

O DIREITO E SEU INTÉRPRETE

(Direito Tributário 2010 – Estudos Avançados em Homenagem a Edvaldo Brito)

Em homenagem a Edvaldo Brito, exemplo de homem público e de jurista, decidi escrever breves linhas sobre a Ciência do Direito e seu intérprete ¹.

I. A CIÊNCIA

Carlos Maximiliano, em seu clássico livro sobre esse tema, fez menção às diversas técnicas da interpretação da norma posta. Muitos autores, posteriormente, procuraram para cada ramo do Direito especificar os mecanismos exegéticos próprios para compreensão do conteúdo das normas impostas pelo Estado, afim de que sua eficácia seja apreendida por aqueles que as devem aplicar e pela sociedade, que as deve obedecer ².

¹ Antonio J. Franco Campos lembra que: “3. Diverso é o trabalho do intérprete jurista: é o desdobramento, esclarecimento do conteúdo de uma norma. Não se separa da “exigência lógica” (1.2.1.3), para compreender e tornar clara a manifestação do pensamento de outrem. O ato de interpretar é o momento essencial na aplicação da lei.

4. Outros entendem, ainda, que a interpretação possui tipos particulares, segundo a característica da lei. Para exemplificar, não se defende a interpretação típica, peculiar ao direito constitucional, tributário, trabalhista, penal etc. Em verdade, o termo “interpretar” ou o exercício mental de sua atividade, no mundo jurídico, envolve idéias amplas, também para distinguir do sistema americano das “construções” (Comentários ao Código Tributário Nacional, 5^a. ed., vol. 2, Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 84).

² Em relação, por exemplo, ao direito constitucional Carlos Maximiliano ensina: “O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermeneuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais freqüente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza,

Havia, no passado, um axioma latino que dizia: “in claris cessat interpretatio”, segundo o qual a interpretação da lei só era cabível quando pudesse ofertar dúvidas.

Hoje, sabe-se perfeitamente que todas as leis merecem um exame acurado para se saber qual o seu real conteúdo ôntico. A lei não pode ser interpretada apenas pelo aspecto gramatical, visto que a dicção legislativa pode ser pobre, imperfeita e incompleta, cabendo ao intérprete examiná-la conforme a sua integração no conjunto das demais normas. Nem pode ser a norma interpretada apenas à luz de seu conteúdo histórico. Talvez, o melhor exemplo para mostrar que a exegese histórica é insuficiente para definir o conteúdo da norma, esteja na Constituição americana. Embora exista há 223 anos e tenha sido redigida para uma sociedade rural, ainda rege, com seus 7 artigos e 27 emendas, o maior país do mundo, em nível de PIB. À evidência, coube à Suprema Corte, na sua elaboração jurisprudencial, adaptar o conteúdo da norma, concebida para

caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à idéia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional. Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade, de interpretação do respectivo texto” (grifos nossos) (Hermenêutica e aplicação do Direito, Ed. Forense, 9ª. ed., 1979, p. 304) .

regular uma sociedade menor, para uma sociedade altamente industrializada ³.

Nem pode a lei ser interpretada, à luz da intenção legislativa, da vontade do legislador.

Nem sempre a lei reproduz ou a vontade do legislador ou esta vontade corresponde à adaptação da lei ao sistema. Diz-se que a lei é sempre mais inteligente que o legislador. É que ela deve ser interpretada à luz de seu antecedente superior, que é a Constituição, e à luz de sua integração em todo o sistema hermenêutico.

Em relação, todavia, à norma constitucional, esta não é mais inteligente que o constituinte, à falta de um antecedente anterior à sua elaboração.

Kelsen, ao conceber a sua “grande norma”, pretendeu criar um antecedente, que seria uma norma não escrita a dar validade à norma primeira constitucional. Seria uma nova categoria ontognoseológica (relação entre objeto conhecido e o que conhece), numa visão axiológica valorada em sua edição ⁴. Tal posição doutrinária, de rigor, ensejou muita

³ Lawrence Baum escreve: “Outros, como o estudioso Arthur Selwyn Miller e o juiz federal J. Skelly Wright, defendem e apóiam o ativismo judicial. Alguns proponentes do ativismo vêem-no como um dever, sob a Constituição. Talvez mais importante: proponentes do ativismo vêem uma Corte ativista como protetora dos valores fundamentais, como a liberdade, que podem ser postos de lado em outras áreas do Governo. Em grande parte por esta razão, os defensores do ativismo aplaudem a afirmação da Corte Suprema em importante papel na elaboração de políticas, quanto às liberdades civis, nos últimos trinta anos — acontecimento que muitos defensores da contenção judicial criticaram” (A Suprema Corte americana”.Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1987, p. 18).

⁴ Kelsen esclarece: “A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção — por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia — é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por

contestação, preferindo eu uma formulação mais pragmática, que se encontra na tridimensionalidade dinâmica de Miguel Reale. Em sua concepção de fato-valor-norma, numa percepção dialética o fato, valorado por quem elabora a norma produzida, gera uma tensão, em que a norma se transforma em novo fato, novamente pelo legislador valorado gerando uma nova norma, que, transformando-se em fato, criará nova tensão. Assim, dialeticamente vai sendo criada a lei e suas adaptações às necessidades de regulação social, processo que acompanhará o homem até o final de sua existência na terra ⁵.

que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve.

Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembléia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. E postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida' (Teoria geral do direito e do Estado, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 168/169).

⁵ Escrevi: "Miguel Reale, ao elaborar uma nova visão da teoria tridimensional do direito, ofertando a dialética da complementariedade e mostrando a interação de fato, valor e norma, que produz nova interação, por força de novas tensões veiculadas pela jurisprudência ou pelo trabalho legislativo, não deixou de enfrentar questão que considerou de particular relevância, qual seja, a das três fases que permitem a percepção do direito aplicado ⁽¹⁾. São eles: os fundamentos do direito natural, a resultante do direito positivo e a consequência do direito interpretado. Os primeiros indicam as vertentes, embora em uma visão historicista-axiológica; a segunda conforma a lei posta pelos produtores

Por isto, prefiro entender que a norma constitucional é a primeira, mas, de rigor, reproduz a vontade da sociedade ou de quem empalma o poder; nos regimes ditatoriais, independe da sociedade, sendo, pois, o constituinte aquele que lhe dá o perfil. Por isto, a lei é mais inteligente que o legislador, mas a norma constitucional não é mais inteligente que o constituinte, à falta de um sistema anterior, como existe em relação à legislação infraconstitucional, que tem a própria Constituição como antecedente.

A interpretação, portanto, que melhor se adapta ao direito, é aquela que leva o intérprete a entendê-la de forma sistemática, ou seja, examinando a norma de acordo com o sistema, a ordem jurídica e o conjunto de disposições a que se refere.

Na interpretação sistemática, todas as técnicas são admissíveis, mas em conjunto, ou seja, a gramatical, a histórica, a teleológica, a formal, a dialética. Busca o intérprete examinar a norma escrita à luz de seu

da norma; e a terceira, a aplicação da lei, em face do trabalho hermenêutico de intérpretes e do Judiciário.

