

# ANÁLISE FILOSÓFICA SOBRE O EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA NO BRASIL

*PHILOSOPHICAL ANALYSIS ON THE EXERCISE OF MAGISTRATURA IN BRAZIL*

*Sérgio Ludovico Martins*

(Juiz de Direito) <sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Visão geral do exercício da magistratura no Brasil 3. Desafios de superior envergadura. 3.1 Prisão injusta. 3.2. Perplexidade probatória. 4. Conclusão. 5. Referências

---

<sup>1</sup> . Juiz de Direito titular da 3.<sup>a</sup> vara cível da comarca de Itaquaquecetuba; fórum situado na Estrada de Santa Isabel, n.º 1194, CEP n.º 08576-015, Itaquaquecetuba/SP. Membro do Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Mestrando em Direito Civil pelo programa de Pós Graduação em Direito da PUC/SP. Contato: sergio\_ludovico@hotmail.com / 011-4640-3454.

**Resumo:** No contexto da sociedade da informação, com facilitação constitucional à propositura de demandas judiciais, a atividade jurisdicional no Brasil vê-se impingida à perseguição perene de metas, relegando-se para segundo plano o caráter humanístico da distribuição do direito. Atestando que o positivismo puro não responde a contento todas as demandas erigidas na sociedade, a missão de julgar deve perquirir a essência do homem; núcleo de interesse dos extremos de estudos tomistas ao existencialismo ateu de Sartre. A partir do método indutivo, ilustrado por duas hipotéticas demandas, alusivas às áreas de família e criminal, busca-se lançar visão crítica sobre o sistema jurisdicional nacional e adentrar na ótica dos agentes com o hercúleo *múnus* de julgar seus semelhantes.

**Palavras-chave:** Análise filosófica, Poder Judiciário brasileiro, exercício da magistratura.

**Abstract:** *In the context of the information society with constitutional facilitating the bringing of legal proceedings, the judicial activity in Brazil is seen foisted the perennial pursuit of goals, is relegating to the background the humanistic character of the distribution right. Attesting that pure positivism does not respond satisfactorily all the demands erected in society, the task of judging must assert the essence of man; core interest of the extremes of Thomistic studies the atheistic existentialism of Sartre. From the inductive method, illustrated by two hypothetical demands, alluding to family and criminal areas, it seeks to launch critical view of the national court system and into the perspective of the agents with the munus herculean to judge their peers.*

**Keywords:** *Philosophical analysis; Brazilian Judiciary; exercise of the magistracy.*

### 1. Introdução

A tripartição do poder estatal imputa ao Judiciário a pacificação social, através da distribuição do justo aplicável a casos concretos. O *múnus* de bem disseminar o ético às práticas sociais perpassa pela hermenêutica do Direito, ciência cujo tecnicismo, aliada ao dever dos magistrados de guardar equidistância com as partes litigantes, têm a tendência de torná-los pouco compreendidos pela massa populacional.

A breve análise que se segue visa apresentar uma visão geral do exercício da magistratura no Brasil através da parcial ótica de um magistrado com atuação na justiça estadual paulista.

Inseridos na vida social, os magistrados carregam a carga de valores incutida pela respectiva história de vida. Mormente o confronto de valores seja constante no deslinde meritório de demandas, o desempenho da judicatura apresenta ao episódico ocupante do cargo público de magistrado dois enfrentamentos de destacada envergadura, a prisão injusta e a complexidade probatória.

### 2. Visão geral do exercício da magistratura no Brasil:

O Poder Judiciário labora “a única das excelências que parece também ser um bem que pertence a outrem”<sup>2</sup>. A interferência na vida alheia traz o imperativo de distribuir o justo com os olhos voltados à essência do homem, mitigando os conceitos pré-concebidos do julgador, além de atentar ao ordenamento jurídico edificado por positivados pilares, com vistas a prestigiar o axioma da segurança jurídica.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. p. 106.

<sup>3</sup> “o dever de presteza, impondo-lhe conferir ritmo racional ao serviço a seu cargo, compatível com as exigências de justiça formuladas pelo povo. O dever de coragem, pra oferecer uma prestação pronta e segura, adequada as finalidades a cuja satisfação foi invocada. O dever do estudo permanente, para poder outorgar a prestação segura”. (NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Editora Millennium. 2006. p. 289)

A atribuição de função com *ius imperium* estatal não afasta o senso público de bem prestar ao coletivo da maioria maciça dos magistrados pátrios. Contudo, diuturna a batalha para se afastar da pretensão sofista da onissapiência, a qual faria do julgador um déspota de conceitos pré-concebidos, “pois manter os olhos cerrados sem nunca tentar abri-los é, propriamente, viver sem filosofar” <sup>4</sup>. Cômodo, ante a grande carga de trabalho, assumir uma posição de julgador que sempre pende a uma vertente (ex: pró-consumidor ou pró-empresa), ainda, assumir os extremos das posições criminais, orbitando entre o garantismo criminal e o “direito penal do inimigo”; enfim, renunciar à imparcialidade, mecanizando ato humano da suma grandeza; oriundo do vocábulo “sentire” (sentimento), cuja edificação exige ponderada carga emocional. Daí o imperativo do profissional da judicatura em fincar suas raízes morais no desiderato de honrar o propósito de melhor distribuição da justiça, inserindo-se no meio social como um ente digno de respeitabilidade e no âmbito judicial na condição de pilar garantidor da ultima trincheira de cidadania.

O descrédito da população à atividade política, propriamente dita, fomenta o ativismo judicial. Entretanto, a clássica figura do “O Grande Inquisitor” <sup>5</sup> dissecar os motivos para a existência de obrigatórios limites a serem observados pelos agentes revestidos de funções públicas. A distribuição da justiça representa labor com intensa carga de interferência na vida comunitária; daí, a intromissão em competências

<sup>4</sup> DESCARTES, René. *Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 221.

