



**Seminário**  
**Teoria da Decisão Judicial**

Cadernos <sup>série</sup>  
do CEJ **30**

## **REALIZAÇÃO**

Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal  
Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfamf

## **COORDENAÇÃO CIENTÍFICA**

Ricardo Villas Bôas Cueva – Ministro do STJ

## **EDITORAÇÃO**

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS  
Reinaldo Couto – Secretário

## **SUBSECRETARIA DE INFORMAÇÃO DOCUMENTAL E EDITORAÇÃO**

Cyva Regattieri de Abreu – Subsecretária

## **COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO**

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora  
Ariane Emílio Kloth – Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos  
Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Coordenadoria de Editoração  
Diagramação e Arte-Final  
Helder Marcelo Pereira – Chefe da Seção de Programação Visual e Arte Final  
Ilustração da Capa  
Hélcio Rosa Corrêa

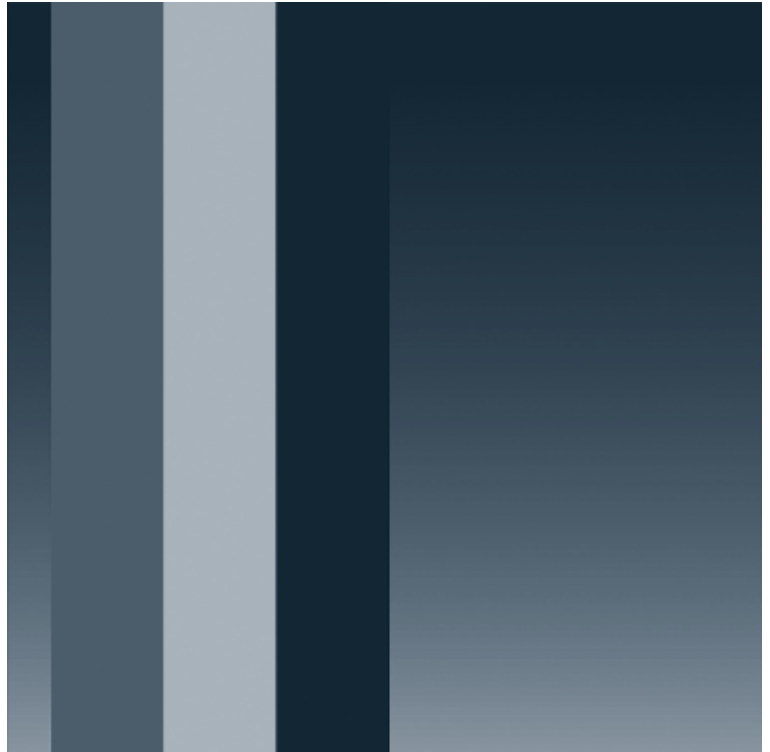
## **PROJETO GRÁFICO**

Grau Design Gráfico

## **IMPRESSÃO**

Coordenadoria de Serviços Gráficos do CJF

Brasília, dezembro de 2014.



# **Seminário** **Teoria da Decisão Judicial**

Copyright © Conselho da Justiça Federal – 2014

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

---

S471 Seminário Teoria da Decisão Judicial (2014 : Brasília, DF)  
Seminário Teoria da Decisão Judicial : 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014  
186 p. : Il. – (Série cadernos do CEJ ; 30).

ISBN 978-85-8296-009-7

1. Decisão Judicial. 2. Argumentação jurídica. 3. Hermenêutica. 4. Teoria do direito. 5. Tutela. 6. Adjudicação. Título. II. Moraes, Cueva, Ricardo Villas Bôas de. III. Série.

CDU 340.12

---

Ficha catalográfica elaborada pela Coordenadoria de Biblioteca do CEJ

# Sumário

## Dia: 23 de abril de 2014

### Abertura

Felix Fischer	8
João Otávio de Noronha	9
Arnaldo Esteves Lima	12
Humberto Martins	12
Ricardo Villas Bôas Cueva	14

### Casos difíceis e a criação judicial do Direito

Luís Roberto Barroso	15
----------------------	----

## Dia: 24 de abril de 2014

### Análise econômica do Direito nas decisões judiciais

Sidnei Agostinho Beneti – Presidente de Mesa	28
Bruno Salama	29
Luciano Benetti Timm	39
José Reinaldo de Lima Lopes	53

### Da interpretação da lei à interpretação do Direito nas decisões judiciais

Nino Oliveira Toldo – Presidente de Mesa	61
Tercio Sampaio Ferraz Jr.	62
Humberto Ávila	69
Marcelo da Costa Pinto Neves	76

### Tutela judicial em matéria penal

Helena Elias Pinto – Presidente de Mesa	81
Geraldo Prado	82
Pierpaolo Bottini	91

<b>Teorias da causalidade</b>	
Juarez Tavares	99
<b>Dia: 25 de abril de 2014</b>	
<b>Argumentação jurídica a partir da Constituição</b>	
Otavio Luiz Rodrigues Junior – Presidente de Mesa	109
Celso Campilongo	111
Raffaele De Giorgi	119
Marcus Faro de Castro	131
<b>A justificação das decisões judiciais</b>	
Ricardo Villas Bôas Cueva – Presidente de Mesa	141
Ronaldo Porto Macedo Jr	142
<b>Por uma Corte de precedentes</b>	
Luiz Guilherme Marinoni	153
<b>Problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem adjudicação</b>	
Fernando Araújo	162
<b>Debates</b>	174



**Seminário**  
**Teoria da Decisão Judicial**





Nino Toldo; Ricardo Villas Bôas Cueva; Luís Roberto Barroso; Felix Fischer; João Otávio de Noronha; Arnaldo Esteves Lima; e Humberto Martins

## Abertura

### FELIX FISCHER

Presidente do Superior Tribunal de Justiça  
e do Conselho da Justiça Federal

“ Ministro Roberto Barroso, do egrégio Supremo Tribunal Federal, Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça e Diretor-Geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Ministro Humberto Martins, Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Ministro Villas Bôas Cueva, na pessoa de quem cumprimento os demais Colegas Ministros do Superior Tribunal de Justiça aqui presentes, Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza, Presidente do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na pessoa de quem cumprimento os desembargadores federais aqui presentes, Desembargador Federal Nino Toldo, Presidente da Associação

dos Juízes Federais do Brasil, desembargadores estaduais, demais integrantes da Magistratura, senhoras e senhores.

Honrado com o convite para presidir a mesa de abertura do Seminário Teoria da Decisão Judicial, minhas primeiras palavras são para expressar a alegria e compartilhar com os colegas a confiança nos cursos e nos compromissos no Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, e das cinco Escolas Federais da Magistratura.

O bom momento ora vivido por essas instituições é reflexo do reconhecimento da importância do seu papel constitucional de formadora de Magistrados. O crescente volume de cursos oferecidos e as estatísticas dos Centros de Estudos, da Enfam e das Escolas de Tribunais Regionais Federais evidenciam o trabalho coletivo e representam a seriedade das propostas e, principalmente, o sucesso das parcerias firmadas.

Vivemos uma realidade: uma nova era no Judiciário nacional. Hoje, suas lideranças estão conscientes da necessidade de formar e aperfeiçoar continuamente nossos magistrados para a



incansável tarefa de julgar questões que envolvem os mais preciosos bens do ser humano, entre eles a vida, a liberdade, a saúde, a educação, apenas para exemplificar.

O juiz, guardião de promessas constitucionais nas palavras de Garapon, tem de estar otimamente preparado sob todos os aspectos, para decidir da melhor forma possível. Por isso, é essencial estabelecer políticas públicas voltadas para a capacitação, a atualização e o aperfeiçoamento continuados, o que não é fácil em um país continental como o nosso.

**JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça  
e Diretor-Geral da ENFAM

“ Ministro Felix Fischer, Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal; Ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, que, com a sua presença, honra muito não só ao Superior Tribunal de Justiça, mas ao Conselho da Justiça Federal e toda a Magistratura federal, Ministro Arnaldo Esteves Lima, a quem tenho a missão de homenagear em minha fala; Ministro Humberto Martins, querido Colega do Superior Tribunal de Justiça; Ministros Villas Bôas Cueva, Mauro Campbell, Paulo Sanseverino, Herman Benjamin e Sebastião Reis, Ministra Assusete Magalhães e Ministro aposentado Cesar Asfor Rocha; Desembargador Federal, Fábio Prieto de Sousa, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na pessoa de quem saúdo todos os desembargadores federais presentes; Desembargador Federal Nino Toldo, Presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil, na pessoa de quem homenageio os juízes presentes, sobretudo os integrantes da Justiça Federal, desembargadores estaduais, demais integrantes da Magistratura; funcionários do Conselho da Justiça Federal; saúdo, ainda, o Ministro aposentado Hamilton Carvalhido, a

Nesse contexto, debater a estrutura, a elaboração e o impacto social e econômico das decisões judiciais, partindo da integração de magistrados federais e de notáveis professores nacionais e estrangeiros ao debate, constitui o esforço necessário nessa permanente busca pelo aprimoramento do Judiciário, ao concluir essas breves palavras e apresentação do evento, saúdo os Magistrados, os insignes palestrantes, os servidores e demais participantes deste seminário, desejando a todos uma excelente e produtiva jornada.”

quem presto minhas homenagens e também todos os ministros do Superior Tribunal de Justiça de ontem, de hoje, de sempre.

Fui convidado pelo Ministro Villas Bôas Cueva, Coordenador Científico deste evento para, em nome do Conselho da Justiça Federal e dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, proferir algumas palavras em homenagem justa e merecida ao Ministro Arnaldo Esteves Lima, que hoje deixa o cargo de Corregedor-Geral da Justiça Federal. A ocasião não poderia ser mais oportuna, visto que, neste seminário, nos propomos a refletir sobre questões diversas a serem consideradas na concepção das decisões judiciais; questões, diriam, que vão além das soluções dogmáticas e das aplicações da letra fria da lei, situações que o colega sempre enfrentou com serenidade e equilíbrio.

