

O PAPEL DO JUIZ NA APLICAÇÃO DA LEI INJUSTA: UMA RELEITURA NECESSÁRIA DOS JUÍZES JÚPITER, HÉRCULES E HERMES DE FRANÇOIS OST

Lívia Paula de Almeida Lamas¹

¹ Doutoranda em Direito Penal, Mestre em direito Constitucional e Teoria do Estado. Especialista em Direito Público. Advogada. Licenciada em Letras. Coordenadora e Professora do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu (FACIG).

Resumo:

Este trabalho tem por objetivo realizar uma releitura dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes, de François Ost, de modo a descobrir qual deles assume o melhor papel quando a lei se apresenta injusta diante de um caso concreto.

Palavras chave: Modelos de juiz, François Ost, lei injusta.

Abstract:

This paper aims to carry out a retelling of judges Jupiter, Hercules and Hermes, from François Ost, so find out which one takes the best role when the law appears unfair for a concrete case.

Key words: Judge models, François Ost, unjust law.

1. INTRODUÇÃO

Em regra, para que a sociedade possa existir, ela precisa ter normas de orientação. O direito possui, dessa forma, o papel de garantir a ordem e a paz pública, bem como proporcionar segurança àqueles que se orientam por suas normas, funcionando como o instrumento que viabiliza a organização da coletividade. O Direito consiste, portanto, em um sistema de normas que regulam o comportamento humano e conferem organização à sociedade (KELSEN, 2009, p.5), de forma a garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas.

O Direito tem um papel fundamental na manutenção da estrutura social, uma vez que a segurança jurídica que ele proporciona, permite que as pessoas saibam antecipadamente as consequências diretas de seus atos, bem como tenham certeza de que os negócios realizados sob a sua égide perdurem (SILVA, 2005, p.26-27). Segundo Hans Kelsen (2009, p. 387), a segurança

jurídica é um fator de estabilidade do ordenamento jurídico e confere segurança aos cidadãos.

O papel do direito, contudo, deve harmonizar com o valor da justiça para de fato cumprir o seu papel na sociedade. Segundo Hart, “a justiça constitui um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratadas classes de indivíduos (...). Trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas.” (1994, p.182). A justiça, prossegue Hart, “é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um equilíbrio ou uma proporção e seu preceito condutor é frequentemente formulado como ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’; ainda que devamos acrescentar a este último ‘e tratar diferentemente os casos diferentes’” (p.173).

Ocorre, todavia, que nem sempre as normas jurídicas existentes são justas ou adequadas aos interesses sociais, fato

que acarreta um dilema para o aplicador da lei: O que ocasiona maior dano, aplicar uma lei injusta, a pretexto de se manter a segurança jurídica ou julgar *contra legem*, a fim de adequar sua decisão de forma a torná-la justa?

Nesse sentido, os modelos de juiz - Júpiter, Hércules, Hermes - desenvolvidos no texto de François Ost (2007, pp. 101-130), geram uma discussão que atravessa os anos na procura da melhor solução para garantir os direitos fundamentais por meio de uma justiça constitucional.

Segundo Ost, o juiz Júpiter seria a “a boca da lei”, encontrando-se vinculado à hierarquia das normas, ao modo do direito proposto por Hans Kelsen, não se preocupando com a realidade social de cada indivíduo. Já o modelo Hércules, que Dworkin denominou seu juiz ideal, está sustentado na figura do juiz “que faz a lei”, sobrepondo-se à generalidade da lei para dar aos fatos a possibilidade de solução dos problemas sociais. O juiz Hermes, por sua vez, assume o papel de um grande mediador e comunicador, capaz de articular o Direito com os diversos discursos jurídicos e políticos.

Assim, questiona-se: Qual modelo de juiz apresentado por Ost proporciona a melhor solução quando um caso concreto se depara com uma solução legal nitidamente injusta? Partindo dessa pergunta, este artigo buscará analisar a atividade jurisdicional em correlação com os modelos propostos por Ost, bem como a legitimidade de decisões judiciais frente à gama de possibilidades que lhe são abertas.

2. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juízes

2.1 O juiz Júpiter

François Ost busca na mitologia romana a inspiração para o seu juiz Júpiter.

Júpiter é o deus supremo do Olimpo, cabendo-lhe a função de conduzir

a vida dos deuses e dos homens. Neste sentido, tendo em vista a visão positivista do direito, que apregoa a supremacia da lei escrita, o juiz Júpiter de Ost tem o papel de manter o foco na lei e no seu fiel cumprimento, pouco importando a realidade social de cada indivíduo.

Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. (Ost, 2007, p. 102)

Sob essa perspectiva, mesmo diante de situações obscuras proporcionadas pela falta ou omissão legislativa, o juiz Júpiter não deve reconhecer outra possibilidade de realização do direito que não seja aquela determinada pelo Estado através de leis. “O direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, segundo um processo institucionalizado juridicamente” (Habermas, 2003, p. 193).

De acordo com o pensamento de François Ost (2007), o modelo de juiz jupiteriano se pauta em quatro corolários: o primeiro é o do monismo jurídico, que aceita a lei, e sua sistematização em códigos, como a única fonte do direito. O segundo é o do monismo político, segundo o qual as leis são fruto da vontade estatal. Ou seja, somente o Estado é soberano e se encontra na condição de criar e aplicar o direito. O terceiro, por sua vez, refere-se a uma racionalidade dedutiva que tem como foco a supremacia da Constituição, de onde deverão emanar as demais fontes do Direito. Impõe-se a ideia de reunir todo o material jurídico em um Códex unitário, de onde as demais leis são deduzidas, ou

seja, as soluções para cada caso particular deverá decorrer das regras gerais, que por sua vez, são deduzidas da Constituição. Por fim, o último corolário, afirma que a codificação pressupõe uma concepção do tempo orientado em direção a um futuro controlado.

Verifica-se, portanto, que esse modelo não prioriza a garantia dos Direitos Fundamentais do Indivíduo, mas sim a soberania estatal:

Aquí es la legalidad la que es condición necesaria y suficiente para la validez de la regla. Es suficiente, para una norma, haber sido dictada por la autoridad competente y según los procedimientos; las cuestiones anteriores de legitimidad y ulteriores de efectividad no son pertinentes a este respecto (Ost, 2007, p. 112)

O pensamento de Kelsen (2009), segundo o qual o Direito é explicado como um sistema fechado, em que todas as normas decorrem de uma norma fundamental, e a norma inferior deve se adequar aos comandos da norma hierarquicamente superior, é levado ao extremo nessa versão, em que se assevera que uma norma, a ser jurídica, não precisa ser justa, basta ter sido emanada do Estado.

O juiz Júpiter segue, portanto, o direito positivado e formalmente válido. Logo, quando ele se vê confrontado entre o direito e a justiça, a lei irá prevalecer, pois uma norma mesmo que injusta, será obrigatória.

2.2 O juiz Hércules

François Ost encontra na mitologia grega a inspiração para o seu juiz Hércules: segundo a lenda, Hércules filho de Zeus com uma mortal, em um ataque de loucura, mata a sua primeira esposa e os filhos. Como forma de penitência pelo crime cometido, o oráculo de Delfos impõe a ele 12 tarefas, que ficaram conhecidas como “Os doze trabalhos de Hércules”.

Nesse sentido, o juiz Hércules de Ost se identifica com o Hércules mitológico na função extraordinária que ele assume. Para o autor, esse juiz tem o papel de promover a justiça diante das condições de desigualdade social oferecido pelo sistema legalista, ou seja, quando a solução apresentada pelo sistema é injusta, deformadora dos direitos fundamentais do indivíduo, ao juiz Hércules cumpre a tarefa de verdadeiro “engenheiro social”, que sobrepõe os fatos à generalidade da lei.

