V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

A SORTE ESTA LANCADA: A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DE DWORKIN NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO.

LUCK IS LAUNCHED : THE INAPPLICABILITY OF THE THEORY FROM DWORKIN IN THE BRAZILIAN JUSTICE SYSTEM.

Morgana Paiva Valim [1]
Diogo Oliveira Muniz Caldas [2]

Resumo

Este artigo pretende trazer à discussão o culto condicionador e pessoalizado utilizado na prolação das sentenças judiciais do sistema de justiça no Brasil. A perspectiva teórica será assentada na teoria preconizada por Ronald Dworkin aliada às observações exploratórias de ritos sentenciais e tomadas de decisão da magistratura brasileira. Assim, se fará a necessária análise de estranhamento hermenêutico sobre o jogo de supremacia e poder das interpretações além dos debates dos juízos de valor e de realidade experimental observáveis na arena jurídica brasileira, que por vezes geram uma ruptura para a concretização das promessas de justiça e cidadania.

Palavras-chave: Dworkin, Teoria, Crise, Interpretação do direito, Discurso

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to bring the discussion worship conditioner and pessoalizado used in the delivery of judgments of the justice system in Brazil. The theoretical perspective will be seated in theory advocated by Ronald Dworkin coupled with exploratory observations sentential rites and taken to the Brazilian judiciary decision. Thus, it will make the necessary estrangement hermeneutical analysis of the supremacy of the game and power of interpretation beyond the debates of value judgments and experimental reality observable in the Brazilian legal arena , which sometimes generate a break for the achievement of justice promises and citizenship.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Dworkin, Theory, Crisis, Interpretation of the law, Speech

[1] Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho. Professora Auxiliar da Universidade Veiga de Almeida.

[2] Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho. Professor Auxiliar da Universidade Veiga de Almeida.

1. Introdução

Para este trabalho foram observadas as premissas teóricas de Ronald Dworkin em contraponto aos entendimentos utilizados pelos magistrados brasileiros para a busca da razão de decidir nos processos judiciais dentro nichos organizacionais estatais.

A investigação das práticas forenses pressupõe como ponto de partida uma análise da racionalidade prático-argumentativa no território jurídico que vai aproximar e distanciar a fusão de procedimentos de raciocínio e de fundamentação em atos de interpretação, de gestão e de poder para a determinação e aplicação das normas jurídicas.

Neste aspecto, é possível sustentar que Dworkin estabeleceu como objeto imediato de construção de olhares às decisões judiciais. Posto que, a argumentação e a interpretação das normas jurídicas fazem parte do conteúdo da linguagem donde o direito se interpreta e se reconstrói mediante a existência da liberdade periférica contida no *mandamus* da magistratura que transforma o discurso jurídico num arcabouço inseguro e incapaz de trazer soluções justas para os conflitos típicos do cotidiano.

Deste modo, a metodologia utilizada é baseada num percurso baseado na etnografia bibliográfica contida em manuais, ritos sentenciais, atos de decisão tudo com vistas ao reconhecimento de um modelo dito legitimador do direito, cujo poder permite-nos compreender a determinação e subjetividade retirada da objetividade do direito quando calcadas na interpretação de normas jurídicas. Assim sua extensão evidencia uma faceta característica do poder de decidir de modo pessoalizado e decisionista, bem como, bem como, suas vicissitudes, mazelas e inconsistências.

Nesse viés se desenha a opacidade e a lógica do segredo num lugar onde os ritos sentenciais e afins se sedimentam erigindo uma memória, por vezes, desoladora impossibilitando a ressignificação dos conflitos onde a resolução de situações-problema permanecem no espaço de forma e conteúdo sujeitos a extrema precarização da subjetividade num duelo onde os dispositivos se alinham entre o abstratos que não são descortinados.

No tocante ao caráter interpretativo do direito, iminentemente subjetivo, é que são deflagrados os gradientes de ininteligibilidade de ações no espaço jurídico, eis que, a impossibilidade de sentido ou de questionamento em tais formulações argumentativas estão contidas no interior das sensibilidades do julgador o que delimita um campo fértil para tensões e embates sociais. Posto que, estarão fadados muitos jurisdicionados à morte silenciosa de seus direitos universais tais como: os civis, sociais e políticos. A amplitude

dessas ações marcam na arena jurídica uma semiologia particularizada do discurso de se "aplicar o direito" no mundo dos segredos oficiais de normalização, neutralização e dominação da mecânica de ordem imposta pelo Estado.