O Ministro Arnaldo Esteves Lima, cuja conduta é pautada por valores éticos de justiça, moralidade e respeito à causa pública é figura exemplar do julgador que tem a salutar preocupação de interpretar e aplicar a lei com o propósito ao qual ela se destina: a Justiça. Casado com Maria José e pai de João Paulo, por sinal cruzeirense, conterrâneo meu das Gerais, da região do Vale do Jequitinhonha, nascido em Novo Cruzeiro, sendo, portanto, cruzeirense jovem ou novo cruzeirense.

Bacharelou-se em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, na turma de 1972. Depois da graduação, além de lecionar, atuou

em diversas áreas, foi assistente jurídico do Ministério da Educação e Cultura, também membro do Ministério Público do Distrito Federal, onde exerceu a função de Defensor Público e de Promotor Substituto, ainda advogou até o ingresso na Magistratura, em agosto de 1979, como juiz substituto da magistratura do Distrito Federal, e, em outubro do mesmo ano, como juiz federal.

Por cerca de dez anos, julgou na Seção Judiciária do Paraná e de Minas Gerais e, eventualmente, de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Com a instalação do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em março de 1989, foi nomeado para a composição originária, cujos membros hoje, carinhosa e merecidamente, são chamados de pioneiros.

No biênio de 2001/2003, presidiu aquele Regional e, em razão disso, integrou, pela primeira vez como membro efetivo o Conselho da Justiça Federal. Em agosto de 2004, foi nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Integrou, inicialmente, a Terceira Seção e a Quinta Turma, e, atualmente, compõe a Primeira Seção e a Primeira Turma.

O magistrado também faz parte do Conselho de Administração, da Corte Especial e do Conselho Superior da Escola Nacional de Aperfeiçoamento e Formação de Magistrados. Em 18 de março de 2013, o Ministro Arnaldo, atendendo ao apelo dos demais ministros do STJ e da própria Magistratura federal, tomou posse no cargo de Corregedor-Geral da Justiça Federal, e, como bem assinalou o Presidente, Ministro Felix Fischer, ao empossá-lo, o espírito institucional é uma das principais marcas do Ministro Arnaldo.

Com efeito, foi esse espírito institucional, presente em quase 35 anos de Magistratura, que o levou a assumir a missão de ser, não o anteriormente chamado Coordenador, mas o Corregedor-Geral da Justiça Federal. Com seu modo afável e conciliador, sempre com extrema dedicação à causa pública, imprimiu à função correcional a marca da simplicidade e do bom senso, como se viu, por exemplo, nas inspeções realizadas nos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 5ª Regiões.

Cumpre, portanto, destacar algumas realiza-

ções desses treze meses em que o colega ficou à frente da Corregedoria, da Turma Nacional de Uniformização e do Centro de Estudos Judiciários. Como resultado dos vários processos relatados pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima no colegiado do Conselho da Justiça Federal, destacam-se: primeiro, a aprovação do anteprojeto de lei que dispõe sobre a criação de cargos e funções para a estrutura permanente das Escolas da Magistratura Federal; segundo, a aprovação da resolução que regulamenta a retribuição pecuniária a magistrados federais que atuam como docentes nas Escolas de Magistratura ou participam de banca examinadora de concurso para juiz; e terceiro, a edição da Resolução n. 273, de 2013, que trata dos critérios de distribuição de competência das varas federais especializadas em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de “lavagem de dinheiro” ou ocultação de bens, direitos e valores, e naqueles praticados por organizações criminosas.

Além disso, fruto das Comissões de Trabalho da Corregedoria, sobressai a apresentação do anteprojeto de lei que cria a estrutura da Corregedoria-Geral para a administração dos bens apreendidos no âmbito da Justiça Federal e, de igual modo, a atualização do Manual de Normas de Padronização de Cálculos da Justiça Federal.

Convém registrar que a Turma Nacional de Uniformização, na sessão realizada em dezembro de 2013, foi o primeiro órgão da Justiça Federal a utilizar a versão nacional do PJe. O primeiro órgão de todo o Judiciário a utilizar a versão mais recente do sistema. Nesses treze meses, a TNU julgou 13.967 processos; desse total, 2.388 foram julgados pelo Colegiado e 11.545 foram decididos monocraticamente pelo seu Presidente. Quem é esse “Presidente”? O Corregedor-Geral Arnaldo Esteves Lima. Ressalto que esses números foram atingidos sem que o Corregedor deixasse de participar dos julgamentos da Primeira Turma e da Primeira Seção do STJ.

Entre os muitos eventos realizados pelo Centro de Estudos Judiciários com seus inestimáveis parceiros, merecem referência o *Workshop Acesso à Justiça, Dez Anos de Juizados Especiais Federais*; o *Seminário 25 Anos da Constituição Cidadã, Um Olhar para o*

*Passado, Reflexões sobre o Presente e Construção do Futuro; o Congresso Internacional de Direito Ambiental; o Segundo Encontro de Profissionais da Informação; o V Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal; e o I Congresso Internacional sobre a Convenção de Viena para Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Brasil.*

Louvável, igualmente, o lançamento de aplicativo que permite a leitura de publicações do CEJ em dispositivos móveis e a pesquisa de todos enunciados da Jornada de Direito Civil e de Direito Comercial, além daqueles resultantes do Congresso de Direito Ambiental.

Destaco, ainda, a assinatura de importantes acordos de cooperação firmados pelo Conselho da Justiça Federal, representado pelo seu Presidente, o Ministro Felix Fischer, e pelo Centro de Estudos Judiciários, representado pelo seu Diretor, Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Com o Senado Federal, assinou-se um acordo visando à troca de conhecimentos, formação e aperfeiçoamento de servidores de ambas as instituições. Com a Associação Nacional dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe, para uma parceria nas áreas de ensino, pesquisa, editoração, informação e eventos. Com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, representada pela Ministra Maria do Rosário Nunes, objetivando realizar ações conjuntas para a difusão do conhecimento e experiência voltadas à preservação e enfrentamento do trabalho escravo e forçado no Brasil.

Registro, ademais, o estreitamento da parceria Brasil – França no combate ao tráfico internacional, mediante a realização no CJF do *Seminário Franco-Brasileiro sobre Cooperação Judiciária em matéria de criminalidade ligada aos grandes tráfi-*

*cos; quanto à formação de formadores por meio de curso promovido no Rio de Janeiro, além de três turmas já previstas em conjunto com a Escola Nacional da Magistratura Francesa, em decorrência de acordo de cooperação, que será assinado no dia 23 de maio próximo.*

Por tudo isso e por muito mais realizações que deixei de aqui referir, receba, meu amigo, Ministro Arnaldo, de todos os que fazem parte do Conselho da Justiça Federal, esse pleito de gratidão e reconhecimento por ter se dedicado por inteiro a essa instituição. Saiba, Arnaldo, que a sua prudência, foi a sua harmoniosa condução que propiciou esse expressivo trabalho em prol, não apenas do jurisdicionado, dos servidores e magistrados da Justiça de primeiro e segundo graus, mas da sociedade brasileira, verdadeira destinatária de nossa atividade diária.

Sem medir palavras, confesso que tem sido um privilégio conviver e trabalhar com um amigo, com um juiz, com um modelo de homem que é Vossa Excelência, pois sua larga experiência responde, coerentemente, a escolha que fez pelo Direito; uma escolha de vida e de altos propósitos, tamanha contribuição que deixou em cada lugar e em cada etapa por que passou.

Assim, aproveito este momento de agradecimento, de homenagem, para intimá-lo, Arnaldo Esteves Lima, independentemente da aposentadoria que se aproxima, a continuar oferecendo à Justiça sua valiosa colaboração e a dignidade do seu trabalho, sempre exercido de forma indissociável da própria vida.

Parabéns e muito obrigado, em nome da Justiça Federal, em nome da Magistratura, por tê-lo como integrante do Conselho da Justiça Federal e, diria, da Magistratura Nacional.”

## ARNALDO ESTEVES LIMA

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ Vou pedir licença a Vossa Excelência e aos eminentes membros da Mesa, cumprimentando a todos, apenas para dizer que fui surpreendido, realmente, porque não esperava ser homenageado nesta oportunidade e com um discurso tão bonito e tão expressivo como fez o nosso eminente colega e amigo, o Ministro João Otávio de Noronha. Só temos uma divergência no futebol, porque sou atleticano e Sua Excelência, cruzeirense. Mas Sua Excelência brincou comigo: agradeço muito as suas referências a mim lá no STJ. Eu, agora, reciprocamente, estou dizendo que agradeço muito a Sua Excelência as referências a mim, aqui. Porém, foi muito além não só do meu merecimento e daquilo que efetivamente procuramos fazer

## HUMBERTO MARTINS

Ministro do Superior Tribunal de Justiça,  
Corregedor-Geral da Justiça Federal  
e Diretor do Centro de Estudos Judiciários

“ Ministro Felix Fischer, Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal; Ministro Roberto Barroso, conferencista desta noite do Supremo Tribunal Federal; Ministro João Otávio de Noronha, Diretor-Geral da Enfam; Ministro Arnaldo Esteves Lima, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal e homenageado neste seminário; Ministro Villas Bôas Cueva, Coordenador Científico deste conclave; Ministro Cesar Asfor Rocha, ex-Presidente do Superior Tribunal de Justiça; Ministros do STJ: Napoleão Nunes Maia Filho, Herman Benjamin, Mauro Campbell, Paulo Sanseverino, Assusete Magalhães, Sebastião Reis Júnior e Sérgio Kukina. Quero também saudar todas as convidadas e participantes deste evento e peço vênias para saudá-las na pessoa da minha esposa, Rita Martins.

quando exercemos, por esse período curto de treze meses, o cargo de Corregedor do Conselho.

