

SAUDAÇÃO AOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS EM 1º DE JULHO DE 1985

ALMIRO REGIS MATTOS DO COUTO E SILVA
Procurador do Estado do Rio Grande do Sul
Professor e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul.

Designou-me o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, para que eu viesse trazer, nesta solenidade, a saudação dos advogados rio-grandenses aos oito eminentes juízes que acabaram de ser empossados como desembargadores deste Tribunal de Justiça.

O ato que estamos presenciando é invulgar. Nunca na história do Poder Judiciário gaúcho registrou-se acontecimento igual. Jamais, de uma só vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve seu corpo de desembargadores ampliado nessa medida.

Acostumei-me a ler e a ouvir dizer que lento deveria ser o ritmo de mudança na composição das Cortes de Justiça, pois do contrário haveria o risco de perder-se, com a brusca e acelerada alteração, a coerência, a coesão de entendimento, a observância dos rumos consolidados no tempo, a pausada e prudente transformação do espírito do passado na voz do presente e na profecia do futuro.

Os órgãos coletivos de aplicação da justiça seriam um *continuum*, ligado e tecido por fios que, ao serem substituídos, deveriam manter a textura, a tonalidade e a harmonia do conjunto. Recomendava-se numa palavra, que os Tribunais fossem como o rio de Heráclito que, ao receber novas águas, era sempre o mesmo no constante fluir: mudava sem mudar. No poder da tradição e na religiosa fidelidade à memória estaria a base do prestígio do órgão e a única forma de preservar o respeito e a confiança dos jurisdicionados, que só assim se sentiriam seguros.

Com isso, porém, ao colocar-se sob luz muito forte a segurança jurídica, dava-se também realce ao conservadorismo da justiça. Punha-se ênfase talvez exagerada num aspecto que, tal pedra num mosaico, afirmava perfeitamente com vasto repertório de idéias e concepções, cujas raízes mais remotas mergulham no jusnaturalismo racionalista e no pensamento político que a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa retiraram pela primeira vez dos livros para converter em direito positivo e em rica e fecunda experiência histórica.

A perenidade invariável do Direito, consequência da perenidade da razão humana, encontrava correspondência no papel de autômato que MONTESQUIEU, em frase célebre, reservava aos juízes. Para o autor do "*Espírito das Leis*" seriam eles simplesmente "*a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem modificar sua força e seu rigor*". MONTESQUIEU e os filósofos e pensadores políticos que, anteriormente a ele, desde Aristóteles, meditaram sobre o poder absoluto, não tiveram a preocupação de conceber um perfeito sistema de organização do Estado. O fim perseguido pela assim chamada teoria da tripartição dos poderes era apenas o de romper definitivamente a identificação do governante com o Estado, de tal modo que a vontade do governante não fosse

mais a vontade do Estado e nem o detentor do poder político voltasse a ser "*a lei viva e animada sobre a terra*", lei que muitas vezes ficava só no limbo impreciso das intenções que nunca se exteriorizaram, como sucedia com a "*lei mental*", a terrível *lex mentalis* dos velhos reis portugueses. Fazia-se imprescindível que a vontade do Chefe do Estado fosse substituída pela *ratio* da lei, da qual, para a perfeita garantia dos cidadãos, Rousseau predicava dovesse ser duplamente geral, pela abstração e impessoalidade do enunciado e como expressão dos desejos e aspirações comuns do povo. O ideal, em suma, era o de que todos vivessem *non sub homine, sed sub lege*, na fórmula concisa de Lord Bracton.

Postulado do Estado de Direito, na maneira como se modela no final do século XVIII e início do século XIX, é a incontestável supremacia da função legislativa sobre as funções judiciária e administrativa. As instituições e órgãos incumbidos de exercer as duas últimas, deveriam ser meros executores pontuais do que as leis consignassem ou prescrevessem. A metáfora de MONTESQUIEU, a propósito dos juízes, a que acabei de me referir, expressa bem, a um só tempo, o horror a que algum titular de poder público viesse a tornar-se livre das leis, a *legibus solutus* como o príncipe do texto romano, e a visão imobilista que o liberalismo político e econômico tinha do Estado, em contraste com o dinamismo e a eferescência das forças existentes na sociedade.