Nesse campo das práticas articuladas com a teoria, Perelman (1998, p.215) diz:

> "o juiz não procura tanto ser breve quanto ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer", e convencer, aqui, entendemos que diga respeito à legitimação de sua fala, porque não lhe interessa convencer pelo seu resultado em si, mas para que se acate sua ordem como recomendação justa e equânime, para que o seu proferimento pareça fundado na verdade e seja jungido à legitimidade. E que pareça verdadeiro é fundamental para que se lhe confira a legitimidade do que é justo."

De modo geral, acredita-se que, para um magistrado organizar seu raciocínio na fundamentação de suas decisões, este deve irrefutavelmente fugir do lugar comum. O magistrado não poderia, em tese, naturalizar-se diante dos fatos e sim constranger-se para cada evento. E, esse seria o caminho menos tortuoso para a razão de decidir para que o direito não se torne um instrumento de exclusão social e nem cause prejuízo aos direitos de cidadania[1].

Por vezes, o alijamento da fundamentação nas decisões judiciais evidencia um discurso assimétrico imbuído de táticas, estratégias e recortes totalizantes de desajustes e ilegalismos por meio da chamada liberdade de decidir contida na interpretação e argumentação das normas jurídicas para a disciplinarização dos jurisdicionados como forma de controle das dinâmicas sociais na dimensão jurídica de um consenso inalcançável, desarticulador de uma conexão de jogos onde a consciência individual do magistrado transforma-se num mandonismo eivado de uma (a)ética pragmática.

Para Bourdieu (2007, p.232) a arena antagonista de disputas surge da seguinte ótica:

> "(...) o efeito de hermetismo que o próprio funcionamento do campo tende a exercer manifesta-se no fato das instituições judiciais tenderem a produzir verdadeiras tradições específicas e, em particular, categorias de percepção e de apreciação

1 Apenas como movimento metodológico, necessário se torna necessário retomar o entendimento de Marshall, para explicar que os direitos civis são aqueles que correspondem aos direitos individuais de liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança, etc. Há de se destacar que, neste aspecto, segundo o autor os direitos civis são alcançados na perspectiva da justiça, e, o acesso à justiça está fundado na existência da disseminação de tribunais, bem como, na possibilidade de contratação de profissionais especializados que pudessem decifrar os "enigmas" dos processos. Os direitos políticos cujos pressupostos demandam de entendimentos ínsitos do Poder Legislativo referem-se aos direitos à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, ao sufrágio universal, etc. São também chamados direitos sociais os direitos aos desamparados, ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, enfim, a garantia de acesso aos meios de vida e bem-estar social, inserindo o indivíduo na dinâmica social que são próprios dos comandos pertencentes ao Poder Executivo, tais direitos foram conquistados respectivamente nos séculos XVII, XIX e XX. (Marshall, T. H. ***Cidadania, classe social e status*****.** Rio de Janeiro. Zahar: 1967).

> perfeitamente irredutíveis às dos não especialistas, gerando os seus problemas e as suas soluções segundo uma lógica totalmente inacessível."

Esse pragmatismo contido no pertencimento fluído dos magistrados é relativizado num roteiro diacrônico, como se pode perceber no art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro[2], os magistrados analisam os casos concretos que lhe são destinados a solucionar de acordo com premissas indicativas normativas quando não houver legislação competente para o seguimento de regras impostas pelo Poder Legislativo, não há parâmetros para inovações e entendimentos abertos sempre. Não se pode duvidar que o direito tenha como eixo formador um conjunto de princípios com o fito de se promover a satisfação social através do chamado devido processo legal.

Nutre-se, assim, no imaginário do cidadão comum que para todos os casos concretos de igual espécie será adotada a solução mais justa, haja vista, a identidade e fidelidade das normas. No entanto, atualmente o ato de decidir rege-se pela interpretação do direito a partir de uma gama de princípios, por vezes, até inexistentes alijando a metodologia tradicional de simples subsunção dos fatos à norma, pois, não há remédio jurídico para todos os problemas colocados em xeque e não há juiz talhado para perfeição na aplicação das normas. Isso levando-se em consideração que atualmente as técnicas tradicionais do positivismo tornaram-se insuficientes. Deste modo, uma transformação necessita ser operacionalizada para evitar mais e mais deslizes estatais nos julgamentos. Mas, como fazer? Quem será esse ideal aplicador das leis?

Ronald Dworkin criou metaforicamente um juiz imaginário, denominado de Hércules, dotado de características sobre-humanas. No entanto, esse juiz cartesiano, criterioso e metódico na realidade não existe. O juiz que utiliza de teorias consistentes conscientemente para o *decisum* deve ter um olhar norteado ao processo de fora para dentro, com recortes sociológicos para evitar critérios pessoalizados e desarranjados da neutralidade e da imparcialidade sobre um determinado caso.

