

UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE OS REFLEXOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

AN EMPIRICAL ANALYSIS ABOUT THE LEGAL HERMENEUTICS AND THE BALANCING OF PRINCIPLES DURING JURISDICTION*

BÁRBARA GOMES LUPETTI BAPTISTA**
UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PETRÓPOLIS, BRASIL

Resumo: O objetivo deste trabalho é pensar os reflexos da Hermenêutica Jurídica e da Nova Interpretação Constitucional no exercício da Jurisdição. Partindo da premissa de que o Direito vive a era da supremacia dos princípios, pretende-se refletir sobre o papel do Juiz e os limites do exercício de sua atuação, desde uma perspectiva empírica.

Palavras-chave: Hermenêutica; ponderação; princípios; empiria.

Abstract: This paper purpose is to think about legal hermeneutics reflections and the New Constitutional Interpretation during jurisdiction. According to the premise that law is facing the Principles Supremacy Age, I intend to think about the judge's role and the limits to his performance, considering an empirical perspective.

Keywords: Legal hermeneutics; balancing constitutional principles; empirical analysis.

* Artigo recebido em 30/11/2013 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 16/12/2013.

** Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Brasil. Professora Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa "Processo, Práticas Judiciárias e Pesquisa Empírica em Direito". É integrante do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia - Instituto de Estudos Comparativos em Administração de Conflitos (INCT-InEAC). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6684240224402695>. E-mail: blupetti@globo.com.

“[...] demonstrar que por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.”. (MAUS, 2000:183).

1. Reflexões iniciais: “Hoje em dia, o juiz julga a lei”.

A epígrafe dá conta do tom crítico que orienta este trabalho, cuja pretensão é problematizar o uso indiscriminado dos princípios no exercício da jurisdição, desde uma perspectiva empírica.

Durante a realização do meu curso de Doutorado em Direito, promovi uma profícua interlocução com a Antropologia e, por conta disso, aprendi algumas técnicas metodológicas próprias do trabalho de campo, que me ajudaram a direcionar um olhar mais crítico e eminentemente empírico para o mundo dos tribunais (LUPETTI BAPTISTA, 2008 e 2013).

Neste percurso empírico, me foi possível identificar aspectos práticos do mundo jurídico que nem sempre estão explicitados nos livros e nos manuais da dogmática, porque estes são elaborados por quem tem uma pretensão de pensar sobre o Direito idealizado e não de compreender o cotidiano forense e a lógica das práticas judiciárias.

No meu caso, por conta do caminho metodológico que eu trilhei, me interessa aqui explicitar práticas e discursos do campo empírico do Direito, de modo que a minha reflexão sobre a produção teórica acerca da Hermenêutica Jurídica e da Filosofia do Direito é propositalmente tangencial.

O meu 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-me conveniente que, cada vez mais, pensemos e fomentemos estudos e reflexões sobre o papel do intérprete, uma vez que é ele quem, ao fim e ao cabo, maneja os princípios e a teoria disponível e, no caso concreto, exerce a jurisdição.

Durante o trabalho de campo que eu realizei no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para a realização da minha tese de doutorado, que discute a Imparcialidade Judicial (2013), eu tive a oportunidade de conversar com muitos juízes e desembargadores.

Em uma dessas conversas, um desembargador que eu entrevistei 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, o desembargador contou alguns casos e se esforçou 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 uma frase que, até hoje, reverbera para mim e que foi, de fato, a motivação que impulsionou a elaboração deste artigo. Ele disse que hoje em dia **“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”.

A frase do Desembargador me impactou e, conversando sobre isso com outros interlocutores durante o trabalho de campo, identifiquei que esta questão perpassava todas as entrevistas que eu havia feito e que, portanto, merecia ser tratada de modo específico.

É este recorte que este artigo pretende problematizar.

2. O uso dos princípios como justificativa legítima para “fazer justiça”: “Às vezes, fazemos mágica”

O Ministro Cesar Asfor Rocha (2009:26 e 31) 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”. (ROCHA, 2009:37). Para o Ministro, “o juiz deve criar soluções para realizar justiça” (2009:72).

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:

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 caso¹.

A importância do papel criativo do juiz é também destacada por PRADO (2010:108), que avalia positivamente o novo papel do juiz de “sair da legalidade óbvia” para, com “grande criatividade”, buscar uma decisão justa.

Escutei mais de uma vez, durante o trabalho de campo, que os juízes “fazem mágica” quando querem “fazer justiça.”

Modernamente, exige-se, de fato, um novo papel para o juiz, que deve ser menos técnico e mais “humano”². E os princípios, segundo os dados revelam, estão a serviço desta função, justificando e legitimando, com teorias sofisticadas de ponderação, a relativização do rigor positivista da lei.

Nessa linha, o uso dos princípios conforma a expectativa do campo, porque permite a relativização da lei no caso concreto. Daí o meu interesse em refletir e trazer esta discussão neste artigo.

Muitas histórias, narrativas e processos que eu analisei elucidaram situações em que o uso dos princípios permitiu a relativização do rigor positivista da lei.

Efetivamente, a minha preocupação aqui não é valorativa. Portanto, eu não pretendo julgar a forma como a jurisdição vem sendo prestada, nem tampouco o papel dos magistrados nesta nova ordem principiológica. A mim, não interessa enunciar se o uso dos princípios é bom ou ruim. Mas penso ser muito relevante pensar sobre esta nova “era principiológica”, de modo a compreendermos o que tem sido feito no mundo da realidade dos tribunais. Ou seja, me interessa descrever e tentar entender o que, na prática, está acontecendo a partir desta forma de prestação jurisdicional e deste novo papel do juiz.

