

**JÚPITER, HÉRCULES OU HERMES: REFLEXÕES ACERCA DO LIAME
DISCRICIONÁRIO INTERPRETATIVO DE CADA UM¹**

***JUPITER, HERCULES AND HERMES: REFLECTIONS ON THE DISCRETIONARY
BOND INTERPRETIVE EACH***

Victor Saldanha Priebe

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Processual Cível pela Escola Paulista de Direito (EPD). Professor convidado na Pós-graduação *Lato Sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogado. Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: victor.priebe@hotmail.com

Fabiana Marion Spengler

Bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq (PQ2), pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da UNISC, Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” vinculado ao CNPq; coordenadora do projeto de pesquisa “O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papéis políticos e sociais” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do

¹ Artigo recebido em 06/02/2020 e aprovado em 03/05/2020.

Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 02/2017 - PqG –
Pesquisador Gaúcho, coordenadora e mediadora do projeto de
extensão: “A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação
como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar
conflitos” financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul
– UNISC. Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: fabiana@unisc.br,
ORCID: 0000-0001-9477-5445

RESUMO: O objetivo que se pretende alcançar em primeiro momento é fazer algumas reflexões sobre os modelos mitológicos de juiz, trazido por François Ost em seu texto *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez*, e seus níveis de discricionariedade em suas decisões. Para isto, cada modelo de juiz será contextualizado e comparado com a respectiva teoria do direito à qual Ost os vinculam. Em consequência disto, buscar-se-á delinear nestas teorias, a existência de avanços no controle da discricionariedade no tocante à interpretação do Direito, fazendo isto de uma forma comparativa entre cada personagem mitológico, usando-se do método de pesquisa dedutivo para tanto.

PALAVRAS-CHAVE: Júpiter; Hércules; Hermes; Discricionariedade; Teoria do direito.

ABSTRACT: The goal to be achieved in the first instance is to make some reflections on the mythological models judge, brought by François Ost in your text *Jupiter, Hercules y Hermes: three models juez*, and their levels of discretion in their decisions. For this, each judge model will be contextualized and compared with its theory of law to which Ost bind them. As a result, will be sought-delineate these theories, the existence of advances in the control of discretion in the interpretation of the law, making it a comparative form between each mythological character, using the deductive research method for this.

KEY WORDS: Jupiter; Hercules; Hermes; Discretion; Theory of law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. JÚPITER E OS LIMITES DA MOLDURA; 3. HÉRCULES UM PALADINO EM BUSCA DA INTEGRIDADE; 4. HERMES E O DESAFIO DE INTERLIGAR SUA REDE; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Os objetivos que se pretende alcançar, em primeiro momento, é contextualizar as três figuras de juízes mitológicos trazidas no texto *Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez* de François Ost, com as respectivas teorias do Direito que estas representam. Tais abordagens serão iniciadas pela figura do juiz Júpiter, e logo em sequência será visto a figura do juiz Hércules e, por fim, chegando à contextualização do juiz Hermes. Estes contextos serão importantes, para que se consiga identificar os níveis de discricionariedade de cada um, para que ao final seja possível estabelecer se houve, ou não, uma evolução no controle da discricionariedade interpretativa, sendo esta a interrogação principal do presente texto.

Neste primeiro momento, qual seja o de contextualizar as três figuras mitológicas comparadas aos juízes atuais, será associada a figura do juiz Júpiter a teoria do direito defendida por Hans Kelsen, mencionando suas características na atividade judicante sob uma perspectiva piramidal. Desta forma, Júpiter estaria no topo proferindo ordens aos humanos aos que por sua vez encontrariam na base desta pirâmide, igualmente ao juiz que neste sistema estaria fazendo às vezes de “boca da lei”.

Na sequência, ao mencionar as características do juiz comparado ao deus mitológico Hércules, ao qual será vinculada à teoria defendida por Ronald Dworkin, onde o sentido do direito se inverteria, ou seja, ao invés de uma pirâmide, um funil, ou ainda, uma pirâmide invertida da qual o ponto de partida seria a abstratividade, e o ponto final, a melhor resposta ao caso concreto. Tal busca pela melhor resposta a ser aplicado no caso concreto, faz com que os limites discricionários do juiz se assemelhem aos super poderes vistos na figura mitológica de Hércules.

Ao fim, busca-se investigar se as características do juiz Hermes, se filiam somente a uma teoria do direito a partir de suas características mais marcantes, pois, no momento em que alterna-se entre a pirâmide e o funil, o juiz Hermes estaria direcionando-se a uma terceira forma de se enxergar o direito, vendo este como uma rede, a qual é composta por vários elos que possibilitam infinitas combinações.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, analisando-se categorias de base, partindo-se de uma ideia geral para o particular. Vislumbra-se uma análise pontual dos modelos de juiz para

que se consiga fazer as reflexões sobre as possíveis evoluções nos liames discricionários interpretativos de cada um.