Segundo Sampaio:

> Para o Justice Brennan, na linha do pensamento de Blackstone, *"juízes não são guardiões platônicos nomeados para exercer a sua competência de acordo com as predileções morais próprias", nem "são oráculos, indiferentes às paixões de seu tempo". Por essa razão é que não se pode esperar nada de previsível na construção jurisprudencial, senão "retóricas", sentimento de raiva ou preconceito*. Quanto à possibilidade de uma afirmação judicial de valores fundamentais da comunidade, lembremos, não passaria da imposição ou tradução dos valores de uma determinada

2 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

> classe social, especialmente, da classe média branca, ao restante da sociedade. (SAMPAIO, 2002, p. 89-90)

O modo como um juiz analisa um caso deve e sua inclinação para motivar seu entendimento sobre o tema, deve estar afastado de suas preferências, onde suas motivações pessoais não podem conceder arbitrariamente a faculdade de desconsiderar de forma motivada determinadas provas[3], como por exemplo, sob a alegação do princípio do livre convencimento, quando não há base teórica para essa conduta. De sorte que a rotina de um magistrado não deve permitir-lhe uma irrestrita liberdade[4] no julgamento de uma demanda, sob pena de que, o ativismo judicial exacerbado, a politização, a hierarquização e o monopólio do poder criem um fosso intransponível no direito dogmatizado. Para tanto, é salutar compreender e mitigar o que diferencia a repercussão de questões sociais da prática reiterada do enfraquecimento dos poderes. Mas, afinal o que é uma atitude colaborativa de um juiz?

Segundo Luís Roberto Barroso[5:]

> "A judicialização e o ativismo judicial são primos [...]. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício de vontade deliberado de vontade política [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance."

Pode-se constatar que a criatividade ou a proatividade não chancela o invencionismo[6] no ato de julgar nem cedem espaço para a inversão democrática no direito. Assim o papel

---

3 Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

4 Se já não mais é possível afirmar-se que a aplicação do Direito consista em mera subsunção, por outro lado, não se pode pretender do Judiciário que seja colocado como o guardador das "virtudes" (pressupostamente compartilhadas) da comunidade. De um lado, desde Kelsen já não se acredita mais que o uso de "métodos de interpretação" nos faz alcançar "o verdadeiro" sentido da norma (Bahia, 2004). De outro lado, não é possível sustentar teorias que supõem valores compartilhados (como a de Alexy, por exemplo), haja vista que confundem o caráter deontológico do direito com a gradação própria dos valores, e ainda supõe a existência de valores que, por serem compartilhados, poderiam ser escalonados." (Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco; Simioni, Rafael Lazzarotto. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Revista Sequência, Santa Catarina, nº 59, dez.2009, p. 61-88).

5 Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009.

6 Segundo Carvalho: "(...) Esse hercúleo esforço de reconstrução jurídico-doutrinária permite-nos, hoje, buscar assegurar a imparcialidade na aplicação do Direito de modo muito mais complexo e, portanto, muito mais capaz de lidar com o risco de arbitrariedade sempre presente nesta atividade. É claro que imparcialidade, nesse novo contexto, cobra o sentido oposto daquele que era anteriormente atribuído ao vocábulo. Imparcialidade não mais pode ser compreendida como a cegueira do aplicador às especificidades das situações concretas de aplicação do Direito como se a tarefa constitucionalmente a ele encomendada fosse a mesma do legislador. Essa postura era muito bem sintetizada na ideia de que o administrador e o juiz deveriam aplicar a lei doesse em quem doesse, ou ainda, na recorrente frase auto piedosa: apenas aplico a lei, se ela é injusta o legislador que a altere. Sabemos agora que a obra genérica e abstrata do legislador jamais o fará defrontar se com as situações concretas únicas em sua singularidade, por definição. É somente mediante a visualização do embate das normas gerais e abstratas, concorrendo entre si em toda a amplitude normativa do ordenamento para regerem situações, que poderemos encontrar a norma adequada àquela situação específica. A imparcialidade do aplicador cobra agora o sentido oposto de que este esteja aberto e sensível às pretensões jurídicas levantadas por todos e cada um dos envolvidos, buscando, no ordenamento, a norma capaz de reger aquela dada situação, de modo a não produzir resíduos de injustiça. A tessitura aberta do Direito não é mais um problema, mas um ponto de partida (...)". CARVALHO Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição. Rev. TST, Brasília, vol. 68, nº 2 , abr/jun 2002.p.67.

exclusivo de protagonista dos discursos judiciais não cabe ao magistrado. Do contrário, esse juiz, poderia criar precedentes negativos ao utilizar-se somente de suas convicções pessoais para de modo indevido refutar as bases legais e fundamentar com seu discurso pessoal os feitos judicializados, aprofundando o descompasso, o descrédito e a descrença no judiciário. É neste contexto que a dialética de Dworkin surge para a criticidade do papel a eles destinado na construção das decisões judiciais.