Mas digo a Vossa Excelência, Ministro Noronha, e a todos os magistrados, amigos e servidores que aqui se encontram, que foi uma honra muito grande para mim, fiquei muito feliz nesse período e acho que realmente o Conselho de Justiça Federal é um órgão que tem uma importância muito grande no âmbito da Justiça, porque constitui um ponto de referência da nossa Justiça Federal. Então, aqui, encontra-se a Justiça Federal como sua referência. Isso é muito importante para sua unidade, para sua uniformidade naquilo que pode ser tratado uniformemente. Tive a felicidade de participar do Conselho por duas oportunidades, e, para encerrar, agradeço muito ao Ministro Cueva por ter indicado o Ministro Noronha para me homenagear e agradecer a todos.”

Excelentíssimos Senhores Desembargadores Federais, Estaduais, advogados, integrantes do Ministério Público, senhores, amigos, é com muita alegria que atendo ao chamado do Ministro Arnaldo Esteves Lima, exemplo da Magistratura brasileira pelas suas qualidades pessoais e intelectuais, homem que só sabe, a cada dia, construir mais e mais amigos – é uma grande virtude do ser humano: fazer amigos.

Fico feliz por vários motivos neste seminário tão importante, com tema crucial: teoria da decisão judicial. Fico feliz, primeiramente, por realizar as minhas primeiras atividades acadêmicas como Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na qualidade de novo Corregedor-Geral da Justiça Federal. Como já foi colocado, o CEJ tem-se firmado como o espaço institucional para a construção de pensamentos prospectivos sobre o futuro da Justiça Federal no Brasil. Ele é mais que um órgão de formação e de pesquisa; é um espaço contínuo de reflexão no melhor sentido do termo. O presente evento possui a marca do Ministro e estudioso Ricardo Villas Bôas Cueva, exemplar nesse senti-

do. Ele reúne notáveis pensadores da filosofia e da teoria do Direito do Brasil e do exterior.

Abro um parêntese para registrar a presença do meu amigo Ministro Raul Araújo, registrando também a presença do Desembargador Nilson Castelo Branco, em cujo nome saúdo todos os desembargadores estaduais.

Os conferencistas aqui reunidos terão um arco de questões que englobam desde a justificação lógica das decisões judiciais até o debate sobre as consequências econômicas da atividade judicial. Os temas estão na ordem do dia, é o que é exigido do dia a dia do operador do Direito, e são de grande relevância tanto para os acadêmicos quanto para os práticos do Direito. E esta é a função, Senhor Presidente do Centro de Estudos Judiciários e Senhor Presidente da Ajufe, Nino Toldo: permitir um debate prospectivo e aberto em prol da melhoria da Justiça Federal no Brasil, unindo o Magistrado ao cidadão brasileiro.

Ainda oferto uma nota no sentido de que este evento agregará às atividades do CEJ a parceria com a Enfam, que tem sob a sua direção-geral o Ministro João Otávio de Noronha. O objetivo é solidificar vínculos, uma vez que a reflexão relacionada à pesquisa deve se encontrar e ter como consequência lógica a formação do magistrado. O CEJ e a Enfam são evidentemente sinérgicos. Vamos aproveitar essa sinergia. Vamos, cada vez mais, aproximar a cidadania da energia de cada um que opera no sentido do aproveitamento e da melhoria da aplicação do verdadeiro direito.

Anoto que o tema da conferência do Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal

Federal marcará a abertura deste evento e não poderia ser mais atual: discutir a criação judicial do Direito, ou seja, a produção de normas jurídicas a partir das decisões judiciais concretas. É debater o papel crescente e evidente da jurisprudência em nosso sistema jurídico.

A importância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no contexto do nosso ordenamento jurídico em muito ultrapassa o que tínhamos antes, quando o saudoso Ministro Victor Nunes Leal se dedicou a estudar e propor inovações no Sistema Judiciário brasileiro, como a construção das súmulas. Um exemplo do que acabo de afirmar é que, nas palavras de Seabra Fagundes, o Ministro Victor Nunes Leal foi o ministro que reestruturou a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para que a sua lógica irradiasse aos diversos tribunais estaduais que compõem o nosso sistema judiciário nacional com a firmeza de estarmos fazendo história ao reescrever a jurisprudência de forma contínua. Agradeço pela oportunidade de abrir este brilhante evento e, na oportunidade, também saudar o Ministro Luís Roberto Barroso e os demais presentes.

Finalizo desejando que todos os presentes tenham um excelente evento ao longo da semana. Será uma atividade muito proveitosa, tenho certeza. E cito o grande pensador da Paraíba, Aníbal Teixeira, que diz que os feitos dos grandes homens são como hinos patrióticos, quanto mais repetidos mais admirados. Vivamos este conclave.”

**RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ Nas pessoas dos Ministros Felix Fischer e Luís Roberto Barroso, saúdo as autoridades. Cumprimento todos os presentes. Agradeço ao Min. Arnaldo Esteves Lima pela participação nesta homenagem e interesse em assistir a esta palestra do nosso mestre, que já era mestre antes de ser ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que dispensa apresentações, como todos sabem, mas o seu currículo é invejável, então, eu não posso me dispensar de lê-lo, ainda que brevemente. Ele é doutor e livre docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; é mestre em Direito pela *Yale Law School*; é *visiting scholar* da *Harvard Law School*; é professor visitante da UnB; professor titular de Direito Constitucional da UERJ; conferencista visitante de várias universidades e tem sido o Ministro do Supremo Tribunal Federal que todos conhecem por seus brilhantes votos.

O tema sobre o qual ele vai discorrer, *Casos*

*Difíceis e a Criação Judicial do Direito*, não podia ser mais oportuno para inaugurar o seminário com esse título: Teoria da Decisão Judicial. Como todos sabemos, passamos, num período muito rápido, de uma situação em que o juiz era um mero aplicador mecânico da Lei, o chamado “juiz boca da lei”, para um quadro em que o juiz aplica todo o Direito e, mais que isso, cria o Direito não no molde do realismo jurídico nem do paradigma positivista do Direito, mas no contexto do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo. Daí a necessidade de falarmos em uma Teoria da Decisão Judicial que permita, de algum modo, refletir, de maneira estruturada e consistente, sobre os novos modos de criação e aplicação do Direito.

A aplicação dos princípios como mandamentos de otimização das normas jurídicas e uso de técnicas de ponderação ou sopesamento aos casos em que há colisão de princípios têm sido usados e abusados em contextos muito diversos. Daí, mais uma vez, a importância de hoje ouvirmos o professor Barroso, que tem sido o grande expoente do neoconstitucionalismo no Brasil e tem feito as necessárias distinções que certamente nos orientarão na nossa prática cotidiana.”



**LUÍS ROBERTO BARROSO**  
Ministro do Supremo Tribunal Federal

## ***Casos Difíceis e a Criação Judicial do Direito***

“ Meus queridos amigos Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e Ministro João Otávio de Noronha, nas pessoas de quem eu cumprimento todos os presentes. Tenho muito prazer e muita honra de estar aqui e de compartilhar, com todos, algumas ideias e reflexões sobre esse tema, casos difíceis e a criação do Direito.

Eu tenho o hábito de falar de pé. Considero que esse é um direito subjetivo da plateia. Os oradores que falam de pé, normalmente, sabem melhor a hora de terminar porque as pernas avisam. Porém, um pouco pela hora, pelo dia cheio e, sobretudo, porque gostaria de fazer desta nossa reunião mais uma conversa entre profissionais, quase uma conversa entre amigos, porque os tenho muitos na plateia, e para dar mais informalidade à conversa, e menos pompa de uma conferência, eu vou pedir *vênica* para falar daqui, sentado mesmo, e acredito que a visualização é boa.

Devo advertir que não costumo exceder o meu tempo, mas pretendo percorrer uma trajetória longa, num tempo relativamente curto, tranquilizem-se todos, embora nada nesta vida seja perfeito. Portanto, não conseguirei ser tão breve quanto o aluno a quem a professora determinou que escrevesse uma redação sobre religião, sexo e nobreza, ao que o aluno, com grande poder de síntese, lavrou “ – Ai, meu Deus, como é bom! –

disse a princesa, ainda ofegante”. Eu considero que essa é a maior demonstração de capacidade de síntese que eu ainda não consegui atingir – mas devo dizer que essa é a meta.

O capítulo 1 da minha conversa, num evento sobre Teoria da Decisão Judicial, é intitulado “A verdade não tem dono”. E gostaria de contar uma brevíssima história que li, há um tempo, nos Estados Unidos. A história de dois amigos, que se passa no Alasca. Dois amigos que estavam tomando cerveja em um bar e, como previsível, conversavam sobre mulheres, depois passaram para esportes diversos e, depois de certa quantidade de cerveja, estavam falando sobre religião. Um deles era religioso, o outro era ateu. A certa altura, o ateu fala para o religioso: “Essa história de Deus... não é que eu nunca tenha tentado acreditar, eu já tentei mais de uma vez. Ainda, recentemente, eu estava perdido no meio de uma tempestade de neve, eu estava congelando, não achava o meu caminho de volta e eu sabia que eu iria morrer. Então, eu me ajoelhei no chão e falei: Deus, se você existe, venha me ajudar e me salva”. E o religioso fala para ele: “Bom, então depois disso, você se tornou um homem crédulo, porque, pelo que vejo, você está vivo e bem aqui do meu lado”. E ele falou: “Estou, mas que Deus que nada. Deus não apareceu. O que aconteceu é que vinha passando um casal de esquimós, eles me viram, me aqueceram, me mostraram o caminho da saída e, por isso, eu estou vivo. Nem sinal de Deus”.

Portanto, a primeira premissa das ideias que eu quero sustentar aqui é que as pessoas veem o mundo de diferentes pontos de observação. E em muitas matérias não é possível produzir uma verdade. Em muitas matérias teremos que conviver, na melhor das hipóteses, com um lindo verso de um poeta espanhol, Ramón de Campoamor, em que ele escreveu: *“En este mundo, Señor, no hay verdad ni mentira. Todo tiene el color del cristal con que se mira”*. Portanto, muitas vezes, as coisas na vida têm a cor da lente pela qual se está olhando. E quem trafega pelo mundo do Direito tem que conviver com a circunstância de que, muitas vezes, não haverá uma certeza absoluta ou uma verdade plena.

A Lei de Anistia foi uma decisão política legítima, tomada pelos lados contrapostos para conduzirem uma transição pacífica do Brasil para a democracia – proposição número um. Proposição número dois: a Lei de Anistia foi uma inaceitável imposição dos que detinham a força para imunizarem-se dos crimes que haviam cometido. Eu conheço inúmeras pessoas esclarecidas e bem intencionadas que se filiam à primeira proposição e conheço outra quantidade de pessoas esclarecidas e bem intencionadas que se filiam à segunda proposição. Portanto, o ponto de partida da nossa conversa, hoje, é que muitas vezes não haverá uma verdade a ser descoberta ou a ser revelada, seja na vida, seja no processo de realização do Direito.

Segundo comentário que eu gostaria de fazer, o segundo capítulo da nossa conversa colhe inspiração em uma proposição de um professor americano, recentemente falecido, e é uma proposição que causou certa polêmica que é a ideia de que, como regra geral, existe uma única resposta certa para os problemas jurídicos. Eu, evidentemente, não estou tratando das situações banais da vida em que caiba uma ação de despejo ou em que a pretensão punitiva esteja, evidentemente, prescrita. Estou falando de situações um pouco mais complexas. E se fossem outras as circunstâncias, eu exploraria, com um pouco mais de profundidade, esta ideia da possibilidade de única resposta correta; porém, o que eu acredito ser possível afirmar é que, para um intérprete, em dado momento e lugar, existe sim uma resposta justa e correta, ou seja, subjetivamente é possível falar que exista uma resposta correta, embora em muitas situações não seja possível afirmar que objetivamente exista uma única resposta correta, como no exemplo de Deus ou como no exemplo da anistia que dei anteriormente. Mas a ideia positivista tradicional de que o direito é composto de uma moldura, que a moldura oferece diversas possibilidades de solução e que o intérprete escolhe a que melhor lhe apraz, esta certamente não corresponde ao meu ponto de vista.

A ideia kelseniana, a ideia do positivismo tradicional romano germânico de Kelsen, de que a decisão judicial no seu momento final é sempre um ato político porque é uma escolha dentro das



possibilidades da moldura, com essa visão não estou de acordo. A discricionariedade judicial no sentido de livre escolha de uma possibilidade não existe. O juiz tem o dever de produzir a solução correta, a solução justa e a solução adequadamente constitucional dentro da sua visão, dentro da sua própria perspectiva. E isso é muito importante em uma discussão sobre teoria da decisão judicial. Há um caso que me lembro de ter lido, nos Estados Unidos, de um juiz que era conhecido porque no momento da decisão final jogava uma moeda: se desse coroa ele decidia de um jeito, se desse cara ele decidia de outro jeito. E o Corregedor, Ministro Humberto Martins, lá das paragens anglo-saxões foi até o juiz e determinou que ele parasse com aquela história de jogar a moeda. Ele, então, cumprindo obedientemente a decisão, passou a julgar de acordo com a sua própria convicção. Conta a história que um tempo depois o Corregedor voltou e pediu ao juiz que por favor voltasse a decidir jogando com a moeda, porque daquela forma ele estava acertando pelo menos a metade das decisões.

Pois bem, a conclusão desse nosso tópico sobre se existe ou não uma única resposta correta para um problema jurídico nos casos difíceis, e sobre eles falaremos, é: como uma regra geral, não existe objetivamente uma única resposta correta; mas, para um intérprete, existe uma única resposta correta, ele não escolhe livremente – e mais que isso: um juiz tem deveres de integridade no sentido de que ele tem que respeitar o sistema jurídico, tem que ter atenção aos precedentes quando decide. Ele pode até divergir, mas não pode ignorar e, de parte disso, além do dever de integridade, o juiz tem o dever de coerência, ou seja, as premissas e postulados que ele estabelece vinculam-se a ele nas decisões futuras que ele irá produzir, porque este é um direito subjetivo da parte e dos advogados: ter um juiz isonômico, e não um juiz que escolhe o resultado de acordo com qualquer outro critério que não seja o de filiar-se a determinados princípios.

Para citar um exemplo concreto, presentes

as mesmas circunstâncias de todos os precedentes do Supremo de declinação de competência, quando o parlamentar renuncia não há nenhuma razão para, no caso de Eduardo Azeredo, produzir-se uma decisão diferente, a menos que se queira mudar a jurisprudência e os precedentes como eu mesmo propus fazê-lo, mas aí se muda para a frente, e não para trás. Portanto, penso que faz parte desse dever de integridade respeitar os precedentes ou divergir fundamentadamente e ser coerente nos próprios princípios, porque esse é um dever moral do juiz e é um direito subjetivo da parte. Sou uma pessoa e, muito antes de ser juiz, sou avesso às subjetividades em geral.

O Brasil não é um país que convive bem com a subjetividade. Onde existe uma decisão subjetiva no Brasil – eu dizia isso quando era advogado –, do seu amigo de infância ao presidente do Tribunal, alguém tem um depoimento para dar. Portanto, a objetividade é a segurança.

[...] um juiz tem deveres de integridade no sentido de que ele tem que respeitar o sistema jurídico, tem que ter atenção aos precedentes quando decide.

Sou professor da UERJ e, quando o programa de pós-graduação da UERJ começou a ficar concorrido, sugeri e prevaleceu depois a não identificação das provas, porque acaba o pedido, é uma libertação. Você poder fazer o que é correto, como todos nós devemos fazer, sem ter que explicar, dizer; simplesmente fazer. Mesmo depois que cheguei ao Supremo, não consegui entender por que, no processo tal, houve desmembramento e por que, no processo qual, não houve desmembramento; temos que ter um critério e, portanto, a minha proposta é: chegou, quem não tem foro por prerrogativa de função desmembra imediatamente, sem nenhum grau de subjetividade.

Embora haja uma crença brasileira de que é bom ter esses pequenos poderes, acho um horror tê-los. Bom é possuir critérios objetivos. No caso de renúncia de parlamentar também propus um critério objetivo. Pode ser momento de re-

cebimento da denúncia e depois não se poderá mais renunciar; será ineficaz; poderá ser o final da instrução ou a qualquer momento, a única coisa ruim é ser caso a caso, porque aí vem a discricionariedade, a subjetividade, a incapacidade de explicar à sociedade por que em determinado caso foi feito de uma maneira e em outro caso, de outra maneira.

De modo que, ao falar sobre teoria da decisão judicial, outra ideia que me ocorre é que, no Brasil, por muitas circunstâncias, sempre que for possível ter um critério objetivo, é melhor do que deixar à discricionariedade subjetiva. A verdade não tem dono. Subjetivamente existe sempre uma resposta correta, e o ideal é minimizar a discricionariedade do juiz.

[...] três mudanças de paradigma que projetaram o Judiciário e alteraram [...] o papel do juiz: superação do formalismo jurídico, advento de uma cultura pós-positivista e passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.

Eu comento algumas mudanças ocorridas no Direito contemporâneo, no mundo em geral e no Brasil, em particular, que mudaram o modo como se pensa e se pratica o Direito e, de certa forma, aumentaram, potencializaram a subjetividade judicial, a discricionariedade judicial – se quiserem usar esse termo – mas sempre lembrando que discricionariedade judicial não significa o mesmo que discricionariedade administrativa, que é livre escolha entre alternativas legítimas. Penso que o juiz não tem livre escolha. Ele tem dever de produzir a solução correta, justa e constitucionalmente adequada para o caso concreto.

Até recentemente, em geral e no Brasil em particular, era possível falar de um universo tradicional da interpretação jurídica. Um universo que era, e de certa forma ainda é, caracterizado pelo formalismo jurídico, pelo positivismo jurídico e pelo legalismo, pois o formalismo, o positivismo e o legalismo entraram em crise nas últimas duas ou três décadas do século passado, particularmente no Brasil, um fenômeno que em outras partes do mundo já havia acontecido antes. É

que, no modelo tradicional de interpretação jurídica que não morreu, apenas não é suficiente, havia um papel específico reservado para a norma; um papel específico e reservado para os fatos e um papel específico e reservado para o juiz.

A norma trazia, em si, a solução que o constituinte ou o legislador havia concebido abstratamente para resolver os problemas. Os fatos existiam para serem subsumidos naquela norma, para que se produzisse o silogismo que produzia a decisão judicial. A norma era a premissa maior; os fatos, a premissa menor; e a sentença era a conclusão. E o juiz, ainda no modelo tradicional, era o profissional que desempenhava uma função técnica de conhecimento; revelar, no caso concreto, a solução que estava pré-pronta na norma jurídica.

Pois, meus queridos amigos, para o bem e para o mal, esse tempo passou. É claro que muitas situações ainda podem ser resolvidas pelo método tradicional, mas não na interpretação constitucional em geral e muito menos na

interpretação de casos difíceis. Há três grandes mudanças de paradigma que revolucionaram o Direito contemporâneo e o modo como o pensamos e o praticamos, mesmo que não tenhamos nos dado conta.

A primeira mudança de paradigma foi a superação do formalismo jurídico. A ideia de que a lei, a norma jurídica traz em si uma justiça imanente à lei como expressão da razão. Essa era uma premissa filosófica, e talvez ideológica, com a qual convivemos ao longo de boa parte do século XX. E, nesse ambiente em que a lei era a expressão da justiça, o juiz não desempenhava nenhuma função criadora do Direito. Pois hoje sabemos que a lei é, com frequência, a expressão do interesse que se tornou dominante em determinado momento e lugar. Sabemos que, para muitos problemas jurídicos, a solução não se encontra plenamente pronta na lei; portanto, o formalismo jurídico sucumbe à modernidade.

A segunda grande mudança de paradigma foi o advento de uma cultura pós-positivista. O positivismo jurídico fazia com que o Direito coubesse

integralmente dentro das normas jurídicas. Mas, neste universo em que a solução para os problemas muitas vezes não se encontra integralmente nas normas jurídicas, o juiz precisa ir procurá-la em outro lugar, e é nesse ambiente que o Direito se aproxima da filosofia moral, que é a teoria da justiça, em que o juiz se aproxima da filosofia política, que é a sua legitimidade democrática e o seu dever de realizar os fins públicos previstos constitucionalmente.

Portanto, a separação por incisão profunda que o positivismo jurídico fazia entre o Direito e a Filosofia, entre o Direito e os outros domínios do conhecimento, não mais pode subsistir porque o juiz já não consegue resolver os problemas na crença de que as fórmulas jurídicas fossem suficientes, pois era uma crença, nem era uma verdade. Quando a Suprema Corte americana invalidava toda a legislação de proteção social, invocando a cláusula constitucional da liberdade de contratar, esse era um rótulo jurídico que encobria uma opção claramente ideológica. Era: eu sou um defensor do liberalismo e contrário à legislação de proteção social, mesmo que votada pelo Congresso.

Portanto, o discurso formalista e o discurso positivista muitas vezes puramente encobriam uma escolha que já estava previamente feita pelo juiz, só que encoberta; de modo que o pós-positivismo não minimiza o papel da norma, não minimiza o papel da lei escrita, mas reaproxima a interpretação da lei, da teoria, da justiça e traz, para o centro do sistema jurídico, os direitos fundamentais – e não vou me aprofundar nessa discussão.

Por fim, a terceira grande mudança de paradigma foi a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. O século XX assistiu a uma ampla publicização do Direito. Todas as categorias tradicionais do Direito que vinham do século XIX e que pavimentaram boa parte da trajetória do século XX vinham do Direito Privado, de Savigny, de Ihering. O século XIX começa com o Código Civil napoleônico, de 1804, e termina com o BGB, o Código Civil alemão, de 1900, o século do Direito Privado. Os protagonistas do Direito eram o proprietário e o contratante.

Ao longo do século XX, o Direito passa por um

processo contínuo e crescente de publicização. Primeiro, pela introdução de normas de ordem pública em áreas como locação, direito do trabalho, direito de família já existia, mas progressivamente essa publicização vai se aproximando do século XX com uma constitucionalização ampla do Direito e, portanto, o Direito passa a ser lido à luz da Constituição. Esse fenômeno da constitucionalização do Direito não significa propriamente a vinda de normas do Direito infraconstitucional para a Constituição, mas a leitura do Direito Civil, do Direito Penal, do Direito Processual à luz da Constituição, sob a lente da Constituição.

Essa foi uma revolução profunda que ocorreu no mundo em geral que tem no mundo romano-germânico como marco uma decisão célebre do Tribunal Constitucional Federal alemão de 1958, conhecida como o Caso Lüth, que defendeu, pela primeira vez, essa leitura constitucional do Direito em geral e, naquele caso concreto, paralisou a incidência de uma norma específica do Código Civil alemão em nome da liberdade de expressão.

Portanto, essas foram as três mudanças de paradigma que projetaram o Judiciário e alteraram, em grande medida, o papel do juiz: superação do formalismo jurídico, advento de uma cultura pós-positivista e passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico.

Num ambiente qualificado como este, eu certamente não disse nenhuma novidade, embora talvez possa ter arrumado as ideias de uma forma como eu as penso, mas na vida é sempre bom pavimentarmos os conceitos essenciais para não haver erro.

Até o Hino Nacional adorei, pois havia um *teletypewriter* com a letra, o que poupa os cidadãos que estão na mesa de qualquer tipo de constrangimento, mas cada um na vida carrega as suas dificuldades.

Lembro-me de uma história – quem é do Rio de Janeiro pode já ter ouvido – que era contada por um desembargador estadual do Rio de Janeiro Nagib Slaibi, também professor de Direito Constitucional, que contava que, em uma Câmara do Tribunal de Justiça do Rio, havia um desembargador que sempre que ia votar, abria uma gaveta e olhava um papelucho, fechava a

gaveta e a trancava. Chegava outro caso importante, ele abria a gaveta, olhava o que estava escrito, trancava. Três, dezenas de vezes ele fazia isso. Esse pobre homem morreu ainda no exercício da judicatura e os seus colegas de Câmara, probos e íntegros como eram, não resistiram, no entanto, à tentação voaram na gaveta, arrambaram-na e pegaram o papelucho para ver o que dizia o papelucho. E lá dizia assim: “*ex tunc*: para frente, *ex nunc*: para trás”. Cada um, na vida, sabe as dificuldades que carrega; portanto, é sempre bom assentarmos as ideias essenciais.

Essas transformações que acabo de descrever produzem um impacto sobre a interpretação jurídica em geral e sobre a interpretação constitucional, em particular, até porque desnecessário que eu sublinhe que a vida foi ficando progressivamente mais complexa, mais rica, mais plural; mas o mundo, hoje, é muito mais complicado do que era há dez anos, há vinte ou trinta anos. Para quem é germanófilo, há um caso relativamente recente do Tribunal Constitucional alemão, em que um cidadão nascido do sexo masculino se considerava, no entanto, um transexual, uma alma feminina e esse cidadão, nascido do sexo masculino, mas psiquicamente uma mulher, no entanto, no corpo de um homem, apaixona-se por uma mulher. Então, ele, um homem fisicamente, mas uma mulher psicologicamente, apaixona-se por uma mulher e ambos desejam celebrar um casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vão, então, ao registro civil e o oficial olha para um e olha para o outro e diz: mas o senhor é um homem e ela é uma mulher. E respondem: “Não! Na verdade, eu sou uma mulher, não sou um homem. Mas a minha porção mulher é lésbica e apaixonou-se por esta mulher. Portanto, nós queremos fazer um casamento entre pessoas do mesmo sexo”. E o oficial, compreensivamente estarecido, negou o pedido. Sei que o caso percorreu todas as instâncias e chegou ao Tribunal Constitucional Federal alemão, que permitiu que fosse feito um casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Apenas estou referindo ao fato de que essa história não teria acontecido há trinta anos, há vinte, talvez não teria acontecido há dez anos. A vida ficou mais interessante, mais plural e mais complicada, compreensivelmente. No Brasil,

para termos um exemplo, até a Constituição de 1988, havia uma forma de se constituir família legítima: pelo casamento; agora, existe família legítima pela união estável e existem as famílias monoparentais. O Supremo reconheceu a família constituída por uniões homoafetivas e existe a família do casamento que não é proibido ser convencional; portanto, o casamento continua a ser uma instituição vigente, difíceis não são os primeiros trinta anos, mas depois vamos nos ajustando. De modo que, onde havia unidade, agora existe uma pluralidade.

Assim ficou a vida. Quem acompanhou um caso envolvendo o cantor Roberto Carlos e um jornalista que escreveu uma biografia sobre a trajetória dele, verificou uma situação em que o cantor foi a juízo para dizer: eu não quero que publique a minha biografia, porque é a minha imagem, é a minha privacidade, é a história da minha vida e não quero que conte. E o jornalista diz: Espera aí! É a minha liberdade de expressão e é o direito de informação do público. Portanto, temos um litígio em que os dois lados invocam normas constitucionais que estão válidas e em vigor. De modo que o método tradicional de solução dos problemas jurídicos, que é subsunção dos fatos à norma, simplesmente não serve para essa situação porque existe uma pluralidade de normas divergentes postulando incidência nesse caso. Portanto, as técnicas tradicionais de interpretação e decisão, evidentemente, tornaram-se insuficientes.

Pois bem, para lidar com esses fatos novos desse mundo mais complexo, mais plural e às vezes um pouco esquisito, o Direito Constitucional concebeu novas categorias teóricas que povoam, hoje, a atuação dos juízes e dos tribunais, como a normatividade dos princípios. Quem abriu a Lei de Introdução ao Código Civil, que mudou de nome, agora se chama Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro vai encontrar o dispositivo que diz: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Os princípios gerais do Direito eram a terceira fonte subsidiária do Direito. Hoje em dia, como regra geral, interpreta-se o Direito a partir dos

princípios, não nesse panprincipiologismo criticável, mas não se interpreta uma regra jurídica contrariando um princípio, interpreta-se uma regra jurídica concretizando-se um princípio.

De modo que há o reconhecimento de que os princípios são normas – e normas vinculantes. E, ao contrário de normas programáticas, isso é uma relativa novidade, como é uma relativa novidade a existência de colisões de direitos fundamentais, como é uma relativa novidade a utilização da ponderação como uma técnica possível para resolver as colisões de direitos, como é a reabilitação da argumentação jurídica como uma necessidade da função judicial, sobretudo nos casos em que o juiz desempenha uma função criadora. De modo que o Direito, nos últimos vinte anos no Brasil, talvez menos, incorporou muitas categorias que são relativamente novas, que não eram ensinadas na faculdade quando a maioria de nós estava nos bancos escolares.

Nesse ambiente, a norma – lembrem-se que eu falei do papel da norma dos fatos e do intérprete – já não traz mais em si plenamente a solução para os problemas. Às vezes, ela traz apenas um início de solução, um princípio, um conceito jurídico indeterminado. Os fatos não ficam mais esperando para serem subsumidos na norma; eles passam a fazer parte da normatividade, a ideia de norma para ser associada à conjugação do relato abstrato do texto com a realidade concreta. E o juiz, que tinha que decidir o caso do cantor Roberto Carlos, ninguém poderá dizer que ele não estaria ali sendo um coparticipante do processo de criação do direito porque simplesmente não havia uma regra pronta para ele aplicar. Ele tem que dizer por qual razão vai privilegiar o direito de privacidade naquele caso, ou por qual razão vai prestigiar a liberdade de expressão naquele caso, e dar os seus fundamentos.

E é por isto que a argumentação jurídica se tornou importante: porque a função judicial já não estará legitimada apenas na regra tradicional de separação dos poderes, em que o juiz aplica

a regra que o legislador ou o constituinte criou. Se ele é coparticipante do processo de criação, tem que demonstrar a trajetória intelectual que percorreu e por que aquela solução que produziu é constitucionalmente adequada e convencer o auditório, ao qual a sua decisão se destina, que aquela era a melhor solução. O auditório do juiz de primeiro grau é o seu tribunal, o auditório do tribunal, numa questão constitucional, é o Supremo Tribunal Federal, e o Supremo Tribunal Federal não é o auditório de si próprio porque tem que ter uma necessária interlocução com a sociedade e ser capaz de demonstrar a ela por que tal interpretação constitucional é a mais adequada para o caso.

