

Princípio não é aspirina e juiz não pode ser bipolar

Spacca

A partir dos *Critical Legal Studies*[1] (CLS), Duncan Kennedy[2] promove a leitura da decisão judicial no panorama dos EUA, no qual a distinção ideológica entre liberais e conservadores é marcante (clique [aqui](#) para ler a coluna de Arnaldo Godoy). Assim, informado pela posição ideológica do julgador (ator ideológico), pretende demonstrar o comportamento hermenêutico estratégico dos argumentos. Em uma sociedade capitalista, por evidente, o interesse do Direito Penal é manter a estrutura de exploração, da mais-valia, do respeito aos contratos e do livre mercado[3]. Parece ingênuo ainda hoje acreditar na aplicação neutra da lei, embora boa parte dos magistrados assim entenda, daí o êxito do efeito ilusório da ciência do direito, epistemologicamente insustentável.

A seleção dos argumentos que serão utilizados é ideologicamente orientada. Duncan Kennedy[4] diz que é sempre possível a um julgador adotar uma atitude estratégica para com os materiais significantes, fazendo com que pareçam algo distinto do que em princípio pareciam significar, ou mesmo emprestar novos significados dentro de uma cadeia de significantes, rearticulando a maneira como são apresentados. Há sempre um espaço para manipulação dos jogadores e julgadores entre as possíveis versões do mesmo material coletado validamente em um jogo processual[5]. Isso é verificável com a quantidade de reformas de decisões de primeiro grau, a saber, com o mesmo material significativo, a articulação da teoria do crime, das teorias de processo, dos sentidos possíveis, modifica-se o sentido. Isso depende do talento e da opção — mesmo [inconsciente](#) — sobre a sua posição no mundo em face do direito autêntico.



Alexandre Morais da Rosa
Juiz de Direito - SC

Entretanto, na imensa maioria das vezes essas opções são maquiadas em nome da neutralidade e da aplicação estrita da lei, de modo que quase nunca são evidenciadas as intenções ideológicas. Se perguntados, na maioria, sorriem, dizendo: “apenas apliquei a lei em vigor”. A seleção das normas jurídicas e dos fatos relevantes e provados depende de fatores extranarrativos, muitas vezes manipulados. Reconhecer a variável é condição de possibilidade para o enfrentamento das decisões inautênticas ([Streck](#)). Feita essa explicação, Duncan Kennedy[6] apresenta três modelos de juiz:

a) *Julgador ativista (restringido)*. A imagem proposta é a do julgador que sabe da aplicação de determinada regra ao caso, mas por não concordar pessoalmente — ideologicamente — desloca sua narrativa para plantar uma exceção. Não busca desconsiderar a lei, mas sim apresentar uma exceção restritiva do caso em análise, crendo, sinceramente, que a decisão é a decorrente do melhor direito. Produz sentenças que formalmente são manifestações judiciais defendendo seu ponto de vista, solipsita, claro, desde uma motivação defensiva do seu argumento. Enfim, constrói o sentido do material apresentado — do qual é fiel — corroborando sua decisão, todavia. Quando não encontra meios de apontar o caso como exceção, submete-se ao direito. Esse modelo pode ser tanto conservador como liberal.

b) *Julgador mediador*: ciente da divisão ideológica, posta-se como observador externo e busca por meio



de sua atividade judicial o comportamento estratégico de conciliar as vertentes, promovendo o meio termo. Ante os extremos ideológicos situa-se em posições moderadas, as quais poderiam ensejar a convivência de diferentes grupos ideológicos.

c) *Julgador bipolar*: No enleio entre posições ideológicas, muitas vezes por deficiência teórica, decide de maneira conservadora e no caso seguinte de forma liberal, sem que tenha um mínimo de coerência. Daí que não se sabe o que esperar dele. Sua bipolaridade decorre do fato de que não pertence — ou não sabe que pertence — a um grupo ideológico definido e passa a vida decidindo como bem lhe aprouver. Não raro acredita, ainda (e precisamos ter cuidado com esses sujeitos) que decisão vem de *sentire*, tão bem criticado por Lenio Streck[7]. No Brasil poderia ser chamado julgador *Maria-vai-com-as-outras*. Que espécie de lugar de fala essa atitude conforma? Como age um juiz que sempre é levado pela maré, ainda mais em tempos de torrente incontrolada do poder punitivo? Que sentença um juiz *Maria-vai-com-as-outras* coloca no mundo?

Daí a importância de se enfrentar a questão das condições de possibilidade das decisões judiciais no contexto brasileiro, tomado pela inautenticidade, a partir das variadas possibilidades ideológicas. Ao se decidir uma questão aparentemente simples, diz [Lenio Streck](#), há um princípio (por favor, não entendido a partir da Lei de Introdução do Código Civil) que deve fundamentar todas as decisões. Não se pode, também, cair-se na armadilha da ponderação de princípios, dado que se trata de mero recurso retórico, consoante afirma Daniel Sarmento: “E a outra face da moeda [do uso desmesurado dos princípios] é o lado do decisicismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem 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 de seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdaderas ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer quase tudo o que quiser”[8] É preciso saber do que se está falando quando se fala de princípio, como bem apontam [Rafael Tomaz de Oliveira](#), [André Karam Trindade](#) e Lenio Luiz Streck. Princípio não é, pois, “aspirina”.

[1] Um excelente trabalho sobre o tema em: GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. Entre o centro e a periferia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013 (confira [aqui](#)).

[2] KENNEDY, Duncan. Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010.

[3] MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

[4] KENNEDY, Duncan. Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, p. 32.

[5] MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[6] KENNEDY, Duncan. Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, p. 38-43.

[7] STRECK, Lenio Luiz. <http://www.conjur.com.br/2014-fev-06/senso-incomum-direito-facilitado-balao-magico-obvio-venceu> .

[8] SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudo de direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris,



2006, p. 199-200.

Date Created

11/10/2014