

# UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE O USO DOS PRINCÍPIOS, INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL

## AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE USE OF PRINCIPLES, LEGAL INTERPRETATION AND JUDICIAL DECISION

*Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva\**

*Bárbara Lupetti\*\**

*Rafael Mario Iorio Filho\*\*\**

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise crítica e reflexiva da realidade atual do uso de princípios e da interpretação jurídica no âmbito da decisão judicial. A problemática está exatamente no abuso da aplicação de princípios, de forma ampla e irrestrita, ao que se pode chamar de “princípios abertos”. A proposta é considerar o Direito a partir de uma perspectiva multidisciplinar em suas práticas discursivas, em uma tentativa de explicitar como ele é, independentemente do dever ser. Para isso, abordaremos o Direito sob a perspectiva de saber alográfico e, depois, analisaremos o discurso jurídico como ele é hoje para, finalmente, sope-sarmos se a utilização de princípios da forma como ocorre significa fazer justiça ou extrapola os limites do razoável.

**Palavras-Chave:** Princípios; Interpretação jurídica; Decisão judicial; Jurisdição; Lei.

---

\* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Correspondência para/Correspondence to: Av. Venezuela, 134, 6º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20081-310. E-mail: rafa.ioriofilho@gmail.com. Telefone: (21) 2510-8631.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Correspondência para/Correspondence to: Rua Ibituruna – lado par, Maracanã, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20271-020. E-mail: blupetti@globo.com. Telefone: (21) 2574-8888.

\*\*\* Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Correspondência para/Correspondence to: Rua São José, 35, 15º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20010-020. E-mail: rafa.ioriofilho@gmail.com. Telefone: (21) 3231-2005.

## ABSTRACT

This article aims to make a critical and reflective analysis of the current reality of the use of principles and legal interpretation under the court decision. The problem is the abusive application of principles of broad and unrestricted manner, it can be called “open principles”. The proposal is to consider the right from a multidisciplinary perspective in their discursive practices in an attempt to explain how it is, regardless of should be. For this approach, the law from the perspective of knowing allographic and after analyze the legal discourse as it is today to finally sopesarmos the use of principles of how occurs means doing justice those beyond the limits of the reasonable.

**KEYWORDS:** Principles; Legal interpretation; Judicial decision; Jurisdiction; Law.

## INTRODUÇÃO

O nosso interesse em escrever sobre este tema adveio da percepção de que estamos vivenciando um momento jurídico em que a supremacia dos princípios se impõe, parecendo-nos conveniente que, cada vez mais, pensemos e fomentemos estudos e reflexões sobre o papel do juiz, uma vez que é ele quem, ao fim e ao cabo, como intérprete definitivo, maneja os princípios e a teoria disponível e, no caso concreto, exerce a jurisdição.

Em uma conversa com um desembargador, que fora entrevistado por um dos coautores deste texto, ele se disse muito preocupado com essa “tendência” de os juízes cada vez mais julgarem segundo o que ele próprio chamou de “princípios abertos”.

Para o desembargador, esse uso indiscriminado dos princípios permite que o juiz decida “como quiser”. Durante a entrevista, contou alguns casos e esforçou-se para comprovar a sua “tese” (de que o uso indiscriminado dos princípios permite que o juiz decida como quiser).

Demonstrando a sua preocupação com essa nova “era principiológica”, o desembargador enunciou a seguinte frase que, até hoje, reverbera para todos nós e que foi, de fato, o que motivou a elaboração deste texto: “o juiz julga a lei”. E, segundo ele, “isso é perigoso porque, se o juiz é bom, ótimo. Mas se o juiz for mal-intencionado, é um problema”.

Sendo assim, o presente texto propõe pensar o Direito de forma reflexiva, e não de maneira repetitiva e reprodutora, própria dos trabalhos classificados tradicionalmente como jurídicos. Nossa proposta é analisar o Direito brasileiro em suas práticas discursivas, em uma tentativa de explicitar como ele é, e não como ele deveria ser. Em outras palavras, a partir de uma perspectiva

multidisciplinar (filosofia do Direito, antropologia jurídica<sup>1</sup> e análise semiolinguística do discurso<sup>2</sup>) de enfrentamento do fenômeno jurídico, pretendemos explicitar uma gramática das decisões judiciais no Direito brasileiro, objetivando demonstrar com que regras operam os intérpretes das normas jurídicas no Direito brasileiro na chamada era dos princípios ou cenário pós-positivista<sup>3-4</sup>.

## O DIREITO COMO UM SABER ALOGRÁFICO

Nos países de tradição de *civil law* identificam-se dois grandes filões, funções ou papéis de interpretação na concretização da norma jurídica: a doutrina jurídica e as decisões judiciais, consolidadas na “jurisprudência”.

A doutrina<sup>5</sup> no Direito brasileiro pretende ocupar o papel de sugerir interpretações pertinentes aos operadores do Direito. Tais sugestões serão utilizadas ou não dependendo do argumento defendido em juízo e da apropriação que o juiz faz do próprio, conforme autorizam os princípios da independência e do

---

<sup>1</sup> Interessante a passagem de Roberto KANT DE LIMA (1983:98): A contribuição que se pode esperar da Antropologia para a pesquisa jurídica no Brasil será evidentemente vinculada à sua tradição de pesquisa. Desde logo há de se advertir que o estranhamento do familiar é um processo doloroso e esquizofrênico a que certamente não estão habituadas as pessoas que se movem no terreno das certezas e dos valores absolutos. A própria tradição do saber jurídico no Brasil, dogmático, normativo, formal, codificado e apoiado em uma concepção profundamente hierarquizada e elitista da sociedade, refletida em uma hierarquia rígida de valores autodemonstráveis, aponta para o caráter extremamente etnocêntrico de sua produção, distribuição, repartição e consumo.

<sup>2</sup> Do ponto de vista metodológico, trabalhamos com a análise semiolinguística do discurso a partir de CHARAUDEAU e MAINGUENEAU (2004), que nos possibilitou explicitar as estruturas e visadas discursivas, ou intenções, de cada enunciador ou autor textual em suas interpretações.

<sup>3</sup> De maneira bastante simples, o pós-positivismo é uma forma de compreensão do direito que sustenta a normatividade dos princípios jurídicos (e, portanto, de aplicação obrigatória no caso concreto) e abertura do direito ao plano ético-moral. A partir da década de 1990, incorporando uma série de autores estrangeiros, tais como Robert Alexy e Ronald Dworkin, passa a ser entre nós a visão hegemônica (na doutrina e jurisprudência) sobre a forma adequada não só de compreensão, mais especialmente de aplicação do Direito. Para maiores esclarecimentos ver Bonavide (1995) e Barroso (2007).