2. JÚPITER E OS LIMITES DA MOLDURA

Como mencionado anteriormente, a figura do juiz Júpiter filia-se à teoria do direito sob a ótica de Kelsen², que ao contrário do que se imagina, admite interpretação na aplicação do direito, pois, a “pureza” que se refere a teoria deste autor, que até mesmo dá nome a ela, é no sentido desta teoria estar livre de questões valorativas, mas não da interpretação, que segundo ele, deve seguir alguns limites os quais serão vistos no decorrer do texto. Superado isto, parte-se a questão central, a de averiguar o liame discricionário interpretativo em Júpiter.

Feita esta pequena introdução da teoria do direito adotada pelo juiz Júpiter, no que tange à interpretação na aplicação do direito, percebe-se desde já que questões valorativas não podem ser levadas em conta para esta interpretação, com isto surge o questionamento, pois se não caberia questões valorativas neste momento, então onde estaria o liame discricionário disponível a este juiz?

Para se chegar a essa questão interpretativa³ é necessário demonstrar a forma que a questão é posta no que tange às “indeterminações” na interpretação, pois tem-se claro que existe uma vinculação/determinação entre os escalões superiores e inferiores de normas, as quais, as últimas devem produzir atos de execução, estando aqui o centro da discussão do liame interpretativo desta teoria do direito.

Isto fica melhor observado quando se expõe que

esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.⁴

² Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista. Todas as determinações desta espécie apenas caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fonte, 1996, p. 393.

³ Idem, p. 388.

⁴ Idem, p. 388.

Exposto o sentido de moldura para o direito positivo, este ressalta que “a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto”⁵.

Sobre isto, o autor ao complementar seu pensamento de indeterminação das normas, menciona que esta deve ser vista de duas formas, sendo elas, indeterminação intencional e a não-intencional.⁶

Ao conceituar a indeterminação intencional destaca-se que neste caso, a indeterminação que se tem, foi previamente percebida pelo legislador como necessário instrumento no momento da aplicação do direito.⁷ Para melhor visualizar isto, é trazido o exemplo da lei penal, a qual

prevê, para a hipótese de um determinado delito, uma pena pecuniária (multa) ou uma pena de prisão, e deixa ao juiz a faculdade de, no caso concreto, se decidir por uma ou pela outra e determinar a medida das mesmas – podendo, para esta determinação, ser fixado na própria lei um limite máximo e um limite mínimo.⁸

Percebe-se com isto, que existe um liame discricionário a aplicação desta norma, contudo, também fica nítido que estão fortemente estabelecidos os limites desta discricionariedade, de modo que, o estabelecimento ou fixação desta norma individual estejam correspondendo o que é determinado pela regra geral, e assim sustente ainda mais o sentido da seriação escalonada das normas jurídicas.⁹

Contudo, na indeterminação não-intencional se tem um contexto um tanto mais complexo, pois aqui, a indeterminação é estabelecida por uma situação diferente da anterior. Neste caso, a indeterminação se dá quando uma ou mais expressões contidas na norma possuem o mesmo sentido, ou até mesmo, mais de um sentido. Tal situação, também pode ser estabelecida, “quando o que executa a norma crê poder presumir que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância”¹⁰.

Diante da impossibilidade de poder presumir o significado que o legislador quis dar aquela norma, em virtude da discrepância e/ou dos inúmeros sentidos que pode se dar à expressão verbal utilizada na norma, pois, esta investigação deve ter como norte a busca pela chamada vontade do

⁵ Idem, p. 392.

⁶ Idem, p. 388-389.

⁷ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 389.

⁸ Idem, p. 389.

⁹ Idem, p. 389.

¹⁰ Idem, p. 389.

legislador ou intenção das partes, que tem-se como uma possibilidade reconhecida pela jurisprudência.¹¹

Diferentemente do que foi visto anteriormente, a indeterminação não-intencional, atribui a Júpiter uma discricionariedade um tanto quando acentuada, pois não estabelece os limites interpretativos que o julgador poderá chegar. Tal situação somente não é mais grave por que a quantidade das normas que contenham expressões com vários sentidos, e assim necessite de uma interpretação é irrisório se comparado com o restante das normas que compõe a estruturação normativa.

Ademais, como mencionado anteriormente e aprofundado na sequência, a estrutura, agora abordada, deve ser vista como uma moldura, ao passo que, a interpretação desta indeterminação não-intencional deverá respeitar o que anteriormente fora disciplinado pela norma-geral, bem como pelas normas individuais, com a finalidade de respeitar o sentido gradual das normas jurídicas. Levando em consideração isto, tem-se por re-estabelecido os limites interpretativos, mesmo no tocante à indeterminação não-intencional.

Visto desta forma, se tem por necessário o aprofundamento no texto em busca de uma definição mais precisa sobre a moldura limite da interpretação. Sobre isto, é orientado que, “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”¹².

Complementando o raciocínio estabelecido anteriormente, a compreensão da interpretação se dá pela

fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existe. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções.¹³

No entanto, esta atinência lógica interpretativa denominada de moldura, é vista como um corolário “*inherente a la idea de codificación es el de una racionalidad deductiva y lineal: las*

¹¹ Idem, 389-390.

¹² KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 390.

¹³ Idem, p. 390.

soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios todavía más generales siguiendo inferencias lineales y jererquizadas”¹⁴.

