ou simplista. Não resulta de mera dicção do conteúdo da norma. Não é o resultado de uma operação matemática.

A essência do Direito repousa no fato se ser um ato de civilização, de pensamento, que transcende a lei e o regulamento, meios pelos quais a norma foi promulgada. É um pouco mais. E esse "mais", esse *"plus"* é o fruto da interpretação. É fruto do papel da jurisprudência na vida do direito.

A tarefa da interpretação compreende a participação na vida do direito. Em outras palavras, o ordenamento jurídico vive da interpretação da lei. E revive, a partir da interpretação, porque se volta para o significado originário da norma.

Esta observação que exprime um caráter inelutável, necessário, de criatividade de interpretação e aplicação da norma da parte dessa mesma jurisprudência se desvaloriza, pois não significa a plena equiparação da jurisprudência à fonte formal do direito.

(*) Reprodução de palestra feita no Plenário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em 19.9.97, pelo professor Giancarlo Perone, da Universidade de Roma Tor Vergata, a convite do então coordenador da Escola da Magistratura Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero; cujo teor provém de tradução feita pela Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite, sendo que o texto obteve autorização expressa do autor para publicação nesta Revista.

(**) Professor da Universidade de Roma Tor Vergata.

Esta equiparação pode ocorrer nos países da *Common Law*, onde a jurisprudência tem um papel importantíssimo. Essa importância, porém, não alcança o mesmo patamar no que concerne ao Direito do Trabalho, ressaltando-se as decisões dos Tribunais Industriais, cuja natureza se situa, entre jurisprudencial e administrativa.

Nos países que se pautam pelo direito romano-germânico, denominados da *Civil Law*, — em nossos países, portanto — a jurisprudência, contudo, não é fonte formal do direito.

A escola do Direito Livre contrasta com a essência de um sistema de direito escrito. E contrasta com as implicações necessárias desse sistema relativas à distinção entre o poder de criar a norma jurídica e o poder de garantir a sua concreta e fiel aplicação. Poderes estes, respectivamente, atribuídos ao legislador e aos juízes.

Se não há novidade nessa observação, se beira quase à banalidade, não é banal, porém, recordar que é de fundo diverso a derivação popular do poder legislativo, — conferido aos titulares eleitos —, e a derivação técnica do poder judiciário, — diversidade prevista no concurso calcado nas suas respectivas competências, — e que aconselha a limitação da liberdade de valoração dos titulares de um poder que não é imediatamente derivado da vontade popular. Portanto não se tem aqui apenas fidelidade a uma distinção tradicional de nossa cultura. Tem-se a consciência de uma diversidade de funções que depende das diversas relações com a soberania popular, a qual ainda é a bússola, o farol, que norteia cada decisão de cada escala de valores.

Por isso o juiz não pode interpretar a norma segundo a sua subjetiva valoração, porque se encontra submetido à lei.

Entretanto, para que a norma possa viver regulando eficazmente os aspectos da vida social, aos quais é endereçada, a aplicação judiciária deve caminhar além da símples e, com freqüência, absolutamente vã, operação de automática dedução da solução do caso pela literalidade da lei.

Não se pode, é ilusório, o pautar-se por essa conduta, visto que não é raro não ser clara a própria escrita da lei. Mesmo quando aparenta ser clara, o antigo brocardo: *"In claris non fit interpretatio"*, indica, via de regra, infelizmente, mais uma boa intenção que uma efetiva possibilidade.

Tal sucede porque sempre, ainda que a norma pareça clara em seu texto, cumpre sempre verificar o resultado que se alcança com a exegese da norma, espremendo-a como a um limão, para extrair o suco das suas palavras, verificando-se, nesse caso, o quanto que se alcança na interpretação sistemática.

A operação é a de entender o que diz a norma e depois conjugá-la ao sistema onde se insere, relativamente às demais normas, pois, se assim não se procede, sempre se a compreenderá em um sentido parcial, e não global.

Isto é importante no Direito do Trabalho, onde muitas das suas normas são normas "frescas", não consolidadas, e é importante enquadrar

estas normas no sistema global. O problema de se inserir uma norma no sistema se torna indispensável, mesmo quando a norma parece clara, e se deve proceder a um enquadramento mais profundo. E, ao contrário, quando as normas não são frescas, mas já portam um grau de estabilidade, compreendido este como um grau de codificação, é sempre necessário adequar a norma à evolução histórica e à maturação da consciência social.

Este é o panorama geral, mas sua importância é maior no Direito do Trabalho.