Ao liberalismo e à sua imagem estática do Estado serviu também o positivismo jurídico, apesar das evidentes diferenças que o distinguem do jusnaturalismo racionalista. De qualquer modo, a escrita vinculação à lei, em que se funda o positivismo jurídico, ergue novamente a segurança jurídica à condição de valor eminente, senão de supremo valor, com todas as suas luzes e sombras.

O aspecto mais negativo que nele se percebe é o de inibir a rápida adequação do Direito às novas circunstâncias, medindo por padrões pouco flexíveis à realidade em mutação. Não deixa, assim, de ser surpreendente a extraordinária penetração do positivismo jurídico e a duração do seu prestígio por um período que se estende desde o século XIX até, pode-se dizer, o fim da segunda grande guerra, quando só então começa efetivamente a declinar, não sem antes conhecer, na última fase da sua linha evolutiva, o momento de maior brilho sob o ângulo teórico, com a obra monumental de HANS KELSEN. Entretanto, o normativismo Kelseniano, com o seu purismo e sua exigência de neutralidade axiológica, ao invés de eliminar ou atenuar o lado excessivamente conservador e acríptico do positivismo jurídico, reforçava esses defeitos.

Legítima é a censura de que o sistema jurídico de KELSEN, estruturado em termos puramente lógicos, acaba por expulsar de si o próprio Direito, podendo ser recheado tanto com flores como com canhões. No Brasil o pensamento positivista recebeu o vigoroso impulso do gênio de PONTES DE MIRANDA, o mais notável jurista da história nacional, que marcou e continua ainda a marcar fortemente os rumos tanto da doutrina quanto da jurisprudência em nosso país, prolongando, desse modo, no nosso meio, linhas de influência que em outros lugares já se acham extintas ou em vias de extinção.

É certo que desde o fim do século passado e mais intensamente desde as primeiras décadas deste século, diferentes escolas e tendências colocaram-se em aberta oposição ao positivismo jurídico, acusando-o com razão de reacionarismo e de fetichismo legalista, em detrimento da justiça material, cuja realização há de ser umas das primeiras finalidades do Estado. No entanto, o argumento definitivo

contra as posições do positivismo jurídico foram as atrocidades perpetradas na última grande guerra mundial. Colocou-se, então, em primeiro plano, mais do que a distinção já conhecida dos romanos, o próprio conflito tantas vezes dramático entre *lei e direito*; entre a norma editada e imposta pelo Estado e o que a experiência e a história dos povos já incorporaram no patrimônio de valores insuscetíveis de serem atingidos pelo Poder Público, mesmo mediante a forma mais alta e soberana de sua expressão, que é a lei. Bem por isso, para evitar os erros do passado, é que a Constituição da República Federal da Alemanha declara expressamente, no seu art. 20, que o juiz está vinculado à lei e ao Direito, a insinuar que este precede àquela e que, no confronto entre ambos, o Direito prevalece sobre a lei.

A crise do positivismo jurídico, que é um fenômeno típico dos países de Direito codificado, fez com que a investigação teórica no pós guerra se dirigisse, por um lado, para a análise intensa e exaustiva do processo de formação e criação do Direito no sistema anglo-americano e, por outro, para o reexame do processo análogo no Direito Romano, estabelecendo as comparações entre o pensamento que se desenvolve em torno do caso concreto, topicamente, e que mediante constante argumentação busca solver a controvérsia proposta, e aquele que se organiza axiomáticamente, a partir de premissas fixadas na lei, chegando ao desate do acaso ao descer sucessivos degraus lógicos. Pensamento problemático e pensamento axionômico, tópica e jurisprudência, fato, valor e norma, sistemas jurídicos fechados e sistemas jurídicos abertos, direito e argumentação ou Direito e nova retórica — são alguns dos temas dominantes nas obras dos juristas que, dos anos 50 até os nossos dias, se ocupam apaixonadamente com o fenômeno universal da criação do Direito pelo exercício da atividade judiciária.