Por tanto, diante de uma moldura ou codificação, onde a estrutura é composta por princípios, norma geral e normas individuais, conclui-se que o liame discricionário possível ao ato interpretativo está fortemente estabelecido para Júpiter, ao passo que, este deverá aplicar a lei da forma mais objetiva possível, permitindo-se a atitude interpretativa apenas para os casos expresso na própria lei, omissos por ela ou em casos de indefinição de sentidos. Tal conduta de Júpiter eleva ao máximo grau o nível de abstração da própria lei, reforçando assim o sentido da pirâmide como símbolo desta teoria do direito, onde se tem uma decisão de cima para baixo, não importando para Júpiter nada mais além da própria lei.

3. HÉRCULES UM PALADINO EM BUSCA DA INTEGRIDADE

Como mencionado no ponto introdutório deste texto, o juiz Hércules aqui tratado, filia-se à teoria de Ronald Dworkin, que por sua vez já adotava a respectiva figura mitológica para denominar os juízes que aderiam a sua teoria do direito, como poderá ser observado no decorrer do texto.¹⁵

Da mesma forma que foi feito anteriormente, é necessário aqui trazer alguns pontos relevantes, para que se consiga visualizar o liame discricionário de Hércules. Para isto, destaca-se a passagem preliminar onde é destacado que

o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.¹⁶

Visto desta forma, é necessário que antes de adentrar a questão sob a qual pretende este texto enfrentar, ou seja, o liame discricionário que possa existir neste ato interpretativo, é necessário que se conceitue minimamente as manifestações de direito levantadas anteriormente,

¹⁴ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa, 1993, p. 175. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/> . Acessado em 24 jun. 2019.

¹⁵ OST, Op. Cit., p. 180.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

sendo elas o convencionalismo e o pragmatismo, bem como as evoluções que sofrerá o juiz Hércules.

Segundo o referido autor, o juiz que se filia a o convencionalismo deverá, no momento de sua decisão pesquisar, sob um contexto histórico, os repertórios jurídicos e registros parlamentares, no intuito de buscar nestes, quais decisões foram aplicadas pelas instituições as quais convencionalmente se atribuiu poderes para tanto.¹⁷ No entanto, ressalta-se que “uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos”¹⁸.

Adiante, é sustentado pelo texto que os juízes, ao aderirem ao pragmativismo, deverão fundamentar suas decisões baseados nas melhores regras para o futuro, porém, esta atitude interpretativa iria além das incumbências legais às quais o juiz deveria ficar adstrito, ou seja, a matéria estritamente jurídica. Igualmente como fez no convencionalismo, o autor também traz aqui a ressalva de que uma vez optado pelo pragmatismo, não poderá o juiz interpretar a prática jurídica como um todo. Para melhor se ilustrar isto, sustenta ainda que se o juiz decidir sob o manto da teoria pragmático utilitarista, deverá este debruçar-se sob a legislação em busca de fundamentar a sua decisão diante das práticas jurídicas que melhor estabeleçam o bem-estar comunitário, de forma que, como mencionado anteriormente, não poderá novamente analisar a prática jurídica como um todo.¹⁹

Diante disto, observa-se que existe um liame discricionário muito acentuado, tanto no convencionalismo, quanto no pragmatismo, visto que no primeiro a discricionariedade interpretativa reside no momento da busca pelo contexto histórico de como se decidiu determinada situação, de modo que, na última, a discricionariedade interpretativa encontra-se quando o julgador aplica a regra em busca de uma decisão que melhor proteja os interesses futuros.

Ainda sobre isto, defende-se que estas duas manifestações anteriormente citadas “são concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial. Mas os programas que recomendam não são, em si, programas *de* interpretação”²⁰.

¹⁷ Idem, p. 272.

¹⁸ Idem, p. 272.

¹⁹ DWORKIN, Op. Cit., p. 272-273.

²⁰ Idem, p. 272.

Brevemente mencionado as questões da discricionariedade sob o contexto das manifestações convencionalistas e pragmatistas, consegue-se entender a figura do primeiro juiz Hércules mencionado, o qual

*está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En El precontencioso aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era um hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobra en ingeniero social.*²¹

No entanto, esta primeira figura de Hércules não é o objeto central deste texto, e sim a figura de Hércules que

*podría también, a la inversa, alejarse -al menos parcialmente- de su humana condición y elevarse a cualquier forma de racionalidad superior. Es exactamente por esta vía por la que camina el Hércules de Dworkin, este juez racional que «toma los derechos fundamentales en serio», que domina el «império del Derecho», que se consagra en toda ocasión, y particularmente en los casos difíciles, a encontrar la respuesta correcta que se impone.*²²

Em sendo assim, tem-se necessária a demonstração evolutiva também das manifestações de direito, pois sustenta-se que no “direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”²³.

Aqui, percebe-se claramente a fixação das bases limítrofes para a discricionariedade interpretativa, pois refere em quais pontos a interpretação deve ser pautada, fazendo com isto, que a integridade seja mais inflexível que as anteriormente citadas.²⁴

Complementando a questão das diferenças entre as concepções de direito, ressalta-se que no direito como integridade não há exigência de que se estabeleça coerência, no momento da interpretação, de todo o contexto histórico legal de uma comunidade, diferente do que prega o convencionalismo. O que se exige no direito como integridade, é que se interprete o direito de forma que se respeite as demais normas jurídicas que o regem, ou seja, o direito deve ser interpretado de uma forma horizontal.²⁵

²¹ OST, Op. Cit., p. 177.