Lembra o eminente mestre e orgulho da filosofia e do direito brasileiros, que a teoria tridimensional não é nova, rememorando mesmo os escritos de Vanini e Del Vecchio, em que já visualizavam uma faceta "gnoseológica", outra "fenomenológica" e outra "deontológica" no direito. Acrescenta, todavia, que, em sua concepção original e universal, o direito corresponde à normatização dos fatos influenciados por valores.

Na sua concepção, o filósofo, o sociólogo e o jurista poderiam examinar as mesmas realidades, o primeiro voltado mais à deontologia ou aos valores, o segundo à fenomenologia ou aos fatos e o terceiro à norma ou a "gnoseologia jurídica".

O Direito, portanto, não se reduz a uma instrumentalização normativa, mas é o resultado do fenômeno aprendido pelos operadores da norma, à luz de valores, que, teoricamente, seriam os mais necessários, naquele período e naquele espaço, para serem legalizados.

Embora na concepção realiana, o direito natural resulte de um processo historicista-axiológico --e não como na visão tomista, em que independe da história, porque inerente ao ser humano-- reconhece que o vigor e o permanente ressurgir do direito natural decorre de que, no ser humano, o "ser" implica um permanente "dever ser" (Ética no Direito e na Economia, Ed. Pioneira, São Paulo, 1999, p.7/8/9).

conteúdo ôntico e de todo o sistema, com o que na integração exegética na ordem jurídica, passa a gozar de maior densidade, adequação e pertinência⁶.

O Direito se interpreta de acordo com os seus ramos, mas a hermenêutica, que é a ciência da interpretação jurídica, exige especialistas sobre os quais falarei no próximo tópico.

II. O intérprete

O melhor intérprete da lei é sempre o doutrinador, aquele especialista que se aprofundou no estudo do Direito em geral e está mais habilitado para examinar o texto legal do que o mero operador, ou seja o advogado, o magistrado ou membro do Ministério Público.

⁶ Jose Eduardo Soares de Melo ensina: “Considera o sistema jurídico como um todo harmônico, coerente, cabendo ao intérprete analisar a norma neste contexto múltiplo de preceitos inseridos num conjunto orgânico.

Paulo de Barros Carvalho assinala que “é nesse intervalo que o exegeta sopesa os grandes princípios, indaga dos postulados que orientam a produção das normas jurídicas nos seus vários escalões, pergunta das relações de subordinação e de coordenação que governam a coexistência das regras. O método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do Direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica sustenta”.

Os preceitos jurídicos são comparados com os demais dispositivos do ordenamento, havendo íntima conexão entre os princípios, uma vez que “o Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos, constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica” (Maximiliano).

Ricardo Lobo Torres ensina que “o sistemático não é apenas lógico. Possui dimensão valorativa, pois visa compreender a norma dentro do sistema jurídico que é aberto, direcionado para os valores — especialmente a justiça e a segurança — e dotado de historicidade. Fala-se hoje menos em método sistemático que em sistema de métodos. A idéia de diretriz é a unidade entre os vários ramos do Direito e as respectivas teorias, unidade essa que não é fechada, por ser rica de sentido. O método sistemático, enfim, incorpora o critério teleológico, donde se conclui que do sistema jurídico emana a dimensão econômica e financeira” (Curso de Direito Tributário, coordenação minha, Ed. Saraiva, 11^a. ed., São Paulo, 2009, p. 150/151).

No Direito Romano, os grandes jurisconsultos firmaram escola e grande parte do direito posto foi por eles elaborado.

Paulo, Ulpiano, Gaio, Celso são nomes de doutrinadores que se mantêm até hoje, muitos deles formatando o próprio direito escrito de Roma, principalmente na República e no Império ⁷.

O doutrinador é, por excelência, um estudioso. Muitas vezes está mais preocupado com a formulação de teorias do que no exame de sua praticabilidade, lembrando-se episódio, que embora digam ter ocorrido com Hegel seria aplicável a muitas das formulações dos juristas. Segunda a história, um aluno de Hegel, pai do idealismo filosófico, teria dito “Mestre, há um profundo abismo entre as suas idéias e os fatos”, a que, olímpicamente, o filósofo respondeu: “Pior para os fatos” ⁸.

⁷ Sílvio de Macedo lembra: “JURISCONSULTO – Do latim ‘jurisconsultus’, ou ‘juris consultor’, ou ainda ‘juris prudens’.

No direito romano, sua interpretação tinha forma de lei. E, entre aqueles jurisconsultos romanos cujas consultas ou pareceres possuíam esse privilégio, citam-se Papiniano, Gaio, Paulo, Ulpiano e Modestino, na opinião de Valentiniano III. Portanto, dos cinqüenta jurisconsultos romanos, cujos nomes aparecem no ‘Corpus Juris Civilis’, cinco tinham uma espécie de carisma. Além de peritos, eram dotados da intuição jurídica (v.). Foram mais que intérpretes da Lei das XII Tábuas e do Editto do Pretor. A ciência jurídica, e não apenas a histórica, romana deve a eles grande parte dos conceitos e a linguagem científica das diversas disciplinas jurídicas atuais” (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 47, Ed. Saraiva, São Paulo, 1977, p. 75/76).

⁸ Hegel, inclusive ataca a matemática, por considerar uma Ciência pobre, visto que não navega nas alturas das concepções filosóficas. Diz: “À evidência desse conhecimento defeituoso, do qual a matemática se orgulha e com o qual se arma igualmente contra a filosofia, repousa somente sobre a pobreza do seu fim e a deficiência da sua matéria. É, pois, de uma espécie tal que a filosofia tem o dever de desprezá-la. Seu fim ou conceito é a grandeza. Trata-se exatamente da relação inessencial e carente de conceito. O movimento do saber passa, por conseguinte, sobre a superfície, não toca a coisa mesma, não atinge a essência ou o conceito e, por essa razão, não é um conceber. O espaço e o uno constituem a matéria com relação à qual a matemática garante seu tesouro consolador de verdades, O espaço é o existir no qual o conceito

Muitas vezes, o doutrinador parte para soluções jurídicas e formulações teóricas de pouca aplicação. Formatam um direito de inadequação.

Tenho para mim que são os detentores do poder que fazem de acordo com seus interesses de governança, representativa ou imposta, os parâmetros jurídicos de uma sociedade, cabendo ao jurista posteriormente formular as teorias dos fatos consumados, as quais poderão no futuro influenciar outros atos políticos na definição do caminho jurídico a serem posteriormente seguidos.

O certo, todavia, é que o maior conhecimento do jurista, do doutrinador colabora na melhor interpretação do Direito.

Poder-se-á dizer que a última palavra sempre será dita pelo Judiciário, mas muitas das suas decisões lastreiam-se nas lições apreendidas pelo doutrinador, são estes, portanto, os intérpretes científicos do Direito ⁹.

São eles os formuladores das grandes teorias do direito, à luz da observação da regulação convivencial determinada pelos detentores do poder.