Pois bem. Para “fazer justiça”, muitas vezes os intérpretes se valem da elasticidade inerente aos princípios jurídicos, como muitos interlocutores me disseram. Uma juíza foi bastante direta, dizendo: “Podemos fazer tudo usando princípios. Fundamentamos tudo usando

¹ Ver: http://www.stjunior.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103875.

² O Desembargador **Paulo Afonso Brum Vaz**, coordenador do Sistema de Conciliação do Tribunal 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 juízes 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>)

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 (2011:305) narra em seu livro a mesma problemática. Citando um juiz por ele entrevistado, ele 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.”.

Dentre todas as narrativas, destaco um caso específico, que me chamou bastante atenção, pela elasticidade que a exegese demandava.

Em certa ocasião, entrevistei uma juíza cível e, enquanto falávamos sobre os dilemas da construção da decisão judicial, ela me disse que um dos casos mais dramáticos que teve foi este aqui. Eram uns embargos de terceiro³, que foram opostos por uma senhora e por sua filha, que tinha 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 estava na vara antes da que eu entrevistei havia concedido a liminar. Mas era 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, né, 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 que 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 ia se prejudicar era a senhora e a filha, por causa de uma coisa que o ex-marido tinha feito...todo um drama que 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

³ Ação incidental proposta por aquele que não é parte no processo principal, mas sofreu turbação ou esbulho na posse de seus bens, fruto de uma penhora, por exemplo. Está previsto no art. 1046 do CPC.

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, 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.

Até eu defender a minha tese de doutorado, em 2012, este caso não havia sido julgado. Escrevendo este artigo, decidi consultar os autos do processo e verifiquei que a sentença foi proferida. E o pedido foi julgado procedente, conforme trechos da sentença aqui transcritos.

[...] além dos fundamentos acima, a posse da autora se justifica pelo seu direito a 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 a 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: 1Art. 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 a estabilidade de sua condição síndrômica, minimizando os efeitos de sua condição especial, tal como dispõe expressamente a Lei 10216/2001, 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 a 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)⁴. (Priscila Crespilho Grisantel; Ana Lúcia Rossito 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 a 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 [...]

Para “fazer justiça”, a magistrada entrevistada ponderou princípios jurídicos e julgou conforme havia me dito que o faria: em favor da menina com síndrome de *down*. Ou seja, este caso elucidado, assim como tantos outros que eu acompanhei (LUPETTI BAPTISTA, 2013), 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 me disse o desembargador que deu início à minha inquietação sobre este tema, que o “juiz julgue a lei”.

A minha proposta reflexiva sugere que o novo escopo do Direito, moldado a partir de uma teoria de ponderação de princípios e de uma sofisticada teoria hermenêutica, redundou, de certo modo, em casuísmo e decisionismo, e que isso implica, eventualmente, em discricionariedade e em aplicação desigual da lei⁴.

3. A ponderação dos princípios e a interpretação criativa

⁴ Desde outra perspectiva, mas no mesmo sentido, destaco os dizeres de Fernanda Duarte sobre o tema (2010:102): “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.”

Robert Alexy, que inspirou a dogmática brasileira, assim se refere à técnica da ponderação de princípios: “As colisões dos direitos fundamentais acima mencionadas devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios como uma colisão de princípios. O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação.”. (1998:10).

Em linhas gerais, a ponderação de princípios é vista dogmaticamente como sendo uma técnica de decisão judicial que se legitima através da explicitação, pelo intérprete (o juiz), da racionalidade de sua argumentação.

O Juiz, na análise do caso concreto, precisa não apenas interpretar a Lei - usando, para tanto, o conhecimento da hermenêutica jurídica - como também avaliar, em caso de dúvida, qual o princípio jurídico que deverá prevalecer naquele caso, a fim de “fazer justiça”.

BARCELLOS (2008:54-55)⁵ parte da premissa de que a ponderação seria um raciocínio do qual os julgadores se valem “e que vem sendo cada vez mais utilizado diante de situações nas quais, parece ao intérprete, as fórmulas hermenêuticas tradicionais são insuficientes” e que seria uma técnica de decisão própria para casos difíceis, impossíveis de serem resolvidos pro mera subsunção de fatos à norma, como sugere a tradição.

No entanto, não parece ser esta a realidade. A própria Professora destaca o receio do uso inadequado da técnica, mencionando “as possibilidades quase ilimitadas que ela ponderação oferece” (2008:65). E continua (BARCELLOS, 2008:67):

A relação extremamente próxima que há entre a ponderação e o caso concreto concentra, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade dessa técnica de decisão jurídica. É sua força porque, como referido, fornece ao intérprete um instrumento poderoso para solucionar casos para os quais não há solução pré-fabricada no ordenamento. Por outro lado, porém, não parece compatível com a ideia de Estado de Direito ou com a opção por uma constituição rígida autorizar que boa parte da interpretação das normas constitucionais (incluindo os direitos fundamentais) e, a rigor, de sua própria aplicação, seja definida em função de juízos exclusivamente pessoais (bem ou mal intencionados), puramente casuísticos e que, muitas vezes, serão contraditórios entre si.

