

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**JOÃO PEDRO SARAIVA BEZERRA**

**A PRETENSÃO DE RACIONALIDADE E A FACE OCULTA DO DIREITO**

**RECIFE**

**2017**

**JOÃO PEDRO SARAIVA BEZERRA**

**A PRETENSÃO DE RACIONALIDADE E A FACE OCULTA DO DIREITO**

**Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Áreas de Conhecimento: Hermenêutica Jurídica, Teoria Geral do Direito.**

**RECIFE**

**2017**

O Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco não aprova nem reprovam as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor desta monografia jurídica.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

Autor: João Pedro Saraiva Bezerra

Título: A pretensão de racionalidade e a face oculta do Direito.

Trabalho Acadêmico: Monografia de Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco

Área de Conhecimento: Hermenêutica Jurídica, Teoria Geral do Direito

Data de Aprovação:

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (Orientador)

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

## RESUMO

Pretende-se discutir neste artigo a artimanha existente no discurso jurídico prático quando da elaboração de decisões judiciais. Nossa tese é a de que a legitimidade conferida a estes pronunciamentos se sustenta – não só, mas também – pela tentativa dos magistrados de apresentar a decisão judicial como fruto de um saber científico, metodológico e racional, muito embora opere o Direito por alguns tantos atos de vontade. A fim de verificá-la, tomamos por objeto a decisão exarada pela 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, na qual se perquiriu a (in)existência de vínculo empregatício entre a Uber e seus motoristas.

**Palavras-chave:** Discurso jurídico; interpretação; racionalidade; Uber; vínculo empregatício.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
CAPÍTULO 01 – DE UM PONTO DE PARTIDA INAFASTÁVEL.....	11
CAPÍTULO 02 – A LOCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA NO DIREITO .....	18
CAPÍTULO 03 – OS CONTORNOS DO DISCURSO NO UNIVERSO JURÍDICO ....	22
CAPÍTULO 04 – SOBRE OS MÉTODOS INTERPRETATIVOS .....	28
4.1. Os Brocados Jurídicos .....	32
4.2. Os Métodos Clássicos de Interpretação.....	32
4.3. Os Métodos pós-Positivistas de Interpretação .....	35
CAPÍTULO 05 – ANÁLISE DE CASO .....	40
5.1. Da Situação Fática dos Autos .....	41
5.2. Dos Recursos Discursivos Utilizados pelo Intérprete .....	46
5.2.1. Decisão Interpretativa – DI .....	46
5.2.2. Modelos Interpretativos – MI.....	47
5.2.3. Argumentos não-Codificados Legalmente – ANCL .....	48
5.2.4. Estrutura Discursiva – ED.....	48
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	52

## INTRODUÇÃO

Pretende-se abordar neste trabalho a artimanha característica do discurso jurídico quando da construção de decisões judiciais. A tese por nós adotada é a de que a legitimidade conferida a estes pronunciamentos se sustenta – não só, mas também – pela tentativa dos magistrados de apresentar a decisão judicial como fruto de um saber científico, metodológico e racional, muito embora opere o Direito por alguns tantos atos de vontade.

A escolha de nosso objeto não encontrou grandes obstáculos. Em um contexto atual no qual a legislação trabalhista é tema em pauta, parece imperiosa a análise do discurso de decisões que decretam a (in)existência de vínculo empregatício entre a Uber e os seus motoristas. Nessa perspectiva, ainda que a tese consagrada não seja uma das mais revolucionárias – no sentido de que muitos outros trabalhos lograram sustentá-la com maestria –, nosso esforço consistirá em aplicá-la a uma relação jurídica pretensamente inovadora ao ordenamento jurídico brasileiro.

A interseção entre a linguagem e o direito comporta um campo plural de perspectivas e abordagens. Nada obstante, o presente artigo tratará inicialmente de algumas limitações linguísticas desenvolvidas pela filosofia e de que modo esta “imperfeição” da linguagem afeta a manipulação do Direito pelos seus operadores.

Em seguida, o foco do trabalho recairá sobre a localização da atividade interpretativa no direito.

No capítulo 03, será tempo de tecer alguns comentários sobre o mundo jurídico enquanto espaço de desenvolvimento de discursos através dos quais aqueles que detêm capital jurídico objetivam consagrar suas visões de mundo e interesses.

No capítulo 04, deter-nos-emos a executar alguns comentários aos brocardos jurídicos, aos métodos interpretativos clássicos e aos métodos pós-positivistas.

Por fim, analisaremos o objeto escolhido para fins de desenvolvimento da tese que aqui se almeja verificar.

Com o estudo da decisão prolatada pela Justiça do Trabalho de Belo Horizonte, aspira-se melhor compreender o papel reservado ao discurso na construção de decisões judiciais. De igual sorte, tem por fulcro este trabalho pôr em evidência as ferramentas retóricas de que se valem os juristas quando do desempenho de suas funções. Cremos que estar a par do modo que funcionam as engrenagens jurídicas possibilitaria uma postura mais cautelosa e eficiente de comportamento em meio ao maquinário judicial.

Sob uma perspectiva metodológica, cumpre ressaltar que o trabalho se enquadra ao projeto desenvolvido pelo Professor Doutor Gustavo Just da Costa e Silva no âmbito da Universidade Federal de Pernambuco. Desta maneira, o tópico geral a ser explorado é focado nas variações no discurso jurídico interpretativo voltado para a objetividade.

Ao utilizarmos a expressão “discurso jurídico interpretativo”, referimo-nos à atividade desenvolvida pelos operadores do direito com o intuito de legitimar os significados que atribuem a determinada norma. Voltamo-nos, pois, para os conflitos interpretativos originados nas situações em que dois ou mais sentidos podem ser relacionados ao mesmo texto legal. É de nosso interesse, portanto, a interpretação *stricto sensu* da célebre classificação desenvolvida por Wróblewski.

O próprio conceito de discurso jurídico interpretativo voltado para a objetividade exige a consciência de que a atividade interpretativa é acompanhada, no Direito, de dois espectros.

O primeiro é o de que a interpretação é um ato de poder. Os juristas possuem a prerrogativa de escolher dentre diferentes significados possíveis aquele que melhor se adequa a seus objetivos, escolha esta que impacta de forma coercitiva e direta a vida de outras pessoas.

O segundo, por sua vez, é o de que esta prerrogativa está ligada a um inseparável fardo: a força e, até mesmo, a existência do Direito dependem da capacidade de seus operadores de disfarçar a parcela de arbitrariedade que norteia a atividade jurídica.

Diante da imprescindibilidade desta atividade de ocultamento, a “racionalização” necessária à existência do Direito recorre a instrumentos de nível linguístico para se perpetrar. E o objetivo deste trabalho é precisamente o de identificar e entender o mecanismo de funcionamento das diferentes estratégias e técnicas que tornam possível aos operadores do direito a produção de um discurso pretensamente autônomo e neutro. Sob a perspectiva do projeto ao qual este trabalho se adequa, existem ao menos quatro níveis de recursos discursivos passíveis de destaque e estudo.

A **decisão interpretativa (DI)** é a atribuição de uma interpretação dotada de uma suposta validade geral a um texto normativo.

Os **modelos interpretativos (MI)** consistem na justificativa de decisões por meio de argumentos legalmente codificados. Busca-se, com estes recursos, demonstrar o percurso trilhado pelo jurista a fim de encontrar um determinado significado atribuído ao texto legal em detrimento de outros. Neste campo, os intérpretes geralmente se valem dos brocardos jurídicos, dos métodos clássicos de interpretação e da metodologia pós-positivista.

Ao reivindicar a correção de suas escolhas interpretativas, os operadores do direito terminam por se valer de diferentes **argumentos não codificados legalmente (ANLC)**. Estes argumentos podem ser políticos, filosóficos, econômicos, religiosos, literários, ou até mesmo baseados no senso comum.

A quarta ferramenta é, finalmente, a **estrutura do discurso (ED)** produzido, englobando e dirigindo não apenas os mecanismos argumentativos mencionados acima, mas também um complexo conjunto de mecanismos linguísticos e retóricos através do qual o propósito de transmitir certeza, neutralidade e objetividade pode ser atingido.

A distribuição de esforços argumentativos entre DI, MI, ANCL e ED varia significativamente. Isso nos leva a questionar “como”, “por que” e “com que consequências” essa variação ocorre.

O estudo proposto pelo projeto, pode, assim, seguir duas abordagens.

Numa perspectiva de cartografia, o trabalho deve ter por objetivo mapear as diferentes escolhas feitas pelos intérpretes legais dentre os múltiplos dispositivos hermenêuticos, linguísticos e retóricos que lhes estão disponíveis a fim de justificar suas interpretações. Nesta linha de pesquisa, é possível associar esta variação a fatores específicos tidos como relevantes.

Uma abordagem analítica, por outro lado, tem como fito alcançar o entendimento acerca do comportamento argumentativo dos operadores do direito. Almeja-se, aqui, identificar os fatores que embasam as escolhas argumentativas feitas pelos envolvidos na aplicação das leis.

Exposta a conjuntura que ensejou o surgimento desta monografia, elucida-se, desde logo, que o trabalho aqui desenvolvido alinha-se à primeira alternativa metodológica supramencionada. Seu objetivo será, precisamente, o de destacar os recursos discursivos utilizados pelos operadores do direito ao longo da decisão-objeto, bem como procurar entender de que maneira estes recursos se comunicam.

## CAPÍTULO 01 – DE UM PONTO DE PARTIDA INAFASTÁVEL

O objetivo deste trabalho é o de analisar a estrutura de uma fundamentação elaborada pelo pensamento humano e que toma forma no mundo por meio de uma sentença. Entre a abstração característica às ideias e o mundo concreto ao redor, a interação se faz em forma de texto e por intermédio de uma linguagem. Parece, portanto, razoável observar que qualquer trabalho que se proponha a analisar uma forma de discurso tem, primordialmente, o dever de considerar os obstáculos enfrentados por aqueles que lidam com a língua.

E este é o primeiro ponto a ser enfrentado neste texto: o funcionamento da linguagem enquanto ferramenta de conexão entre as ideias e o mundo sensível.

Em primeiro lugar, há de se observar que a comunicação possibilitada pela linguagem consiste em atividade complexa. Na contramão do que preconizam os gramáticos tradicionalistas, a linguística concebe a língua não como algo estático e normativo, mas fluido, levando em consideração as experiências e a vivacidade de seus utilizadores, visão esta que parece ser, de fato, a mais coerente.

Há um certo paradigma na linguística segundo o qual só existe língua se houver seres humanos que a falem<sup>1</sup>. Na medida em que existe a fim de possibilitar um processo comunicativo entre o emissor e o destinatário, a existência de uma linguagem estranha a um agrupamento de homens e mulheres seria nitidamente descabida, o que parece ratificar a percepção da linguagem enquanto fato imerso à realidade social<sup>2</sup>.

Da mesma maneira como é impossível imaginar o desenvolvimento de uma linguagem em ambiente estranho ao meio social, também o Direito depende de interações intersubjetivas a fim de desempenhar o seu papel. Em que pese às inúmeras tentativas de definição do que viria a significar este vocábulo polissêmico,

---

<sup>1</sup> BAGNO. Marcos. **Preconceito linguístico**. O que é, como se faz. Ed. 49. São Paulo. Edições Loyola. 1999. P. 19.

<sup>2</sup> SAUSSURE. Ferdinand de. **Curso de linguística geral** / Ferdinand de Saussure ; organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye ; com a colaboração de Albert Riedlinger ; prefácio da edição brasileira Isaac Nicolau Salum ; tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27 ed – São Paulo: Cultrix. 2006. P. 14.

uma primeira olhada sobre o que se almeja definir como “Direito” já revela que ele objetiva uma ordenação da conduta humana<sup>3</sup>.

Partindo desses pressupostos, é possível desenhar os contornos do seguinte cenário: na vida em sociedade, ponto em comum entre ambos, estão em constante interação o Direito e a linguagem. Falar de homens é falar do Direito; e falar do Direito é, logo, falar de linguagem. Assim, interessa ao jurista entender e estar ciente das questões levantadas pela linguística, pois o operador do Direito é, em última análise, também um operador da palavra, incumbindo-lhe o manejo de textos<sup>4</sup>.

Cientes da inafastabilidade da linguagem em relação ao objetivo consagrado neste trabalho, passamos agora a problematizar o seu alcance e refletir acerca de suas limitações. De início, socorremo-nos ao conceito de “textura aberta”, desenvolvido pioneiramente por Waismann para, em seguida, tecer breves comentários à filosofia do segundo Wittgenstein. Ao fim, exporemos de que modo os estudos destes filósofos influenciaram a teoria jurídica de Herbert Hart.

Num contexto em que assumia a filosofia da linguagem um papel de protagonismo e o conhecimento científico tornava-se objeto de estudo, a discussão desenvolvida por Waismann tem como escopo melhor entender a relação entre o significado de uma expressão e o seu método de verificação. Para tanto, o ponto de partida de seus estudos consistiu, precisamente, em revisar o que se pretendia dizer por “método de verificação” em seu tempo<sup>5</sup>. Nada obstante, a relação entre o significado e o método de verificação de uma sentença não se trata de tema desbravado inicialmente por Waismann.

Personalidade central do Círculo de Viena, coube a Moritz Schlick o desenvolvimento de uma produção literária voltada para o positivismo lógico. Em seu artigo “*Meaning and Verification*”, o acadêmico procura averiguar a dificuldade filosófica de se atestar o significado de uma sentença.

---

<sup>3</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica** / João Maurício Adeodato – São Paulo: Saraiva. 2002. P. 16.

<sup>4</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral** / Ferdinand de Saussure ; organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye ; com a colaboração de Albert Riedlinger ; prefácio da edição brasileira Isaac Nicolau Salum ; tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27 ed – São Paulo: Cultrix. 2006. P. 14.

<sup>5</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Imprensa: Rio de Janeiro. Renovar. 2002.P. 12.

Na teoria schlickiana, ocupa o método uma posição fulcral na determinação do significado de toda e qualquer sentença. Para que se entenda plenamente uma proposição, sustenta o acadêmico, há de se compreender as circunstâncias particulares que a tornariam verdadeira ou falsa em um determinado contexto. Essas circunstâncias, assim, consistiriam em objetos de experiências possíveis cuja exposição teria o condão de atestar a veracidade ou a falsidade de uma frase<sup>6</sup>.

Declarar o significado de uma sentença equivale a declarar as regras de acordo com as quais a sentença deve ser utilizada, e isto é o mesmo que declarar o modo pelo qual ela pode ser verificada. O significado de uma proposição é o seu método de verificação<sup>7</sup>.

Percebe-se que, em Schlick, o significado é alcançado por meio do método. A existência deste se circunscreve na daquele, de modo que partilham ambos de uma identidade absoluta. O método de verificação de uma afirmativa termina por se confundir com o seu próprio significado.

Waismann discorda deste posicionamento.

Para ele, a questão da verificação somente surgiria quando a sentença analisada é problemática. Nem toda afirmativa exigiria, portanto, o fornecimento de um método de verificação para que se pudesse alcançar o seu sentido. A exposição do método, logo, faz-se necessária somente nos casos em que há uma celeuma no processo comunicativo. Isto é, quando a organização das palavras utilizadas por um emissário configura uma combinação não usual. Nestes casos – e somente neles – é que Waismann sustenta haver certa congruência entre sentido e método<sup>8</sup>.

Mas apenas uma congruência, jamais uma identificação.

Seria impensável, para Waismann, confundir a verificação de uma afirmação com o seu significado. As verificações são incapazes de traduzir as

---

<sup>6</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Imprensa: Rio de Janeiro. Renovar. 2002. P. 13.

<sup>7</sup> Tradução livre de “Stating the meaning of a sentence amounts to stating the rules according to which the sentence is to be used, and this is the same as stating the way in which it can be verified (or falsified). The meaning of a proposition is the method of its verification” in SCHLICK, Moritz. **Meaning and Verification**. The Philosophical Review. Vol. 45, n. 4 (julho, 1936), pp. 339-369. Published by Duke University Press on behalf of Philosophical Review. Disponível em <[http://www.ifac.univ-nantes.fr/IMG/pdf/Schlick\\_Meaning\\_Verif.pdf](http://www.ifac.univ-nantes.fr/IMG/pdf/Schlick_Meaning_Verif.pdf)>. P. 341. Acesso em 25.05.17.

<sup>8</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Imprensa: Rio de Janeiro. Renovar. 2002.P. 14.

afirmações em sua completude em razão da um potencial de indeterminação que denominou de “textura aberta da linguagem”.

Por textura aberta da linguagem, Waismann pretende dizer que os nossos conceitos empíricos não estão delimitados, de forma a priori, em todas as direções possíveis. Os conceitos empíricos não apresentam uma definição exaustiva, ou seja, nenhum conceito se encontra delimitado de forma que não surjam espaços para dúvida sobre o seu significado<sup>9</sup>.

Sob a perspectiva da textura aberta, por mais extensos que sejam os conceitos empíricos, serão eles acompanhados por uma série de lacunas que lhe conferirão incompletude e vagueza. Sempre existirão situações em que o conceito produzido não abarcará os plurais significados que uma afirmação pode alcançar. Esta vagueza até pode ser corrigida pelo aprimoramento do conceito, mas a sua incompletude essencial permanecerá, a despeito deste aprimoramento. É como se o imenso lençol do conceito jamais fosse grande o suficiente para cobrir o ainda maior corpo do significado de uma proposição. A conclusão de Waismann é, assim, a de que os métodos de verificação até podem contribuir para que se aceite ou se recuse uma proposição, mas nunca terão o condão de apresentar o significado de uma sentença de maneira conclusiva e absoluta.

A tese construída por Waismann termina, assim, por fornecer à linguagem um caráter dinâmico. O preciosismo de um significado residiria numa incessante reformulação de conceitos cada vez mais específicos, mas, invariavelmente, incompletos. E nesta dinamicidade conferida à linguagem pela sua textura aberta, é possível enxergar uma certa aproximação com as noções de “jogos de linguagem” e de “semelhanças de família” elaboradas por Wittgenstein.

Deixando de lado o viés da teoria desenvolvida no “*Tractatus*”, é nas “Investigações Filosóficas” que Wittgenstein defende uma visão de linguagem enquanto “parte de uma atividade ou de uma forma de vida”<sup>10</sup>. Nesta sua nova e segunda visão, a linguagem não se destinaria a substituir objetos do mundo concreto, mas, antes, a ser utilizada de maneiras distintas a depender do objetivo do agente que dela se vale. Ocorre, pois, uma instrumentalização linguística.

---

<sup>9</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Imprensa: Rio de Janeiro. Renovar. 2002.P. 16.

<sup>10</sup> WITTGENSTEIN, L. **Investigações Filosóficas**. Editora Nova Cultural Ltda. São Paulo. 1999. P.35.

À medida que se distancia de uma visão eminentemente essencialista de língua, Wittgenstein recorre à utilização do conceito de “jogo” para sustentar que as atividades compreendidas pelo conceito “linguagem” apresentam uma semelhança de família. Isso porque “não existe uma única essência comum entre os fenômenos que chamamos de 'linguagem', mas sim uma semelhança do tipo que existe entre os jogos”<sup>11</sup>.

Do mesmo modo que os conceitos não podem ser conclusivos em razão da textura aberta, tampouco os termos que apresentam uma semelhança de família são conceitos dotados de precisão absoluta. Tanto em Waismann quanto em Wittgenstein, portanto, há espaço para o surgimento de casos fronteiros, nos quais não é possível determinar com segurança se o conceito deve ou não ser aplicado à situação configurada no mundo fático. Inexoravelmente, em ambas as teorias, persiste um potencial de dúvida que se mitiga, mas não se elimina<sup>12</sup>.

Atento a estes conceitos e transplantando-os para o campo jurídico, constata-se que as conclusões alcançadas por Waismann e Wittgenstein terminaram por influenciar sobremaneira a filosofia positivo-normativista de Herbert Hart. Uma vez que as manifestações jurídicas se concretizam no mundo fático por intermédio de uma linguagem, a mesma indeterminação que a afeta em outros ramos do conhecimento também se reproduz no âmbito da linguagem jurídica. A interpretação de normas está, indubitavelmente, atrelada a uma série de fatores linguísticos.

De acordo com o que preconiza o jurista britânico, o Direito atua por meio de padrões gerais de conduta destinados a indivíduos que convivem em grupo. A fim de comunicar tais padrões, utiliza-se a organização jurídica da legislação e do precedente, sendo este último uma espécie de exemplo dotado de autoridade<sup>13</sup>.

Segundo a tradição filosófica constituída até então, o entendimento hegemônico era o de que a comunicação de regras gerais por meio de precedentes consistiria em processo acometido de muito mais incertezas que a comunicação executada pela legislação. Destoando desta visão mecanicista e que enxerga na

---

<sup>11</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Imprensa: Rio de Janeiro. Renovar. 2002.P. 27.

<sup>12</sup> STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Imprensa: Rio de Janeiro. Renovar. 2002.P. 29.

<sup>13</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. P. 137.

legislação um meio de conferir segurança e unicidade às relações jurídicas, o pensamento hartiano se ocupa em desenvolver a tese de que, mesmo quando são utilizadas regras formuladas verbalmente, podem surgir casos particulares em que não é possível afirmar com certeza o caso de aplicação de certa norma. Com o fito de embasar a sua afirmativa, Hart alinha-se às conclusões de Waismann e defende haver um limite inerente à natureza da linguagem que faz surgir casos em que a aplicação de determinada norma não é evidente. Esta incerteza não pode ser eliminada nem mesmo pelos cânones interpretativos, vez que valem-se eles próprios de termos gerais e, conseqüentemente, reclamam uma atividade interpretativa que será sempre inconclusiva<sup>14</sup>.

Traçado este panorama, eis que surge, em Hart, a distinção entre os *easy* e os *hard cases*. Os primeiros, majoritários, seriam aqueles em que a escolha do dispositivo legal a aplicar dar-se-ia de maneira objetiva e sem maiores dúvidas. Em contrapartida, os “casos insólitos” não indicariam automaticamente a aplicação silogística de determinada regra, pois há dúvidas se a situação fática configurada diante do operador do direito se encaixa, de fato, na categoria geral usualmente prestigiada pela norma legal.

Neste espaço de dúvida deixado pelo *hard case*, o aplicar ou o não aplicar da norma configuram modos distintos de se solucionar o entrave posto diante do magistrado. A decisão de prestigiar uma solução em detrimento de outra, por sua vez, não pode ser alcançada de maneira racional, pois, caso contrário, a aplicação silogística da norma ao caso operar-se-ia sem grandes discussões, como em casos simples anteriores. Desta sorte, seja qual for a fundamentação que se dê a uma eventual decisão, concretiza ela uma escolha do operador do direito. A atuação do juiz diante de um caso complexo revestir-se-ia, assim, de um poder discricionário possibilitado pela própria textura aberta das linguagens naturais, que, transpondo-se ao mundo jurídico, configura uma verdadeira textura aberta do Direito.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.

---

<sup>14</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. P. 139.

(...)

Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis<sup>15</sup>.

É bem verdade que Hart não enxerga a decisão judicial como campo de concretização das convicções dos juízes sem qualquer amarra normativa. No entanto, é patente no seu pensar o reconhecimento do exercício criativo dos juristas.

O Direito estaria, assim, pela sua própria estrutura, repleto de espaços de incertezas preenchidos pela atividade discricionária de seus operadores.

---

<sup>15</sup> HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. P. 149.

## CAPÍTULO 02 – A LOCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA NO DIREITO

A interpretação legal desempenha, em qualquer discurso jurídico, um papel fundamental e intimamente conectado à problemática da concretização de normas. Nos mais distintos âmbitos da atividade jurídica, os operadores do Direito se ocupam em definir o sentido, os alcances e as limitações dos textos normativos, o que se faz por intermédio de uma atividade interpretativa.

Na literatura da teoria do direito existem concepções muito diversas a respeito da interpretação. Nada obstante, é possível distinguir duas teses principais que comportam em si um amplo espectro de variantes.

Segundo a **concepção tradicional**, a interpretação seria uma atividade de conhecimento. Para esta corrente, a atividade interpretativa teria como objeto enunciados formados por palavras dotadas de significação própria que, quando em interação, levariam à formulação de um enunciado de significado único. A interpretação se faria necessária somente quando este significado fosse oculto pela vagueza e pela ambiguidade de uma sentença, de modo que o papel do intérprete, neste campo, se limitaria a desvendar o sentido do texto com o qual trabalha<sup>16</sup>.

Note-se que a visão tradicionalista da interpretação enxerga o resultado interpretativo como passível de estar correto ou incorreto. Uma vez que existe um significado único e absoluto para cada sentença, entendimentos que destoem do significado tido como ideal estariam necessariamente equivocados, revelando uma atividade pecaminosa do intérprete que não alcançou o resultado devido. Qualquer sujeito seria, assim, capaz de executar interpretação legal, pois o sentido reside única e exclusivamente na palavra e deve ser alcançado pelo sujeito.

Na contracorrente desta tendência, o que correntemente se chama de **concepção realista** da interpretação abandona esta visão cognitivista e dá margem a uma perspectiva da atividade interpretativa relacionada à vontade. Para ela, o mesmo enunciado não teria apenas uma significação possível, mas significações plurais. Ao invés de tentar alcançar o significado ideal de uma sentença, o papel

---

<sup>16</sup> TROPPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. – São Paulo: Martins, 2008. 124

resguardado ao intérprete seria criativo, competindo-lhe executar uma escolha. Esta escolha não se faria por meio de um roteiro objetivo, mas variaria de acordo com a formação intelectual e com as vivências do intérprete. Não há, portanto, espaço para se falar em sentido correto de uma sentença: tem-se consciência que os textos são necessariamente incertos, o que possibilita uma série de interpretações possíveis<sup>17</sup>.

Neste contexto, como atesta Wróblewski:

A teoria da interpretação legal é fortemente influenciada por problemas práticos e pela ideologia operativa do Direito. Falando de modo geral, há duas tendências opostas ao combinar-se os problemas ideológicos, práticos e teóricos. Uma tendência apresenta a interpretação como o descobrimento do significado inerente à regra legal interpretada, considerando a atividade interpretativa como a reconstrução deste significado. A outra tendência apresenta a interpretação como a atribuição de um significado (determinada por vários fatores) à regra legal, e considera a interpretação como atividade criadora similar ou análoga à do legislador<sup>18</sup>.

A teoria da interpretação como atividade de descoberta do significado se relaciona com a ideia de que o juiz não exerce nenhuma prerrogativa, vez que se limita a enunciar um silogismo do qual a premissa maior é a lei e a premissa menor, o fato. Ao se constatar que o enunciado da lei é claro, não há espaço para interpretação, que somente se daria nos casos de obscuridade e consistindo na descoberta da significação oculta.

De outra banda, vista a interpretação como ato de vontade, abrem-se margens para que se visualize no juiz-intérprete um poder: uma vez que interpretar seria determinar a significação de um texto, caberia ao intérprete a criação da norma. Através da perspectiva realista da interpretação, o verdadeiro legislador não seria o Parlamento de um país, mas o intérprete que aplica a norma ao caso concreto e o faz com uma parcela de arbitrariedade que lhe foi deixada pela própria textura aberta do direito. Esta parcela de arbitrariedade alcança patamares ainda mais complexos quando consideramos a interpretação desenvolvida pelas Cortes Supremas de um país, pois

---

<sup>17</sup> TROPPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. – São Paulo: Martins, 2008. 125.

<sup>18</sup> Tradução livre de: La teoría de la interpretación legal está fuertemente influida por problemas prácticos y por la ideología operativa em la aplicación del derecho. Hablando de manera general, hay dos tendencias opuestas al combinar los problemas ideológicos, prácticos y teóricos. Una tendencia presenta la interpretación como el descubrimiento del significado inherente a la regla legal interpretada y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado. La otra tendencia presenta la actividad interpretativa como la atribución de un significado (determinada por varios factores) a la regla legal, y coconsidera la interpretación como una actividad creadore similar o análoga a la del legislador *in* WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Editorial Civitas, S. A. 1988. P. 18.

Quanto às jurisdições supremas, estas podem, sem dúvida, dar a um texto qualquer significação, uma vez que, qualquer que seja o seu conteúdo, este último não poderá ser juridicamente contestado, isto é, a interpretação será válida e produzirá efeitos em direito<sup>19</sup>.

Ocorre que a este poder característico da atividade desempenhada pelo intérprete acompanha o fardo de elaborar um discurso voltado para objetividade e que forneça ao arbítrio ares de racionalidade. Isso porque decisões desprovidas de um mínimo grau de coerência e previsibilidade por parte daqueles que a elas se submetem conduziram a um ocaso no funcionamento do mecanismo jurídico. A decisão judicial, sem este trabalho de racionalização contínuo, perderia legitimidade.

Esta coerência, como aduzido, não advém do significado oculto pelo texto legal, como argumentariam os que se filiam a tendência tradicional da interpretação. Ao revés, é fruto de um exercício deliberado e meticuloso dos operadores do Direito e a sua existência serve à manutenção do poder que exercem os intérpretes frente à realidade social. Assim,

A partir do momento em que a jurisdição suprema entende exercer um poder real, e comandar, por intermédio de regras, categorias de comportamentos, está por conseguinte, obrigada à coerência e à constância. Não existe nisto nenhuma obrigação jurídica, mas unicamente o produto da situação em que ela se encontra e que a constringe a fazer a escolha racional da coerência. Ela é juridicamente livre, mas sociologicamente determinada<sup>20</sup>.

A percepção cognitivista da interpretação parece ter como fim maior a manutenção de um *status quo* no qual o Direito é a ciência capaz de operar através da onipotência da razão. Esta fachada cientificista, entretanto, não prospera para além do convencimento retórico daqueles que não pertencem ao universo jurídico. Este discurso da interpretação enquanto processo metódico perfeito não resiste nem mesmo à pretensão de pureza da teoria desenvolvida por Hans Kelsen. Muito antes de ser uma questão textual, a interpretação é uma questão de sujeitos.

Para Kelsen, a interpretação legal consistiria na operação mental de fixação do sentido das normas. Tanto os indivíduos que aplicam o Direito como aqueles que o observam precisam ser capazes, portanto, de determinar o sentido das normas jurídicas a fim de segui-las. Para o pensador, existiriam, por isso, duas espécies de interpretação que devem ser devidamente distinguidas: a interpretação

---

<sup>19</sup> TROPPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. – São Paulo: Martins, 2008. 139.

<sup>20</sup> TROPPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. – São Paulo: Martins, 2008. 140.

autêntica, desempenhada por um órgão responsável pela aplicação do Direito, e a não-autêntica, executada por uma pessoa privada<sup>21</sup>.

De acordo com a Teoria Pura do Direito, uma norma de escalão superior determina não só o processo em que a norma inferior é posta, mas também o conteúdo da norma a estabelecer. Esta determinação, no entanto, nunca é completa, cabendo ao aplicador do Direito a palavra final no que tange ao sentido a ser atribuído a uma regra legal.

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem a mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer<sup>22</sup>.

Desta constatação desenvolveu-se a ideia kelseniana de moldura, segundo a qual a norma do escalão superior deixaria sempre uma espécie de quadro a ser preenchido pela livre apreciação do aplicador do direito, percepção que vai de encontro à concepção tradicional da interpretação.

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo<sup>23</sup>.

Assim, também em Kelsen a interpretação seria iniciada por ato cognitivo – na medida em que seus “limites” seriam determinados pela norma de um escalão superior –, mas seria finalizada por ato de vontade particular ao operador do direito.

---

<sup>21</sup> KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior) P. 245

<sup>22</sup> KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior) P. 246

<sup>23</sup> KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior) P. 248

### **CAPÍTULO 03 – OS CONTORNOS DO DISCURSO NO UNIVERSO JURÍDICO**

A ocorrência de desavenças intersubjetivas é fato que pode ser observado de modo empírico em um espaço de convivência entre seres humanos. A solução destas disputas, no entanto, não poderia ser relegada à autotutela, pois seria impossível apostar no avançar de uma sociedade em que as discordâncias se resolvessem, rudimentarmente, pela força física de cada indivíduo.

Parece razoável afirmar, assim, que o Direito é dotado de uma estrutura particular apta a absorver as pretensões dos sujeitos e, por seus mecanismos, fornecer-lhes uma solução oficial. É sensato supor, pois, que a solução de conflitos por meio do Direito se faz por uma espécie de comunicação entre dois planos distintos.

Explica-se: apesar da gênese dos conflitos intersubjetivos ocorrer em um plano material, a sua solução jurídica se desenvolve por meio de um aparato abstrato. Desenvolve-se, por assim dizer, em outro “universo”. É evidente que existe entre esses dois âmbitos uma interligação – na medida em que resolve a esfera abstrata os conflitos cujo surgimento se deu em um mundo concreto –, como também guardam entre si uma relativa independência. Apesar de influenciado por fatores externos, o mundo jurídico dispõe de um mecanismo interno de funcionamento que visa a dirimir as lides que lhe são apresentadas.

Neste contexto, delimita-se o seguinte cenário: de um lado, dá-se o surgimento dos conflitos na concretude do mundo social; e, do outro, trabalha o aparato jurídico a fim de solucionar estes embates por meio de sua estrutura interna.

Embora possamos atualmente argumentar a favor da relação paradoxal entre estas duas instâncias, uma análise evolutiva das teorias que se propuseram a entender o Direito revela terem elas ignorado, por muito, a existência de um universo social relativamente independente das pressões externas e no interior do qual se produz e se exerce uma autoridade jurídica. Nada obstante, as práticas e os discursos jurídicos produzidos até então são produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: determina-se pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e,

concomitantemente, pela lógica interna das obras jurídicas, que delimitam o universo das soluções possíveis em direito<sup>24</sup>.

Notadamente, influencia-se este capítulo do trabalho pela produção jurídico-sociológica elaborada por Pierre Bourdieu e a sua definição de “campo jurídico”. O autor conceitua este espaço como o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o Direito, no qual se defrontam agentes investidos de competência social e técnica para realização de uma interpretação de textos que consagram uma visão justa e legítima do mundo social. Seria desta prerrogativa interpretativa de poucos que surge a ilusão da absoluta autonomia do Direito às pressões do mundo externo<sup>25</sup>.

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos contribui para manutenção de um caráter excludente no campo jurídico. Este mecanismo de funcionamento fortifica, assim, a cisão entre aqueles desprovidos de competência interpretativa e os operadores do direito, dando margem à execução de um contínuo trabalho de racionalização cujo intuito é o da manutenção de uma conjuntura na qual o sistema de normas jurídicas aparece aos que o impõem – e também aos que a ele se submetem – como independente das relações de força que o Direito consagra<sup>26</sup>.

Nota-se, desta maneira, que a interpretação jurídica é voltada para fins práticos, fornecendo àqueles que a desempenham um verdadeiro poder: o intérprete do Direito tem a possibilidade de escolher, dentre os possíveis significados de texto legal, aquele que melhor se coaduna com os seus interesses. Essa escolha, por sua vez, impacta de maneira direta e coercitiva a vida de outras pessoas que, ao menos em relação à matéria jurídica em discussão, ficam sujeitas aos querereres do jurista.

Não se pode ignorar, todavia, que acompanha este poder um verdadeiro fardo. A manutenção do campo jurídico enquanto espaço de concretização da vontade do intérprete e da sujeição daqueles que não interpretam normas jurídicas depende de uma atividade de escamoteamento: dá-se ao discurso

---

<sup>24</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 211.

<sup>25</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 212.

<sup>26</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 212.

jurídico contornos de pura racionalidade e ignora-se por completo a parcela de arbitrariedade inerente às decisões judiciais<sup>27</sup>.

De modo diferente da hermenêutica literária ou filosófica, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria a sua finalidade. Directamente orientada para fins práticos, e adequada à determinação de efeitos práticos, ela mantém a sua eficácia à custa de uma restrição de sua autonomia<sup>28</sup>.

O discurso racional é enxergado por Tércio Sampaio Ferraz Jr., como o tipo de discurso que se fundamenta. Para o autor, a discussão “racional” é aquela em que os agentes não deixam as ações linguísticas que executam determinarem-se por elementos exteriores à própria discussão. Os elementos comunicativos, a fim de manter a pretensa racionalidade característica do discurso jurídico, devem ser postos pela própria discussão em termos de mútuo entendimento entre os agentes.

Assim, por exemplo, a discussão que encetamos com o leitor pode ser captada como racional na medida em que a entrada de um novo elemento – o termo “racional” – se dá dentro dela, isto é, pressupõe o mútuo entendimento. Em outras palavras, poderíamos dizer que uma discussão é racional quando os agentes não se deixam determinar por meras emoções ou por meras tradições e costumes<sup>29</sup>.

Ao trazer à discussão a concepção de racionalidade nestes termos, é possível enxergar a razão com vetor capaz de fornecer distância e neutralidade ao discurso dos agentes jurídicos. O discurso racional – entendido como aquele que, além de afirmar, fundamenta – possibilitaria ao sujeito uma fuga dos condicionamentos exteriores que o rodeiam<sup>30</sup>.

Diante da imprescindibilidade de se fornecer racionalidade ao discurso, o campo jurídico exerce sobre a linguagem jurídica um efeito de apriorização: elabora uma verdadeira retórica de impessoalidade e de neutralidade. A seu turno, esta retórica não se constitui em mera máscara ideológica do direito, mas é a própria expressão do funcionamento do campo jurídico.

A maior parte dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica concorrem com efeito para produzir dois efeitos maiores. O efeito de neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais

<sup>27</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 213.

<sup>28</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 213.

<sup>29</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico** / Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2. – ed. – São Paulo : Saraiva. 1997. P. 30

<sup>30</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico** / Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2. – ed. – São Paulo : Saraiva. 1997. P. 29

como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativos e para construir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objectivo. O efeito da universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc.); o uso de indefinidos (“todo condenado”) e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores intersubjectivos que pressupõem a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”; o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais)<sup>31</sup>.

Este exercício de apriorização se manifesta nas diversificadas categorias em que se encaixam os intérpretes dotados de capital jurídico. Estes, comumente, distribuem-se entre dois polos. O primeiro é voltado para a produção de uma interpretação puramente teórica da doutrina, enquanto o outro destina-se à avaliação prática. A relação entre estes dois polos é marcada por uma situação de antagonismo e complementariedade. Antagonismo porque investem em interesses e visões de mundo dissonantes, ao mesmo tempo que se complementam na tarefa de manter a dominação simbólica do Direito por meio de um discurso pretensamente racional<sup>32</sup>.

Parece alinhar-se ao cenário até então apresentado a distinção kelseniana entre interpretação autêntica e interpretação não-autêntica do Direito. A primeira seria executada pelo órgão que o aplica e teria a capacidade de produzir direito positivo, ao passo que a última – fruto do esforço de pessoas privadas e, especialmente, da ciência jurídica – não teria esta prerrogativa<sup>33</sup>.

No realce desta distinção, aparenta também a Teoria Pura do Direito pôr sob o canhão de luz um teor excludente característico à atividade jurídica: confia-se a um pequeno grupo de pessoas a tarefa de determinar o direito aplicável a um caso concreto em razão de seu suposto preparo intelectual e de sua relação mais íntima com a dogmática jurídica. Esta competência teria o condão de fornecer à interpretação normativa executada por esses agentes um caráter neutro e justo, pretensamente autônomo das relações e pressões do mundo fático.

---

<sup>31</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 216.

<sup>32</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 219.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior) P. 245

Boa parte da confiança que se deposita nos enunciados jurídicos – nos juízos formulados linguisticamente pela dogmática jurídica – depende do crédito que se dá ao preparo intelectual e ao “conhecimento da lei”, ou mais especificamente, à intimidade do jurista com os textos normativos e as soluções dogmáticas já justificadas no passado por teorias e paradigmas teóricos compartilhados pelos membros de uma comunidade jurídica<sup>34</sup>.

Ocorre que o ideal de racionalidade pura das decisões jurídicas é insustentável. Como demonstrado pela concepção realista da interpretação jurídica, é inútil tentar procurar uma metodologia jurídica perfeitamente racional. O Direito move-se por escolhas e seus juízos possuem uma verdadeira função de invenção, embora seja precisamente esta face do direito que o discurso jurídico almeje ocultar.

É notório, portanto, que existe no discurso jurídico uma marcante ironia, como bem apontado por Pedro Parini Marques de Lima. Os juristas são irônicos à medida em que apresentam o discurso racional de um saber no lugar de um discurso volitivo.

Percebo uma ironia fundamental presente nos discursos jurídicos que formam decisões judiciais: estas são apresentadas como se não fossem o produto contingente de uma escolha, isto é, como se não se caracterizassem por uma tomada de posição, mas como se fossem o resultado de um cálculo racional necessário.

É como se a segurança e a legitimidade da produção do direito dependessem diretamente de seu caráter necessário e não contingente, como se o seu procedimento fosse absolutamente determinável e o seu resultado fosse reduzido exclusivamente a uma possibilidade única e, por conseguinte, pudesse ser considerado objetivamente válido<sup>35</sup>.

É certo que a persuasão e a submissão dos indivíduos que estão de fora do campo jurídico – ou seja, que não participam da corrida pelo direito de dizer o Direito – não se pode fazer por mero uso da força ou de maneira desarrazoada. O discurso jurídico convence exatamente porque é fundamentado. E é esta dinâmica retórica do direito que permite a uma classe dirigente de pessoas que tiveram acesso à educação a garantia da propriedade da palavra e, desta maneira, a manutenção de uma realidade social que lhes favorece<sup>36</sup>. Ratifica-se, pois, a tese de Bourdieu da interpretação jurídica enquanto instrumento de dominação e de poder simbólico.

---

<sup>34</sup> LIMA, Pedro Parini Marques de. **A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico** / Pedro Parini Marques de Lima. – Recife: O Autor, 2013. P. 261.

<sup>35</sup> LIMA, Pedro Parini Marques de. **A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico** / Pedro Parini Marques de Lima. – Recife: O Autor, 2013. P. 260.

<sup>36</sup> LIMA, Pedro Parini Marques de. **A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico** / Pedro Parini Marques de Lima. – Recife: O Autor, 2013. P. 263.

Não é raro, decerto, que o direito instrumento dócil, adaptável, flexível, poliformo, seja de facto chamado a contribuir para racionalizar ex post decisões em que não teve qualquer participação. Os juristas e os juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou a anfibologia das fórmulas jurídicas recorrendo quer à restrictio, processo necessário para se não aplicar uma lei que, entendida literalmente, o deveria ser, que à extensio, processo que permite que se aplique uma lei que, tomada à letra, não o deveria ser, quer ainda a todas as técnicas que, como a analogia, tendem a tirar o máximo partido da elasticidade da lei e mesmo de suas contradições, das suas ambiguidades ou das suas lacunas<sup>37</sup>.

O sentido atribuído a um texto legal é determinado, portanto, na situação dialógica entre os profissionais competentes do direito. É nesta disputa interpretativa – desenvolvida no campo jurídico de Bourdieu – que se determina o efeito jurídico do texto legal.

Por sua vez, o direito só pode manter a sua eficácia específica ao passo que é reconhecido. Ou seja, o esforço de ocultar a parcela de arbitrariedade que está na origem de seu funcionamento é necessário a fim de consagrar a crença na neutralidade e na autonomia do direito e dos juristas. Isto se faz por intermédio da construção de um discurso pretensamente racional<sup>38</sup>.

É neste contexto que se introduz a questão metodológica do direito.

---

<sup>37</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 224

<sup>38</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009. P. 244.

## CAPÍTULO 04 – SOBRE OS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Pelas considerações apontadas até o momento, parece oportuno destacar algumas premissas que auxiliarão na construção do estudo aqui desenvolvido.

- (a) Qualquer trabalho que tenho o fito de analisar uma espécie de discurso deve, de início, considerar os obstáculos impostos pelo uso de uma linguagem. Nesta conjuntura, como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a linguagem é ferramenta essencialmente imprecisa em razão de sua textura aberta que, no âmbito jurídico, dá forma a uma textura aberta do direito;
- (b) Tendo em vista esta incompletude essencial que acompanha a linguagem, não há sentido em enxergar a interpretação como atividade cognitiva cujo objetivo é a descoberta do sentido que se esconde por detrás dos textos. Em verdade, a melhor concepção da interpretação a enxerga sob uma perspectiva de vontade, na qual o mesmo enunciado comporta múltiplas significações determinadas no caso concreto pelo arbítrio do intérprete;
- (c) Malgrado a constatação de que, na atividade jurídica, existe uma patente atuação irracional, cabe ao que se entende por “direito” executar uma ordenação da conduta humana por meio de decisões judiciais aparentemente racionais e objetivas;
- (d) Cabe ao discurso, neste contexto, executar uma contínua tarefa de apriorização, valendo-se de ferramentas linguísticas a fim de ocultar a face de arbitrariedade que prevalece no universo jurídico e de apresentar aos operadores do direito e aos sujeitos excluídos do campo jurídico uma decisão “correta”;

É nesta situação que se localiza o debate sobre os métodos interpretativos, cuja função seria a de auxiliar o intérprete a encontrar uma suposta decisão “correta” para o caso concreto.

Conforme demonstrado no terceiro capítulo deste texto, o discurso racional é aquele em que, além de se afirmar, se fundamenta. Assim, a decisão

interpretativa elaborada pelo operador do Direito deve ser comunicada aos sujeitos que participam do debate jurídico de forma clara a fim de que haja espaço para um controle interpretativo mínimo. Primordialmente, o caminho que levou a determinada escolha interpretativa – embora não caracterize o intérprete a sua atividade enquanto escolha – deve ser pontualmente exposto para que os sujeitos envolvidos no debate em questão possam se convencer que a interpretação ora executada é objetiva e fundamentada em critérios científicos.

Atente-se que a discussão aqui proposta não parte do pressuposto de que a utilização dos métodos interpretativos possibilitaria o alcance da grande “decisão correta”, ideal utópico sustentado pela corrente tradicional da interpretação. Esta ideia, refutada desde o início deste trabalho, consiste numa idealização que muito mais serve à manutenção de ultrapassados paradigmas que a enfrentar a problemática da metodologia do Direito atual. Sem deixar de lado os métodos interpretativos consagrados pela prática jurídica, almeja-se identificar em que medida contribuem eles para construção de uma racionalidade típica das justificações judiciais.

É sabido que inexistente qualquer critério científico capaz de possibilitar a escolha de um dos significados possíveis de uma norma em detrimento de outro<sup>39</sup>. Nada obstante, a utilização dos métodos interpretativos persiste em contribuir à construção de uma fundamentação jurídica objetiva, pois constituem regras técnicas que visam à obtenção de um resultado e, com elas, procuram-se orientações aptas a lidar com o papel do direito de decidir conflitos<sup>40</sup>.

Nesse contexto, é bem verdade que se trata de esforço infrutífero tentar fundamentar juridicamente uma possível interpretação como correta em detrimento das demais. Apesar disto, a necessidade de interpretação se impõe justamente pelo fato da norma a aplicar, a despeito da utilização dos métodos interpretativos, permitir a eleição de mais de uma possibilidade de sentido. Muito embora não levem os métodos à decisão cientificamente verdadeira, a sua

---

<sup>39</sup> Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior) P. 248.

<sup>40</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação** / Tércio Sampaio Ferraz Júnior – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003. P. 286.

contribuição à fundamentação jurídica obriga a neles se reconhecer uma inegável importância ao raciocínio jurídico.

É sensível que, no Brasil, há um desdém teórico em relação aos métodos clássicos de interpretação. A bibliografia voltada para este tema é escassa, persistindo no imaginário acadêmico do Direito a ideia de que os métodos consistiriam em álibis teóricos cujo propósito seria o de eclipsar os reais motivos ideológicos da decisão judicial. Todavia, a Teoria do Direito de outros países tende, atualmente, a reabilitar a utilização dos cânones clássicos da interpretação, percebendo neles alguma utilidade para construção de uma tradição e de uma racionalidade próprias ao âmbito jurídico<sup>41</sup>.

Embora a postura crítica em relação aos métodos interpretativos seja dominante no âmbito teórico do direito, a atividade prática desenvolvida por seus operadores dificilmente é atingida por esta espécie de ceticismo. Há, entre os aplicadores da lei, o ideal – ou, ao menos, a exposição dele – de que a utilização destes métodos é plenamente capaz de demonstrar a (in)verdade de determinada tese jurídica, revelando-se, portanto, uma postura esquizofrênica:

(...) em sala de aula, eles aceitam ou até defendem (como professores ou alunos de cursos de pós-graduação *stricto sensu*) a impossibilidade da estruturação racional e/ou metódica do processo da interpretação jurídica; já no exercício prático de sua profissão, confiam no uso dos elementos metódicos tradicionais, empregando-os para solucionar os problemas que surgem nos casos concretos<sup>42</sup>.

E não poderia ser diferente. O objetivo do método é o de reduzir a subjetividade do intérprete e direcionar o seu agir para caminhos previsíveis. É bem verdade que quem almeje melhor entender a formação do convencimento de determinado julgador deve investigar em outras etapas da formação do juízo o que acarretou a sua escolha. Todavia,

(...) a prática diária da aplicação do Direito pelos órgãos estatais exige uma fundamentação objetiva e socialmente aceita das decisões, que mantenha a retórica da vinculação estrita entre o texto da lei e o resultado de sua

---

<sup>41</sup> KRELL, Andreas Joachim Krell. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo: P. 296

<sup>42</sup> KRELL, Andreas Joachim Krell. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo: P. 297

aplicação pelo agente público, ainda que este vínculo, no fundo, seja uma ficção<sup>43</sup>.

Não é por outro motivo que a utilização de um certo método deve estar intimamente ligada à sua capacidade de solucionar os conflitos jurídicos que tomam forma corriqueiramente na prática forense. A questão é que, ao serem observados sob uma perspectiva teórica, a Academia tende sempre a demonstrar a insuficiência do método em solucionar um caso raro ou difícil, o que termina por levar muitos profissionais à descrença em relação ao seu ofício.

Nesta conjuntura, o estudo dos métodos não tem como objetivo negar a parcela de irracionalidade que permeia as decisões em direito. Ao contrário, assume esta parcela sem ignorar que a argumentação racional deve ser esgotada quando da interpretação e da fundamentação das decisões judiciais. A discussão em voga deve tirar o foco da influência dos métodos interpretativos na gênese da decisão tomada pelo operador do Direito e reposicioná-lo sobre a possibilidade de se apresentar esta decisão como racionalmente justificada<sup>44</sup>.

Embora a filosofia da linguagem tenha acabado com a esperança de um conhecimento definitivamente assegurado na interpretação de textos normativos, isto não impede que os métodos possibilitem a concretização de uma segurança relativa. Isso porque, assumindo que argumentar significa indicar razões que deixem uma afirmação parecer justificada ou ao menos discutível<sup>45</sup> e que existe uma pretensão de correção objetiva no Direito, a metodologia jurídica fornece estruturas que tornam o processo de interpretação racionalmente controlável. E, neste contexto, seria precisamente por meio da utilização dos métodos que seria possível distinguir uma decisão arbitrária de uma decisão racionalmente fundamentada<sup>46</sup>.

Ante todo o exposto, passa-se, nesta etapa, à enumeração dos métodos interpretativos.

---

<sup>43</sup> KRELL, Andreas Joachim Krell. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo: P. 298

<sup>44</sup> KRELL, Andreas Joachim Krell. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo: P. 301

<sup>45</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª ed. Tradução de José Lamego. P. 212.

<sup>46</sup> KRELL, Andreas Joachim Krell. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo: P. 316

#### 4.1. Os Brocados Jurídicos

Os brocados jurídicos consistem em formas argumentativas não sistematizadas ligadas à tradição jurídica que, embora desprovidas de rigor científico, persistem a figurar nas decisões das práticas forenses.

Para Miguel Reale, os brocados atuam como ideias diretoras que não podem ser desprezadas pelos operadores do direito acriticamente. Isso porque a análise das antigas máximas leva à constatação de que algumas delas ainda representam diretivas de sensível valor prático quando empregadas criteriosamente<sup>47</sup>.

Em que pese a estas considerações, os brocados parecem fadados a passar, na visão de Carlos Maximiliano, de um exagerado prestígio a uma injusta impopularidade. Alerta que é necessário ter sempre em mente que, não só os brocados romanos, mas também os formulados por “doutores” jamais prevalecerão contra um texto moderno de direito<sup>48</sup>.

Justa a revolta contra os charlatões do pretório que fazem dos adágios panaceia para curar todos os males jurídicos, e os empregam, não só para interpretar a lei, mas até mesmo para a substituir, iludir ou sofismar<sup>49</sup>.

#### 4.2. Os Métodos Clássicos de Interpretação

Inicialmente destrinchados por Savigny, os métodos clássicos de interpretação surgem sob a égide de uma percepção clássica da aplicação do Direito, segundo a qual seria possível encontrar a tão sonhada “decisão correta”.

Inicialmente idealizadas como atividades que devem ser desenvolvidas em conjunto a fim de possibilitar ao intérprete a reconstrução do sentido almejado pelo legislador<sup>50</sup>, o funcionamento dos métodos positivistas de interpretação se coaduna com uma visão tradicional da interpretação, negando por completo a possibilidade da criação de uma norma quando da interpretação de um texto legal.

---

<sup>47</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale – 25. ed. – São Paulo : Saraiva, 2001. P. 300.

<sup>48</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 195.

<sup>49</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 198.

<sup>50</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª ed. Tradução de José Lamego. P. 16.

São quatro os métodos clássicos ou positivistas de interpretação: o literal, o sistemático, o histórico e o teleológico.

O **método literal ou gramatical** toma por base o uso geral da linguagem. Assume-se neste elemento interpretativo que a ordem das palavras e o modo como estão conectadas são importantes para que se obtenha um significado correto do texto legal.

É coerente afirmar que toda interpretação textual inicia-se com o critério literal de interpretação. A importância dada a este viés interpretativo se justifica por ser possível supor que o indivíduo que almeja comunicar algo se utiliza das palavras no sentido em que comumente são entendidas. Ao valer-se da linguagem corrente, o legislador deseja ser entendido pelo cidadão quando a ele se reporta<sup>51</sup>.

O surgimento do método literal de interpretação se dá com uma inegável influência da Escola da Exegese. Os exegetas enxergavam o ordenamento jurídico como capaz de lidar com qualquer situação que se desenhasse no mundo fático. Seria, portanto, completo. Diante desta completude, o dever primordial do jurista seria o de se ater ao texto, sem procurar soluções estranhas a ele. Ao enxergar a lei enquanto declaração de vontade, deve a sua interpretação reproduzir com exatidão e fidelidade este intuito legislativo<sup>52</sup>.

Evidentemente, tomando por base os avanços da filosofia da linguagem, é insensato acreditar que as palavras possuiriam um sentido literal estático e que não se adaptasse às circunstâncias do uso. Daí a problemática de se reivindicar a termos necessariamente ambíguos e vagos a existência de um sentido literal, o que viabiliza e fortifica as críticas elaboradas ao critério literal de interpretação.

O **método sistemático**, por sua vez, compreende a atividade de esclarecer o sentido de um dispositivo legal com o auxílio de outro. Pressupondo a existência de um ordenamento jurídico pretensamente consistente – sem

---

<sup>51</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª ed. Tradução de José Lamego. P. 451.

<sup>52</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale – 25. ed. – São Paulo : Saraiva, 2001.p .261.

contradições – e coeso – dotado de uma estrutura interna de referência –, o critério sistemático insere-se numa lógica nitidamente positivista do direito e alinhada ao ideal de racionalidade moderno.

Considerando que cada artigo de uma lei situa-se em um capítulo ou em um título, seu valor depende de seu posicionamento sistemático<sup>53</sup>.

Ao analisarmos **método histórico**, é possível compreendê-lo como aquele em que se busca a real vontade do legislador ao editar o texto legal. Não se trata, no entanto, da reprodução da vontade legislativa original, mas de ponderá-la com o contexto histórico em que se está inserido.

O surgimento de uma determinada regra se dá por determinados motivos existentes em um contexto histórico. Com o passar do tempo, estes motivos podem ter sofrido modificações e, em certos casos, até mesmo desaparecido. É este o motivo que exige que a aplicação da norma seja acompanhada de um raciocínio histórico, pois embora a lei nasça para satisfazer certos ditames de seu tempo, seu conteúdo não é imutável. A lei, uma vez produzida, passa a ter vida própria, recebendo influências do ambiente em seu entorno e, portanto, sofrendo uma transformação em seu significado<sup>54</sup>.

Finalmente, por **método teleológico** se denomina a busca pelo descobrimento da finalidade do texto legal. O fim de uma norma assume função decisiva no significado de um dispositivo legal, de modo a, por vezes, afastarem-se algumas questões semânticas com vistas a investigar se determinada interpretação alcança ou não o objetivo que se se quer produzir para a resolução de conflitos a que se propõe o Direito.

Na contramão dos demais elementos metodológicos, o método teleológico perquire sobre algo externo ao texto legal. Procura averiguar a orientação instrumental da norma. Isso dá ao intérprete uma considerável liberdade na tentativa de alcançar o resultado tido como correto.

---

<sup>53</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale – 25. ed. – São Paulo : Saraiva, 2001.p .262.

<sup>54</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale – 25. ed. – São Paulo : Saraiva, 2001.p .266.

### **4.3. Os Métodos pós-Positivistas de Interpretação**

Da análise dos métodos positivistas do Direito, é possível depreender uma incessante preocupação de manutenção da racionalidade a fim de atingir um estado de segurança jurídica. Esta situação se explica, mormente, pelo contexto de surgimento desta metódica clássica, na qual, posteriormente a um regime absoluto, a lei surge como expressão máxima da soberania popular apta a embasar a criação dos Estados modernos.

Não é difícil imaginar, assim, a criação de um ambiente positivista em que ocorre uma imensa valorização do diploma normativo. O status alcançado pela lei e pelo rigor do método é reflexo da preocupação de limitar a atuação dos governantes e de excluir do Direito a influência de fatores externos. Não é por outro motivo que, em Kelsen, formulou-se uma teoria preocupada com a pureza do Direito.

Diante deste cenário, o que denominamos aqui como pós-positivismo vai para além do ideal de segurança jurídica e de cientificidade pura almejado pelo positivismo jurídico. Surgidas em uma época posterior à Segunda Grande Guerra, para as teorias pós-positivistas a busca pela onipotência da razão e da pureza do método jurídico não mais faziam sentido no âmbito da atividade jurídica. O Direito, nos moldes até então concebido, permitiu a prática de atrocidades de cunho fascista.

É por isso que o pós-positivismo, enquanto novo pensamento jusfilosófico, entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do Direito com uma pretensão de correção do sistema. A manutenção do Direito nos moldes do positivismo não mais faz sentido, em primeiro lugar, pelo pluralismo e pela complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema normativo codificado e, em segundo, pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, a exemplo do genocídio de judeus na Alemanha nazista. Ocorre, então, uma tentativa de firmar bases filosóficas para sanar esta problemática, com o

objetivo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica de normas aplicáveis concretamente<sup>55</sup>.

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais<sup>56</sup>.

Conforme se demonstrou nos capítulos um e dois deste trabalho – mais precisamente no momento de abordagem das teorias de Herbert Hart e de Hans Kelsen –, o positivismo de viés normativista obteve sucesso em atestar que a interpretação, por maior que seja a pretensão de racionalidade de seus agentes, é atividade de contornos cognitivos e, de igual sorte, discricionários.

Em Hart, o direito possui uma textura aberta que dá aos tribunais uma função criadora de regras. Diante do caso insólito, a linguagem jurídica é incapaz de atestar com clareza a aplicação ou não de uma norma, decisão que caberá à subjetividade de cada julgador.

Kelsen, a seu turno, é categórico ao afirmar que uma norma de escalão superior determina o conteúdo de uma norma inferior e estabelece uma espécie de moldura: por mais que a regra hierarquicamente superior delimite os possíveis significados de um texto normativo, o preenchimento desta moldura será feito pela livre apreciação do intérprete.

Nota-se, neste contexto, que o positivismo jurídico teve sucesso em criar fundamentos para o Direito se estabelecer como ciência e para efetivação do ideal de segurança jurídica. Ao mesmo tempo, as teorias de cunhos normativistas possuem um inegável teor formal e são voltadas para descrição do objeto jurídico: Hart e Kelsen, pensadores cujas teorias foram tomadas como base para tese aqui desenvolvida, limitaram-se a atestar a insuficiência da atividade interpretativa em atingir um resultado completamente racional e científico. Nenhum destes autores se

---

<sup>55</sup> BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella e FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. P. 112.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neonconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: BOLETIM de Direito Administrativo, São Paulo, ano 23, n. 1, p. 20-49. jan. 2007. P. 22.

propôs a enfrentar a questão da arbitrariedade intrínseca à atividade jurídica. E é exatamente isto a que se propõem as teorias pós-positivistas.

Denominam-se como pós-positivistas as doutrinas cujo intuito primordial é o enfrentamento da discricionariedade e a superação do positivismo jurídico no que diz respeito, primordialmente, ao problema da validade material do Direito, incorporando, contudo, os avanços alcançados pela teoria positivista.

O atual pensamento pós-positivista tem duas características principais que procurei descrever: (i) no que diz respeito ao fundamento de validade do Direito combate em parte o Positivismo e em parte o Jusnaturalismo e, ao mesmo tempo, acolhe ambos, fazendo uma síntese e (ii) extrai da constatação positivista da existência dos princípios uma consequência diferente daquela extraída pelos positivistas: procura reduzir e não simplesmente descrever a discricionariedade do juiz. O faz através de teorias da argumentação<sup>57</sup>.

Diferentemente do positivismo jurídico, cujo intuito era o de descrever o Direito com o ideal de racionalidade moderno, o pós-positivismo se afirma como um novo pensamento jusfilosófico apto a impor limites valorativos ao aplicador do direito com uma pretensão de correção do sistema. Tendo em vista que critérios somente formais de validade se demonstraram insuficientes para o funcionamento esperado do Direito, o pós-positivismo se ocupou em acrescentar alguns parâmetros morais de justiça à atividade jurídica<sup>58</sup>.

Tendo ciência de que a forma de lidar com a discricionariedade do juiz é o traço marcante de distinção entre o positivismo e o pós-positivismo jurídico – limitando-se aquele a descrevê-la ao passo que tenta este, nos dizeres de Travessoni, reduzi-la –, passa-se a tecer alguns comentários acerca dos métodos pós-positivistas de interpretação, tomando por embasamento, especificamente, os estudos de Dworkin e Alexy.

A tese desenvolvida por Ronald Dworkin se propõe a enfrentar o problema da discricionariedade do julgador por meio de uma crítica contundente à tese de Herbert Hart. Para o positivista normativo, a solução dos *hard cases* – aqueles em que não há clareza quanto a aplicação de uma norma – seria alcançada

---

<sup>57</sup> TRAVESSONI, Alexandre. **Kant e o pós-Positivismo no Direito**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. P. 64.

<sup>58</sup> BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella e FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. P. 111.

por meios não jurídicos consistentes na função criadora do magistrado. O pensador americano, em contrapartida, afirma que ainda diante destes casos insólitos seria possível encontrar uma solução imanente ao Direito, vez que o ordenamento jurídico não seria composto somente de regras. Estas, na verdade, seriam uma espécie do gênero normas, assim como também o são os princípios. Nesta toada, a solução do caso insólito seria dada pela aplicação de um princípio.

De acordo com Dworkin, as regras e os princípios possuiriam estruturas lógicas distintas. Enquanto as regras obedeceriam à lógica do tudo-ou-nada, os princípios possuiriam uma dimensão de peso que deveria ser encontrada pelo intérprete no momento de resolução do caso concreto.

A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. Nessa direção, a distinção elaborada por Dworkin não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica<sup>59</sup>.

A seu turno, Robert Alexy, com base na distinção estabelecida por Dworkin, desenvolve uma teoria dos direitos fundamentais. Tendo em vista que regras e princípios constituem diferentes tipos de normas, a solução de conflitos entre eles se opera de maneira distinta.

No caso das regras, a solução do conflito dependeria da declaração de invalidade de uma delas. Por sua vez, caso o conflito em análise seja entre princípios, deve-se proceder com uma análise de precedência, isto é, de qual deles, no caso concreto, merece mais relevância.

A distinção entre princípios e regras - segundo Alexy - não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na

---

<sup>59</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 28.

medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações prima facie, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes<sup>60</sup>.

Alexy prega, portanto, a utilização do método de sopesamento de princípios conflitantes, que exigiria a avaliação de três elementos distintos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação procura verificar se uma lei respeita os meios e os fins admitidos pelo texto constitucional. A necessidade ou princípio da menor ingerência possível consiste na necessidade de se examinar a existência de meios menos danosos a fim de se atingir a finalidade almejada. A proporcionalidade em sentido estrito seria o critério que verifica a relação custo-benefício da medida, isto é, a ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.

Traçado este panorama, passa-se a analisar a incidência destes métodos interpretativos na cultura jurídica brasileira.

---

<sup>60</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 30.

## CAPÍTULO 05 – ANÁLISE DE CASO

A análise aqui desenvolvida terá por objeto decisão judicial prolatada pela 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte no corrente ano de 2017.

Num cenário de revolução do setor de transporte privado urbano, as ações envolvendo a empresa Uber na Justiça do Trabalho aumentam a cada dia. Baseada na concepção de tecnologia disruptiva, a ideia principal da empresa é a de se apresentar como uma plataforma digital, destinada a oferecer um serviço semelhante ao táxi tradicional<sup>61</sup>.

Pela expressão “tecnologia disruptiva”, busca-se denominar o produto ou o serviço com aptidão para se inserir em um novo mercado e desestabilizar os concorrentes que antes o dominavam.

Uma tecnologia disruptiva é aquela que causa uma disrupção, ou seja, uma ruptura, um rompimento no padrão de alguma coisa. Um exemplo é a fotografia digital, que evoluiu em detrimento da analógica. Existia todo um setor de negócios que suportava lojas de revelação, ampliação e fabricação e distribuição de filmes fotográficos até o final dos anos 1990, quando a tecnologia digital veio e dominou o mercado<sup>62</sup>.

Tendo em vista que a relação jurídica entre a Uber e seus motoristas ainda não possui contornos concretamente definidos na jurisprudência pátria, a escolha deste objeto de estudo não se deu com grandes dificuldades. Discussões sobre reformas trabalhistas têm marcado o cenário atual do país.

De um lado, há os que defendem mudanças profundas na dinâmica que possui hoje o Direito do Trabalho brasileiro. O principal argumento é o de que as leis trabalhistas em vigor consistiriam em uma legislação obsoleta e inspiradas no fascismo de Mussolini, dando forma a relações trabalhistas nas quais o Estado teria um papel de hipertrofia e a diretriz de tutelar exacerbadamente o campo privado das pessoas, invadindo seus íntimos<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> REZ, Rafael. **Marketing de conteúdo: a moeda do século XXI**. São Paulo: DVS Editora, 2016.

<sup>62</sup> ECONOMISTA. **Tecnologias disruptivas e economia**. Disponível em <<https://www.oeconomista.com.br/tecnologias-disruptivas-e-a-economia/>>. Acesso em 12.05.2017.

<sup>63</sup> BRASIL. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei no 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que altera o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.

Paralelamente, defendem outros que as propostas de mudanças trabalhistas subverteriam a proteção edificada ao longo de dois séculos. Segundo esta corrente, a história teria demonstrado de forma cabal que sem direitos trabalhistas não há consumo nem concorrência saudável, o que, conseqüentemente, inviabilizaria o sustento de um sistema capitalista de produção. Ademais, defende-se que a tentativa de atribuir à Consolidação das Leis Trabalhistas um caráter fascista é uma completa negação da realidade, vez que o grande compromisso do Direito do Trabalho é o de conferir proteção aos indivíduos que trabalham<sup>64</sup>.

Fixada esta ideia inicial, passaremos à análise da sentença que reconheceu a existência de vínculo empregatício entre a Uber e seus motoristas. De início, destacaremos os argumentos de relevância da sentença, para, em seguida, cartografar os recursos discursivos utilizados pelo magistrado.

### 5.1. Da Situação Fática dos Autos

O embate levado ao Judiciário tem como ponto fulcral o reconhecimento de vínculo empregatício entre o Reclamante e a empresa Uber.

Neste contexto, o magistrado anuncia, por meio de seu **argumento n. 01**, que se faz necessária a compreensão do caso na conjuntura de funcionamento dos sistemas produtivos contemporâneos, pois estamos diante de um novo modelo de organização do trabalho.

A partir da segunda década do século XXI, assistimos ao surgimento de um fenômeno novo, a " ", que, muito embora ainda se encontre em uberização nichos específicos do mercado, tem potencial de se generalizar para todos os setores da atividade econômica. A ré destes autos empresta seu nome ao fenômeno por se tratar do arquétipo desse atual modelo, firmado na tentativa de autonomização dos contratos de trabalho e na utilização de inovações disruptivas nas formas de produção.

Não há trabalho que não tenha nascido sob a égide do conhecimento e da tecnologia. Uma das marcas do capitalismo é exatamente esta. Da máquina a vapor à inteligência artificial, não podemos ignorar a importância dos avanços tecnológicos na evolução das relações laborais.

---

Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016)>. Acesso em 12.05.2017.

<sup>64</sup> MAIOR, Jorge Souto. **Análise do Projeto de Reforma Trabalhista**. Disponível em <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>>. Acesso em 05.05.2017.

Partindo da ponderação histórica inicialmente feita, o juiz propõe a definição do Direito do Trabalho enquanto um conjunto de normas cujo objetivo seria o de constituir uma regulação do mercado de trabalho e preservar um patamar civilizatório mínimo. Este é o seu **argumento n. 02**.

É neste contexto que devemos perceber o papel histórico do Direito do Trabalho como um conjunto de normas construtoras de uma mediação no âmbito do capitalismo e que tem como objetivo constituir uma regulação do mercado de trabalho de forma a preservar um 'patamar civilizatório mínimo' por meio da aplicação de princípios, direitos fundamentais e estruturas normativas que visam manter a dignidade do trabalhador.

Em seu **argumento de n. 03**, julgador afirma que a existência ou não da relação de emprego deve nortear-se pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma, o que ensejaria uma apreciação da presença ou ausência dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

O exame acerca da existência ou não de relação de emprego, como ordinariamente ocorre, deve nortear-se pelo Princípio da primazia da realidade sobre a forma, de modo que a análise de eventual existência de vínculo de emprego entre a ré e seus motoristas passa, preambularmente, pela apreciação da presença ou ausência dos elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

Tendo lançadas estas premissas, a sentença então recorre, em seu **argumento de n. 04**, à definição de “empregado” com base no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Para que haja vínculo empregatício no caso em apreço, devem estar nitidamente configurados estes cinco elementos: a existência de pessoa física, a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade e, por fim, a subordinação.

Passa-se, então, a enfrentar a existência de cada um desses elementos ao longo do processo.

No que tange à pessoalidade, o **argumento n. 05** é construído pela explicitação do conceito trazido por Maurício Godinho Delgado e seguida de citações aos depoimentos das testemunhas juntados aos autos. O **argumento de n. 06**, a seu turno, se configura no uso do princípio da conexão trazer à sentença trecho constante nos termos de segurança estabelecidos pela Uber. O **argumento n. 07**, finalmente, afasta a tese da Reclamada de que não haveria pessoalidade por meio de um exemplo baseado em conhecimentos rotineiros e cotidianos.

Conforme enfatiza o Professor Maurício Godinho Delgado "é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador" (Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016).

(...)

Com amparo no Princípio da conexão, transcreve-se trecho dos termos de segurança estabelecidos pela demandada:

(...)

O argumento não procede. Não se pode confundir a pessoalidade marcante da relação motorista-Uber com a impessoalidade da relação usuário-motorista. Assim, da mesma forma que, na maioria das vezes, não podemos escolher qual cozinheiro irá preparar nosso prato em um restaurante ou qual vendedor irá nos atender em uma loja de sapatos, não é dado ao usuário do aplicativo indicar qual motorista o transportará.

Em relação à onerosidade, o magistrado procede novamente a uma definição do termo em análise. Desta vez, no entanto, o **argumento n. 08** é composto por sua própria definição, e não mais do conceito elaborado pela doutrina. Em seguida, a estruturação do **argumento n. 09** toma forma principiológica, recorrendo o juiz ao princípio da primazia da realidade sobre a forma.

A onerosidade pode ser tida como o aspecto da relação empregatícia concernente à existência de contraprestação econômica pelo trabalho do empregado posto à disposição do empregador.

(...)

A afirmação da reclamada de que era o reclamante, enquanto contratante, que a remunerava pela utilização da plataforma digital não se sustenta à luz do Princípio da primazia da realidade sobre a forma, por afrontar cabalmente a realidade dos fatos.

No que concerne à não-eventualidade, o magistrado começa por ponderar que se trata de elemento controvertido no âmbito do Direito do Trabalho em torno do qual foram construídas distintas teorias. O **argumento n. 10**, assim, começa por novamente recorrer à definição doutrinária Maurício Godinho Delgado para, então, optar pela combinação das teorias dos fins de empreendimentos e da eventualidade. O **argumento n. 11**, novamente, menciona o princípio da primazia da realidade sobre a forma. O **argumento n. 12**, por sua vez, recorre ao artigo 235, § 13º, da CLT. O **argumento n. 13**, a seu turno, traz à argumentação ponderações elaboradas em sede de decisão estrangeira.

O Professor Maurício Godinho Delgado, em sua obra Curso de direito do trabalho, sistematiza os principais conceitos e teorias acerca da não-

eventualidade: a teoria do evento, dos fins do empreendimento e da fixação jurídica ao tomador de serviços. Pondera o citado autor:

(...)

Na direção apontada na obra em referência e pelo que revela todo o contexto fático probatório delineado nestes autos, tem-se que a melhor definição para a hipótese do presente caso é a teoria dos fins do empreendimento, combinada com a teoria da eventualidade.

(...)

Essa reflexão deve ser orientada, novamente, pelo Princípio da primazia da realidade sobre a forma, segundo o qual "em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos" (Américo Plá Rodriguez - Princípios do Direito do Trabalho).

(...)

Cabe ainda destacar as previsões normativas e o regramento específico aplicáveis ao motorista profissional, conforme art. 235, § 13º, da CLT.

(...)

Por fim, cabe destacar trecho da brilhante decisão do Tribunal do Reino Unido, o Employment Tribunal de Londres, que recentemente reconheceu que transporte é o ramo de atuação da demandada.

Finalmente, propõe-se o magistrado a enfrentar o elemento da subordinação, o que faz por meio de sete argumentos.

O **argumento n. 14** alude à definição do termo pelo Professor Maurício Godinho Delgado e, em seguida, a depoimentos testemunhais. No **argumento de n. 15**, novamente o julgador pondera que o caso em apreço deve ser entendido sob a perspectiva do mundo contemporâneo, tendo em vista que somente o avanço tecnológico atual poderia dar vazão a uma técnica de vigilância da forma de trabalho. Valendo-se ainda da reflexão elaborada sobre o contexto histórico e conjugando-a com o previsto no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, novamente são tecidos comentários à finalidade do Direito do Trabalho. Este é o **argumento n. 16**.

Contudo, o conceito de subordinação, a despeito de sua importância, é também o mais complexo de se identificar em uma relação de trabalho. Primeiro por se tratar de critério natural e historicamente elástico que com o passar do tempo precisou se expandir para se adaptar às mudanças ocorridas no mundo do trabalho. Segundo porque é um elemento multidimensional como observa o Min. Maurício Godinho Delgado ao relatar que:

(...)

Aqui cabe um adendo: somente o avanço tecnológico da sociedade em rede foi capaz de criar essa inédita técnica de vigilância da força de trabalho. Trata-se de inovação da organização ' ' do trabalho com potencial exponencial de uberiana replicação e em escala global.

E, assim, entramos neste 'admirável mundo novo' no qual os atos humanos de exteriorização do poder diretivo e fiscalizatório não mais se fazem necessários e são substituídos por combinações algorítmicas, reclamando, conseqüentemente, novas dimensões teóricas e atualizações do Direito do Trabalho para que este importante e civilizatório ramo do direito não deixe passar despercebida a totalizante forma de subordinação e controle construídas dentro de uma forma de flexibilização.

O mundo mudou e o Direito do Trabalho, como ramo jurídico concretizador dos direitos sociais e individuais fundamentais do ser humano (art. 7º da Constituição da República), precisará perceber toda a dimensão de sua aplicabilidade e atualidade. Na era da eficiência cibernética, é preciso se atentar que o poder empregatício também se manifesta por programação em sistemas, algoritmos e redes.

No que tange aos **argumentos n. 17 e n. 18**, possui o primeiro um viés filosófico, ao passo que o último faz menção a outros dispositivos do ordenamento jurídico. O **argumento n. 19** se volta, novamente, para finalidade do Direito do Trabalho, mas desta vez sob uma perspectiva da dignidade da pessoa humana. O **argumento n. 20** cita o artigo 8º da CLT e colaciona à fundamentação decisões estrangeiras.

O filósofo utilitarista, Jeremy Bentham com seu panóptico não poderia ter imaginado algo semelhante. Estamos diante de uma questão ética fundamental, destas que definem o caráter civilizatório de uma sociedade.

Estariamos construindo um 'algoritmo Eichmanniano'? A categoria politico-filosófica da chamada banalidade do mal pensada pela filósofa Hannah Arendt com uma roupagem algorítmica? Estamos construindo um mercado no qual o detentor do capital, que organiza a extração de valor de toda a força de trabalho à sua disposição, institui formas de poder e controle algorítmico, que prescindem da intervenção humana e com poder para uso disciplinar inclusive para decretar o fim da relação de emprego, sem qualquer possibilidade de contraditório? Estes são alguns dos desafios éticos acerca dos quais os operadores do direito deverão se preocupar.

Após essas necessárias considerações e voltando ao exame do controle algoritmo na perspectiva da caracterização do elemento fático-jurídico da subordinação, imprescindível mencionar a Lei 12.551/2011, que ao modificar o art. 6º da CLT, regulamentou novos aspectos da supervisão do trabalho na contemporaneidade.

(...)

Com a nova lei, equipararam-se os meios telemáticos e informatizados de supervisão aos meios pessoais e diretos de comando homenageando-se assim a força atrativa do Direito do Trabalho e sua permanente busca pelo alcance de seu manto protetor ao maior número de trabalhadores possível.

(...)

Assim, resta evidenciado o quadro de exploração de mão-de-obra barata que não se coaduna com as normas do nosso ordenamento jurídico, cabendo, pois, ao Direito do Trabalho, o controle civilizatório para proteção social dos trabalhadores e, por via de consequência, da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República.

(...)

É por conta disto que a boa e sábia CLT, em seu art. 8º, prevê até mesmo o uso do direito comparado como fonte subsidiária.

## **5.2. Dos Recursos Discursivos Utilizados pelo Intérprete**

A legitimidade conferida aos pronunciamentos judiciais se deve, dentre outros motivos, a atividade dos operadores do direito em produzir um discurso voltado para a objetividade e pretensamente racional. Afim de que possam executar esta tarefa continuamente, recorrem estes operadores a quatro níveis de recursos discursivos. São estes recursos que, com base na sentença-objeto, passamos a enumerar.