Neste particular cabe uma distinção entre o jurista e o aplicador do direito. O jurista é, por excelência, o doutrinador de Direito. É o produtor da Ciência que permite orientar a conformação jurídica dos povos.

inscreve suas diferenças como num elemento vazio e morto e no qual essas diferenças estão igualmente sem movimento e sem vida, O efetivamente real não é algo espacial, tal como é tratado na matemática. Nem a intuição sensível concreta nem a filosofia se ocupa com esse tipo de inefetividade que são as coisas da matemática. Com efeito, num tal elemento inefetivo há igualmente apenas um verdadeiro inefetivo, ou seja, proposições fixas e mortas” (Os pensadores, vol. XXX, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Abril cultural, São Paulo, 1974, p. 31).

⁹ A primeira reflexão de meu Decálogo do Advogado está assim redigida: “ 1. O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado”.

Como disse, no início deste capítulo, os romanos ofertavam ao jurisconsulto papel de relevância na produção normativa, visto que o direito pretoriano não desconhecia o intenso labor daqueles homens, que inclusive eram chamados a colaborar na elaboração das leis.

A profissão do advogado, de rigor, ganhou sua relevância atual entre os romanos, sendo, todavia, tão antiga quanto a sociedade organizada até mesmo na pré-história. Há julgamentos célebres em que o defensor dos acusados exercia, embora não como profissão regular, o papel de advogado. Os diversos Códigos anteriores a Hamurabi não desconheciam a importância dos julgamentos imparciais, pressupondo o exercício profissional do advogado ¹⁰.

A literatura, à época dos gregos, realçou alguns desses célebres julgamentos, não sendo de esquecer, naquele de Frinéia, para um povo que devotava particular valor à beleza, a técnica de seu advogado ao despi-la perante os julgadores para perguntar se a beleza poderia aliar-se ao crime. Entre os romanos, todavia, a profissão do advogado ganhou sua relevância atual ao ponto de sua remuneração passar a diferir daquela recebida por outros profissionais. A "honorária" não representava senão o agradecimento daqueles que podiam ser defendidos, constituindo verdadeira honraria poder homenagear seus defensores com tal pagamento. E até hoje não recebem, os advogados autônomos, salários ou remuneração, mas honorários por seu trabalho, na melhor tradição romana.

¹⁰ A segunda reflexão do Decálogo é a seguinte:

“2. O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas, nem leviandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras.”

O advogado, todavia, não é jurista. É um defensor que faz da lei o instrumento de defesa ou de ataque de seu constituinte, tirando da legislação suas melhores potencialidades a favor de seus clientes. Seu compromisso é menos com a doutrina e mais com a obtenção do resultado que objetiva. Nem por isto lhe é dado transigir, na adulteração da lei ou da prova, na busca de resultados que o ordenamento jurídico não permite. Sua habilidade está em potencializá-lo a favor de seu cliente e não despedaçá-lo por busca de um resultado anti-ético e contrário ao ordenamento legal ¹¹.

O advogado não é, portanto, o elaborador da Ciência. É um aplicador do Direito, mas não seu criador. É o conhecedor da lei, mas não seu inspirador. É o profissional que dá estabilidade à aplicação da ordem legal, mas não seu administrador.

O jurista, não. Sua preocupação está além do mero direito de defesa ou do aconselhamento. O jurista é um produtor de Ciência. É um advogado que ganha dimensão maior, pois deve orientar a melhor interpretação do Direito, conformar os alicerces de sua produção e colaborar com os legisladores positivos e negativos que são as Casas Legislativas e os magistrados.

O jurista é, portanto, mais do que um operador do Direito. É seu autêntico inspirador.

Por esta razão, o jurista é necessariamente um profissional voltado para a Ciência. Deve buscar conhecê-la, ganhando dimensão universal. Não pode ficar adstrito a um conhecimento limitado à própria técnica produtora da norma, mas necessariamente deve ter uma visão mais abrangente da Ciência na qual se especializou. É o instrumentalizador de todas as ciências

¹¹ A terceira reflexão do Decálogo é a seguinte:

“3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário El Cid, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos.”

sociais no plano da Ciência Jurídica. Deve, pois, ter uma cultura humanística que lhe permita ver no Direito presente, o Direito Universal e Intertemporal. Deve ser, pois, historiador, filósofo, economista, sociólogo, futurólogo, psicólogo, sobre não desconhecer rudimentos das Ciências Exatas ¹².

O Direito, em verdade, é a Ciência Universal, por excelência. Abrange todas elas. Dá-lhes a dimensão desejada por um povo em um determinado território na conformação do ordenamento aplicável naquele tempo. Se o povo desejar optar por uma economia de mercado, o direito deve ser esculpido à luz dessa preferência e o jurista que o inspira e o legislador que o produz não podem desconhecer a Economia, como Ciência, para que as normas jurídicas econômicas sejam eficientes. O jurista que interpreta e o Judiciário que aplica, nos conflitos, tal ordenamento não podem, por seu lado, ignorar a Ciência Econômica que inspirou a produção normativa, para que a escolha de um sistema econômico pelo povo não seja deturpado ou corrompido.

Está, pois, o jurista na essência e na base do processo produtivo e aplicacional do Direito, com profunda colaboração àqueles que têm a missão --sem serem, muitas vezes, os especialistas na matéria-- de produzir o Direito.

É, portanto, o jurista, no dizer de Evandro Gueiros Leite:

"um legislador suplente, na feliz imagem de Consentini, pois a sua obra constitui para o legislador oficial colaboração útil e inevitável resultado das exigências da evolução jurídica nas suas relações com a evolução social" (prefácio de meu livro "Direito Administrativo e Empresarial", Ed. Cejup) ¹³.

¹² A quarta reflexão de meu Decálogo do Advogado é a seguinte:

"4. Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito."

¹³ A quinta reflexão do Decálogo é a seguinte:

O grande equívoco dos positivistas na ciência do Direito foi terem reduzido consideravelmente a área de atuação do cientista do Direito. Kelsen ao detectar que há um campo exclusivo de atuação do jurista, que é a norma jurídica, que não pertine às demais ciências, tornou todos os demais quadrantes, em que a norma jurídica se aplica como ajurídicos, pois concernente a outras ciências, com o que afastou a indagação e reflexão dos cientistas do Direito destas áreas, pré ou meta jurídicas. A outros cientistas de outros universos de indagação, caberia o desenvolvimento de raciocínio próprio do elemento fático e daquele valorativo que lhe pertinem, pois ao jurista apenas a norma interessaria.

À evidência, o empobrecimento do campo de atuação jurídica restou evidente após a obra pioneira de Kelsen, quase reduzida ao aperfeiçoamento do discurso normativo e não à coerência no sistema discursivo, praticamente revivendo, no Direito, o que os neo-positivistas tinham feito para a filosofia, considerando-a uma Ciência da expressão técnica correta na especulação do conhecimento.

O Direito, com os positivistas, ficou mais rico em sua forma expressional, mas incomensuravelmente mais pobre em sua abrangência especulativa ¹⁴.

