

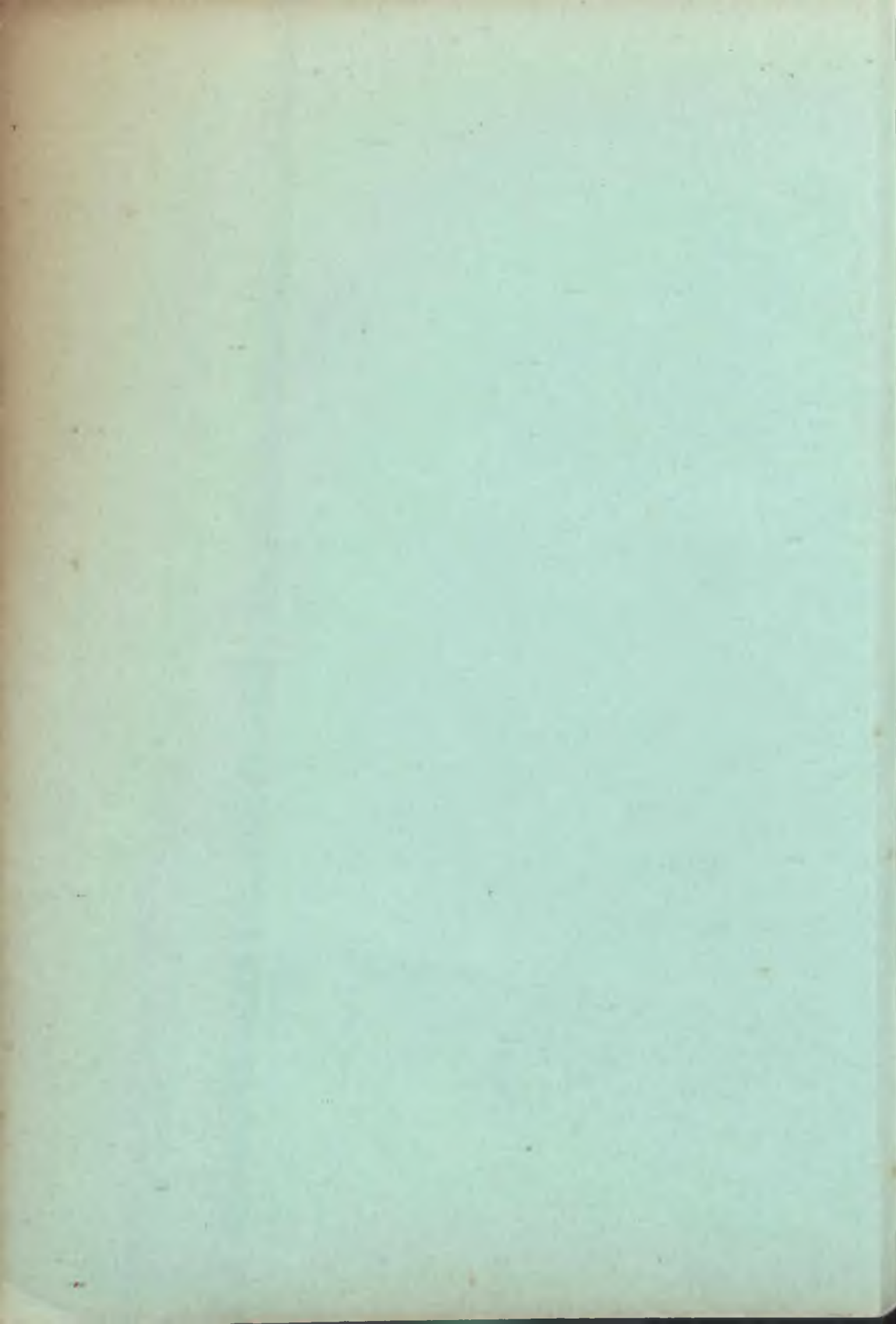
O Poder de Julgar e a Norma

LOURIVAL VILANOVA

CONFERÊNCIA PRONUNCIADA NO DIA 13 DE AGOSTO DE 1975
NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
POR OCASIÃO DE SEU 153.º ANIVERSÁRIO.

RECIFE — 1975

F340.1
V696p







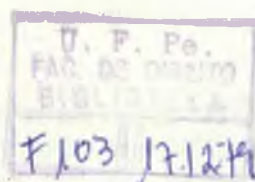
O Poder de Julgar e a Norma

LOURIVAL VILANOVA

CONFERÊNCIA PRONUNCIADA NO DIA 13 DE AGOSTO DE 1975
NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
POR OCASIÃO DE SEU 153.º ANIVERSÁRIO.

RECIFE — 1975

AL



ÍNDICE

I	-	Palavras do Presidente	Pag . . 09
II	-	Saudação	Pag . . 13
III	-	O Poder de Julgar e a Norma .	Pag . . 19
IV	-	Encerramento	Pag . . 31



PALAVRAS DO PRESIDENTE

DES. JOSÉ PESSOA



Comemora hoje o Tribunal de Justiça de Pernambuco, antigo Tribunal de Relação, o seu 153º. aniversário. Mais de um século e meio de relevantes serviços prestados à causa do Direito, este cimento da sociedade humana, vem sendo o seu contributo à grandeza da Pátria comum, na manutenção da ordem jurídica, efetivando as garantias individuais asseguradas na série de Constituições.

Peripécias de toda a sorte têm atribulado a Nação Brasileira, culminando em crises econômicas, sociais e políticas, acarretando novos jatos em sua estrutura constitucional. O Tribunal de Justiça a todos tem resistido, persistindo, firmemente, na sua trajetória, a desempenhar a sua missão histórica, sem hiatos ou desfalecimentos, bem espelhando, em Pernambuco, a vocação do povo brasileiro, que é a do respeito à Lei, da persecução a um ideal de Justiça, compatível com o nível cultural atingido.