É de intuitiva evidência que esse não é um problema novo. A palavra, diferentemente do número, é, sempre foi e será suscetível de interpretação, mudando o seu sentido e significado conforme se alterem os quadros de referência existentes na sociedade, as tabelas de valores ou — como recentemente passou a dizer-se o conjunto de "*pré-compreensões*" de quem tenta desvendar-lhe o exato conteúdo. Também não é propriamente nova a conclusão que se tira desses estudos de que, mesmo nos sistemas jurídicos fechados, de direito escrito ou codificado, onde o raciocínio axionômico prepondera sobre o problemático, existe e é significativa a função de criação do Direito pelos juizes, que assim, por vezes, acabam por ab-rogar materialmente a norma escrita, sem formalmente fazê-lo, um pouco à semelhança do que ocorria nas intersecções do *ius civile* com o *ius honorarium*, no Direito Romano.

O que era verdadeiramente desconhecido ou só vagamente intuído, e a pesquisa moderna revelou, são as maneiras pelas quais se desdobra a tensão dialética entre fato e norma, e como princípios tidos primeiramente como simples exigências éticas adquirem, ao serem revelados no caso concreto, a natureza de princípios jurídicos, incorporando-se por fim ao sistema.

A dualidade de ordenamentos que está implícita no discripe entre "*direito dos códigos*" e "*direito efetivamente aplicado*" ou entre *law in the books* e *law in action* não é manifestamente algo exclusivo do Direito anglo-americano, mas sim realidade inafastável a qualquer sistema jurídico, conquanto nos sistemas abertos, do *judge made law*, seja muito mais expressiva a dimensão e a importância do Direito criado jurisprudencialmente.

Tudo isso torna explícito que o juiz moderno ocupa uma posição muito diferente daquela imaginada por MONTESQUIEU. Com certa freqüência, não é o juiz hoje apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, mas é também o cérebro que concebe e elabora as palavras que irão valer como lei e a vontade que as impõe e aplica. Em outros termos, o juiz tornou-se legislador, fazendo crescer de ponto sua responsabilidade e suscitando a difícil questão da legitimação democrática para o exercício dessa função que não lhe foi delegada pelo povo, como ainda há poucos dias, em memoráveis conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, observava um jovem mestre alemão, o Prof. HARALD KINDERMANN.

A responsabilidade maior do juiz no Estado contemporâneo é, igualmente, uma decorrência do espantoso crescimento e da expansão das atividades estatais e dos serviços públicos, atingindo todos os aspectos da atividade humana.

O indivíduo ficou envolvido pelo Estado e tornou-se dele dependente. A passagem do Estado liberal burguês para o Estado Social — com que em maior ou menor medida se identificam os Estados democráticos do nosso tempo — ampliou um braço da atuação estatal que quase não se percebia no século passado: o Estado prestador de benefícios e vantagens, que intervém para amparar os fracos contra os fortes, que desenvolve programas assistenciais, que mantém a previdência social, que se ocupa da cultura, que possibilita a aquisição de casa própria por pessoas de baixa renda, que distribui merenda escolar, que concede estímulos e subvenções, entre muitas outras formas de atividades que passou a exercer, juntamente com as funções tradicionais e com a intervenção no domínio econômico, que era igualmente pouco conhecida no século XIX. A esse crescimento do Estado, que se pode sem exagero qualificar de vertiginoso, correspondeu também, como não poderia deixar de ser, o crescimento da legislação em ritmo verdadeiramente inflacionário. O perfil assumido pelo Estado em nossos dias engendrou ainda uma singularidade que é a do Poder Público ter passado a recorrer a modelos e instituições do Direito Privado mesmo para a realização de suas finalidades públicas, regendo-se, nestes casos, pelo Direito Privado e não pelo Direito Público. Tal circunstância afrouxou consideravelmente o princípio da legalidade a que se subordina a atuação do Estado, princípio que, de resto, se encontra em crise em todo mundo, em razão da hipertrofia do Poder Executivo e da utilização crescente das fontes infralegais do Direito Público, notadamente do Direito Administrativo. O aumento da importância dessas fontes infralegais deriva, a seu turno, de formas veladas de delegação legislativa, que se realizam pela outorga, a órgãos da Administração Pública, de competência amplíssima, enunciativa nas leis em termos genéricos, vagos e imprecisos. Todos nós sabemos as radicais modificações que são introduzidas no Direito Brasileiro por resoluções, circulares e portarias de órgãos administrativos da União.