2. A dialética de Dworkin

Em 11 de dezembro de 1931 nasceu Ronald Myles Dworkin, na cidade denominada Worcester em Massachussetts/EUA. Seu percurso acadêmico foi iniciado no curso de Filosofia em Harvard College nos idos de 1953. Com a continuidade de seus estudos Dworkin já em 1955 conquistou o título de *Bachelor of Arts*, também adquirido posteriormente na Oxford University. Neste mesmo ano, passou a debruçar-se nos estudos em graduação em *Jurisprudence* na mesma Universidade de Oxford. Fato este que motivou todo seu encantamento pelo estudo do direito, quando em 1957 formou-se em Harvard.

A teoria estabelecida por Dworkin consiste em promover um ataque ao positivismo jurídico cujo cerne da estratégia é a verificação de como os juristas raciocinam ou debatem a respeito dos direitos e obrigações jurídicas, especialmente nos *hard cases*[7] face à agudização dos problemas jurídicos em contrapartida aos casos de soluções fáceis, onde o núcleo da certeza já exclui a imprecisão das normas.

Neste caminhar o recurso utilizado pelos juízes para o enfrentamento das questões não estão atrelados aos recursos dados pelos padrões ou modelos jurídicos e sim a um conjunto de princípios, políticas e outros tipos de padrões, o que frequentemente transforma o campo jurídico numa arena de debates.

Dessa forma, Dworkin informa que os princípios devem ser observados não por ajustes, visões econômicas, políticas ou sociais, mas pelo fato de se constituírem em uma

7 Dworkin define os hard cases: os incertos, seja porque em determinado caso existem várias normas contraditórias, seja porque não existe nenhuma. No entanto, o juiz sempre terá respostas certas para tais casos quando aplicar os princípios (pois todo o direito é baseado em princípios). Para tanto, deve-se exigir dos juízes critérios e construção de uma teoria que justifique tal decisão, sem que seja usada a discricionariedade judicial, ou a criação de normas retroativas. Contudo, os princípios podem contrapor-se também. O juiz, então, deve através da razoabilidade judicial e a integração da razoabilidade em uma teoria deve decidir o que tem mais peso. Porém, apenas o Juiz Hercules poderia sempre saber com certeza a resposta certa, mas isso não exime os demais a buscá-la e adequá-la ao direito histórico e vigente, assim como, a moral.

exigência para a construção da cultura da justiça e da equidade. E, esse alcance se dá quando o objeto de investigação social é feito a partir da interpretação dos participantes da prática jurídica.

Essa atividade interpretativa é construída através do processo argumentativo, onde a projeção de edificação da melhor teoria invocada vai se ajustando e amalgamando ao caso concreto com vistas ao alcance da melhor resposta ao caso concreto.

O que Dworkin intenta é o afastamento da discricionariedade exacerbada do juiz, especialmente quando, há casos de difícil solução, uma vez que estes estão intimamente vinculados a princípios. Como se acredita, o sentido de justiça consiste na complexidade do trabalho estabelecido pelo juiz para a perseguição da solução. Assim, o magistrado com pensamento exclusivamente positivista invoca tão somente a esquizofrenia do direito, ou seja, despreza o conteúdo da norma, o debate de teses e torna-se o protagonista do processo judicial, pois, sai da objetividade da lei e se repousa tão somente na subjetividade de seu pensamento.

O que este autor pondera é que o mecanismo pelo qual o intérprete encontra a resposta correta deve ser levado à base do tudo ou nada, eis que, as regras jurídicas são diferentes dos princípios jurídicos.

Nessa dialética de “dizer a justiça” e “fazer a justiça” que se apoiam em tensões e pólos extremos desalinhados é que intentará manter-se uma relação sublime para a resolução célere dos conflitos por meio da equivalência de paradoxos, diante do olhar do mito da neutralidade e imparcialidade do poder.