Não podem sentir-se frustrados os seus Juízes, porque não colhida a meta visível e **optata**. No contexto dos órgãos da soberania nacional é o Judiciário o de maiores responsabilidades jurídicas, sendo, porém, o mais tolhido em suas atividades por falta de meios adequados à sua autalização, em plena era espacial. A observação e o sentimento resultante não impedem que nos sintamos integrados, irmanados, na grande Família Brasileira, de cujos destinos participamos, em Pernambuco.

É bem por isso que esta comemoração perde hoje, o seu caráter de alegria, sem fracasso do entusiasmo.

Ainda são bem recentes os lutosos acontecimentos telúricos, que tanto contristaram e infelicitaram as nossas populações. Cada um de nós, cada um dos presentes, sentiu, em si próprio ou na sua família, ou nos seus pertences o peso inenxorável da última inundação, no Recife e em cidades da Zona da Mata.

Reafirmando, todavia, a sua fé inabalável no Direito, esta Presidência, porta-voz deste Colegiado, convidou o emérito Prof. Lourival Vilanova para nos trazer a sua palavra vibrante, com que diuturnamente, ilumina os cérebros na vetusta Faculdade de Direito do Recife.

A sua oração, de sábio e jurista filósofo, confirmará o nosso alento, ilustrará as nossas convicções.

Embora dispensável qualquer apresentação do renomado mestre, que há mais duma geração vem ornamentando a cátedra, merece do nosso respeito e da nossa admiração, que seja previamente saudado, para o que concedo a palavra ao Exmo. Sr. Desembargador Guerra Barreto.

DES. JOSÉ PESSOA
Presidente

S A U D A Ç ã O

DES. GUERRA BARRETTO

Muitos anos são passados desde o dia em que, ainda na adolescência, meus ouvidos começaram a apreender noções de um conhecimento que a densa linguagem dos compêndios parecia reservar aos eruditos. De momento, a simplicidade, a elegância e a exatidão da palavra de um jovem mestre desfaziam o hermetismo de conceitos, antes inacessíveis, clareando o seu conteúdo mediante exposições a um tempo agradáveis e seguras.

As aulas de filosofia, no então admirável Colégio Osvaldo Cruz, passaram a exercer sobre os seus ouvintes o fascínio peculiar às grandes revelações. Já não eram, apenas, o meio usual de receber novos conhecimentos, sintetizados e transmitidos pelo professor — vieram a ser, sobretudo, proveitosas oportunidades de aprender a pensar; de cada um buscar, pelo próprio raciocínio, a percepção das verdades científicas.

Assim eu conheci o Professor Lourival Vilanova e guardei dessas impressões a imagem, nunca esmaecida, do autêntico mestre, imagem que, pela sua nítida verticalidade, permanece como paradigma.

Não mais perdi de vista a projeção de sua marcante presença em outros setores, principalmente em grandes instituições de Pernambuco e do Brasil.

Na Faculdade de Direito do Recife, onde pontificavam juristas e pensadores da estatura intelectual de Soriano Neto, Aníbal Bruno, Barreto Campelo, Arnóbio Graça, Luiz Delgado, Samuel Mac Dowell, J. J. de Almeida, Abgar Soriano e Luiz Guedes Alcoforado (para referir apenas os que, pela morte ou pela jubilação, já deixaram a cátedra) — o Professor Lourival Vilanova logo emergiu como novo expoente do prestígio cultural da Veneranda Casa. "SOBRE O CONCEITO DO DIREITO" (1947) e "O PROBLEMA DO OBJETO NA TEORIA GERAL DO ESTADO" (1953) são trabalhos seus que, pela robusta enverga-

dura, enriqueceram a filosofia e as letras jurídicas nacionais.

Não aludirei a outros títulos do insigne conferencista para não desperdiçar tempo na repetição do que já é conhecido por todos. Relembrei, somente, que o preclaro Presidente Castelo Branco — estadista na mais nobre acepção da palavra — ao convidar, sem sugestão de assessores, o Professor Lourival Vilanova para integrar a Suprema Corte do País, disse pretender com tal gesto homenagear a cultura e as tradições de Pernambuco. O apego do mestre à terra de sua formação privou o Supremo Tribunal Federal de incomensurável contribuição mas, por outro lado, evitou que se abrisse, no Recife, o vazio de sua ausência.

Por tudo isso e porque o Tribunal de Justiça de Pernambuco e a Faculdade de Direito do Recife muito têm em comum, é espontâneo o contentamento e justificado o orgulho dos Magistrados Pernambucanos em ouvi-lo no dia do 153.º aniversário da instalação desta Corte de Justiça.

Na verdade, afigura-se impossível dissociar a criação do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, em 11 de agosto de 1827, da significativa instalação do Tribunal da Relação de Pernambuco, ocorrida em 13 de agosto de 1822, quando a Província aparecia como cabeça da sedição contra o jugo português.

E MUITO CEDO — conforme assinalou o saudoso Jordão Emerenciano, ao enaltecer, aqui, a data sesquicentenária — ESTA CORTE JÁ ANUNCIAVA OS SEUS PROPÓSITOS DE INDEPENDÊNCIA, SENÃO POLÍTICOS, PELO MENOS ESPIRITUAIS E MORAIS.

Atuando em simbiose, as duas Casas do Direito irradiaram o saber jurídico que veio a iluminar, decisivamente, as grandes transformações da vida nacional.

Este Tribunal — Prof. Lourival Vilanova — é uma instituição que não envelhece, que soube conviver com o tempo, porque encontra, na sequência dos acontecimentos, ensejo de permanente e fecunda renovação.

E tem se renovado, até em meio à adversidade, porque mantém fidelidade ao vivificante espírito da sua criação: SERVIR DEVOTAMENTE A ORDEM, ENQUANTO — É CERTO — NÃO SE TRANSFIGURA ELA NO LUDÍBRIO DA LIBERDADE.