### **5.2.1. Decisão Interpretativa – DI**

A decisão interpretativa pode ser entendida como a atribuição de uma interpretação dotada de suposta validade geral a um texto normativo.

No caso em apreço, o texto legal de maior peso do qual parte toda a fundamentação construída pelo magistrado é o artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, dispositivo do qual o intérprete extrai os elementos necessários para o reconhecimento da relação de emprego: a imprescindibilidade de uma relação estabelecida com pessoa física, a personalidade, a onerosidade, a não-eventualidade e a subordinação.

A presença do vínculo empregatício só pode ser atestada uma vez que estejam presentes os cinco elementos que o compõem. Desta forma, o magistrado termina por executar múltiplas DI's ao longo de sua fundamentação, atribuindo a cada elemento uma interpretação dotada de uma pretensa validade geral. Este exercício é flagrantemente exposto quando da elaboração do argumento n. 10, ocasião em que opta por se valer das teorias dos fins de empreendimentos e da eventualidade para analisar a presença da não-eventualidade no caso e camufla esta sua escolha através da apresentação de um conceito doutrinário.

### 5.2.2. Modelos Interpretativos – MI

A fundamentação com base nos modelos interpretativos consiste na apresentação de argumentos legalmente codificados. Busca-se, com este recurso discursivo, demonstrar o percurso trilhado pelo jurista a fim de encontrar o significado normativo escolhido. Neste campo, os intérpretes geralmente se valem dos brocardos jurídicos, dos métodos clássicos de interpretação e da metodologia pós-positivista.

Também aos modelos interpretativos recorre o magistrado a fim de construir sua fundamentação. Embora não haja, em sua sentença, menção a qualquer brocardo jurídico, faz farto uso de metodologia clássica e pós-positivista.

O juiz começa a análise de cada um dos elementos formadores da relação de emprego pela delimitação de seu **sentido literal**, às vezes recorrendo a conceitos doutrinários e, por vezes, expondo seu próprio entendimento. A utilização deste método clássico de interpretação pode ser percebido nos argumentos n.05, n. 08, n. 10 e n. 14.

Superando a perspectiva gramatical dos textos que interpreta, o juiz também focou na estrutura sistemática do ordenamento jurídico. Valeu-se, portanto, do **método sistemático** de interpretação ao mencionar outros dispositivos legais, o que ocorreu nos argumentos de n. 12, n.18, n. 16 e n. 20.

Outra ponderação de peso à argumentação do intérprete foi a que envolvia reflexões acerca do contexto histórico em que se encontram o litigante. Desta maneira, não economizou o magistrado comentários à necessidade de se interpretar o Direito do Trabalho sob a perspectiva da contemporaneidade, pois, segundo ele, somente levando em consideração o as relações do mundo atual é que se pode chegar ao significado justo e correto dos elementos aptos a configurar a relação de emprego.

A utilização do **método clássico histórico** é perceptível nos argumentos n. 01, n. 02, n.15 e n. 16.

Esgotando os métodos clássicos interpretação de que dispunha a fim de fundamentar seu posicionamento, o juiz também se utiliza do **método**

**teleológico** quando aduz, em inúmeros momentos, a finalidade do Direito do Trabalho. Esta atividade pode ser percebida nos argumentos de n. 02, n. 16, n. 18 e n.19.

Ultrapassadas estas possibilidades interpretativas, a argumentação do magistrado assume um caráter mais pós-positivista ao recorrer a **princípios** para justificação de suas escolhas interpretativas. É o que se pode perceber nos argumentos n. 03, n. 06, n. 09, n. 11 e n. 19.

### **5.2.3. Argumentos não-Codificados Legalmente – ANCL**

Ao reivindicar a correção de suas escolhas interpretativas, os operadores do direito terminam por se valer de diferentes argumentos não codificados legalmente. É o que ocorre na sentença em comento quando, no argumento n. 07, o magistrado utiliza-se de um exemplo baseado em conhecimentos corriqueiros do cotidiano para afastar a tese da Reclamada. Isto se repete aos argumentos n. 13, n. 17, n.18 e n. 20, quando refere-se o juiz a decisões estrangeiras, explicita uma série de ponderações filosóficas e éticas a fim de construir sua sentença.

### **5.2.4. Estrutura Discursiva – ED**

A quarta ferramenta é a estrutura do discurso produzido, englobando e dirigindo não apenas os mecanismos argumentativos mencionados acima, mas também um complexo conjunto de mecanismos linguísticos e retóricos através do qual o propósito de transmitir certeza, neutralidade e objetividade pode ser atingido.

É o que se observa pela utilização de verbos atestivos na terceira pessoa do singular, como em “a ré *contesta* as alegações da petição inicial. *Afirma* que é empresa que explora plataforma tecnológica que permite a usuários de aplicativos solicitar, junto a motoristas independentes, transporte individual privado”; pela utilização de definições doutrinárias a fim de camuflar a arbitrariedade da escolha de um sentido em detrimento de outro, como no caso do argumento n.10.

Nesta conjuntura, mantém o magistrado, através de recursos como estes, a “neutralidade” e “racionalidade” que se espera de sua decisão.

## CONCLUSÃO

Buscou-se abordar, neste trabalho de conclusão de curso, a artimanha característica do discurso jurídico quando da construção de decisões judiciais. Sua tese é a de que a legitimidade conferida a estes pronunciamentos se sustenta (também) pela tentativa dos magistrados de apresentar a decisão judicial como fruto de um saber científico, metodológico e racional, muito embora opere o Direito por alguns atos de vontade.

Adequou-se o trabalho ao projeto desenvolvido pelo Professor Doutor Gustavo Just da Costa e Silva no âmbito da Universidade Federal de Pernambuco. O tópico geral explorado, assim, teve como foco as variações no discurso jurídico interpretativo voltado para a objetividade.

Considerando que a atividade de racionalização do Direito recorre a instrumentos de nível linguístico para se perpetrar, detemo-nos em identificar o mecanismo de funcionamento das diferentes estratégias e técnicas que tornam possível aos operadores do Direito a produção de um discurso pretensamente autônomo e neutro. Para tanto, buscamos mapear, ao longo da decisão-objeto, as decisões interpretativas, os modelos interpretativos, os argumentos não codificados legalmente e a estrutura discursiva de que se valeu o julgador.

Nesta perspectiva, contactou-se que a 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, quando do julgamento do Processo n. 0011359-34.2016.5.03.0112,

- (a) Partindo do artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, extraiu os elementos necessários para o reconhecimento da relação de emprego e atribuiu a cada um deles um significado dotado de uma pretensa validade geral. Esta atividade fica evidente quando da observância do argumento n. 10;
- (b) Valeu-se, imensamente, dos métodos de interpretação clássicos e pós-positivistas para construção de sua sentença. Ao todo, recorreu a esta metodologia 16 vezes, quatro para cada método interpretativo clássico.

Também não se deteve o magistrado em utilizar a metodologia pós-positivista, recorrendo a princípios em cinco de seus argumentos;

- (c) Utilizou-se de argumentos não-codificados legalmente em cinco momentos de sua decisão. Estes argumentos, em conjunto com a utilização dos métodos pós-positivistas, dão ao julgador uma maior margem de liberdade no momento de aplicação da norma. Propiciam que o julgador possa dar ao teor político de sua decisão ares de racionalidade jurídica, sempre mencionado um dispositivo legal;
- (d) Construiu uma estrutura discursiva preocupada com a manutenção de um discurso no qual a decisão jurídica se baseia em parâmetros estritamente legais, ainda que influenciada pela contemporaneidade e ideologias particulares;
- (e) Ao analisar cada elemento componente do vínculo empregatício, a fundamentação se inicia pela definição do termo, acompanhada, por vezes, de algum argumento de autoridade elaborado pela doutrina – pelo Professor Maurício Godinho Delgado, especificamente. Também foram utilizados os métodos teleológico e sistemático a fim de dar à norma analisada o sentido almejado pelo intérprete;
- (f) Elaborou uma sentença inovadora na medida em que reconhece novas formas de vigilância, alinhadas aos contornos contemporâneos desenhados pelo avanço tecnológico;

Pelo exposto, é possível afirmar que tem razão Andreas Krell ao argumentar que, embora os métodos clássicos de interpretação sejam duramente criticados na vivência acadêmica do direito, ainda assumem um papel fulcral no processo decisório prático.

Em tempo, também se constatou, pela análise da estrutura discursiva da sentença, uma preocupação do magistrado em se utilizar de formas impessoais de linguagem a fim de manter um discurso imparcial e neutro. Esta postura, ainda que criticável do ponto de vista da teoria do direito, é essencial à realidade forense, pois, como assentado no decorrer deste trabalho, serve ao efeito de apriorização que deve acompanhar, como explica Bourdieu, a atividade dos juristas.

Mantém-se, portanto, também na decisão analisada, a face oculta do Direito, repleta de quereres e à qual a utilização de métodos interpretativos criticáveis garante a possibilidade de um controle interpretativo racional mínimo.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica** / João Maurício Adeodato – São Paulo: Saraiva. 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAGNO, Marcos. **Preconceito linguístico**. O que é, como se faz. Ed. 49. São Paulo. Edições Loyola. 1999.

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

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella e FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 12ª ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil. 2009.

BRASIL. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei no 6.787, de 2016, do Poder Executivo, que altera o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016)>.

ECONOMISTA. **Tecnologias disruptivas e economia**. Disponível em <<https://www.oeconomista.com.br/tecnologias-disruptivas-e-a-economia/>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico** / Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2. – ed. – São Paulo : Saraiva. 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação** / Tércio Sampaio Ferraz Júnior – 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2001. P. 137.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).

KRELL, Andreas Joachim Krell. **Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos da interpretação jurídica**. Revista Direito GV, JAN-JUN 2014. São Paulo.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª ed. Tradução de José Lamego.

LIMA, Pedro Parini Marques de. **A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico** / Pedro Parini Marques de Lima. – Recife: O Autor, 2013.

MAIOR, Jorge Souto. **Análise do Projeto de Reforma Trabalhista**. Disponível em <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>>.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale – 25. ed. – São Paulo : Saraiva, 2001.

REZ, Rafael. **Marketing de conteúdo: a moeda do século XXI**. São Paulo: DVS Editora, 2016.

SAUSSURE. Ferdinand de. **Curso de linguística geral** / Ferdinand de Saussure ; organizado por Charles Bally, Albert Sechehaye ; com a colaboração de Albert Riedlinger ; prefácio da edição brasileira Isaac Nicolau Salum ; tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27 ed – São Paulo: Cultrix. 2006.

SCHLICK, Moritz. **Meaning and Verification**. The Philosophical Review. Vol. 45, n. 4 (julho, 1936), pp. 339-369. Published by Duke University Press on behalf of

Philosophical Review. Disponível em <[http://www.ifac.univ-nantes.fr/IMG/pdf/Schlick\\_Meaning\\_Verif.pdf](http://www.ifac.univ-nantes.fr/IMG/pdf/Schlick_Meaning_Verif.pdf)>.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Imprensa: Rio de Janeiro. Renovar. 2002.

TRAVESSONI, Alexandre. **Kant e o pós-Positivismo no Direito**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

TROPPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. – São Paulo: Martins, 2008.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações Filosóficas**. Editora Nova Cultural Ltda. São Paulo. 1999.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Editorial Civitas, S. A. 1988.