Após a segunda guerra mundial e a procura pelos povos de ordenamentos jurídicos éticos, em que o ideal de Justiça e a moral são seus elementos de maior densidade, a "onda" positivista perdeu substância, sendo sua

“5. Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. É trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada.”

¹⁴ A sexta reflexão é a que segue:

“6. O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho.”

contribuição reduzida a sua verdadeira dimensão, que é o aperfeiçoamento da linguagem e, ainda aqui, emprestando da lógica filosófica os componentes necessários para a formulação da lógica jurídica.

Não há nos dias atuais, maior espaço para a singela indagação positiva da norma pura ou da ciência mutilada, em face da complexidade cada vez maior dos ordenamentos jurídicos e da realidade sobre a qual incidem.

O Direito Moderno já não admite a visão estreita do positivismo, nem a redução do campo da abrangência de seu cientista à dicção perfeita e pura. Exige um intérprete humanista, universal, com ampla visão dos fenômenos sociais e de suas manifestações, nas mais variadas ciências. O jurista é este intérprete e elaborador científico com antenas captadas das demais realidade. Não pode mais ficar limitado a uma visão mutilada dos fatos normados, mas deve partir para a busca da universalidade capaz de perpetuar o direito positivo nascido da Ciência do Direito ¹⁵.

A Ciência do Direito, por esta perspectiva, ultrapassa a própria tridimensionalidade teórica, em que o fato, valor e norma eram exteriorizados a partir de uma axiologia racional. Hoje, não importa apenas valorar o fato para produzir a norma, mas importa valorar bem. E tal valoração implica o profundo conhecimento, de um lado, dos fatos e, de outro lado, da Ética. Compreende-se, sob esta perspectiva, o renascimento dos estudos jusnaturalistas, em que é revalorizado o feixe pequeno mas central dos direitos naturais fundamentais, que cabe apenas o Estado reconhecer, mas nunca criar. E um elenco que não foi produzido pela repetição histórica, mas que, ao contrário, é ínsito à própria natureza humana.

¹⁵ A sétima reflexão é a seguinte:

“7. Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas.”

O jurista, portanto, à luz de tal perspectiva é um cientista que aproveita do positivismo sua melhor contribuição, que é a dicção pura, mas transcende os limites do formalismo jurídico para ganhar a hercúlea dimensão do cientista multidisciplinar. Torna-se universal a sua postura, passa a realmente ser não mais apenas de operador do Direito, mas inspirador de sua própria produção e realocador de sua exegese aos tempos, aos espaços e aos povos sobre os quais a norma incide. É o próprio cientista que une a teoria a prática e permite que aquela ganhe especial relevo ao ser vivenciada por esta.

O campo de estudo do jurista torna-se, pois, incomensuravelmente maior do que aquele antes considerado de sua peculiar ação, visto que deve penetrar em todas as áreas do conhecimento, à luz da teoria tridimensional e ética do Direito.

Por esta razão, o jurista exerce função social de transcendental importância, pois é aquele mais habilitado a sentir as aspirações populares e lutar por inspirar a produção normativa, de um lado, e a interpretá-la, de outro, para sua adequada aplicação ¹⁶.

Sua formação, portanto, não pode limitar-se apenas ao conhecimento da teoria geral do Direito e dos diversos ramos que o compõe, mas penetrar nos variados aspectos das outras ciências, quando objeto de normação pelo Direito ¹⁷.

¹⁶ A oitava reflexão:

“8. Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto, fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo.”

¹⁷ A nona reflexão de meu Decálogo do Advogado é a seguinte:

“9. O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola

À evidência, em face do encanto que as escolas positivas do Direito exerceram no mundo, durante a primeira metade do século, e no Brasil até hoje, a maior parte das Faculdades de Direito não estão habilitadas a formação de juristas com perfil que apresentei, visto que lastreadas na concepção intrínseca do "Direito forma". O jurista, portanto, deve procurar, a par de sua formação acadêmica, estudar os outros ramos das ciências sociais para complementar sua cultura, ganhando a universalidade que seu perfil supra científico está a exigir.

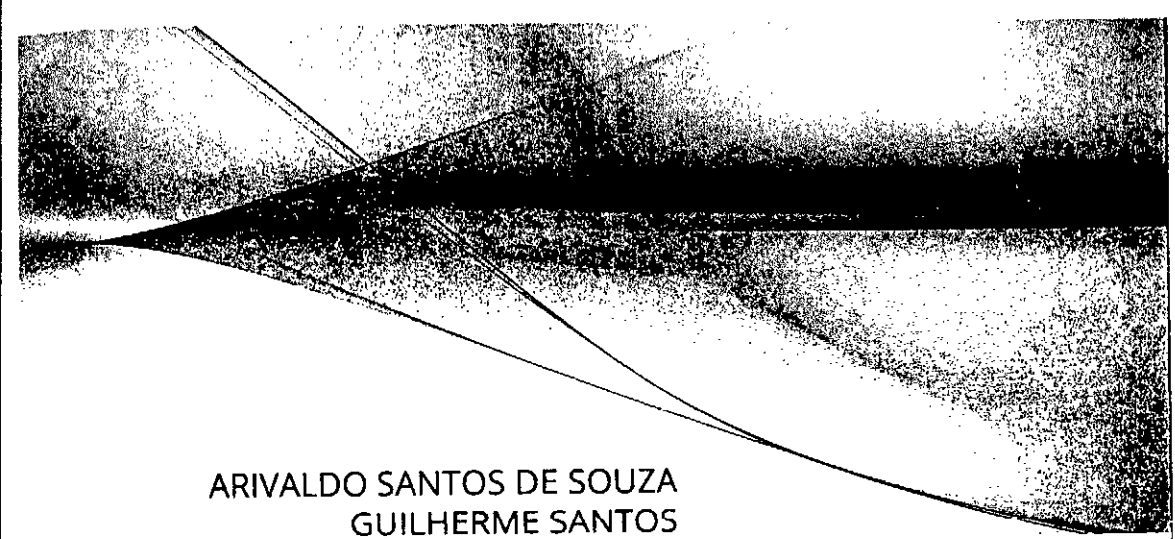
Parece-me, todavia, que o que de melhor poderia ocorrer para a formação dos juristas seria a adaptação do currículo das Faculdades de Direito a esta nova visão interdisciplinar, acrescentando-se às matérias hoje conhecidas outras trazidas das demais ciências, em visão técnica delas e não apenas de superficial complementação a cultura humanística. Não se estudaria apenas a história das teorias econômicas, mas os próprios fenômenos econômicos, abrangendo tal matéria o currículo de uma Faculdade Econômica, em suas vertentes de maior relevo.

Estou convencido que o direito é cada vez mais a Ciência da Estabilização do mundo do futuro. Os romanos utilizaram-no, pela primeira vez na história, como instrumento de conquista, garantindo aos povos conquistados a segurança de seu ordenamento jurídico. Os povos modernos, mais do que tê-lo como instrumento de conquista, devem adotá-lo como instrumento de estabilização das crises internacionais e territoriais e para isto a colaboração do jurista de formação multidisciplinar é de imprescindível presença ¹⁸.

permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo."