<sup>4</sup> A integridade proposta por Ronald Dworkin poderia ser um parâmetro a ser explorado para não recairmos nos problemas da decisão subjetiva dos magistrados. Essa construção se apegua à ideia de um romance em cadeia, assim, o juiz seria o autor dessa narrativa e, como tal, ele deve se vincular ao passado (decisões antigas) para que a história mantenha sua coerência e para que exista espaço para que ele decida. (DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria pratica da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005)

<sup>5</sup> A dogmática jurídica, também chamada de doutrina, é uma forma de construção do saber própria do campo jurídico que consiste em reunir e organizar de modo sistemático e racional comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor maneira de interpretá-la. A dogmática é um saber que produz as doutrinas jurídicas, por meio das quais o direito se reproduz. Tais doutrinas constituem o pensamento de pessoas autorizadas a trabalhar academicamente determinados assuntos, interpretar os textos legais e emitir pareceres a respeito da forma mais adequada de interpretá-los e de aplicá-los.

livre convencimento do juiz. Além disso, a doutrina também seria responsável pela socialização dos integrantes do campo jurídico (advogados públicos e privados, magistrados, membros do Ministério Público, estudantes e acadêmicos do curso de Direito) nos símbolos e nas representações articuladas do sistema de pensamento<sup>6</sup> ou da atividade discursiva próprias do Direito.

O papel da jurisprudência, aqui entendida de forma ampla como sinônimo das decisões dos tribunais, no nosso sistema de fontes do Direito, reduz o juiz à figura de um simples “aplicador” da lei. Na atividade profissional, associada aos operadores do Direito, as decisões, em geral, são manejadas apenas como “argumento de autoridade”,<sup>7</sup> que se prestam a reforçar as teses sustentadas pelas partes em juízo ou mesmo a própria decisão tomada pelo juiz. As decisões proferidas pelas cortes materializam as representações de seus juízes sobre a problemática abordada, cristalizando e formalizando uma relação no campo jurídico, que se traduz na chamada prestação jurisdicional. Como nos diz Eros Grau:

A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas. Todos os operadores do Direito o interpretam, mas apenas uma categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair a norma de decisão do caso, é aquele que Kelsen chama de *intérprete autêntico*, o juiz.<sup>8</sup>

Estabelecidos esses dois papéis, importante se torna observar que a filosofia do Direito, mais especificamente o seu ramo da hermenêutica, estabelece que o processo de interpretação do Direito se processa pela alografia:

<sup>6</sup> Consideramos que, no Direito, o nosso “olhar” é “disciplinado” e domesticado teoricamente não só pelo esquema conceitual da “disciplina” em que fomos formados, nos termos descritos por Bourdieu (1987), mas também pelas categorias apresentadas nas teorias disponíveis.

<sup>7</sup> A doutrina jurídica denomina tal uso das decisões dos tribunais como “eficácia persuasiva” da jurisprudência. Como nos diz Leonardo GRECO (2003:3): “A jurisprudência não é cristalizada em um postulado abstrato, mas em um acórdão inteiro, com todas as suas particularidades, tal como o exigia o Supremo Tribunal Federal para a caracterização do dissídio jurisprudencial no antigo recurso extraordinário (Súmula 291), consoante a regra de comparação hoje inscrita no parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil. Nessa comparação, restringe-se a eficácia vinculante às chamadas *rationes decidendi*, como critérios jurídicos que identificam os fatos relevantes da controvérsia e os fundamentos centrais da decisão e desprezam-se os denominados *obiter dicta*, argumentos ou circunstâncias secundários ou acessórios, ou se lhes confere simples eficácia persuasiva”. (grifos nossos)

<sup>8</sup> GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009, p. 472.

Podemos afirmar que o Direito é alográfico. Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras, alográficas [música e teatro], a obra apenas se completa com concurso de dois personagens, o autor e o intérprete; nas artes autográficas [pintura e romance], o autor contribui sozinho para a realização da obra. Em ambas há interpretação, mas são distintas, uma e outra. A interpretação da pintura e do romance importa compreensão: a obra, objeto da interpretação é completada apenas pelo seu autor; a compreensão visa a contemplação estética, independentemente da mediação de um intérprete. A interpretação musical e teatral importa compreensão + reprodução: a obra, objeto da interpretação, para que possa ser compreendida, tendo em vista a contemplação estética, reclama um intérprete; o primeiro intérprete compreende e reproduz e o segundo intérprete compreende mediante a (através da) compreensão/reprodução do primeiro intérprete.<sup>9</sup>

A norma, portanto, se dá por uma operação entre o compositor do texto legal (legislador) e o intérprete (doutrina ou juiz, em conjunto).

Ainda sobre essa operação interpretativa, elucidativo é o seguinte trecho do texto de Eros Grau:

A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito. Partindo do texto das normas e dos fatos, alcançamos a norma jurídica, para então caminhar para a norma de decisão, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do Direito. Concretizá-lo é produzir normas jurídicas gerais nos quadros de solução de casos determinados. A concretização implica caminhar do texto da norma para a norma concreta [a norma jurídica], que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que substancia o concreto. Por isso, interpretação e concretização se superpõem. Inexiste, hoje, interpretação do Direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.<sup>10</sup>

A partir desta compreensão alográfica do processo de realização da norma jurídica, questiona-se o papel secundário atribuído à doutrina e à jurisprudência nos sistemas de *Civil Law*. Ou seja, é reconhecido que o intérprete é coautor do Direito. O que leva a relevância deste trabalho a procurar descobrir que regras discursivas e, portanto, de compreensão/reprodução,

<sup>9</sup> GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009, p. 472.

<sup>10</sup> GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009, p. 472.

operam inconscientemente<sup>11</sup> nos processos mentais resultantes nas interpretações sobre o Direito que, ao final, são as representações discursivas do campo. Em outras palavras, a gramática, regra da língua, das escolhas decisórias tomadas pelos atores do campo, especialmente os juízes.

## O DISCURSO JURÍDICO

O termo discurso na perspectiva linguística significa um encadeamento de palavras ou uma sequência de frases que seguem determinadas regras e ordens gramaticais no intuito de indicar a outro – com quem se fala ou para quem escreve – que pretendemos lhe comunicar/significar alguma coisa. Esse conceito pode ser compreendido também do ponto de vista da lógica, como a articulação de estruturas gramaticais com a finalidade de informar conteúdos coerentes à organização do pensamento<sup>12</sup>.

No que toca à espécie discurso jurídico, ele é o processo lógico-mental que permite a produção de sentido de um conteúdo normativo a partir de fórmulas linguísticas encontradas em textos, enunciados, preceitos e disposições. Em outras palavras, ele é o resultado concreto da interpretação realizada pela alografia dos atores/intérpretes do campo jurídico<sup>13</sup>.

406

Essa produção de sentido é uma questão de interação e, portanto, o pensamento jurídico se elabora a partir dos modos de interação e da identidade dos participantes implicados, o que permite a distinção de três lugares de fabricação desse pensamento<sup>14</sup>: a doutrina jurídica, a retórica jurídica e a cultura jurídica.

---

<sup>11</sup> Estamos usando o termo inconscientemente, pois segundo estudos como LUPETTI BAPTISTA (2008) e KANT DE LIMA (1983), o Direito brasileiro não tem uma teoria da decisão. Nos países de tradição de *Common Law*, os caminhos decisórios são explícitos, enquanto aqui eles não são.

<sup>12</sup> Quanto à definição do termo “discurso”, ver MAINGUENEAU e CHARAUDEAU (2004:168-172).

<sup>13</sup> “Um campo, e também o campo científico, se define, entre outras coisas, através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irreduzíveis aos objetos de disputas e dos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses, a outros investimentos, destinados, assim, a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de *habitus* que impliquem o conhecimento e o reconhecimento das leis imanentes do jogo, dos objetos de disputas, etc” (BOURDIEU, 1992:89).

<sup>14</sup> Observe-se que estes lugares de produção do discurso são comuns a qualquer tipo de discurso particularizado em um campo. Para aprofundamento da questão, consulte-se o verbete “discurso” do Dicionário de Análise do Discurso (MAINGUENEAU e CHARAUDEAU, 2004: 314) – “Noção utilizada no estudo das interações verbais, extraída de Flahault: ‘Cada um tem acesso a sua identidade a partir e no interior de um sistema de lugares que o transcende; esse conjunto implica que não existe fala que não seja emitida de um lugar e que não convoque o

Cada qual corresponde respectivamente a um desafio de troca linguageira particular: I) um lugar de elaboração dos sistemas de pensamento, além dele; II) um lugar cujo sentido está relacionado ao próprio ato de comunicação; e por último, III) um lugar onde é produzido o comentário.<sup>15</sup>

I) O primeiro lugar é aquele da doutrina jurídica, que consiste no sistema de pensamento, resultado de uma atividade discursiva que faz o papel de fundadora de um ideal jurídico referível à construção das opiniões. Assim, este *topos* (lugar) se refere à dogmática jurídica, não atrelada aos atores especificamente. Refere-se sim, para usar uma denominação “bourdieuniana”, ao *habitus*<sup>16</sup> e ao capital simbólico dos integrantes do campo jurídico.

II) O segundo lugar caracteriza-se como uma dinâmica de comunicação dos atores jurídicos. Refere-se à razão ideológica de identificação imaginária da “verdade” jurídica. Os atores do campo jurídico fazem parte das diversas cenas de vozes comunicantes de um enredo permeado pelo desafio retórico do reconhecimento social, isto é, o consenso, a rejeição ou a adesão. Suas ações realizam vários eventos: audiências públicas; debates reuniões; e, hoje principalmente, a ocupação do espaço midiático<sup>17</sup>. Os atores precisam de filiações e, por essa razão, estabelecem organizações que se sustentam pelo mesmo sistema de crença político-jurídica articuladora de ritos e mitos pela via dos procedimentos retóricos, a chamada retórica jurídica<sup>18</sup>.

III) O terceiro *topos* situa-se nas influências do discurso sobre as instituições que formam uma cultura jurídica, isto é, o discurso jurídico não se mantém fechado no campo jurídico, mas influencia todas as instituições culturais. Esse

---

interlocutor a um lugar correlativo; seja porque essa fala pressupõe apenas que a relação de lugares está em vigor, seja porque o locutor espera reconhecimento de seu lugar específico, ou obriga seu interlocutor a se inscrever na relação” (1978:58). Para Vion, “pela relação de lugares exprime-se de modo mais ou menos consciente qual posição se deseja ocupar na relação e, ao mesmo tempo, define-se, de modo correlativo, o lugar do outro”. Consequentemente, “uma das questões que está em jogo na relação que se constrói consistirá em aceitar ou negociar essa relação de lugares identitários, de maneira que os lugares ocupados no final da interação serão, muito frequentemente, distintos das tentativas iniciais de posicionamentos (1992:80-81)”.

<sup>15</sup> CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. São Paulo: Contexto, 2006.

<sup>16</sup> *Habitus* é uma categoria criada por Pierre Bourdieu (1992) para definir a estruturação de um raciocínio próprio da relação e práticas dos agentes sociais e seus campos, de forma a legitimar e criar o campo sobre o qual age. Esse modo de pensar específico dos agentes de um campo de poder é historicamente construído, evoluindo em novas formas de adaptação e reforço de suas convicções, sem, contudo, serem atingidos seus princípios essenciais. Ele procura ser maleável aos anseios dos agentes impedidos de adentrar ao campo a fim de que possam se manter legítimas as relações de poder.

<sup>17</sup> Ver GARAPON (1999:77).

<sup>18</sup> A *retórica*, além de ser a arte da persuasão pelo discurso, é também a teoria e o ensinamento dos recursos verbais – da linguagem escrita ou oral – que tornam um discurso persuasivo para seu receptor. Segundo Aristóteles, a função da *retórica* não seria “somente persuadir, mas ver o que cada caso comporta de persuasivo” (*Retórica*, I,2,135 a-b).

lugar da produção do discurso estabelece as relações entre os atores de dentro do campo e os de fora, revelando opiniões produtoras de conceitos que expandem a cultura relacionada a esse tipo de discurso.

Esse discurso jurídico, como já visto, se materializa por uma operação interpretativa/decisória de um agente do campo jurídico. Ou seja, toda ação discursivo-jurídica pressupõe uma escolha entre as diversas possibilidades interpretativas, voltada à sua aplicação em uma situação concreta. E toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso decisório é polifônico, pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores. Sendo assim, é possível dele se extrair diversas cadeias de discursos. Por isso, nos chama a atenção a ideologia<sup>19</sup> que permeia esse discurso decisório, revelando-se na representação social que o juiz-intérprete faz das normas que deve aplicar e do conflito que lhe é submetido<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ideologia, no presente trabalho, é tomada com o sentido que lhe dá Aron e deve ser compreendida como “um sistema global de interpretação do mundo social” ARON (1968:375). Interessante observar, ainda, as palavras de BOURDIEU: “Enfim, mais sutilmente, a submissão aos hábitos de pensamento, ainda que sejam os que, em outras circunstâncias, possam exercer um formidável efeito de ruptura, pode conduzir também a formas inesperadas de ingenuidade. E eu não hesitarei em dizer que o marxismo, nos seus usos sociais mais comuns, constitui, frequentemente, a forma por excelência por ser mais insuspeita, do pré-construído duto. Suponhamos que se pretende estudar ‘a ideologia jurídica’, ou ‘religiosa’, ou ‘professoral’. O termo ‘ideologia’ pretende marcar a ruptura com as representações que os próprios agentes querem dar à sua própria prática: ele significa que não se deve tomar à letra as suas declarações, que eles têm interesses, etc.; mas, na sua violência iconoclasta, ele faz esquecer que a dominação à qual é preciso escapar para o objetivar só se exerce porque é ignorada como tal; o termo ‘ideologia’ significa também que é preciso reintroduzir no modelo científico o fato de a representação objetiva da prática dever ter sido construída contra a experiência inicial da prática ou, se se prefere, o fato de a ‘verdade objetiva’ desta experiência ser inacessível à própria experiência. Marx permite que se arrombem as portas da *doxa*, da adesão ingênua à experiência inicial; mas, por detrás da porta, há alçapão, e o meio-hábil que se fia no senso comum duto esquece-se de voltar à experiência inicial a construção dota deve ter posto em suspenso. A ‘ideologia’ (a que seria preferível de futuro dar outro nome) não aparece e não se assume como tal, e é desse desconhecimento que lhe vem a sua eficácia simbólica. Em resumo, não basta romper com o senso comum vulgar, nem com o senso duto na sua forma corrente; é preciso romper com os instrumentos de ruptura que anulam a própria experiência contra a qual eles se construíram. E isso para se construírem modelos mais completos, que englobem tanto a ingenuidade inicial como a verdade objetiva por ela dissimulada e à qual, por outra forma de ingenuidade, se prendem os meio-hábeis, aqueles astutos. (Não posso deixar de dizer aqui que o prazer de se sentir astuto, desmistificado e desmistificador, de brindar aos desencantadores desenganados tem boa parte em muitas vocações sociológicas... E o sacrifício que o método rigoroso exige é ainda maior...)” (BOURDIEU, 1989:48).

<sup>20</sup> Entre os diversos estudiosos da Análise do Discurso, Patrick Charaudeau é o que melhor se ajusta a explicitar a ideologia concretizada no discurso dos intérpretes-juizes em suas operações alográfica-interpretativas, pois fornece um instrumental que permite a construção de uma metodologia para a análise dos discursos jurídicos. A metodologia de Charaudeau situa-se na moldura da chamada teoria semiolinguística do discurso, pois se alinha a uma tradição de estudo dos gêneros deliberativos e da persuasão codificados pela retórica aristotélica. Par-



Tais fatores inspiram a nossa proposta em procurar compreender a construção do discurso jurídico-decisório, em especial a partir do uso dado aos princípios. Como se vê, a dinâmica do discurso jurídico, tomando como referência o pensamento de Charaudeau<sup>21</sup>, se dá pelo chamado princípio de influência. Este princípio caracteriza-se como um ato de linguagem no qual um agente tenta influenciar, persuadir o seu auditório, ou seja, aqueles para quem ele se dirige.

Os elementos que sustentam a legitimação<sup>22</sup> e, portanto, tratam da influência do discurso jurídico-decisório, poderiam ser classificados por quatro ordens de legitimação simbólica que estruturam o *habitus* do campo jurídico: 1) a crença na lei/norma como ato emanado de autoridade competente; 2) o Poder Judiciário como guardião dos valores democráticos; 3) a crença na decisão judicial construída pelo debate do contraditório<sup>23</sup>; e 4) a crença de que o uso dos princípios (constitucionais) permite a abertura de um sistema jurídico (contingenciado pelo positivismo jurídico) para a realização da justiça e compromisso com os direitos fundamentais.

---

te-se de uma problemática da organização geral dos discursos, fundamentando-se em um projeto de influência do EU sobre o TU em uma situação dada, e para qual existe um contrato de comunicação implícito de interação social. O contrato de comunicação no pensamento de Charaudeau é um conceito central, definido como “[...] o conjunto das condições nas quais se realiza qualquer ato de comunicação (qualquer que seja a sua forma, oral ou escrita, monolocutiva ou interlocutiva). É o que permite aos parceiros de uma troca linguageira reconhecerem um ao outro com os traços identitários que os definem como sujeitos desse ato (identidade), reconhecerem o objetivo do ato que os sobredetermina (finalidade), entenderem-se sobre o que constitui o objeto temático da troca (propósito) e considerarem a relevância das coerções materiais que determinam esse ato (circunstâncias) (CHARAUDEAU e MAINGUENEAU (2004:132)).

<sup>21</sup> A perspectiva de Charaudeau faz a associação dos seguintes fatores: a) a análise da situação, aspecto que aborda os gêneros do discurso associados às práticas sociais, consideradas na estrutura das forças simbólicas (*habitus*) estabelecidas e reproduzidas no campo de poder, no qual se situa o estatuto de cada ator do discurso; b) a desempenho do discurso, aspecto que toma em conta o estatuto do autor do discurso e sua fala atualizante, enquanto competência, que reproduz consciente e/ou inconscientemente a locução enunciativa do que é dito; e/ou estrategicamente não dito; c) a semiolinguística, aspecto no qual o texto produzido é tomado como resultado de processos em que os sujeitos comunicantes se relacionam em ação de influência sobre o TU, perpassando diversas finalidades e situações comunicativas. Essa influência do EU sobre o TU, denominada princípio de influência, portanto, trata da relação que o EU (locutor) objetiva ou visa no TU (receptor do discurso) como um efeito, pedido, ordem ou, na perspectiva de nosso objeto, da imposição de uma decisão de autoridade.

<sup>22</sup> Para fins deste trabalho, consideramos sinônimas as expressões *justificação* e *legitimação*, pois, a partir da ótica daquele que enuncia o discurso (enunciador-intérprete), esses termos significariam a ação de articular estratégias simbólicas de poder que demonstrariam serem os comandos (visadas) do enunciador não arbitrários, ou seja, reconhecidos como devidos, motivos; o que gera obediência e aceitação.

<sup>23</sup> Esses seriam os principais elementos de justificação ou legitimação apresentados pelo *habitus* do campo jurídico para as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Entre eles, interessa-nos mais de perto a última ordem de legitimação: a problemática dos princípios, em razão do recorte de nosso objeto de investigação neste texto.

### USANDO PRINCÍPIOS PARA “FAZER JUSTIÇA”: “ÀS VEZES, FAZEMOS MÁGICA”<sup>24</sup>

O Ministro Cesar Asfor Rocha<sup>25</sup> conclama em suas “Cartas a um jovem juiz”, que os magistrados desmistifiquem a lei escrita e, em busca de soluções justas, “abandonem o legalismo dogmático” e “adotem uma posição humanística”. “O sistema de aplicação da lei já cedeu seu passo ao sistema da interpretação da lei”.<sup>26</sup> Para o Ministro, “o juiz deve criar soluções para realizar justiça”.<sup>27</sup>

Para o presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), Francisco Amaral, como noticiara o Superior Tribunal de Justiça, “não existe mais a aplicação da interpretação da norma. O ato interpretativo passa a ser uma criação. O juiz cria quando decide, o que é uma mudança de paradigma”. Segundo ele, a “crise do Direito está sendo paulatinamente dominada pelo poder criativo dos magistrados”. Notadamente, em relação ao Direito Civil, ele menciona que “graças a um Código Civil com o sistema aberto, que permite interpretação criativa”, esse novo paradigma está sendo adequadamente introduzido no sistema judiciário:

410

Tenho confiança no poder criativo dos juristas brasileiros. A ciência jurídica perdeu o seu papel histórico de criação de regras gerais e abstratas, mas tem que elaborar diuturnamente, com o auxílio dos juristas, as normas individuais e concretas para cada caso<sup>28</sup>.

A importância do papel criativo do juiz é também destacada por Prado<sup>29</sup>, que avalia positivamente o novo papel do juiz de “sair da legalidade óbvia” para, com “grande criatividade”, buscar uma decisão justa.

Modernamente, exige-se, de fato, um novo papel para o juiz, que deve ser menos técnico e mais “humano”<sup>30</sup>. E os princípios, segundo os dados revelam,

<sup>24</sup> No trabalho de campo, operado por um dos autores, foi escutado mais de uma vez que os juízes “fazem mágica” quando querem “fazer justiça”.

<sup>25</sup> ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz*: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 26 e 31.

<sup>26</sup> ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz*: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 37.

<sup>27</sup> ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz*: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 72.

<sup>28</sup> Ver: <[http://www.stjunior.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103875](http://www.stjunior.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103875)>.

<sup>29</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed. Campinas: Millennium, 2010, p. 108.

<sup>30</sup> O Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz, coordenador do Sistema de Conciliação do Tribu-

estão a serviço dessa função, justificando e legitimando, com teorias sofisticadas de ponderação, a relativização do rigor positivista da lei.

Nessa linha, o uso dos princípios confirma a expectativa do campo porque permite a relativização da lei no caso concreto. Muitas histórias, narrativas e processos analisados elucidaram situações em que o uso dos princípios permitiu a relativização do rigor positivista da lei.

Efetivamente, a preocupação aqui não é valorativa. Portanto, não pretendemos julgar a forma como a jurisdição vem sendo prestada, nem tampouco o papel dos magistrados nessa nova ordem principiológica. Não nos interessa enunciar se o uso dos princípios é bom ou ruim, mas se mostra relevante pensar sobre essa nova “era principiológica”, de modo a compreendermos o que tem sido feito no mundo da realidade dos tribunais. Ou seja, interessa-nos descrever e buscar entender o que, na prática, está acontecendo a partir dessa forma de prestação jurisdicional e desse novo papel do juiz que, ao final, se revelam também como estratégias discursivas.

Para “fazer justiça”, muitas vezes os intérpretes se valem da elasticidade inerente aos princípios jurídicos, como muitos interlocutores disseram. Uma juíza foi bastante direta, afirmando: “Podemos fazer tudo usando princípios. Fundamentamos tudo usando os princípios”. E depois, um desembargador explicitou o mesmo: “Eu tenho muita preocupação com esse negócio de princípios. Quando o juiz não encontra uma saída na lei ou no processo, já vem falando de princípios. E hoje quase tudo são princípios”.

Khalil<sup>31</sup> narra em seu livro a mesma problemática. Citando um juiz por ele entrevistado, diz algo curioso: “O princípio é uma coisa fluida. É algo com que eu possa brincar como massinha de criança [...] não há a menor possibilidade de eu dizer que o Direito não dá resposta”.

Entre todas as narrativas, destacamos um caso específico que chama atenção pela elasticidade que a exegese demandava.

Em certa ocasião, foi entrevistada uma juíza cível e, enquanto falávamos sobre os dilemas da construção da decisão judicial, ela disse que um dos casos

---

nal Regional Federal da 4ª Região, que abrange a Região Sul, em entrevista à *Revista Consultor Jurídico*, expressou questões muito interessantes sobre o novo perfil dos juizes e do papel do judiciário: “O rol de atribuições do Judiciário se alargou muito. Houve um câmbio no papel do juiz moderno. O eixo passou a ser Direito-juiz, ao invés de Direito-lei. Hoje, nós somos voltados para o social, para a implementação dos direitos fundamentais e da Constituição. [...] Nós não nos limitamos a interpretar a lei. Não basta mais conhecer a lei. Nós criamos o Direito para o caso em julgamento, tecendo e interpretando a ordem jurídica como um todo. Isso toma tempo, dá trabalho, exige abnegação e desprendimento. Demanda muita preparação e um conhecimento multidisciplinar e humanista”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-fev-29/entrevista-paulo-brum-vaz-desembargador-trf>>.

<sup>31</sup> KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011, p. 305.

mais dramáticos se tratava de embargos de terceiro<sup>32</sup>, que foram opostos por uma senhora e por sua filha, portadora síndrome de Down. Elas moravam no imóvel que tinha sido penhorado no processo principal e seria leiloado poucos dias depois. Elas queriam suspender o leilão e a outra juíza que respondia pela vara antes da magistrada entrevistada havia concedido a liminar, em caráter precário. A história contada foi a seguinte:

É que o marido da senhora, pai da menina portadora da síndrome de Down, tinha sido fiador de uma pessoa. Essa pessoa não pagou a dívida e ele, como fiador, teve que responder pela dívida. O bem que ele tinha dado como garantia da fiança era justamente o apartamento em que a senhora e a filha viviam. Na época da ação, eles estavam até separados. Mas quem morava no apartamento era a senhora e a filha. Esse imóvel foi penhorado e estava para ser leiloado. Eu suspendi, mas ia ter que ter o leilão, e elas iam ter que sair do apartamento. Esses casos de fiança normalmente já são muito dramáticos porque o fiador é aquela pessoa pela qual nós temos sempre uma certa dose de complacência porque é uma pessoa que queria ajudar outra e acabou sendo prejudicada, quer dizer, ele paga por uma dívida que não contraiu, enfim, já tem toda uma questão moral por trás dessa coisa da fiança... no caso específico, era uma menina portadora de síndrome de Down, que ia pra rua, porque elas não tinham para onde ir. Estavam pela Defensoria, moravam num bairro pobre...o pai deu como fiança o único bem do casal. E a mãe assinou, na qualidade de esposa, anuindo à fiança dada pelo marido. E estavam separados, enfim, um rolo só. E quem se prejudicaria eram a senhora e a filha, por causa de uma coisa que o ex-marido tinha feito... todo um drama sobre o qual eu tinha que decidir. Eu ia assinar o despejo delas...e eu não queria fazer isso. Eu não queria que elas saíssem da casa. Tinha até um laudo médico dizendo, inclusive, que a menina estava adaptada ao bairro, tinha conseguido um emprego no bairro, coisa que dificilmente ela conseguiria em outro local. O credor do processo principal já estava com grande parte da dívida satisfeita pela penhora de outros dois imóveis, quer dizer, ele já ia receber parte da dívida...então, eu estava fazendo de tudo para evitar que esse processo prosseguisse... eu queria arrumar um outro bem porque claro que o credor tinha que receber, mas essa situação era muito dramática. Então, eu fiquei com o processo muito tempo, pensando, e é um daqueles casos – raros, ainda bem, porque no nível isso é muito raro, quase nunca me vejo nessas situações... **e era um caso que eu ia acabar tendo que decidir com base em princípios... na dignidade da pessoa humana, do acesso à moradia,**

412

---

<sup>32</sup> Ação incidental proposta por aquele que não é parte no processo principal, mas sofreu turbacão ou esbulho na posse de seus bens, fruto de uma penhora, por exemplo. Está previsto no art. 1.046 do CPC.

**como direito fundamental.** Dá para fazer uma mágica e decidir principiologicamente. Mas eu não sei se o Tribunal mantém isso. Acho que não... porque é uma interpretação muito elástica... é uma ponderação entre o direito do credor de receber e o direito de uma menina com síndrome de Down... é dramático, sensibiliza, mas não sei se o nosso Tribunal manteria isso não... porque, pela lei, não tem jeito. É fiança. Tem que sair. Mas se eu puder, eu não vou fazer isso... eu não quero fazer isso e, ainda não julguei, mas vai ser um daqueles casos em que vou pensar muito, uma forma, para dar uma sentença... vai ser difícil.

Após a entrevista, o pedido foi julgado procedente, conforme trechos da sentença aqui transcritos.

[...] além dos fundamentos acima, a posse da autora se justifica pelo seu direito à moradia, previsto como direito fundamental na CF/88, o que por si só é suficiente a fazer prevalecer sobre o interesse do exequente na obtenção de seu crédito. Como bem ressaltado pelo Ilustre membro do Ministério Público, o que se tem é o embate entre o direito constitucional a moradia da embargante e o crédito do executado, sendo certo que este não tem sobre o patrimônio dos executados qualquer direito específico sobre qualquer dos bens que o compõem. Na ponderação de direitos necessária no caso, é de maior alçada o direito à moradia da embargante, por ter sede constitucional e por constituir-se em direito fundamental, próprio à integral dignidade humana. Veja-se que para a embargante a manutenção de sua moradia, mais que lhe assegurar um teto, lhe assegura condições de vida adequadas à sua condição de portadora de síndrome de Down, preservando seus laços de amizade, de estudo e trabalho, de familiaridade e todo um contexto sociofamiliar que lhe permite bem desenvolver sua identidade e sua personalidade, superando as dificuldades que possam advir de sua condição especial. Neste sentido, em seu favor, há a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, e vigente em nosso ordenamento, que dispõe: 1) Art. 28. 1. Os Estados-Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência'. Não se pode negar, ademais, que a residência da embargante, para ela, não representa apenas o lugar onde habita, mas, sobretudo, o ambiente terapêutico necessário à estabilidade de sua condição sindrômica, minimizando os efeitos de sua condição especial, tal como dispõe expressamente a Lei 10.216/2001, em seu art. 2º. 'Art. 2º. Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único

deste artigo. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis’. Sobre a importância do apoio social ao portador da síndrome – o que a embargante detém residindo no imóvel penhorado, a reforçar a relevância de se tutelar o direito à moradia que ora defende – pode-se trazer a colação ensinamento de Priscila Grisante: ‘O apoio social vem a ser outro fator que influencia a dinâmica familiar. Conforme Llewellyn e McConnel (2002) há duas definições importantes: uma coloca o apoio social como informações que contribuem para sentimentos de ser aceito, capaz e valorizado e, na outra, apoio social é visto como bens ou serviços trocáveis, assim, incluem-se entre ações de apoio: apoio prático (ajuda financeira, ajuda para executar alguma tarefa, etc.), apoio informacional (fornecimento de informação ou conselho), apoio emocional (provisão de cuidado, empatia, amor e confiança) e interação social positiva – ou companheirismo (participação em atividades agradáveis)’. (Priscila Crespilho Grisante; Ana Lúcia Rossio Aiello, Interações familiares: observação de diferentes subsistemas em família com uma criança com síndrome de Down, *Rev. bras. educ. espec.* vol. 18 n. 2 Marília abr.-jun. 2012). Diante de todo este contexto fático e jurídico, há que se reconhecer a prevalência do direito à moradia da autora, sobre o direito ao crédito do exequente (pessoa jurídica, locadora em contrato de locação não residencial), por sua maior estatura constitucional, prevalecendo o primeiro sobre o segundo. Isto posto, julgo procedentes os embargos de terceiro, para afastar a penhora sobre o imóvel [...]

E a decisão da juíza foi confirmada em segundo grau, pelo Tribunal de Justiça, conforme manifesto em sua ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. COMPOSSUIDORA. DIREITO DE MORADIA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. RECURSO IMPROVIDO. A sentença não está a merecer reforma. Trata-se de embargos de terceiro, em que compossuidora de imóvel questiona penhora de bem no qual reside, com fundamento no direito de moradia. Diante disso, o primeiro aspecto relevante é o reconhecimento de ser a Embargante, ora Apelada, copossuidora e, portanto, legitimada para a propositura dos presentes embargos. Restado evidenciado que a Embargante é copossuidora, evidente é que seu direito de moradia restou ameaçado pela penhora do imóvel no qual reside. No caso concreto, como bem salientou a d. Procuradoria de Justiça, a moradia é destinada à pessoa incapaz, portadora de síndrome de Down, o que acarreta evidente situação de vulnerabilidade. Dessa forma, correto o acolhimento do pedido constante dos embargos, que, ao contrário do que alega o Apelante, não ignora a exceção da Lei 8.009/90, quanto à impenhorabilidade do bem de família, mas se fundamenta em direito diverso, qual seja na garantia constitucional do direito à moradia”.

Para “fazer justiça”, a magistrada entrevistada ponderou princípios jurídicos e julgou conforme havia dito que o faria: em favor da menina com síndrome de Down, sendo referendada sua escolha pelo Tribunal. Na ponderação entre o direito à moradia e o direito ao recebimento do crédito, priorizou-se aquele em prol deste, ainda que a Lei 8.009/90 expressamente permitisse a penhora de bem de família em casos de fiança.

Ou seja, este caso elucidada, assim como tantos outros descritos em outra oportunidade<sup>33</sup>, que a elasticidade do uso dos princípios acaba permitindo, no caso concreto, que o juiz tenha ampla possibilidade de interpretação e que relativize o rigor positivista da lei, permitindo-se, como disse o desembargador que ilustra nossa inquietação sobre este tema, que o “juiz julgue a lei”.

A nossa proposta reflexiva sugere que o novo escopo do Direito, definido pelo pós-positivismo e moldado a partir de uma teoria de ponderação de princípios e de uma sofisticada teoria hermenêutica, redundou, de certo modo, em casuismo e decisionismo, e que isso implica, eventualmente, arbitrariedade e aplicação desigual da lei<sup>34</sup>.

Talvez, se o caso fosse julgado por outro magistrado<sup>35</sup> – ou mesmo se a Apelação Cível tivesse sido distribuída para outra Câmara – o desfecho poderia ter sido outro, já que, na ponderação, não existindo critério legal que defina o princípio prevalecente e nem havendo consensos (quer doutrinários, quer

---

<sup>33</sup> LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

<sup>34</sup> De outra perspectiva, mas no mesmo sentido, “Naturaliza-se, no campo, a desigualdade de tratamento por parte do Estado-juiz. As estruturas processuais, informadas pelas práticas e doutrina, fecham para a pessoa a possibilidade de se ter do Judiciário uma decisão semelhante a que foi dada para seu vizinho. Perde-se a previsibilidade e a segurança na solução dos casos pelo juiz. A distribuição de justiça se torna aleatória; é uma questão de sorte ter o caso julgado pelo juiz A, e não pelo B. Se a sorte lhe faltou, enfim, nada pode ser feito. No fundo, a resposta dada pelo Estado ao conflito vai depender das qualidades pessoais e intelectuais do juiz da causa, do quanto de “bom senso” o mesmo aplica nos seus processos. Há aqui um espaço de arbítrio de difícil compatibilização com a democracia – que resta comprometida em severo grau, se o bom funcionamento de suas instituições fica condicionado às qualidades pessoais dos agentes públicos. Trata-se de uma feição autoritária do sistema judicial que demarca o nosso processo e que reforça desigualdades inerentes à nossa sociedade” (DUARTE, 2010:102).

<sup>35</sup> Assumimos responsabilidade por nossas escolhas de variadas maneiras. Quando essas escolhas são feitas livremente, e não ditadas ou manipuladas por outros, nós nos culpamos se concluímos que deveríamos ter escolhido de modo diverso. [...] Nossas circunstâncias são outra história: não faz sentido assumir responsabilidade por elas a não ser que sejam o resultado de nossas escolhas. Ao contrário, se estamos insatisfeitos com nossos recursos pessoais e não nos culpamos por nenhuma escolha que afetou nossa parcela nesses recursos, é natural que reclamemos dos outros, geralmente os oficiais de nossa comunidade foram injustos conosco. A distinção entre escolha e circunstância é não só familiar, mas fundamental na ética em primeira pessoa. [...] Não podemos planejar ou julgar nossas vidas senão pela distinção entre aquilo sobre o que devemos assumir responsabilidade, porque o escolhemos, e aquilo sobre o que não devemos porque vai além de nosso controle.

jurisprudenciais) sobre critérios objetivos de prevalência ou mesmo uma pauta de prioridades axiológicas, a escolha é do julgador<sup>36</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisarmos os discursos apresentados no presente texto, na perspectiva do terceiro lugar de produção de sentidos dos discursos de um enunciador, qual seja, aquele que procura explicitar quais são os elementos de justificação ou de legitimação dos discursos, vimos que a chamada “era principiológica” apresenta-se como o “grande argumento” presente nas expectativas de reconhecimentos do campo jurídico brasileiro e, por isso, nas crenças de que a sociedade o aceitará ou a ele aderirá. Nesse sentido, sinaliza-se para a compreensão de que o intérprete da lei estará autorizado individualmente a afastar a “lei injusta” usando princípios como estratégia argumentativa. E do lugar do enunciador do discurso (o juiz), os princípios permitem a aplicação da “justiça”, ou seja, daquilo que seria “moralmente bom”, não porque o caso concreto estabelece um conflito de ordem moral sem resposta presente no ordenamento, cabendo ao julgador “descobrir/construir” a resposta adequada a partir de uma perspectiva sistêmica, que remete ao coletivo como sua fonte de legitimação. Mas sim porque a circunstância suscita impasses ideológicos para aquele que deve decidir a demanda. Logo, é a moralidade do julgador que se impõe de plano, a partir das lentes que usa para ver o mundo e que necessariamente não está contingenciada pelas moralidades socialmente construídas entre os membros de um grupo, de uma sociedade<sup>37</sup>.