Pela serena altivez, na constante linha de ação, já pagou injustamente os preços mais caros. Viu-se dissolvido, em 08 de janeiro de 1892, porque, sobranceiro a pressões e ameaças, concedera HABEAS CORPUS preventivo em favor do Dr. José Maria de Albuquerque Mello, que sofria os reveses da política. Em contrapartida, no dia 19 de maio de 1893, arrostou as incompreensões e as invectivas da paixão partidária, para restaurar no cargo o Governador Barbosa Lima, O Velho.

A consciência de dever continuar, sem deslustre, tão grandiosa tradição pesa — não há negar — sobre os seus atuais integrantes, mas, simultaneamente, inspira-os e estimula-os a melhor servir à ordem e à liberdade.

Faltam-me ainda — bem o reconheço — sabedoria e experiência para, neste instante, interpretar, com brilho, o pensamento dos meus Eminentes Pares, sobra-me porém — à semelhança do arauto de promissor anúncio — a legítima alegria de reiterar a V. Exa., Prof. Lourival Vilanova, o sentimento da mais sólida admiração.

Maior do que a honra de saudá-lo será, para mim, o gosto de escutá-lo com os ouvidos de antigo aluno.

DES. GUERRA BARRETO

O PODER DE JULGAR E A NORMA

PROF. LOURIVAL VILANOVA

Há duas possibilidades de desacertar na visão de uma pessoa ou de uma coisa : delas estando muito perto, ou delas ficando muito afastado. Por falta de um **optimum** de distância, parecem excessivamente reduzidas, ou excessivamente engrandecidas. Não se trata de uma questão de distância física, mas de atitudes de quem vê. Deslocamo-nos numa espécie de espaço emocional quando observamos com indiferença, ou quando observamos com estima ou desestima. Estamos mais próximo no afeto e no desafeto, no apreço e no desapreço, que na atitude de indiferença. A desestima empequenece os valores das pessoas e das coisas, como a estima prodigamente sobrepõe seus reais limites.

É isso que acontece com um dos tipos de estima mais desinteressada que é a do aluno para o professor. Quando existe, a relação discente-docente é uma relação fraternal, onde não faltam nuances da relação filial e paternal. Deve ser por isso, Desembargador Guerra Barreto, que não esmaieceu em sua mente a impressão de um professor, que foi apenas um entre outros professores, deixando em seu espírito alguma coisa de persistente.

De minha parte, ainda estou a vê-lo naquele bom colégio que desapareceu, já antecipando traços de seu modo de ser, que continuaram, ficando mais fortes. Era o aluno comedido e sério, prudente demais para a juventude, como se a prudência indicasse já que na jurisprudência iria fazer seu mais decisivo modo de vida. Era o aluno atento e interessado, já renunciando que qualquer profissão que viesse a escolher exerceria com diligência, firmeza e dignidade.

Nossas profissões, a de magistrado e a de professor, não significam meros empregos públicos. Uma e outra são formas interiores de vida, não simples ocupações das quais nos despedimos

tranquilamente depois de cumpridas. Ser juiz, ser professor e — acrescento — ser sacerdote, representam na vida individual o itinerário permanente, a nossa existência mesma num caminho de que se não desvia. Quero dizer: não temos, mas somos essa forma de vida, nobremente carregando hábitos simbólicos, todos eles, outrora, do mesmo negro e longos até os pés, como para realçar-lhes a missão de dizer o justo, de ensinar a verdade e de pregar as coisas divinas.

Agradecendo-lhe tudo quanto disse, bondosamente descomedido pela proximidade afetiva que sempre mantivemos, digo-lhe, Desembargador Guerra Barreto, que uma das recompensas do magistério é o eco que fica, nos autênticos alunos, dos ensinamentos que lhes proporcionamos. Outra, é rever-se, de algum modo, no êxito de seus ex-alunos, êxito assim como este de V. Excia., integrando dignamente a Corte de Justiça do Estado.

Por si mesmo, um ano a mais na existência de um órgão-instituição, como o Judiciário, é apenas um ponto numa linha intérmina. Não teria significação maior se essa longa vida se não acumulasse como existência histórica. Os entes históricos são assim: num ponto do tempo, repousam todos os pontos antecedentes, que se fazem presentes sem perderem seu modo de ser pretéritos. Confluem todos para o presente, que se converte em ponto de intersecção do que já se foi com o que está por vir. Com isso, o tecido histórico vai se constituindo ponto por ponto, tornando-se cada vez mais espesso, mais resistente, mais denso. E aquilo que a princípio era infixo, precário pela consistência, podendo ser feito e desfeito por normas de direito que o acaso e infixidez mesma das circunstâncias ditaram, vai adquirindo a compacta resistência dos corpos institucionais.

Num Tribunal de Justiça, o poder jurisdicional, todo ele, concentra-se em sua expressão maior. A própria colegialidade constitutiva de seus integrantes adquire a forma definida de um **corpus**, que não é só físico, nem somente psicológico, nem apenas social. É um corpo histórico, um ente que se projeta com definidos contornos, com o seu perfil inconfundível, com seu rosto, só dele. Tudo concentra-se em expressão fisionômica: este edifício venerável, sem ser vetusto; sobressaindo-se entre os maiores, sem ser o mais alto; recortando um pedaço de chão recifense, aqui fincado na Praça da República, onde palmeiras altas e de folhagem remansada, por um vento que nunca deixa de ser brisa suave, se permeiam entre ele, Palácio da Justiça e o Palácio do Governo, um olhando para o outro, entretendo-se num diálogo sempre compreensivo e, às vezes, ásperos, nos raros momentos de desentendimento, como não é infre-

quente entre bons vizinhos.