Um juiz crítico do judiciário me explicou o seu temor em relação à abertura proporcionada pelos princípios, considerando a realidade forense:

Decisão principiológica é perigosa, tem risco. Eu fico assustado com a abertura que o princípio permite. Se você pensa: o que você faz com o princípio da

⁵ BARCELLOS (2008:66) pensa em dois parâmetros principais (e abstratos) para o uso da técnica: “(i) em uma situação de ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios constitucionais; e (ii) os enunciados que atribuem direitos fundamentais aos indivíduos devem ter preferência sobre as demais disposições que com eles por acaso se choquem.”.

dignidade humana? Qualquer coisa. Pode ter uma decisão na extrema direita e uma na extrema esquerda. O que diferencia? O intérprete. Então, tenho que torcer e esperar para que ele seja bom para a decisão ser boa. O princípio é muito bom quando o cara é bom. Agora é muito ruim se o cara é ruim. A aplicação de princípios é vista como algo que é contrário ao positivismo. Mas pode ser tão discricionária quando o positivismo foi.

Ou seja, segundo esta técnica de interpretação, para que a decisão judicial tenha legitimidade é preciso que o Juiz demonstre, racionalmente, as técnicas de argumentação que utilizou para, diante daquele caso concreto, interpretar a lei segundo determinada racionalidade, ponderando os princípios e optando pelo mais razoável, sempre que a circunstância do caso concreto assim determinar. Isto é como a dogmática vê a questão⁶.

Empiricamente, os dados de campo revelam que: “o juiz faz o que quer usando os princípios, porque eles são totalmente abstratos. O que é dignidade humana? O que é razoabilidade? O que o juiz quiser que seja no caso concreto.”. Assim me disse um interlocutor.

Um Desembargador que eu entrevistei, usou, exatamente, estes termos para explicar-me que é assim que se administram os conflitos no Judiciário: “Se eu decido que uma lei não é adequada, eu uso os princípios constitucionais para justificar o afastamento da Lei.”.

⁶ Existe ampla bibliografia, notadamente nas áreas da filosofia do direito, teoria constitucional e hermenêutica jurídica, discutindo essa questão, mas o meu recorte metodológico é empírico e, portanto, não pretendo adentrar nesta discussão. Sobre o tema, ver: ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em 10.12.1998. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes e _____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, 1999; BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 49-118; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009 e _____. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 327-405; BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Icone, 1995; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índice**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista, São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2007; GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **ISONOMÍA**, n. 6, abr 1997. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia06/isonomia06_03.pdf; GAULIA, Cristina Tereza. O Princípio da Oralidade na Lei nº 9.099, de 26/9/1995 – Uma Releitura Substancialista. In.: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). **A Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 511-524; HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991; Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998; RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris. 2003; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A Teoria Constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo. **RDE - Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Ano 1, nº 1: 89-104, jan/mar 2006. Rio de Janeiro e _____. 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: Número 1: 1-17, mar/mai 2007. Bahia.

Foi assim que ele “justificou” o movimento da distribuição desigual da Justiça, citando que: “a jurisprudência vem vindo, num determinado sentido. Aí chega um caso lá que, por alguma razão, e, às vezes, por interesse político, não pode continuar sendo interpretado do mesmo modo. Eles mudam o entendimento todo...”. Lógico que, segundo ele, “quando muda em um, muda em todos os demais, porque senão seria demais, não daria para justificar. Mas e os casos anteriores? Ficam como estão.”.

E o Desembargador continua: “de repente, tudo vira nulo, tudo fere a Constituição. Por exemplo, no crime...o Supremo já cansou de prorrogar prisão em casos de crime organizado. Mas aí, de repente, não pode mais. Um ano é muito tempo, não podemos prorrogar. Ora...”.

Relendo a teoria, verifiquei que MAUS (2000:196) ratifica os meus dados empíricos, quando menciona que “o juiz torna-se o próprio juiz da lei [...] investindo-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito suprapositivo e não-escrito”.

Ou seja, para fugir à concepção positivista⁷ que vigorou durante os regimes totalitários, construiu-se uma concepção ativista, de que seria premente a independência e liberdade da magistratura, a fim de neutralizá-la de interesses estatais. E essa postura tem a sua marca na conhecida frase, também citada por MAUS, de que “a lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes”. (2000:198).

Em ensaio publicado na Revista Consultor Jurídico, José Medina menciona que o princípio acaba sendo esgrimido ao sabor do resultado a que o intérprete, aplicador da norma, deseja chegar. Segundo ele, “estamos, hoje, caminhando em terreno inseguro: as decisões fundadas em princípios jurídicos abrem espaço para escolhas arbitrárias com aparência de decisões fundamentadas. As teorias da argumentação, tão em voga, parecem não nos proteger contra isso.”⁸

No mesmo sentido, a afirmação do ministro do STF, Eros Grau, hoje aposentado, acerca do abuso dos princípios constitucionais. De acordo com Eros Grau, quando ocorre o abuso dos princípios, e mais grave ainda, quando nesse abuso as preferências pessoais predominam, “se faz a chamada ponderação dos princípios e acabamos decidindo no plano do arbítrio”. Eros Grau relata, em sua fala, que, muitas vezes, eles estão “atravessando a praça”, na

⁷ BOBBIO, citando Montesquieu, menciona o destaque que se deu, no positivismo, à questão da segurança jurídica, mencionando que “se os juízos fossem o veículo das opiniões particulares dos juízes, viveríamos numa sociedade sem saber com precisão que obrigações assumir. A subordinação dos juízes à Lei tende a garantir um valor muito importante: a segurança do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à Lei.”. (1995:40). Para ver o movimento histórico do positivismo e as críticas a ele dirigidas e a recuperação de diversas correntes de pensamento que discutiram o papel do legislador e do juiz, a sua legitimidade e os limites da atuação do intérprete diante da Lei, remeto o leitor à integralidade da obra de Bobbio (1995).