[...] o Supremo Tribunal Federal não é o auditório de si próprio porque tem que ter uma necessária interlocução com a sociedade e ser capaz de demonstrar a ela por que tal interpretação constitucional é a mais adequada para o caso.

Portanto, a vida ficou mais complicada e o Direito perdeu muito da objetividade (falsa) com a qual ele saíra do século XX: a crença na objetividade plena do Direito e na neutralidade do intérprete. Infelizmente, essas categorias não existem plenamente, embora continuem a existir desejavelmente.

É nesse universo que se situa o nosso capítulo seguinte, que diz respeito aos casos difíceis, em contraposição, por certo, à ideia de casos fáceis. Casos fáceis são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta na norma jurídica. A vida podia ser sempre assim, aos 70 anos, o servidor público passa para a inatividade compulsoriamente. Se o queridíssimo Ministro Arnaldo Esteves impetrar um mandado de segurança quando completar 70 anos e disser: “Eu continuo lúcido, continuo sendo um grande juiz, não tem nenhuma razão para eu me aposentar, portanto, eu tenho o direito líquido e certo de continuar abrilhantando este tribunal”, infelizmente, o julgador não poderá acolher o pedido dele porque a norma constitucional é inequívoca: aos 70 anos ele passa à inatividade. Se o ex-Presidente Luís Inácio

Lula da Silva houvesse pretendido registrar sua candidatura para um terceiro pleito presidencial, a Justiça Eleitoral não teria nenhuma dificuldade, jurídica pelo menos, de indeferir o pedido na medida em que a Constituição é claríssima ao só admitir uma reeleição.

Portanto, existem casos fáceis nessa vida, graças a Deus, mas não é deles que vamos cuidar aqui. Vamos cuidar dos casos difíceis, que são os casos para os quais não há uma solução pré-pronta. Quais são esses casos? Procurei sistematizá-los em três grandes categorias. Preciso confessar a todos que eu divido tudo em três categorias, é uma superstição que eu carrego pela vida desde que eu estudei Direito Tributário e aprendemos que havia três espécies de tributo: imposto, taxa e contribuição de melhoria. E vivíamos felizes e em paz, até que um dia alguém disse que empréstimo compulsório também é tributo. Romperam a barreira dos três. Nunca mais houve consenso sobre a classificação dos tributos porque vieram as contribuições sociais, e alguns classificam como imposto, taxa, empréstimo compulsório e contribuições, dentro das contribuições colocam contribuições de melhoria e as demais contribuições. Só que as demais contribuições não têm nada a ver com a contribuição de melhoria, ou seja, nunca mais houve consenso e acredito que é porque romperam a barreira dos três.

O que significa direito à vida? Ou o que significa dignidade da pessoa humana? Ou o que significa liberdade religiosa? E, evidentemente, surgirão casos difíceis no sentido de que não vai haver uma solução pré-pronta, vai ter que ser construída argumentativamente.

De modo que eu conservo essa superstição e se alguém disser: “Esse sujeito é um professor de Direito Constitucional, cultivando esse tipo de bobagem”, eu gosto de citar o ganhador do Prêmio Nobel de Física, o físico quântico chamado Niels Bohr, um dinamarquês. Na porta do gabinete de trabalho dele tinha uma ferradura e alguém perguntou por que ele, um cientista, um agnóstico, um homem que defendia a racionalidade plena na vida, tinha uma ferradura na porta

do seu gabinete de trabalho. E ele respondeu: “É que dizem que dá sorte mesmo para quem não acredita”. Portanto, se o Niels Bohr achava isso, cultivo essa minha outra superstição.

Os casos difíceis surgem muitas vezes por força da ambiguidade da linguagem, às vezes há dificuldades de saber o que é tributo, o que é servidor público, o que é relevância e urgência, interesse social, ou, em homenagem ao meu querido Herman Benjamin, impacto ambiental. Muitas vezes esses conceitos jurídicos indeterminados geram uma dificuldade e impõem ao juiz uma concretização do seu sentido no caso concreto. Calamidade pública, para fins de dispensa de licitação, por exemplo, pode, muitas vezes, ser um conceito extremamente complexo, para não mencionar princípios como dignidade da pessoa humana, a ideia de justiça, a própria razoabilidade, moralidade e eficiência.

Portanto, a concretização de certos termos vagos ou ambíguos pode gerar casos difíceis, no sentido de que nos extremos é muito fácil saber se há ou não calamidade pública. Mas há uma área cinzenta que pode gerar problemas; a linguagem gera problemas em geral. Há um exemplo que gosto de citar, é um pouco chulo, mas muito emblemático. Sou de Vassouras, uma cidade no interior do estado do Rio de Janeiro, tinha uma barbearia e, em uma ocasião, colocaram uma

tabuleta de publicidade, cedendo aos tempos modernos, que dizia: “Corto cabelo e pinto”. E aí a freguesia, pelas dúvidas, não frequentava o estabelecimento até que uma alma caridosa, um literato da cidade, orientou o seu Pedro,

o barbeiro, e a tabuleta passou a dizer: “Corto e pinto cabelo”; ele viu renascer a clientela e a vida voltou a ficar normal. A linguagem é um problema na vida em geral, e no Direito em particular.

A segunda causa desses casos difíceis é mais complexa: é a existência na sociedade de desacordos morais razoáveis. Pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam muitas vezes de maneira radicalmente diferente acerca das mesmas questões. Questões como: eutanásia, suicídio as-

sistido, transfusão de sangue para pessoas que professam a religião Testemunha de Jeová. Essas questões, não sei se chegam ao STJ, mas estou falando de coisas que já cruzaram o meu caminho como advogado. O próprio hospital da UERJ tinha uma consulta para saber se podia ou não fazer transfusão de sangue compulsória em pessoas que não queriam aceitar a transfusão de sangue. Descriminalização de drogas leves. Portanto, existem matérias em que pessoas esclarecidas e bem intencionadas pensam diferentemente e vão interpretar de maneira diferente.

O que significa direito à vida? Ou o que significa dignidade da pessoa humana? Ou o que significa liberdade religiosa? E, evidentemente, surgirão casos difíceis no sentido de que não vai haver uma solução pré-pronta, vai ter que ser construída argumentativamente. Sem mencionar as circunstâncias das colisões de normas jurídicas. Quem acompanhou o debate que existe sobre a construção de duas usinas hidrelétricas na Amazônia, acompanhou um debate sobre duas normas constitucionais: uma que diz que o desenvolvimento nacional em geral e o desenvolvimento regional são fins da República Brasileira, o que envolve aumentar a matriz energética, e o que diz que a proteção do meio ambiente e, consequentemente, das comunidades que vivem ali às margens daquelas regiões que seriam alagadas, também são protegidas constitucionalmente. De novo, uma situação de colisão de direitos fundamentais, em que não há uma solução pré-pronta.

Um caso interessante no Rio, o caso Doca Street, em que o sujeito foi condenado por homicídio, cumpriu sua pena e não queria que encenassem na televisão um programa contando a história da vida dele. De novo: privacidade com liberdade de expressão e a questão de saber se ele tem direito ao esquecimento ou a questão de saber se crime pode ser tratado como um fato da vida privada. Duas visões de mundos diferentes novamente para as quais o juiz não pode, como dizia meu querido mestre José Carlos Barbosa Moreira, julgar a lide empatada e condenar o escritor nas custas. Portanto, ele terá que construir argumentativamente uma solução, o que, muitas vezes, terá de fazer por meio de uma pondera-

ção, que, no modo como eu trabalho, significa identificar quais regras, quais normas postulam incidência, quais são as soluções possíveis e fazer as concessões recíprocas para produzir a solução constitucionalmente adequada, preservando o máximo de cada norma ou, em certos casos, fazendo uma escolha, porque envolve sacrificar a incidência de uma norma em um caso concreto.

A ponderação, muitas vezes, envolve escolhas. Não escolhas discricionárias. De novo, o juiz tem que demonstrar por que aquela é a solução correta, justa e constitucionalmente adequada na sua visão, informada pela integridade e pela coerência. Mas envolverá escolhas e, em muitos casos, envolverá escolhas trágicas. E todos os juízes que lidam com postulações de tratamentos médicos ou postulações que envolvam entrega de medicamentos caríssimos lidam com escolhas trágicas, porque está decidindo.

A ponderação aí não é o direito à vida de um com princípios orçamentários; frequentemente é o direito à vida com direito à vida – essa é a ponderação que se está fazendo, é a escolha de quem vai viver e de quem vai morrer, tipicamente uma escolha trágica. Escolha trágica, um pouco mais bem-humorada que eu uso para exemplificar a ponderação, é a história contada por um conhecido meu, passa-se em Minas, o sujeito comprou um Opala (a história é velha), de não sei quantos cilindros, que era o melhor carro da época, colocou o Opala na estrada de Alfenas, deu o máximo da velocidade do Opala, subiu uma colina, quando ele começou a descer, vinha atravessando um enterro. E ele, em altíssima velocidade, não tinha como frear, pensou: “Ai, meu Deus do céu, vou mirar no caixão”. Essa é muitas vezes a ponderação. É fazer a escolha menos trágica diante do quadro que se apresenta.

Aqui chego ao capítulo final, para alívio de todos. Nesse contexto, em que houve aquelas mudanças de paradigma que eu descrevi, e surgem esses casos difíceis e todas as novas categorias de interpretação, como normatividade dos princípios, colisões, ponderação e reabilitação da argumentação jurídica, nós vivemos no Brasil, particularmente, embora seja um fenômeno mundial, mas particularmente acentuado no Brasil,

um fenômeno amplo de judicialização da vida e das relações políticas em geral.