¹⁸ A décima reflexão está assim redigida:

"10. Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres, temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás, dizer, à hora da morte: "Cumpri minha tarefa na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado".



ARIVALDO SANTOS DE SOUZA
GUILHERME SANTOS
HUGO DE BRITO MACHADO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
(Coordenadores)

DIREITO TRIBUTÁRIO

ESTUDOS AVANÇADOS EM
HOMENAGEM A EDVALDO BRITO

atlas

O Direito e seu Intérprete

Ives Gandra da Silva Martins¹

Em homenagem a Edvaldo Brito, exemplo de homem público e de jurista, decidi escrever breves linhas sobre a Ciência do Direito e seu intérprete.²

I A ciência

Carlos Maximiliano, em seu clássico livro sobre esse tema, fez menção às diversas técnicas da interpretação da norma posta. Muitos autores, posteriormen-

¹ Professor Emérito da Universidade Mackenzie, onde foi Titular de Direito Constitucional e Econômico. Professor Emérito das Universidades UNIFIL, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME e Superior de Guerra - ESG. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Craiova (Romênia) e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária do IICS Instituto Internacional de Ciências Sociais.

² Antonio J. Franco Campos lembra que: "3. Diverso é o trabalho do intérprete jurista. É o desdobramento, esclarecimento do conteúdo de uma norma. Não se separa da 'exigência lógica' (1.2.1.3), para compreender e tornar clara a manifestação do pensamento de outrem. O ato de interpretar é o momento essencial na aplicação da lei.

4. Outros entendem, ainda, que a interpretação possui tipos particulares, segundo a característica da lei. Para exemplificar, não se defende a interpretação típica, peculiar ao direito constitucional tributário, trabalhista, penal etc. Em verdade, o termo *interpretar* ou o exercício mental de sua atividade, no mundo jurídico, envolve ideias amplas, também para distinguir do sistema americano das 'construções' (*Comentários ao Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 84).

te, procuraram para cada ramo do Direito especificar os mecanismos exegéticos próprios para a compreensão do conteúdo das normas impostas pelo Estado, a fim de que sua eficácia seja apreendida por aqueles que as devem aplicar e pela sociedade, que as deve obedecer.³

Havia, no passado, um axioma latino que dizia: *in claris cessat interpretatio*, segundo o qual a interpretação da lei só era cabível quando pudesse ofertar dúvidas.

Hoje, sabe-se perfeitamente que todas as leis merecem um exame acurado para se saber qual o seu real conteúdo ôntico. A lei não pode ser interpretada apenas pelo aspecto gramatical, visto que a dicção legislativa pode ser pobre, imperfeita e incompleta, cabendo ao intérprete examiná-la conforme a sua integração no conjunto das demais normas. Nem pode ser a norma interpretada apenas à luz de seu conteúdo histórico. Talvez, o melhor exemplo para mostrar que a exegese histórica é insuficiente para definir o conteúdo da norma esteja na Constituição americana. Embora exista há 223 anos e tenha sido redigida para uma sociedade rural, ainda rege, com seus 7 artigos e 27 emendas, o maior país do mundo, em nível de PIB. À evidência, coube à Suprema Corte, na sua elaboração jurisprudencial, adaptar o conteúdo da norma, concebida para regular uma sociedade menor, para uma sociedade altamente industrializada.⁴

³ Em relação, por exemplo, ao direito constitucional, Carlos Maximiliano ensina: "O grau menos adiantado de elaboração científica do Direito Público, a amplitude do seu conteúdo, que menos se presta a ser enfeixado num texto, a grande instabilidade dos elementos de que se cerca, determinam uma técnica especial na feitura das leis que compreende. Por isso, necessita o hermenêuta de maior habilidade, competência e cuidado do que no Direito Privado, de mais antiga gênese, uso mais frequente, modificações e retoques mais fáceis, aplicabilidade menos variável de país a país, do que resulta evolução mais completa, opulência maior de materiais científicos, de elemento de certeza, caracteres fundamentais melhor definidos, relativamente precisos. Basta lembrar como variam no Direito Público até mesmo as concepções básicas relativas à ideia de Estado, Soberania, Divisão de Poderes etc.

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

Deve o estatuto supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, a longevidade excepcional. Quanto mais resumida é uma lei, mais geral deve ser a sua linguagem e maior, portanto, a necessidade, e também a dificuldade, de interpretação do respectivo texto (Lírios nossos) (*Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 304).

Lawrence Baum escreve: "Outros, como o estudioso Arthur Selwyn Miller e o juiz federal J. Skelly Wright, defendem e apoiam o ativismo judicial. Alguns proponentes do ativismo veem-no como um dever, sob a Constituição. Talvez mais importante: proponentes do ativismo veem uma Corte ativista como protetora dos valores fundamentais, como a liberdade, que podem ser postos de lado em outras áreas do Governo. Em grande parte por esta razão, os defensores do ativismo aplaudem a afirmação da Corte Suprema em importante papel na elaboração de políticas, quanto às liberdades civis,

Nem pode a lei ser interpretada, à luz da intenção legislativa, da vontade do legislador.

Nem sempre a lei reproduz ou a vontade do legislador ou essa vontade corresponde à adaptação da lei ao sistema. Diz-se que a lei é sempre mais inteligente que o legislador. É que ela deve ser interpretada à luz de seu antecedente superior, que é a Constituição, e à luz de sua integração em todo o sistema hermenêutico.

Em relação, todavia, à norma constitucional, esta não é mais inteligente que o constituinte, à falta de um antecedente anterior à sua elaboração.

Kelsen, ao conceber a sua "grande norma", pretendeu criar um antecedente, que seria uma norma não escrita a dar validade à norma primeira constitucional. Seria uma nova categoria ontognoseológica (relação entre objeto conhecido e o que conhece), numa visão axiológica valorada em sua edição.⁵ Tal posição doutrinária, de rigor, ensejou muita contestação, preferindo eu uma formulação mais pragmática, que se encontra na tridimensionalidade dinâmica de Miguel Reale. Em sua concepção de fato-valor-norma, numa percepção dialética, o fato, valorado por quem elabora a norma produzida, gera uma tensão, em que a norma se transforma em novo fato, novamente pelo legislador valorado, gerando uma nova norma, que, transformando-se em fato, criará nova tensão. Assim, dialeticamente vai sendo criada a lei e suas adaptações às necessidades de regulação social, processo que acompanhará o homem até o final de sua existência na terra.⁶

nos últimos trinta anos – acontecimento que muitos defensores da contenção judicial criticaram" (A Suprema Corte americana". Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 18).

⁵ Kelsen esclarece: "A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. Para a questão de por que certo ato de coerção – por exemplo, o fato de um indivíduo privar outro de liberdade colocando-o na cadeia – é um ato de coerção, a resposta é: porque ele foi prescrito por uma norma individual, por uma decisão judicial. Para a questão de por que essa norma individual é válida como parte de uma ordem jurídica definida, a resposta é: porque ela foi criada em conformidade com um estatuto criminal. Esse estatuto, finalmente, recebe sua validade da constituição, já que foi estabelecido pelo órgão competente da maneira que a constituição prescreve.

Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é, portanto, a constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida" (*Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168-169).

⁶ Escrevi: "Miguel Reale, ao elaborar uma nova visão da teoria tridimensional do direito, unificando a dialética da complementariedade e mostrando a interação de fato, valor e norma, produz nova interação, por força de novas tensões veiculadas pela jurisprudência ou pelo trabalho

Por isso, prefiro entender que a norma constitucional é a primeira, mas, de rigor, reproduz a vontade da sociedade ou de quem empalma o poder; nos regimes ditatoriais, independe da sociedade, sendo, pois, o constituinte aquele que lhe dá o perfil. Por isso, a lei é mais inteligente que o legislador, mas a norma constitucional não é mais inteligente que o constituinte, à falta de um sistema anterior, como existe em relação à legislação infraconstitucional, que tem a própria Constituição como antecedente.

A interpretação, portanto, que melhor se adapta ao direito é aquela que leva o intérprete a entendê-la de forma sistemática, ou seja, examinando a norma de acordo com o sistema, a ordem jurídica e o conjunto de disposições a que se refere.

Na interpretação sistemática, todas as técnicas são admissíveis, mas em conjunto, ou seja, a gramatical, a histórica, a teleológica, a formal, a dialética. Busca o intérprete examinar a norma escrita à luz de seu conteúdo ôntico e de todo o sistema, com o que, na integração exegetica na ordem jurídica, passa a gozar de maior densidade, adequação e pertinência.⁷

legislativo, não deixou de enfrentar questão que considerou de particular relevância, qual seja, a das três fases que permitem a percepção do direito aplicado. São eles: os fundamentos do direito natural, a resultante do direito positivo e a consequência do direito interpretado. Os primeiros indicam as vertentes, embora em uma visão historicista-axiológica; a segunda conforma a lei posta pelos produtores da norma; e a terceira, a aplicação da lei, em face do trabalho hermenêutico de intérpretes e do Judiciário.

Lembra o eminente mestre e orgulho da filosofia e do direito brasileiros, que a teoria tridimensional não é nova, rememorando mesmo os escritos de Vanini e Del Vecchio, em que já visualizavam uma faceta 'gnoseológica', outra 'fenomenológica' e outra 'deontológica' no direito. Acrescenta, todavia, que, em sua concepção original e universal, o direito corresponde à normatização dos fatos influenciados por valores.

Na sua concepção, o filósofo, o sociólogo e o jurista poderiam examinar as mesmas realidades, o primeiro voltado mais à deontologia ou aos valores, o segundo à fenomenologia ou aos fatos e o terceiro à norma ou a 'gnoseologia jurídica'.

O Direito, portanto, não se reduz a uma instrumentalização normativa, mas é o resultado do fenômeno aprendido pelos operadores da norma, à luz de valores, que, teoricamente, seriam os mais necessários, naquele período e naquele espaço, para serem legalizados.

Embora na concepção realiana, o direito natural resulte de um processo historicista-axiológico – e não como na visão tomista, em que independe da história, porque inerente ao ser humano – reconhece que o vigor e o permanente ressurgir do direito natural decorre de que, no ser humano, o 'ser' implica um permanente 'dever ser'" (*Ética no direito e na economia*. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 7-8-9).

José Eduardo Soares de Melo ensina: "Considera o sistema jurídico como um todo harmônico, coerente, cabendo ao intérprete analisar a norma neste contexto múltiplo de preceitos inseridos num conjunto orgânico".

Paulo de Barros Carvalho assinala que "é nesse intervalo que o exegeta sopesa os grandes princípios, indaga dos postulados que orientam a produção das normas jurídicas nos seus vários escalões, pergunta das relações de subordinação e de coordenação que governam a coexistência das regras.

O Direito se interpreta de acordo com os seus ramos, mas a hermenêutica, que é a ciência da interpretação jurídica, exige especialistas sobre os quais falarei no próximo tópico.

II O intérprete

O melhor intérprete da lei é sempre o doutrinador, aquele especialista que se aprofundou no estudo do Direito em geral e está mais habilitado para examinar o texto legal do que o mero operador, ou seja, o advogado, o magistrado ou membro do Ministério Público.

No Direito Romano, os grandes jurisconsultos firmaram escola e grande parte do direito posto foi por eles elaborado.

Paulo, Ulpiano, Gaio, Celso são nomes de doutrinadores que se mantêm até hoje, muitos deles formatando o próprio direito escrito de Roma, principalmente na República e no Império.⁸

O doutrinador é, por excelência, um estudioso. Muitas vezes está mais preocupado com a formulação de teorias do que no exame de sua praticabilidade, lembrando-se episódio, que embora digam ter ocorrido com Hegel, seria aplicável a muitas das formulações dos juristas. Segundo a história, um aluno

O método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do Direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica sustenta⁹.

Os preceitos jurídicos são comparados com os demais dispositivos do ordenamento, havendo íntima conexão entre os princípios, uma vez que “o Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos, constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica” (Maximiliano).

Ricardo Lobo Torres ensina que “o sistemático não é apenas lógico. Possui dimensão valorativa pois visa compreender a norma dentro do sistema jurídico que é aberto, direcionado para os valores – especialmente a justiça e a segurança – e dotado de historicidade. Fala-se hoje menos em método sistemático que em sistema de métodos. A ideia de diretriz é a unidade entre os vários ramos do Direito e as respectivas teorias, unidade essa que não é fechada, por ser rica de sentido. O método sistemático, enfim, incorpora o critério teleológico, donde se conclui que do sistema jurídico emana a dimensão econômica e financeira” (*Curso de direito tributário*. Coord. minha. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150-151).

⁸ Sílvio de Macedo lembra: “JURISCONSULTO – Do latim ‘jurisconsultus’, ou ‘juris consultor’ ou ainda ‘juris prudens’.

No direito romano, sua interpretação tinha forma de lei. E, entre aqueles jurisconsultos romanos cujas consultas ou pareceres possuíam esse privilégio, citam-se Papiniano, Gaio, Paulo, Ulpiano e Modestino, na opinião de Valentiniano III. Portanto, dos cinquenta jurisconsultos romanos, cujos nomes aparecem no ‘Corpus Juris Civilis’, cinco tinham uma espécie de carisma. Além de peritos, eram dotados da intuição jurídica (v.). Foram mais que intérpretes da Lei das XII Tábuas e do Édito do Pretor. A ciência jurídica, e não apenas a histórica, romana deve a eles grande parte dos conceitos e a linguagem científica das diversas disciplinas jurídicas atuais” (*Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 47, p. 75-76).

de Hegel, pai do idealismo filosófico, teria dito “Mestre, há um profundo abismo entre as suas ideias e os fatos”, a que, olímpicamente, o filósofo respondeu: “Pior para os fatos”.⁹

Muitas vezes, o doutrinador parte para soluções jurídicas e formulações teóricas de pouca aplicação. Formata um direito de inadequação.