Sabemos que todos os órgãos-do-poder, num sistema de poderes repartidos e compartilhados, estão no mesmo plano. Todos ostentam o mesmo grau e tão enérgico é o vínculo que os agrupa, que nenhum é sem o outro, que o ser si-próprio inclui esse momento de alteridade: o ser-para-o outro. Sem a existência do judiciário, as normas emitidas pelo legislativo ficariam à mercê da observância espontânea dos indivíduos, mas quando desatendidas seriam insusceptíveis de aplicação, por lhes faltar o órgão posto acima das partes para resolver a contenciosidade. Ou então seriam impostas por mão própria, que nem sempre distribui a exata fração de justiça que a controvérsia requer. Por sua vez, sem agente habilitado para prefixar em regras gerais de comportamento humano o que é devido e o que não é devido fazer, o agente que julgasse a controvérsia ficaria sem critério objetivo para dizer, no caso, o justo. E como não pudesse descair os braços, num gesto vencido de impotência de julgar, ou criaria, ele julgador, a regra genérica em cuja órbita incluísse o concreto, ou ajuizaria caso por caso, sem medida geral prévia, enredando-se num casuismo infundável, porque a vida compõe-se, decompõe-se e recompõe-se em casos ou ocorrências nunca duas exatamente iguais ou superponíveis pelos mesmos traços.

Em ambas as hipóteses, o juiz assumiria posições perigosas, sobreexcedendo, mais ainda, a difícil arte de julgar. Mesmo quando julgar encontra em regras objetivas, que as não fez o juiz, medidas certas e determinadas de distribuir o justo, ainda assim, com setas indicadoras que apontam o caminho da verdade legal, julgar é difícil: não é ato que feito, desfeito está o vínculo com quem o praticou. Não há esse completo desvínculo. Há sim, um comprometimento da personalidade inteira, de sorte que, julgando o conflito humano, não lava as mãos o juiz, nem se desveste de seu hábito simbólico, como se cumprisse mera tarefa manual.

Pois bem. Sem o agente legislativo, o juiz seria legislador, o que lhe daria descomedido poder. Ou julgaria sem norma, o que lhe proporcionaria descomedido arbítrio.

Do mesmo modo, leis, tão-somente leis, construídas por órgão com designação constitucional para isso, e juizes e tribunais para aplicá-las nos conflitos de interesses, sendo todos necessários, são insuficientes sem o órgão que cuide da realização das necessidades coletivas. Coletivas não porque representam a soma das necessidades individuais, que são dispersas, conflitantes, subjetivas, tanto mais se complicam as estruturas sociais e tantos mais papéis assumem os indivíduos em grupos que também se desentendem em seus fins e em seus meios. O coletivo aqui está no promédio do bem comum, que se impõe ao capricho subjetivo de cada indivíduo, i. é., o homem que não divide com o outro a provisão de benefícios materiais e culturais, que ele indivíduo não elaborou, mas lhe veio como poupança acumulada de milênios de civilização e de gerações e gerações que sacrificaram porções maiores ou menores do presente para merecer o que, sendo passado, converteu-se em tradição.

Sem órgão, pois, que converta em administração o que está genericamente previsto em leis, sem órgão que traduza o abstrato das regras em fatos concretos de gestão do bem coletivo, ter-se-ia aqui unicamente o Estado legislador. É ali, o Estado-juiz. Faltaria o Estado-administrador. Mas também, o Estado reduzido à Estado-administrativo, sem norma geral, sem lei em sentido específico, ou sem regulamento que, materialmente, é tão genérico quanto a lei, ter-se-ia a administração, em sua órbita, tão casuística quanto a jurisdição na sua. Se o casuismo judiciário é a decisão caso por caso, ponto por ponto, sem tecer a linha uniforme que permite decidir o igual, igualmente, e o desigual desigualmente, na justa proporção de sua desigualdade, o casuismo administrativo é também a gestão punctiforme, a ação concreta e individual que ainda acertando no alvo do bem comum não vem revestida de norma geral nenhuma; vem, sim, desprovida de legalidade e, em sua nudez normativa, desconhece o limite de ultrapassagem, o ponto em que é não só arbítrio, mas ilegalidade e injustiça.

Mas, no final de tudo, na lei, no ato administrativo, na sentença (ato culminante do julgamento), é um só protagonista que se exprime numa só linguagem, a diferença provindo nos atos unicamente do modo de relacionamento desse personagem com o seu mundo, que é o mundo social e o mundo físico entrando pelas perspectivas do social. E o social penetrando pela ótica da politização, ou da comunidade como **Polis**, ou, digamos, em forma de Estado.

Quando o juiz julga, quando o tribunal setencia, unipessoal ali, pluripessoal aqui o julgador, em rigor é o Estado, ou para indicar que este não se destaca como ser por si suficiente, em rigor, dizemos, é a comunidade-Estado que emite o julgamento. A personalidade do Estado absorve a pessoalidade que vincula inquebrantavelmente o ato ao seu emitente. A sentença desprende-se do julgador, no que tem ele de individualíssimo sujeito, comprometido existencialmente aqui e agora, no contexto familiar, no contexto grupal, na ambiência de conceitos e desconceitos, de ideais e ideologias que se não condensam, é certo, em grupos, mas representam espessa e compacta capa de convicções que se espalham por todos os indivíduos. Não são os conceitos e os preconceitos profissionais, acantonados na consciência de classe, mas estes que são compartilhados por todos. Quer-se, idealizando, que tudo isso fique em suspenso, como entre parênteses, e que o juízo que dirime a controvérsia seja totalmente isento de subjetivismo, de distorção. Que seja límpido: a lei como esquema objetivado, prefixando genericamente; a apuração da situação de fato, processualmente comprovada, ou seja, o fato individual confirmando o abstrato do esquema; e a sentença como exata aplicação do direito.