Nessa esfera, a aplicação jurisprudencial, mesmo nos países de direito escrito, é estimulada a salientar o aspecto criativo de interpretação, por uma série de fatores. Eis os que me parecem mais importantes:

1) antes de tudo, o Direito do Trabalho regula matéria social fluindo em contínua transformação e por isso mesmo o direito evolui junto com o material que rege. Falta tempo, pois, para que se solidifique o direito interpretativo. Assim é na Itália. Assim, creio, é no Brasil.

2) Ainda quando não mudam as leis, mudam, mais ou menos profundamente, as razões pelas quais as leis foram feitas, de tal forma que, se a interpretação deve considerar a *ratio* objetiva da norma, não se pode acorrentar o intérprete à exigência de adequar às modificações havidas, a finalidade pela qual as leis foram feitas. Este é o aspecto mais sutil e interessante concernente ao tema. Aparentemente a norma não é mudada, porque o texto da lei resta o mesmo, mas na complexidade da evolução do ordenamento, se intui que a finalidade da norma, desta norma individual, em correlação com o sistema, é alterada, é outra, não a contraria, apenas muda, se enriquece, adquire um conteúdo que originariamente não portava. Esse é o primeiro aspecto de criatividade da jurisprudência.

3) Depois, tem-se a circunstância de o Direito do Trabalho disciplinar interesses de situação tipicamente contratual, o que induz o legislador, via de regra, a não se posicionar favoravelmente a qualquer das partes. E, inelutavelmente, remete a questão ao juiz, problemática a que o juiz, por sua vez, não se pode furtar. É nesse contexto que o juiz se torna "a boca de uma lei não pronunciada". Não há lei, mas o juiz é chamado a declará-la. Exemplo: em quase todos os Estados da Comunidade Européia, não há lei disciplinando a greve. Tem-se aí a criatividade da jurisprudência derivada da inércia do legislador. Assim a jurisprudência responde às exigências da vida jurídica, se colocando como fonte atécnica do ordenamento.

Em resumo, o Direito muda na mesma velocidade da matéria que rege. Falta, assim, tempo para a sua consolidação. E, ainda quando não se alteram as leis, mudam as razões pelas quais a lei foi feita. E o ordenamento passa a ser enriquecido com elementos antes estranhos à norma.

Em muitas Constituições européias o Direito de greve é declarado e se remete ao legislador de cada país a disciplina da matéria. Em muitos desses países, o legislador não se pronunciou.

Quem regulamenta, em decorrência, a greve? Não é a Constituição. Não é a lei, pois se furtou o legislador a fazê-lo, não foi obediente ao comando constitucional, mas o juiz, que deve encontrar uma regra, sendo a sua criatividade derivada da inércia do legislador.

E como procede o juiz?

Agarra-se aos princípios gerais de direito, à analogia jurídica, e procede à regulamentação necessária. E assim a jurisprudência responde à objetiva exigência da vida jurídica.

Não se encontra na Alemanha, França ou Itália, uma lei regendo a greve, mas, sim, a jurisprudência. Quando a jurisprudência encontra eco na doutrina se tem a feliz união que consolida o direito. Sobretudo quando há identidade pessoal entre a doutrina e a jurisprudência, concentrando-se na figura do professor e do juiz, a mesma pessoa que realiza a interpretação. O que, contudo, nem sempre acontece na prática.

Desta forma a jurisprudência se põe como fonte atécnica do direito. Fonte atécnica, mas efetiva...

No Direito do Trabalho, o princípio da efetividade é um princípio fundamental. Uma regra, ainda se escrita com tinta indelével, timbrada com o sangue de quem a promulga, nada é se não encontra atuação entre os seus destinatários.

A experiência jurídica é aquela resultante da interpretação da norma em sede jurisprudencial.

Para se conhecer o direito como é, se deve dirigir-se à jurisprudência. Não conhece o direito aquele que se reporta ao Diário Oficial e recita o texto da lei. Mas, sim, aquele que o conhece como tem vida no meio social, através da jurisprudência.

A evolução histórica conduziu a Itália à superposição de dois sistemas:

1) tem origem no sistema Corporativo, muito diverso, portanto, daquele que sobrevive com a Constituição atual, a qual desenhou um sistema diverso de Direito do Trabalho.

O primeiro sistema é o das normas do Código Civil Italiano de 1942, e contém normas de direito individual e de direito coletivo, estabelecidas em um sistema que não é o da Constituição, a qual, por sua vez, contém em seu título das relações econômicas, numerosas disposições que afetam o trabalho, em princípio, sendo bastante detalhadas na matéria do trabalho.

O que aconteceu?