Assim, encarar as decisões judiciais não é um debate meramente acadêmico, é sim, atribuir ao sistema de justiça uma mentalidade constituída em padrões menos inquisitoriais e mais liberais no sentido de que a exigência da dação de justiça decorrente do necessário respeito aos direitos sociais, calcados na promoção da igualdade e dignificação da pessoa humana diante da existência de coerente da diferenciação de princípios e regras no modelo do Estado Democrático de Direito. E, como discernir normas de princípios? Quais são as lógicas utilizadas para essa compreensão? Veja-se, a seguir.

2.1. Mas, afinal o que são normas e princípios?

Dworkin projetava sua teoria sobre a praticidade dos casos que eram colocados para julgamento, por isso, ele enquanto jusfilósofo tinha interesse em saber como as decisões eram proferidas pelos juízes. Neste sentido, Dworkin passou a estudar como os juízes pensam e sobre o que de fato pensam como o direito é em verdade, bem como, seus pilares de sustentação (fundamentos).

Neste sentido o autor estadunidense dizia:

> "Os juízes devem tentar melhorar a lei sempre que possível. O mau juiz é o juiz mecânico, que apenas revela o direito. O bom juiz prefere a justiça à lei. Isto é, não se preocupa com o que foi produzido no passado. Não descobre o direito, inventa-o, em nome da justiça."

Segundo Dworkin (2002, p.39): "A diferença entre princípios e regras é de natureza lógica: As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Já os princípios, ao contrário das regras. Enunciam uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessitam de uma decisão particular (2002, p.41).

Contudo quando se reflete sobre as decisões proferidas no Brasil este entendimento deixa de fazer sentido porquanto tudo é alçado à categoria de princípios como invocação de vetores úteis ao decisionismo. Onde a melhor tomada de decisão nunca é ponderada pela sua dimensão e peso, mas, sim ao talante de valores do próprio julgador. Afinal, o que faz de um princípio um princípio? O que é preciso para ser um princípio? Porque se tudo for princípio, nada será um princípio.

Padece o Brasil, segundo Streck, do chamado pamprincipiologismo[8]. E, ele diz ainda:

> Um possível "catálogo de princípios" seria em verdade reduzidíssimo. Isso precisa ficar bem claro: não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios. Princípios utilizados de maneira ad hoc para solucionar pseudo-problemas não são princípios porque (...) princípios não existem sem a historicidade do direito (Streck, 2009a, p. 537).

Nesse ponto é importante pensar que o lançamento de créditos para fundamentar as decisões de que tudo se encaixa em moldes perfeitos de princípios geram uma produção

8 Utilização de pseudoprincípios ou de abuso de princípios na visão de Streck.

desenfreada de arbitrariedades calcadas de um achismo hermenêutico discricionariamente vazio e sem sentido para o plano do direito.

Apenas como forma de dar reforço doutrinário a questão, segue a visão de Streck sobre o assunto:

> "(...) É preciso insistir nisso: não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero nesse ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para "criação dos princípios". Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos. (...). De tudo o que foi dito, é ainda possível – necessário - ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma em geral) apta a resolver o caso a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios (Streck, 2009a, p. 526).

Talvez por isso, Dworkin, tenha observado a diferença entre normas, regras e princípios como condição necessária de reconhecimento de direitos, mediante um processo de exaustiva reflexão. Posto que, a invocação de um princípio para sustentar um momento decisório deve ser alinhavada com o respeito a sua historicidade. Caso, contrário serão considerados pseudoprincípios, eis que, são frutos de uma criação pessoal de quem lhes atribui significado. Mas, quem atribui esses significados? Quem os determina? Veja-se as seguir.

2.2. Mas, como um Juiz deveria decidir?

Quando se fala em processo judicial, Dworkin, informa que o juiz sempre encontrará a única resposta correta para as situações sociais transformadas em jurídicas. E, que demandem apreciação do Poder Judiciário, mas isso não quer dizer que ao juiz é dado o poder de escolher, segundo suas convicções pessoais a melhor alternativa. E, sim cabe-lhe a necessária interpretação dos fatos para a busca do direito. No entanto, quando se fala em única decisão correta não se está afirmando que esta é a única verdadeira diante de outras, mas, tão somente informando que a decisão correta fora construída abarcando todos os meios de provas possíveis e que convencem todas as partes envolvidas na decisão.

Todavia, o que se debate neste trabalho é a metodologia empregada para a entrega da decisão jurisdicional, na qual, os juízes imbuídos do falacioso poder de legislar quando concluem pela procedência ou improcedência do pedido mediante um criacionismo exacerbado de ideais pessoalizadas[9] sobre determinado assunto de modo a fragilizar o direito, muitas das vezes, devolvendo o conflito para as partes litigantes sem solucionar o imbróglio.