Irrecusavelmente, um dos processos de objetivação na história das culturas é o direito e a politização do direito. Não somente o direito como regra uniforme de conduta, canalizando uniformemente as interrelações humanas, tecido feito de condutas, suprimindo a desuniformidade imprevisível do que o outro pode fazer ou omitir,

mas chamando o direito para um ponto central, fazendo-o circunvergir para um centro de vontade, munindo-o de órgãos para ditá-lo e aplicá-lo. Por mais humilde que se dê o grau de desenvolvimento, o direito — elaborado espontaneamente e aplicado por juízes *ad hoc*, ou periodicamente convocados, mas já aí destacando-se como um status e um órgão — é sempre uma técnica social para suprimir o casual, o irregular, o imprevisto, o descomedido do comportamento de um sujeito face a outro sujeito. Alojara a conduta própria dentro de formas normativas, ingressar seu comportamento dentro de pautas predeterminadas, importa em despojar-se da pessoalidade caprichosa e irregular do momento. Importa em dessubjetivar-se, projetando-se como membro de uma coletividade. Decidir não segundo um critério pessoal seu, mas segundo medidas objetivas, que as não pode desfazer, importa para o julgador em dessubjetivar-se, também, incorporando-se como membro da comunidade e órgão dela. O juiz, nesse aspecto, impessoaliza-se ao meramente cumprir o direito, como qualquer cidadão, e impessoaliza-se como órgão julgador da comunidade, pois, julgando, é a comunidade através dele, juiz, que ajuíza e sentencia.

Essa inevitável impessoalização é o quanto se paga para a vida coletiva entrar em forma. Não há vida sem sê-lo em forma. Já o corpo é a forma-limite, que contrapõe o ser vivente ao seu contorno. Pouco importa que seja a mais rudimentar espécie de vida biológica: há sempre um contorno próprio, face ao mundo circundante. Sem isso, não seria ele um microcosmos imerso dentro do macrocosmo. A vida social não escapa a essa congênita presença da forma. Apenas há um pluralismo de formas modeladoras da existência social. O direito pré-político, ou a sociedade juridicamente sem Estado é, historicamente, a protoforma. Depois, vem o Estado e dá-se a politização do direito, forma mais potente para conter a multiplicação dos fatores sociais.

É vida social em forma o estar aglutinada em famílias, em igrejas, em grupos profissionais, em coletividades territoriais, até alcançar a forma mais abrangente e temporalmente mais estável que é a nação. Mas, ainda aqui, a nação só se demarca energicamente, com concentrada decisão política de manter a forma, quando é nação-Estado. Assim como o corpo é a forma física limite que contrapõe o ser vivente ao seu mundo, o Estado, em que a nação toda se aglutina em sua máxima tensão, é a forma limite polemicamente em contraponto aos outros Estados, e a vertebração interna que evita a desagregação em cidades, grupos, subgrupos, no seu interior. Como toda forma, pode arruinar-se, desagregarem-se os seus membros, invertebrar-se interiormente em desconjuntos que se não entendem, como se não falassem o mesmo idioma, ou carecessem de um mesmo código de comunicação.

Imaginemos tribunais e juízes decidindo os litígios ao acaso, sem direito escrito algum — a não ser o minimum de direito, a regra constitucional que os puzessem como tribunais e juízes, e distribuindo-lhes competência não a demarcassem, fosse regra em

branco, para o julgador preencher a seu individual juízo — dizemos, sem direito escrito algum, sem vinculação à interpretação uniforme, ou decisão uniforme, sem precedentes de julgamento, pois, e teríamos a incerteza, a imprevisão do comportamento judiciário, e os dois grandes riscos: o erro judiciário e a injustiça.

Imaginemos, ainda, que articulação nenhuma houvesse, vinculando os julgadores da vida humana em instâncias de superposição, cada qual posto como a última e irrecorrível instância, e, então, completariamos o quadro esboçado da desorganização e da falta de medidas certas que delimitam em porções discretas o fluxo turbulento da vida humana.

Pois a vida humana é dinâmica e estática, mudança e hábito, inovação e repetição, renovação e rotina, desenvolvimento e tradição. Essas duas dimensões estão coexistindo em cada época, variando o percentual de uma ou outra. Se é possível vida social rotinizada, em repouso, repelindo a mudança, sociedades relativamente estagnadas, como se o fluxo da corrente histórica adquirisse a dureza resistente dos sólidos, não é possível vida social liquefeita numa dinâmica incessante, uma como sociedade em permanente revolução.

Pois bem, o direito é uma entre outras técnicas para harmonizar num equilíbrio instável, é certo, esses dois contrapesos, essa estrutura dialética do social, o diálogo entre a rotinização e a inovação. Por isso que parte da cultura social total, dela não se desvincula. Se a cultura total pende mais para a tradição, para afastar como demoníaco o simplesmente novo, a justiça será a institucionalização da rotina, do venerável só porque é antípoda do novo, do inédito, do criador. Mas, numa sociedade em evolução ou em revolução, que é a evolução em potência maior e num espaço de tempo mais rápido, então, o judiciário participa também desse ritmo histórico.

Não, bem certo, como se juízes e tribunais fossem agentes da mudança, que na planificação racional e política contemporânea chama-se desenvolvimento. Aos juízes, e não a outros, cabe simplesmente julgar.

E julgar não é julgar o direito vigente, mas julgar de acordo com o direito que provém de fontes que independem dos juízes, muito embora eles, os juízes, se não elaboram o direito colaboram na sua produção.

