

PARECER

PAULO BONAVIDES

Professor do Curso de Mestrado em Direito da
UFC

O eminente Desembargador Antonio Fernando Bayma Araújo, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, endereçou-nos a seguinte Consulta:

Para completar período de mandato inferior a um ano em cargo de direção do Tribunal de Justiça, isto é, os de Presidente, Vice-Presidente e Corregedor, podem acaso concorrer, como elegíveis, Desembargadores cujos nomes não constem da lista dos mais antigos habilitados ao exercício de tais cargos?"

Em resposta a essa indagação, cabe-nos fazer várias ponderações preliminares, seguidas de uma reflexão conclusiva.

A matéria, objeto da Consulta, se acha, do ponto de vista jurídico contida tanto na Constituição como no art. 102 e seu parágrafo único, da Lei Complementar nº 35 - Lei de Organização da Magistratura - de 14 de março de 1979 . Este artigo é do seguinte teor :

“Artigo 102: Os tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes na ordem de antigüidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da reeleição.

Parágrafo Único: O disposto neste artigo não se aplica ao juiz eleito para completar período de mandato inferior a um ano.”

A leitura do texto supra consente, à primeira vista, projeta dois distintos esboços de interpretação, dos quais, porém, só um é idôneo para conduzir à solução do problema, conforme intentaremos em seguida demonstrar.

Com efeito, o sobredito parágrafo único do art. 102 institui cláusula de inaplicabilidade que subministra a chave de toda a questão suscitada

pelo consulente.

Por uma primeira versão hermenêutica, a nosso ver descabida e inconsistente, dir-se-ia que o acesso ao preenchimento do cognominado mandato “tampão” ficara aberto, com aquele parágrafo, a todos os Desembargadores indiscriminadamente no que tange à respectiva ordem de antigüidade. A elegibilidade assim introduzida tomar-se-ia também extensiva aos que houvessem exercido cargos de direção por quatro anos ou de Presidente.

Não é este, todavia, o sentido ínsito à exceção posta naquele parágrafo pelo legislador complementar, porquanto, acolhido tal entendimento, dissolvida ficaria, subversivamente, a garantia legal de ingresso por critério de antigüidade ao “*numerus clausus*” da lista de elegíveis constante do mandamento onde se lê “em número correspondente ao dos cargos de direção.” (“*caput*” do art. 102).

Como se vê, não se estabeleceu aí um “*numerus apertus*”, em ordem a escorar o primeiro ensaio de interpretação acima exposto. Corre-nos portanto o dever de rejeitá-lo, liminarmente, por sua fragilidade e inconsistência.

De sorte que o desrespeito àquele ditame, consumado por tal gênero de interpretação, configuraria, sem dúvida, procedimento lesivo a preceitos constitucionais, visto que órgão nenhum na aplicação de leis, pode, pela sua vontade, substituir-se à vontade daquele que, como legislador, investido de poder legítimo, elaborou a lei.

Quem desobedecer, pois, à literalidade do comando normativo expresso naquele texto, estará dando à proposição entendimento “*contra legem*”, inaceitável até mesmo pelas correntes mais abertas, permissivas e largas de um interpretativismo cujos excessos, todavia, não se compadecem jamais com o ato do aplicador, que, ignorando a lei, se arvora em titular de um poder de legislar que de todo lhe falece.

Tais desvios hermenêuticos, torcendo a Lei e fazendo estremecer o edifício do Direito, somente caberiam nos quadros e nos moldes de uma escola que, afortunadamente, não é a de nossa tradição jurisprudencial - a chamada Escola Livre do Direito, cujo paradigma histórico de perversão da legalidade fez ignóbil a memória do nacional-socialismo, o mais indigno, trágico e lutuoso sistema de poder e arbítrio que já se abateu sobre a independência e a liberdade dos povos na comunhão universal das sociedades civilizadas.

De conseguinte, só há uma interpretação correta e admissível

respeitante ao parágrafo único do art. 102: aquela, segundo a qual esse parágrafo busca, tanto no seu espírito como na sua determinação normativa, unicamente subtrair o juiz eleito para o preenchimento de uma parcela de mandato, da inelegibilidade que fatalmente lhe adviria do eventual exercício de um mandato provisório, isto em consequência da regra proibitiva da reeleição estampada no corpo do mesmo art. 102.

É essa regra que o parágrafo único derruba, como não poderia deixar de fazê-lo, preservando assim, em benefício do titular da interinidade, ao completar um certo período de mandato inferior a um ano, a qualificação jurídica de antigüidade, mediante a qual, legitimado pelo “caput” do art. 102, se habilita novamente a entrar naquela relação de elegíveis para o exercício do mandato normal nos cargos de direção dos tribunais.

Tal interpretação se arrima tanto na literalidade da expressão normativa do “caput” daquele artigo como na dimensão de normatividade subjacente ao mesmo, normatividade que o intérprete extrai ou capta por via construtiva e concretizante; tudo consoante manda a metódica da Nova Hermenêutica, da qual valiosamente estamos a socorrer-nos.