O processo judicial não comporta apostas como se os partícipes estivessem um jogo de azar. Isso poderia representar que a dimensão do direito é menos importante às causas sociais, cuja decisão é uma peça no jogo da competição arbitrária e discricionária. É preciso ainda ter em mente que o livre convencimento e suas ramificações geram prejuízos de grande monta, o que se verá a seguir.

Releva salientar que, Ronald Dworkin promove seus esforços no sentido de analisar o quando, como, onde e por que das discussões levadas a juízo. Interessa a ele o modo como os juízes decidem os casos.

O direito deve ser visto sob o prisma de um sistema construído com princípios diante de um processo legítimo legislativo e passível de transformação diante de um movimento histórico e argumentativo.

O processo de engenharia de aplicabilidade das normas no Brasil é de cunho formal e como dito antes fruto de uma atividade orgânica de racionalização operacional exercida pelo Estado que através de seus *longa manus* - a magistratura - ditem comandos hierarquizantes para a perpetuação da plasticidade do direito.

Em entrevista[10] concedida em 25 de outubro de 2015, o Ministro João Otávio de Noronha em exercício no Superior Tribunal de Justiça informou que:

> "(...) Estive na França examinando seu sistema de recrutamento de juízes. No Brasil, você faz uma prova de decoreba, depois um psicotécnico, toma posse, faz um curso de um mês e começa a trabalhar, julgando causas com plena autonomia, que importam, com repercussão no patrimônio e na liberdade do seu semelhante. Na França é o contrário, o juiz passa 27 meses na escola da magistratura, mais de dois anos. Mas não fica estudando Direito Civil e Direito Constitucional, ele fica aprendendo a ser juiz. Estuda psicologia judiciária."

E, ainda:

> " (...) O juiz de 22, 23, 24, 25 anos que passa no concurso não tem uma experiência de vida, nem é preparado para ser juiz. Como é que um jovem de 24 anos que nunca nem namorada teve direito vai julgar causas de família? Que experiência ele tem?

9 "(...) Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta 'euforia' com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram- se em verdadeiras 'varinhas de condão': com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser (...)". Daniel Sarmento (2006, p.200)

10 http://www.conjur.com.br/2015-out-25/entrevista-joao-otavio-noronha-ministro-stj

> Como ele pode sentar com a senhora idosa que está separando, com problemas com os filhos e o marido, e conciliar? Ele precisa ser formado para isso, precisa ser preparado para fazer a mediação. Não cabe ao juiz maltratar o réu, o réu tem um mínimo de dignidade. Precisamos aprender que a pena tem uma função reparativa e não só punitiva. Estamos tomando a pena no Brasil hoje como um instrumento de vingança institucional."

Ao ser perguntado sobre a mentalidade dos juízes e da ausência de preocupação quanto ao tecnicismo necessário para a prolação das sentenças, já que existem três instâncias para viabilização de reformas sentenciais, disse que:

> " (...) O juiz não tem que se desincumbir do processo, ele tem que entregar uma prestação jurisdicional justa, proferir uma sentença que resolva o conflito, que apazigue as partes. É um ato de irresponsabilidade julgar pensando que a instância superior vai reformar. Fica todo mundo fugindo da sua obrigação, que é entregar uma prestação jurisdicional justa. Isso é uma molecagem, um mal a ser combatido. O juiz tem que sentir que é importante. Ele decide, tem o poder de contribuir para a formação de uma pauta social. A sociedade se comporta e se pauta conforme as decisões judiciais, e ele tem que ser o primeiro agente disso, a dar exemplo nas suas decisões. "

Nessa toada interessante pensar que as normas jurídicas acionam dispositivos de significado e constituição de sentidos ela também é o hiato de incompreensão aos iletrados ante ao poder (im)perfeito criador de um direito salvador para os corpos jurídicos em disputa, ou seja, o cidadão é visto como massa amorfa diante da mutabilidade das decisões judiciais pela rara capacidade de entendimento e de compreensão do modo privilegiado de julgar contido nas estruturas de poder da Justiça.

2.3. O Livre Convencimento Motivado do juiz

Há muito tempo a propagada crise do judiciário é discutida em vários anais, sem que houvesse até o momento uma gestão de ações para a inefetividade da prestação dos serviços estatais. Uma das questões que é colocada em discussão é o despreparo dos juízes em ritos sentenciais ante a baixa qualidade dos julgados e a morosidade de seus atos.