<sup>5</sup> O autor russo Dostoiévski vele-se da figura do Grande Inquisitor para criticar o ideário de renúncia à individualidade em prol da aparente segurança de agentes governamentais ditatoriais: “*Vangloria-se de ter, ele e os seus, suprimido a liberdade, com o fito de tornar os homens felizes. Porque é agora, pela primeira vez (fala ele, bem entendido, da Inquisição), que se pode pensar na felicidade dos homens. São naturalmente revoltados; revoltados podem ser felizes?*” (DOSTOIEVSKI, Fiodor M. *O Grande Inquisitor*. In “A Lenda do Grande Inquisitor” – extraído da obra de “Os Irmãos Karamazov, Rio: Edições Ouro, 1967” <http://files.supergel57.webnode.com.br/200000989b31b1b373a/O%20Grande%20Inquisidor.pdf>, acessado em 26 de setembro de 2016. p. 04.

estranhas à função jurisdicional (legislador positivo<sup>6</sup> ou gestor) consubstanciaria poderio ao arrepio da lidima noção de Estado Democrático de Direito. Rememore-se lição platônica: “Assim, ao que me parece, a virtude que mantém cada cidadão nos limites da sua própria tarefa concorrer, para a virtude de uma cidade, com a sabedoria, a moderação e a coragem dessa cidade”.<sup>7</sup>

A função de legislador negativo, em cotejo com a pleura de imprescindíveis garantias institucionais da magistratura<sup>8</sup>, denota que o múnus jurisdicional se apresenta numa roupagem contramajoritária, tendente a permitir o exercício de julgamentos liberto das paixões coletivas. Imune à opinião pública, o ato de julgar pode buscar inspiração no jusnaturalismo socrático, calibração de valores aristotélicos, positivismo puro da primeira fase kelseniana, positivismo lógico, existencialismo de Sartre ou qualquer outra corrente filosófica que, no exame episódico do caso concreto, revele-se caminho aparentemente seguro para descortinar a verdade absoluta (*alétheia*); a sabedoria na aclamação da justiça.

Imprescindível que o agente revestido da função pública de julgar conduza-se alheio ao deslumbre do aplauso<sup>9</sup>, criando ares espetaculosos à liturgia processual, no afã de galgar aprovação popular; postura reveladora da falta de virtude. O arrimo de sustentação da legitimidade constitucional do Poder Judiciário distancia-se do

---

<sup>6</sup> “Os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições; não devem criar um novo direito.” (DWORDKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016. p. 128)

<sup>7</sup> PLATÃO. *A República*. < [http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao\\_A\\_Republica.pdf](http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf) > consultado em 27 de setembro de 2016. p. 173.

<sup>8</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 95. “Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.”

<sup>9</sup> “É preciso superar a ânsia do aplauso. O outro só terá significado quando eu der a mim mesmo significância. Sem isso, as relações são perturbadoras. O desejo não pode sufocar a consciência.” (CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Sócrates e Thomas More Correspondências Imaginárias*. São Paulo: Editora Planeta, 2011. p. 120)

sufrágio universal através de eleições diretas exatamente para viabilizar que a distribuição do correto, do justo, seja o norte a par de eventuais ressalvas por paixões coletivas.

O cotidiano forense confronta o julgador com infindáveis conflitos filosóficos, cujos valores envolvidos são os mais caros ao ser humano: vida, dignidade, liberdade, patrimônios público e privado. A imensidão da responsabilidade envolta no exercício da magistratura sugere incompatibilidade com as falibilidades humanas:

Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Contudo achar juizes é necessário. O drama do direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juizes aos julgados no ato no qual se exalta o processo. O Crucifixo que, graças a Deus, nas cortes judiciárias pende ainda sobre a cabeça dos juizes, seria melhor se fosse colocado defronte a eles, a fim de que ali pudesse com freqüência pousar o olhar, este a exprimir a indignidade deles; e, não fosse outra, a imagem da vítima mais insigne da justiça humana. Somente a consciência da sua indignidade pode ajudar o juiz a ser menos indigno.<sup>10</sup>

O utilitarismo clássico milita pela concessão da guarda de uma criança ao parente com melhor estofo patrimonial, porém, o legislador pátrio impede juízos discriminatórios calcados em critérios econômicos<sup>11</sup>. As comarcas servidas por massas populacionais menos abastadas impõem aos Juízes, com frequência assustadora, a análise de fronteiriças situações a mesclar a insuficiência de recursos com condições indignas de vida. O desfecho ideal de fornecer meios materiais para vida digna à unidade familiar não se insere nas competências judiciais.

---

<sup>10</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução: José Antônio Cardinalli. Campinas: Edicamp, 2002: p. 17.

<sup>11</sup> Estatuto da Criança e Adolescente (lei n.º 80069/1990): “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.”

O marco divisório entre parques recursos ou “situação de risco”<sup>12</sup>, nas hipóteses de difícil delimitação, perpassa pelo juízo pessoal do magistrado, cujas experiências de vida militarão pela busca de meios para inserção digna da criança no ambiente social, prestígio ao conceito de “proteção integral”<sup>13</sup>, permitindo ao ser em formação o desenvolvimento pleno das potências inatas ao ser humano, sem que sejam verificados juízos discriminatórios de qualquer ordem.

Enfrentamentos de cunho filosóficos também se mostram presentes na análise de ações afirmativas, especialmente cotas étnicas e econômicas de vagas em universidades e cargos públicos.

O Supremo Tribunal Federal <sup>14</sup> recentemente optou por temporária adoção da justiça distributiva, inspirada por John Rawls<sup>15</sup>, no acesso cotizado a vagas em universidades públicas, mormente o legislador constituinte originário tenha sugerido a meritocracia pura, ao preconizar o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.”<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 98. “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis; III – em razão de sua conduta.”