Todos nós sabemos, também, que daí surgem novos pontos de fricção entre a autoridade do Estado e a liberdade individual, gerando controvérsias que ao Poder Judiciário caberá decidir. Por outro lado, tornou-se cada vez mais comum na legislação moderna o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de conteúdo elástico, e cujo sentido é fixado, em última instância, pelos juizes, em função dos casos concretos que tenham de julgar. O que, logo da edição da norma, dentro da moldura legal era só fluidez, imprecisão e incerteza, com o passar do tempo, com as repetidas pinceladas que os precedentes juris-

prudenciais vão colocando na tela, fica sempre mais cheio, nítido e consistente o quadro de abrangência do preceito.

Penso que o sumário esboço que aqui me permiti fazer de alguns sinais caracterizadores das transformações que o mundo moderno determinou nas funções do juiz põe em destaque, também, a imensa complexidade das tarefas que lhe compete exercer. ARTHUR KAUFMANN, no fim da década de 60, salientava em artigo luminoso, que a função do Direito (e eu não hesitaria em acrescentar que também a função do juiz) há de ser, como sempre, a manutenção da ordem e da paz jurídica e social. O dogma da segurança jurídica pode transformar-se, porém, numa ideologia perigosa, pois mantém o domínio das mesmas classes ou grupos, preserva e fortalece as posições de poder existentes, negando qualquer oportunidade às novas forças e idéias. "Finalidade do Direito" — escrevia ele — "não é aquela paz disciplinada por minucioso perfeccionismo legislativo. Finalidade do Direito — especialmente numa sociedade pluralista — é sobretudo a segurança da liberdade, da qual o homem necessita na construção da sua existência histórica, na realização de si mesmo e no convívio com os demais e para desenvolvimento de sua própria iniciativa" (*Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik in Rechtstheorie*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 93).

Registro estas observações porque ao lançar-se deste quase final de século um olhar retrospectivo sobre o papel do Poder Judiciário na nossa história republicana, percebe-se que ele desempenhou uma função importante na criação do Direito e na adaptação da ordem jurídica às novas exigências sociais, políticas e econômicas. Verifica-se, no entanto, que essa função relevante foi especialmente exercida na área do Direito Privado. Na esfera do Direito Público, particularmente na do Direito Constitucional, os longos períodos de eclipse das liberdades na vida da República parecem ter atrofiado o *élan* criativo e renovador dos nossos Tribunais, e mais do que todos do Supremo Tribunal Federal, na defesa dos direitos e das garantias individuais e na firme aplicação da regra da igualdade. No que diz respeito a este último ponto, ao princípio da isonomia, é ele tão negligenciado no país, que até há relativamente pouco tempo era hostilizado pelos próprios Tribunais, quando sistematicamente impediam o ingresso das mulheres nas carreiras da magistratura. Vivemos num país desigual sob muitos aspectos. Desigualdade geográfica, desigualdade de clima, desigualdade de composição étnica, desigualdade de recursos naturais. Mas nada desiguale mais os brasileiros do que o contraste brutal entre a imensa pobreza de muitos e a riqueza de poucos. Não há pior segregação do que a produzida pela miséria. A desigualdade econômica, nos níveis extremos, desiguale as pessoas também juridicamente. O direito conhecido pelas novas vilas, favelas e mocambos é praticamente só o Direito Penal, cuja existência é sempre lembrada pelos camburões e pela ação repressiva da polícia e, em menor escala, os Direitos do Trabalho e Previdenciário. Os direitos básicos do ser humano continuam esquecidos, quando não francamente espezinhados. Aos pobres e miseráveis aplica-se no Brasil o "tratamento isonômico" que a Suprema Corte Americana, não sem muito de hipocrisia, dispensava aos negros, antes da gestão WARREN: "iguais, mas separados". É claro que a tarefa de integração dos pobres na sociedade brasileira não pode ser, como foi a integração racial americana, obra exclusiva do Poder Judiciário.