Para este trabalho, apenas como recorte epistemológico foi brevemente tracejado que a incorreção do magistrado diante de um fato a ser julgado e a repercussão de seu desacerto exorbita muitas das vezes a questão *inter partes*. Tomando-se como gatilho deflagrador desse

desacerto chamado de: livre convencimento motivado do juiz. A problemática ganha contornos quando o magistrado despreza toda estrutura da sistemática jurídica e instrumentaliza sua decisão com amplo subjetivismo em face de sua larga interpretação diante dos casos concretos.

Segundo MENDES (2008, p. 37):

> "O princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo a lei e a doutrina, refere-se à possibilidade que o julgador tem de apreciar o conjunto de provas relativas aos fatos que servem como fundamento da pretensão deduzida em juízo, sem que haja valores predeterminados por lei para os meios de prova utilizados. Dito de outra forma, o princípio em questão permite ao julgador apreciar o conjunto probatório levado ao seu conhecimento e formar diante dele, livre de prévia valoração legal, um juízo a respeito dos fatos que fundamentam o pedido ou a resistência a ele. Embora o sistema permita que o juiz valorize livremente o conjunto das provas de determinado processo para decidir, por outro lado, há a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, para que o juiz explicite os motivos por que tomou a decisão, possibilitando à parte recorrer ou não."

E, prossegue MENDES (2008, p.38):

> "A decisão tomada deve ser fundamentada para que se torne explícito e público o percurso argumentativo que o juiz seguiu para formar o seu convencimento. Em outras palavras, é preciso que fique claro o que levou o juiz a chegar àquela decisão."

Diga-se que os princípios compõem o direito da mesma forma que as regras. Eles não são estruturas além do direito os quais apenas o orientam, mas representam normas jurídicas obrigatórias. De outra forma, a utilização dos princípios pelo juiz seria mero exercício de poder discricionário no sentido forte, ou seja, o juiz decidiria conforme sua livre escolha[11], sem limitação por qualquer parâmetro na decisão[12], fazendo com que esse mesmo juiz seja alçado a uma categoria ungida e superior aos demais cidadãos, por que possui chancela indelével de "dizer o direito". Se não considerarmos os princípios como normas, pode-se chegar ao absurdo de negar a existência de direito nos casos em que cabe a aplicação de princípios.

11 Juizado Especial Cível da Comarca de Cabo Frio. Processo nº 0011025-89.2011.8.19.0011. D. I. da Silva Junior x AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS S/A." (...) O autor alega ausência de iluminação pública, mas juntou com a inicial fotografias do local durante o dia. Ademais, a questão deve aguardar a instrução do processo, não restando evidenciada a urgência necessária ao deferimento da liminar, mormente porque eventual ausência ou ineficiência de iluminação pública atinge diversas cidades do País. Assim, indefiro a liminar. I-se. (...)". Na visão do d. magistrado, S.M.J, para o restabelecimento de um serviço essencial de energia elétrica deveria o autor ter produzido provas no turno da noite para que ficasse robusto seu direito de reclamar ou até mesmo que se todo cidadão está sujeito a ficar privado de energia elétrica tal fato não seria deflagrador de buscar socorro nas ias judiciais.

12 ART. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

No entendimento de SARMENTO (2007) a prática do decisionismo é danosa para o Estado Democrático de Direito :

> "(...) E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça - ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser."

E, mais chegará um ponto em que a ordem jurídica e as questões jurídicas farão parte de um fenômeno curioso que é o do julgamento segundo a própria consciência do magistrado[13], como diz Streck. Observe-se então o caso abaixo mencionado:

> Processo: 01023-2002-081-03-00-0 RO Data de Publicação: 25/03/2003 Órgão Julgador: Sétima Turma Juiz Relator: Juiz Milton Thibau. Juiz Revisor: Juíza Maria Perpetua C.F.de Melo. EMENTA: DANOS MORAIS. TRANSPORTE INADEQUADO. AUSÊNCIA DE OFENSA À DIGNIDADE HUMANA. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto a transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. ***Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos).(gn)***

Na miríade de informações que alimentam o discurso para a canalização da decisão judicial a magistratura, por vezes, fomenta o associativismo de ideias socializadas entre seus pares, bem como, a valorização do campo complexo de produção (in)consciente das sintaxes discursivas, da consolidação de estratégicas para a bricolagem de decisões e verdades. Em artigo produzido pela Ministra Fátima Nancy Andrighi essa lógica fica claramente descrita. Senão, veja-se:

> "(...) Há juízes que, sem explicação confessada são irredutíveis em condenar sempre ou nunca condenar. São cativos de sentimentos ou emoção levados a um alto grau de intensidade, sobrepondo-se à lucidez e à razão, que reduzem sobremaneira o acervo

13 " (...) Despiciendo, nesta altura, lembrar que, quando critico o "solipsismo judicial" ou, o que é a mesma coisa, as "decisões conforme à consciência do Julgador" tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista. (...)".