Tenho para mim que são os detentores do poder que fazem de acordo com seus interesses de governança, representativa ou imposta, os parâmetros jurídicos de uma sociedade, cabendo ao jurista posteriormente formular as teorias dos fatos consumados, as quais poderão no futuro influenciar outros atos políticos na definição do caminho jurídico a ser posteriormente seguido.

O certo, todavia, é que o maior conhecimento do jurista, do doutrinador, colabora na melhor interpretação do Direito.

Poder-se-á dizer que a última palavra sempre será dita pelo Judiciário, mas muitas das suas decisões lastreiam-se nas lições apreendidas pelo doutrinador, são estes, portanto, os intérpretes científicos do Direito.¹⁰

São eles os formuladores das grandes teorias do direito, à luz da observação da regulação convivencial determinada pelos detentores do poder.

Nesse particular, cabe uma distinção entre o jurista e o aplicador do direito. O jurista é, por excelência, o doutrinador de Direito. É o produtor da Ciência que permite orientar a conformação jurídica dos povos.

Como disse, no início deste capítulo, os romanos ofertavam ao jurisconsulto papel de relevância na produção normativa, visto que o direito pretoriano não desconhecia o intenso labor daqueles homens, que inclusive eram chamados a colaborar na elaboração das leis.

⁹ Hegel inclusive ataca a matemática, por considerar uma Ciência pobre, visto que não navega nas alturas das concepções filosóficas. Diz: “A evidência desse conhecimento defeituoso, do qual a matemática se orgulha e com o qual se arma igualmente contra a filosofia, repousa somente sobre a pobreza do seu fim e a deficiência da sua matéria. É, pois, de uma espécie tal que a filosofia tem o dever de desprezá-la. Seu fim ou conceito é a grandeza. Trata-se exatamente da relação inessencial e tarente de conceito. O movimento do saber passa, por conseguinte, sobre a superfície, não toca a coisa mesma, não atinge a essência ou o conceito e, por essa razão, não é um conceber. O espaço e o tempo constituem a matéria com relação à qual a matemática garante seu tesouro consolador de verdades. O espaço é o existir no qual o conceito inscreve suas diferenças como num elemento vazio e morto e no qual essas diferenças estão igualmente sem movimento e sem vida: O efetivamente real não é algo espacial, tal como é tratado na matemática. Nem a intuição sensível concreta nem a realidade se ocupa com esse tipo de inefetividade que são as coisas da matemática. Com efeito, num tal elemento inefetivo há igualmente apenas um verdadeiro inefetivo, ou seja, proposições fixas e mortais”. (*Os pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 31. v. XXX, Georg Wilhelm Friedrich Hegel).

A primeira reflexão de meu Decálogo do Advogado está assim redigida:

1. O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a qual abandonarás porque não és advogado.”

A profissão do advogado, de rigor, ganhou sua relevância atual entre os romanos, sendo, todavia, tão antiga quanto a sociedade organizada até mesmo na pré-história. Há julgamentos célebres em que o defensor dos acusados exercia, embora não como profissão regular, o papel de advogado. Os diversos Códigos anteriores a Hamurabi não desconheciam a importância dos julgamentos imparciais, pressupondo o exercício profissional do advogado.¹¹

A literatura, à época dos gregos, realçou alguns desses célebres julgamentos, não sendo de esquecer, naquele de Frineia, para um povo que devotava particular valor à beleza, a técnica de seu advogado ao despi-la perante os julgadores para perguntar se a beleza poderia aliar-se ao crime.

Entre os romanos, todavia, a profissão do advogado ganhou sua relevância atual ao ponto de sua remuneração passar a diferir daquela recebida por outros profissionais. A "honorária" não representava senão o agradecimento daqueles que podiam ser defendidos, constituindo verdadeira honraria poder homenagear seus defensores com tal pagamento. E até hoje não recebem, os advogados autônomos, salários ou remuneração, mas honorários por seu trabalho, na melhor tradição romana.

O advogado, todavia, não é jurista. É um defensor que faz da lei o instrumento de defesa ou de ataque de seu constituinte, tirando da legislação suas melhores potencialidades a favor de seus clientes. Seu compromisso é menos com a doutrina e mais com a obtenção do resultado que objetiva. Nem por isso lhe é dado transigir, na adulteração da lei ou da prova, na busca de resultados que o ordenamento jurídico não permite. Sua habilidade está em potencializá-lo a favor de seu cliente e não despedaçá-lo por busca de um resultado antiético e contrário ao ordenamento legal.¹²

O advogado não é, portanto, o elaborador da Ciência. É um aplicador do Direito, mas não seu criador. É o conhecedor da lei, mas não seu inspirador. É o profissional que dá estabilidade à aplicação da ordem legal, mas não seu administrador.

O jurista, não. Sua preocupação está além do mero direito de defesa ou do aconselhamento. O jurista é um produtor de Ciência. É um advogado que ganha

¹¹ A segunda reflexão do Decálogo é a seguinte:

"2. O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios e batalhador, sem tréguas, nem levandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitado em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras".

¹² A terceira reflexão do Decálogo é a seguinte:

"3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas aos caprichos dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito legendário *El Cid*, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos".

dimensão maior, pois deve orientar a melhor interpretação do Direito, conformar os alicerces de sua produção e colaborar com os legisladores positivos e negativos, que são as Casas Legislativas e os magistrados.

O jurista é, portanto, mais do que um operador do Direito. É seu autêntico inspirador.

Por essa razão, o jurista é necessariamente um profissional voltado para a Ciência. Deve buscar conhecê-la, ganhando dimensão universal. Não pode ficar adstrito a um conhecimento limitado à própria técnica produtora da norma, mas necessariamente deve ter uma visão mais abrangente da Ciência na qual se especializou. É o instrumentalizador de todas as ciências sociais no plano da Ciência Jurídica. Deve, pois, ter uma cultura humanística que lhe permita ver, no Direito presente, o Direito Universal e Intertemporal. Deve ser, pois, historiador, filósofo, economista, sociólogo, futurólogo, psicólogo, sobre não desconhecer rudimentos das Ciências Exatas.¹³

O Direito, em verdade, é a Ciência Universal, por excelência. Abrange todas elas. Dá-lhes a dimensão desejada por um povo em um determinado território na conformação do ordenamento aplicável naquele tempo. Se o povo desejar optar por uma economia de mercado, o direito deve ser esculpido à luz dessa preferência e o jurista que o inspira e o legislador que o produz não podem desconhecer a Economia, como Ciência, para que as normas jurídicas econômicas sejam eficientes. O jurista que interpreta e o Judiciário que aplica, nos conflitos, tal ordenamento não podem, por seu lado, ignorar a Ciência Econômica que inspirou a produção normativa, para que a escolha de um sistema econômico pelo povo não seja deturpada ou corrompida.

Está, pois, o jurista na essência e na base do processo produtivo e aplicativo do Direito, com profunda colaboração àqueles que têm a missão – sem serem, muitas vezes, os especialistas na matéria – de produzir o Direito.