E, aqui, uma qualificação à judicialização significa uma transferência de poder político das instâncias tradicionais, o Legislativo e o Executivo, que são eleitos, para o Poder Judiciário, cujos membros, como nós bem sabemos, não são eleitos. Falei da judicialização como fenômeno mundial, mas no Brasil tem duas causas específicas: a primeira, uma constitucionalização abrangente. A Constituição brasileira trata do sistema tributário, do sistema previdenciário, da separação de poderes, de índios, de meio ambiente, de criança e de adolescente, de idosos e, conseqüentemente, uma Constituição que trata da variedade de questões que a Constituição brasileira trata, potencializa a judicialização, porque constitucionalizar uma matéria é, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o Direito. Se há uma norma constitucional, há uma pretensão potencialmente baseada na Constituição que pode ser deduzida.

Além disso, temos um sistema de controle de constitucionalidade em que todos os juízes de Direito e todos os tribunais interpretam e aplicam a Constituição. E ainda temos um sistema que comporta ações diretas e um longo elenco de legitimados no art. 103 da Constituição, que inclui todas as confederações sindicais e todas as entidades de classes de âmbito nacional.

De modo que, no Brasil, é preciso que o interesse seja muito “chinfrim” para que não se consiga que alguém o leve ao Supremo Tribunal Federal por ação direta ou por via de controle difuso. Assim, o sistema brasileiro de constitucionalidade e a constitucionalização abrangente levam a uma judicialização ampla das questões. E eu devo dizer, mas isso seria motivo para um tema para uma outra palestra, que acredito que a judicialização e um grau moderado de ativismo judicial têm servido bem ao País.

Eu escolhi para esse comentário final do tema da judicialização três casos – e vou ser muito breve – em que eu atuara como advogado perante o Supremo Tribunal Federal, e três casos em que atuei como juiz, um pouco para comparar como eu vi a judicialização e certo grau de ativismo judicial funcionarem.

O primeiro caso em que eu fui advogado perante o Supremo Tribunal Federal foi a questão das uniões homoafetivas. Nesse caso, como se sabe, havia um vácuo normativo, não havia norma jurídica cuidando das uniões homoafetivas. Mas, a homossexualidade é um fato da vida, as pessoas felizmente se apaixonam e, portanto, as pessoas entravam em uniões homoafetivas. E, portanto, o Direito tinha que dar uma solução para esse problema.

Alguns juízes tratavam as uniões homoafetivas como sociedades de fato, tal como se tratava antigamente a união entre homem e mulher que não eram casados – só os mais antigos lembrarão isso. E, de outro lado, alguns juízes equiparavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais. Portanto, por via de uma ação constitucional, pediu-se ao Supremo que, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade, dentre outros, se asseguerrassem às uniões homoafetivas o mesmo direito das uniões estáveis convencionais.

E assim fez o Supremo Tribunal Federal, instituindo um regime jurídico que não havia para o tratamento dessas relações – o que fez muito bem. O que vale na vida são os nossos afetos e as pessoas devem ter o direito de colocar o seu afeto onde mora com o seu desejo. Surpreendente na decisão do Supremo Tribunal Federal foi a unanimidade. O Supremo, por unanimidade, equiparou as uniões estáveis às uniões homoafetivas. É bem verdade, eu estava lá, ninguém me contou: a linguagem corporal de uns três votos, eu diria, era de grande desconforto, mas, mesmo assim, houve uma adesão à posição que prevaleceu, tipicamente de criação judicial de um direito que não havia sido deliberado, nem pelo constituinte, nem pelo legislador.

Pelo contrário, foi preciso superar uma dificuldade criada pelo constituinte, porque o art. 226, §3º, da Constituição dizia que união estável é entre homem e mulher. Por sorte, no histórico daquele dispositivo, o dispositivo foi inserido na Constituição para acabar com a discriminação contra a mulher não casada. Portanto, e foi o argumento que sustentei, não se podia utilizar um dispositivo inclusivo da mulher para tratá-lo



como sendo excludente dos homossexuais, porque nem tinha passado pela cabeça do constituinte aquela questão.

Portanto, esse foi tipicamente um caso de criação do Direito, um caso polêmico e um avanço, que só se poderia obter por via judicial, porque em um processo político majoritário isso não passaria. E acredito que é um direito fundamental das pessoas, como disse, colocarem o seu afeto onde mora o seu desejo, e não terem a sua relação depreciada por isso.

O segundo caso, ainda mais polêmico e mais dividido, foi a questão da interrupção da gestação de fetos anencefálicos. O Código Penal só previa. O Código Penal criminaliza o aborto (o que faz muito mal), mas isso seria motivo para outra conversa. Todos são contra o aborto, não conheço ninguém que seja a favor do aborto – eu inclusive. Portanto, ninguém acha que o aborto é uma boa política pública de contracepção, que se deve incentivar ninguém a fazer aborto; pelo contrário, o Estado deve prover educação sexual, deve prover preservativos e amparo para a mulher que quer ter o filho, mas a criminalização do aborto é uma lastimável política pública altamente discriminatória contra as mulheres pobres. Não importa o que cada um tenha como convicção para si; estou falando como política pública.

E nenhum país democrático e desenvolvido do mundo criminaliza o aborto. Fechado esse parêntese, discutia-se a interrupção de gestação de feto anencefálico, saber se uma mulher que faz o diagnóstico da inviabilidade fetal no terceiro mês de gestação deve ser obrigada a manter aquela gestação até o nono mês para, no momento do parto, gerar um filho que não vai ter, porque o coração para de bater segundos depois e o cérebro simplesmente não se forma.

Aí, as duas exceções ao crime de aborto no Código Penal eram estupro e grave risco de vida para a mãe. O Supremo Tribunal Federal, ao admitir a interrupção da gestação no caso de feto anencefálico, criou uma terceira exceção, não prevista, à criminalização do aborto no Código Penal.

E o terceiro caso foi a questão do nepotismo em que o CNJ editou uma norma vedando portanto a nomeação de parentes para cargos em comissão. Os Tribunais de Justiça dos Estados desrespeitaram amplamente dizendo que só por lei se podia criar aquela norma. A AMB, numa postura louvável, entrou com uma ação declaratória de constitucionalidade para declarar a constitucionalidade da proibição (portanto, uma defesa institucional do Judiciário, e não fisiológica, que penso que foi muito feliz) e o Supremo Tribunal Federal disse que não precisava de lei, porque decorria do princípio da impessoalidade e do princípio da moralidade a proibição e que, portanto, a resolução do CNJ meramente declarava, explicitava alguma coisa que já decorria de um princípio constitucional – e neoconstitucionalismo da veia, cria-se uma regra extraída diretamente de um princípio constitucional com a chancela do Supremo.

[...] o sistema brasileiro de constitucionalidade e a constitucionalização abrangente levam a uma judicialização ampla das questões.

A minha experiência como juiz: Caso Donadon. Eu havia votado num caso precedente, porque a Constituição textualmente diz que, no caso de condenação criminal, quem deve decretar a perda do mandato é a Casa Legislativa. Está dito com todas as letras na Constituição. É péssimo o tratamento da matéria, mas é o que está dito. Portanto, votei nessa linha. Vem o Caso Donadon, do qual não participei. Ele, condenado a mais de treze anos de prisão em regime inicial fechado, a Câmara não decreta a perda do mandato. Aí vem um mandado de segurança impetrado por um parlamentar, sustentando que, naquele caso, a mesa da Câmara é que devia ter decretado a perda. Aquela não era uma questão política, era uma decisão puramente declaratória.

E vem esta situação (muitos aqui são juízes): a tentação de fazer o bem e, portanto, eu bem achava que era uma decisão política do

Congresso, mas há uma norma constitucional que diz que o Parlamentar que ficar afastado mais de 120 dias perde o mandato automaticamente por declaração da mesa, e esse Parlamentar tinha que cumprir mais de dois anos em regime fechado; portanto, sem possibilidade de comparecer ao Congresso. Então, havia uma saída constitucional: condenação em regime fechado é incompatível com a conservação do mandato e, portanto, nessa hipótese, a declaração tem de ser feita pela mesa. E dei a medida cautelar.

Houve uma certa grita, mas iniciou-se um diálogo institucional muito interessante. Primeiro: o Senado Federal aprovou uma emenda constitucional consertando essa matéria (ainda não passou na Câmara), de que, depois da condenação judicial transitada em julgado por determinados crimes, não se deve submeter a uma deliberação política, o que é óbvio, e a Câmara dos Deputados mudou a regra, instituiu a votação secreta, levou a matéria novamente a Plenário e decretou a perda do mandato. E o mandato de segurança perdeu o objeto; final feliz para todo mundo. Acho que, mais do que um caso de judicialização, foi um caso interessante de diálogo institucional em que as instituições interagiram.

[...] acredito que seja importante assinalar que aquele juiz tradicional que se utilizava apenas do material jurídico, pelo menos nos casos difíceis, é uma figura historicamente superada.

O segundo caso mais polêmico ainda é o do financiamento de campanha eleitoral por empresa, para o qual ainda não há uma decisão final. Mas a verdade é que há uma imensa (esse é um ambiente profissional, e não político, por isso estou me sentindo à vontade de conversar sobre esses assuntos) demanda na sociedade por uma reforma política que diminua essa centralidade do dinheiro, o peso do dinheiro, essa circunstância que está por trás de todos os grandes escândalos de corrupção do País. E, portanto, o Ministro Luiz Fux era o Relator, fez um levantamento: é um universo restrito de empresas que contribui,

contribui muito e depois são contratadas pelos Governos eleitos. Quer dizer, é um toma-lá-dá-cá, é um sistema imoral.