Julgar o direito mesmo, e substituí-lo quando não correspondendo a uma medida de valor, exige do juiz o que ele, como cidadão, pode fazer, mas não pode fazer como juiz: política do direito, isto é, a ação ou a concepção tendente a suplantar o direito vigente por outro direito mais congruente com o parâmetro de valor defendido. Mas, esse critério de valor submerge suas raízes em concepções do mundo, dependentes do posto do homem na sociedade. E tais concepções nunca provêm sem um substrato de ideologia. E como há várias ideologias, variadas seriam as concepções do direito e do justo, com o que se resvalaria no subjetivismo judicial, cada juiz

julgando de acordo com os seus critérios de valor, individualmente divergentes, e ideologicamente comprometidos.

Houve épocas — assim na Europa continental, com a Escola de exegese — em que se tinha a função judicial como meramente aplicadora do direito posto pelo legislador. A codificação do direito civil, e a codificação do direito público — nas constituições — representaram a racionalização do direito. Isto é, o direito como razão prática escrita, a escritura como documento que atesta a certeza objetiva da lei, o código como sistema onde o legislador exaustivamente tudo juridicamente previu. Clareza, certeza, completude, tudo isso tornava supérflua a interpretação judicial, e reduzia a função jurisdicional à aplicação da generalidade da lei — postulado político-liberal — aos casos concretos que viessem ao juiz como litígios.

Se a codificação napoleônica foi a racionalização do direito, racional concebia-se o ato de julgar para repetir, já sem sabor, o esquema cansado e gasto: a premissa maior estava na lei; a premissa menor no caso concreto que se incluía na previsão legal; a sentença era a conclusão desse simplificado silogismo. Isso se teve como concepção e como tese política. A tese política: supremacia do legislativo, representante imediato da nação e redução do juiz à posição subordinada de aplicador da vontade geral, válida como vontade da nação. Na realidade outra coisa. A vontade geral imputável à nação era a vontade majoritária da nova classe, que destruiu as estruturas aristocráticas. E o ato jurisdicional, por mais apertado que fosse o cerco legalista, movia-se numa margem de discricionariedade insusceptível de ser eliminada.

Com efeito. Os interesses em conflito, que compõem a litigiosidade, precisam ser qualificados. Não trazem exaustivamente, já na frente, que traços são juridicamente relevantes, que outros são irrelevantes. Dentro do processo, onde o juiz move, se não com liberdade de estatuir por conta própria as normas, mas com liberdade de relativa escolha entre as normas existentes. Os fatos compõem-se juridicamente antes de entrarem no processo. Dentro dele, são fatos normativamente caracterizados. Essa caracterização tem fundamento em normas objetivas, mas que dados entram no processo, depende, ainda, de juízos-de-valor. E os juízos-de-valor repousam em tomadas de posição, que distam de ser neutras constatações da realidade, como é possível no conhecimento científico do mundo. O juiz não quer conhecer por conhecer, mas conhecer juridicamente os fatos para recompor a ordem exterior do mundo da conduta humana, aqui e alí alterada pelo privilégio do homem em ser livre, cumprindo ou descumprindo o direito.

Assim ocorre na qualificação da situação concreta de fato: do fato total, que se apresenta num ponto do tempo e do espaço, como de corpo inteiro, com sua fisionomia individual, juridicamente só uma parcela interessa. Há, pois, uma seleção de traços, cuja saliência é feita mediante juízos-de-valor. Não ocorre diferentemente quando se trata de buscar no sistema, entre as possíveis normas incidíveis no caso, aquela que lhe corresponde, sobrepondo-se-lhe,

e dentro de cuja órbita o caso tem solução. Dá-se um ato de opção, guiado por ponderações do valioso ou desvalioso da solução. Não se trata de incluir o caso concreto dentro da lei universal — como se verifica no conhecimento científico da natureza — mas de ajustar a lei — que, aqui, é norma, regra, preceito — ao dado-de-fato, mescla de condutas e fatos naturais, a fim de solucionar com justiça. Julgar, para o juiz, é ato de decisão, racionalmente orientado pela norma, que é racionalização da conduta, mas visando a ordenação justa do interhumano. E o julgamento, ou a sentença, como ato terminal do processo, é uma individualização da norma geral: inclui, por isso mesmo, mais que o geral. O ato jurisdicional quer, até certo ponto, apanhar a vida em toda a sua concrecência, a vida como tumulto de aspirações, de fins, de interesses, entrecrocando-se, compondo-se aqui, desfazendo-se ali, recompondo-se depois. A tensão, que não deixa de ter proporções de interior conflito, de quem assume o papel de julgar os outros, está nesse afã de alcançar o justo equilíbrio entre a regra que generaliza e o caso que, em sua inteireza, não se repete nunca em todos os seus detalhes, alguns banais, outros humanos, demasiado humanos para serem desprezíveis processualmente.

Há que generalizar na regra para distribuir as ocorrências em uns quantos tipos. Sem essa tipificação de fatos e condutas, seria impossível dominar ou ordenar a existência social. O meu querer individual, o meu fim pessoal, os motivos pessoalíssimos sem os quais não ajo, que se vertem copiosamente no ato moral, na prece, na criação artística, no afeto paternal ou filial, na amizade e no amor, não entram assim prodigamente no direito. Ingressa meu ato dentro de formas típicas, premoldadas, ou antepostas à minha subjetividade interior. Insere-se ele em pré-figuras de negócios jurídicos, que já encontro e não as fiz, ou enchem os receptáculos que os dá o direito público. O ser juiz é como o ser eleitor, o ser professor, funcionário público, espécies do gênero sujeito-de-direito, subtipos de tipos cuja abstrateza o concreto da realidade insubstituível de cada um não penetra.