Quanto à literalidade, esta se nos afigura insuscetível de maior perquirição interpretativa na medida em que do texto se ergue - vinculada ao critério de antigüidade - uma inferência lógica de “*numerus clausus*”; depara-se-nos assim um elemento aritmético fixo, cuja imperatividade determina, com indubitável rigor e certeza, a restrita extensão da lista dos elegíveis na seqüência irredutível estabelecida por aquele critério.

Nenhum artifício hermenêutico poderá, por conseguinte, flexibilizar o critério de antigüidade sucessiva dos que, por preceito normativo explicitado no “caput” do art. 102, são chamados, numa ordem intangível de rigidez, a compô-la inarredavelmente.

Eis um caso singular, manifestativo de que até mesmo o velho e clássico apotegma, segundo o qual “*in claris cessat interpretatio*”, sobrepara, invicto e persuasivo, as impugnações da Nova Hermenêutica.

Em rigor, nada mais claro, mais positivo, mais normativo, mais imune à dúvida do que o número, isto é, a definição quantitativa ou matemática posta, implícita ou explicitamente, pelo legislador com a firmeza de uma incontestabilidade lógica. Em outras palavras, ali se colocou um comando cuja densidade de império é inelutável escusando toda a diligência elucidativa do hermeneuta.

Aos subsídios da Nova Hermenêutica, todavia, urge recorrer para testificar que ainda de uma normatividade construída por via interpretativa

concretizante, a solução não haveria de ser outra senão aquela há pouco deduzida da interpretação clássica, ou seja, inferida da inteligência gramatical, da letra da lei, segundo o vetusto cânone de Savigny.

Considerando o presente caso, poder-se-á, por conseguinte, mediante o emprego de novas pautas hermenêuticas, designadamente as mais adequadas para atos normativos que se prendem à esfera do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, alcançar por outro caminho argumentativo idêntico efeito. Tais pautas, traçadas sobretudo pela Teoria Estruturante do Direito, configuram, em verdade, a derradeira palavra de transformação e avanço nos distritos da ciência jurídica contemporânea, ou seja, particularmente, nos domínios de uma hermenêutica modernizada em seus métodos e conceitos.¹

Aqui, sim, percorrer-se-á, de necessidade, uma artéria interpretativa propriamente dita, de cunho concretizante, vazada na obra jurídica do prof. Friedrich Müller, “o jurista da segunda metade do século XX”.²

Esta artéria parte da norma-texto (“Normtext”) - todo o artigo 102 e seu parágrafo único - para abranger em seguida a norma-programa (“Normprogram”), aquela que exaure, em suas bases de argumentação o discurso normativo do texto, descobrindo-lhe o núcleo central de inferência precisamente na cláusula de elegibilidade, circunscrita por habilitação de antigüidade aos componentes do “*numerus clausus*”.

Em seguida, ocorre a interconexão da norma-programa com a norma-âmbito (“*Normbereich*”), a saber, aquela norma derivada dos elementos fáticos que instituíram a tradição eletiva, por antigüidade, para a ascensão aos cargos diretivos e que não devem ser em hipótese alguma conculcados na análise jurídica do caso vertente.

A conjunção da norma-programa com a norma-âmbito faz nascer, enfim, a norma de Direito (“*Rechtsnorm*”) que outra não há de ser aqui senão aquela que impõe sejam reconhecidos por elegíveis unicamente os Desembargadores constantes da lista elaborada com observância do “*numerus clausus*” (art. 102, “*caput*”), correspondente aos três cargos de direção da cúpula judiciária (Presidente, Vice-Presidente e Corregedor), obedecida, ao mesmo passo, a cláusula de antigüidade em linha sucessiva, cuja rigidez indeclinável não deve ser afrouxada nem desfeita, porquanto o parágrafo único do sobredito artigo não a quebranta de forma alguma.

De sorte que a interpretação do art. 102 e seu parágrafo único há estabelecido já, qual a norma de direito aplicável; mas o processo intelectual e hermenêutico apenas terá remate quando a autoridade competente

sancionando o entendimento ora exposto, cuja exaço se nos afigura irrefragável, vier coroa-lo com a norma-decisão (“*Entscheidungsnorm*”), isto é, com a sentença ou o ato decisório, completando ou tornando assim efetivas, em termos finais, as diligências concretizadoras daquela normatividade que se desenvolveu e se obteve mediante o confronto dos argumentos de linguagem e sentido, derivados do texto jurídico, com aqueles que promanam de um recorte da realidade, de uma ponderação de elementos tópicos que giram em esfera fática, onde se concentram dados extraídos de uma análise a todas as particularidades do caso concreto.

De último, a norma decisória, obra de quem aplica o Direito, tendo recurso a meios hermenêuticos, representa o ponto culminante da tarefa interpretativa, a qual, no caso em tela, não poderia consagrar outro resultado senão este:

O “*numerus clausus*” do “*caput*” do artigo 102 e a sua determinação constitutiva, por ordem de antigüidade dos membros componentes do colégio de Desembargadores, não padeceu nenhum abalo ou alteração proveniente do dispositivo de inaplicabilidade do parágrafo único. Este, portanto, em nada afetou a formação da lista vinculada à sucessão provisória, ou seja, aquela que implica na eleição de juiz para completar período de mandato inferior a um ano.