Para Ost:

Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas hacía su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En le 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 un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desboba en ingeniero social. (2007, p. 110)

Ao contrário do juiz Júpiter, que entende o direito como uma pirâmide que estabelece do topo a hierarquia do sistema normativo e vincula o comportamento daquele que aplica a lei, o juiz Hércules reflete o direito como sendo uma pirâmide invertida, segundo a qual o caso concreto é peça fundamental para a atuação judicial. Dessa forma, a validade e a legitimidade do direito não se encontram no cume da pirâmide, mas nos fatos.

Com base nesse modelo, a lei quando insuficiente para garantir uma justiça social deve se adequar ao caso concreto, assumindo o juiz um papel fundamental no processo, pois é ele o responsável por adaptar o texto da lei às necessidades do momento. Trata-se de “uma tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas

e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional” (HABERMAS, 2003, p. 252).

O juiz Hércules, simboliza as qualidades excepcionais, quase divinas, que o juiz deve conter para aplicar o direito vigente. O juiz realiza uma reconstrução racional e coerente do direito vigente, baseada não apenas na lei positivada, mas em uma leitura moral dos direitos individuais (DWORKIN, 1999, p.6).

O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera esses dois pontos de vistas como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer (DWORKIN, 1999, p.274).

O juiz Hércules, substitui o modelo clássico, impregnado de moralismo e que privilegia o dever de obediência irrestrita à lei, “por el punto de vista del *bad man*, que se preocupa exclusivamente de las eventuales consecuencias desagradables de sus actos. La cuestión no es ya: “¿Cuál es mi deber?

Esse modelo se baseia no fato de que a ideia justiça é variável no tempo e

no espaço. Fato que faz com o conceito de Direito seja relativo. Dessa forma, cumpre ao aplicador de cada local aplicar o Direito de acordo com os ideais de justiça que ele vivencia em sua cultura e com as funções atribuídas a ele.

2.3 O juiz Hermes

Na mitologia, Hermes era o mensageiro e intérprete da vontade dos deuses do Olimpo. O juiz Hermes de Ost se apodera desses valores, incorporando-os a figura do juiz que conecta uma multiplicidade de fatores jurídicos e políticos. Ou seja, “el Derecho postmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura en red, que se traduce en infinitas informaciones, disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de dados (Ost, 2007, p. 104).

Nesse modelo, o juiz atua como um grande mediador e comunicador, apto a conectar diversos discursos e construir a melhor solução quando diante dos casos concretos. Trata-se de um juiz prudente que leva em conta o fato de que o direito não tem como oferecer soluções para todos os fatos da vida, até mesmo porque a sociedade está em constante mutação.

Si la montaña o la pirâmide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, em cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto uno pólo ni dos, ni una multitud de puntos em interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas (Ost, 2007, p. 104).

Ost argumenta que o direito de Hermes “se articula entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), [...] entre la fuerza e la justicia” (Ost, 2007, p. 122). Justamente nesta característica reside a importância do juiz como interprete, pois ao articular a lei positivada com o caso concreto, ele contribui para a aplicação de uma decisão mais justa.

O juiz Hermes respeita o caráter hermenêutico ou reflexivo do raciocínio jurídico. Neste contexto, o papel do juiz diante de uma lei injusta é realizar uma leitura não apenas das leis, mas também dos preceitos morais, de forma a dar a solução mais coerente para cada caso concreto.

Ao se deparar com um caso em que a norma positivada é injusta, o Juiz Hermes, depois de identificar a norma, não deve ignorar os critérios de justiça, devendo avaliá-los para efeito de determinar quais critérios morais utilizará, ou não, em seu trabalho. O Direito não pode estar dissociado da distribuição da justiça e da promoção do bem estar da sociedade, sob o risco de se transformar em instrumento de arbítrio e degradação do ser humano.