⁸ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-fev-22/supremo-tribunal-federal-ouvir-sociedade>.

medida em que não existe um critério que oriente a maneira como os princípios e valores devem ser ponderados: “é a questão da tirania e isso me parece extremamente grave”. Além disso, no entendimento do ministro, a segurança jurídica estará sendo “despedaçada” se houver uma formulação arbitrária sobre juízos de valor quando se ponderam princípios.⁹

Ou seja, o voluntarismo se faz presente no Judiciário e as “teorias” da interpretação principiológica obscurecem o seu arbítrio, uma vez que ficam a serviço de legitimar uma aparente fundamentação teórica¹⁰.

Um advogado me disse que, na sua visão prática, os “juízes usam os princípios de qualquer jeito.”. E isso porque a lei é muito flexível, o que, segundo ele, é “bom”.

Julgam de qualquer jeito e os fundamentos são sempre legítimos. Usam essas coisas que servem em qualquer situação, sabe, tipo ‘a prova é insuficiente’. Isso cabe em qualquer caso. Eles têm sempre argumentos legais para fazerem como querem fazer, porque no direito tem argumento pra tudo. Deferem e indeferem com legalidade. Quem vai decidir usa a lei pra decisão, porque a lei dá sempre muita flexibilidade. E não acho ruim isso. A lei não pode engessar. A lei não faz tudo. Usam princípios, só que o problema que eu vejo não é esse, é que eles não usam os princípios de direito não...eles usam os princípios deles...é a forma que eles pensam...esse que é o problema...e aí a forma como pensam é elitista, hierarquiza as pessoas, tudo que eu te disse...

Existe uma ampla discussão dogmática, explícita na mesma bibliografia que mencionei em nota acerca da hermenêutica jurídica, que diferencia princípios de regras e que tampouco me interessa tratar neste artigo, focado na perspectiva empírica.

Em linhas gerais, apenas para contextualizar o que, de fato, me interessa explicitar, os princípios são, por natureza, transcendentais. ROTHENBURG (1999:13), tratando do momento passado, em que os princípios não tinham a força normativa de hoje, menciona: “Por força de sua suposta natureza transcendente, ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediate), eram qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política.”.

Os “princípios do direito” surgiriam sob a representação de que seriam a “solução” doutrinária para o preenchimento das lacunas da legislação. Uma espécie de *porto-seguro* dos operadores do Direito, que os utilizam tanto quando querem interpretar a lei de forma particular

⁹<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/43259/abuso+dos+principios+constitucionais+ameaca+jurisprudencia+dizem+especialistas.shtml>

¹⁰ Em artigo curioso, que compara o exercício hermenêutico à teoria freudiana, GODOY assim se expressa: “deve-se reconhecer que o intérprete interpreta o que quer, e como quer. Traduz essa vontade, porém, em linguagem que apresenta certo refinamento teórico que instrumentaliza e legitima o ato interpretativo.”. (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-04/embargos-culturais-hermeneutica-juridica-semelhante-teoria-freud>).

quanto quando não encontram nela a saída de que necessitam ou a que melhor lhes convêm ao seu objetivo primordial de “fazer justiça”. Funcionam, portanto, como uma espécie de “sinal verde” para a interpretação e aplicação particularizada da lei, pois, de tão abstratos, se moldam a qualquer fôrma, permitindo a relativização das normas no caso em concreto¹¹.

Inclusive, essa ampla possibilidade leva ao que um juiz entrevistado manifestou, de forma preocupada:

Na verdade, na prática, é sempre muito fácil você fazer uma interpretação da lei para os dois lados. Hoje em dia, eu diria que, na maioria dos casos, dá para você ir para os dois lados. Julgar contra ou a favor. Eu diria que não chega nem a 50% dos casos, talvez uma média de 25%, realmente seja lei, estrita, e você não tem como contrariar. Mas, na maioria dos casos, a gente tem uma margem muito grande e um poder muito grande.

Nesse sentido, os princípios socorrem o julgador. E resolvem (quase) tudo. Como são normas de conteúdo vazio, a ser preenchido pelo intérprete, vale tudo em sua concretização.

Ou seja, para um lado ou para o outro, o que me parece explícito nos dados de campo é que o juiz sempre pode decidir de forma legítima, acomodando o sistema e fazendo o que acredita ser, individualmente, a justiça do caso concreto. E tudo isso com uma legítima justificativa de base teórica.

BARCELLOS e BARROSO (2008:336) justificam a relevância dessa nova forma de administração judiciária, tratando do chamado “pós-positivismo”:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Ou seja, a normatização dos princípios vem nesse ensejo (BARROSO e BARCELLOS, 2008:337). “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de

¹¹ A dogmática conceitua os princípios gerais do direito de uma forma mais idealizada. Entretanto, ao final, revela o que me interessa expor: que as moralidades do intérprete interferem na forma como ele julga e os princípios estão, justamente, a serviço de ampliar essa ampla possibilidade de flexibilidade do julgador. “[...] os princípios gerais do direito são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico [...] os princípios não tem existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida. (DINIZ, 1994:419). “A era das legislações principiológicas inaugurou-se com a Constituição de 88, e com ela, veio inexoravelmente a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Isto porque se os princípios são ‘proposições normativas e não declarações descritivas’, eles dizem o que deve ser e o que é permitido, não aquilo que o caso é na realidade, é óbvia a conclusão de que tais premissas valorativas vêm carregadas de carga ideológica [...]”. (GAULIA, 2003:513).

conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.”.