<sup>13</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n.º 8.069/1990): Art. 1º “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”; Art. 17. “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

<sup>13</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 227.” É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

<sup>14</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186 / DF (STF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski).

<sup>15</sup> Nesse sentido, ensina que “*As desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos*”. (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3.) (Extraído do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski, ADPF n.º 186 – STF)

<sup>16</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 208, inciso V.

Com efeito, o prestígio à meritocracia remonta aos ensinamentos aristotélicos.

<sup>17</sup> O desestímulo ao mérito sugere ressalvas, contudo, inegável que existe no Brasil uma disparidade nas condições de concorrência dos alunos oriundos das escolas públicas em referência aos egressos da rede particular.<sup>18</sup> Daí, a orientação do Supremo Tribunal Federal apresenta-se como calibração interpretativa dos valores constitucionais de aclamação ao mérito pessoal com o propósito de mitigação das desigualdades históricas que marcam os contornos sociológicos pátrios.

Identifica-se, atualmente, no cenário nacional “duas magistraturas”: a “de massa” e a “artesanal”, devendo o magistrado organizar o “trabalho para que os casos de massa não tomem o tempo necessário à solução naturalmente demorada dos casos artesanais.”<sup>19</sup>

Mormente essa metodologia torne palatável o cotidiano jurisdicional de carga invencível de novos processos, urge que se reflita na massificação de celeumas cuja padronização esconde valores importantes à sociedade. Ilustre-se com ação indenizatória calcada em direito de vizinhança, com tramitação no sistema dos Juizados Especiais Cíveis, por motivos aparentemente de parca relevância (ex: incômodo pelo latido de cachorro). Apesar do objeto litigioso sugerir diminuta relevância numa ótica coletiva, erige imprescindível a restauração das pontes de relacionamento rompidas, visando obstar a evolução, infelizmente comum no

---

<sup>17</sup> “Isto é, ainda evidente segundo o princípio da distribuição de acordo com o mérito, porque todos concordam que a justiça nas partilhas deve basear-se num certo princípio de distribuição de acordo com o mérito.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. p. 109)

<sup>18</sup> “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”. (SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2003, p. 56)

<sup>19</sup> (BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10)



cotidiano forense, da escalada de violência, culminando em episódios de crimes contra a vida.

Ainda, verifica-se incômodo ético na conversão do ato de julgar em replicar modelos<sup>20</sup>, próprios ou não, relegando-se o julgador a um carimbador de decisões lançadas com olhos na folha de papel, sem a sensibilidade incita à pessoa humana: “O Estado é um gigantesco robô, do qual a ciência pode fabricar o cérebro mas não o coração. Cabe ao indivíduo ultrapassar os limites, aos quais deve deter-se a ação do Estado.”<sup>21</sup>

A massificação da apreciação de demandas engessa o pensamento<sup>22</sup>, alija o salutar questionamento, deixa de valorizar a dúvida razoável, aprisionando o futuro jurisprudencial a um plano mecanizado. Valiosa a lembrança do homem na visão pongiana, sempre “transitivo”<sup>23</sup>, à “modernidade líquida”<sup>24</sup>; o contrassenso das recentes modificações legislativas observadas no Brasil, via de regra inspiradoras de julgamentos com “repercussão geral”, edificadas para tornar os atuais julgadores membros de Tribunais Superiores nos juízes das gerações que estão por vir, obstando

---

<sup>20</sup> “O juiz é necessário porque cada caso é um caso: interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente efetivo, no plano dessa singularidade, o universal.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 22)

<sup>21</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução: José Antônio Cardinalli. Campinas: Edicamp, 2002. p. 33.

<sup>22</sup> “O direito é por outro lado, uma disciplina dinâmica. Os juristas, partindo das soluções estabelecidas pelos textos, pela tradição judiciária ou pela prática, vinculam-se a princípios gerais dos quais se podem deduzir depois outras soluções para resolver problemas novos, novas formas de atividade, novas relações jurídicas etc.” (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XXII)

<sup>23</sup> DA MOTTA, Leda Tenório. *Francis Ponge (1899-1988)*. Revista USP. Março, Abril e Maio/1988. p. 58.

<sup>24</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*: tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2001. p. 107/109.

o “poder de rejuvenescimento”<sup>25</sup> <sup>26</sup> Sempre atual a lição atribuída ao político poeta Rui Barbosa de que a tradição não pode ser o governo dos mortos sobre os vivos.

No plano constitucional de justiça com as portas abertas <sup>27</sup>, em cotejo com o desvirtuamento do princípio da sucumbência através da desmedida gratuidade processual, a mitigação da litigiosidade contida abriu as comportas da litigiosidade exacerbada. A sociedade brasileira vem renunciando à prerrogativa de autocomposição, numa confissão da ausência de virtude para o exercício da autonomia da vontade, transferindo as rédeas de seus caminhos ao Poder Judiciário. O traço de imaturidade deste fenômeno representa a antítese da prudência.<sup>28</sup>

Reveste-se, em algumas situações, o magistrado brasileiro, da condição de gestor público, sem formação técnica, legitimidade constitucional ou informações orçamentárias para tanto, especialmente quando confrontado com o elevado número de demandas judiciais ajuizadas tendo como objeto a tutela à saúde.

Apesar do elastério financeiramente insustentável ditado pelo legislador constituinte originário <sup>29</sup>, há inexorável enfrentamento de divergências argumentativas, numa visão consequencialista, no bojo de demandas propostas por

---

<sup>25</sup> “Costumou-se evocar o ‘pode de rejuvenescimento’ que pertence ao Poder Judiciário e a necessidade, ainda que à custa de uma reviravolta, ‘de poupar aos jurisdicionados os inconvenientes de um direito envelhecido’.” (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 421)

<sup>26</sup> “A evolução do direito também tem suas leis, e essas leis da evolução jurídica dirigem os esforços inovadores dos mais audaciosos juristas. Há, por certo, grandes revoluções políticas, econômicas e sociais que suscitam princípios novos e atingem os princípios tradicionais.” (BERGEL, Jean-Louis. 2006. p 120)

<sup>27</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 5º, inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

<sup>28</sup> “qualquer atentado contra a *prudencia* tem como pressuposto a despersonalização, a falta de confiança na pessoa, considerada sempre ‘menor de idade’ e incapaz de decidir e, portanto, devendo transferir a direção de sua vida para outra instância: a Igreja, o Estado, etc.. Em qualquer caso, isso é sempre muito perigoso” (AQUINO, Tomás de. *A prudência. A virtude da decisão certa*. Tradução Jean Lauand. São Paulo. 2005: Martins Fontes. 2005. p. 23)

<sup>29</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

peessoas com sérias patologias de comprometimento da dignidade humana ou risco de morte, com a necessidade de urgente tratamento representativo de elevado valor.

A finitude orçamentária, na hipótese de endosso das razões humanitárias das partes que buscam o crivo jurisdicional, demanda cortes em outras áreas governamentais, inclusive da própria saúde de atendimento básico à população. A Magna Carta e a jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>30</sup> militam pela expedição de ordens cogentes cem desfavor da União, Estados e Municípios, tendentes ao custeio dos tratamentos de saúde que notoriamente desequilibram as finanças públicas, especialmente pelos contornos de imprevisibilidade. Por outra banda, o indeferimento da ordem reclamada consubstancia decreto de morte ao paciente desprovido de recursos para fazer frente ao tratamento.<sup>31</sup>

Os “conceitos indeterminados”<sup>32</sup> são mote para motivar desfechos judiciais das mais variadas correntes<sup>33</sup>, com recordação obrigatória do “apeiron” de Anaximandro

---

<sup>30</sup> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS. ARTS. 46, 47, 113 DO CPC E ART. 6º, I, d, DA LEI 8.080/90. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1203244/SC, Rel. Min. Herman Benjamin (DJe de 17/6/2014), processado nos moldes do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que é solidária a responsabilidade de fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, de forma que qualquer um dos entes federados pode responder por demanda cujo objeto seja a tutela à saúde. 2. Não se pode conhecer da insurgência contra a ofensa aos arts. 46, 47, 113 do CPC e art. 6º, I, d, da Lei 8.080/90, pois os referidos dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1570958 / PI. Data do Julgamento 01/03/2016. Relator Ministro Herman Benjamin)

<sup>31</sup> Encontram-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (REs 566471 e 657718, com repercussão geral reconhecida, feitos tendo objeto o “fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único da Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).” “<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>”, acessado em 21 de outubro de 2016.

<sup>32</sup> “Podemos, todavia, de modo amplo e sumariamente, mencionar que são tidos como ‘indeterminados’ os ‘conceitos’ cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p. 160)

<sup>33</sup> “Assim, a necessidade de abertura interpretativa é uma necessidade para todo o sistema jurídico. Ela precisa ser ‘generalizada’, não se limitando, apenas, à temática dos ‘direitos fundamentais’ ou das

de Mileto, cuja existência do elemento nuclear (infinito e indestrutível) não tem, na prática forense, o condão de aplanar as opiniões pessoais dos intérpretes. A abrangência e ausência da definição clara de sobredireitos (como a dignidade humana) vêm minimizando a hermenêutica jurídica ao império das opiniões (*doxas*) dos membros dos Tribunais Superiores brasileiros. A discricionariedade atribuída aos princípios merece reflexões, já que, o conteúdo do núcleo duro dos sobredireitos tutela o arbítrio, passando ao largo de o justificar:

A submissão das autoridades administrativas aos princípios gerais do direito e a multiplicação dos princípios consagrados pelo Conselho de Estado redundam em enriquecer o conteúdo da legalidade e em reduzir proporcionalmente o poder discricionário da administração pública.<sup>34</sup>

Atento ao abandono, no curso de sua produção científica, pelo próprio Hans Kelsen, “da “teoria pura do direito”<sup>35</sup>, erige como um dos mais intrigantes desafios dos sistemas jurídicos a equalização das balizas dos ditames legais (dogmática jurídica) com a discricionariedade do julgador no manejo de princípios gerais de direito. A aplicação do Direito é o método de historização de fatos sociais, cujo enredo será interpretado pelo Julgador, tendo como norte as normas positivadas, colmatadas pelo senso de justiça pessoal e coletivamente vigente.

---

questões que têm assento expresso na Constituição Federal. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. v. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102)

<sup>34</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 118.

<sup>35</sup> “Foi um erro do positivismo considerar a decisão judicial como uma subsunção estritamente lógica, como se o suporte fático a ser juridicizado pudesse ser mecanicamente acoplado à lei no deslinde dos casos. Esse equívoco é proveniente de uma acepção semântica do conceito de norma, diante do qual não existe distinção entre texto normativo e norma, a qual possui existência abstrata anterior à conflituosidade (oposicionalidade).” (ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e sumula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculantes e erga omnis na jurisdição constitucional*. São Paulo. 2009. Tese de Mestrado. PUC/SP. p. 32/33)

A norma não vassala o interprete, nem tampouco este se limita a intuir a *mens legis*. A sintonia fina alardeada pelos pós-positivistas ou signatários do positivismo lógico consubstancia dura labuta no cotidiano forense, permeado por demandas de complexidade fática que não se amoldam perfeitamente aos precedentes consolidados. Excepcionadas as hipóteses contempladas por amarras legais, a ausência de pacífico entendimento jurisprudencial em questões pontuais fomenta o convite perene da faceta de opiniões pessoais, quando não lúdicos dogmas culturais e religiosos.