²² Idem, p. 180.

²³ DWORKIN, Op. Cit., p. 272.

²⁴ Idem, p. 272.

²⁵ Idem, p. 273.

Iniciado a contextualização da concepção de direito como integridade pela comparação desta com as manifestações de direito anteriormente faladas, passa-se neste momento do texto a investigar o conceito desta manifestação.

Sobre as bases desta concepção interpretativa, pode-se compreender que

o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.²⁶

A busca desta justificação deve se dar de forma construtiva, ou ainda, como um romance em cadeia. Nesta construção, “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”²⁷

Sob esta perspectiva, Hércules quando se propõe a interpretar o direito na concepção de integridade, deverá auxiliar na construção deste romance observando os contos dos demais autores, para que com isto possa estabelecer uma adequação entre o conto que irá escrever e o que os demais já escreveram. Esta adequação do conto de Hércules com os demais, por vezes não é por tarefa das mais fáceis, pois a história/interpretação que este se propõe a contar, sob o roteiro que lhe foi apresentado, nem sempre é compatível com as demais histórias/interpretações já contadas.²⁸ Para solucionar esta questão, será exigido de Hércules “que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em questão”²⁹.

Esta metáfora foi criada para ilustrar o desenvolvimento do processo interpretativo, na forma de um romance em cadeia, também pode ser explicada sob a perspectiva de que, “o direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”³⁰.

Tal tarefa interpretativa tão ampla, somente poderia ser realizada por um juiz com poder sobre-humano, ou seja, um juiz hercúleo, pois se sustenta que um juiz real, por mais experiência

²⁶ Idem, p. 274.

²⁷ Idem, p. 276.

²⁸ DWORKIN, Op. Cit., p. 277-278.

²⁹ Idem, p. 278.

³⁰ Idem, p. 294.

que tenha não terá a capacidade de uma vez só interpretar de forma plena todo o conjunto normativo que rege a comunidade que este está inserido.³¹

Traçadas as diferenças entre as concepções interpretativas disponíveis ao juiz Hércules, e contextualizado minimamente a concepção que o juiz hercúleo adota, ou seja, o direito como integridade, consegue-se perceber que o símbolo que era usado para o juiz Júpiter, não se sustenta mais aqui, pois conforme toda a exposição anterior, “*La generalidad y la abstracción de la ley dejan lugar a la singularidad y a lo concreto del juicio*”³², e com isto ocorre a alternância da pirâmide para o funil.

Finalizado toda esta exposição, a qual traz as mínimas condições para que se estabeleça, se há, onde está e os limites da discricionariedade interpretativa na busca de Hércules pela integridade, nota-se de antemão que a atividade interpretativa é o ponto central desta concepção de direito, estando a interpretação presente em todos os momentos, tanto na busca pela melhor fundamentação jurídica aplicável ao caso concreto, quanto na busca de adequar a aplicação desta melhor norma, de forma que dê continuidade ao romance em cadeia que a condição de juiz o coloca como escritor.

Contudo, mesmo a interpretação estando muito presente nas atividades deste juiz com poderes sobre-humanos, não há falar aqui em um liame discricionário extenso, pois o direito como integridade tem por base e condição evolutiva, o limite discricionário interpretativos nos princípios de justiça equidade e devido processo legal, dos quais a sua imensa amplitude sempre cercará o caso concreto ao fim de conseguir-se dar uma interpretação no mínimo aceitável a este.

4. HERMES E O DESAFIO DE INTERLIGAR SUA REDE

Diferentemente dos demais juízes aqui mencionados, Hermes não se filia propriamente a apenas uma teoria do direito, contudo, observa-se que as atitudes encontradas no julgar de Hermes assemelham-se a “*teoría del juego que podrían servir de base a una teoría general del Derecho adecuada al Derecho en red o al Derecho de Hermes*”³³.

Da mesma maneira que foi feito em relação às figuras mitológicas anteriores, faz-se necessário aqui uma pequena contextualização sobre a teoria adotada por este modelo de juiz para

³¹ Idem, p. 272.

³² OST, Op. Cit., p. 179.

³³ OST, Op. Cit., p. 189.

que ao final consiga-se identificar o liame discricionário interpretativo no momento da aplicação desta teoria.

Este direito em rede que Hermes se propõe a aplicar, que por vezes se assemelha a teoria do jogo³⁴, assim é denominado, pois descobre que não se pode ignorar de toda forma a interpretação na aplicação do direito, bem como também não se pode aplicá-lo somente na forma interpretativa, desconsiderando as múltiplas mini racionalidades que compõem a racionalidade global característica na cultura pós-moderna.

Esta característica reforça o sentido imprevisível da rede, pois os textos legais sempre existirão, e com isto sempre haverá espaço para a interpretação, da mesma forma que as relações hierárquicas destas também permanecerão, subsistindo com isto a codificação.³⁵

Enquanto isso, somente é concebido e praticado em normas de escalas locais, fazendo com que “*el progreso de la modernidad tuvo que adaptarse a la escala nacional, la época actual nos obliga a razonar -realmente y no sólo verbalmente- a escala universal.*”³⁶

A composição da rede anteriormente mencionada pode ser visualizada no exemplo da atuação de um juiz de menores, onde a virtude do seu papel pedagógico é expressada pelo do contato pessoal que mantém com o menor, devendo-se permitir, “para retomar a expressão dos assistentes sociais, a interiorização da lei. Esta identidade parece ser mais objeto da *community* dos Anglo-Saxões. Não se diz a um jovem delinquente que seve respeitar o contrato social, mas sim que deve integrar a dimensão da lei”³⁷.

Desta forma, consegue-se perceber a ligação em rede que Hermes se propõe, pois deita-se sobre a especificidade do caso em busca da melhor solução tão prezada em Hércules, ao mesmo

³⁴ Ost expõe de forma sucinta as principais características do jogo: *Mencionaremos todavía, para no olvidarlos, otros dos rasgos de la idea de juego, aunque sin desarrollarnos aquí. Se dirá, de una parte, que la idea de juego permite articular la distinción y concebir las relaciones entre un polo simbólico, El del juego como representación, y un polo utilitarista, el del juego como estrategia. Estas lógicas, tan pronto distintas, incluso opuestas, como luego combinadas, caracterizan con certeza a los juegos sociales y encuentran, en el campo jurídico, innumerables ilustraciones. Por fin, se revelará el último rasgo inherente al concepto de juego, que es situar la distinción del interior y del exterior, el límite del juego y del fuera de juego, la frontera que separa el sistema y su medio ambiente. Pero, como se ha visto, tales fronteras no dejan de ser móviles y paradójicas: todo esto transcurre como si los límites del Derecho y del no-Derecho fueran reversibles. Todo esto transcurre como si las fronteras del sistema jurídico fueran tanto externas como internas: aparece Derecho en el corazón del no-Derecho, mientras que se desarrolla no-Derecho en lo más profundo del Derecho. Um juego, como el Derecho, es siempre, al mismo tiempo, algo más que él mismo, a pesar de los esfuerzos desarrollados por uniformizar su funcionamiento y homogeneizar sus datos. Em él todavía subsiste, a veces en el estado de simples potencialidades, el no-juego, el otro juego o el doble juego.* Idem, p. 189.

³⁵ Idem, p. 183-184.

³⁶ Idem, p. 193.

³⁷ GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Lisboa: Piaget, 1997, p. 174.

tempo que mantém a hierarquia advinda da codificação de Júpiter. Esta temática é bem exposta quando observa-se que, “*Si Júpiter insiste em el polo convención y Hércules em el polo invención, Hermes, en cambio, respeta el carácter hermenéutico o reflectante del juicio jurídico que no se reduce ni a la improvisación ni a la simple determinación de una regla superior*”³⁸.

Este caráter reflexivo anteriormente mencionado é melhor definido quando se compreende que

o Direito é em si, reflexivo. Ele não estabelece apenas obrigações, proibições e permissões, mas regula simultaneamente, o procedimento para sua legislação e aplicação compulsória. [...] Também o conteúdo do Direito, suas regulamentações, são reflexivas. O direito objetiva a justiça em harmonia com o bem comum. Por esse meio, ele despoja os interesses individuais ou particulares de sua força imediatamente definidora e os concilia com o interesse em bens públicos para regulamentações contratuais comunitárias.³⁹

A complexidade da rede fica mais nítida quando se junta a ela as questões do direito pós-moderno, como o surgimento de uma multiplicidade de atores com poderes semelhantes ao do próprio Estado, como por exemplo, as associações. Isto faz com que haja confusão entre a legislação parlamentar e a regulamentária, devido à sua semelhança; contudo, as múltiplas jurisdições administrativas, fazem com que a função jurisdicional se difunda tanto no poder público quanto no privado.⁴⁰

Outra questão que demonstra a complexidade da rede de Hermes é a multiplicidade dos níveis de poder, dos quais os vários novos atores trazem consigo. Esta questão, faz com que o Estado além de administrar-se de maneira local e regional, administre a concessão de soberania a poderes jurídicos supra-nacionais. O melhor exemplo disto pode ser visto na Comunidade Europeia, que à época do texto de Ost existiam 20.000 disposições e regulamentações em vigor.⁴¹

A Integração destas complexidades é o desafio de Hermes, pois é a partir destas complexidades, que o “*Derecho constituye a la vez el resultado de un proceso de racionalización y de normalización que no está exento de un nuevo tipo de riesgo de burocratización*”⁴², diferente do que pregava até então o Estado liberal na sua visão de permitido e proibido⁴³.

³⁸ OST, Op. Cit., p. 189.

³⁹ KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 181.

⁴⁰ OST, Op. Cit., p. 184.

⁴¹ OST, Op. Cit., p. 184.

⁴² Idem, p. 185.

⁴³ *Si el Estado liberal podía satisfacerse solo con las modalidades de permitido, prohibido y obligatorio (en aplicación de las reglas de bronce: para los particulares, todo lo que no está prohibido está permitido y para el poder público, todo lo que no está explícitamente autorizado está prohibido), en cambio, el Estado presente experimenta una gama casi infinita de intervenciones sobre las cosas y las conductas*. Idem, p. 185.

Esta possível nova característica burocrática do Estado pode ser exatamente o inverso sentido do termo burocrático, como tem se feito com a legislação penal, no passo de substituir a sanção pela transação penal. Ou seja, a ideia de que a produção legislativa deixaria voluntariamente à administração, pública ou privada, uma margem para que possa adaptar-se ao mercado em conformidade com a legislação.⁴⁴

Todavia, como anteriormente falado, e não poderia deixar de ser, o direito é reflexivo, e com isto,

*se desreglamenta, pero a menudo esto no es más que una manera de reglamentar de otro modo; se despenaliza, pero con frecuencia es en provecho del redesarrollo de otras medidas coercitivas, tales como la medicalización o la fiscalización para los comportamientos indeseables; se desjudicializa, pero es para colocar inmediatamente mecanismos de peritaje, de conciliación, de mediación o de arbitraje.*⁴⁵

Exposta toda esta nova concepção teórica que se entende por sustentação a Hermes, chega-se ao fim com a seguinte indagação: não estaria com isto enfraquecendo-se o poder da lei?

Sobre esta questão, entende-se que não, pois a grande demanda de texto normativos somados com a integração da humanidade em uma comunidade política supra-nacional, fez apenas com que fosse reconhecido aos princípios uma força positiva, superior à lei, de modo que com isto, foi criado uma nova atribuição ao juiz que por sua vez trouxe mais força ao texto legal.

Sob este prisma, o julgador “não deve mais se contentar em aplicar as leis, mas, em certos casos, deve ainda verificar sua conformidade a um direito superior que esses princípios encerram. A lei então implode e se fraciona em duas direções opostas: de um lado, os princípios fora de alcance do legislador comum e, de outro, um direito mais concreto e mais operacional.”⁴⁶

Diante desta nova perspectiva de Estado, que prima por integrar a sociedade com a lei, de forma que permita a ela, sociedade, adequar-se ao texto legislativo e assim cada vez mais fortalecendo os princípios de direito e consequentemente a própria lei, como se daria a atuação de Hermes neste contexto? Para que entendamos a atuação deste juiz frente a toda esta nova concepção de Estado, é necessário que se ressaltem as gerações dos direitos fundamentais concebidas ao longo da história do direito.

Neste diapasão, em um contexto genérico temos os direitos fundamentais de primeira geração que agem na forma de um escudo voltado a proteger o cidadão de possíveis ataques do

⁴⁴ Idem, p. 185.

⁴⁵ Idem, p. 186.

⁴⁶ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. 2ª ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 41.

Estado, englobando nisto direitos como liberdades e imunidades, e outros tantos que derivam destes. Já nos direitos fundamentais de segunda geração, possuem uma característica um tanto quanto diferenciada, pois dedicam-se a regulamentar as obrigações do cidadão para com o Estado, trazendo para este rol, por exemplo, os direitos econômicos e sociais, bem como os derivados destes. Por fim, chega-se aos direitos fundamentais de terceira geração, os quais trazem um marco regulatório à questões como por exemplo o meio ambiente, ou ainda, questões que afetem uma coletividade que se tem dificuldade ou até mesmo, impossibilidade de ser mensurada, a estes é dado o nome de direitos subjetivos transindividuais.⁴⁷

Visto isto, volta-se ao questionamento da atuação de Hermes frente à nova concepção de estado desjudicializador, ao mesmo tempo em que atribui aos cidadãos mais maleabilidade em suas condutas, exige que sejam garantidos os direitos anteriormente elencados.

Em sendo constatado a ineficácia na guarda destes direitos fundamentais, e por consequência, Hermes tenha que intervir, fará que estes direitos se tornem reflexivos⁴⁸; deste modo, a rede que propõe este juiz adotar, como referido anteriormente, não deixará de lado a codificação de Júpiter, nem tampouco a interpretação de Hércules, porém, ele faz é adicionar a estes as bases do direito advindas dos princípios, como pode ser visto no exemplo abaixo.

Sendo assim, onde houver elevação do princípio da equidade na aplicação do direito para que se possa discutir os demais direitos, ao mesmo tempo, também haveria a elevação “*principales derechos que son reconocidos: libertad de opinión y de expresión, integridad física y seguridad (no podría haber debate equitativo bajo apremio de la coerción física)*”.⁴⁹

Esta atitude em muito se assemelha a teoria procedimental da justiça a qual ensina que

nem todo o processo garante a justiça; um processo no qual os envolvidos são ouvidos de modo insuficiente, no qual os prazos são calculados de maneira muito curta, em que os meios de prova podem ser arbitrariamente excluídos, não garante que a decisão justa seja tomada. Somente processos justos garantem resultados justos? A justiça jurídica parece originar-se exatamente dessa suposição. Processos judiciais que objetivam decisões são eles próprios, submetidos a normas que direcionam exigência de justiça a este processo.⁵⁰

Se somarmos isto à concepção de Estado desjudicializado, estar-se-ia atribuindo mais liberdade no agir e compor suas controvérsias, conseguindo-se de longe chegar/enxergar o “compromisso de igualdade”, pois, para dizermos “que uma sociedade justa deve, na medida do

⁴⁷ OST, Op. Cit., p. 192.