Na mesma linha, de interpretação ampla e aberta, um juiz resolveu estender aos homens os efeitos da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), criada, ao menos normativamente, de forma exclusiva para as mulheres. Sem adentrar no mérito da decisão, para o que eu pretendo demonstrar, vale a sua justificativa:

A inexistência de regra específica que preveja medida protetiva de não aproximação destinada ao resguardo dos direitos dos homens (gênero masculino) não é justificativa plausível ao indeferimento de tal pleito, pois, reafirmo, o ordenamento jurídico deve ser interpretado como um todo indissociável e os conflitos de interesse resolvidos através da aplicação de princípios e da interpretação analógica de suas normas¹².

Nesse sistema, o que vale é, portanto, o ponto de observação do intérprete. E a sua atividade “jamais pode ser qualificada como mecânica – pois a ele cabe dar **o toque de humanidade que liga o texto à vida real** [...]”¹³. (BARROSO e BARCELLOS, 2008:341).

Ou, nos dizeres de GAULIA (2001:144), “colorir ideologicamente a lei”.

Nesse exercício, de acionar a humanidade de cada um, faz-se o que for razoável para se atingir a justiça, seja lá o que isso signifique.

Uma juíza que eu entrevistei, disse-me:

Acho que simplesmente hoje em dia temos outra concepção de juiz. Um juiz com uma concepção um pouco mais atual, que percebe a realidade das partes e que na verdade procure (eu gosto muito dessa palavra “razoabilidade”) de uma maneira razoável, encerrar uma contenda.

NALINI (2006:269) também chama a atenção para o juiz “de hoje”, que deve decodificar a lei, interpretá-la, “complementá-la e aperfeiçoá-la”, estando atualmente “reconhecida a amplitude da liberdade conferida ao juiz para interpretar a lei e procurar fazer justiça no caso concreto” (NALINI, 2006:274).

¹² Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/09/19/lei-maria-da-penha-usada-favor-de-um-homem-no-mato-grosso-do-sul-925397467.asp>

¹³ Segundo esta “nova” forma - ativista e, na mesma linha, principiológica - de pensar o Direito, “a constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”. (BARROSO e BARCELLOS, 2008:338)

O problema que me interessa explicitar é que essa ponderação principiológica envolve “avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências” e isso me parece que pode repercutir em discricionariedade e arbítrio incompatíveis com a democracia (BARROSO e BARCELLOS, 2008:350).

Mesmo os teóricos da Nova Interpretação Constitucional, reconhecem que “no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar à ampla discricionariedade judicial [...]”. (BARROSO e BARCELLOS, 2008:350).

CAPPELLETTI (1993:92) já apontava o casuísmo a que essa abertura normativa leva, embora a defendesse entusiasticamente:

Trata-se [...] de problema que não pode se resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, - ou para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa - , pode ser benéfica ou maléfica, segundo as circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.

KELSEN (1998:275) há muito tempo, ao tratar das lacunas da lei, já mencionara que deslocar para o tribunal a sua livre apreciação é inviável porque isso seria lhe conceder “um poder evidentemente demasiado extenso”. Mas o nosso sistema vem fazendo assim, deslocando - cada vez mais ativamente - liberdade aos juízes para interpretarem as normas e “fazerem justiça” no caso concreto.

Para que essa vontade de “fazer justiça” tenha alguns limites, o sistema estabeleceu um suposto mecanismo de controle externo da decisão judicial: o dever de fundamentação, que tampouco vem sendo rigorosamente observado, embora não seja este o tema do meu trabalho.

Aqui, neste artigo, me interessa explicitar, a partir de narrativas concretas, que, eventualmente, esses mecanismos sofisticados de interpretação e de racionalização expressos na decisão judicial permitem ao intérprete (o julgador) disfarçar ou mascarar “o seu próprio decisionismo, sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à constituição”. (MAUS, 2000:192).

KHALIL (2011:189) descreve a conversa que teve com uma juíza que lhe disse:

Há uma norma a aplicar ou algum princípio e, claro, aquilo que você entende como sendo justo para aquela questão [...] sempre dá pra encaixar em algum ponto do ordenamento, em algum princípio, em alguma regra constitucional;

sempre dá para fundamentar em alguma coisa [...] Fica um pouco de acordo com o sentimento do juiz.

4. A questão da hermenêutica jurídica e da (nova) interpretação constitucional

“A interpretação não é um fenômeno absoluto ou atemporal. Ela espelha o nível de conhecimento e a realidade de cada época, bem como as crenças e valores do intérprete, sejam os do contexto social em que esteja inserido, sejam os de sua própria individualidade.”. (BARROSO, 2009:3)

Como cediço, a hermenêutica é a teoria ou a arte da interpretação¹⁴ e essa atividade – hermenêutica - permeia todo o exercício dos operadores do direito, principalmente, a atuação do magistrado, que é o responsável pela função de “dizer o direito”, ou seja, de aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Como afirma o professor Tércio Sampaio Ferraz, “a determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decibilidade de conflitos, constitui a tarefa da dogmática hermenêutica”. (FERRAZ JÚNIOR, 2001:252).

No mesmo sentido, posiciona-se Maria Helena Diniz, que afirma tratar-se, a hermenêutica, da “teoria científica da arte de interpretar”. Ou seja, o conjunto de princípios e normas que norteiam a interpretação é considerado por ela uma ciência, denominada “hermenêutica”. (DINIZ, 2002:64).

Antes de estudar mais profundamente o tema, e com as devidas escusas aos hermenêutas, a Hermenêutica Jurídica me parecia ser uma teoria muito bem articulada que, na prática, significava simplesmente a imposição da vontade do intérprete.