Assim, “a decisão é objetiva (justa em sentido objetivo) quando cabe dentro de princípios de interpretação ou valorações que são correntes na prática. É subjetiva (injusta em sentido objetivo) quando se afasta disso” (ROSS, 2003, p. 331). Ou seja, partindo-se desse modelo, será adequada a atuação do juiz “que detiver mecanismos de invalidação e de reparações idôneos, de modo geral a assegurar efetividade aos direitos” (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

3. CONCLUSÃO

Em regra, as normas jurídicas são feitas em prol do bem e da segurança jurídica da sociedade. Todavia, há casos em que essa conexão não ocorre e é exigida do aplicador do direito uma

atitude, questionou-se, assim, como deve se posicionar o juiz ao aplicar a lei.

Neste sentido, François Ost apresenta dois modelos de juizes (Júpiter e Hércules) que nitidamente se encontram em crise diante de um direito alinhado às demandas da pós-modernidade. O juiz Júpiter é um homem da lei e, justamente neste fato reside a sua maior deficiência, pois obedecer, incondicionalmente, ao direito, independentemente de seu grau de imoralidade, não é a postura mais adequada, uma vez que “para aplicação do direito, a norma deve ser aplicável, (...) mas para que a norma seja ‘aplicada’, requer-se que ela seja ‘avaliada’” (SGARBI, 2007, p. 738), o que significa que também é tarefa do operador jurídico sopesar a norma.

O juiz Hércules também se apresenta insuficiente diante da situação descrita, pois apesar de não se ater estritamente às normas, como o fazia seu predecessor, leva a cabo outros trabalhos, se desdobrando em um engenheiro social, ou seja, adapta as suas decisões ao grau das circunstâncias e necessidades que ele supõe serem corretos, controlando a aplicação do direito. Tal posicionamento é um risco, afinal, a justiça não é um valor absoluto e imutável e o juiz, por mais escrupuloso e atento que seja, ainda assim, é um ser humano, logo, estará condicionado pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções e seus valores ético-políticos. Assim, tem-se que a figura mítica do juiz Hércules, apto a fazer justiça é pura ingenuidade, diante “do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a expressão de um ideal ‘inalcançável’” (FERRAJOLI, 2002, p. 42).

O terceiro modelo de juiz, Hermes, é, portanto, dentre os modelos de juiz apresentados por Ost, o que mais se ajusta às necessidades da pós-modernidade. Posto que:

O juiz, destarte, já não pode ser concebido (somente) como a boca

da lei (*la bouche de la loi*), nem tampouco (exclusivamente) como a boca do Direito, sim, como a boca dos direitos e garantias fundamentais (do indivíduo) positivados na lei, na Constituição e no Direito humanitário internacional. (GOMES, 2007)

O modelo de juiz Hermes não é um mero aplicador da lei, nem tampouco atua como um justiceiro. A sua função é compreender o significado da lei e eleger dentre as possíveis interpretações a que for “mais compatível com os princípios, regras e valores constitucionais e humanitários” (GOMES, 2007).

Assim, conclui-se que o modelo de juiz Hermes é o que assume a melhor postura diante de uma lei injusta, pois para que haja um equilíbrio entre a aplicação da lei e os fins colimados por um Estado garantidor dos Direitos do indivíduo é preciso que haja uma adequação entre a lei e a sua correta interpretação. O modelo Hermes tem como característica, “precisamente, o de ensinar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita” (BARROSO, 1999, p. 182).

A tarefa de aplicar uma lei que se apresenta como injusta deve ser analisada como um procedimento dos mais complexos, no exercício do poder conferido ao juiz. O modelo Hermes ao se conectar a uma multiplicidade de fatores jurídicos e políticos é, portanto, dentre os apresentados por Ost, o que melhor consegue conferir legitimidade a atividade judicial e garantir ao indivíduo a proteção a seus direitos fundamentais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 3 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**. 10 abril 2007. Disponível em: <www.lfg.blog.br> Acesso em 25/03/2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OST, François, **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho año 4, número 8, 2007, ISSN 1667-4154, págs. 101-130

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito – Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica, in ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.