⁴⁸ Idem, p. 186.

⁴⁹ OST, Op. Cit., p. 191.

⁵⁰ KIRSTE, Op. Cit., p. 154-155.

possível, tender a igualar as pessoas em suas circunstâncias, de tal modo que o que ocorra com suas vidas fique sob sua própria responsabilidade”⁵¹.

Por derradeiro, ainda cabe aqui expor a atuação de Hermes nas questões controvertidas, como por exemplo, os direitos fundamentais de quarta geração que segundo sua definição clássica, já se apresentariam como “novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”⁵².

Neste caso, o juiz Hermes deveria optar pela “*restauración de la vieja regla de prudencia de la que cierto Derecho extrae su nombre: prudentia, jurisprudencia, jurisprudencia*”⁵³. No entanto, como este assunto é ainda visto como um campo, científico e jurídico não estabilizado, sustenta o referido autor que na dúvida, deve Hermes abster-se de julgar, pois este ato seria a institucionalização da prudência, pois assim, estaria este juiz estabelecendo uma trégua para que o Estado, ou seus novos atores advindos da complexidade global, atuem de modo a fazer com que o direito seja reflexivo também neste ponto.⁵⁴

Contudo, de certo que Hermes não poderá protelar sua atuação para sempre, “*pero es probable que esta temporalización y esta abstención prudenciales no sean suficientes. Un día u otro, Hermes será constreñido a decidir*”⁵⁵, ao passo que, esta decisão conterà na sua fundamentação o senso mais adequado de justiça possível, pois os direitos inicialmente levantados serão interpretados frente aos princípios norteadores do direito, que de mesma forma conduzirão o processo, e ao fim se preste a uma reinterpretação, sendo que “*la tarea de aplicar el Derecho es entonces una obra hermenéutica, um trabajo siempre recommenzado*”⁵⁶.

Voltando ao ponto nevrálgico deste texto, percebe-se que a atuação de Hermes, mesmo frente a esta nova concepção de Estado, é no sentido de restringir ainda mais o liame discricionário interpretativo na aplicação do direito, pois, a isto acrescenta princípios dos quais garantem uma condução processual minimamente justa, ao passo que no momento da decisão propriamente dita o liame interpretativo seja o menor possível dentro do que lhe é apresentado.

⁵¹ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fonte, 2008, p. 27.

⁵² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

⁵³ OST, Op. Cit., p. 193.

⁵⁴ Idem, p. 193-194.

⁵⁵ Idem, p. 194.

⁵⁶ OST, Op. Cit., p. 194.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi apresentado, fica nítido o engessamento no que cerne ao liame discricionário interpretativo de Júpiter, este fato se dá por conta da sua adoção à teoria do direito positivo. Tal teoria prevê que questões valorativas não podem ser levadas em conta no momento da aplicação do direito, devendo o juiz apenas limitar-se subsumir o fato à norma.

Porém, Kelsen sabedor de que algumas questões executórias no decorrer do processo poderiam surgir inevitáveis “indeterminações”, orientou assim, que as interpretações advindas destas determinações muito amplas, fossem racionalizadas de forma que se respeitassem as demais normas legais. Tais indeterminações ainda expõem o referido autor que poderão ser intencionais, com o sentido de repassar ao juiz uma flexibilidade no momento da aplicação do direito, e indeterminações não intencionais, que neste caso são identificadas como omissão ou indefinição legislativa.

Para delimitar esta questão, Kelsen ensinou que o direito deveria ver visto na forma de uma moldura, da qual em determinados casos haveriam indeterminações que necessitariam de uma discricionariedade interpretativa no momento de sua aplicação, e o juiz quando se deparar com tal fato não poderá, na sua discricionariedade, ultrapassar o que já foi fixado pelas outras normas legais, sendo estes os limites da discricionariedade concedida ao juiz.

Portanto, vê-se que Kelsen enfrenta o direito como um campo fechado onde o juiz em sua atividade deverá encontrar a resposta ao caso que lhe foi proposto, dentro das várias possibilidades que o próprio direito dispõe, ou seja, dentro da moldura criada pelas normas. Assim, o liame discricionário interpretativo de Júpiter não pode ir além do que o próprio direito já previu tanto nas normas-gerais quanto nas normas individuais.

Ao fim em Júpiter, cabe destacar que vinculação do juiz que adota a teoria positivista de Kelsen com esta figura mitológica é feita devido a abstração que a simples aplicação do direito ao caso concreto gera, pois, entende-se isto como as imposições advindas de Júpiter no alto do monte Olimpo, sem se importar com os reflexos que sua decisão/imposição poderia causar aos mortais.

No entanto, a teoria do direito que Hércules se filia, tem-se pelo extremo oposto, pois aqui, ensina Dworkin que o direito em toda sua amplitude é interpretativo. Contudo, sabedor das consequências que isto poderia trazer ao próprio direito, como já acontecia com o pragmatismo e

o convencionalismo, este autor em sua teoria propôs a permanência da interpretação na aplicação do direito trazendo para isto uma evolução.