Uma definição interessante que li em um artigo curioso, que compara o exercício hermenêutico à teoria freudiana, embora não exagere tanto quanto eu na percepção do tema, também critica esta forma de representação da jurisdição (GODOY, 2011):

O legislador traduz em norma a vontade de um grupo de pressão que representa. O magistrado traduz em sentença sua percepção de determinada

¹⁴ Embora não seja este o foco, há teóricos que distinguem interpretação e hermenêutica. A passagem a seguir me pareceu didática: “A interpretação, momento de contato direto do intérprete com a norma jurídica, ocorre quando o operador do direito procura encontrar, por meio de técnicas específicas, o real conteúdo e significado da norma jurídica. Por outro lado, a hermenêutica jurídica é a ciência formada pelo conjunto sistêmico de técnicas e métodos interpretativos.”. GERA, Renata Coelho Padilha. HERMENÊUTICA JURÍDICA: alguns aspectos relevantes da hermenêutica constitucional. *Revista Panóptica*, ano 1, n. 4, pp. 23-29. Disponível em: <http://www.panoptica.org/dezembro2006pdf/2HermenuticaConstitucional.pdf>

contenda, carregando-a com todas as idiossincrasias e tintas de uma pré-compreensão de mundo. O advogado traduz em argumento as pretensões de seu cliente. Os órgãos de controle traduzem em ação uma moralidade administrativa presentemente dominante.

Embora não se contemple, objetivamente, a tese de que a vontade do intérprete seja soberana, segundo o próprio artigo sugere, “deve-se reconhecer, na senda do realismo jurídico norte-americano, que o **intérprete interpreta o que quer, e como quer. Traduz essa vontade, porém, em linguagem que apresenta certo refinamento teórico que instrumentaliza e legitima o ato interpretativo.**” (GODOY, 2011)

Assim como para GODOY (2011), a mim também parece que a Hermenêutica representaria uma forma especial de traduzir em linguagem técnica o que é, com efeito, uma vontade subjetiva do intérprete. E é por isso que eu chamo a atenção para o fato da relevância de pensarmos sobre o papel especial e a posição central do Juiz em nosso sistema, a fim de compreender os limites (ou a ausência de limites) e de possibilidades de sua atuação.

É preciso, portanto, olhar a interpretação jurídica de forma articulada nesse sistema e perceber a hermenêutica, menos como uma operação desinteressada e ingênua, e mais como uma efetiva substancialização de uma vontade.

GADAMER, importante teórico da Filosofia do Direito, preocupado com a questão da interpretação no mundo jurídico, destaca que não existe liberdade de pensamento e de compreensão, a partir do momento em que estamos inseridos e escravizados em uma tradição, que nos permite ver, apenas, as mesmas premissas pré-compreendidas, tal como ilustrado em sua frase lapidar: “quem não reconhece sua dependência e acredita ser livre, quando na realidade não o é, está vigiando suas próprias algemas”. (2007:42).

A pré-compreensão seria, para ele, uma condição do conhecimento, sem a qual não poderíamos superar o estranhamento e fazer as perguntas que desconstroem e criam uma nova forma de olhar, distanciada da camisa de força ideológica que nos impede de enxergar para além do estabelecido (GADAMER, 2007:288).

Nesse cenário, assume especial relevância pensar a tênue separação entre o Juiz legislador e o Juiz julgador.

CAPPELLETTI, em sua primorosa obra, intitulada “Juízes Legisladores?”, discute profundamente essa questão, articulando-a ao estudo da interpretação, que ele, aliás, define de forma extremamente didática: “mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz”. (1993:21)

Sobre a cisão entre os papéis de criador e intérprete, destaca a problemática (CAPPELLETTI, 1993:21):

O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais.

A proposta deste texto não é dialogar teoricamente nem com a filosofia do direito nem tampouco com a hermenêutica jurídica. Conforme eu explicitarei desde o início deste trabalho, o meu artigo discute aspectos empíricos do tema, de modo que não pretendo me aprofundar no debate hermenêutico nem tampouco no constitucional.

Entretanto, eu não poderia deixar de mencionar algumas questões teóricas básicas, dentre elas a disputa teórica firmada entre HART e DWORKIN, que ficou conhecida no mundo jurídico e que tinha como uma das questões centrais identificar justamente até que ponto existiria legitimidade na postura do juiz de elaborar leis. O exemplo clássico de DWORKIN (1986) sobre a distinção entre Herbert e Hércules é elucidativo dessa controvérsia. Aquele, adepto da teoria tradicional da interpretação legal, realizaria, nos casos difíceis, escolhas fortemente discricionárias, recorrendo a quaisquer valores que lhe aproovessem, fossem eles pessoais ou simplesmente majoritários, levando ao uso altamente discricionário da jurisdição. Este, adepto da teoria construtivista, submeter-se-ia ao dever legal de buscar, por uma análise holística do sistema jurídico, os princípios que melhor justificariam esse sistema e esses princípios indicariam, melhor que a discricionariedade, uma decisão mais condizente com o direito das partes. (HART, 1986; DWORKIN, 1986). Eis o embrião de toda a teoria principiológica que hoje se apresenta fortemente em nosso Judiciário.

A mim, sempre pareceu fundamental que “o poder de interpretação dos tribunais em face das leis” devesse ser o “mais limitado possível”, até porque, a história nos ajuda a identificar que em estados despóticos não havia nenhuma lei, pois o juiz tinha “a si próprio como lei.”. (MAUS, 2000:188).

É certo que a ruptura com o positivismo estabeleceu uma era de independência da Lei e passou a permitir que os Tribunais deslocassem a importância do texto legal para o papel do exegeta, como destaca MAUS (2000:193): “As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial”.