O direito, mesmo nutrido de dados da realidade social para onde depois regressa a fim de dar-lhe ordenação justa, o direito mais fundamentado na realidade social para lhe corresponder melhor, procede seletivamente, esquematicamente, nunca apalpando os contornos dos fatos em sua individualidade plena. Deixa ao órgão julgador ir mais além, porque o órgão julgador é quem vai colher o fato, caracterizá-lo, subsumí-lo na norma ou normas que, a seu juízo, lhe pareçam mais acertadas. Mas ainda assim, ainda recolhendo fartamente as múltiplas linhas que compõem a circunstância, onde o homem e sua ação tiveram seu espaço de manifestação, ainda individualizando a sanção, como no direito penal, onde o protagonista está dramaticamente no prosaetrio, e comprometido com o que o cerca, ainda aqui o direito detém-se no absolutamente individual. Se for além converte-se em misericórdia, em perdão, em amor ao próximo.

Desnatura-se como o direito, convertendo-se em moral ou em religião.

Outra via para desnaturar o direito foi a que tomou o positivismo sociológico. O direito é fato social, certo. Não os textos, nem em seu teor literal, nem em sua finalidade inicial, motivadora do legislador, pois as situações sociais mudam. Nem a atividade judicial se consome em aplicação mecânica, acrítica, valorativamente neutra, pois o juiz está existencialmente vinculado. Certíssimo. Mas, daí a substituir a ciência, que fundamenta operativamente a atividade jurisdicional, pela sociologia, ou transferir o trabalho de criar regras de direito aos cientistas sociais, vai grande distância.

Imaginemos o juiz que diante do fato delituoso tratasse de fazer a estatística da delinquência, a psicopatologia do comportamento desviante, aprofundando-se mesmo em direção à bio-psicologia da motivação comportamental e, depois, arrematando a ingente pesquisa de fatos e suas leis, desse o acabamento sociológico da relação interhumana que condiciona o agir delitivamente. Tudo isso, tão relevante para ajustar a aplicação individualizadora da sanção penal, ainda não é ato jurisdicional, ainda não é o ato específico que o juiz cumpre como juiz. Como juiz, julga ou sentença; e para julgar com justiça apoia-se no máximo de verdade científica. Mas a verdade científica tem outro cânone de validade, diferente da sentença.

Tais investigações psicológicas e sociológicas constatarem fatos, comprovam correlações entre fatos, que vertidas em linguagem matemática chamam-se funções. Em toda essa pesquisa, protocolam-se fatos e tão-só fatos, ligados uns a outros na posição de variáveis independentes e de variáveis dependentes. Mas, disso não saca o juiz regra nenhuma, norma alguma, preceito qualquer, medida ou padrão para ajuizar, determinando o justo. Nem a estatística social, nem a psicologia social, nem a bio-psicologia social, nem a psicopatologia social, nem a sociologia do comportamento, por si mesmas, fornecem leis — normas — que indiquem, como uma seta, o caminho que é vedado, que é obrigatório, ou que é permitido à conduta humana. E que preestabeleçam a medida certa ou o quadro máximo de licitude das sanções a aplicar ante as condutas que se desviam do juridicamente lícito. Aqui o juiz trabalha com a ciência do direito propriamente dita e move-se dentro da órbita do sistema do direito positivo.

Ocorre, isto sim, que o legislador, que não pode ser substituído pelo técnico social, para fazer leis justas e correspondentes às situações da vida, deve antes empunhar firmemente os instrumentos de propeção, que perfurem todas as capas do social, a fim de colher dados objetivos, dados-de-fato, isto sim — e com eles tecer as regras jurídicas. Mais. De posse dos dados de fato, da amostragem da composição exata das camadas que estruturam a realidade social, munir-se das concepções, dos fins, dos ideais dominantes na consciência coletiva, e com eles optar, ponderar, escolher que valores são mais valiosos.

Mais uma vez, os juízos-de-valor, que reaparecem na atividade jurisprudencial, informam os dados, i. é., proporcionam formas ao material, dão o estilo e arquitectônica ao conjunto. O legislador pode e deve deter-se na etapa de consulta aos dados sociais: é a etapa de **pesquisa**. Não pode deixar de ponderar, dentre as possíveis normas em função do social contexto, qual ou quais são melhores: é a etapa de **política** do direito. Mas, o juiz não pode exorbitar, quer dizer, sair da órbita do sistema e vestir-se como tecnólogo social ou político social ou terapeuta social. Acompanham-no as vestes negras talares, símbolo de seu ofício insubstituível.

E há, ainda, outra via para se descaracterizar a função do magistrado, atirando-o perigosamente na posição de juiz-legislador, um legislador equiparado ao legislador. Assenta isso em uma tendência do pensamento contemporâneo. Um certo fastio pela precisão dos conceitos jurídicos, a justificada (em parte) rebelião contra a petrificação do direito escrito — sobretudo o codificado — que se não ajusta à mobilidade social de um século de transformações rápidas, tudo explica que muitos exijam um direito plástico, cuja ductilidade se acomode às sinuosidades do fluxo social. Um direito social brotando do pluralismo inquieto de fontes do direito — a despolitização ou desestatização das fontes de produção de normas —, o direito feito de conceitos dóceis, elásticos, que permitam preencher o eventual vazio normativo, ou ampliar analogicamente — até em matéria penal ou tributária — os preceitos, um direito sem tipos rígidos, ou acolhendo prodigamente o atípico.

Dentro de um direito assim, o magistrado, desprovido do excesso de normas, ou não encontrando normas rígidas, atua, senão com arbítrio, pelo menos munido de largo poder discricionário. Um conceito gelatinoso, resistente, dúctil, é, por exemplo, o de que o sentimento de justiça do povo é diretriz da interpretação e da aplicação jurisprudencial do direito. Tal ocorreu no período do nacional-socialismo alemão.

O exemplo vem a esmo, somente para sublinhar que não se reforça a função jurisdicional instalando-a num sistema jurídico impreciso. O direito implica precisão, certeza no delinear o comportamento lícito e o comportamento ilícito, precisão e certeza no momento sancionador, a fim de se prever o comportamento não só dos indivíduos-membros, mas dos órgãos do Estado: o que cada um pode fazer ou omitir lícitamente. A previsibilidade normativa do comportamento é a condição existencial da vida em comum, que requer segurança, limitação do arbítrio de cada um em benefício da liberdade igual de todos.

Não se contra-argumente — mostrando o sistema jurídico anglo-saxônio. Também ali o juiz não julga sem fundar-se em norma mais geral que a norma individual da sentença. E não sentencia ponto por ponto, punctiformemente, caso por caso, sem regra geral nenhuma. Sentença sem norma prévia é arbítrio judicial, possivelmente justa, ou possivelmente injusta. Imprevisivelmente justa ou imprevisivelmente injusta. Ali, há regras gerais, provindas de leis (**statu-**

tes), de princípios gerais do sistema, que condensam implícitas normas a serem tiradas pela construção jurisprudencial, ou firmes precedentes. E o precedente jurisprudencial não é sentença, que se foi, válida para o caso concreto, historicamente perempto. O que sobre resta da sentença é o núcleo normativo geral, o princípio do qual aquela sentença foi aplicação.

A margem de discricionariedade jurisprudencial, sua função criadora normativa — até com validade *erga omnes* — depende do ramo do direito, e do sistema do direito positivo, que é uma totalidade individualizada, presa a um espaço histórico, como a árvore finca suas raízes no espaço físico. E depende também da morfologia política da época. Não tem tido a mesma posição no Estado - liberal - de Direito, ou no Estado - social - de Direito, ou no Estado - popular - democrático. Ora é larga, ora mais restrita: no Estado-poder, no Estado não - intervencionista, no Estado - administrativo planificado, no Estado - gerente ou empresário econômico, no Estado de poderes concentrados, ou no Estado de poderes desconcentrados: a função jurisdicional varia com o suceder das formas em que se reveste o Estado.

Amplie-se ou restrinja-se o feixe de competência cometido ao magistrado, se é certo que onde há sociedade humana há direito, também é certo que onde há direito há juízes. O direito mesmo, em sua congênita maneira de ser, inclui regra sancionadora pelo eventual descumprir de outra regra que delimita, em assimétrica posição, as pretensões e as obrigações. Só excepcionalmente a norma sancionadora é aplicada por mão própria. O Estado é quem se encarrega da aplicação, instituindo a relação jurídica processual. E através do magistrado, como órgão seu, julga a relação que se fez contenciosa. Não é concebível Estado só Estado-administrativo, ou Estado só Estado-legislador. Por isso mesmo que é essencial o Estado-juiz, as variações historicamente condicionadas da morfologia do poder importam em alterações de competência e de posição no sistema dos órgãos-do-poder. Mas não chegam a destruir as funções, que às vezes se concentram desmedidamente num só órgão, mas depois, dialeticamente, reconquistam sua autonomia funcional própria.

Senhores Magistrados cento e cinquenta e três anos de existência podem ser curto lapso de tempo sob o ponto de vista cósmico. Mas, do ponto de vista histórico, é tempo suficiente para lhes converter em instituição. Além dessa posição oficial de órgão-do-poder, este Tribunal fez-se instituição. Nesse sentido restrito, não advém uma instituição com uma mera lei editada, criando o ente, que tão facilmente se faz, como facilmente se desfaz. A instituição

é uma corrente, cujos elos são gerações e gerações, cada uma tendo sua experiência interior de pertencer a algo que, sendo o mesmo, transforma-se. Não são os mesmos homens que se vestiram assim do negro simbólico, nem foi sempre o mesmo edifício, assim, de escadarias altas e colunas poderosas, sustentar o templo onde o ofício é dizer o justo no conflito humano — traço religioso arquitetônico como que a perpetuar a inseparabilidade histórica que tinha o sacerdócio do direito e o sacerdócio da religião. Mudando assim, mas sendo o mesmo, o mesmo Tribunal de Justiça de um século e meio de existência, a identidade na transformação, a mesmidade na mutação provém, não há dúvida, do ser institucional deste colégio de magistrados, pois somente entes assim alongam-se retrocessivamente no passado, aglutinam tudo o que foi no presente, e projetam-se resistentemente no futuro, com o renovado empenho de resistir à destruição da forma, da forma que é tanto o limite existencial para os corpos biológicos, quanto para os corpos históricos.

ENCERRAMENTO





Acabando de ouvir as palavras proferidas pelo Exmo. Prof. Dr. Lourival Vilanova, sentimos como que multiplicar a admiração e o respeito que, inicialmente, aqui declaramos lhe tributar.

~~leção~~ Jurista do mais fino quilate, filósofo que mergulhou na própria filosofia do direito, não se contentando em demonstrar a sua morfologia, o prof. Lourival Vilanova transfundiu em nossas consciências um novo alento, uma maior convicção de que nesses 153 anos de sua existência o Tribunal de Justiça de Pernambuco não falhou à sua missão.

O simples fato de haver escolhido o Prof. Lourival Vilanova para orador desta solenidade, bem demonstra o acerto com que o Tribunal de Justiça de Pernambuco vem encarando as suas responsabilidades, vem demonstrar o seu amor ao direito e à ciência jurídica, que o Prof. Lourival Vilanova, com a sua clareza de conceitos, com o calor das suas idéias, com a sua mentalidade científica esclarecida, com o seu sentimento jurídico aprofundado, veio transmitir a todos nós aqui presente^s juristas ou não, tenhamos fé nos destinos da nossa Pátria.

Digo comovido, simbolicamente de pé, com o Prof. Lourival Vilanova, todos nós de pé por Pernambuco e pelo Brasil.

DES. JOSÉ PESSOA
Presidente

3/90

NÃO PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

F.D.

Doação do ed.

13. 9. 1976

F 340.1

V696 p

elFFd.361-79/ele.

Inv. Jan. 1981.

16 J88