Mas o Poder Judiciário deverá continuar a contribuir de forma muito ativa, pelos seus meios normais de ação, induzindo pelo atento controle da igualdade formal a que os brasileiros se tornem também materialmente mais iguais. Iguais

na prosperidade e não iguais apenas na desgraça descrita nestes versos pungentes de JOÃO CABRAL DE MELLO NETO:

*"Somos muitos Severinos
iguais em tudo na vida;
na mesma cabeça grande
que a custo é que se equilibra,
no mesmo ventre crescido
sobre as mesmas pernas finas
e iguais também porque o sangue
que usamos tem pouca tinta.
E se somos Severinos
iguais em tudo na vida
morremos de morte igual:
mesma morte severina.
Que é a morte de que se morre
de velhice antes dos trinta, de emboscada
antes dos vinte, de fome um pouco por dia".*

Os advogados do Rio Grande do Sul têm plena certeza de que Vossas Excelências, Desembargadores Pedro Henrique Particheli Rodrigues, Luiz Carlos Castello Branco Santos, Luiz Melício Uiracaba Machado, Ruy Rosado Aguiar Júnior, Mário Rocha Lopes, Sérgio Pilla da Silva, Egon Wilde e Luiz Fernando Koch, cujos nomes revelam, aqui e ali, as diferentes etnias que formaram o povo gaúcho, estão à altura do cargo que hoje passam a exercer e para o qual se encontram amplamente preparados pela inteligência, cultura e experiência adquirida em tantos anos de atividade profissional. Têm também os advogados rio-grandenses a absoluta convicção de que Vossas Excelências haverão de possuir a sensibilidade para encontrar, nas suas sentenças e pronunciamentos, o exato e desejável ponto de equilíbrio entre a tradição que dá segurança sem ser reacionária e as novas idéias que sempre sejam incorporadas, como princípio ou normas, ao ordenamento jurídico. Têm ainda os advogados rio-grandenses o convencimento integral que Vossas Excelências, na aplicação do Direito neste Tribunal, que é dos melhores do País, não cairão na ilusão em que nunca caíram de que a justiça é filha exclusiva dos juizes, como se advogados e representantes do Ministério Público fossem coadjuvantes menores desse culto em que só o magistrado seria o grande sacerdote. Às vezes o advogado fica, realmente, abaixo dos juizes; outras vezes atrás de um grande juiz e responsável por parcela significativa de suas glórias está um notável advogado, como mostra o exemplo famoso do *Chief Justice Marshall Daniel Webster*; em outras ocasiões, finalmente, um só advogado está muito acima de muitos tribunais, como ilustra a história brasileira, com Ruy Barbosa e o Supremo Tribunal Federal, nos primórdios da República. Nós todos, juizes, representantes do Ministério Público e advogados, trabalhamos com humildade a mesma massa. Depende das nossas mãos, num esforço comum, modelá-la, aparar-lhe as asperezas, cuidar que os volumes se distribuam harmoniosamente no espaço, alisá-la carinhosamente para que aquilo que um dia foi terra e barro se transforme, diante dos olhos e do coração do nosso povo, na face radiante, bela e incorruptível da justiça.

Que Deus inspire e guarde Vossas Excelências.