A teoria da liberdade judicial perante a lei transformou em “fetiche” a sua própria independência”. (MAUS, 2000:194).

No entanto, a radicalização dessa ideia acabou, inclusive, levando a uma percepção negativa dos juízes acerca do dever de observar a Lei. Como aponta MAUS (2000:194), os Juízes se “afrotaam com a ideia de serem meros serviçais da norma”.

GARGARELLA (1997) é outro teórico importante que problematiza esse deslocamento do poder de legislar, destacando como sendo a questão mais crítica desse sistema, o fato de se transferir para os Juízes - que não são representantes da vontade popular - a capacidade de rever e de legitimar, ou não, Leis instituídas pelo Legislativo, este sim, representativo da cidadania.

O problema que se estabelece em relação à Hermenêutica é que essa transferência do poder de dizer o Direito para os juízes desconsidera, como destacara GADAMER (2007), que a interpretação da Lei não é independente.

GARGARELLA (1997) critica o controle judicial das leis, exatamente por entender que a tarefa dos Juízes de dizer o que é ou não Constitucional não é mecânica, automática, e independente de subjetividade e interpretação.

Entrevistei uma juíza que foi muito contundente ao me contar sobre o esforço hermenêutico que havia feito para não prender um jurisdicionado que respondia a uma ação criminal que tramitava em sua vara.

Eu não queria prender esse cara. Eu não queria que ele voltasse a cumprir uma pena. Ele já tinha cumprido a pena do primeiro processo dele. Ele até tinha respondido ao processo e tinha ficado um bom tempo preso. E eu não queria que ele voltasse a cumprir uma pena. Eu não queria, não queria que ele voltasse. Aí, entra toda a questão dos valores do juiz, de como você pensa, do que que você acha, daquilo que você acredita. Porque tem juiz que acha que quanto mais rigor na aplicação da pena, melhor [...] ou você pode ter um juiz como eu, que não acredita muito em pena de prisão e aí no que pode, no que consegue, tenta manter as pessoas fora da cadeia [...] eu fiz um exercício enooorme para conseguir substituir a pena desse infeliz. Eu fiz todo um exercício de argumentação. Eu não queria prender o cara.

Outro caso que eu estudei também demonstra a ampla possibilidade de uso de princípios da qual se vale um Juiz quando quer “fazer justiça”. Este magistrado me contou que usou princípios para justificar a sua decisão, aparentemente, contrária ao texto da Lei.

Era um casal casado, mas eles se separaram. Então, na verdade, eram separados. Ela morava no subúrbio, acho que Realengo. O Senhor morava em Maricá. Aí, ele teve câncer e ela se reaproximou dele. E ela se dividia. Ela passou os últimos

anos da vida dele assim. Anos...Ela passava 02 ou 03 dias com filhos e noras aqui, fazia comida, e depois pegava um ônibus, 02 ou 03, sei lá, e ia para Maricá cuidar do ex companheiro. E fez isso todas as semanas até ele morrer. Pela lei, era não era mais mulher, nem companheira do falecido. Estava separada! Teoricamente, ela estava separada e ela não fazia jus à pensão. **Pela Lei, ela não podia. Mas eu achei que ela fazia jus à pensão.** E eu fundamentei dizendo: olha, o que a CF fala, o que ela valoriza, tudo bem, a relação sexual está meio que implícita numa relação afetiva estável, duradoura, mas ela não se resume a isso. O que tinha ali era uma relação de companheirismo, de camaradagem, de solidariedade, de cumplicidade, eles estavam compartilhando um momento difícil. Isso é o que a CF valoriza. Eles se separaram, mas na hora que o marido ia morrer, a mulher acompanhou todos os últimos anos dele, e enterrou o ex-companheiro...ela estava ali, do lado dele. Pra mim, isso era uma união estável e, portanto, ela tinha direito à pensão. Eles compartilharam aquilo. E eu sentenciei favoravelmente a ela.

Contemporaneamente, legitima-se e busca-se uma atividade criativa do aplicador do direito, entendendo-se a interpretação e a aplicação do Direito como lados de uma mesma moeda, como conceitos em estado de simbiose.

A nova interpretação constitucional assenta-se na ideia de que o relato da norma é uma mera moldura dependente dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados. (BARROSO; BARCELLOS, 2008:331-332).

O problema que se coloca é a ausência de limites e de controle sobre o intérprete.

BARROSO E BARCELLOS (2008) tentam identificar parâmetros de controle da argumentação jurídica e de orientação da interpretação, destacando três deles como fundamentais: a motivação; a universalização dos critérios em busca da isonomia; e a observância de princípios que orientem a atividade do intérprete (BARROSO; BARCELLOS, 2008:352-353).

A argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. Ou seja: não basta o bom senso e o sentido de justiça pessoal – é necessário que o intérprete apresente elementos da ordem jurídica que referendam tal ou qual decisão. Embora óbvia, essa exigência tem sido deixada de lado com mais freqüência do que se poderia supor, substituída por concepções pessoais embaladas em uma retórica de qualidade [...] a argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter jurídico – não se trata apenas de argumentação lógica e moral [...] quando uma decisão judicial envolve a técnica da ponderação, o dever de motivar torna-se ainda mais grave [...] o julgador percorre um caminho muito mais longo e acidentado para chegar à conclusão. É seu dever constitucional guiar as partes por essa viagem, demonstrando, em cada ponto, porque decidiu por uma direção ou sentido e não por outro.

A forma como a teoria está articulada continua parecendo, para mim, demasiado abstrata e ausente de consenso sobre os significados desses supostos critérios de controle.

O fato é que, na prática, a nova interpretação constitucional colocou em destaque o “intérprete”, que passou a ser o ator principal nessa interação entre fatos e normas. E, na medida em que esse esforço hermenêutico permitiu ampla extensão e significação de conceitos, a margem de atuação e poder de decidir do Juiz se ampliou.

5. Considerações finais: mais perguntas do que respostas

Este texto não pretende resolver nenhum problema, nem tampouco responder questões, mas, basicamente, fazer perguntas.

Tampouco tenho uma visão moralista acerca de como a atividade jurisdicional vem sendo prestada. Efetivamente, não pretendo dizer se está certo ou errado transferir aos magistrados amplo poder de interpretação das normas jurídicas.

Minha intenção foi simplesmente problematizar questões empíricas e tentar dialogar tangencialmente com um discurso teórico que fica, de certo modo, alheio aos problemas da realidade forense. Especificamente, meu intuito foi descrever o modo como a técnica da ponderação de princípios vem sendo utilizada no mundo dos tribunais.

Sempre me chamou a atenção o abismo existente entre a norma e a realidade. HESSE assinala que, além do intérprete, a realidade do mundo dos fatos também influenciaria diretamente a interpretação constitucional e sustenta que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade”. Mas, não creio que essa percepção teórica, de fato, tenha correspondência empírica.

Com efeito, eu não vejo que a interpretação constitucional considere, efetivamente, os fatos do mundo real além do objeto do texto (relevância da realidade concreta do mundo). (HESSE, 1991:14).

SOUZA NETO (2006:89) igualmente explicita a sua preocupação na ausência de diálogo entre o mundo das leis e o mundo da realidade, ao sustentar que “o mais importante desafio da teoria constitucional hodierna é precisamente reabilitar os esforços de justificação dos preceitos constitucionais sem que isso se dê metafisicamente.”.

No entanto, a perspectiva abstrata ainda parece condicionar a forma do campo jurídico de olhar para essa realidade, da vida e dos conflitos.

Eu sempre fiquei perplexa, não apenas como advogada e pesquisadora, mas também como cidadã, diante do fato de um mesmo caso ser tratado de forma absolutamente distinta, conforme a Vara, a Câmara ou a Turma em que o processo tramitasse, atitude que se costuma chamar de “loteria judiciária”.

HALIS (2010:138) defende, mencionando Holmes, juiz da Corte Suprema dos EUA, que o espaço de criação do juiz deve ser “microscópico”.

De fato, os limites - ou a ausência deles - é o que me interessa destacar neste texto, onde, efetivamente, procuro simplesmente 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”.

Como me 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 me explicou o seguinte, tentando afastar o judiciário da pecha de um poder arbitrário:

Você não pode legislar, criar lei. A gente não pode 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 fiz muito essa coisa 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, mas aí você dá...isso eu acho.

Portanto, a minha questão está centrada em tentar entender o que acontece na prática diante desta permissão de ampla liberdade conferida ao intérprete da norma? Ou seja, o que tem acontecido nos tribunais e como os intérpretes têm se valido da hermenêutica e da técnica da ponderação de princípios?

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).

De fato, a mim também parece que esta técnica racional e sofisticada de interpretação possibilita que os motivos reais de motivação da decisão sejam traduzidos em linguagem legítima

e, portanto, os aspectos pessoais da decisão fiquem obscurecidos e, conseqüentemente, fora de controle, gerando imprevisibilidade, insegurança e, conseqüentemente, crise de legitimidade.

A ideologia do juiz “servo da legalidade e ignorante da vida” não funcionou, mas, efetivamente, esta nova era, de ampla liberdade, parece-me trazer, do mesmo modo, barreiras que brevemente teremos de enxergar para poder transpor. Acho perigoso transitar em um sistema em que o juiz, com base em princípios, pode “paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido”. (BARROSO, 2009:295)

E foi nesta linha que me pareceu importante problematizar neste artigo estas formas e técnicas de transcendência à Lei.

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? E se este é o sistema que pretendemos ter.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos Direitos Fundamentais**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98. mimeo.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 49-118.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

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

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do Direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 18. ed, 2002.

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, pp. 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, pp. 174-191.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 3. ed, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. 3. ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista, São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2007.

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. **ISONOMÍA**, n. 6, abr 1997. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715085352381514198846/isonomia_06/isonomia06_03.pdf

GAULIA, Cristina Tereza. O Princípio da Oralidade na Lei nº 9.099, de 26/9/1995 – Uma Releitura Substancialista. In.: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: A Constituição como *Locus* da Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 511-524.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Freud e a teoria psicanalítica para a hermenêutica. **Revista Consultor Jurídico**. Set 2011. São Paulo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-04/embargos-culturais-hermeneutica-juridica-semelhante-teoria-freud>

HART, H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals,” from Feinberg, Joel and Gross, Hyman, **Philosophy of Law** (Third Edition). Belmont, California: Wadsworth Publishing Company, 1986, pp. 69-87.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**: *Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LUPE'TTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, Nov 2000, pp. 183-202. Rio de Janeiro.

NALINI, Renato. **A rebelião da Toga**. Campinas: Millenium Editora, 2006.

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

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 303-321.

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

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A Teoria Constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstutivo. **RDE - Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Ano 1, nº 1: 89-104, jan/mar 2006. Rio de Janeiro.

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: Número 1: 1-17, mar/mai 2007. Bahia.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



LUPETTI, Bárbara. UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE OS REFLEXOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA E DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO. **Lex Humana**, <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana>, v. 5, n. 2, p. 22-46, jul/dez. 2013. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=437>. Acesso em: 18 de dezembro de 2013.