É, portanto, o jurista, no dizer de Evandro Gueiros Leite:

um legislador suplente, na feliz imagem de Consentini, pois a sua obra constitui para o legislador oficial colaboração útil e inevitável resultado das exigências da evolução jurídica nas suas relações com a evolução social (prefácio de meu livro *Direito administrativo e empresarial*, Ed. Cejup).¹⁴

A quarta reflexão de meu Decálogo do Advogado é a seguinte:

"4. Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito".

A quinta reflexão do Decálogo é a seguinte:

"5. Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada".

O grande equívoco dos positivistas na ciência do Direito foi terem reduzido consideravelmente a área de atuação do cientista do Direito. Kelsen, ao detectar que há um campo exclusivo de atuação do jurista, que é a norma jurídica, que não pertence às demais ciências, tornou todos os demais quadrantes, em que a norma jurídica se aplica como ajurídicos, pois concernente a outras ciências, com o que afastou a indagação e reflexão dos cientistas do Direito destas áreas, pré ou meta jurídicas. A outros cientistas de outros universos de indagação caberia o desenvolvimento de raciocínio próprio do elemento fático e daquele valorativo que lhe pertinem, pois ao jurista apenas a norma interessaria.

À evidência, o empobrecimento do campo de atuação jurídica restou evidente após a obra pioneira de Kelsen, quase reduzida ao aperfeiçoamento do discurso normativo e não à coerência no sistema discursivo, praticamente revivendo, no Direito, o que os neopositivistas tinham feito para a filosofia, considerando-a uma Ciência da expressão técnica correta na especulação do conhecimento.

O Direito, com os positivistas, ficou mais rico em sua forma expressional, mas incomensuravelmente mais pobre em sua abrangência especulativa.¹⁵

Após a Segunda Guerra Mundial e a procura pelos povos de ordenamentos jurídicos éticos, em que o ideal de Justiça e a moral são seus elementos de maior densidade, a "onda" positivista perdeu substância, sendo sua contribuição reduzida a sua verdadeira dimensão, que é o aperfeiçoamento da linguagem e, ainda aqui, emprestando da lógica filosófica os componentes necessários para a formulação da lógica jurídica.

Não há, nos dias atuais, maior espaço para a singela indagação positiva da norma pura ou da ciência mutilada, em face da complexidade cada vez maior dos ordenamentos jurídicos e da realidade sobre a qual incidem.

O Direito Moderno já não admite a visão estreita do positivismo, nem a redução do campo da abrangência de seu cientista à dicção perfeita e pura. Exige um intérprete humanista, universal, com ampla visão dos fenômenos sociais e de suas manifestações, nas mais variadas ciências. O jurista é esse intérprete e elaborador científico com antenas captadas das demais realidades. Não pode mais ficar limitado a uma visão mutilada dos fatos normados, mas deve partir para a busca da universalidade capaz de perpetuar o direito positivo nascido da Ciência do Direito.¹⁶

¹⁵ A sexta reflexão é a que segue:

"6. O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor de teus serviços, jurista, que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. E, todavia, o direito receberes a justa paga por teu trabalho".

¹⁶ A sétima reflexão é a seguinte:

"7. Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história do

A Ciência do Direito, por essa perspectiva, ultrapassa a própria tridimensionalidade teórica, em que o fato, valor e norma eram exteriorizados a partir de uma axiologia racional. Hoje, não importa apenas valorar o fato para produzir a norma, mas importa **valorar bem**. E tal valoração implica o profundo conhecimento, de um lado, dos fatos e, de outro lado, da Ética. Compreende-se, sob essa perspectiva, o renascimento dos estudos jusnaturalistas, em que é revalorizado o feixe pequeno mas central dos direitos naturais fundamentais, que cabe apenas ao Estado reconhecer, mas nunca criar. E um elenco que não foi produzido pela repetição histórica, mas que, ao contrário, é ínsito à própria natureza humana.

O jurista, portanto, à luz de tal perspectiva, é um cientista que aproveita do positivismo sua melhor contribuição, que é a dicção pura, mas transcende os limites do formalismo jurídico para ganhar a hercúlea dimensão do cientista multidisciplinar. Torna-se universal a sua postura, passa a realmente ser não mais apenas de operador do Direito, mas inspirador de sua própria produção e realocador de sua exegese aos tempos, aos espaços e aos povos sobre os quais a norma incide. É o próprio cientista que une a teoria à prática e permite que aquela ganhe especial relevo ao ser vivenciada por esta.

O campo de estudo do jurista torna-se, pois, incomensuravelmente maior do que aquele antes considerado de sua peculiar ação, visto que deve penetrar em todas as áreas do conhecimento, à luz da teoria tridimensional e ética do Direito.

Por essa razão, o jurista exerce função social de transcendental importância, pois é aquele mais habilitado a sentir as aspirações populares e lutar por inspirar a produção normativa, de um lado, e a interpretá-la, de outro, para sua adequada aplicação.¹⁷

Sua formação, portanto, não pode limitar-se apenas ao conhecimento da teoria geral do Direito e dos diversos ramos que o compõe, mas deve penetrar nos variados aspectos das outras ciências, quando objeto de normação pelo Direito.¹⁸

À evidência, em face do encanto que as escolas positivas do Direito exerceram no mundo, durante a primeira metade do século, e no Brasil até hoje,

humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas".

A oitava reflexão:

"8. Não percas a esperança quando o arbitrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo".

A nona reflexão de meu Decálogo do Advogado é a seguinte:

"9. O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo".

a maior parte das Faculdades de Direito não estão habilitadas à formação de juristas com perfil que apresentei, visto que lastreadas na concepção intrínseca do "Direito forma". O jurista, portanto, deve procurar, a par de sua formação acadêmica, estudar os outros ramos das ciências sociais para complementar sua cultura, ganhando a universalidade que seu perfil supracientífico está a exigir.

Parece-me, todavia, que o que de melhor poderia ocorrer para a formação dos juristas seria a adaptação do currículo das Faculdades de Direito a essa nova visão interdisciplinar, acrescentando-se às matérias hoje conhecidas outras trazidas das demais ciências, em visão técnica delas e não apenas de superficial complementação a cultura humanística. Não se estudaria apenas a história das teorias econômicas, mas os próprios fenômenos econômicos, abrangendo tal matéria o currículo de uma Faculdade Econômica, em suas vertentes de maior relevo.

Estou convencido de que o direito é cada vez mais a Ciência da Estabilização do mundo do futuro. Os romanos utilizaram-no, pela primeira vez na história, como instrumento de conquista, garantindo aos povos conquistados a segurança de seu ordenamento jurídico. Os povos modernos, mais do que tê-lo como instrumento de conquista, devem adotá-lo como instrumento de estabilização das crises internacionais e territoriais, e para isso a colaboração do jurista de formação multidisciplinar é de imprescindível presença.¹⁹

¹⁹ A décima reflexão está assim redigida:

"10. Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres, temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás, dizer, à hora da morte: "Cumprí minha tarefa na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado".