

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE DARCY RIBEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS DO HOMEM**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA POLÍTICA**

**“PAU QUE BATE EM CHICO TAMBÉM BATE EM FRANCISCO”?**  
**Representações sobre a decisão e a distribuição de Justiça**

**MARIA GORETTI NAGIME BARROS COSTA**

**Campos dos Goytacazes**  
**Setembro de 2018**

**MARIA GORETTI NAGIME BARROS COSTA**

**“PAU QUE BATE EM CHICO TAMBÉM BATE EM FRANCISCO”?**

**Representações sobre a decisão e a distribuição de Justiça**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Sociologia Política.

Orientador: Professor Dr. Paulo Gajanigo.  
Linha de Pesquisa: Cultura, territorialidades e poder.

**Campos dos Goytacazes**

**Setembro de 2018**

**FICHA CATALOGRÁFICA**

UENF - Bibliotecas

Elaborada com os dados fornecidos pela autora.

C837

Costa, Maria Goretti Nagime Barros.

"PAU QUE BATE EM CHICO TAMBÉM BATE EM FRANCISCO?" / Maria Goretti Nagime Barros Costa. - Campos dos Goytacazes, RJ, 2019.

96 f. : il.

Bibliografia: 93 - 96.

Dissertação (Mestrado em Sociologia Política) - Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Centro de Ciências do Homem, 2019.

Orientador: Paulo Rodrigues Gajanigo.

1. Poder. 2. Processos de Dominação. 3. Campo Jurídico. 4. Distribuição de Justiça. 5. Democracia. I. Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro.

II. Título.

CDD - 320

## **BANCA EXAMINADORA**

**“PAU QUE BATE EM CHICO TAMBÉM BATE EM FRANCISCO”?**

**Representações sobre a decisão e a distribuição de Justiça**

**MARIA GORETTI NAGIME BARROS COSTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política do Centro de Ciências do Homem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro para obtenção do título de Mestre em Sociologia Política.

Aprovada em 25 Setembro de 2018.

Membros da banca:

---

Prof. Dr. Paulo Rodrigues Gajanigo – UFF  
Orientador

---

Prof. Dr Nilo Lima de Azevedo – UENF  
Examinador

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Glaucia Maria Pontes Mouzinho – UFF  
Examinadora Convidada

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Leda Regina de Barros Silva – UFF  
Examinadora Convidada

**Campos dos Goytacazes**

**Setembro de 2018**

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho só pôde ser concretizado graças a algumas pessoas que acreditaram no projeto e trabalharam para viabilizá-lo. A maior parte desta dissertação foi feita durante o período de minha gravidez e nascimento do meu filho, por isso minha gratidão ganha um tom mais emotivo. Em uma sociedade marcada pelo machismo, as pessoas que me apoiaram fizeram o caminho oposto. Estavam comprometidas a fazer com que uma mulher grávida, e, depois, lactante, não desistisse de seu trabalho acadêmico. Sem dúvida, nos primeiros meses sem dormir, quando pensava em desistir, me lembrava dos gigantes que me incentivaram. A eles venho aqui agradecer.

Ao meu orientador, Professor Doutor Paulo Gajanigo, que a cada correção e instrução melhorou significativamente este projeto. Ensinou muito além das lições sobre pesquisa: tive a sorte de conviver e aprender com uma pessoa realmente vocacionada para o ensino.

Ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro. À coordenadora Wania Amelia Belchior Mesquita, que dedica sua vida a conduzir brilhantemente o programa. O legado deste programa de pós-graduação é construído pela força e resistência dos professores na luta histórica pela pesquisa e pelo pensamento.

À minha família pela compreensão por minha ausência durante o período da elaboração desta dissertação. Também por me substituírem por horas e com tanto amor nos cuidados com meu filho. Também por isso, à Andréa Cristina e Andrea Almeida Santos, tão atenciosas e carinhosas com ele.

Aos amigos que ganhei durante as aulas, Cleber Teixeira, Priscila Reis e Layla dos Santos, verdadeiros presentes em minha vida.

Aos professores doutores Nilo Azevedo, Glaucia Mouzinho e Leda Regina Barros, pelas sugestões bibliográficas utilizadas neste trabalho. Ao professor doutor Vitor Peixoto pelo auxílio na elaboração técnica dos gráficos.

Minha avó Hilda me dizia que quando não conseguimos explicar alguma coisa com palavras bem simples, é porque na verdade nós não sabemos. Esta mesma avó me ensinou a ser devota de Nossa Senhora das Graças. Um dia uma Maria da Graça entrou no meu escritório de advocacia e me fez perguntas que eu não sabia responder com linguagem simples. Para responder a estas perguntas iniciei o presente trabalho.

A Nossa Senhora das Graças.

A Hilda Helena, Maurício, Pedro e Francisco, que são mais que minha família e meu lar: são meus pés, minhas mãos e meu coração, me apoiando em absolutamente tudo. Com eles tenho amor e força.

A Juarez Tavares, referência mundial do pensamento crítico, que com seu exemplo, inteligência e coragem ensina o que é ser um grande homem. Não há nada que se faça bem sem paixão.

***“De boca de criança, urna de eleição, barriga de mulher, pata de cavalo e cabeça de juiz nunca se sabe o que vai sair... É preciso esperar pra ver!”***

***“Alguns juízes pensam que são Deus. Outros têm certeza.”***

(Ditos populares entre os advogados nas décadas de 1990, 2000 e 2010)



## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise de 54 processos judiciais idênticos (o pedido era o mesmo, os autores tinham a mesma profissão, exerciam a mesma função no mesmo município e as provas apresentadas eram as mesmas) distribuídos por sorteio entre as três varas do trabalho de Campos (primeira, segunda e terceira varas do trabalho) que receberam decisões significativamente diferentes em decorrência de serem julgados por juízes diferentes. O quadro que se desvelou com resultados opostos para questões idênticas acabou por questionar ou desafiar a ideia presente entre os autores dos processos de que o julgamento judicial, o que chamavam de “fazer justiça”, era algo linear, um resultado lógico naturalmente consequente de uma situação posta ao juiz. A metodologia adotada foi a de análise do discurso dos juízes nas respectivas decisões judiciais e nas entrevistas que procedi a diversos atores do campo jurídico, onde foi possível colher representações sobre fatos sociais relacionados à decisão e distribuição de justiça. No caso concreto apresentado observou-se que as variações quanto às decisões e fundamentações dos juízes revelaram que a sentença envolve múltiplas determinações subjetivas, o oposto do discurso dos julgadores que afirma distanciamento e objetividade. Neste sentido, foi abordada a relação do direito com o campo jurídico-institucional acerca do envolvimento de disputas em um campo de forças. Nesse universo de disputas a sociologia e outras dimensões do conhecimento foram utilizadas como áreas que ofertam conceitos e métodos que possibilitam um novo olhar e entendimento das práticas jurídicas.

**Palavras-chave:** Campo Jurídico; Distribuição de Justiça; Poder; Processos de Dominação.

## ABSTRACT

The present study aimed to perform case analysis on 54 identical labour lawsuits (cases in which the same complaint was made, by complainants who had the same job role, who performed the same job in the same municipality and with the same evidence presented) distributed by lot to three courts of labour in the Campos' region (first, second and third labour courts) and received significantly different decisions as a result of being judged by different judges. The revealed framework, with opposite results for similar questions, raised the question or defied the common idea among the authors of lawsuits that judgment, which they called "making justice", was something linear, a logical consequence naturally derived from a situation brought before the court. The adopted method was the discourse analysis in each judge's decision. During the development of this study, interviews were carried out with several legal actors, making possible to collect impressions about social facts related to the decision and distribution of justice. In the concrete case studies presented, it was observed variations regarding to judges grounds and reasonings in the decisions revealing that sentencing involves various subjective determinations, in opposition to the common discourse of the judges affirming detachment and objectivity. In this sense, the relationship between law and the juridical-institutional field about the involvement of disputes in a force field was addressed. In this universe of disputes, sociology and other dimensions of knowledge were used as areas that offer concepts and methods that allow a new view and understanding of legal practices.

**Keywords:** Judicial Field; Justice Distribution; Judiciary Branch; Domination Processes

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>01</b>
<b>1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: ALGUMAS NOÇÕES RELEVANTES .....</b>	<b>11</b>
1.1 Direito e Estado .....	12
1.2 História dos juízes na colonização do Brasil .....	15
1.3 Estado de Direito, Democracia e <i>Accountability</i> ....	18
1.4 Princípio da Legalidade. Princípio do livre convencimento motivado .....	22
1.5 Princípio da separação dos poderes .....	25
<b>2 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS PROCESSOS JUDICIAIS OBJETO DO PRESENTE ESTUDO .....</b>	<b>29</b>
2.1 Variações das motivações .....	38
<b>3 REPRESENTAÇÕES SOBRE A DECISÃO DO JUIZ .....</b>	<b>49</b>
3.1 Representações sobre as diferenças de interpretação .....	49
3.2 Procedimento do juiz para sua decisão, quais faculdades usa .....	54
3.3 Papel da formação do juiz e como a usa para decidir .....	58
3.4 Representação sobre a acessibilidade do poder judiciário .....	61
3.5 Representação da relação entre o Poder Judiciário e a Academia .....	65
3.6 Representação sobre a possibilidade de falha/erro do juiz e consequências .....	69
3.7 Representação sobre distribuição desigual de justiça e soluções apontadas.....	73
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>78</b>
<b>5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>83</b>

## INTRODUÇÃO

A iniciativa do presente trabalho partiu de uma experiência pessoal. A parte inicial do quadro empírico apresentado nasceu de uma experiência profissional no exercício da advocacia, especificamente no ano de 2013, contexto aparentemente simples do ponto de vista dos encaminhamentos jurídicos, mas que trouxe questionamentos e inquietações.

Atuando como advogada trabalhista, um dia veio ao meu escritório uma agente comunitária de saúde do município de São João da Barra, vizinho de Campos dos Goytacazes - RJ. Era uma senhora com um rosto muito marcado com manchas de sol, de óculos, uma blusa larga, uma saia comprida jeans.

Ela me contou que fez um concurso para o cargo de agente comunitária de saúde no referido município. “Passou no concurso” e recebia menos de R\$ 1.000,00 (mil reais) por mês. Estava ali, em um escritório de advocacia, porque tinha a impressão de que, pela exposição a doenças que sofria em seu trabalho, merecia receber um adicional de insalubridade<sup>1</sup>. Então perguntei quais eram as práticas cotidianas do trabalho dela. Ela passou a descrever-me as instruções que recebeu no curso de formação, logo após ser nomeada para o cargo. Em suas palavras, sua função era “visitar as casas, fazer o meio campo entre o governo, os hospitais, as famílias e o município”. Segundo ela, seu trabalho era percorrer de casa em casa e realizar as seguintes atividades: pesar as crianças pequenas, aferir pressão, fazer perguntas relacionadas a saúde e marcar consulta médica quando era necessário. Quando a família apresentava um quadro de plena saúde, sua visita era rara. No entanto, sua função central incluía conter, inicialmente, eventuais epidemias. Portanto, quando uma pessoa de determinada residência estava doente, sua visita era quase diária. Da mesma forma, em eventual ferimento ou situação pós-operatória, ela acompanhava o enfermeiro para ajudar a fazer e refazer curativos.

O que mais me marcou na função narrada foi a atribuição dada aos agentes comunitários de saúde do referido município no que diz respeito ao tratamento dos

---

<sup>1</sup> DINIZ, M. H. 1998. “Adicional de insalubridade. *Direito do Trabalho*. Acréscimo pago sobre o salário mínimo, cabível nos casos em que o empregado tenha de exercer suas atividades em local ou sob condição insalubres, nocivas e prejudiciais à saúde, por estar exposto a agentes físicos, químicos ou biológicos capazes de provocar o aparecimento de doenças”.

portadores das patologias hanseníase e tuberculose. Aquele que portasse a hanseníase - não tão antigamente chamada de “lepra” – ou a tuberculose, não deveria comparecer e se tratar nos hospitais, uma vez o risco de contaminação dos demais enfermos, pessoas já vulneráveis. Os portadores dessas doenças, passíveis de contágio pelo ar, deveriam se tratar em seus domicílios através dos agentes comunitários de saúde. Afirmou sobre a existência de casos naquele município, inclusive com relatos de pacientes que vieram a óbito em função do agravamento da doença.

O encaminhamento final dado por mim foi sobre a mesma ter chances de ter reconhecido judicialmente o direito ao adicional de insalubridade, e assumi o caso dela para dar os devidos prosseguimentos.

Ela voltou para o seu município e relatou nossa conversa para seus colegas de trabalho. Todos me procuraram para que eu pedisse judicialmente para cada um seu respectivo adicional de insalubridade. Perguntaram-me quando eu iria “entrar com os processos” – na linguagem formal, impetrar reclamação trabalhista com pedido de adicional de insalubridade. Combinei de fazê-lo de todos eles, todos que me procuraram, no exato mesmo dia e com a mesma peça processual inaugural e anexando exatamente as mesmas provas.

Foram, portanto, inaugurados 54 processos idênticos. O pedido contido era o mesmo, descrito com as mesmas palavras. Os autores tinham a mesma profissão, exerciam a mesma função no mesmo município. As provas que anexei eram as mesmas. A comarca responsável por julgar os conflitos trabalhistas de São João da Barra é a de Campos dos Goytacazes. Então, no mesmo dia foram protocoladas 54 petições iniciais (requerimentos formais que dão início a um processo judicial) idênticas. Só os nomes dos trabalhadores diferiam. Os 54 processos quando protocolados, como de praxe, foram distribuídos por sorteio pelo Cartório Distribuidor entre as três Varas do Trabalho de Campos: a Primeira, Segunda e Terceira Varas do Trabalho.

A cada vara do trabalho correspondia um juiz diferente. Os três juízes que atuaram no caso, um de cada vara do trabalho da Comarca, pediram para que o município contestasse a petição inicial. Já que a petição era idêntica para todos os casos, o município apresentou, de mesma forma, em cada processo exatamente a

mesma contestação (peça processual de contraponto, resposta do município quanto ao direito pleiteado). A legislação a regular todas as relações jurídicas dos processos é a mesma: as leis trabalhistas brasileiras. A situação fática também é a mesma. O concurso que gerou a nomeação de cada um também era o mesmo, assim como todos exerciam a mesma função e trabalhavam no mesmo município. A petição inicial era idêntica e a contestação era idêntica.

Então qual era a diferença entre a primeira, a segunda e a terceira Varas do Trabalho? Só uma: o agente do julgamento - o juiz a interpretar a mesma lei. E com apenas esta diferença, as três sentenças foram significativamente diferentes umas das outras. Pode-se observar no quadro abaixo os resultados de todos os 54 processos e todos os resultados da primeira e segunda instância:

DISTRIBUIÇÃO INICIAL Varas do Trabalho da Comarca de Campos dos Goytacazes	DISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS EM CADA VARA	1ª INSTÂNCIA		2ª INSTÂNCIA		RECURSOS NÃO JULGADOS
		Sim	Não	Sim	Não	
1ª Vara	18	01	17	11	07	00
2ª Vara	17	08	09	09	03	05
3ª Vara	19	00	19	05	13	01
<b>TOTAL:</b>	<b>54</b>					

Fonte: própria, 2018.

Quando, eventualmente, os pedidos de adicional de insalubridade foram negados, os recursos foram feitos para que fossem julgados pelo Tribunal<sup>2</sup>. Cabe ressaltar que nesse momento nenhuma prova nova é apresentada. Trata-se tão somente de uma nova apreciação por outros julgadores, e, mesmo dentro de um

<sup>2</sup> O julgamento do Tribunal é chamado de 2ª instância. O Tribunal é formado por várias turmas e cada turma é formada por um grupo de desembargadores. Eles votam entre si e o resultado que prevalece é o que ganhar a votação. Trata-se, portanto, de um órgão com vários julgadores.

mesmo processo, é possível conter análises com interpretações opostas sobre a mesma questão apresentada.

Observe-se o caso de A. O juiz de primeira instância disse em sua decisão: “Não é necessário sequer fazer perícia. Pelas provas que você trouxe, utilizando as leis do Direito do Trabalho brasileiro, afirmo que não merece o adicional de insalubridade”. Após o recurso, nenhuma nova prova foi produzida. Apenas o juiz mudou. Na apreciação pelo Tribunal, os desembargadores votaram no sentido completamente oposto.

Segundo a 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho, que analisou aquele processo na segunda instância, não era necessário fazer a perícia. Pelas provas trazidas, afirmam que havia merecimento do recebimento do adicional de insalubridade.

São interpretações completamente opostas acerca da mesma natureza do caso – A. atuando como Agente Comunitário de Saúde. Mais do que isso: são interpretações opostas na leitura dos mesmos textos, porque idênticas as situações avaliadas, peças iniciais e contestação.

Ao lado de A., igualmente na mesma função exercida todos os dias, está B, que não teve concedido pelo Poder Judiciário o adicional de insalubridade.

Em todos os processos – idênticos em sua natureza – e até mesmo no interior de um mesmo processo, observa-se a reiteração de interpretações opostas. E todas são unânimes em afirmar distanciamento e objetividade. As decisões afirmam tratar-se de mera aplicação da lei brasileira, a aplicação da “posição da jurisprudência”, como poderá ser notado no capítulo destinado a análise das decisões judiciais.

No caso concreto apresentado observa-se que as variações quanto às decisões e fundamentações dos juízes revelam que a sentença envolve múltiplas determinações subjetivas, o oposto do discurso dos julgadores que afirma distanciamento e objetividade.

O presente estudo tem como ponto de partida a busca de elucidações teóricas e metodológicas sobre a(s) perspectiva(s) política(s) que orienta(m) a tomada de decisão dos magistrados no contexto de julgamentos e de finalização das sentenças judiciais.

Os questionamentos aqui presentes surgiram de minha dificuldade em explicar aos clientes o porquê de situações iguais receberem “justiças” opostas. Um deles me disse: “Doutora, todo mundo aqui trabalha fazendo a mesma coisa, todo mundo aqui tem os mesmos direitos. Pau que bate em Chico também bate em Francisco”.

O quadro que se desvelou acabou por questionar ou desafiar a ideia presente entre eles de que o julgamento judicial, o que chamavam de “fazer justiça”, era um resultado lógico naturalmente consequente de uma situação posta ao juiz.

No desenvolvimento do presente estudo, efetuei entrevistas a diversos atores do campo jurídico, onde foi possível colher representações sobre fatos sociais relacionados à distribuição de justiça. Um dos atores do campo, um promotor de justiça entrevistado, utilizou a mesma expressão: “(...) acho que a gente não tá aqui pra dizer o que o demandante quer ouvir. Tá pra dizer o que a gente pensa que deve ser dito diante da demanda que é colocada. E... sempre, de modo uniforme, coerente, independente... ‘Pau que bate em Chico bate em Francisco’... a gente, tendo compromisso com a coerência não tem que se preocupar em agradar nas decisões”.

Neste sentido, é pertinente o debate sobre o direito e sua relação com o campo jurídico-institucional acerca do envolvimento de disputas em um campo de forças. Vale ressaltar que nesse universo de disputas a sociologia e outras dimensões do conhecimento aparecem como espaços que ofertam conceitos e métodos que possibilitam um novo olhar e entendimento das práticas jurídicas.

Embora não se trate de algo meramente simples, nos parece apropriado ao debate a análise de Bourdieu (1986) acerca da oposição entre os que apostam sobre a afirmação da “autonomia absoluta da forma jurídica em relação ao mundo social” e os que “concebem o direito como reflexo ou utensílio dos dominantes”. (BOURDIEU, 1986, p. 209 – 254). A hipótese sobre a decisão judicial constituir-se um ato político nos assinala que o juiz não simplesmente traduz e adapta uma norma geral e abstrata ao caso concreto. Guardadas as devidas proporções, a aplicação do direito apresenta a tendência a uma escolha ideológica. De acordo com Bourdieu, as decisões judiciais podem ser entendidas como atos de Estado, isto é, “atos políticos com pretensões a ter efeitos no mundo social” (BOURDIEU, 2015 [2002], p. 40). Problematisa-se que o direito é fruto de um processo político decorrente da atuação de vários agentes



hierarquizados - e no topo da hierarquia o magistrado –, cujo resultado forma uma verdadeira política de Estado.

Partimos da ideia, e reiterando Borba da Silva (2009), de que o processo decisório não é neutro, como afirmam os cientistas do direito, mas resultado de uma dinâmica de construção social, cujo resultado dependerá, preponderantemente, das influências sociais e visão de mundo do magistrado que, fazendo-se valer do seu papel, efetivamente cria o direito, gerando efetiva política pública, em sentenças que tem como efeito a manutenção do status quo ou a inclusão social.

### **Questões metodológicas**

Utilizei, além da análise das sentenças proferidas nos processos objeto do presente estudo (o “discurso oficial”), entrevistas semiestruturadas, com perguntas previamente formuladas, mas, ao final, deixando espaço aberto para o entrevistado abordar livremente o tema proposto. Foram entrevistados diferentes atores do campo jurídico: cinco juízes, um promotor, um defensor público, um advogado em início de carreira e um advogado com mais experiência.

Dirigi-me ao fórum de determinada cidade com as perguntas formuladas, um gravador e algumas folhas impressas com “Termos de cessão gratuita de direitos de depoimento oral e compromisso ético de não identificação do depoente”. Ao adentrar cartórios e gabinetes perguntando sobre a possibilidade de entrevistar os juízes, obtive respostas vagas, “o magistrado não está”, “não sei que horas volta”, “não sei se vem amanhã”, “não sei dizer que dia vem”. Sequer consegui localizar algum secretário direto de algum juiz. Fui então ao Ministério Público e consegui uma entrevista com um promotor de imediato. Voltei ao fórum, na sala da OAB, e entrevistei um advogado recém-formado e um advogado experiente. Depois dirigi-me à defensoria pública e entrevistei um defensor público.

Assim, entrevistei quatro atores do campo jurídico facilmente em um único dia, mas sem conseguir sequer data provável de entrevista com algum juiz. Voltei para casa, reli as anotações sobre os livros que li para formular as perguntas da entrevista, e cheguei à conclusão de que eventual negativa a dar entrevista também seria uma situação dotada de significado. Refleti também sobre o ambiente de formalidade que

rodeava seu trabalho. Todos os serventuários dos cartórios que visitei estavam segurando papéis. Pensei então em tirar da pasta os “Termos de cessão gratuita de direitos” e apresenta-los de imediato, como forma de identificação e adaptação à formalidade do ambiente.

Voltei ao mesmo fórum no dia seguinte e entreguei em cada Vara um “Termo de cessão gratuita de direitos de depoimento oral e compromisso ético de não identificação do depoente”, identificando-me, pedindo um dia para entrevista e deixando claro que não haveria problema em negar-se a dar a entrevista, mas eu precisava de uma resposta. No dia seguinte voltei perguntando pela resposta e três dos cinco juízes requeridos estavam me esperando preparados para a entrevista. Nas duas outras varas fui recebida pelos secretários dos juízes que marcaram uma data para as entrevistas. Desta forma consegui entrevistar todos os cinco juízes a quem me dirigi.

As perguntas articuladas foram:

1        Você considera que na prática o juiz interpreta a lei pensando no contexto em que ela foi criada, no “espírito da lei”, ou ele interpreta segundo seus próprios contextos e seus próprios princípios?

2        Levando em consideração sua participação e experiência, você considera que todos tem acesso ao Poder Judiciário?

3        Como aplicador do Direito você vê discrepância entre a prática e o ensinado nos livros (entre o discurso dogmático e a realidade empírica)?

4        Você sente, como participante do poder judiciário, alguma variação nos entendimentos contidos nas decisões judiciais?

5        Levando-se em consideração que todos os seres humanos são passíveis de erro, em que situação você pode dizer que um juiz errou?

6        Qual é a punição ao juiz que erra?

7        Se um juiz hoje resolver não aplicar o contido nos manuais de Direito, o que acontece com ele?

Tem mais alguma coisa que o senhor gostaria de falar?

Minayo (1994) propõe o método hermenêutico-dialético, “em que a fala dos atores é situada em seu contexto para melhor ser compreendida. Essa compreensão tem, como ponto de partida, o interior da fala. E, como ponto de chegada, o campo da especificidade histórica e totalizante que produz a fala.” (Pesquisa Social, p. 77) Muitas das respostas das entrevistas foram formais, teóricas, inseridas no “dever-ser” próprio dos manuais de Direito, e não sobre seu real desvelamento, como eu pretendia obter. Isso também diz muito sobre o campo.

Bárbara Lupetti Baptista (2007) descreve experiência semelhante quando procedeu em entrevistas a magistrados buscando obter informações sobre as práticas judiciárias. “Mesmo no fim da pesquisa, não consegui fazer as pessoas inseridas no campo do Direito entenderem que o meu objetivo era explicitar os implícitos” (2010, p. 146). Resultado diferente teve Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca, que, em sua tese “Dilema da decisão judicial – As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado” (2008), na tentativa de vivenciar o Direito a partir de um novo olhar, também procedeu a entrevistas de magistrados que acabaram por revelar implícitos do processo de elaboração de sentenças judiciais. Seu objetivo era expor a representação de juízes sobre dois princípios correlatos do Direito: o princípio do livre convencimento motivado e a iniciativa probatória do juiz. Ou seja, as representações que os julgadores têm do próprio processo de tomada de decisões que protagonizam. A autora também partiu da prática jurídica e consequente estranhamento da diferença entre três discursos sobre o mesmo tema: o discurso de quem julga, o discurso de quem escreve sobre o Direito e o discurso da lei.

Nas entrevistas, a autora obteve dos entrevistados um tom intimista e coloquial, o que não é usual no campo jurídico. Atribui a isso o fato de os interlocutores perceberem que ela era uma pessoa de dentro do campo do Direito e socializada em seu saber técnico. Após as entrevistas, confrontou os dados colhidos no campo com o contido nos manuais sobre a matéria. Observou que a lei outorgava aos juízes poderes tão amplos de decisão que o juiz pode, inclusive, dispensar os ensinamentos dos autores dos manuais de Direito. Trechos das entrevistas realizadas revelam inclusive atividades decisórias que não partem da prova dos autos (processos judiciais), como recomendam os manuais de Direito. Por isso chegou à conclusão de que “as decisões não são baseadas no saber, mas no poder”. (TEIXEIRA MENDES, 2008, p. 6592) Uma das conclusões de sua tese é que a ampla variação de

entendimentos contidos nas decisões judiciais estaria a provocar “a distribuição desigual de justiça” (2008, p. 22), culminando para um aumento de descrédito atribuído ao Poder Judiciário e afastamento entre o Direito, a justiça e a sociedade no Brasil. No capítulo “4.2- Procedimento do juiz para sua decisão” utilizei um dos trechos das entrevistas realizadas por ela na tese.

Pelo fato de o campo ser caracterizado por peculiaridades formais e linguagem própria, uma das facilidades que me são possíveis é o fato de eu saber utilizar e compreender esta linguagem própria do Direito, de forma a proceder a análise, observação participante e entrevistas e não ser considerada alheia, ou como uma “forasteira”.

A prática jurídica por dezessete anos – cinco como estagiária e doze como advogada – me fez naturalizar as práticas jurídicas e o olhar ensinado nos livros do Direito: um olhar por vezes superficial, focado no “dever-ser”. No entanto, a bibliografia da sociologia me ajudou a desenvolver um olhar crítico, de forma a ir aumentando a capacidade de observar as questões aqui trazidas e proceder ao necessário “estranhamento” para a análise das decisões judiciais que trouxeram o questionamento à tona e as entrevistas a personagens do campo feitas a partir deste questionamento.

## **Organização dos capítulos**

O primeiro capítulo apresenta algumas noções importantes sobre temas e definições próprios do campo jurídico para uma contextualização do tema desta pesquisa, levando-se em consideração que mais do que descrever a realidade, o discurso integra a realidade. O segundo capítulo analisa as decisões judiciais e diferentes justificativas dos juízes que deram origem aos questionamentos. O terceiro capítulo apresenta as representações colhidas durante as entrevistas efetuadas com os diferentes atores do campo jurídico. Foram analisados sete aspectos específicos dos discursos apresentados: as representações sobre as diferenças de interpretação, o procedimento do juiz para a sua decisão (quais faculdades usa), o papel da formação do juiz e como a usam para decidir, representações sobre a acessibilidade do poder judiciário, a relação entre o poder judiciário e a Academia, representações

sobre a possibilidade de falha do juiz e representações sobre distribuição desigual de justiça.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: ALGUMAS NOÇÕES RELEVANTES

Para alcançar os objetivos da pesquisa, precisamos definir alguns dos conceitos importantes para elucidarmos o contexto da situação sob análise. Nesse sentido, conceituamos o campo jurídico, que é formado por agentes hierarquizados. Esses agentes são os operadores concursados, membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores, advogados, estagiários, cidadãos que recorrem ao poder judiciário e, no topo desta hierarquia, estão os julgadores (juízes), que detêm o poder de interpretar e decidir sobre o direito posto.

A ciência do direito não é descritiva da realidade, mas um conjunto de princípios e regras que traçam um dever-ser do Poder Judiciário. Sendo assim, os cientistas do direito, chamados comumente no campo de “doutrinadores”, são os que produzem a “doutrina jurídica”. São os juristas escritores e professores consagrados da ciência do Direito que produzem saber através de seus textos, de forma a pautar sua aplicação.

Segundo Bourdieu em “O Poder Simbólico” (2005, p. 217), existe uma luta simbólica permanente no interior do campo entre os doutrinadores e os juízes, que seriam os “intérpretes autorizados” do direito. Existiria um antagonismo estrutural com o “teórico” e o “prático” em posições contrapostas, ou seja, a elaboração teórica da doutrina, monopólio dos professores, e a interpretação voltada para a prática, monopólio dos juízes.

Neste sentido, a função dos doutrinadores (que Bourdieu chama de juristas ou cânones jurídicos) seria mais do que preencher as lacunas do direito, mas garantir a própria coerência estrutural do corpo jurídico através de um controle lógico necessário (2005, p. 221):

Pertence aos juristas, pelo menos na tradição dita romano-germânica, não o descrever das práticas existentes ou das condições de aplicação prática das regras declaradas conformes, mas sim o pôr-em-forma dos princípios e das regras envolvidas nessas práticas, elaborando um corpo sistemático de regras assente em princípios racionais e destinado a ter uma aplicação universal. (BOURDIEU, 2005, p. 221)

Segundo Bourdieu, este antagonismo entre os detentores de espécies diferentes de capital jurídico não exclui a complementariedade das funções e os adversários seriam objetivamente cúmplices, servindo-se uns aos outros. O cânone jurídico (doutrinador) seria o reservatório de autoridade, com um *habitus* jurídico inclinado a posturas proféticas enquanto o juiz teria o papel de leitor, intérprete, “que se refugia na aparência ao menos de uma simples aplicação da lei e que, quando faz obra de criação jurídica, tende a dissimulá-la”. (2005, p. 219)

O significado prático da lei se dá, portanto, segundo Bourdieu, nessa confrontação entre os atores do campo com interesses divergentes nesta luta simbólica permanente, em que se defrontam interpretações diferentes sobre definições do direito.

Nos próximos tópicos trataremos dos conceitos relacionados ao Estado, Democracia e princípios próprios do discurso presente nos livros de Direito como uma forma de elucidar as questões postas e compreender a narrativa presente nas decisões judiciais e nas representações obtidas através das entrevistas efetuadas neste trabalho. Examinaremos primeiramente a história dos juízes abordada por Bourdieu, assim como as características específicas da implementação do Poder Judiciário no Brasil.

## **1.1 Direito e Estado**

Segundo Bourdieu, sendo o direito uma ciência nomológica que enuncia o dever-ser cientificamente, como se fosse uma lei natural (2005, p. 221), torna-se instrumento de normalização por excelência. Trata-se de um discurso intrinsecamente poderoso (e com os meios físicos providos pelo Estado para se fazer respeitar) que causa adesão, e gradativamente transforma a ortodoxia em doxa e realiza aquilo que enuncia (2005, p. 249).

Há pois um efeito próprio da oferta jurídica, quer dizer, da “criação jurídica” relativamente autônomo que torna possível a existência de um campo de produção especializado e que consagra o esforço dos grupos dominantes ou em ascensão para imporem, sobretudo graças a situações críticas ou revolucionárias, uma representação oficial do mundo social que seja em

conformidade com a sua visão do mundo e seja favorável aos seus interesses. (BOURDIEU, 2005, p. 248 – 249)

Em “Sobre o Estado” (2014), uma compilação de transcrições de cursos ministrados por Pierre Bourdieu no *Collège de France* entre 1989 e 1992, Bourdieu descreve o papel dos juristas no momento da construção do Estado moderno<sup>3</sup>. No período anterior, nos fins da idade média, coexistiam diversas modalidades de direito (“a justiça do rei, a das comunas, a das corporações, a da Igreja”), e os juristas da época demonstravam interesse em uma jurisdição única que os colocasse como protagonistas. Elaboraram então justificativas para essa unificação atribuindo a si mesmos características de neutralidade, desinteresse e universalização.

O Estado nasce como um unificador teórico de informações, e seu instrumento principal é a escrita. Naquele momento, a doutrina de transição entre a razão monárquica e a de Estado foi elaborada pelos juristas. Por isso, para Bourdieu (2014, p. 589), o Estado como *fictio juris* é uma contribuição da nobreza de toga na origem do Estado moderno.

Como mestres do discurso que tem o poder de fazer crer naquilo que dizem, os juristas teriam, portanto, o poder de fazer crer que é verdade aquilo que assim desejam. A realeza então acatou o pleito dos juristas enquanto, em contrapartida, os juristas elaboraram teorias legitimando a realeza como a representante do bem comum.

Assim, no nascimento do Estado, os juristas eram ao mesmo tempo árbitros e partes interessadas. Legitimavam o monarca e eram legitimados pelo monarca. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado fundamentava os atos da criação jurídica, o Direito legitimava o Estado, “(...) O que os profetas jurídicos ensinam é que, para funcionar, a profecia jurídica precisa ser autolegitimadora”. (2014, p. 126)

Bourdieu (2014, p. 479) descreve ainda a ascensão dos juízes, que chama de “nobreza de toga”, como um novo poder e um novo fundamento do poder fundado no direito, na escola, no mérito, na competência, em oposição aos poderes dinásticos. Desde o início da Idade Média até a Revolução Francesa os letrados se contrapõem

---

<sup>3</sup> Trata-se do período após a Guerra dos Cem Anos (1337 – 1453) até a Guerra das Duas Rosas na Inglaterra (1485) ou a Guerra da Reconquista na Península Ibérica (1492). Os quatro primeiros estados modernos são: Inglaterra, França, Espanha e Portugal. (ANDERSON, 2016)



aos herdeiros dinásticos. A própria existência da ascensão através do mérito provoca um questionamento da hereditariedade fundada nos laços de sangue. Bourdieu afirma que “a verdade de todo mecanismo político reside na lógica de sucessão” (2014, p. 25). O nascimento do Estado foi marcado pela tensão entre os herdeiros e os diplomados, entre aqueles com laços de sangue e a nobreza togada, os juristas.

O sistema escolar, apesar de apresentar-se como um princípio de reprodução independente e em oposição ao princípio dinástico, acaba se tornando, “pela lógica de seu funcionamento, um princípio de reprodução quase dinástico e servindo de fundamento a uma nobreza de Estado” (2014, p. 478).

Naquela época, estavam nitidamente opostas de um lado a ideologia de transmissão pelo sangue (o inato) e de outro lado a ideologia escolar (o adquirido, o mérito). Os juristas colocam então sua competência jurídica a serviço de sua legitimação, ou seja, da reivindicação universalista de seus interesses particulares de possuidores de um capital particular de jurista. E assim a nobreza de toga acaba por expulsar a antiga nobreza.

A ascensão dos juízes também significou a ascensão do capital cultural como a forma particular de capital simbólico em oposição ao capital nobiliário. A hereditariedade dos juristas não se dá através dos laços de sangue, se dá através do sistema escolar. Segundo Bourdieu (2014, p. 478), ainda hoje o Estado apresenta um antagonismo entre os herdeiros e os recém-chegados, uma tensão entre os dois modos de reprodução: a família, o dinástico, ou a “competência cultural ou escolar”.

O jurista não pode aderir à fórmula dinástica de hereditariedade, de transmissão natural de pai para filho, já que se firmou através da proposta oposta, a proposta da legitimidade em oposição ao inato, pelo “mérito”, pelo que foi adquirido, pelo capital cultural. No entanto, como um possuidor de privilégios, ele quer e trabalha para adquirir o direito de transmitir hereditariamente seus ofícios. Por isso começam a pensar em suas aquisições como em uma espécie de inato, como algo que deve ser transmitido.

Bourdieu, em sua análise, fixa três pontos. O primeiro é que, na medida em que os juízes argumentam dando razões para se obedecer ao rei, vinculam o rei naquelas razões que deram para se obedecer ao rei. O segundo é que os juristas estão ao lado do rei, mas são também de natureza nobre: pela hereditariedade dos

ofícios. O terceiro é que são detentores de uma “competência” técnica, e, como toda vez que se fala em “competência”, existem limites e um conflito de limites. “Todas as grandes lutas no interior do campo do poder são lutas de competência”. Ao mesmo tempo em que as lutas de competência são lutas técnicas, as lutas de competência entre os juristas e o rei têm um teor simbólico. Os juristas legitimam e limitam o rei afirmando sua diferença em relação ao rei — diferença esta que precisa ser reconhecida pelo rei.

O poder dos juristas só se torna legítimo se reconhecido pelo rei. Assim, os juristas se veem obrigados a arrancar do rei um poder que pedem que o rei reconheça. Por isso Bourdieu afirma que os juristas “arrancam do poder um poder de controle” (2014, p. 574).

Importante ressaltar que, apesar de serem dois modos de reprodução opostos, à medida que se impõe a hereditariedade pelo sistema escolar, grande parte dos “nobres de espada” fizeram estudos, adquiriram títulos escolares e passaram a fazer parte da composição da “nobreza de toga”. Com isso, entre os séculos XIV e XV uma porcentagem estimada de 40% dos nobres de espada adquiriram o capital cultural e assim passaram a fazer parte da nobreza de toga (2014, p. 480).

Existem muitas variações das práticas judiciárias na história do Ocidente nos diferentes momentos históricos. Foucault demonstra que estas práticas são incessantemente modificadas através da história, e por isso foram muitas as formas de construção da chamada verdade jurídica (FOUCAULT, 2003). Por isso, para contextualizar as questões aqui postas, é necessário abordar as peculiaridades inerentes a origem do poder judiciário no Brasil.

## **1.2 História dos juízes na colonização do Brasil**

O judiciário no Brasil surgiu em um contexto difícil, como uma forma de se adequar às exigências portuguesas e posteriormente ao Império brasileiro. Sem pessoal qualificado com uma formação específica, e considerando que o primeiro curso de Ciências Jurídicas do Brasil data do ano de 1827, nossos primeiros juízes constituíram-se, principalmente, de leigos indicados através do poder e prestígio de

ricos senhores de terras. Esse grupo de juizes leigos assumiu grandes atribuições no controle administrativo durante o Brasil-Colônia e, após, durante o Brasil-Império.

No período colonial foi implantado no Brasil o direito português. Era formado por uma combinação do direito romano, direito canônico e direito consuetudinário (ligado aos costumes de um povo). A aplicação do sistema jurídico de Portugal sofria pequenas adaptações às condições locais, mas por ser um modelo importado de um país drasticamente diferente em sua estrutura sociocultural, o sistema jurídico implementado se tornava ineficiente, segundo a historiadora Karine Fontineles no artigo “Juizes de Toga, Nobreza Togada: o Judiciário nas primeiras décadas do Império” (2008).

Os legitimados a aplicarem a ordem jurídica nos municípios eram os membros das Câmaras Municipais, os chamados juizes ordinários, que não tinham nenhuma formação ou instrução jurídica e, como requisito, deveriam residir nas comarcas em que possuíam jurisdição. Os juizes ordinários conheciam as leis exclusivamente por meio da prática da função de juizes.

Os responsáveis pela fiscalização desses magistrados da colônia sem formação jurídica eram os chamados “juizes de fora”, os magistrados nomeados pela Coroa Portuguesa, que formavam os tribunais de segunda instância. Os juizes de fora não eram leigos, mas detentores do saber jurídico ministrado nos cursos de ciências jurídicas.

Existiam ainda os ouvidores de comarcas e os tribunais da Relação, que existia na Bahia, e, posteriormente, no Rio de Janeiro e no Maranhão. No entanto, um historiador da época comenta que “com mais Relação, porém, ou menos Relação, na Bahia ou no Rio de Janeiro, a justiça continua irregular e falha, pessoal e feroz, cera que se amolda à vontade pessoal do juiz, que quando não é arbitrária é ignorante e, quando não é ignorante é venal” (EDMUNDO, 1951). Manuel de Sousa Martins, então presidente da província do Piauí, mencionou que o judiciário piauiense era composto “por homens rudíssimos, presidido por juizes de direito não letrados e igualmente ignorantes”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> PIAUÍ. APEP. Ofício da Assembleia Legislativa da Província do Piauí ao Governo da Província, deliberando sobre o número de alunos nas aulas de Francês na cidade de Oeiras, em 12 de setembro de 1937. Registro de Correspondência da Assembleia Legislativa, com o Governo da Província, 1835 – 1843.

Muitos textos da época mencionam questões ligadas à parcialidade dos juízes e insatisfação da população sobre os vícios no sistema judiciário colonial. É o que se pode depreender, por exemplo, da fala de Edmundo (1951): “Ao fraco valia sempre suportar os agravos dos portentosos, perdoando, esquecendo-os a articular qualquer protesto”.

As críticas da época eram no sentido de que os juízes leigos eram inaptos a resolver os litígios postos e tomavam atitudes grosseiras para com o povo que deveriam representar. E, através das críticas, pode inferir-se que os juízes de fora, com formação acadêmica, não resolviam os problemas relacionados aos arbítrios dos juízes ordinários.

Os textos da época descrevem os magistrados coloniais como um grupo de “burocratas elitizados, fiéis servidores reais, movidos por generosas promoções e interesses pessoais. O cargo representava prestígio, dinheiro e status” (FONTINELES, 2008, p. 6). Assim, o ramo da magistratura tornou-se um ramo da burocracia aspirado por famílias abastadas.

Em 1822 o Brasil se torna politicamente independente, no entanto tendo como imperador um membro da família real da ex-colônia. Para estruturar e regulamentar o novo império, era necessária a implementação de uma Constituição. E assim surgiu a Constituição de 1824, com forte influência dos ideais iluministas. No momento da abordagem da separação dos poderes, a Constituição de 1824 previa um quarto poder, o poder moderador, que seria exercido pelo imperador. Ao poder moderador caberia “zelar pela “manutenção da independência, pelo equilíbrio e pela harmonia” dos outros três poderes enunciados na constituição: o executivo, legislativo e judiciário.

As decisões políticas durante o Brasil Império estavam diretamente associadas à formação jurídica de muitos membros de sua elite (FONTINELES, 2008, p. 9 – 10). As críticas ao Judiciário da época eram no sentido de comporem um corpo de magistrados com amplíssimos poderes no âmbito burocrático e com grande destaque na hierarquia do Estado.

Tal situação parece ter sido fonte de muitos conflitos. Na comédia de costumes “O juiz de paz na roça”, de 1838, Martins Pena (1997), dramaturgo, trouxe sua visão crítica sobre a atuação das autoridades públicas. No trecho de sua obra

transcrito a seguir, o juiz utiliza de seu patamar na hierarquia burocrática para cometer abusos de poder, descrevendo de forma caricata a atuação dos juízes. Apesar de se tratar de ficção, por ser uma comédia de costumes, reflete o contexto da realidade da época, e, nesse caso, registra o desconforto e conflito sobre a aplicação da justiça. O juiz em questão considera-se em posição superior à constituição da época, em posição suficiente para derroga-la:

“Manuel André: Mas, Sr. Juiz, ele também está ocupado com uma plantação.

Juiz: Você replica? Olha que o mando pra cadeia.

Manuel André: Vossa Senhoria não pode prender-me à toa; a Constituição não manda

Juiz: A Constituição!...Está bem!...Eu, o juiz de paz, hei por bem derrogar a Constituição! Sr. escrivão, tome termo que a Constituição está derogada, e mande prender-me este homem” (PENA, 1997, p. 11).

### **1.3 Estado de Direito, Democracia <sup>5</sup> e *Accountability*.**

Nas sociedades medievais, a administração de conflitos era função dos senhores feudais e de suas instâncias associativas, como as corporações de ofício e as ordens religiosas. O Estado moderno então toma para si o monopólio da função jurisdicional, ou seja, o monopólio da função de administrar conflitos (BOURDIEU, 2014), ou o que as ciências jurídicas pretensamente chamam de “solucionar” conflitos (BERMAN, 2006). Segundo Berman, desde a unificação dos estados nacionais a jurisdição funciona como um elemento de afirmação e exercício de soberania (2006).

---

<sup>5</sup> Por considerar que as democracias existentes eram meras aproximações do ideal democrático, Robert Dahl sugeriu chama-las em sua obra de Poliarquias. O termo foi incorporado por diversos autores, como Guillermo O’Donnell em “Accountability Horizontal e Novas Poliarquias” (1998). A obra de Dahl se tornou uma grande referência e influenciou fortemente toda a literatura sobre transição de regimes políticos. Ver, especialmente, Dahl (1989, p. 221). “Os atributos estabelecidos por ele definidores de poliarquia são: 1) Autoridades eleitas; 2) Eleições livres e justas; 3) Sufrágio inclusivo; 4) o direito de se candidatar aos cargos eletivos; 5) Liberdade de expressão; 6) Informação alternativa; e 7) Liberdade de associação. Em O’Donnell (1996): “seguindo diversos autores lá citados, propus que se adicionasse: 8) Autoridades eleitas (e algumas nomeadas, como juízes das cortes supremas) não podem ser destituídas arbitrariamente antes do fim dos mandatos definidos pela Constituição; 9) Autoridades eleitas não devem ser sujeitadas a constrangimentos severos e vetos ou excluídas de determinados domínios políticos por outros atores não eleitos, especialmente as forças armadas; 10) Deve haver um território incontestado que defina claramente a população votante. Tomo esses dez atributos em conjunto como definidores da poliarquia” (O’DONNELL, 1998, p. 1).

Uma boa democracia, segundo Larry Diamond e Leonardo Morlino (2017, p. 130) oferece a seus cidadãos “ampla liberdade, igualdade política e controle sobre políticas públicas e sobre os criadores dessas políticas por meio de instituições estáveis legítimas e legalmente funcionais”. Guillermo O’Donnell (1999) define o Estado de Direito como aquele que inclui igualdade de todos os cidadãos perante a lei, que é justa e consistentemente aplicada a todos por um judiciário independente (apud DIAMOND, 2017, p. 131). Isso inclui leis claras, publicamente conhecidas, universais, estáveis e não retroativas. O que torna o Estado de Direito democrático, segundo O’Donnell (1999), é o sistema legal promovendo e defendendo os direitos políticos e procedimentos da democracia, assegurando os direitos civis de todos e reforçando a autoridade de outras agências de *accountability* horizontal, que asseguram a legalidade e a propriedade das ações públicas (apud DIAMOND, 2017, p. 131).

Desde a antiguidade, filósofos e pensadores políticos tem como objeto de estudo o problema de como manter o poder sob controle, como sujeita-lo a processos e regras de conduta de forma a evitar o abuso de poder. Os teóricos clássicos já defendiam que, logo após o poder, surge a necessidade de controla-lo. Para Hamilton e Jay (1788) “Ao estabelecer um governo, a maior dificuldade é permitir que ele controle os governados, para em seguida obriga-lo a impor controles a si mesmo” (apud SCHEDLER, 2017 p. 362). Hoje, o termo utilizado para expressar a preocupação com medidas de controle e supervisão de limites institucionais para conter o exercício do poder é *accountability* pública. A raiz semântica deste termo é *accounting*, um conceito próximo à ideia de “prestar contas”, em português. Significa, em tese, a “capacidade de garantir que agentes do governo sejam obrigados a justificar suas ações”. (SCHEDLER, 2017, p. 364)

O conceito de *accountability*, segundo Andreas Schedler (2017), pode ser resumido pela seguinte situação: “A tem uma relação de *accountability* com B quando A é obrigado a informar a B suas ações e decisões (passadas e futuras), justifica-las e sofrer punições em caso de má conduta.” (SCHEDLER, 2017, p. 368)

O artigo de Andreas Schedler (2017) menciona a *accountability* política em seu sentido mais amplo, com atos de *accountability* voltados aos agentes do Estado moderno, as autoridades públicas, incluindo os juízes. Os Sistemas jurídicos são os

responsáveis por garantir a *accountability* legal e constitucional. (SCHEDLER, 2017, p. 376)

O termo *accountability* abrange três diferentes formas de evitar e lidar com o abuso de poder político: a sujeição do poder à ameaça de sanções, a obrigatoriedade de que ele seja exercido de maneira transparente e a imposição de que seus detentores justifiquem seus atos. São, portanto, três aspectos: aplicação efetiva, monitoramento e justificação.

A primeira dimensão, *enforcement* é a capacidade de agentes fiscalizadores de impor sanções aos detentores do poder que violaram suas responsabilidades públicas (SCHEDLER, 2017, p. 363). As duas últimas dimensões estão no conceito de *answerability*, que seria a obrigação de informar e justificar ações, ou seja, a necessidade de autoridades públicas informarem sobre e explicarem o que estão fazendo. Sujeitar o processo judicial a procedimentos de *accountability* não significa abri-los completamente aos olhos do público geral, mas envolver participantes que possam dar explicações *ex post* e revelar as bases das decisões para o público (SCHEDLER, 2017, p. 373).

A obrigação de informar e justificar ações (conceito de *answerability*), é prevista no sistema jurídico brasileiro e é chamada de Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual o juiz é obrigado a motivar expressamente suas decisões e a motivação deve ter seu sentido amparado nos princípios e leis vigentes.

A *accountability* horizontal descreve a relação entre iguais: refere-se a alguém que exige a prestação de contas de uma pessoa com um nível de poder relativamente igual ao dela. Na teoria democrática, a divisão de poderes entre executivo, legislativo e judiciário, cada um restringindo o outro por meio da clássica noção de freios e contrapesos”, representa a expressão original da *accountability* horizontal (SCHEDLER, 2017, p. 377).

O'Donnell (1999) menciona essa tripartição dos poderes: “alcançar um significativo nível de *accountability* exige a coordenação e diversas agências, cada uma delas sujeitas a estratégias divide et impera.” (apud SCHEDLER, 2017, p. 381) Andreas Schedler (2017) considera improvável que instituições isoladas de *accountability* possam sobreviver a longo prazo sem estarem inseridas em ciclos ou sistemas recursivos de *accountability* (SCHEDLER, 2017, p. 381).

A dimensão de *enforcement* da *accountability* traz a necessidade de não apenas mecanismos de monitoramento, mas também mecanismos de aplicação efetiva, ou seja, segundo Andreas Schedler (2017), mecanismos para garantir que atos ilícitos sejam punidos:

Isso implica na ideia de que agentes fiscalizadores não apenas questionam, mas eventualmente punem o comportamento inadequado. Seguindo essa lógica, os prestadores de contas não apenas informam o que fizeram e o porquê, mas também sofrem as consequências por isso, incluindo eventuais sanções negativas. O exercício da *accountability* que expõe a má conduta, mas não impõe consequências materiais será normalmente visto como uma forma fraca, leve e diminuta de *accountability*. Ele será visto como um conjunto de atos “de fachada” em vez de restrições reais ao poder. (SCHEDLER, 2017, p. 366)

Ainda segundo Andreas Schedler (2017), uma *accountability* sem consequências não poderia ser considerada como tal, ou seja, se abusos de autoridade não são punidos, não há Estado de Direito ou *accountability* (SCHEDLER, 2017, p. 368).

A *accountability* estabelece uma relação de diálogo entre os agentes que prestam contas e os que exigem contas. Ela faz com que ambas as partes dialoguem e interajam entre si no debate público. A norma da *accountability* dá continuidade ao projeto iluminista de sujeitar o poder não apenas ao Estado de direito (por restrições contidas na legislação), mas também à lógica da razão pública (SCHEDLER, 2017, p. 364 - 365) Apenas a *accountability* pública pode ser efetiva e atingir sua meta de limitar o poder. Se exercida de portas fechadas, a *accountability* costuma ser considerada uma farsa, uma caricatura de *accountability*. (SCHEDLER, 2017, p. 374)

Rubens Casara estabelece a relação entre a democracia, o voto, os direitos e garantias fundamentais e a limitação aos agentes do Estado em um Estado Democrático de Direito: “O estado democrático de direito centra-se em duas ideias básicas: O estado limitado pelo direito, em especial, pelos direitos fundamentais e o poder político estatal legitimado pelo povo. Democracia e direitos fundamentais estão interligados em uma relação de dependência recíproca.” (CASARA, 2017, n.p)

Quando discursou na promulgação da Constituição vigente, em 1988, a chamada “Constituição Democrática do Brasil”, Ulysses Guimarães disse que ela



havia sido escrita "com ódio e nojo à ditadura". O artigo 1º da Constituição da República de 1988 registra: "a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito". Esta manifestação expressa está prevista também no preâmbulo da Constituição de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 2007)

#### **1.4 Princípio da Legalidade. Princípio do livre convencimento motivado.**

Os princípios, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, não são ideias compreensivas do fenômeno jurídico. São ideias normativas, ligadas ao dever-ser. São os alicerces dos conjuntos normativos, que devem guardar com esses uma coerência lógica.

Este trabalho não se destina à análise das normas jurídicas, ao dever-ser, mas este capítulo as apresenta para uma contextualização, seguindo a linha de Bourdieu segundo o qual a construção teórica faz parte da realidade, o discurso faz parte da realidade.

Desta forma, o chamado princípio da legalidade (também chamado de princípio da reserva legal, ou postulado da legalidade) trata-se de um princípio normativo básico que surgiu nas legislações modernas: em 1787 na Constituição americana e em 1789 na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789. No Brasil está previsto hoje na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos II e XXXIX (TAVARES, 2018, p. 60):

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei

**XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 2007)

Bourdieu em “O Poder Simbólico” menciona que é necessário que a lei seja escrita porque, diferente da tradição oral, que se prende a uma experiência singular e impede a elaboração científica, a regra de direito trata de princípios universais de transmissão objetiva:

Se a regra de Direito supõe a conjunção da adesão a valores comuns (marcada, ao nível do costume, pela presença de sanções espontâneas coletivas, como a reprovação moral) e da existência de regras e de sanções explícitas e de procedimentos regularizados, é certo que este último fator, inseparável da escrita, desempenha um papel decisivo: com o escrito aparece a possibilidade do comentário universalizante que põe em evidência as regras e sobretudo os princípios “universais”, da transmissão objectiva (por meio de uma aprendizagem metódica) e generalizada, para além das fronteiras espaciais (entre os territórios) e temporais (entre as gerações). Enquanto a tradição oral impede a elaboração científica, na medida em que se prende a experiência singular de um lugar e de um meio, o direito escrito favorece a autonomização do texto, que se comenta e que se interpõe entre os comentadores e a realidade; desde logo, torna-se possível aquilo que a ideologia nativa descreve como “ciência jurídica”, quer dizer, uma forma particular de conhecimento científico, dotada das suas normas e da sua lógica próprias (BOURDIEU, 2005, p. 244)

Segundo Marshall (1967), neste modelo de Estado Democrático de Direito, o papel de garantir os direitos fundamentais consuetudinários do direito de liberdade cabe aos tribunais através dos processos judiciais. Por isso a doutrina jurídica brasileira chama o processo judicial de garantia das garantias (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997). O processo é, portanto, um instrumento próprio para que os juízes formem suas convicções e tomem decisões para aqueles conflitos em nome do Estado. Esse instrumento, o processo, tem regras específicas de andamento estabelecidas por lei.

A Constituição da República Brasileira de 1988 rege o sistema processual brasileiro, e garante a todos os cidadãos os mesmos direitos fundamentais que estão ali positivados. Logo, as ditas garantias fundamentais são também garantias processuais (TEIXEIRA MENDES, 2008), ou seja, garante a todos os cidadãos

brasileiros os mesmos direitos quanto às regras formais de trâmite dos processos judiciais.

O princípio de acesso universal à justiça (também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição) é previsto na Constituição brasileira vigente como uma garantia fundamental. Como o acesso à justiça se dá através do acesso ao poder judiciário e o acesso ao poder judiciário se dá através do processo judicial, o princípio do acesso à justiça menciona que o Poder Judiciário deve apreciar através de processos todas as violações a direitos que causem lesão aos cidadãos ou mesmo ameaças a direito.

Menciona ainda que é a lei que determina que essa apreciação cabe ao poder judiciário, dando ênfase, então, à importância da lei. O chamado “Poder Judiciário” estaria subordinado à lei e não o contrário. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 2007)

Nos processos judiciais do Brasil, como mencionado no capítulo 1.2 sobre a história do poder judiciário no período da colonização, o juiz desde antes da independência tem uma posição preponderante. Ele é o ator no topo da hierarquia jurídica e detentor do livre convencimento, o designado pelo Estado para promover a interpretação da lei e, assim, estabelecer o que deve ou não ser feito às questões postas diante de sua análise. O processo liga o Estado à lei através do princípio da legalidade.

O sistema processual é informado pelo princípio da motivação, a teor do disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

As sentenças (decisões judiciais) diferentes para o mesmo questionamento posto – como ocorreu no caso concreto - acontecem porque os julgadores têm autonomia para a escolha do direcionamento de suas sentenças. Essa autonomia no Direito é assegurada através do Princípio do Livre Convencimento Motivado. O princípio do livre convencimento motivado atribui ao juiz uma posição enunciativa no campo, uma vez que a ele é dado o papel de intérprete autorizado da lei.

O princípio do Livre Convencimento Motivado se aplica a todos os processos de todos os ramos do Direito. Segundo Maria Helena Diniz (1998), o Princípio do Livre

Convencimento Motivado é “aquele que requer que o magistrado solucione o caso sub judice conforme o critério que melhor o convencer para a consecução da justiça e a adequação da ordem jurídica à realidade social presente, justificando, devidamente, as razões que o levaram a ter tal entendimento”. Segundo este princípio, portanto, exercendo a função de julgador, o topo da pirâmide hierárquica do Poder Judiciário, expressão do Direito, o juiz tem liberdade para escolher o que consideraria o melhor critério.

Através deste princípio normativo é concedida total autonomia ao magistrado para efetuar sentenças. No entanto, o mesmo princípio estabelece que as sentenças devem ser fundamentadas para que se torne explícito e público o que levou o juiz a chegar a aquela decisão, ou seja, todo o percurso de raciocínio do julgador para a formação de seu convencimento. E, como já mencionamos, o juiz tem como dever mínimo apoiar sua argumentação na lei.

Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca, em 2008, publicou um trabalho que consistia na análise de entrevistas efetuadas a magistrados. Demonstrou que os juízes primeiro decidiam e depois procuravam um embasamento em leis e precedentes de forma a justificar a decisão tomada. Portanto, segundo este trabalho, a prática corresponderia a uma inversão desta ordem lógica. Não seriam as leis e precedentes que embasariam a decisão judicial, mas a decisão íntima serviria de base para toda a argumentação de forma a justificar a decisão tomada.

## **1.5 Princípio da separação dos poderes**

A Revolução francesa proclamou o ideal da rígida separação dos poderes segundo a qual, em tese, era proibido aos tribunais judiciários a interferência na atividade administrativa e legislativa. Todas as legislações brasileiras desde a Independência (Constituição de 1824) tiveram influência dos ideais iluministas.

As atribuições dos chamados poder legislativo, poder judiciário e poder executivo são descritos por Bourdieu como posições e funções do campo envolvendo atores com diferentes e complementares formas de competência.

A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é produto de uma divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea da concorrência entre as diferentes formas de competência ao mesmo tempo antagonistas e complementares que funcionam como outras tantas espécies de capital específico e que estão associadas a posições diferentes no campo. (BOURDIEU, 2005, p. 216 – 217)

O exercício do direito está conectado ao contexto social onde está inserido. Em um Estado Democrático de Direito, o discurso dos doutrinadores do direito e das legislações pressupõe a supremacia de um texto constitucional que estaria a representar a vontade do povo. Mesmo quando se fala que é necessária uma independência dos juízes para se decidir, ninguém olvida que uma independência absoluta do direito comprometeria o próprio caráter republicano porque “os direitos fundamentais não são dados da natureza, mas uma construção a partir de lutas políticas” (CASARA, 2017, n,p). Uma constituição representa, em tese, a articulação entre o sistema jurídico e o sistema político.

No entanto, segundo Cappelletti, em muitos países, os juízes, especialmente os mais velhos, simplesmente não foram receptivos aos objetivos de proteção social perseguidos pelo moderno estado de bem-estar social.

Essa ideia de o juiz poder “ser receptivo ou não” a direitos e garantias fundamentais que representam verdadeiros patamares civilizatórios alcançados vai de encontro a todo o discurso jurídico no sentido de que o Direito serviria de base a ideais que beneficiam o povo (ou, como o direito chama, os “jurisdicionados”).

Os estabelecimentos de limites à liberdade judicial são considerados marcos de civilização por alguns dos principais doutrinadores do Direito, como: Raúl Zaffaroni, Claus Roxin, Luigi Ferrajoli, Juarez Tavares e Afrânio Silva Jardim. Esses limites seriam justamente os direitos e garantias fundamentais. Sem o prestígio das conquistas sociais legislativas, o discurso lógico proferido pelos doutrinadores e leis que o concluem como necessário, segundo eles, estaria comprometido.

Segundo Cappelletti (1993, p. 93), em “Juízes Legisladores”, cogitar que um juiz possa escolher não aplicar direitos e garantias previstos em uma lei transformaria o juiz em legislador e minaria a ideia fundamental da separação dos poderes, trazendo ameaça à legitimação democrática da função jurisdicional e conduzindo ao Estado totalitário. É o raciocínio de Patrick Devlin citado por ele:

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário. (DEVLIN, 1974, p. 16)

Cappelletti (1993) questiona se o juiz seria um intérprete do Direito ou participaria da criação do Direito, exercendo, assim, atividade legislativa. Para ele, um excesso de criatividade transformaria o juiz em um legislador e, assim o Poder Judiciário estaria invadindo a área reservada ao Poder Legislativo. Segundo ele, o alto grau de criatividade dos juízes, a ponto de confundir-se com a atividade legislativa, tem caráter não-majoritário e, portanto, apontaria para uma crítica sobre tratar-se de prática antidemocrática. Tomando como base o raciocínio que levou à tripartição de poderes, existiria nesse caso um vício de legitimidade de representação porque os juízes não são nomeados de forma eletiva.

O filósofo e jurista Jeremy Bentham utilizava a expressão “direito judiciário” como uma crítica à prática de criação do direito pelos juristas. Há mais de um século e meio ele era um ativista pela codificação do Direito inglês. Ele acreditava que leis escritas, ou seja, codificadas, dariam ao direito um maior grau de certeza, diminuiria sua obscuridade, incerteza e dificuldade de verificação. (CAPPELLETTI, 1993, 17 – 18)

Segundo Barwick, “a melhor arte de redação das leis” e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.” (CAPPELLETTI, 1993, 20 – 21)

No entanto, este argumento não é absoluto. Robert Dahl menciona que as cortes supremas costumam ter composição decorrente de nomeação política. No Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo presidente da república e um quinto dos desembargadores dos tribunais são nomeados pelos governadores eleitos de cada estado. Existiria aí certo grau de representatividade no Poder Judiciário.

No direito existem os brocardos jurídicos, semelhantes a provérbios, com máximas colhidas por séculos na prática jurídica. Esses brocardos influenciam na aplicação do Direito. Um deles, bem popular, “*nemo iudex in causa propria*”, significa que o juiz não deve julgar em causa própria, ou seja, não pode decidir sobre qualquer relação de que faça parte. Deve julgar livre de pressões, ser estranho à matéria posta para seu julgamento. De característica oposta, portanto, do poder legislativo, que tem caráter eminentemente político.

Segundo Cappelletti (1993), ambos, o legislador e o juiz, tem funções que resultam na criação do direito. No entanto, se o juiz agir da mesma forma que o legislador, simplesmente deixa de ser juiz. Significa que o juiz deve ter um “grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos “poderes políticos” (CAPPELLETTI, 1993, p. 75).

Através da elucidação dos conceitos presentes nas abordagens do discurso da ciência do direito, procederemos à análise das decisões judiciais dos processos objeto do presente trabalho.

## 2 ANÁLISE DAS DECISÕES DOS PROCESSOS JUDICIAIS OBJETO DO PRESENTE ESTUDO

Neste capítulo faremos uma análise comparativa das decisões judiciais (chamadas de sentenças ou acórdãos) dos 54 processos judiciais de natureza e objetos idênticos. Como dissemos, o pedido era o mesmo, os autores exerciam a mesma profissão e mesma função no mesmo município, assim como as fotos e documentos utilizados como provas também eram as mesmas anexas em cada pedido inicial que deu origem ao processo judicial. Os processos foram distribuídos por sorteio entre as três Varas do Trabalho de Campos dos Goytacazes – chamadas Primeira, Segunda e Terceira Varas do Trabalho –, tiveram respostas judiciais (contestações) padronizadas do Município a quem foi feito o pedido judicial. Receberam, no entanto, decisões diferentes em decorrência de serem julgados por juízes diferentes.

O vocábulo “Sentença”, do latim *sententia*, tem sua origem etimológica relacionada a sentimento, parecer, opinião, ideia, maneira de ver, impressão do espírito; modo de pensar ou de sentir, vontade, desejo. Desde a sua origem, o termo sugere uma expressão consciente ou inconsciente dos valores ideológicos particulares do juiz.

Bourdieu destaca que a sentença se apresenta “como uma síntese lógica entre teses antagonistas” e “condensa toda a ambiguidade do campo jurídico”. Atribui sua eficácia específica ao fato de participar, ao mesmo tempo, da lógica do campo jurídico e do campo político. Ao mesmo tempo em que a lógica do campo político se organiza em torno da dualidade amigos/inimigos e exclui a intervenção arbitral de um terceiro, a lógica do campo científico, demonstrando seu alto grau de autonomia, impõe este poder arbitral, conferindo um primado prático a esta oposição (2005, p. 228).

As sentenças utilizam a linguagem típica do Direito, uma linguagem técnica, o que Bourdieu (2014) chama de capital de conceitos e capital de palavras quando descreve o capital jurídico como um capital linguístico e domínio prático. Segundo o autor, por esse capital específico, os juristas exercem uma influência desmedida nas



lutas pela construção da realidade social. As palavras no mundo social não são apenas descritivas da realidade, mas constroem a realidade.

Assim, segundo Bourdieu, mais do que uma simples máscara ideológica, a linguagem jurídica ou a linguagem no campo jurídico tem o tom de universalidade porque

[...] o campo jurídico tende a apreender como uma experiência universal de um sujeito transcendental a visão comum de uma comunidade histórica. Pretende-se tomá-lo como uma razão universal que nada tem a ver com as condições sociais em que se manifesta. A linguagem jurídica revela este efeito por uma operação que combina os elementos de uma linguagem comum a outros estranhos aos seus sistemas e formula uma retórica de impessoalidade, de neutralidade e de universalização. A retórica da autonomia, da neutralidade e da universalidade é a expressão de todo o funcionamento do campo jurídico e, especialmente do trabalho de racionalização a que o sistema de normas jurídicas está continuamente sujeito, desde há séculos. (BOURDIEU, 2005, p. 215)

Descreve como “efeito de apriorização” o processo linguístico do campo jurídico de combinar elementos retirados da língua comum e elementos estranhos ao seu sistema para acusar uma retórica de impessoalidade e neutralidade. O objetivo desse processo linguístico é causar o efeito de neutralização (passar a mensagem que o enunciador é um sujeito imparcial e objetivo) e universalização (passar a mensagem de generalidade e omnitemporalidade da regra do direito). O efeito de neutralização seria construído através da tentativa de marcar uma impessoalidade nas expressões usadas em construções de frases passivas e impessoais. O efeito da universalização seria construído, por exemplo, com a retórica da atestação oficial e o uso de indefinidos, com referência a valores pressupondo a existência de um consenso ético em questões transobjetivas (por exemplo, expressões como “todo o condenado”, “como bom pai de família”, etc.). (BOURDIEU, 2005, p. 216)

Segundo Bourdieu, é por isso que “as lutas de palavras, as lutas sobre as palavras, são tão importantes: ter a última palavra é ter o poder sobre a representação legítima da realidade; em certos casos, impor a representação é impor a realidade quando se trata de fazer a realidade” (2014, p. 569).

Também é notável nas decisões judiciais (sentenças) um discurso de pretensão universal e de produzir razões: o dizer “é assim”, “não é assim”, “é possível”

o que seria, segundo Bourdieu, um traço característico do discurso do direito. Este seria um exercício do privilégio real do “poder de nomeação”.

Bourdieu fala sobre a alquimia simbólica da redistribuição: redistribuindo recursos, produz-se um efeito simbólico. Através das decisões, os juízes fazem reconhecimentos – esta palavra sendo tomada nos dois sentidos, no de gratidão e no de reconhecimento de legitimidade. Através da redistribuição acontece uma acumulação de capital simbólico, de legitimidade. “Ou seja, a redistribuição é produtora de legitimidade.” (2014, p. 492) Redistribuindo recursos de nomeação, os juízes fortalecem sua legitimidade para fazê-lo.

Os vereditos judiciais dos Tribunais, feitos por juízes de segunda instância (que julga os recursos do poder judiciário), são declarados e debatidos por um colegiado determinado de desembargadores (juízes de segunda instância) chamado de “Turma” em uma sessão. Nesta sessão (o que seria o equivalente ao que, na primeira instância se chama “audiência”), o processo é discutido pelos juízes da Turma e os advogados que representam as partes contrapostas do processo posto em análise tem direito a fazer o uso da palavra em uma tribuna por dez minutos ininterruptamente. As turmas responsáveis por julgar cada processo são determinadas por sorteio assim que um recurso é protocolado em um tribunal.

No dia de um dos julgamentos, uma desembargadora deu o veredito de que o Agente Comunitário de Saúde de São João da Barra, pelo trabalho que exercia, merecia passar por uma perícia técnica para averiguar se merecia o adicional de insalubridade que pedia, diferente do que o juiz de primeira instância havia estabelecido (havia julgado que o agente não deveria receber o adicional de insalubridade, segundo ele a realização de uma perícia técnica seria “pura perda de tempo”). Determinou que aquela sentença fosse anulada e que fosse realizada a perícia técnica. Todos os outros desembargadores que faziam a composição da turma concordaram com as considerações daquela desembargadora e assim foi julgado aquele processo.

Dias depois, foi marcada sessão de julgamento de um dos casos idênticos para a mesma turma de desembargadores daquele tribunal. O desembargador designado para relatar aquele caso foi diferente da desembargadora designada no

caso anterior, mas aquele desembargador havia votado de forma favorável ao agente comunitário naquela ocasião.

No dia do julgamento do recurso, ele declarou seu voto contra o pagamento do adicional, dizendo que analisou o caso e chegou à conclusão de que o agente não estava exposto a doenças, e não era necessária a realização de perícia técnica pedida, concordando, assim, com a sentença que havia dito que a realização de perícia seria desnecessária, seria “pura perda de tempo”.

Quando então fiz o uso da palavra por dez minutos na tribuna e disse que ele havia julgado caso idêntico de forma contrária. Disse a data e o número do processo anterior. Os outros desembargadores abaixaram a cabeça e a desembargadora relatora do caso anterior olhou para mim acenando com a cabeça, como quem confirma que se lembra da ocasião. O desembargador disse que iria reexaminar aquele processo e depois marcar outra sessão.

Ao fim daquela sessão, aquele desembargador passou por mim no corredor do tribunal e mencionou que eu poderia tê-lo lembrado daquele seu posicionamento antes do momento em que o lembrei.

Nova sessão foi marcada, e desta vez aquele desembargador proferiu voto favorável ao direito posto sob análise. Disse no acórdão que os processos não eram exatamente idênticos porque, no caso anterior, o Ministério Público havia tomado posição oposta ao daquele processo. Segundo ele, o que o desembargador teria feito seria acompanhar o relatório do Ministério Público em ambas as ocasiões. Esta seria, portanto, a justificativa para se julgar de forma oposta situações iguais. Mas – ressaltou – que, em nome da “segurança jurídica” e por tomar conhecimento de ter julgado de forma diferente um processo idêntico anterior, julgava por conceder o direito de se produzir a prova pericial. Inclusive, não permitir que esta prova se realizasse seria um caso de “cerceio de defesa”, ou seja, aquela primeira decisão do juiz de primeiro grau teria prejudicado meu cliente dentro do processo:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. Recurso do reclamante. CERCEIO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA. EX OFFICIO. Não há prova da alegação de que o trabalho da reclamante era realizado em contato com doenças infectocontagiosas, nem com objetos de seu uso. Todavia, provas não há porque assim se impediu, ressaltando-se que digno prolator da sentença, na audiência, registrou que indeferia a prova porque entendia desnecessária. O ato é cerceador do direito à defesa, redundando em

nulidade que contamina a r. Sentença. Registro que problema ao idêntico jaez se localizou no processo nº 0001711-61.2013.5.01.0283. Em dito feito, ante a provocação do órgão do MPT que lá ofício, se declarou a nulidade da r. Sentença. Solução idêntica adoto nesse feito. E o faço ex officio, considerando o conhecimento das circunstâncias idênticas dos dois feitos e a necessidade do respeito à segurança jurídica. Recurso provido.

Ou seja, o mesmo desembargador que havia julgado ser a sentença de primeiro grau irretocável, após ser lembrado durante a sessão de posicionamento oposto em caso idêntico, determinou que aquela sentença fosse anulada e que a perícia técnica – antes julgada desnecessária – fosse realizada.

Este caso foi um dos primeiros dos 54 casos idênticos a serem julgados. Depois deste ocorrido, toda vez que uma sessão de julgamento no tribunal era marcada, passei a enviar memoriais – uma petição comum na advocacia com um resumo do caso antes do julgamento - por *email* ao gabinete dos desembargadores determinados para julgar aquela questão lembrando a cada um, se fosse o caso, que já haviam se posicionado de forma favorável ao direito de meu cliente. Essa prática seguiu a recomendação daquele desembargador de avisar antes do momento da tribuna sobre posicionamento anterior em caso idêntico.

Mesmo se o desembargador a quem eu enviava memoriais não tivesse, antes, se posicionado de forma favorável a meu cliente, eu demonstrava nos memoriais que outros desembargadores do mesmo Tribunal do Trabalho da Primeira Região (responsáveis por julgar as causas trabalhistas em segunda instância do Estado do Rio de Janeiro) já o haviam feito. Meu argumento era aquele que fez o desembargador mudar de ideia: a “necessidade do respeito à segurança jurídica”, ou seja, atender-se à coerência, “pau que bate em Chico também bate em Francisco”.

Possivelmente a prática de envio desses memoriais interferiu no resultado dos processos, assim como minha costumeira sustentação oral na Tribuna, como

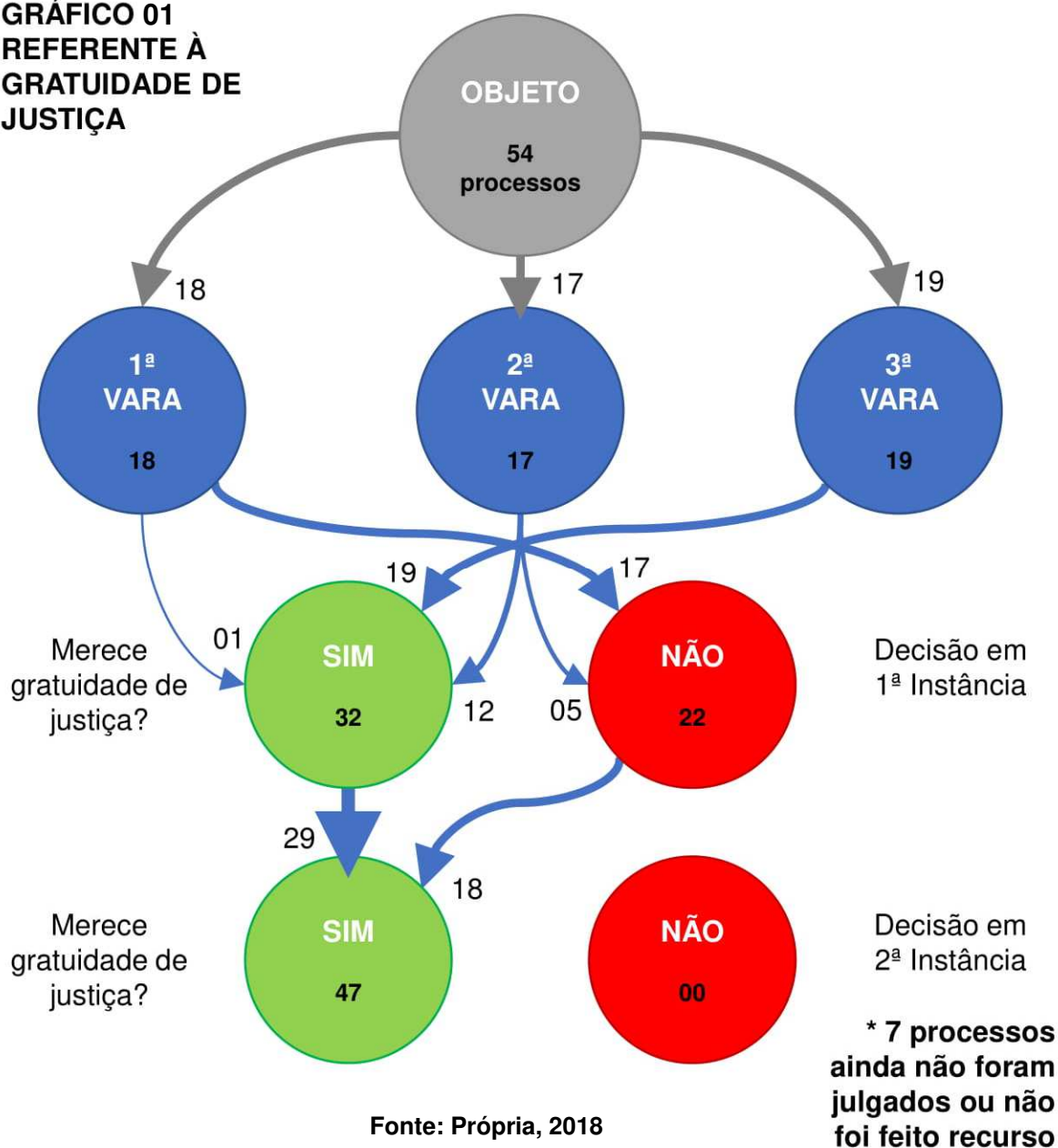
advogada, sustentando princípios próprios do Direito do Trabalho, principalmente o princípio da Norma Mais Favorável ao Trabalhador.<sup>6 7</sup>

---

<sup>6</sup> **“B) Princípio da Norma Mais Favorável** – O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).” DELGADO, 2017, p. 214.

<sup>7</sup> “Como *princípio de interpretação* do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais *consistentes* alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.” *Ibid.*, p. 215.

**GRÁFICO 01  
REFERENTE À  
GRATUIDADE DE  
JUSTIÇA**



Como pode ser notado da observação do gráfico 01, no resultado final dos 54 processos sob análise, alguns juízes (22) não deferiram o acesso dos agentes ao poder judiciário sem custas (gratuidade de justiça), determinando que fosse pago R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais) por cada um por ter tido o seu pedido apreciado pelo Poder Judiciário, sem ter sido deferido seu pedido pelo adicional de insalubridade. No entanto, todos os desembargadores, diante dos recursos judiciais por eles apreciados (47), determinaram que os agentes comunitários não deveriam pagar pelas custas judiciais, deveriam ter acesso à justiça gratuita, e concederam, portanto, o benefício da gratuidade de justiça.

Apenas um desembargador (juiz de segunda instância) impôs uma multa a um dos agentes por ter feito um recurso chamado embargos, condenando-o por “embargos protelatórios”<sup>8</sup> – o mesmo recurso havia sido feito a todos os desembargadores que julgaram cada processo, nenhum outro desembargador determinou o pagamento de multa. Por isso, além de ter-lhe sido negado o recebimento do adicional de insalubridade, o autor teve que pagar R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais) por ter tido o seu pedido apreciado pelo Poder Judiciário. O salário mensal dos Agentes Comunitários de Saúde daquela região naquele momento não chegava ao valor de mil reais.

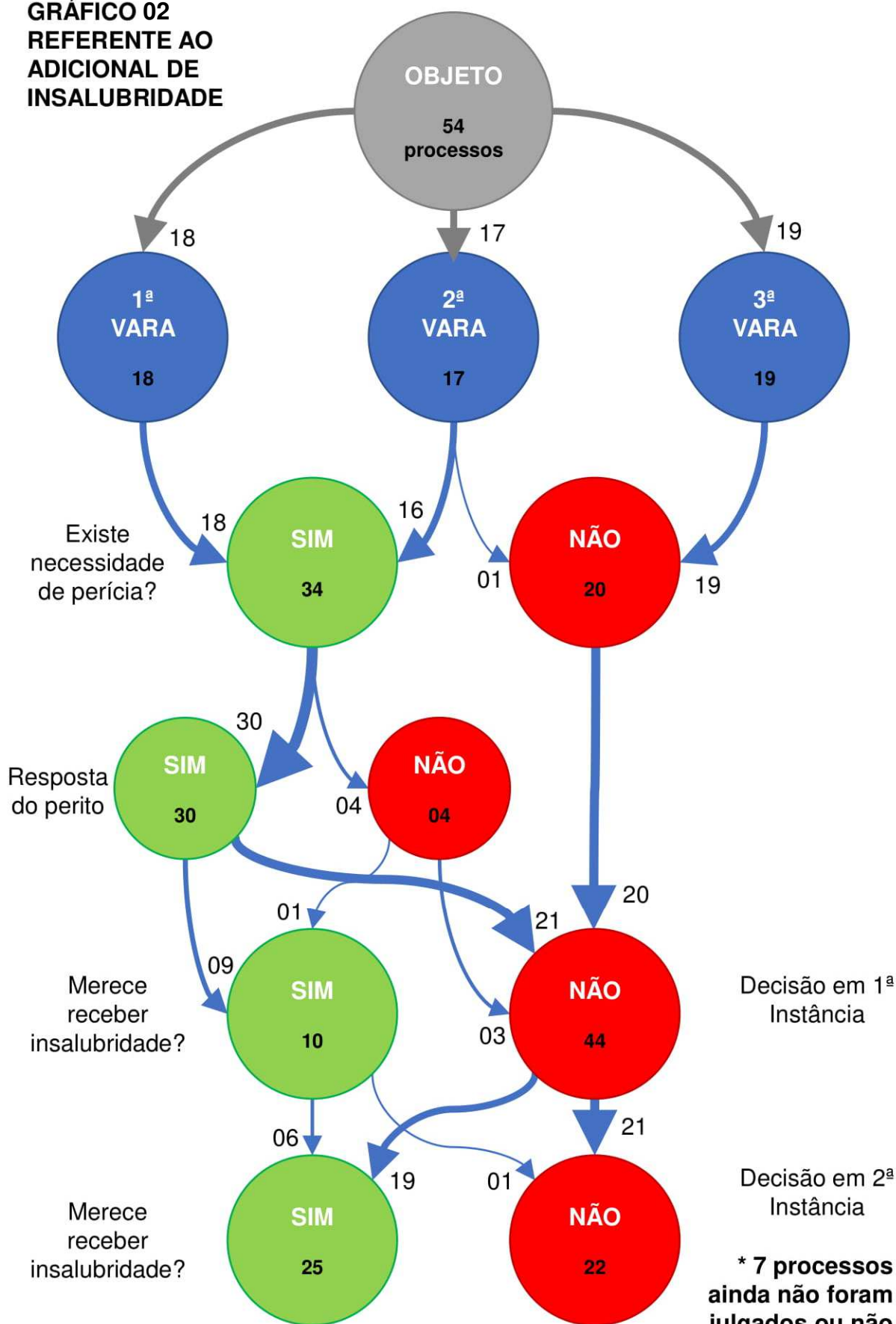
Pode ser observado também através do gráfico 02 que em 34 processos foi determinada pelo juiz “sim” a necessidade de realização de uma perícia técnica para a aferição de insalubridade naquele ambiente de trabalho. Desses 34 processos, 30 tiveram resultado da perícia acusando “sim” um ambiente insalubre, enquanto em 4 processos a resposta do perito que na ocasião foi nomeado pelo juiz responsável foi o oposto, “não” exposição a insalubridade. O gráfico mostra que o resultado da perícia técnica não vincula a sentença judicial. Alguns juízes, diante de uma perícia técnica indicando que o autor estava exposto “sim” à insalubridade (30), julgaram que não merecia o respectivo adicional (21), enquanto outro juiz, de igual modo, diante de uma perícia indicando que o autor não estava exposto à insalubridade, determinou que fosse pago o adicional (1).

Enquanto da análise dos juízes de primeiro grau, 10 agentes comunitários foram julgados como merecedores do adicional que pediam judicialmente, enquanto 44 agentes tiveram o mesmo pedido de adicional negado. Já quando da apreciação dos recursos pelos desembargadores que compõem o tribunal (segunda instância de julgamento), 25 agentes comunitários foram julgados aptos a receber o adicional enquanto 22 agentes tiveram seu pedido negado.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Coleção de Leis do Brasil, Brasília, v. 1, 1973. Publicação original. “Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994). Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)”

**GRÁFICO 02  
REFERENTE AO  
ADICIONAL DE  
INSALUBRIDADE**



Fonte: Própria, 2018

**\* 7 processos  
ainda não foram  
julgados ou não  
foi feito recurso**



Segundo o Princípio do Livre Convencimento Motivado, como já mencionado, o juiz tem liberdade para decidir segundo o melhor critério que melhor o convencer, mas deve justificar, motivar suas escolhas, as razões que o levaram a decidir daquela forma. Passemos então para a análise das motivações presentes nos discursos dos juízes nos processos objeto do presente estudo.

## 2.1 Variações das motivações

A questão central dos pedidos era quanto ao merecimento ou não do recebimento do adicional de insalubridade, ou seja, se o trabalho exercido por cada Agente Comunitário de Saúde do Município de São João da Barra estaria enquadrado na previsão legal como aquele a quem deve ser destinado o adicional.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> As Leis que regem a questão do adicional de insalubridade são a Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho e as Normas Regulamentadoras emitidas pelo Ministério do Trabalho. No art. 7º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988 está prescrito que: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:(...) XXIII – adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Estabelecem os artigos 189, 190 e 192 da Consolidação das Leis do Trabalho: Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.” Art. 190. O Ministério do Trabalho aprovará o quadro das atividades e operações insalubres e adotará normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição a estes agentes. Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo.” Portaria 3.214, de 08 de julho de 1978, aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da CLT, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, dentre elas a Norma Regulamentadora 15 que trata especificamente dos critérios para a caracterização ou não da insalubridade. Os agentes biológicos estão previstos no anexo 14 da NR-15 do MTE: O Anexo 14 da NR-15 considera trabalho em condições insalubres (agentes biológicos), no grau médio, aquele realizado: “em contato permanente com pacientes, animais ou com material infecto-contagioso, em hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados)”.(grifei) Para a configuração do direito ao adicional de insalubridade, a atividade insalubre deve constar expressamente na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho, conforme preceituam a Súmula 460 do STF e a Orientação Jurisprudencial nº 04 da SDI-1 do C. Tribunal Superior do Trabalho: SÚMULA 460 Para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministro do Trabalho e Previdência Social. OJ-SDI1-4 ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. LIXO URBANO. (nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial nº 170 da SBDI-1) - DJ 20.04.2005 I – Não basta a constatação da insalubridade por meio de laudo pericial para que o empregado tenha direito ao respectivo adicional, sendo necessária a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho.

Pode-se notar nos trechos a seguir, exemplificativos de decisões judiciais dos processos objeto de análise neste estudo, o processo linguístico do campo jurídico descrito por Bourdieu (2005) com retórica de impessoalidade e neutralidade, com uso de frases impessoais e verbos no infinitivo, externando uma pressuposição de um consenso ou de tratar-se de objetiva e inevitável aplicação de uma única interpretação possível da lei. No entanto, as conclusões são opostas entre si. As citações transcritas abaixo, assim como as decisões na íntegra, estão disponíveis no sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região.

Os agentes comunitários merecem o adicional de insalubridade ou não? Ao decidir que não mereciam o adicional, os julgadores que assim o fizeram justificaram que as situações que envolvem aquele trabalho não encontram correspondência na norma específica que trata das situações em que deve ser pago esse adicional (Anexo 14 da NR 15 da Portaria Ministerial nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho), ou seja, que essas atividades não se enquadram no que a lei descreve e define como atividades insalubres.

Então, assim referido em lei, **a mera condição de risco à saúde ou à incolumidade física, por si, não bastam à configuração do direito ao adicional de insalubridade, porque condição necessária para tanto, é a prévia regulamentação do Ministério do Trabalho, indicando a condição do trabalho como insalubre**, ou seja, juridicamente, a insalubridade somente existe a partir da inclusão da respectiva atividade na relação baixada por aquele órgão! (...) Então, porque ausentes as duas condições previstas no Anexo 14 da NR 15, da Portaria 3.214/78 do Ministério do Trabalho, consistentes em local de trabalho e contato permanente com agentes biológicos, **as atividades exercidas pelos agentes comunitários de saúde não estão inseridas no rol das atividades insalubres!** (Processo nº 0001806-91.2013.5.01.0283. Juiz Cláudio Aurélio Azevedo Freitas) Grifo nosso.

Neste contexto, como **as atividades de agente comunitário de saúde não se enquadram no rol previsto no Anexo 14 da NR 15** da Portaria nº 3.214/78 do MTE, não há que falar em direito à percepção do adicional de insalubridade, como corretamente sentenciado. (Processo nº 0001726-30.2013.5.01.0283. Desembargadora Relatora Edith Maria Corrêa Tourinho) Grifo nosso.

**A atividade do agente comunitário de saúde não se enquadra como atividade insalubre, previsto no Anexo 14 da NR 15** da Portaria Ministerial nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho, pois possui natureza preventiva, sendo realizada nos domicílios das famílias visitadas em sua área de atuação. (Processo nº 0001714-16.2013.5.01.0283. Desembargadora Relatora Edith Maria Corrêa Tourinho) Grifo nosso.

Não se depreende dos autos que a reclamante, em seu labor, realizava qualquer procedimento que necessitava de um contato direto com pessoas portadoras de doenças infectocontagiosas, a ponto de colocar em risco a sua saúde. Para o contágio de doenças infectocontagiosas, como a AIDS e hanseníase, por exemplo, é preciso um contato direto, íntimo e prolongado com o doente portador, não apenas um contato simples, como o que a reclamante mantinha com os pacientes que visitava. **Portanto, a hipótese da recorrente não se enquadra no Anexo 14 da NR 15** da Portaria nº 3214/78 do Ministério do Trabalho acima transcrito. (Processo nº 0001718-53.2013.5.01.0283 Desembargador Relator Jorge F. Gonçalves da Fonte) Grifo nosso.

Assim sendo, **como as atividades de agente comunitário de saúde não se enquadram no rol previsto no Anexo 14 da NR 15** da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, **não há que falar em direito à percepção do adicional de insalubridade** e consectários. (Processo nº 0001719-44.2013.5.01.0281, Desembargador Leonardo Pacheco) Grifo nosso.

Ao decidirem o contrário, que os agentes comunitários mereciam o adicional, os julgadores que assim o fizeram afirmaram o oposto, que o trabalho exercido pelos agentes comunitários está sim descrito naquela mesma lei específica (Norma Regulamentadora – NR), que cabe uma interpretação ampliativa, ou, ainda, que o que define se um trabalho é insalubre ou não é a exposição do trabalhador a doenças, e não a lista oficial do Ministério do Trabalho.

Ademais, a referida NR possibilita o reconhecimento do labor insalubre não só em hospitais e postos de saúde, mas também em “outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana”, possibilitando sua extensão às visitas domiciliares frequentemente realizadas pelos agentes de saúde. (...) **Neste diapasão, é evidente que a função em exame se coaduna ao disposto no anexo 14 da NR 15** (Processo nº 0001722-90.2013.5.01.0283. Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho) Grifo nosso.

Outrossim, **análise mais detalhada do anexo 14 da NR-15** (Hospitais, ambulatório, postos de saúde e estabelecimentos relacionados à saúde das pessoas, devido ao contato diário com doenças ocasionadas por agentes biológicos) demonstra que trabalhos e operações em contato permanente com agentes infectocontagiosas nos estabelecimentos de saúde mencionados pelo recorrente apenas definem o grau de insalubridade ao qual o trabalhador está submetido, mas não o direito em si. Este, por sua vez, **é configurado com a exposição, permanente ou intermitente**, a agentes infectocontagiosos, conforme identificou o laudo. **Ademais, cabível na hipótese interpretação ampliativa** para inserir no conceito de estabelecimentos relacionados à saúde as visitas nas residências dos pacientes enfermos. (Processo nº 0001706-42.2013.5.01.0282 Desembargador Relator Célio Juaçaba) Grifo nosso.

Reitere-se que **é inafastável a aplicação da NR 15, na medida em que a norma não limita o atendimento e tratamento aos doentes a hospitais e postos de saúde, não excluindo, portanto, as visitas domiciliares,** ao estabelecer que o contato com os agentes biológicos nocivos pode ocorrer em “outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana”. (Processo nº 0001709-91.2013.5.01.0283 Relatora Giselle Bondim Lopes Ribeiro) Grifo nosso.

O trabalhador não pode ficar sempre na dependência da ação do MTE. **A lista oficial não é, para mim, uma condição para aquisição do direito. Basta a prova do fato.** Mesmo porque o atual ordenamento jurídico brasileiro adota o posicionamento de que a formalidade não pode prevalecer sobre o conteúdo. (Processo nº 0001722-96.2013.5.01.0281. Desembargador Valmir de Araújo Carvalho) Grifo nosso.

Outrossim, **análise mais detalhada do anexo 14 da NR-15** demonstra que trabalhos e operações em contato permanente com agentes infectocontagiosos nos estabelecimentos de saúde **apenas definem o grau de insalubre ao qual o trabalhador está submetido, mas não o direito em si. Este, por sua vez, é configurado com a exposição,** permanente ou intermitente, a agentes infectocontagiosos, conforme identificou o laudo (TST, 448). (Processo nº 0001707-27.2013.5.01.0282 Desembargadora Relatora Monica Batista Vieira Puglia) Grifo nosso.

Outro ponto que foi alvo dos discursos dos julgadores foi quanto a necessidade ou desnecessidade de existir uma perícia técnica para que se possa avaliar e julgar um processo que questione a insalubridade em um trabalho. Este sujeito institucional magistrado afirma que, como as atividades exercidas pelos agentes comunitários não estão previstas em lei como as referentes ao recebimento do adicional de insalubridade, fazer uma perícia seria “pura perda de tempo”.

**Não basta, portanto, que a atividade seja considerada por perícia! Daí a não determinação de sua realização nestes autos, porque seria pura perda de tempo e estipêndio,** com desnecessário retardamento na prestação jurisdicional, porque em cumprimento ao seu papel institucional, o Ministério do Trabalho publicou, em 08/06/1978, a Portaria 3.214 aprovando as Normas Regulamentadoras referentes à Medicina e Segurança do Trabalho. (Processo nº 0001806-91.2013.5.01.0283. Juiz Cláudio Aurélio Azevedo Freitas) Grifo nosso.

Este outro julgador menciona que, mesmo existindo naquele processo judicial um laudo pericial indicando que o trabalhador está exposto a doenças, aquele trabalhador não merece receber o adicional de insalubridade que pediu judicialmente porque a lei determina que ele não merece recebê-lo.

Portanto, ainda que o laudo pericial (emprestado) juntado aos autos pela autora ateste a insalubridade das atividades desempenhadas pelo agente comunitário, é indevido o pagamento do respectivo adicional, ante a ausência de amparo normativo. (Processo nº 0001730-73.2013.5.01.0281. desembargador Relator Leonardo Pacheco)

Neste caso foi considerado que não era necessária a perícia técnica. Como o autor já recebia o adicional de insalubridade quando era um funcionário terceirizado, exercendo a mesma função, ele merecia continuar recebendo. Este caso, portanto, dispensa a perícia técnica em uma interpretação da lei que protege o trabalhador.

Consigne-se que **a perícia no presente caso é dispensável**, na medida em que **já era pago adicional de insalubridade** de 20% aos Agentes Comunitários terceirizados, conforme demonstra o documento à fl. 32. O fato não foi refutado pelo Réu, **tornando-se, portanto, incontroverso o reconhecimento da presença do agente insalubre**. (Processo nº 0001709-91.2013.5.01.0283 Relatora Giselle Bondim Lopes Ribeiro) Grifo nosso.

De forma oposta, alguns julgadores afirmaram que era necessária uma perícia porque a lei assim o exige.

Diante disso, conclui-se que **a realização de prova pericial**, em tais circunstâncias, **não constitui faculdade do julgador**, mas, antes, **decorre de expressa determinação legal, afigurando-se imprescindível** (Processo nº 0001720-23.2013.5.01.0283 Desembargador Relator Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues) Grifo nosso.

Não há prova da alegação de que o trabalho da reclamante era realizado em contato com doenças infectocontagiosas, nem com objetos de seu uso. Todavia, **provas não há porque assim se impediu**, ressaltando-se que **digno prolator da sentença, na audiência, registrou que indeferia a prova porque entendia desnecessária. O ato é cerceador do direito à defesa**, redundando em **nulidade que contamina a r. Sentença**. (Processo nº 0001725-45.2013.5.01.0283 Desembargador relator Bruno Losada Albuquerque Lopes) Grifo nosso.

Outro ponto abordado foi quanto ao acesso ao poder judiciário: aqueles agentes comunitários, com salário mensal inferior a mil reais, mereciam ou não ter acesso à justiça gratuita, o que significa não ter que pagar custas processuais para que seu pedido seja examinado pelo juiz. Nestes processos, indeferir a gratuidade de justiça significava cobrar de cada agente comunitário mil e seiscentos reais, mesmo

que tenha sido negado pelo juiz o recebimento do adicional requerido. Seria a quantia equivalente a mais de um mês e meio de trabalho.

Os juízes que indeferiram a gratuidade de justiça aos autores daqueles processos disseram que, mesmo que eles sejam pessoas pobres, não merecem o acesso à justiça gratuita porque não fizeram o pedido através do sindicato de classe a que pertenciam, e isso seria um pré-requisito exigido por lei para que o juiz conceda a isenção das custas processuais. Condenaram, portanto, aqueles juízes de primeira instância, os autores a pagarem mil e seiscentos reais ao Tribunal do Trabalho, o equivalente às custas processuais, por terem submetido suas questões ao exame do poder judiciário.

A gratuidade de Justiça no processo do trabalho é **benefício concedido ao empregado quando assistido por seu sindicato de classe** e que perceba menos que o dobro do mínimo legal, sendo certo que, no caso em tela, a parte autora não comprovou que preenche os requisitos previstos em lei. (...) Indefere-se o requerido. (Processo nº 0001719-44.2013.5.01.0281. Juíza Luciana dos Anjos Reis) Grifo nosso.

O art. 14, da Lei 5.584/70 é expresso em exigir, para a concessão dos benefícios da justiça gratuita – previstos na Lei 1.060/50 –, nesta Especializada, **a assistência pelo sindicato da categoria a que pertencer o trabalho**. Satisfeita tal condição, deve o empregado perceber salário igual ou inferior à dobra do mínimo legal ou afirmar em declaração própria, na forma da Lei 7115/83, não possuir condições econômicas de arcar com os custos da demanda sem prejuízo de sustento próprio ou de sua família. É o que dispõe o § 1º do dispositivo em apreço, já conjugado com a Lei 7.115/83. A assistência sindical, assim, é condição primeira para a concessão dos benefícios da justiça gratuita na Justiça do Trabalho. Atendida, pode ser concedida tanto ao empregado com salário igual ou inferior à dobra do mínimo ou àquele que apresentar declaração de miserabilidade comprovando sua condição. **Na hipótese dos autos, a parte autora não se encontra assistida pelo sindicato de sua categoria e não faz jus aos benefícios da justiça gratuita. Indefiro a isenção** no pagamento das custas processuais. (Juiz Paulo Rogério dos Santos, Processo nº 0001710-79.2013.5.01.0282) Grifo nosso.

De forma diametralmente oposta, outros juízes e desembargadores afirmam que a lei estabelece que não é necessário estar assistido pelo sindicato da categoria, basta declarar-se pobre (formalmente através de um documento chamado "declaração de hipossuficiência econômica"). É o suficiente para que seja concedido o benefício da gratuidade de justiça, ou seja, o acesso à justiça gratuita.

**A declaração de hipossuficiência econômica** firmada por advogado na petição inicial da ação trabalhista, em nome e em favor de seu cliente, ainda que munido apenas de procuração com poderes para o foro em geral, **revela-se apta a ensejar a concessão do benefício**, que pode, inclusive, ser concedido até mesmo ex-offício. (Processo nº 0001806-91.2013.5.01.0283. Juiz Cláudio Aurélio Azevedo Freitas) Grifo nosso.

Em outras palavras, **para obtenção da gratuidade de justiça é suficiente que a parte declare que não está em condições de demandar em Juízo, sem prejuízo próprio ou de sua família**. E este requisito foi cumprido pela Autora, através da declaração de hipossuficiência colacionada às fls. 23. Diante do acima exposto, reputo devido o benefício da gratuidade de justiça postulado pela Reclamante. (Processo nº 0001700-35.2013.5.01.0282 Desembargador Jose Antonio Piton) Grifo nosso.

Outro ponto abordado nas decisões judiciais era quanto à necessidade ou desnecessidade de o contato com doenças ser contínuo para ser deferido o adicional. Nos trechos abaixo, os julgadores afirmam que o contato com doenças dos trabalhadores não era permanente, e, por isso, a lei “é clara” e não os contemplaria como aptos a receber o adicional.

Não bastasse, além dos locais específicos definidos, **o Anexo 14 da NR 15 impõe a existência de uma segunda condição para que a atividade laboral seja considerada passível de ser geradora da insalubridade: o contato permanente!** Ou seja, a lei efetivamente deixa para a regulamentação ministerial o enquadramento das atividades consideradas como insalubres; os agentes biológicos exigem contato com pacientes, animais ou material infecto-contagante; mas **esse contato tem de ser permanente!** (Processo nº 0001806-91.2013.5.01.0283. Juiz Cláudio Aurélio Azevedo Freitas) Grifo nosso.

O exame dos autos revela que a **reclamante não tinha contato permanente** com pacientes ou material infectocontagioso, **o que afasta o percebimento do adicional em questão**, segundo a NR-15. **O contato que poderia ter seria eventual e esporádico**. A reclamante, em seu relevante mister, fazia visitas domiciliares, ou seja, de campo, promovendo ações de educação voltadas para a saúde individual e coletiva e por não se enquadrar na referida norma regulamentadora não faz jus ao adicional de insalubridade. Processo nº 0001712-46.2013.5.01.0283 Juiz convocado Relator Alvaro Luiz Carvalho Moreira) Grifo nosso.

Outros juízes afirmavam o oposto, que a lei “era clara” no sentido em que o contato com doenças intermitente (descontínuo) não era o suficiente para que fosse negado ao trabalhador o adicional de insalubridade.

Faz a autora jus ao adicional de insalubridade no valor de 20% do salário mínimo, posto que, **a intermitência do contato não é suficiente, por si só, para afastar o direito ao adicional perseguido.** (Processo nº 0001709-94.2013.5.01.0282 Desembargador Relator Marcelo Antero de Carvalho) Grifo nosso.

De toda forma, **para a concessão do adicional em tela não há necessidade que o contato com os agentes biológicos perniciosos seja permanente, sendo devido o adicional ainda que o contato seja intermitente,** nos termos do entendimento consagrado na Súmula nº 47, do C. TST. (Processo nº 0001717-74.2013.5.01.0281 Desembargador Relator Rogério Lucas Martins) Grifo nosso.

No mais, cumpre destacar que, **ainda que o contato com o agente nocivo fosse intermitente, o adicional de insalubridade seria devido** (Processo nº 0001711-64.2013.5.01.0282. Desembargador Relator José Antonio Piton) Grifo nosso.

Ressalto, por último, que **"o trabalho executado em condições insalubres em caráter intermitente, não afasta, só por essa circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional"** (Súmula 47 do C. TST), aspecto que influencia tão somente na definição do grau de submissão do trabalhador ao agente insalubre. Por tal razão, inócuo perquirir sobre a quantidade de tempo de permanência em serviço interno. (Processo nº 0001726-36.2013.5.01.0281 Relatora Desembargadora Marcia Leite Nery) Grifo nosso.

Antes de haver concurso no município de São João da Barra para o cargo de Agentes Comunitários de Saúde, os agentes eram contratados para exercer a mesma função através de uma empresa interposta (terceirizada). Esta empresa terceirizada pagava o adicional de insalubridade. Juntei em cada processo o comprovante neste sentido. Mais uma vez, posicionaram-se de forma oposta os juízes sobre este fato obrigar ou não obrigar o município a pagar o adicional de insalubridade. Os juízes que negaram o adicional afirmaram que o pagamento anterior do adicional por empresa terceirizada não obriga o município a pagar o adicional quando este passa a contratar a mesma categoria de empregados de forma direta.

Registro, ainda, que **o fato de a reclamante ter recebido tal adicional na época em que foi contratada pela instituição terceirizada IMBESPS, não pressupõe que o Município tenha de agir da mesma forma.** O vínculo anterior não possui relação com o atual, vez que a autora ingressou no reclamado através de concurso público. Logo, não há que se falar em



alteração contratual lesiva. Processo nº 0001718-53.2013.5.01.0283 Desembargador Relator Jorge F. Gonçalves da Fonte) Grifo nosso.

Inicialmente, saliento que **o fato de o autor ter prestado serviços terceirizados na condição de agente comunitário de saúde, e nesta qualidade, haver recebido adicional de insalubridade não obriga o município ao pagamento da referida parcela.** (Processo nº 0001713-31.2013.5.01.0283. Desembargador Relator José Antonio Teixeira da Silva) Grifo nosso.

Outrossim, **quanto à alegação da autora de que recebia o adicional no vínculo anterior,** convém lembrar que **o ente público não estava obrigado a pagar** a autora referido adicional simplesmente porque o IMBESP assim o fazia anteriormente, pois **a relação jurídica do Município com a obreira nada tem a ver com aquela precedente.** (Processo nº 0001730-73.2013.5.01.0281. desembargador Relator Leonardo Pacheco) Grifo nosso.

Os juízes que concederam o adicional de insalubridade, pelo contrário, afirmaram no sentido de que, passando a contratar diretamente os agentes comunitários, não poderia aquele município ter deixado de pagar o adicional de insalubridade que a empresa terceirizada pagava.

Esse dado (recebimento de adicional enquanto a autora era empregada da IMBESPS a serviço da Municipalidade) consta da inicial, fl. 3, e não foi contrariado. Se assim era, **não poderia a Municipalidade, após ter contratado a autora, ter deixado de efetuar o pagamento do adicional de insalubridade, considerando o fato incontroverso de que a atividade profissional não foi alterada.** (Processo nº 0001722-96.2013.5.01.0281. Valmir de Araujo Carvalho) Grifo nosso.

Todavia, não existe respaldo jurídico para a tese de que, do fato de o antigo empregador (Imbesps) ter pago o adicional de insalubridade não decorreria idêntica obrigação para o Município. (Processo nº 0001726-36.2013.5.01.0281 Relatora Desembargadora Marcia Leite Nery)

No caso, observa-se que não há notícias de que houve alteração do local e/ou das condições em que a autora prestava seus serviços em relação ao período em que trabalhava para a empresa terceirizada e quando passou a trabalhar como agente comunitário após aprovação em concurso público. (Processo nº 0001715-07.2013.5.01.0281 Relator Desembargador Mário Sérgio M. Pinheiro).

Ao negar ou ao conceder o adicional de insalubridade, ou seja, em ambos os extremos dos entendimentos adotados pelos juízes, as decisões judiciais afirmavam: “este é o entendimento preponderante no Tribunal Superior do Trabalho”, “a

jurisprudência é pacífica sobre o tema”, afirmando homogeneidade de interpretação em favor de seu próprio ponto e negando existirem divergências sobre o tema ligadas a interpretação subjetiva da lei. O discurso evocando homogeneidade remete a expressão de uma mensagem de objetividade e distanciamento das decisões e sugere fechamento em si mesmo do poder judiciário. Essa expressão pode ser percebida através dos trechos das decisões judiciais transcritas abaixo.

**A jurisprudência é pacífica sobre o tema**, como muito bem ressaltado pela ilustre representante do Ministério Público do Trabalho, conforme entendimentos cristalizados nas Orientações Jurisprudenciais nº 4, item I e 173, item I, ambas da SDI-1, do C.TST Mantenho o decidido. (Desembargador Relator Jorge F. Gonçalves da Fonte, Processo nº 0001806-91.2013.5.01.0283) Grifo nosso.

Ressalte-se, ainda, **que há entendimento no TST de que as atividades dos agentes comunitários de saúde não se encontram excluídas do Anexo 14 da NR 15 da Portaria nº 3.214/78 do MTE**, sendo necessário aferir se, no caso concreto, houve a comprovação da exposição do empregado aos agentes insalubres, o que restou atendido na hipótese dos autos. (Processo nº 0001718-59.2013.5.01.0281. Desembargador Mário Sérgio M. Pinheiro) Grifo nosso.

Oportuno acrescentar, ainda, que **o C. TST tem reiteradamente reconhecido o direito ao adicional de insalubridade para os “Agentes Comunitários de Saúde”** (Processo nº 0001724-66.2013.5.01.0281. Relator Desembargador Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues) Grifo nosso.

O direito à percepção do adicional deve ser deferido diante da constatação de que o labor ocorre em presença de risco à saúde da reclamante, por força do princípio da primazia da realidade. **No mesmo sentido tem sido firmada a jurisprudência do C. TST.** (Processo nº 0001726-36.2013.5.01.0281 Relatora Desembargadora Marcia Leite Nery) Grifo nosso.

Neste capítulo pudemos observar que os artigos de leis mencionados na argumentação dos juízes foram os mesmos, no entanto podendo ter interpretações opostas na aplicação de um mesmo caso concreto. A partir da demonstração de que os processos judiciais objeto de análise não seguem uma linearidade ou objetividade, inclusive com decisões contrárias a resultados de perícias que o próprio julgador determinou que fossem realizadas por um perito do juízo no curso do processo judicial, ficou claro que existe um teor de subjetividade nas decisões judiciais. Procedi a entrevistas de forma a colher representações de atores do campo jurídico sobre as

decisões judiciais contendo constantes diferenças de interpretação do caso concreto e das próprias leis.

### **3 REPRESENTAÇÕES SOBRE A DECISÃO DO JUIZ**

Diante de processos idênticos com resultados diferentes entre si, deparei-me com a situação de observar dois clientes trabalhando um ao lado do outro, ambos em idêntica função, um tendo tido deferido por um juiz o seu pedido de adicional e outro indeferido o mesmo pedido por outro juiz. Expliquei a ambos sobre o trâmite natural de todos os processos judiciais, que, no protocolo inicial de todo processo, o chamado “cartório distribuidor” distribuía as petições iniciais entre as varas de justiça por sorteio. A cada vara correspondia um juiz, e cada juiz tinha uma interpretação diferente sobre o que pedimos, sobre o direito posto. Mas essa explicação técnica passava longe de qualquer ideal de justiça estabelecido por aqueles clientes. Afinal, eles tinham o direito ou não? Estavam expostos a riscos de contágio de doenças ou não? Se trabalham em situações iguais, por que um merecia e o outro não merecia? Estes eram seus principais questionamentos.

Dentre aqueles 54 clientes, pude perceber que alguns encaravam o quadro com certa indignação. Outros, no entanto, consideravam a situação natural, utilizando palavras como “sorte” e “azar” ou classificando o juiz que atendia ao seu pedido do processo como “juiz bom” e o juiz que negava seu pedido como “juiz ruim”. A palavra mais utilizada por eles adjetivando aquela situação foi “injustiça”.

#### **3.1 Representações sobre as diferenças de interpretação**

Quando procedi às entrevistas entre personagens do campo jurídico, obtive representações sobre esse tipo de contexto e justificativas para as diferenças de interpretação. Segundo todos os entrevistados, personagens do campo jurídico, casos idênticos com resultados judiciais completamente diferentes uns dos outros – como na situação que me levou à pesquisa - são corriqueiros. Por ser realizado reiteradas vezes, trata-se de uma prática social.

No texto abaixo transcrito, um dos juízes relata ser frequente essa variação de decisões pelos juízes e muitas discrepâncias de entendimento decorrentes da maneira de se interpretar. Ele considera que as discrepâncias existentes trazem

insegurança jurídica e comprometem a eficácia da norma. Da interpretação divergente, para ele, decorreria insegurança jurídica.

O que a Doutora mencionou no início, antes da gravação, que três juízos interpretaram a mesma norma e chegaram a conclusões diferentes, isso aí é comum na prática. Mas existe, sim, essa discrepância aí, e ela é ruim, né? Porque ela traz insegurança jurídica. Ela compromete a eficácia da norma. (...) Que são, na verdade, os dois pilares do sistema político: a justiça e a segurança jurídica. Muitas vezes esses valores se conflitam, né? Mas é preciso, na medida do possível, dar vazão a esses valores. E, quando se fala de interpretação divergente, você tá falando de insegurança jurídica, óbvio. Até porque o jurisdicionado fica sem entender, um ganhou e o outro não ganhou. Pro advogado explicar isso para o cliente é bem complicado. É complicado. Então... (Juiz 4)

Outra representação expressa a respeito da grande variação de entendimentos dos juízes aparece claramente no trecho de entrevista transcrita a seguir. O promotor entrevistado vê com frequência sentenças diferentes pra questões iguais, mas considera que nenhuma delas seja incoerente. Considera que se trata de visões de mundo diferentes. Acredita que isso acontece porque o juiz, ao decidir, não consegue se apartar da sua carga ideológica.

Eu não acredito que o juiz, ao decidir... ele consiga se apartar da sua formação humanística, da sua carga ideológica, da sua forma de ver o mundo... Aqui, por exemplo, o nosso órgão de tutela coletiva litiga perante cinco varas cíveis, basicamente, em Campos. Mais duas varas de competência concorrente em São João da Barra, mais duas em São Fidélis e mais uma em São Francisco. Portanto, a gente comumente litiga perante nove magistrados diferentes, que são nove pessoas diferentes, com nove formações humanísticas diferentes, nove visões de mundo diferentes. É natural que haja nove entendimentos diferentes, ainda que sobre as mesmas coisas, mas, eu não vejo, em nenhum deles com quem eu lido, e como a gente não tá apontando nomes, eu falaria, caso eu tivesse percebido, eu não percebo em nenhum deles incoerência. É uma questão mesmo de forma de ver as coisas. Então, eu posso dizer que há determinadas demandas idênticas que eu proponho aqui, numa determinada vara, e... em outro lugar, numa outra determinada vara... e que eventualmente há soluções diferentes. Mas eu atribuo isso não à incoerência, à má-fé, ou a qualquer coisa, mas, exatamente a visões de mundo diferentes. O que eu acho normal. Porque eu também acredito que eu decida de acordo com a minha formação humanística, com a minha visão de mundo. Então, eu não faço crítica a isso. (Promotor)

Neste mesmo sentido foi a representação sobre as discrepâncias interpretativas colhidas do defensor público entrevistado. Como pode ser observado

no trecho a seguir transcrito, ele aproxima a situação da elaboração de uma sentença de todos os outros processos interpretativos, “Acho que a variação dos entendimentos é própria até mesmo dessa... dos sistemas próprios da metodologia de interpretação.” (Defensor Público)

De todas as entrevistas colhidas, apenas o advogado mais experiente aproximou a situação de variação de interpretações a uma conduta mal-intencionada, um cenário de covardia e interesses por parte dos juízes. É o que revela o seguinte trecho:

- A que atribui essa variação?

- Eu atribuo... porque eles julgam de maneira... de acordo com o interesse deles ou de partes que estão no processo! (Advogado com 20 anos de carreira)

Mauro Capelletti em “Juízes Legisladores” (1993) indica que em tempos anteriores era adotada outra concepção na articulação de sentenças. Justiniano<sup>10</sup> considerava que a clareza de sua legislação seria “poluída” com eventuais comentários dos juristas “com sua verbosidade”. Ou seja, ele considerava que os juízes falavam demais e que a legislação que ele criou (o “Corpus Juris”) era suficientemente clara<sup>11</sup>. Da mesma forma, os legisladores da Revolução Francesa, sob influência da filosofia de Rousseau e Montesquieu, também tiveram tentativa análoga de proibir os juízes de interpretar as leis. Foi instituído o “Referé Législatif”, deixando reservando ao legislador essa interpretação.

Enfim, ao juiz caberia a posição de declarar o direito, como uma inanimada “boca da lei”. Era considerado escandaloso sugerir que os juízes pudessem criar o direito. Os juízes deveriam se ater a apenas declara-lo. Capelletti considera a grande onda de criatividade do judiciário algo que se iniciou há apenas algumas gerações e faz parte de um fenômeno mais geral, a “revolta contra o formalismo” (1993, p. 31). As várias expressões do formalismo acentuavam um teor mecânico na lógica do processo jurisdicional. Por isso, várias escolas de pensamento passaram a criticar esse formalismo, considerando que era ilusão atribuir ao juiz uma função meramente

---

<sup>10</sup> Imperador bizantino de 527 d.C. a 565 d.C.

<sup>11</sup> Em CAPPELLETTI, Juízes Legisladores. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993, p. 32, nota 32.

declarativa. O juiz necessariamente na interpretação da lei aplicaria a sua valoração pessoal. Cappelletti menciona as escolas de pensamento que corroboraram esse raciocínio: a *sociological jurisprudence* e o *legal realism* nos Estados Unidos, a *Interessenjurisprudenz* e a *Freirechtsschule* na Alemanha, e o método da *libre recherche scientifique* de François Géný e de seus seguidores na França<sup>12</sup>.

Essas revoltas contra o formalismo levaram à reflexão sobre a complexidade e responsabilidade moral e política dos juízes: “Escolha (...) significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.” (Cappelletti, p. 33)

A “revolta contra o formalismo” foi reflexo da grande transformação do papel do Direito e do Estado na moderna “sociedade do bem-estar” (esta última em consequência da revolução industrial). Houve um crescimento do papel do Estado em geral, que se iniciou através da atividade legislativa. O poder legislativo passou a intervir sobre as relações de trabalho, de segurança, de saúde, transportes, etc. Disso decorreu o aumento da atividade também do executivo e do judiciário, em clara expansão do setor público. Os tribunais judiciários então elevaram-se ao nível dos outros poderes:

Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, (...) riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade polialesca. (CAPPELLETTI, p. 49)

Como o conteúdo dessa nova legislação de *welfare state* tratava-se de traçar os princípios gerais e finalidades a serem alcançadas, utilizava com frequência termos

---

<sup>12</sup> Da ampla literatura sobre esta escola de pensamento, limitar-me-ei a citar apenas duas obras: J. Mayda, *François Géný and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1978 (sobre a qual veja também a recensão de S. Herman, em *Am.J.Comp.Law*, 27 (1979): 730 segs); L. Lombardi, nota 12, *supra*, p. 201 e segs. Com particular atenção aos desenvolvimentos na América veja, por exemplo, Taruffo, nota 7, *supra*, p. 138 e segs.

genéricos. E quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo o espaço destinado à criatividade dos juízes para sua aplicação.

Cappelletti atribui, portanto, a isso a causa da acentuação em nossa época do ativismo e criatividade dos juízes ao aplicar as leis. Aquela legislação social ou de *welfare state* superava os limites das legislações anteriores, que se atinham a simplesmente declarar o que era certo e errado. Prescrevia programas de desenvolvimento futuros promovendo sua gradual execução. Segundo Rubens Casara (2017), naquele período as tentativas consistentes de implementar um verdadeiro estado de bem-estar social, em que os direitos fundamentais gozavam de prestígio, foram feitas como concessão em nome da luta anticomunista. Cappelletti relata que naquele momento muitos juízes tiveram um período de simplesmente resistir a legislação social e assumiram a posição de negar a execução daquelas novas leis e princípios de proteção. Além disso (CAPPELLETTI, 1993, p. 51), faltava-lhes “o tipo de conhecimento e experiência especializada necessários para a adequada compreensão das novas e complexas situações de vida, sobre as quais amiúde as intervenções do estado social são chamadas a operar.”

Cappelletti relata, ainda, em “Juízes Legisladores”, que os magistrados naquele momento demonstraram frequentemente ser péssimos juízes no domínio da legislação social e não se adaptaram a uma postura necessária para a interpretação das leis programáticas, voltadas para o futuro.<sup>13</sup>

As representações dos atores do campo jurídico sobre a variação de conclusões em sentenças aponta para uma naturalização relacionada às possibilidades de interpretação referente a todo texto. Bourdieu considera que, embora no campo jurídico a atividade interpretativa guarde peculiaridades, não se trata de um fenômeno exclusivo do campo jurídico. A interpretação seria inerente à aplicação de qualquer texto. Em todo texto, seja ele religioso, filosófico, jurídico ou literário, estão em jogo lutas políticas. A força simbólica se encontra em estado potencial e a leitura é uma forma de apropriação dessa luta simbólica.

---

<sup>13</sup> Em CAPPELLETTI, Juízes Legisladores. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993, p. 51, nota 84. “Na ampla literatura sobre o tema, limitar-me-ei a citar a recente obra de J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Manchester, Manchester University Press, 1977, que é um dos mais incondicionados veredictos de condenação em face do judiciário inglês. É necessário dizer também, contudo, que se trata de veredicto viciado de unilateralidade, dado que não toma em consideração os importantes desenvolvimentos analisados a seguir no presente parágrafo, e que justamente na Inglaterra tiveram significativas manifestações, especialmente no último pós-guerra.”



Segundo ele, o saber produzido dentro do campo jurídico é marcado pela concorrência de inúmeras discussões a respeito de várias maneiras de se interpretar a mesma norma jurídica. Mas dentre tantas interpretações de tantos intérpretes, as decisões judiciais se distinguem. As decisões judiciais são diferentes dos outros tipos de interpretação de uma norma jurídica porque não são simples atos de força política, mas resultado de uma interpretação regulada, reconhecida.

Dentre as discussões de diferentes autores e dentre as diferentes representações dos entrevistados sobre a interpretação da norma jurídica, todos parecem concordar que toda interpretação exige certo grau de criatividade.

Os pontos de discordância presentes nos discursos colhidos dos entrevistados tiveram como foco os limites para a criação do direito no momento do julgamento. Ou seja, onde estaria o limite, qual seria a fronteira entre o que seria considerado exercício da autoridade do juiz do que poderia ser considerado abuso da autoridade de um juiz?

### **3.2 Procedimento do juiz para sua decisão, quais faculdades usa**

Das representações colhidas nas entrevistas sobre quais faculdades são utilizadas por um juiz para suas decisões, os atores do campo jurídico em geral, com poucas variações, consideram que o juiz julga de acordo com a lei e a jurisprudência (decisões reiteradas de outros juízes). Alguns mencionaram como base das decisões outras questões, como princípios constitucionais ou os costumes.

O advogado recém-formado durante a entrevista mencionou que acredita que o juiz julga com base na lei e costumes da localidade, dentre outros. Não acha que leva em consideração questões subjetivas, sequer as questões políticas ligadas à aprovação daquela lei. Inclusive, parece ver como um ponto positivo a interpretação não atender ao contexto que fez com que determinada lei aplicada existisse. É o que demonstra o trecho abaixo.

Acredito que ele utilize tudo, inclusive as leis. Eu acho... eu imagino... ou então... tem... tem que ser, que ele não entre nas questões políticas que foram feitas para serem aprovadas aquela lei. Se a lei tá em vigor, tem que

ser aplicada. Mas... ele utiliza todas as fontes para ele chegar à sua decisão final. (Advogado em início de carreira)

Já o advogado com 20 anos de carreira acredita, como mencionado no trecho abaixo, que as decisões judiciais tenham muito de subjetividade. Acredita que poucos juízes tenham a imparcialidade necessária para julgar. Entende que os juízes julgam de acordo com seus interesses pessoais. “Poucos praticam a imparcialidade que deve ser. Eu acredito que eles julgam de acordo com o interesse próprio.” (Advogado com 20 anos de carreira)

O defensor público entrevistado também considera que o juiz julga com muita subjetividade. Elencou ao lado da consulta na jurisprudência, a interpretação obtida através das suas conexões pessoais, sua educação, sua formação e seu meio de convivência.

Creio eu... tenho a impressão que a interpretação tem muito das suas conexões pessoais, da sua educação, da sua formação, do seu meio de convivência... e pela consulta na jurisprudência. (Defensor público)

No trecho transcrito abaixo, fica nítida a representação de um juiz quanto à subjetividade presente nas decisões. Relata que há vários fatores na interpretação, incluindo sua vivência e carga emocional.

Lógico, em todo o ato de vontade está incluído todas as suas... toda a sua carga emocional, sua carga... sua vivência, isso não tem como separar. Né? Mas eu acho que conscientemente não é feito dessa forma, tão simples...acho que isso é complexo... há vários fatores nessa interpretação. (Juiz 3)

Outro dos juízes entrevistados também deixa clara a representação de uma tomada de decisões pelo juiz cercada de fatores subjetivos, ainda que de forma involuntária. Ao tomar decisões, o juiz não conseguiria se dissociar do meio social no qual está inserido. Considera que o juiz deve levar em consideração na interpretação os valores sociais, a função social da própria lei e os princípios, principalmente da Constituição, para que se evite injustiças nas conclusões. É o que se extrai do trecho transcrito a seguir:

O juiz, ele está inserido no meio social, e me parece que... no momento dele formar sua convicção sobre o caso e análise, não há como ele se dissociar desse meio. Então, é inevitável que alguns fatores sejam levados em consideração, ainda que de forma involuntária, né? (Juiz 4)

Em outro trecho da mesma entrevista, o juiz entrevistado menciona o entendimento de que a partir do momento que a lei passa a integrar o sistema normativo, ela se desprende dos motivos que levaram a sua concepção.

No ponto de vista hermenêutico, existe o entendimento de que a lei, depois que ela é posta no fundo jurídico, ela se desprende dos motivos que levaram a sua concepção. Então, para se dizer que a lei não está cumprindo a função que ela se destina, a pergunta é: que função? O pressuposto para você afirmar que uma lei não cumpre a função dela é você primeiro estabelecer qual é a função dessa lei. E, como eu disse, no ponto de vista da hermenêutica, há quem sustente que uma vez posta no mundo jurídico, ou seja, a partir do momento que a lei passa a integrar o sistema normativo, ela se desprende dos motivos que levaram a sua concepção. (Juiz 4)

Na mesma entrevista, o entrevistado considera dentre os instrumentos possíveis para a decisão judicial os manuais de Direito. Estes não estão necessariamente na linha de vinculação do magistrado. Mas, independentemente de sua obrigatoriedade, ele considera ferramenta importantíssima na aplicação do direito.

Então... no manual... se a doutora está se referindo à dogmática, a pergunta é: a dogmática é fonte de Direito? Porque se você considerar que ela é fonte de direito, é óbvio. Se você não considerar dogmática... né? Mas se você considerar que ela não é fonte de direito, não importa se você está levando os manuais em consideração ou não. Na minha opinião os manuais são essenciais para auxiliarem a interpretação, o processo de interpretação. (Juiz 4)

Um dos juízes entrevistados relatou no depoimento transcrito a seguir que se sente compelido a sentenciar pela prisão dos que estão ali sendo acusados, mesmo que tenha a percepção que se trata de uma armação de testemunhas, por exemplo, policiais. Considera que os livros de Direito não amparam sentenças nesse sentido: “Às vezes você precisa prender algumas pessoas que são muito perigosas, e, assim, se você ler a doutrina você não vai prender ninguém!” (Juiz 5).

Em outro trecho da mesma entrevista, há uma representação interessante sobre as decisões envolvendo encarceramento, prisão. O juiz entrevistado não só diz que se sente compelido a prender os que estão ali sendo acusados, como descrito no trecho anterior, como também associa a pena de encarceramento a “fazer o bem”.

Nesse ponto, narra viver um paradoxo. Ele descreve que deveria se sentir “fazendo o bem” realizando aquela prisão, algo relacionado a uma satisfação pessoal, mas, pelo contrário, se sente confuso. Não sabe se fez o certo ou o errado. Sente insegurança ao decidir:

Você... principalmente em casos de crime de tráfico de drogas. Cem por cento das sentenças que eu dou, eu não tenho certeza se eu fiz o certo ou errado. Eu não sei se o policial está falando a verdade ou mentira. De coração. A não ser que a pessoa confesse e tal. Você não se sente fazendo alguma coisa de bem para a sociedade. Ainda que você prenda alguém, você não se sente fazendo uma coisa de bem. (Juiz 5)

Cappelletti ressalta (1993) que o grande número de decisões a que os juízes são responsáveis a proferir acaba por comprometer a qualidade dos pronunciamentos. Essa questão foi mencionada por um dos entrevistados, que atribui ao grande volume de trabalho uma forte influência no padrão das decisões proferidas.

Eu sou promotor há 25 anos! Há 25 anos atrás, eu me lembro... que a gente começava a audiência uma hora da tarde e terminava às três, ia lanchar... Tinha tempo! Tempo que a gente não tem hoje! Tinha tempo pra sair... tinha tempo. E não tinha computador! Então, quer dizer, volume de trabalho era... um décimo, talvez... Muito menor do que é hoje. Só que a gente foi se adaptando à mudança dos tempos! Talvez a gente decida hoje com menos qualidade... talvez as nossas promoções sejam menos... rebuscadas, menos... bonitas como foram antes. (Promotor)

Ao descrevermos as representações sobre o procedimento do juiz para sua decisão, sobre quais faculdades usa, é importante mencionar o trabalho de Regina Lúcia Teixeira Mendes da Fonseca (2008), que também entrevistou juízes sobre o processo de elaboração de sentenças judiciais que protagonizam. Reproduzo aqui um trecho de entrevista realizadas por ela durante sua pesquisa que demonstra o alto grau de subjetividade que envolve uma decisão judicial. No trecho transcrito a seguir aparece a representação de que primeiro é feita a decisão no íntimo do juiz. A partir

daí, ele procura uma fundamentação dentro da ciência do Direito, um amparo para aquela decisão já tomada. Essa representação revela um descompasso entre os enunciados nas leis e nos livros de Direito sobre como o juiz deve agir (o dever-ser) e a prática jurídica.

Quando eu faço a audiência eu já sei o que vou decidir. É na audiência que eu tenho contato com os fatos. Quando vou fazer a sentença, primeiro eu penso no fato e vejo o que eu vou decidir e aí busco as provas no processo, doutrinas, jurisprudências para justificar minha decisão. Primeiro eu decido. Os fatos me fazem sentir o que eu devo decidir. Os fatos são toda a história que me foi contada durante a audiência. (Juiz 4)

### **3.3 Papel da formação do juiz e como a usa para decidir**

As representações expressas colhidas a respeito da influência da formação dos juízes nas decisões judiciais são no sentido de envolver um maior ou menor grau de interferência do meio social em que o magistrado está inserido.

O promotor entrevistado considera que o juiz, como ser humano que é, acaba levando para seu processo decisório a sua própria formação como pessoa. Isso pode se revelar tanto de forma positiva quanto de forma negativa, ou seja, isso pode ser bom ou ruim, “dependendo de quem for para o bem ou para o mal.”

Eu acho difícil que se consiga, no processo de interpretação de qualquer coisa, se abstrair sua natureza, sua carga ideológica. Não sei se é possível esse desprendimento de se abstrair completamente dos sentimentos para que se tenha uma interpretação puramente racional e objetiva. Não sei. Não saberia... Eu tenho uma certa dificuldade de... de esquecer quem sou em qualquer situação. Acho que... é um ser humano, né? Não somos um computador, um programa de computador. Então, acho que... por mais que se tente policiar pra não se fazer isso, eu acho que o juiz, como ser humano que é, ele acaba levando pro seu processo decisório a sua própria formação como pessoa. Isso pode ser bom ou ruim. Dependendo de quem for para o bem ou para o mal. (Promotor)

O trecho transcrito a seguir explicita uma representação de um dos juízes entrevistados sobre a prática de julgar com base nas provas apresentadas no processo. O entrevistado utilizou uma analogia com um juiz de futebol que tem que

julgar uma falta sem ter visto a falta ser cometida, apenas contando com o discurso utilizado pelas torcidas interessadas.

A gente julga com base nas provas. A gente não vê o fato. Eu costumo até dizer que às vezes tem uma diferença do juiz de futebol, por exemplo. O árbitro de futebol, ele vê a falta e tem que apitar na hora. Mas ele vê o que aconteceu. O juiz julga como se tivesse torcida do Vasco de um lado dizendo que foi falta e torcida do Flamengo do outro dizendo que não foi falta. As testemunhas falando, os documentos. Então você não tava presente, você tenta enxergar a realidade com base em documentos e depoimentos das pessoas. Só que os depoimentos não são fiéis, são percepções das pessoas. E, assim... A gente tenta fazer justiça com base no que a gente tem, mas existem muitas limitações. Por exemplo, o depoimento das pessoas nem sempre é fiel aos fatos. Mesmo que seja imparcial, mesmo que a pessoa não queira beneficiar ninguém, ela tem uma percepção do fato diferente da outra. Isso pode influenciar. (Juiz 1)

Os trechos abaixo demonstram de forma nítida o dissenso na representação dos julgadores a respeito do papel da formação do juiz e como usam essa formação para decidir. Um dos juízes entrevistados, conforme o trecho transcrito a seguir, afirma que na decisão, para auxiliar na interpretação do direito, sempre quando necessário, utiliza como instrumento o conhecimento de outras áreas, como a filosofia e sociologia.

Eu sempre me valho da dogmática, da filosofia e da sociologia... quando é necessário. Porque hoje você não tem como pensar o Direito só com o Direito. Você tem que pensar o direito com a filosofia, com sociologia, com a psicologia, todas as outras áreas de conhecimento exercem influência, hoje, no Direito. Não tem como se aplicar o Direito hoje desconsiderando essas outras áreas de conhecimento. Se não, vai cair naquilo que eu falei antes, vai se olhar para a lei e aplicar a lei. Por quê? Por que você não está interpretando. Para você interpretar, muitas vezes tem que fazer o uso de conhecimento de outras áreas, pra te ajudar na interpretação do Direito. (Juiz 4)

Em contrapartida, a representação de outro dos juízes entrevistados é no sentido oposto. Mencionou que nunca parou pra pensar sobre como interpreta. Considera uma questão prática, e mencionou que não tem tido dificuldade. É o que se depreende do seguinte trecho:

Eu... dificilmente eu tento pensar qual foi o objetivo do legislador... ou da minha experiência... é... como pessoa, na hora de interpretar determinada lei. Eu... eu tenho atuado na vara criminal... então... aqui a questão é muito mais prática, né? Eu tenho uma questão muito dos casos... as decisões, elas são práticas. Doutrinariamente, assim, as decisões são muito... rebuscadas. Então... assim... a experiência... eu tenho utilizado mais assim... a experiência, na questão das audiências... na hora de ouvir as testemunhas. Em relação à interpretação da Lei, eu vou ser bem sincero, eu não tenho uma resposta pronta. Mas, assim, eu não tenho tido dificuldade. E nem tenho entrado em debate. Eu nunca parei para pensar: “pô, será que o meu modo de interpretar está de acordo com aquilo que o legislador quis, ou eu estou interpretando aquilo de acordo com aquilo que eu entendo da vida?” Até porque eu não sou uma pessoa que eu tenho uma ideologia. Não tenho uma ideologia, seja ela política ou até mesmo de vida. Não tenho... Então é isso... É difícil... é uma pergunta difícil. (Juiz 5)

Ressalte-se que tanto no trecho citado anteriormente quanto no primeiro trecho deste tópico os entrevistados mencionam o tema “ideologia” sem que a palavra tivesse sido alvo de qualquer pergunta do questionário: “Até porque eu não sou uma pessoa que eu tenho uma ideologia. Não tenho uma ideologia, seja ela política ou até mesmo de vida.” (Juiz 5)

“Eu acho difícil que se consiga, no processo de interpretação de qualquer coisa, se abstrair sua natureza, sua carga ideológica.” (Promotor)

A representação da concepção de “ideologia” aparece novamente na manifestação de um dos entrevistados mencionados anteriormente. No final da entrevista, no momento destinado ao entrevistado manifestar-se livremente sobre o tema proposto, mais uma vez o entrevistado frisa que “não tem ideologia”.

Segundo Casara (2017), apesar da racionalidade neoliberal investir nos discursos do fim das ideologias e do esquecimento da história, o conceito de ideologia, mesmo sendo alvo de muitos sentidos dados por diferentes autores, está no centro de todo o debate epistemológico e metodológico. Trata-se de um conceito “fundamental para os problemas que se colocam a partir da relação entre conflito social e conhecimento, ou entre objetividade científica e ponto de vista de classe”.

Atribui-se a criação da palavra “ideologia” pelo conde de Tracy (Antoine-Louis-Claude Destutt) significando uma nova “ciência das ideias”. Ironicamente, Napoleão usou a palavra para desqualificá-lo. Chamou Tracy e seus colegas de “ideólogos” como pessoas alheias à realidade.

No entanto a palavra ideologia foi resgatada por Marx e Engels. Inicialmente, Marx e Engels utilizavam a palavra de forma pejorativa, um sentido próximo ao utilizado por Napoleão, associada ao imaginário social em suas críticas às distorções causadas pela religião e filosofia. Após, utilizaram com um sentido positivo, relacionando à relação de poder, relacionada à oposição de classe, criando assim o chamado conceito marxista para a palavra.

### **3.4 Representação sobre a acessibilidade ao poder judiciário**

Quando se fala em distribuição maior ou menor de justiça, não se pode perder de vista a importância da questão do acesso objetivo da população aos serviços que englobam o Poder Judiciário.

Em muitas das representações obtidas através das entrevistas foram mencionadas formas de amenizar a distância entre o sistema de justiça e a população. Um dos principais recursos mencionados é a “justiça itinerante”, sistema periódico que leva servidores públicos do poder judiciário até localidades extremamente afastadas. Nesse momento um ônibus com os servidores simula os serviços disponibilizados em um fórum. Nas localidades atendidas, é divulgado quando o ônibus da justiça itinerante irá a aquele lugar e no dia previsto é formada sempre uma imensa fila com a população na expectativa do atendimento. São feitos atendimentos e marcam-se audiências para outro dia em que a justiça itinerante estará novamente naquele lugar.

A frequência da visita do ônibus da justiça itinerante varia muito, mas é sempre um marco. Quem passa pela localidade, considera tratar-se de um evento, como uma festa ou uma apresentação musical de algum grande artista. Horas antes da justiça itinerante chegar, os vendedores ambulantes de produtos como água e biscoito já estão a postos disputando o melhor ponto para suas vendas.

Outro recurso utilizado muito mencionado nas entrevistas foi a defensoria pública. A defensoria pública, com previsão expressa na Constituição Federal do Brasil no artigo 134, é uma categoria própria e autônoma que atende a aqueles, em breve síntese, que não podem pagar por um advogado.



Os lugares destinados ao funcionamento das defensorias públicas apresentam grandes filas de pessoas com trajes muito simples, em contraste com trajes formais característicos do campo jurídico. Os atendimentos ao público da defensoria pública são feitos pelos muitos estagiários. Um ponto que sempre me chamou a atenção é o material utilizado nos atendimentos e entregue aos ali atendidos ser sempre o correspondente a uma tecnologia de geração anterior. Presenciei durante minha graduação em direito que quando todo o fórum já utilizava impressoras, a defensoria pública utilizava folha de mimeógrafo. A defensoria pública entregava aos atendidos, com o andamento de seus processos, pequenos cartões impressos em cartolina amarela, com fonte de letra, impressão e material muito característicos dos anos oitenta - e já era 2005. Todo o seu material e infraestrutura estavam em nítido atraso e desvantagem quando comparados aos outros órgãos do Poder Judiciário. Esse contraste permanece e é igualmente perceptível nos dias de hoje.

Quando colhidas as entrevistas sobre a acessibilidade do poder judiciário, ficou muito claro que não existe um consenso nas representações.

Os dois advogados entrevistados e o defensor público – vale dizer, os únicos entrevistados que tem a vivência do acesso à justiça, atores do campo jurídico que promovem o acesso das pessoas à justiça - consideraram que a justiça está longe de ser considerada acessível, tanto pelas questões relacionadas às formalidades – questões como burocracia e custas judiciais – quanto em questões subjetivas, como a ciência da população dos direitos que tem. É o que fica nítido nos trechos de entrevistas transcritos a seguir:

Hoje em dia o Poder Judiciário é muito, tem um difícil acesso. Pra iniciar, tem as custas processuais que elas são caras, o que já dificulta. Segundo, que a Justiça não é acessível a todo mundo, porque... tem pessoas que... a própria burocracia mesmo da Justiça já atrapalha as demandas... e que acabam afastando a população em geral. Mas o Poder Judiciário ele não tá fácil de você ter um acesso a ele não. (Advogado em início de carreira)

O Poder Judiciário é ridículo. Muito poucos tem acesso. (...) Eu atribuo isso a um falso Estado Democrático de Direito. Faz-de-Conta. Vivemos num mundo de faz-de-conta de Justiça. (advogado com 20 anos de carreira)

Não. Eu acho que todos, em todos os casos, não. Embora hoje existam meios de acessar, a população, em geral, ela é muito carente da ciência do que ela

poderia pedir. Então, é muito comum, ainda, ver pessoas que poderiam exercer algum direito seu, mas se sente inibido ou não tem conhecimento desse direito... ou se sente até mesmo intimidado de ir à justiça, que acha que isso não é algo acessível. (Defensor público)

O promotor entrevistado e um dos juízes consideram que, como todos os serviços públicos, não foi alcançado um acesso pleno. É o que se depreende dos trechos de entrevistas a seguir transcritos.

Seria utópico nós dizermos que todos têm acesso ao Poder Judiciário, como dizermos que todos têm acesso aos Serviços de Saúde, como dizermos que todos têm acesso à Educação... Acesso à Justiça é um serviço público da mesma forma que outros tantos... E, por mais que a gente tente abrir as portas desse, como também, certamente, se tenta abrir as portas dos outros serviços, a inclusão de todos é uma utopia. Seria até um cinismo dizer que todos têm acesso à Justiça, assim como seria cínico dizer que todos têm acesso à Saúde, que todos têm acesso à Educação... né? Tenta-se franquear um número maior de pessoas, seja por intermédio da oferta da justiça gratuita, da assistência judiciária, da defensoria pública... seja por intermédio dos Postos Avançados, da Justiça Itinerante. Enfim, faz-se o que se pode fazer... mas... seria muita presunção achar que nós somos efetivos nessa oferta. Acredito que não, nem todos têm. (Promotor)

Na minha opinião... ainda não ocorreu a universalização do acesso ao poder judiciário. Eu acredito que ainda há uma faixa de pessoas que... o poder judiciário não chega até elas. Acho que um exemplo, assim, de contribuição para a universalização do acesso à justiça é a Justiça Itinerante, por exemplo. Ela se aproxima do jurisdicionado. Mas eu acredito que ainda há situações em que as pessoas não tenham acesso ao judiciário, principalmente naqueles locais mais distantes, né, aonde tem carência do sistema de comunicação, transporte, etc. (Juiz 4)

Um dos juízes entrevistados manifestou-se no sentido de não ter dados para afirmar ou não sobre o pleno acesso da população ao poder judiciário, mas considera que há um esforço institucional neste sentido: “Acho que a gente busca cada vez mais ampliar o acesso à justiça. Mas eu não tenho dados para dizer que se todos têm acesso ou não.” (Juiz 1)

Três dos cinco juízes entrevistados consideram que o acesso pleno à justiça já foi conquistado. Um deles considera que o acesso ao poder judiciário é, ao contrário de difícil, excessivo.

Num plano... pelo menos de atuação, a nível de justiça estadual, que eu tenho uma Defensoria Pública que, de certa forma, recebe... atende os cidadãos e não há limitação, não é? A questão é só avaliar a questão econômica... a gente tem um... uma legitimidade até ampla! Né? Tanto é que... tanto é que o número de causas é recorde a nível mundial, né, no Brasil. Então o acesso à justiça do Brasil não é... não é reprimido, ao contrário, as pessoas ingressam... é... de forma até... excessiva, né? (sorri) (Juiz 2)

Um dos juízes entrevistados tem a representação de um poder judiciário com acesso garantido, ressalvadas, segundo ele, poucas exceções que, pela distância, o serviço público não alcança. No entanto, apesar do fácil acesso, algo análogo a uma grande porta aberta, acredita que existam ainda entraves no decorrer das composições dos litígios, “a saída ainda é uma portinhola”. Considera que dessa grande facilidade de acesso à justiça decorreu a superlotação do Poder Judiciário.

Essa questão melhorou muito, muito. A gente viveu um grande período em que o grande desafio era o acesso à justiça... né? Isso a própria Constituição de 88 pra cá houve uma evolução grande, criou uma estrutura de defensorias públicas, juizados especiais, aquele projeto de justiça itinerante, também... abre as portas, leva a justiça, né, a essas pessoas mais humildes, que residem em um lugar mais longe. Parece que o desafio hoje não é o de acesso à justiça, isso está sendo garantido. O grande problema hoje é o de saída da Justiça. É o segundo momento em que a gente começa a discutir. Porque isso funciona como um pêndulo. A gente viveu um primeiro momento que precisaria garantir o acesso, e isso foi feito. Hoje me parece que não há dúvida que todos o acesso à justiça, salvo situações excepcionais, de repente quem mora em localidades ribeirinhas ou interior, que ainda tem dificuldade. Mas é mais a localidade não de acesso à justiça, mas de acesso a qualquer serviço público, pela questão dessa distância. Mas esse pêndulo, ele chegou a um ponto que hoje a questão é a gente abrir uma grande porta de acesso à justiça, mas a saída ainda é uma portinhola. Isso que a gente precisa melhorar. (...) Porque, realmente, esse acesso ele teve uma consequência que é a superlotação do Judiciário. (Juiz 3)

No trecho a seguir transcrito, em uma resposta à pergunta “você considera que todos tem acesso à justiça?”, aparece uma representação de distribuição desigual de justiça relacionada a “questão financeira”:

Olha, todos não tem. Muitas pessoas têm. Muitas pessoas têm acesso ao poder judiciário. Porém, a questão financeira faz com que o acesso de uma pessoa seja mais justo do que de outra. (...) O acesso formal, ele é amplo, ele está sendo cada vez maior. O tribunal tem até um projeto que eu faço parte, que é o da Justiça Itinerante. Aqui em Campos, na cidade de Campos a gente vai a lugares que são um pouco mais longe, para poder as pessoas que não tem dinheiro de vir, pegar um ônibus até aqui e voltar, a gente vai com um ônibus até a localidade. É uma quebra até do paradigma tradicional,

que a pessoa vem até o fórum, conta os problemas, a gente tenta resolver. A Itinerante a gente vai até a localidade. (...) Então... assim... no aspecto formal você vê o acesso à justiça sendo ampliado cada vez mais. Mas no aspecto... assim... da efetividade... você vê, a questão soci... a questão financeira pesa muito. Quem tem condições de ter um bom advogado consegue decis... consegue mostrar melhor o seu direito. Consegue às vezes os processos mais rápidos. E, nos casos em que precisa protelar, como na área criminal, ele consegue levar o caso até o STF, até o STJ, a gente tem vários casos em que você só vê os casos, por exemplo, do Lula... políticos... você só vê essas decisões do STF relacionadas a esses caras... e você não vê de uma pessoa qualquer... sabe... que fica anos e anos e anos discutindo. Então, nesse aspecto, eu entendo que ela não é igual a todos na questão da efetividade. (Juiz 5)

### **3.5 Representação da relação entre o Poder Judiciário e a Academia**

A doutrina é o “saber técnico” do Direito, o material didático dos cursos de bacharelado em Direito e a matéria cobrada nos concursos para ingresso no campo jurídico. Tem, portanto, um papel reprodutor no campo.

A dogmática jurídica, também chamada de doutrina, é uma forma de construção do saber própria do campo jurídico que consiste em reunir e organizar de forma sistemática e racional comentários a respeito da legislação em vigor e da melhor forma de interpretá-la. A dogmática é um saber que produz as doutrinas jurídicas, através das quais o direito se reproduz. Tais doutrinas constituem o pensamento de pessoas autorizadas a trabalhar academicamente determinados assuntos, interpretar os textos legais e emitir pareceres a respeito da forma mais adequada de interpretá-los e de aplicá-los. O saber jurídico não é científico, é dogmático. (GEERTZ, 1998, p. 249)

Durante todo o período em que cursei a faculdade de Direito, o “saber doutrinário” sempre foi valorizado pelos professores. As provas aplicadas de todas as matérias consistiam em avaliar o quanto os alunos dominavam o discurso dos doutrinadores, ou seja, os catedráticos, docentes, os cientistas do direito. Para se tornar advogado no Brasil ou para exercer a maioria dos cargos públicos reservados ao judiciário, é necessário submeter-se a uma prova em que, de igual forma, avalia-se o quanto se domina o discurso dos docentes do direito, discursos insculpidos em grandes livros, os chamados “manuais”, que descrevem como deve-se raciocinar a aplicação das normas jurídicas.

O discurso presente na docência da ciência do Direito, ou seja, o discurso das faculdades de Direito, é também o cobrado nos concursos de provas para ingresso no campo jurídico.

Nas petições dos advogados, dos defensores públicos, dos promotores, nas sentenças dos juízes, o discurso utilizado é ancorar a posição que se pretende defender nos discursos dos “sábios do Direito”, os “autores dos manuais” editados por tantas vezes, muitas vezes com atualizações até mesmo após o falecimento do doutrinador autor daquele livro.

O discurso presente na prática jurídica é o de que quanto mais doutrinadores consagrados nos apoiando em nossas teses, mais reconhecimento e legitimidade recairão sobre aquilo que estamos propondo. (CRAVO JÚNIOR, 2011, p. 18)

Com base na origem histórica e contexto de uma lei, os doutrinadores utilizam pesquisas acadêmicas para traçar um caminho de interpretação de uma norma, recomendando-lhe a melhor forma de aplicação, e, não raro, acabam, através de seu discurso, protagonizando alterações em Códigos, como recentemente alterado o Código de Processo Civil brasileiro.

Os atores do campo jurídico munem-se de saber jurídico de forma a produzir argumentos nas demandas jurídicas e persuadir os magistrados sobre a plausibilidade de seus pedidos. O que se pretende em cada petição ao juiz é dizer que o pedido tem amparo no discurso nos mais conceituados cientistas do Direito. A doutrina é uma arma, o instrumento dos demais atores dentro do jogo jurídico para se ter um mínimo de poder diante da liberdade de julgamento detida pelos juízes.

No entanto, durante as entrevistas, os juízes de direito alegaram que seguir o “saber técnico” do Direito era apenas facultativo. Ou seja, o discurso presente em geral nas sentenças jurídicas não se confirmou nas entrevistas realizadas.

Quando perguntado o que aconteceria se um juiz não aplicasse o contido nos manuais, um dos juízes entrevistados mencionou o desprestígio do saber técnico dos cientistas do Direito utilizando-se de uma ironia mencionando a fala de um dos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

- Se um juiz hoje resolver não aplicar o contido nos manuais de Direito, o que acontece com ele?

- Se ele resolvesse não aplicar o que tá nos manuais? Ué, mas isso aí, já teve ministro do STJ que disse que a doutrina não serve para nada, né? (ri) (Juiz 4)

A fala mencionada pelo juiz na entrevista trata de um julgado pelo ministro Humberto Gomes de Barros do Superior Tribunal de Justiça em 2005. Naquela ocasião, seu pronunciamento foi no sentido de que o saber técnico do Direito não vincula as decisões dos juízes. “Ninguém nos dá lições, não somos aprendizes de ninguém”. Passo a transcrever a integralidade de seu pronunciamento:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

É possível notar nesta fala também a incorporação do poder pelo concurso. O ritual de aprovação o investe de saber, a ponto de não precisar justificar o poder pela legitimidade dos doutrinadores.

Através deste pronunciamento, percebe-se claramente que no campo do direito brasileiro existe uma luta interna, entre doutrinadores e juízes, e uma das formas em que a luta interna se apresenta é na disputa pelo prestígio de “dizer o direito”. A lógica das lutas simbólicas consiste em ter a última palavra, diante da qual todos são obrigados a se inclinar. (BOURDIEU, 2014, p. 571)

O desprestígio do saber doutrinário apreendido durante a formação dos atores do campo jurídico foi mencionado por um dos juízes durante a entrevista, conforme o trecho transcrito a seguir:

Olha só... é... o direito... ele é um ramo de estudo de Ciências Sociais, Humanas... e que tem uma carga teórica muito grande, porque... se trabalha com direito há muitos anos, centenas de anos. Então se tem uma carga teórica muito grande. As faculdades se preocupam muito com essa carga teórica. Porque ela é importante, mas... no dia a dia a gente vê que o trato prático às vezes resolve mais problema que a... (pausa) Que a carga teórica. E... Quando não é isso, o ideal é você ter uma carga teórica de conhecimento, mas, ao mesmo tempo, uma visão prática das coisas. Porque se não, acaba, me parece que - pelo menos o juiz -, tendo uma atuação que não vai ser eficiente... quando prima só pela teoria. Tenho casos de lugares que eu trabalhei que juízes com doutorado, com mestrado... juízes que falam várias línguas, juízes que... totalmente teóricos, estudiosos, né? O gabinete com quinhentos, trezentos livros, e ele tem o resultado prático muito ruim. Porque... e é tido como ineficiente. Né? As pessoas não gostam. (Juiz 2)

Outro dos juízes entrevistados menciona uma relativa hegemonia no saber dos prestigiosos escritores do direito em contraposição a uma heteronomia dos pronunciamentos dos juízes de direito: “Então... a aplicação... todos fazem a mesma faculdade, aprendem as mesmas coisas, mas cada um aplica de uma forma.” (Juiz 3)

Um dos trechos de entrevista que já foi mencionado anteriormente revela uma representação que coloca o juiz como portador de um “sobresaber”. Segundo a fala a seguir transcrita, os grandes teóricos seriam portadores de grandes saberes dos quais o juiz concorda, mas deve abrir mão porque “precisa”.

Eu, por exemplo... eu tenho aqui vários livros de doutrina... é muito difícil eu pegar para ler. Porque, assim... ele te ajuda. A dogmática, ela te dá uma base para você tomar as decisões no caso concreto. Mas, assim, a realidade é totalmente diferente. E até mesmo... assim... vou ser bem sincero... você vai ler os doutrinadores de processo penal, que pregam a questão da garantia dos direitos fundamentais, da presunção de inocência, você não tem como não concordar com tudo aquilo que eles escrevem. Mas, na prática, no dia-a-dia, você não tem como aplicar aquele entendimento. (...) Às vezes você precisa prender algumas pessoas que são muito perigosas, e, assim, se você ler a doutrina você não vai prender ninguém! (Juiz 5)

O distanciamento entre o discurso dogmático e os motivos que verdadeiramente amparam uma sentença judicial aparece em outro trecho da mesma entrevista: “Eu tenho uma questão muito dos casos... as decisões, elas são práticas. Doutrinariamente, assim, as decisões são muito... rebuscadas.” (Juiz 5)

O saber jurídico é o recurso dos atores jurídicos que tem como função pleitear a aqueles que estão no topo da pirâmide jurídica, os juízes. A não aplicação prática desse saber jurídico tem reflexos nas representações colhidas nos discursos

apresentados nas entrevistas que procedi, como se pode notar nos trechos transcritos das entrevistas com o defensor público e com o advogado com mais de 20 anos de carreira: “- Se um juiz hoje resolver não aplicar o contido nos manuais de Direito, o que acontece com ele?

- Nada.” (Defensor público)

- Como aplicador do Direito você vê discrepância entre a prática e o ensinado nos livros (entre o discurso dogmático e a realidade empírica)?

- Totalmente. Não tem nada a ver o que se faz o que se ensina e o que se faz. Não tem nada a ver. É ridículo. Mais uma vez: é ridículo. A aplicação da lei é ridícula. As autoridades são ridículas. (Advogado com 20 anos de carreira)

### **3.6 - Representação sobre a possibilidade de falha/erro do juiz e consequências**

Durante as entrevistas realizadas ao longo da pesquisa, resalto as diferentes representações apresentadas quanto à pergunta “Em que situação você pode dizer que um juiz errou?”. Alguns entrevistados negaram a ideia de que possa existir erro de interpretação de uma lei. Outros se manifestaram no sentido de que se pode falar em erro de interpretação de lei apenas quando o juiz tem uma má intenção.

A maioria dos juízes entrevistados resistiu à concepção de associar a palavra “erro” ao exame da conduta de um juiz, a exemplo do depoimento de um juiz transcrito abaixo:

Levando-se em consideração que todos os seres humanos são passíveis de erro, em que tipo de situação você pode dizer que um juiz errou?

- (silêncio) Eu não entendi a parte final da colocação da pergunta.

- Em que situação você pode dizer que um juiz errou?

- (silêncio) Em que situação é possível dizer que um juiz errou?

- Que um juiz errou.

- (pausa) Bem, como se trata de interpretar enunciado normativo, me parece muito difícil se afirmar que a conclusão que A, B ou C chegou está errada. Né? Por quê? Porque existe enunciado normativo que permitem mais de uma interpretação, tem mais de uma significação. Então, me parece difícil afirmar que A está certo e B está errado. Me parece que é por isso que no Direito se trabalha com a certeza jurídica, não com a verdade. Nem certo e errado. Parece meio complicado afirmar isso.” (Juiz 4)



No próximo trecho de entrevista, surge a representação da amplíssima liberdade de julgar dos juízes, a ponto de conceber-se impossível caracterizar-se um erro de julgamento. O promotor entrevistado considera que o juiz erra apenas quando deixa de decidir.

- Levando-se em consideração que todos os seres humanos são passíveis de erro, em que situação você pode dizer que um juiz errou?

- Em não decidir. (...) Em demorar... ou em não decidir é um erro. Agora, tipo de decisão, pouco importa, é questão de entendimento. Eu não vejo... Quando se decide eu não vejo se erra, eu vejo que se entende. Se entendeu dessa forma. Posso concordar ou não. Mas não decidir, aí sim pra mim é um erro. (Promotor)

Em seguida, na mesma entrevista, surge a representação sobre eventual punição a um juiz que erra. No contexto daquela entrevista, a pergunta dirigia-se então apenas a única hipótese de erro considerada pelo promotor, a de que cabe dizer que um juiz erra apenas “em não decidir”. Ou seja, qual seria a punição a um juiz que deixa de decidir? Em resposta, a afirmação que até mesmo quando deixa de decidir, o juiz erra, mas não existe punição. Deveria existir punição, mas não existe, segundo o trecho da entrevista transcrito a seguir:

- Qual é a punição ao juiz que erra?

- (pausa) Deveria! Advertência, suspensão... sei lá! Dever-se-ia ter... (Promotor)

O discurso normativo se caracteriza e se impõe pelo Estado através de sua coercibilidade, ou seja, uma previsão em lei de contrapartida punitiva do Estado em caso de descumprimento a aquela norma. Por isso pode-se dizer que a coercibilidade é própria do direito e o Estado assegura o cumprimento das normas através de contrapartidas punitivas previstas.

No trecho de entrevista transcrito a seguir, um dos juízes menciona que cogitar responsabilizar um juiz em sua atividade seria retirar-lhe a independência:

Então... assim... (pausa) A questão do erro é difícil... todos nós estamos sujeitos a errar... por isso que eu acho... assim... para você punir um juiz

assim, de forma administrativa, tem que ser uma coisa muito gritante... tem que ser uma coisa muito gritante. Porque, senão, o juiz vai ficar sempre com medo de decidir. E se ele ficar com medo de decidir, ele vai perder a independência dele. Entendeu?” (Juiz 5)

Os atores jurídicos entrevistados cuja função é pleitear direitos aos juízes, qual seja, os advogados e o defensor público, manifestaram sentimento de impotência quando perguntados sobre existir eventual punição em face de o que poderia ser considerado um erro de um juiz. É o que se depreende dos trechos transcritos a seguir.

A punição ao juiz que erra? (sorriso) É complicado. A gente não tem como falar “punição”. Porque é entendimento, né? A punição que ele poderia ter é ter uma sentença reformada. Ter uma decisão reformada. É uma punição, mas eu não entendo como punição. (Advogado em início de carreira)

“Na prática eu já vi acontecer muito e nada acontecer contra o juiz! Nunca vi juiz ser punido, a não ser Lalau do tribunal lá de São Paulo.” (Advogado com 20 anos de carreira)

“- Qual é a punição ao juiz que erra?

- Nenhuma.” (Defensor público)

Um dos juízes entrevistados concebeu uma possibilidade de poder falar-se em erro de interpretação no momento de proferir uma decisão. No entanto, até mesmo este juiz menciona que, na sua opinião, uma responsabilização por isso acabaria por ferir a independência dos juízes. Menciona existir responsabilização ao juiz apenas quando comprovado que aquela decisão equivocada está relacionada a ações ilícitas (previstas em lei como crime) ou desonestas por parte do juiz. É o que se depreende do trecho abaixo transcrito.

Eu acho que o juiz ele erra quando ele tem uma percepção dos fatos diferente do que os fatos realmente são. (...) Acho que o juiz, ele erra quando ele não consegue obter o fato, que é muito difícil, e, às vezes, quando ele vê o fato, e tem a questão da valoração do fato também. Você, às vezes, acha que um

determinado valor é mais importante, que uma solução é mais adequada, depois você vê... passa a achar que não. Tem situações, por exemplo, que eu já pensei de um jeito, depois pensei de outro, mudei de entendimento, e que... não dá para dizer qual é o certo e qual é o errado.

- Qual é a punição ao juiz que erra?

- O juiz que erra de boa-fé... não. Porque se não ninguém ia ser juiz. Punição ela existe para juiz que atua com dolo ou fraude. (Juiz 1) – Único juiz que admitiu a ideia de falha, erro sem má fé, de um juiz humano.

Esta mesma representação aparece nítida na entrevista transcrita a seguir. Segundo o entrevistado, focar na restrição ou responsabilização do juiz seria um erro. A solução para eventuais irresignações estaria no “aperfeiçoamento do sistema recursal”. Ou seja, os juízes poderiam julgar contrários à lei e ao saber do Direito, e neste caso advogados, promotores e defensores públicos fariam recursos a juízes de tribunais superiores e, se aceitos os recursos, juízes mais experientes (desembargadores e ministros) promoveriam talvez uma correção a aquelas interpretações equivocadas.

Veja bem, quando o juiz não acompanha uma deliberação coletiva de um tribunal para explicar aquela regra daquele caso a várias pessoas, o sistema até prevê uma reclamação. Parece que aí há um erro. Quando o juiz, por uma falha humana, não segue ali o rito procedimental que a lei prevê, parece que há também um erro. Digo, erros jurídicos corrigidos por recurso. Mas na falha humana você pode ter também o erro pessoal. Uma falha funcional, uma outra situação, né? Na minha concepção pessoal, acredito que o juiz só deve ser punido por situação pessoal, por má-fé, por dolo. Eu já vi... já soube de casos assim, de erros graves de Juízes que estavam julgando situações de processos com interesse pessoal. Acho que esse juiz deve ser punido, deve sair da magistratura. (...) Mas... as pessoas não devem buscar uma punição do juiz que erra julgando os processos, e sim um aperfeiçoamento do sistema recursal. (Juiz 2)

O trecho a seguir apresentado explicita a representação recorrente entre os juízes que entrevistei de que não há responsabilização a interpretações fora da lei nas decisões, apenas quando existe crime ou má intenção do juiz. O juiz entrevistado, como Juiz 3, representa como suficiente a uma decisão jurídica existir uma fundamentação. Considera que os tribunais superiores uniformizam as decisões, decidindo em um só sentido, mas que essa uniformização não significaria necessariamente correção. Aliás, seria difícil afirmar-se existir um erro propriamente dito em decisões jurídicas, pela natureza subjetiva própria ao direito.

A situação é complicada porque o direito não é matemática, né? Matemática a gente faz a prova real e vê se a conta tá certa ou tá errada. No Direito é muito mais complicado. Porque... a... a gente costuma dizer que papel aceita tudo. Papel aceita tudo. Então você pega a decisão que seja totalmente contrária a tudo que os tribunais vêm decidindo, por exemplo, com entendimento firmado sobre determinada matéria... você decide de uma forma totalmente contrária, mas de forma fundamentada, expondo suas razões. Então, acredito que essa situação, essa decisão não duraria muito, chegaria no tribunal e seria reformada. Né? Em tese essa reforma levaria à conclusão de que o juiz errou. Mas erro, também... poderia separar assim... é um erro intencional? (...) Mas no caso de uma atuação culposa em que há uma interpretação divergente da Lei, por exemplo, não cabe punição. (Juiz 3)

A manifestação colhida por um dos juízes entrevistados, conforme trecho da entrevista transcrito a seguir, foi no mesmo sentido de Cappelletti (1993), sobre a necessidade de os juízes prezarem pela independência “dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria”.

Ah, em várias. Em várias a gente erra. Uma que eu acho que o juiz erra, quando ele toma uma decisão com medo do que a sociedade vai... da reprovação da sociedade daquela decisão. Ele tomar a decisão dele pensando no que a sociedade vai pensar daquela decisão dele. Acho que esse é o principal erro que o magistrado pode tomar... pode cometer. (...) mas eu acho que o maior erro que o magistrado pode cometer é deixar que a decisão dele seja influenciada por uma pressão popular. É isso. (Juiz 5)

### **3.7 Representação de soluções para distribuição desigual de justiça – o fechamento em si mesmo do poder judiciário**

Através dos depoimentos colhidos nas entrevistas, ficou claro que as representações dos atores do campo jurídico são no sentido de que as grandes variações na distribuição de justiça e na interpretação das leis e saber teórico não geram crise no sistema, não colocam em xeque o funcionamento do sistema judiciário. Ou seja, ficou nítido que essa variação de decisões dos juízes está bem incorporada e justificada dentro da prática jurídica.

Duas expressões muito comuns nas entrevistas foram “cabe recurso” e “tenho que me basear na jurisprudência”, fazendo referência à representação de que já existe a solução para eventuais irresignações, e esta solução estaria dentro do próprio poder

judiciário em um sistema já existente. Este discurso está alinhado ao *dever-ser* próprio do plano da doutrina e da legislação.

Segundo Regina Lúcia Teixeira (2008, p. 40) “por ser um saber normativo e existir com a finalidade de dizer como a realidade deve ser, não tem base empírica e é comum que os juristas concluam, diante da realidade distinta da norma, que a realidade está errada, pois ela não deveria ser assim”.

Portanto, as representações colhidas foram no sentido de que a solução encontra-se na própria hierarquia do Poder Judiciário. Segundo Bourdieu, como a Escola e a Igreja, a Justiça se organiza segundo uma estrita hierarquia, não só das instâncias judiciais e seus poderes, das suas decisões e das interpretações nas quais elas se apoiam, mas também das normas e das fontes que conferem autoridade a estas decisões (BOURDIEU, 1989, p. 214).

Através das entrevistas sugere-se que o sistema de tripartição de poderes e complementariedade de funções entre o poder legislativo, executivo e judiciário não teria incidência sobre a prática de interpretação das normas por parte dos juízes. Ao contrário, o Poder Judiciário seria fechado em si mesmo. Todos perguntados sobre possibilidade de erro de interpretação mencionaram como solução o princípio do duplo grau de jurisdição. Ou seja, se um juiz erra, mesmo que grosseiramente, quanto à aplicação de uma lei, a forma de sanar o erro é a análise por um juiz mais experiente, de um tribunal superior. Uma interpretação errada, mesmo que oposta à Constituição e aos princípios norteadores da ciência do Direito, não lhe acarretaria nenhuma consequência. O trecho de entrevista transcrito a seguir menciona que os manuais de Direito hoje não contêm mais considerações de prestigiosos autores do direito, mas decisões já tomadas por juízes de tribunais superiores, a chamada “jurisprudência”.

Acho que antigamente, quando tava na faculdade de direito as pessoas falavam pela doutrina como se a doutrina fosse a maior fonte do direito. Hoje em dia a gente se aproximou do modelo norte-americano, do modelo do common Law. Americano, inglês... E eles se aproximaram da gente também. Então a primeira fonte do direito é a Lei. Os princípios da Constituição. Quem interpreta a constituição é o STF, quem interpreta a Lei é o STJ. Então o juiz primeiro tem que seguir a jurisprudência do STF, do STJ. Tanto é que os manuais e doutrinas também mudaram. Estão dizendo menos como deveria ser e estão dizendo mais como são as decisões do STF, como são as decisões do STJ. (Juiz 1)

A representação contida no trecho de entrevista mencionado anteriormente deixa explícita a conexão com a abordagem de Bourdieu, segundo o qual a lógica das lutas simbólicas consiste em ter a última palavra, diante da qual todos são obrigados a se inclinar.

Os juristas, segundo Bourdieu, estão evidentemente do lado do direito como instrumento de legitimação daquilo que existe:

O mínimo que pode fazer um jurista é dizer: “É bom assim, mas é melhor ainda se eu disser que isso deve ser assim”. É o mínimo que um jurista pode fazer, do contrário ele se anula como jurista; se é a espada que diz o que é bom, é o fim do jurista. O jurista como tal está, portanto, do lado de uma reduplicação daquilo que existe por um enunciado do dever-ser cujo monopólio ele detém: é a função mínima da legitimação. (2014, p. 573)

Segundo Bourdieu, os juristas desde a Idade Média estão na posição de *juris peritus*, ou seja, o especialista em direito é um indivíduo apto a prover soluções aos problemas com precedentes e, também, soluções para questões sem precedentes, soluções para problemas postos inéditos. São detentores do capital jurídico, um recurso social formado por palavras e conceitos que são instrumentos de construção da realidade social.

O trecho transcrito a seguir demonstra uma representação de que as soluções para distribuição desigual de justiça estão na própria hierarquia do Poder Judiciário. Um erro de um juiz seria solucionado através da faculdade dos advogados de protocolarem um recurso para que os juízes da hierarquia superior avaliem a mesma questão.

Olha... juiz erra. Tanto é que tem recurso. Se juiz não errasse, não haveria um grau acima dele. Desembargador também erra, tanto é que tem sempre grau acima dele. E, como ser humano, todo mundo erra. Não é o fato dele ser juiz que ele não vai estar passível a erro. Por isso que existem os recursos. (Advogado em início de carreira)

No trecho transcrito a seguir, mais uma vez é nítido o fechamento em si mesmo do poder judiciário. Segundo um dos juízes entrevistados, a solução já existe, e existe muito. No caso de equívoco de um juiz em uma decisão, através de um

recurso judicial outro juiz poderá avaliar se aquele juiz errou ou não. Inclusive “no Brasil cabe até um número expressivo de recursos”.

Mas o que a gente chama de “erro in judicando”, erro “in procedendo”, um erro de rito, um erro de apreciação, me parece que você tem a possibilidade das pessoas recorrerem... terá possibilidade de rever as decisões, e a maioria das decisões no Brasil cabe até um número expressivo de recursos. Eu acho que... você, o juiz tem essa possibilidade de se equivocar, mas ao mesmo tempo o sistema me dá um instrumento para tentar correção. (Juiz 2)

- Ah, o tipo de punição? Nesse caso, nenhuma! Eu acho um erro, eu acho um erro. Mas punição... eu acho que não pode ter. Porque infração administrativa não existe, não há. Infração penal também não há. O único tipo de... punição, não... vai ser, assim, punição talvez dos colegas. Posição dos pares. É a única punição que eu vejo... punição através de críticas, só. A crítica pelos colegas (outros juízes). (Juiz 5)

A representação do fechamento em si mesmo do poder judiciário aparece mais uma vez em um dos trechos transcritos a seguir, quando um dos juízes entrevistados declara que a solução para sentenças fora da lei são os recursos protocolados, e que não existe punição para os juízes que atuam sistematicamente julgando em desconformidade com as leis e o saber técnico próprio da área jurídica. O pior que pode acontecer aos juízes na prática – e isso seria uma punição – seria, segundo o entrevistado, serem criticados.

Menciona o fato de existir um juiz membro do mais alto tribunal – e, portanto, último responsável pela revisão das sentenças de todos os processos brasileiros - que não segue a imparcialidade necessária e, portanto, segundo ele, recebe como punição “a crítica popular e dos próprios pares”, onde “seus pares” significa os outros juízes.

Eu acho que, assim, ele não pode ser punido. A decisão dele vai ter que ser revista... entendeu? A decisão dele vai ser revista. Mas punição, não.

- E se um ministro...

- Ah, é! Aí se um ministro... aí não tem... Aí vai ser aquilo que eu te falei, vai cair na questão da crítica popular e dos próprios pares, que é o que a gente tem hoje, né? A gente tem um ministro que é praticamente odiado pela classe, que decide de acordo... de acordo com o réu. Cada réu. (Juiz 5)

Das representações colhidas depreende-se um fechamento do poder judiciário em si mesmo quando os entrevistados mencionam que os juízes não

precisam ou costumam basear as decisões em estudos da ciência do direito, mas em decisões de outros juizes, o que é chamado de “jurisprudência”. Segundo Bourdieu, o trabalho jurídico pela força de sua codificação, ao fixar uma decisão, ela autoriza, favorece e serve de modelo para outras decisões, favorecendo, assim, a lógica do precedente, que seria “fundamento do modo de pensamento e de ação propriamente jurídico” (2005, p. 245). Assim, “liga continuamente presente ao passado e dá a garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica, o porvir será a imagem do passado e de que as transformações e as adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado. (2005, p. 245) Compreende-se que o liame entre a pertença as faculdades de Direito e a orientação política para a direita nada tem de acidental (Bourdieu, 2011, p. 93 – 96).



## 4 CONCLUSÃO

A partir da análise da história dos juízes de Direito, do discurso do campo jurídico sobre os recentes modelos de Estado e sobre os princípios normativos, podemos melhor compreender o caso concreto que deu origem a esta pesquisa.

Foram realizadas entrevistas com diferentes atores do campo jurídico, que, em função de sua hierarquia interna do corpo, tem interesses divergentes e até mesmo opostos. A construção jurídica, significação prática da lei, se dá através da contribuição e confrontação entre esses diferentes intérpretes autorizados no campo jurídico. As representações colhidas através dessas entrevistas efetuadas também auxiliaram na compreensão da situação estudada.

As legislações modernas baseiam-se em regras escritas para uma maior segurança, clareza, um maior grau de certeza sobre seu teor e de forma a reduzir a variabilidade comportamental no processo. No entanto, há sempre uma margem para variáveis, uma parte de arbitrário (Bourdieu, 2005, p. 223). O Brasil adotou expressamente um modelo de Estado chamado Estado Democrático de Direito, com direitos e garantias fundamentais previstos em uma carta constitucional sendo limitadores das autoridades de Estado. Ou seja, os direitos e garantias fundamentais expressos em uma carta constitucional não poderiam, segundo o discurso formal para esse sistema adotado, serem afastados pela vontade dos agentes de Estado – incluídos os juízes de direito.

O caso concreto que deu origem à pesquisa – casos idênticos sendo julgados de formas opostas – insinuou uma distribuição desigual de justiça. A partir das representações colhidas nas entrevistas, diferentes atores do campo jurídico foram uníssomos em manifestar-se de forma a mostrar que não se tratam de casos isolados, mas de um fenômeno social bem incorporado e justificado dentro da prática jurídica. A maioria das representações colhidas incluíam explicações para as variações de interpretações da lei sem implicar em uma crise no sistema, ou seja, sem colocar em xeque o funcionamento do sistema do poder judiciário.

Ao mesmo tempo em que o discurso do campo jurídico é no sentido de existir uma aura de objetividade na prática de aplicação das leis pelo juiz, o caso concreto e

as representações colhidas ajudam a compreender que há uma prática baseada em vários elementos subjetivos.

O formalismo que reveste a decisão judicial, o ritual para enaltecer a autoridade no ato de interpretação, assim como o formalismo nos rituais e julgamentos participam da eficácia simbólica do direito, fazem parte de um trabalho coletivo de sublimação para passar a mensagem de que a sentença judicial não exprime a vontade e visão de mundo de um juiz, mas a vontade da lei ou a vontade do legislador (Bourdieu, 2005, p. 225). A ideia de legitimidade de um juiz estaria fundada em seu distanciamento das partes, em sua imparcialidade, em sua objetividade ao decidir. Por isso, me pareceu que, durante as entrevistas, os juízes demonstraram receio em aproximar seus atos de palavras ligadas à falha humana, como a palavra “erro”, porque isso lhes tiraria poder ou ameaçaria a credibilidade no sistema. O efeito colateral é produzir discursos e argumentos fundados na crença da infalibilidade.

As representações colhidas também apontam para uma prática jurídica constituída dentro de um campo de forças sociais em que ocorre um conflito de interesses, uma tensão entre o advogado exigindo fundamentação do juiz e o juiz, que se sente ultrajado quando questionado.

A doutrina (ensinamentos da ciência do Direito contidos nos livros) é uma arma, um instrumento utilizado pelo advogado para que dentro do jogo jurídico ele tenha um mínimo de poder. Por isso, a cada decisão em desacordo com os ensinamentos contidos nos livros de direito, ou mesmo diante da negativa da importância da doutrina para a tomada de decisões, o advogado tem a sensação de que o juiz é arbitrário. O advogado ocupa um espaço no campo jurídico, mas por vezes é ignorado, ameaçado ou desqualificado. Esta representação de impotência e não-pertencimento foi verificada no advogado experiente entrevistado, como pode se depreender do trecho transcrito a seguir:

Eu não sou participante do Poder Judiciário não, eu sou um batedor de marreta do Poder Judiciário! Porque eu não participo disso não! (Advogado com 20 anos de carreira).

Em 14 de junho de 2018, durante uma sessão no Supremo Tribunal Federal, um dos ministros, Luís Roberto Barroso, afirmou ao proferir seu voto que “O surto de garantismo, na verdade, é um mal revestido de bem”. Segundo Ferrajoli, garantismo significa, em tese, um estado democrático de direito (FERRAJOLI, 2002). Dessa forma, a declaração do Ministro do Supremo apontaria no sentido de uma desnecessidade de vinculação das decisões dos juízes aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Em 2005, como já mencionado, um ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros manifestou-se também ao proferir seu voto em um julgamento no sentido de que o saber técnico do Direito não vincula as decisões dos juízes:

**Não me importa o que pensam os doutrinadores.** Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros **decidem assim, porque pensam assim.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (Grifo nosso)

As duas declarações mencionadas são trechos de decisões de dois juízes dos tribunais de maior hierarquia do poder judiciário brasileiro. Um deles menciona que as decisões dos juízes não precisam seguir os direitos e garantias fundamentais (pelo contrário, isso seria um “surto”, um “mal revestido de bem”) e o outro menciona que as decisões dos juízes não precisam seguir a linha adotada pelos pesquisadores e professores de direito (“Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”).

Note que as duas falas muito se assemelham ao diálogo fictício da comédia de costumes de 1838, “O Juiz de Paz da Roça” que tem como pano de fundo a realidade da aplicação da justiça por juízes leigos nas províncias mais remotas do

Brasil, distantes da fiscalização do Império. No diálogo mencionado a seguir, o juiz considera-se em posição superior à Constituição.

Manuel André: Mas, Sr. Juiz, ele também está ocupado com uma plantação.

Juiz: Você replica? Olha que o mando pra cadeia.

Manuel André: Vossa Senhoria não pode prender-me à toa; a Constituição não manda

Juiz: A Constituição!...Está bem!...Eu, o juiz de paz, hei por bem derrogar a Constituição! Sr. escrivão, tome termo que a Constituição está derrogada, e mande prender-me este homem (1997, p. 11).

Segundo representações colhidas durante as entrevistas efetuadas, das diferenças das decisões prolatadas pelos juízes decorre um sentimento de insegurança. Isso contribuiria para uma sensação de que o poder Judiciário não estaria realizando o discurso que enuncia, o fim a que se propõe.

O fato de os juízes declararem-se expressamente não vinculados à literalidade de leis ou de consensos doutrinários aumenta a gama de possibilidades de resultados em julgamentos. Na luta interna do campo jurídico pelo prestígio de “dizer o direito”, os chamados doutrinadores pontificam sobre o significado de princípios e de sua aplicação prática no campo. No entanto, é concedida aos julgadores a liberdade na formação de convicção, entregando-lhes a hegemonia de “dizer o direito”, o que lhes assegura galgar posição de absoluta supremacia quanto ao poder de, de fato, dizer o direito em suas decisões, e contribui para ofuscar o prestígio do doutrinador.

Essa situação fragiliza os consensos sobre as normas jurídicas, que objeto de várias interpretações, não alcançam entendimento unívoco internamente no campo, nem mesmo se apresentam em condições de serem internalizadas nos cidadãos, ou seja, de serem “normalizadas” na sociedade (GARAPON, 2001).

Segundo Bourdieu, o processo é uma encenação paradigmática de uma luta simbólica entre dois pontos de vista avaliativos que, à medida de sua autoridade, pretendem impor-se ao reconhecimento. A sentença judicial resolve essa confrontação através de uma autoridade socialmente mandatada – o juiz. Ele representa o Estado, detentor da violência simbólica legítima (Bourdieu, 2005, p. 236) Um discurso privado de um particular não tem qualquer eficácia simbólica, só

compromete o seu autor. Diferente de uma sentença judicial, que pertence à classe dos atos de nomeação ou atos de instituição, o exercício do poder simbólico do direito de nomeação que cria as coisas nomeadas (Bourdieu, 2005, p. 237).

O direito é a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. O direito faz o mundo social, mas com a condição de não se esquecer que é feito por este (Bourdieu, 2005, p. 237). Assim, o efeito de nomeação é um ato de força simbólico que só é bem sucedido porque está bem fundado na realidade. “Está na vocação da sociologia lembrar que, segundo o dito de Montesquieu, não se transforma a sociedade por decreto” (Bourdieu, 2005, p. 239). Assim, sua eficácia opera, se exerce apenas mediante naturalização, ou seja, quando não tem sua legitimidade questionada, na medida e apenas na medida em que o direito é socialmente reconhecido. É preciso responder, “pelo menos na aparência, a necessidades e interesses reais”. (Bourdieu, 2005, p. 240).

É próprio da eficácia simbólica não poder exercer-se senão com a cumplicidade daqueles que a suportam, mesmo que de forma inconsciente. Forma por excelência do discurso legítimo, o direito só pode exercer sua eficácia específica na medida em que obtém o reconhecimento, quer dizer, na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor de arbitrário que está na origem de seu funcionamento – a crença na neutralidade e na autonomia do direito e dos juristas (Bourdieu, 2005, p. 244). O direito exerce eficácia apenas na medida “em que o direito é socialmente reconhecido e depara com um acordo, mesmo tácito e parcial, porque responde, pelo menos na aparência, a necessidades e interesses reais.” (Bourdieu, 2005, p. 240).

Para se interpretar de formas opostas uma mesma regra, fica claro o teor de subjetividade que envolve a tomada de decisões jurídicas. Essa subjetividade e a conseqüente distribuição desigual de justiça foi facilmente reconhecida pelos jurisdicionados no caso concreto que deu origem a este trabalho, que passaram a questionar o discurso de julgamento judicial como um resultado lógico e inevitável de uma situação posta. Da mesma forma, a subjetividade nas decisões foi declarada como situação corriqueira nas representações colhidas durante as entrevistas efetuadas com diferentes atores do campo jurídico. Essas questões comprometem o poder simbólico de nomeação à medida que tem como efeito a diminuição do reconhecimento do direito e a diminuição da naturalização da legitimidade do direito.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, P. **Linhagens do Estado Absolutista**. Tradução de: Renato Prelorenzou. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

BAPTISTA, B. G. L. **A importância da interdisciplinaridade na pesquisa jurídica: olhando o Direito sob outro viés**. In: XVI Congresso Nacional do Copendi, 2007, Belo Horizonte 2010. Pensar globalmente: agir localmente, 2007. v. XVI. p. 1006 – 1026.

BERMAN, H. J. **Direito e Revolução: A formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução de: Eduardo Takemi Kataoka. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BORBA DA SILVA, R. **O princípio da fundamentação das decisões judiciais na esfera ambiental: o caso do derramamento de petróleo na Baía de Guanabara em janeiro de 2000**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, UNIFLU – Centro Universitário Fluminense, Campos dos Goytacazes, 2009.

BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico**. Tradução de: Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

\_\_\_\_\_. **Homo academicus**. Tradução de: Ione Ribeiro Valle e Nilton Vale. 1. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2011.

\_\_\_\_\_. **Sobre o Estado**. Tradução de: Rosa Freire d’Aguiar. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 6 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 jan. 1973. Seção I, p. 1 (Publicação Original).

CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?** Tradução de: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. 1. ed. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASARA, R. R. R. **O Estado Pós-Democrático: Neo-Obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. E-Book. ISBN 978-85-200095-0-5.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria geral do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRAVO JÚNIOR, E. **Ser Humano ou Ser Juiz: Etnografia da Persuasão Racional**. Brasília: Universidade de Brasília, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, UnB, Brasília, 2011.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DEVLIN, P. **Muito orgulhoso para lutar: Neutralidade de Woodrow Wilson.** Nova York: Editora da Universidade de Oxford, 1974.

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIAMOND, L; MORLINO, L. A qualidade da Democracia. In: DIAMOND, L. (Org). **Coletânea da Democracia.** Curitiba: Instituto Atuação, p. 127 – 145, 2017.

EDMUNDO, L. **O Rio de Janeiro no tempo dos vice-reis.** 3. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1951.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: RT, 2002.

FONTINELES, K. C. **Juízes de Toga, Nobreza Togada: o Judiciário nas primeiras décadas do Império.** Iniciação Científica, Graduação em Licenciatura Plena em História, Universidade Estadual do Piauí, 2008.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: NAU, 2003.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GEERTZ, C. **O Saber Local.** Petrópolis: Vozes, 1998.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.



MINAYO, M. C. de S. (Organizadora). **Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade**. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

O'DONNELL, G. **Accountability Horizontal e Novas Poliarquias**. *Lua Nova*. São Paulo, v. n. 44, p. 27 – 54, 1998.

PENA, Martins. **O juiz de paz na roça**. São Paulo: Publifolha, 1997.

PIAUÍ. APEP. **Ofício da Assembleia Legislativa da Província do Piauí ao Governo da Província, deliberando sobre o número de alunos nas aulas de Francês na cidade de Oeiras, em 12 de setembro de 1937**. Registro de Correspondência da Assembleia Legislativa, com o Governo da Província, 1835 – 1843.

SCHEDLER, A. Por um conceito de Accountability. In: DIAMOND, L. (Org). **Coletânea da Democracia**. Curitiba: Instituto Atuação, p. 362 – 385, 2017.

TAVARES, J. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TEIXEIRA MENDES, R. L. **As representações dos juízes brasileiros sobre o Princípio do Livre Convencimento do juiz e outros princípios correlatos**. *Revista de Ciências Sociais*, Universidade Gama Filho, v. 14. p. 191 – 207, 2008.

TEIXEIRA MENDES, R. L. **Dilemas da decisão judicial: as representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento do juiz e outros princípios correlatos**. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008.