> de independência necessário para produzir um julgamento isento. É certo que no ato de sentenciar não há como fazer evadir todo o sentido crítico que são prescritos pela concepção individualista. E, considerando, no ato de aplicar a lei ao caso concreto pode o julgador colocar, diante de lacunas que devem ser preenchidas por interpretação pessoal, preconceitos e pré-compreensões sobre determinados assuntos, necessário se faz investir todo o potencial de esforço para que a parcela de fatores pessoais não venham nunca interferir e nem prevalecer no ato de julgar." (*A minha pré-compreensão do ato de julgar*. 26 maio 1997. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%c3%a9ompreens%c3%a3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em 26.05.2016).

Nesse caminhar é preciso dizer que o direito não traz fórmulas prontas para a sua aplicação tampouco o judiciário reproduz aquilo que é sistematizado. Mas, é preciso ter em mente que o processo de compreensão das regras e dos princípios se constitui a partir da interpretação não pessoalizada, não reducionista, da cultura não reprodutivista, não manualista e livresca do direito, por vezes ignorando o espectro formal, humanístico e material até mesmo da Constituição Federal. Talvez, por isso e outras questões, atualmente o Poder Judiciário brasileiro seja visto como *lócus* da descrença e do desserviço no processo de legitimação de direitos face ao decisionismo que permeia no campo poroso das teorias do direito não aplicadas relegando à cidadania para um espaço insólito e inconcluso.

Considerações Finais

Este recorte crítico, ainda em andamento, é uma análise efetuada ante a dissonância existente entre a fonte teórica do direito e o modo de aplicabilidade das decisões judiciais brasileiras. Neste sentido, entendemos que o Poder Judiciário brasileiro deve comprometer-se com o papel responsável de uma prestação jurisdicional mais ampla e eficiente, mais afinada com uma realidade afeita a vertiginosas e constantes mudanças, devendo ser afastada de plano a automaticidade ou a vagueza na aplicação das leis, cabendo aos mesmos como agentes políticos a árdua missão de ser concretizadora de valores essenciais, inafastáveis, a serem reverberados por todo judiciário de maneira sintonizada com o tempo, com as necessidades da sociedade, com a harmonia das relações, de forma a fazer da justiça um ponto de equilíbrio para os direitos violados enquanto fundamentais no estado democrático de direito.

Os fatos jurídicos enquanto propulsores da aplicação das normas jurídicas devem ser observados para uma reorganização da (des)ordem causada por conflitos. E, através da

apreensão da realidade que essa metalinguagem ganha corpo no espaço jurídico chamando para si o "olhar jurídico" apto a descortinar as verdades, que em tese, são exterminadas quando o conflito se instala e é cristalizado em processos judiciais para serem decodificados pelos argumentos de autoridade dos magistrados numa tentativa de redução das complexidades humanas. Por este motivo, entendemos que a prática do decisionismo deve desidratar-se internamente nos tribunais brasileiros para que o temor da indiferença nas decisões acirrem outros conflitos, dramas e dilemas sociais.

Há que se ter mente que a rotineira e inquietante tarefa de buscar soluções para os conflitos atuais, por vezes, mostra-nos de forma implacável, que o desejo pela busca da justiça, relega o cidadão a um cenário de alijamento, decisionismos que promovem um rol de desencantos sociais. Desta forma, há uma negativa de aplicabilidade da teoria de Dworkin no estado democrático de direito onde as arbitrariedades se alastram no terreno fértil da subjetividade dos magistrados perpetuando uma escapatória na análise das práticas jurídicas de modo adequado.

Referências Bibliográficas

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Revista Sequência, Santa Catarina, nº 59, dez.2009, p. 61-88.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CARVALHO Netto, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição. Rev. TST, Brasília, vol. 68, nº 2, abr/jun 2002.p.67.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. A. Direito constitucional processual e direito processual constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. Revista do Curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte/MG, v. 1, n. 13, p. 6-7, 2000.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. De Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. Dilemas da Decisão Judicial. As Representações de Juízes Brasileiros sobre o Princípio do Livre Convencimento Motivado. 2008. 267 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Gama Filho – UGF, Rio de Janeiro.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey. 2.002.

SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

_____. Ubiqüidade Constitucional: Os dois lados da moeda. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 26. mai. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O que é isso – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.