Por conseguinte flui irretorquível da natureza, substância e essência das reflexões até agora expendidas, o sentido que anima o parágrafo único do artigo 102 e lhe atribui o inviolável alcance. Tal sentido já determinado conforme assinalamos, governa, protege e resguarda incontrastavelmente o direito líquido e certo dos que, por ordem de antigüidade, compõem a lista dos elegíveis habilitados a preencher o referido período parcial de mandato.

Em razão de não haverem sido modificadas pela cláusula de inaplicabilidade, as condições regulares e normais de postulação de mandato nos tribunais permanecem inalteráveis e invioláveis; e em tal latitude que toda interpretação oposta configura afronta à Lei e à Constituição.

Acham-se assim excluídos da elegibilidade para desempenho de mandato incompleto (parágrafo único do art. 102 da Lei Complementar nº 35) os Desembargadores cujos nomes não constem da lista formulada com estrita observância do critério legal de antigüidade estatuído pelo legislador complementar.

Diante de subsídios que nos foram trazidos acompanhando a Consulta e relativos ao quadro de antigüidade dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Maranhão, ficam, pela autoridade dos textos legais, habilitados a

compor a lista dos elegíveis os Desembargadores Antonio Fernando Bayma Araújo, Antonio Carlos Medeiros e Jorge Rachid Mubarack Maluf. São os mais antigos e portanto os únicos naquela Corte que podem pleitear o ingresso ao cargo de Vice-Presidente, a fim de perfazer período restante de mandato ao ensejo da aposentadoria do titular.

Demais disso, se ofensa houver à composição dessa lista, por obra de um entendimento errôneo do parágrafo único do art. 102, as vítimas da lesão, amparadas tanto na Lei Complementar como no Estatuto Supremo da República, poderão, pela via processual do mandado de segurança, buscar o restabelecimento de seus direitos violados.

Este o nosso Parecer, s.m.j.

Em 4 de abril de 1997 .

Paulo Bonavides

NOTAS

¹.Concretização, princípio da proporcionalidade como instrumento de controle jurídico que protege a liberdade e concilia princípios quando estes colidem e um deles tem que ceder, pré-compreensão ("Vorverstaendnis"), teoria estruturante do Direito, princípios gerais de Direito convertidos em princípios constitucionais e colocados no vértice da pirâmide normativa, dimensão objetiva dos direitos fundamentais com o "status positivus" acolhendo novas gerações de direitos e se sobrepondo, em importância, ao clássico "status negativus" - o da doutrina e terminologia de Jellinek - o qual, longe de ser abolido, é incorporado àquele com vantagem, eficácia dos direitos fundamentais "inter privatos", ou seja, segundo os alemães, relacionados a terceiros ("Drittwirkung"), expansão horizontal do Direito Constitucional , avassalando todos os ramos da Ciência Jurídica, e, de último, construção, que ainda prossegue, de uma Nova Hermenêutica, jungida a essa esfera de transformações conceituais - traços todos estes configurativos de posições profundamente renovadoras, apontam para um referencial interpretativo apto a mudar, de certa maneira, a face clássica e tradicional da metodologia aplicada ao exame da matéria jurídica.

Com efeito, a função hermenêutica deixa assim de ser algo atado apenas a uma simples e constante averiguação de textos cuja inteligência dantes se lograva tão somente de maneira dedutivista, pela técnica de subsunção, escudada na Metodica de Savigny, e mediante a qual se supunha extrair daqueles textos a norma já pronta e acabada para tomar-se, por excelência, atividade fecunda de uma razão crítica e, ao mesmo passo, criativa, participativa e construtiva de quem interpreta as leis e aplica

o Direito. E o faz sempre em harmonia e adequação com os imperativos humanos e sociais da realidade, que não pode ser desprezada, se quisermos o estabelecimento de uma ordem normativa mais equânime e eficaz.

².Em 29 de abril de 1986, "O Estado de S. Paulo" estampou artigo nosso, intitulado "Friedrich Mueller, o jurista da segunda metade do século", precedido doutro publicado em 1984 - dois anos antes portanto - no Rio de Janeiro, pela Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, nº. 2, (Forense) e denominado "Teoria Estrutural do Direito", no qual já versávamos algumas das teses capitais do mais importante jusfilósofo alemão da atualidade.

Esse estudo, ao que nos consta, foi o primeiro trabalho a aparecer no Brasil divulgando o nome, a obra e o pensamento de tão notável figura da Ciência Jurídica contemporânea. Para essa Ciência, Mueller tem contribuído inovadoramente, com traços de genialidade, perceptíveis em sua Teoria Estruturante do Direito, bem como na Metodica Jurídica, da qual existe excelente tradução em língua francesa.