Nem todas as normas do sistema anterior foram formalmente suspensas. Foram implicitamente revogadas todas as normas de direito coletivo. As de direito individual continuaram as mesmas.

Como, porém, integrar estas normas a um sistema de previdente princípio constitucional inspirado na premente tutela da liberdade e dignidade do trabalhador e na autonomia da força social nas soluções dos conflitos de trabalho, quando o legislador não intervém, mas intervém o juiz?

Diante da Constituição escrita rígida, há um juiz com a tarefa de verificar se a lei está adequada à Constituição. E cumpre sua tarefa pelo direito vivo, pela jurisprudência em confronto com a Constituição

Em primeiro lugar está o juiz constitucional diante de leis novas e velhas. Mas também o juiz ordinário desempenha a delicada tarefa de adequar o direito velho aos princípios constitucionais.

> 2) desenvolveu-se, assim, uma orientação interpretativa chamada "segundo a Constituição": que leva a jurisprudência a sondar todas as possibilidades de ressonância das leis remontadas ao passado às inovadoras previsões da Constituição.

A grande parte dessas velhas normas sobreviveu com significado diverso. A interpretação, assim, é investigatória (averiguadora) e é derivada da corrente mais jovem e dinâmica da magistratura. Esta conduta averiguadora foi em princípio adotada por esta corrente mais jovem e depois se estendeu a toda magistratura.

Essa forma de atuação expôs os juízes a uma acusação: a de caminharem acima da lei, a de sobrepor à lei, a sua própria pessoa. Quando se abandona o terreno certo da interpretação literal, fica-se sob a acusação do "ideologismo", ou seja, de se pautar por escolhas próprias ou ideológicas.

E tal acontece não só em relação às leis anteriores à Constituição como em relação às leis posteriores a ela.

Entretanto, tais acusações não encontram respaldo relativamente a toda interpretação judiciária. Se se tem juízes que se conduzem pelas suas interpretações individuais, tem-se, em maioria, aqueles que se guiam pelo senso coletivo. Que investigam os princípios contidos na Constituição através da valoração coletiva, sendo seu trabalho fruto de um pensamento coletivo, adequando a realidade normativa ao ritmo da História e à fidelidade do ordenamento à Constituição.

É de se reconhecer que a jurisprudência que não respeita a técnica e a ciência do Direito não conduz à estabilização ou vivência desse mesmo Direito.

Papel relevante no Direito do Trabalho é desenhado pela Constituição, no direito italiano.

Quando o legislador não enfrenta determinada matéria, a lacuna do ordenamento, nesse aspecto, é suprida pelo juiz. Sobretudo no campo da Previdência Social, a Corte Constitucional tem se manifestado e regulado o Direito.

Em primeiro lugar, portanto, é o juiz constitucional que resolve os problemas deixados sem solução pelo legislador.

Mas também esta iniciativa pode advir do juiz ordinário.

Na Itália, no Direito do Trabalho, não há uma Justiça especializada. Há uma turma especializada na Magistratura ordinária. Pertence à magis-

tratura comum, mas tem uma função jurisdicional especializada. Este juiz comum pode suscitar o incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser suscitado diretamente à Corte Constitucional. No curso de um processo se suscita uma questão que, se a ele se apresenta inconstitucional, o leva a ativar o pronunciamento da Corte Constitucional.

De outro lado, não se pode deixar de reconhecer a importância da Corte Comunitária. O Direito do Trabalho Italiano está cada vez mais assumindo a influência do Direito Comunitário. E como se dá esta assunção? Também via jurisprudência esta Corte fixou o princípio de que prevalece a norma comunitária em caso de conflito desta com a norma nacional e que a norma dotada de incidência direta (regulamentos e diretivas) são normas de atuação prevalecente. Não são só os regulamentos, mas também as diretivas, pois estas, quando adotadas pelos Estados, e apresentam aplicabilidade, precisão e exiqüibilidade, passam a ter força vinculante.

Esse princípio foi acatado com mais presteza pelos juízes de primeira instância e com mais cuidado pelos juízes de segundo grau.

Nesse sentido se pode dizer que o juiz ordinário se tornou um juiz comunitário "difuso", visto que, diante do conflito entre a norma interna italiana e a norma comunitária deve deixar de aplicar a norma italiana e aplicar a norma comunitária.

Concluo, salientando que a jurisprudência, igualmente aqui no Brasil — onde exercita formalmente o poder normativo — mas mesmo onde não se o exerce, sempre procede ao enriquecimento do ordenamento, obedecendo ao método rigoroso da adequação das normas ao sistema, sem negligenciar a evolução necessária do Direito.