O ingresso na carreira da magistratura de primeiro e segundo graus, ressalvado a previsão do quinto constitucional, opera-se através de concursos de provas e títulos; redundando em prestígio exclusivo ao conhecimento técnico, especialmente após a vedação à prática das entrevistas dos candidatos com a Banca Examinadora (da lavra do Conselho Nacional de Justiça<sup>36</sup>), a qual, nesta questão pontual, fora alvo de desconfiança absoluta<sup>37</sup>. O tecnicismo, contudo, tende a distanciar o julgador dos litigantes, tornando o ato de audiência uma maratona para que o julgador mitigue as nuances da ciência do Direito, viabilizando a comunicação com litigantes dos mais variados níveis de escolaridade:

Neste contexto, penso que nos dias atuais seja temerário tratar do jurídico sem atinar a seu meio exclusivo de comunicação: a linguagem. Não toda e qualquer linguagem, mas a verbal-escrita, em que se estabilizam as condutas intersubjetivas, ganhando objetividade no universo do discurso.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Resolução n.º 75, datada de 12 de maio de 2009, da lavra do Conselho Nacional de Justiça.

<sup>37</sup> A corrupção de caráter deve ser reputada como exceção e assim estudada, sob pena de imperativo questionamento à legitimidade da respectiva instituição: “Na hipótese de as pessoas já estarem corrompidas quando chegam ao poder, se estudarmos as exceções, poderemos compreender como é possível encontrar pessoas não corrompidas para exercer com dignidade o poder.” (CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Sócrates e Thomas More Correspondências Imaginárias*. São Paulo: Editora Planeta, 2011. p. 45)

<sup>38</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 4ª ed. 2011. São Paulo: Editora Noeses. 2011. p. 162.

A semiótica do Direito, estudo dos signos, linguagem jurídica propriamente dita, é a ciência que lida com o meio de aproximação do Julgador com a sociedade, fazendo-o compreendido e respeitado. A periclitante tendência de ambiguidade dos termos jurídicos fortifica o distanciamento, a áurea de superioridade em relação aos não iniciados na ciência jurídica<sup>39</sup>. Ainda, a postura do magistrado nacional, conglobando a linguagem escrita, verbal e comportamental consubstancia dínamo de respeitabilidade da correlata instituição/Poder:

Além do escrito e da palavra, o Juiz demonstra o estilo por outras exteriorizações da personalidade. O próprio modo de ser, o gesto, o traje, o andar, a voz, o controle pessoal, tudo, a rigor, evidencia o Juiz ao pessoal forense e à sociedade a que serve. E evidencia a todo instante, na Sala de Audiências, no Fórum, na rua, na convivência pública, nas festividades e no lazer ou mesmo no trato particular, até na intimidade. A família do Juiz, por sua vez, completa o quadro de mensagens mudas providas da personalidade do Juiz, afirmando-lhe ou destruindo—lhe a credibilidade, pelo exemplo da própria casa.<sup>40</sup>

A colmatação da linguagem com análise filosófica dos casos concretos, buscando-se a mais escorreita hermenêutica, configura o subsistema judicial, inserto no sistema sociológico brasileiro, arcabouço de ideias da Teoria Comunicacional do Direito, de Robles:

A teoria comunicacional concebe o direito como um sistema de comunicação cuja função pragmática é organizar a convivência humana mediante, basicamente, a regulação das ações.

Outra forma de expressar que o direito é um sistema de comunicação se obtém a partir da afirmação de que o direito é texto. Diversamente de outros textos, como o literário ou o histórico, o jurídico é um texto organizador-regulador..

---

<sup>39</sup> “Tanto quanto a linguagem natural, portanto, a linguagem jurídica – que naquela vai se nutrir – apresenta textura aberta, nela proliferando o que Hohfeld (1968:45/46) refere como palavras ‘camaleão’, que constituem um perigo tanto para o pensamento claro como para a expressão lúcida.” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016. p 145)

<sup>40</sup>BENETI, Sidnei Agostinho. *Da conduta do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 107.

Cada ordenamento jurídico é um texto gerado por atos de fala, que denominamos decisões jurídicas.<sup>41</sup>

O confronto de valores plenamente defensáveis, a visão consequencialista de resultados das disponíveis modalidades de intervenções judiciais, a dificuldade da instrumentalização da linguagem, a carga desumana de feitos judiciais; todos os enfrentamentos diários do Magistrado brasileiro ostentam como desafios de superior envergadura as situações de prisão injusta e a “perplexidade probatória”.

### 3.- Desafios de superior envergadura

#### 3.1 – Prisão injusta

A prisão injusta<sup>42</sup> se destaca pelo sofrimento impingido ao inocente (ou réu sem culpa robustamente formada) e intranquilidade do respectivo magistrado, traduzindo-se numa das maiores adversidades da função jurisdicional.

Traz-se à baila, como força argumentativa, fatos que “são, naturalmente imaginários”<sup>43</sup>: a decretação da prisão preventiva de genitor de suposta vítima, à época com treze anos de idade, forte na existência de trabalho pericial dando cabo da existência de marcas recentes do ato sexual e o depoimento com viés incriminador.

No ato de audiência, o réu, além de negar a prática criminosa, acrescenta informações sobre os abusos sexuais por si sofridos no cárcere, inclusive mostrando as correlatas escoriações. Posteriormente, a prova oral colhida sob o crivo do contraditório milita pela insinceridade da adolescente, a qual já havia acusado

---

<sup>41</sup> ROBBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri. SP: Editora Manole, 2005. p 01-02.

<sup>42</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos: Art. 9º. “Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.”

<sup>43</sup> DOSTOIEVSKI, Fiodor M. *Memórias do Subsolo*. Tradução Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34. 2009. p. 14.

diversas outras pessoas de fatos análogos, posteriormente desmentidos, valendo-se deste estratagema sempre que desatendidas suas vontades. A acusação requer o julgamento de improcedência, seguindo-se decreto judicial de absolvição.

A atividade jurisdicional no íterim criminal faz do Julgador um interprete de fatos passados, não podendo limitar-se à exteriorização do evento delitivo, havendo o mister de buscar a compreensão finalística da conduta. A intromissão na psique do réu impõe conclusões apriorísticas de experiências desconhecidas, histórias de vida totalmente alheias ao passado do julgador, tornando ato de maturidade o entendimento de razões edificadas em premissas jamais sonhadas<sup>44</sup>. A compreensão dos motivos do crime pode caracterizar causa de diminuição da sanção e, subsumidas nas hipóteses legais, excludentes de ilicitude, redundando no édito absolutório.

Encerrado o feito, deverá o Magistrado oficiante nesta situação hipotética conviver com a agrura da injustiça de seu ato. O conforto filosófico fica a cabo de Aristóteles:

Os sentidos de justiça e de injustiça são tal como enunciamos, contudo, só pratica a injustiça ou a justiça quem age assim voluntariamente: quando, porém, alguém age involuntariamente, não pratica a injustiça nem pratica a justiça a não ser acidentalmente. <sup>45</sup>

<sup>44</sup> “De qualquer maneira a tarefa de historiador do juiz não está somente no reconstruir um fato: quando, em um processo por homicídio. Se está certo de que o acusado, com um tiro de pistola, matou um homem, não se sabe ainda dele tudo quanto precisa saber para dever condena-lo O homicídio não é somente ter matado, mas ter querido matar. Isto quer dizer que o juiz não deve limitar a sua indagação somente ao exterior, ou seja, as correlações do corpo do homem com o resto do mundo, mas deve descer, com a indagação, na sua alma. E quando se diz alma, ou espírito, ou psiques, como hoje preferem as pessoas cultas, alude se a uma região misteriosa, da qual não consegui mos falar senão por metáfora. E preciso ir com cautela na indagação sobre este terreno. O perigo mais grave é o de atribuir ao outro a nossa alma, ou seja, de julgar aquilo que ele sentiu, compreendeu, quis, segundo aquilo que nós sentimos, compreendemos, queremos. (CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Tradução: José Antônio Cardinalli. Campinas: Edicamp, 2002. p. 24)

<sup>45</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009. p. 118.



A essência do Juiz que lançara decisão posteriormente verificada como injusta suporta a cólera dos sentimentos contraditórios, eternizada por Platão: “Usemos, portanto, esse meio. Imaginemos, pois, a alma como uma força mediante a qual são mantidos naturalmente reunidos uma parelha de cavalos e um cocheiro, sustentados por asas”<sup>46</sup>

Havendo, à época, justos motivos à decretação de prisão preventiva, tranquiliza racionalizar que qualquer outro profissional investido das funções jurisdicionais tenderia a diligenciar de idêntica forma. Inclusive, inexistente a figura do erro judiciário, propriamente dito; daí descaber compensação por danos morais, consoante pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores.<sup>47</sup>

O detalhamento da absolvição posta em destaque, entretanto, servira para evidenciar os contornos de sofrimento do inocentado, pessoalmente visto e inquirido pelo magistrado. O confronto pessoal alija a possibilidade de total distanciamento emocional quando configurada a injustiça da prisão. A privação da liberdade, os abusos sexuais no cárcere, a pecha de delinquente; o sofrimento do inocente ultrapassa a barreira das frias folhas do processo, atingindo os meandros de humanidade do julgador.

A força cogente do decreto prisional se apresenta como a mais lancinante intromissão estatal na esfera de direitos dos cidadãos:

Se atribuímos a todo fato social a propriedade de implicar uma delimitação necessária do agir dos indivíduos; se admitirmos o caráter ‘institucional’ do social, manifestando-se segundo formas *organizadas* ou *difusas* de reação do todo coletivo contra os infratores dos preceitos, em uma multiplicidade de *sanções* exercidas por indivíduos, por grupos particulares ou comunidades

---

<sup>46</sup> PLATÃO in Fedro, 246<sup>a</sup> <<http://sandrawitkowski.blogspot.com.br/2013/07/o-mito-da-parelha-alada-em-fedro-platao.html>> Acessado em 18 de outubro de 2016.

<sup>47</sup> "A jurisprudência desta Corte entende que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em caso de posterior absolvição" (AgRg no REsp 1.295.573/RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, DJe 16/4/12)

organizadas, - o Direito seria, *faticamente, uma* dessas ‘formas de sanção’, a mais precisa e a mais certa.<sup>48</sup>

A pena privativa de liberdade, no modelo criminal brasileiro, ostenta caráter dúplice; englobando a vingança coletiva (o castigo propriamente dito) e a busca pela ressocialização. Devendo, ainda, na linha dos demais países ocidentais, apresentar geométrica proporção com o valor jurídico atingido:

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir partes de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder.<sup>49</sup>

A prisão injusta, por seu turno, é o *ius imperium* judicial, feixe do poder estatal, direcionado em detrimento da liberdade da pessoa humana que não o merecia, cuja privação do ir e vir não será financeiramente compensada ou se mostra factível de retornar ao *status quo ante*. Ainda, a experiência do cárcere corrobora uma das mais violentas agressões lícitas nas relações intersociais:

E o castigo? A pena, contudo, deve ser um castigo. De acordo; mas o castigo não é situação incompatível com o amor. O pai que não usa o bastão não ama o filho, está dito na Bíblia. O castigo, para o coração de pai, requer mais amor que o perdão, justamente porque, castigando o filho, castiga a si mesmo; não há coração de pai que não sangre pelo sofrimento do filho. O amor pelo condenado não exclui de fato a severidade da pena. Sob este aspecto, por sorte, não são contraditórios no instituto da pena; mas somente uma batalha para lutar, em nome da civilidade.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1999. p. 705.

<sup>49</sup> FOUCAUT, Michel. 1999. p. 55..

<sup>50</sup> FOUCAUT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 20ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p. 33.

A ideia da imposição de prisão a um inocente consubstancia, em sua singeleza, um reles e árido castigo, equivocado, que faz sofrer o cidadão e o julgador. Ao cidadão resta conviver com as cicatrizes do cárcere, ao passo que o magistrado, envolto com milhares de novos processos diariamente ingressando no gabinete, somente socorre o exercício da “temperança”<sup>51</sup> para a manutenção do propósito, a partir do equilíbrio pessoal, da boa prestação jurisdicional.

### 3.2 Perplexidade probatória

Passemos a outro desafio de superior envergadura, amiúde enfrentado pelos juízes atuantes na área de família: a “perplexidade probatória”. Trata-se de situação processual sem respostas positivistas e compêndio probatório fomentador de dúvidas sobre o escoreito desfecho processual.

Ilustre-se a situação hipotética da disputa de guarda de criança supostamente vítima de abuso sexual que teria sido praticado por adulto inserido no respectivo núcleo familiar; o atual convivente da genitora. Provas materiais inconclusivas: palavra da criança confirmando o delito, o genitor disposto a exercer a guarda, genitora e companheiro negando a existência do evento criminoso.

Atribuída a guarda ao genitor, estabelecidas visitas assistidas pela genitora, advém, ao juízo, informações técnicas sobre a repulsa da criança na manutenção de contato com a genitora, oriunda da cumplicidade com o suposto algoz. Exasperando a celeuma, verifica-se a lavratura de laudo pericial opinando pelo aumento do período de visitas a serem exercidas pela genitora, no afã de fomentar a reafirmação da figura

---

<sup>51</sup> “Daí também empregamos a designação <<sofrosyne>> (“temperança”), porque se trata da salvaguarda da sensatez. O que ela salvaguarda é de fato a nossa concepção do bem para nós. (...) Mas quem tem a lucidez distorcida, pela presença aguda do prazer ou do sofrimento, não aparecerá nenhum princípio de ação, em visto do qual devesse agir ou escolher todos os meios possíveis para o alcançar.” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas. 2009.p. 133/134)

materna, independente da conclusão positiva sobre a eclosão do delito contra a liberdade sexual que teria vitimado pessoa legalmente reputada na condição de vulnerabilidade.

A situação hipotética em apreço labora com valores de suma importância; a premência de salvaguardar criança de suposta situação de violência, em cotejo com a inigualável experiência da formação no contexto materno<sup>52</sup>. O equívoco ontológico ensejará a privação do convívio materno ou a perpetuação da mais abjeta violência.

A inafastabilidade da atividade jurisdicional <sup>53</sup> impede que a dúvida razoável justifique o não decidir (*non liquet*). O juiz deverá, malgrado ausente resposta positivista e nebuloso o compendio probatório, assumir uma posição, definir o desfecho processual. A intuição se voluntaria como tábua de salvação:

Claro, para descobrir o encadeamento e a unidade dos elementos de um raciocínio complexo, é preciso, como pensava Descartes, uma parte de intuição, ainda que se possa denunciar, à maneira de Leibniz, a insegurança da intuição e do sentimento da evidência e assegurar o rigor do raciocínio, reduzindo-o a um cálculo a partir dos sinais. <sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> “Todas as coisas humanas têm dois aspectos, à maneira de Silenos de Alcibiades, que tinham duas caras completamente opostas. Por isso é que muitas vezes, o que à primeira vista parece ser a morte, na realidade, observado com atenção é a vida.” (ROTTERDAM, Erasmo. *Elogia da Loucura*. Tradução Paulo M. Oliveira. Versão Ebook: Editora Atena. 2002. p. 28)

<sup>53</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 5<sup>a</sup>. Inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

<sup>54</sup> BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 354.

Contudo, o imperativo de motivação das decisões judiciais <sup>55</sup> <sup>56</sup> e a segurança jurídica não se coadunam com a apreciação de interesses jurídicos de tamanha envergadura mediante mera intuição. O sistema jurídico construído sob as égides da intuição do julgador não supera as imperfeições de uma quimera, subtraindo do cidadão o “direito a ter direitos”<sup>57</sup>.

Doutrinadores das mais diversas correntes tentaram expressar a lógica de pensamento orientadora do magistrado durante o ato de decidir, menosprezando o discernimento <sup>58</sup>, ou trazendo carga metafísica <sup>59</sup>. A ciência do Direito se mostra fortemente enraizado no raciocínio do julgador brasileiro, aprovado em renhido concurso de provas e títulos; daí, a utilização de valores metajurídicos, numa sistemática aberta à interpretação (jamais ao arbítrio), baseia-se na busca pelo conceito episódico de justo, à luz das experiências pessoais, decantadas pela visão de um técnico do Direito.

---

<sup>55</sup> Constituição Federal de 1988. Art. 93. inciso IX - “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

<sup>56</sup> “Como já afirmei quando falei da relação entre estado liberal e estado democrático, a concessão dos direitos políticos foi uma consequência natural da concessão dos direitos de liberdade, pois a única garantia de respeito aos direitos de liberdade está no direito de controlar o poder ao qual compete esta garantia.” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 28)

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 22ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004. p. VIII.

<sup>58</sup> “O intérprete atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz].” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*: 5.ed. São Paulo: Malheiros. 2009, p.39)

<sup>59</sup> “Um homem deve honrar seus deveres para com Deus e sua consciência, e se estes entram em conflito com seu dever para com o Estado, compete a ele, em ultima análise, fazer, o que julga ser correto.” (DWORKIN, Ronald. p. 287)

As regras processualistas sugerem a trilha da prestação jurisdicional<sup>60</sup>, contudo, havendo interesse de menores, vigora prioritariamente a busca pelo melhor interesse deste, numa ótica constitucional de “proteção integral”. Portanto, cabe ao Julgador cotejar as alegações das partes, estudar os laudos técnicos (confeccionados por psicólogos e assistentes sociais), para a distribuição do justo, com os olhos voltados para o prestígio ao desenvolvimento do infante, independente das pretensões das demais pessoas envolvidas.

O intrincado caso de direito de família em apreço remete à impossibilidade do julgamento perfeito, valoroso a todos os envolvidos, remetendo ao conceito de aceitável: “Já não fica tão claro que o senso comum ou o realismo justifiquem a objeção segundo a qual num caso difícil não pode haver resposta correta, mas apenas uma série de respostas aceitáveis.”<sup>61</sup>

#### 4- Conclusão

Os anos de exercício da Magistratura, a tão prestigiada antiguidade na carreira, dão a certeza de que o desempenho da função de *sui generis* honorabilidade traz o ônus da sobrecarga de trabalho, o amadurecimento dos erros conhecidos e o pesar dos equívocos presumidos; sempre diligenciando nos estritos limites da boa fé, da busca da verdade<sup>62</sup>, cômico da benção de adentrar na mais íntima essência dos semelhantes para prestigiar o axioma da justiça.

---

<sup>60</sup> Código de Processo Civil brasileiro. Art. 373. “O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016. p. 446.

<sup>62</sup> “Estas turbas não me induzem nem ao choro nem ao riso, mas bem mais a filosofar e a observar melhor a natureza humana (...) Deixo portanto que cada um viva conforme suas próprias inclinações e quem quiser morrer que morra em paz, desde que a mim seja possível viver para a verdade” (BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 77/78)

Com temperança, sem desconsiderar a farta pleura de recursos às instâncias superiores disponíveis no ordenamento pátrio, mitiga-se a falibilidade humana, encarando, o Magistrado, o aprendizado dos enfrentamentos diários com galhardia: “Não conseguia encontrar um meio-termo, até que aprendi a conviver comigo. Com as minhas dores. Com os erros que cometi e com os valores que não negligenciei. E isso faz toda a diferença. Olho para trás e sorrio, com sabor de vitória.”<sup>63</sup>

O magistrado expõe diuturnamente sua “consciência hipertrofiada”<sup>64</sup> como motivação nos julgamentos, laborando a negação de direitos às partes derrotadas. Daí, surge a incompreensão com o papel de distribuir a justiça, mister de obrigatória menção crítica a pretensões alheias, resultando na insatisfação da parte sucumbente e, por vezes, frustradas as expectativas exageradas da vencedora.

O Poder Judiciário é a última trincheira da cidadania, o *ius imperium* que mantém a balança equilibrada sem olhar a quem, nascente da igualdade de ricos e pobres, com viés pacificador do contexto social<sup>65</sup>, através do fomento à civilidade em detrimento à propensão instintiva de subjugação dos mais fracos. O desrespeito a este poder da república, prática vezeira no cenário nacional, evidencia o parco amadurecimento da cidadania, redundando em acinte à segurança jurídica, frequentemente exteriorizado através de generalizações; prática que se omite em apontar com destaque a minoria dos indignos, a par do caráter deletério à imagem e tranquilidade pessoal dos magistrados de escol.

O “livro dos livros” (Antigo Testamento) eternizou a sacrossanta importância à sociedade organizada da função dos Juízes. Urge, nesta toada, que o Brasil promova

---

<sup>63</sup> CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Sócrates e Thomas More Correspondências Imaginárias*. São Paulo: Editora Planeta, 2011. p. 125.

<sup>64</sup> DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias do Subsolo*. Tradução Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34. 2009. p. 20.

<sup>65</sup> “Percebe-se melhor a natureza social da humanidade comparando-a com a concepção de sociedade privada. Assim, os seres humanos de fato têm fins últimos compartilhados e prezam suas instituições e suas atividades em comum como bens em si mesmos. (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Jussara Simões. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 645)

a otimização do processo de ingresso na carreira, equalizando conhecimento técnico com a busca por pessoas de bom senso do correto, calibrado arcabouço normativo sereno para expurgo dos maus profissionais, com o imperativo prestígio aos diuturnos e honrados distribuidores da justiça:

Então o Senhor suscitou juízes que os livrassem das mãos dos saqueadores. <sup>17</sup> les, porém, nem aos seus juízes quiseram ouvir, mas continuavam a prostituir-se com outros deuses, prostrando-se diante deles. Depressa afastaram-se do caminho seguido por seus pais, que haviam obedecido aos mandamentos do Senhor; não procederam como eles. <sup>18</sup> Sempre que suscitava juízes, o Senhor estava com o juiz. Enquanto o juiz vivia, o Senhor livrava os israelitas das mãos dos inimigos, pois ele se deixava comover pelos gemidos que surgiam da opressão e da aflição. <sup>19</sup> Mas, quando o juiz morria, voltavam a cair e portavam-se pior que seus pais, seguindo outros deuses, servindo-os e prostrando-se diante deles. Não desistiram de suas práticas perversas nem de sua conduta obstinada.<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Livro dos Juízes. Capítulo 2. Versículo 16 – Os “juízes”