Dworkin, então limita os poderes que a interpretação do direito concede a Hércules dizendo que este juiz deve aplicar o direito interpretativamente como integridade, ao passo que, esta integridade surge de uma aplicação do direito na forma de um romance em cadeia, que para obter êxito deve respeitar a coerência dos outros romances anteriormente escritos.

Em sendo assim, Dworkin ressalta que para que exista esta integridade na manutenção deste romance em cadeia, deve Hércules respeitar um roteiro no qual devem figurar todo o aparato legislativo, bem como as regras advindas dos textos constitucionais e por fim, a forma que isto está sendo aplicado na ótica do caso concreto.

Isto sem dúvidas é um trabalhado que somente pode ser prestado com eficiência por um semi-deus, ou, um juiz com super poderes como é o caso de Hércules, pois, esta análise de todo o aparato legislativo, constitucional e jurisprudencial em busca da melhor decisão a ser aplicada ao caso concreto, não é possível de ser exigida a todo o tempo de todos os juízes.

Finalizando Hércules, e voltando ao seu liame discricionário interpretativo, percebe-se uma evolução neste sentido, pois, diferentemente de Júpiter, Hércules não se detém apenas ao texto legal em busca de uma decisão no meio de tantas outras, ele vai adiante, analisa o mesmo aparato legal adicionando a ele o roteiro que lhe é trazido pela cadeia de romances que sua decisão fará parte, assim, este juiz com super poderes interpretativos tem o seu campo discricionário fortemente reduzido, na busca da melhor decisão ao caso concreto. Tal busca pela melhor decisão inverte por completo o símbolo para ser aplicado a esta teoria do direito, aqui, temos um funil, ou pirâmide invertida, pois Hércules parte da vastidão do aparato legal e jurisprudencial, rumo a melhor decisão ao caso concreto.

Ao final, chega-se em Hermes. As características que lhe são próprias aos juízes que se filiam ao pensamento proposto por Hermes, não permitem que se adote apenas uma teoria do direito no decorrer de suas atividades julgadoras.

O que acontece aqui, é que Hermes não adota nenhuma teoria do direito específica pois tenta usar os pontos mais relevantes de mais de uma teoria do direito, ou seja, propõe este juiz em fazer uma rede de ligações tanto nas teorias, como na aplicação destas teorias, ou seja, usa tanto a moldura de Kelsen, quanto a integridade de Dworkin, e ainda vai mais longe, junta a isto princípios

regentes do direito, como equidade, devido processo legal com o intuito de trazer o senso de justiça na aplicação do direito.

Contudo, Hermes não para sua evolução por aí, enfrenta com o acima descrito, as questões de direito pós-moderno como as legislações/regulamentações supra-nacionais, atores legislativos e suas novas posições hierárquicas e a nova concepção de Estado desjudicializador, que pretende devolver aos cidadãos uma parcela significativa de sua autonomia, ou seja, seu poder de autocomposição, situação que pode ser facilmente percebida se analisado o contexto de atuação legislativa onde atualmente há profundas mudanças e criações legais neste sentido.

Outra questão que este juiz se propõe a defender, e com isto estabelece mais uma base restritiva do seu próprio liame discricionário interpretativo, é a relevância que este atribui aos direitos e garantias fundamentais, o que não poderia se esperar outra coisa da figura mitológica que fazia a interligação dos deuses com os humanos, se não que este prezasse pelas bases que sustentam estas relações.

Hermes então, quando se propõe a interligar todas estas questões esbarra por vezes em questões globais que ainda não se tem um posicionamento definido sobre as consequências destes na humanidade como um todo. No decorrer do texto esta questão foi exemplificada com os direitos fundamentais de quarta geração, sob os quais ainda não se tem uma posição pacificada sobre o assunto, de modo que aqui, Hermes propõe uma trégua no momento da aplicação do direito para que assim os atores legislativos, sejam eles nacionais ou supra-nacionais, debatam e pacifique a posição que o direito irá tomar sobre o assunto. Esta situação, sem dúvidas, não poderá prolongar-se eternamente, fato que também pode ser visto no contexto nacional com o caso julgado no Supremo Tribunal Federal que versava sobre o aborto de fetos anencéfalos, o qual a suprema corte protelou por anos o julgamento visando que a discussão sobre o assunto ao menos se pacificasse em termos científicos.

Por derradeiro, em não sendo mais possível a abstenção de Hermes, este julgará baseando-se na discricionariedade interpretativa por ele mesmo restringida; contudo, mesmo restringida esta discricionariedade pela via da observação ao aparato legislativo, da observação ao contexto de regulamentações supra-nacionais, da manutenção da integridade e dos princípios gerais de direito, esta decisão inegavelmente será a mais acertada, pois a observância de todos estes itens, sem dúvidas trará a decisão o conceito de equidade e justiça.

6. REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Lisboa: Piaget, 1997.
- _____. *O juiz e a democracia*. 2ª ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fonte, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fonte, 1996.
- KIRSTE, Stephan. *Introdução à filosofia do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Revista Doxa, 1993. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>. Acessado em 24 jun. 2019.