416

Tal constatação nos gera perplexidades, não apenas porque somos operadores jurídicos e pesquisadores, mas também porque somos cidadãos. Diante do fato de um mesmo caso poder ser tratado de forma absolutamente distinta, conforme a Vara, a Câmara ou a Turma em que o processo tramite, surge a metáfora da “loteria judiciária”.

Por sua vez, a loteria remete à problemática dos limites da interpretação do juiz<sup>38</sup>. De fato, os limites – ou a ausência deles – é o que nos interessa destacar neste texto, em que, efetivamente, procuramos apenas explicitar que a ampla possibilidade de interpretação do juiz diante da norma é o que dá espaço a que ele faça, no caso concreto, o que “quer”, segundo critérios pessoais do que considera “fazer justiça”. Fazer o que se quer implica arbitrariedade.

---

<sup>36</sup> Tal questão nos remete a uma outra problemática que tem sido também um objeto nosso de reflexão, a chamada lógica do contraditório.

<sup>37</sup> Diferentemente daquilo sugerido pela doutrina como forma de encaminhamento para a solução dos chamados *hard cases* (DWORKIN, 1986 e 2007), os dados que suportam nossa pesquisa apontam para um caminho diverso, prevalecendo a pauta moral do julgador como referência decisória.

<sup>38</sup> HALIS (2010:138) defende, mencionando Holmes, juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, que o espaço de criação do juiz deve ser “microscópico”.



Paradoxalmente, se há a “tentação/missão/vocação” dos juízes em fazer justiça no caso em concreto, há também um certo desconforto nesse atuar. Como nos disse um interlocutor: “O juiz não tem que julgar a lei. Se ele concorda, ele aplica. Se discorda, rasga a lei? Isso é estado democrático? Não é”.

Outro desembargador se esforçou para afastar do Judiciário a pecha de um poder arbitrário:

Você não pode legislar, criar lei. Não podemos deixar de cumprir a lei e temos de interpretá-la de uma forma mais razoável. Então, em uma ação de reintegração de posse, em que famílias vão perder suas casas, dar um prazo em nome da dignidade humana, tudo bem. O juiz tem de interceder para fazer a justiça. Mas dentro de certos limites razoáveis. Eu não posso, por exemplo, não dar a reintegração para o proprietário da terra. Isso é ultrapassar o limite e fazer justiça social. Isso, não dá. Mas eu posso dar um prazo digno para a parte contrária ter tempo de providenciar sua mudança, ver para onde vai etc. O caminho não é o juiz desobedecer a lei ou romper com o sistema da ordem jurídica, por conta daquela situação específica, casuística. Isso é o fim. E tem gente que faz. Mas eu sempre tomei muito a atitude de buscar junto às partes uma situação de consenso, formas menos traumáticas de cumprir a lei, mesmo que ela seja rigorosa... marcar audiência, dar um prazo que a lei não dá.

Portanto, a nossa questão está centrada em tentar entender o que acontece na prática, no plano discursivo, diante dessa permissão de ampla liberdade conferida ao intérprete da norma. Ou seja, o que tem acontecido nos tribunais e como os intérpretes têm se valido dos princípios, da hermenêutica e da técnica da ponderação de princípios<sup>39</sup>?

Se temos um sistema em que o juiz, com base em princípios, pode “paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou lhe buscar novo sentido”<sup>40</sup>, valendo de estratégias discursivas, mais ou menos sofisticadas, mas arribadas em uma correção moral, teremos explicitados os motivos reais de fundamentação da decisão?

---

<sup>39</sup> Essa preocupação também é compartilhada por reflexões alinhadas à dogmática jurídica. SOUZA NETO (2007) destaca que, a despeito do otimismo com que nossa doutrina vem recebendo a técnica da ponderação, também crescem, tanto no Brasil quanto no exterior, algumas preocupações concernentes à possibilidade de um uso abusivo da técnica, arguindo-se, sobretudo, que ela geraria um aumento excessivo da discricionariedade judicial, com sérios prejuízos para a segurança jurídica e para a legitimação do judiciário. Outros teóricos da nova interpretação constitucional também reconhecem que “no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar à ampla discricionariedade judicial [...]” (BARROSO, BARCELLOS, 2008:350).

<sup>40</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 295.

Ou esses motivos são travestidos de linguagem legítima e, portanto, os aspectos pessoais e pessoalizados da decisão ficam obscurecidos e, consequentemente, fora de controle, gerando imprevisibilidade, insegurança e, portanto, crise de legitimidade?

Os dados apontam que a ampla liberdade de interpretação da norma pode levar o exegeta a muitos (e diferentes) caminhos. Dependendo do intérprete, o resultado pode ser “justiça ou arbítrio”.

A questão que se coloca é saber até que ponto o campo jurídico fica confortável com tamanha imprevisibilidade. É saber se tais usos discursivos possibilitam um esforço de socialização do cidadão no direito de seu país, sendo este um instrumento de inclusão. Se este é o sistema que pretendemos ter.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARON, R. *L'opium des intellectuels*. Paris: Gallimard, 1968.

BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49, jan. 2007.

418

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 327-405.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOURDIEU, Pierre. Sistemas de ensino e sistemas de pensamento. In: Pierre Bourdieu. *A economia das trocas simbólicas*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987, p. 203-229.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Difel, 1989, p. 209-255.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: Edusp, 1992.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. São Paulo: Contexto, 2006.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2004.

DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). *Direito processual em debate*. Niterói: Editora da UFF, 2010, p. 91-108.

DWORKIN, Ronald M. *Is There Really No Right Answer In Hard Cases?* from Feinberg, Joel and Gross, Hyman, *Philosophy of Law* (Third Edition). Belmont, California: Wadsworth Publishing Company, 1986, p. 174-191.

DWORKIN, Ronald M. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAU, Eros. Interpretação do direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Unisinos/Renovar, 2009.

GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, 2003. Acesso em: 19 ago. 2009.

HALIS, Denis de Castro. *Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?* O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010.

KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do direito no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Pesquisa científica e direito*. Recife: Massangana, 1983.

KHALIL, Antoin Abou. *A personalidade do juiz e a condução do processo*. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2008.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2013.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.

ROCHA, Cesar Asfor. *Cartas a um jovem juiz: cada processo hospeda uma vida*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Virtù – Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, n. 1: 1-17, mar./maio 2007.