Eu nem seria contra, em tese, em qualquer circunstância à participação de uma empresa no debate eleitoral financiando, mas você tem que ter regras, o que você não pode é ter a empresa que financiou hoje ser contratada por contratação direta logo depois da eleição – que é o que acontece. Isso é fechar os olhos para uma situação de grave imoralidade administrativa e, portanto, a Constituição chancela esse tipo de restrição, há uma demanda social para isso e aqui poderíamos abrir para fazer uma outra conferência para discutir o que deve ser feito quando o processo representativo, o sistema representativo, a política majoritária não é capaz de atender às demandas sociais evidentes, e saber se em certos casos o Judiciário não se torna democraticamente mais legitimado para certas transformações que o processo político majoritário, mas essa é outra discussão.

E o último caso era um caso dos precatórios. O Supremo declarou (eu não estava lá ainda) a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 62. Quem é do ramo sabe que, pela primeira vez, estados e municípios estavam pagando precatórios à União e, com a declaração de inconstitucionalidade, criou-se um vazio normativo que vai tornar a vida pior. O Ministro Luiz Fux, Relator, propôs uma modulação em cinco anos, mas nos quinze anos da modulação proposta na emenda se pagava o estoque, nos cinco anos não tem como pagar o estoque, a menos que se crie um modelo de transição.

Portanto, o meu voto é cinco anos até porque não podia voltar atrás, já estava declarada inconstitucional, mas o Supremo tem que dizer o que os entes devem fazer nesses cinco anos para cumprir a Constituição e, portanto, o Supremo não pode devolver para a sociedade alguma coisa pior que recebeu e, assim, tem que estabelecer um modelo de transição. Eu propus as medidas que achava que deviam ser de transição; o Ministro Toffoli pediu vista; mais dois ministros se manifestaram

dizendo claramente que não é papel do Supremo resolver esse problema, é um papel do Congresso. Mas, desde a Constituinte de 1988, o Congresso não resolve esse problema e, nas duas vezes em que tentou, o Supremo declarou inconstitucional, então está na hora de resolvermos.

Mas aí são diferentes concepções da vida. Há juízes com boas razões que pensam que não é papel do Judiciário resolver esse tipo de problema. Penso exatamente o contrário: é papel do Judiciário resolver problemas que não estão sendo resolvidos nas outras instâncias, mas o interessante é que, de novo, a verdade não tem dono; de novo não há objetivamente uma única resposta correta. É que existem bons argumentos para os dois lados. Eu fui advogado por muito tempo e eu seria capaz de sustentar indistintamente as duas teses com bons argumentos, embora uma, evidentemente, morasse no meu coração. É um pouco como a história do arremesso de anão. Eu sou capaz de defender os dois lados igualmente. Deve ser porque tenho alma de advogado.

Ministro Villas Bôas Cuevas, é uma boa hora de acabar. Vossa Excelência sabe o que é ter alma de advogado? Vou dar um exemplo real – alguém já deve ter me ouvido contar essa história. Quando eu vim morar em Brasília, os meus filhos eram mais jovens e queriam fazer um passeio de barco pelo Lago Paranoá. Portanto, eu providenciei uma lancha. Minha mulher, sabiamente, saiu do programa. Então, foram eu e as crianças e levamos uma caixa de isopor, que tinha água, coca-cola e umas duas cervejas. Ao chegarmos ao barco, apoio, a certa altura, meu pé em cima da caixa de isopor – o isopor devia ser de péssima qualidade – que ruiu, virou fragmentos de isopor, cacos de isopor.

Volto para casa, segurando aqueles cacos de isopor, e falo para a minha mulher que alguém havia pisado no isopor e mostro como ele tinha ficado. Mas as mulheres têm alma de Ministério Público. E, portanto, a pergunta dela foi automática: – Quem pisou? E eu respondi: – Estou aqui para defender o isopor, e não para acusar ninguém. Isso é ter alma de advogado, ou seja, que lado você escolhe estar na vida de uma maneira geral.

Um último comentário que faço: esse juiz que decide questões que não têm respostas pré-propon-

tas na norma, vale-se da norma, na parte em que ela fornece um início de solução. Portanto, o material jurídico sempre está presente na vida de um juiz. Não há como tomar uma decisão – a meu ver – sem reconduzi-la, em alguma medida, a uma norma da Constituição ou a uma norma jurídica infraconstitucional. O juiz não cria Direito. Dessa forma, o material normativo é muito importante.

Em segundo lugar, a moda agora é dizer que a ideologia do juiz também influencia a decisão. Evidentemente, que sim. Depende do que se quer dizer como ideologia do juiz. O juiz, como qualquer pessoa, tem uma ideia do que seja o bem, do que seja correto, do que seja justo. E, evidentemente, a realização da justiça, do bem e do correto faz parte do universo, do cardápio de escolhas de um juiz. E um juiz também se situa num universo institucional. Portanto, as questões institucionais fazem diferença. A separação de poderes, os limites da sua legitimidade democrática para atuar e, por último, a opinião pública.

Qualquer um desses três temas, a atitude legalista, a atitude ideológica e a atitude institucional, daria uma conferência que, evidentemente, a essa hora da noite não a faria mais. Porém, acredito que seja importante assinalar que aquele juiz tradicional que se utilizava apenas do material jurídico, pelo menos nos casos difíceis, é uma figura historicamente superada.

E melhor que encobrir a circunstância de que o juiz leva inúmeros fatores extrajurídicos em conta é fazer exatamente o contrário, é explicitar quais são os fatores extrajurídicos que estão sendo levados em conta.

Dizem que George Washington produziu o mais breve discurso de posse na Presidência dos Estados Unidos, com 130 palavras, e que William Harrison produziu o mais longo discurso de posse na Presidência dos Estados Unidos com 8.300 palavras, pronunciadas numa noite muito fria e tempestuosa em Washington. William Harrison morreu trinta dias depois de uma gripe gravíssima que contraiu naquela noite. Considero que essa é a maldição que recai sobre os oradores que falam além do seu tempo. Assim, quero agradecer, comovido, a presença de todos e despedir-me.”



Luciano Benetti Timm, Sidnei Beneti, Bruno Salama e José Reinaldo de Lima Lopes

## ***Análise Econômica do Direito nas Decisões Judiciais***

**SIDNEI BENETI**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ Cumprimento o Ministro Villas Bôas Cueva, que coordena este seminário, professores presentes, eminentes conferencistas deste primeiro painel. É uma satisfação muito grande estar designado para dirigir esta parte dos trabalhos. Quero agradecer muito a confiança que me foi depositada em me convocarem para esta apresentação.

O painel diz respeito à *Análise econômica do Direito nas decisões judiciais*. Temos três expositores que tratarão desse tema – os eminentes professores Bruno Salama, Luciano Benetti Timm e José Reinaldo Lima Lopes.

O professor Bruno Salama, nome mais que conhecido dos interessados nesta área, é um eminente professor da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Dirige o Centro de Direito e Governança Econômica; também é membro do Corpo de Apelações do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional; tem uma formação universitária aprimorada e ressaltam algumas atividades realizadas; Mestre e Doutor de Berkeley, School of Law, nos Estados Unidos, e também da Universidade de São Paulo; professor honorário na Universidade de San Martin, no Peru; e, antes de entrar para a carreira acadêmica, desempenhou uma importante atividade no direito corporativo, na Sullivan & Cromwell, em Nova Iorque, e também em Pinheiro Neto Advogados, em São Paulo.

Peço licença para dizer ao eminente professor que a referência ao seu nome veio a mim muito antes de conhecê-lo, por intermédio de filha minha, que também trabalha nesse mesmo escritório de advocacia.

Também um pesquisador importante na área bancária, corporativa e econômica, sobretudo no direito do desenvolvimento. Há uma enorme série de publicações e de atividades docentes, palestras, conferências, cursos realizados. Estamos, portanto, diante de um dos grandes nomes da área do Direito, da Economia e da área corporativa.”

**BRUNO SALAMA**

Professor da Fundação Getúlio Vargas-SP

“ Em primeiro lugar, gostaria de agradecer a gentilíssima introdução do Senhor Ministro Sidnei Beneti, o convite que me foi feito pelo eminente Ministro Villas Bôas Cueva; e gostaria de saudar os professores José Reinaldo Lima Lopes, Celso Campilongo, Luciano Timm e os demais presentes.

O título da minha palestra é *O argumento econômico nas decisões judiciais*. E quando se fala em argumento econômico e decisões judiciais, desde logo, vemo-nos diante do que parece ser uma contradição, ou uma impossibilidade. E essa impossibilidade decorre das diferenças de método entre o Direito e a Economia. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é verbal e matemática. Enquanto o procedimento da análise jurídica é marcadamente hermenêutico, o procedimento da análise econômica é fortemente empírico. Enquanto a aspiração última do Direito é a Justiça; a aspiração última da Economia é a ciência.

Finalmente, e mais importante que tudo, enquanto uma crítica jurídica se dá a partir da legalidade, uma crítica econômica se dá a partir do custo. Isto é, o jurista trabalha principalmente a partir do mandamento, para buscar identificar o que está obrigado, o que está permitido e o que está proibido. O economista, por sua vez, trabalha marcadamente a partir

de uma discussão de custo e, portanto, do que é eficiente ou do que é ineficiente. E essas diferenças de método nos põem, portanto, um diagnóstico que podemos chamar de “diagnóstico senso comum” ou “diagnóstico ponto de partida”, que é justamente o diagnóstico da impossibilidade da combinação dos dois discursos ou dos dois pensares. Talvez, então, o jurista e o magistrado falem de Direito; o economista fale de Economia. Será mesmo?

Hoje, apresento-lhes, aqui, argumentos que desconstroem essa separação rígida entre o Direito e a Economia. E a fim de tornar minha apresentação o mais inteligível possível, resumirei tudo o que direi aqui em três frases, que são, na realidade, os três pontos ou as três proposições que lhes trago esta manhã.

Proposição n. 1: O argumento econômico pode ser útil para melhor interpretar e aplicar o direito;

Proposição n. 2: O argumento econômico já existe nas decisões judiciais;

Proposição n. 3: O aumento no uso do argumento econômico em juízo no Brasil não é um modismo nem uma ideia fora de lugar, mas uma decorrência da estrutura jurídico-política do nosso País, após 1988.

O restante da minha apresentação se resume ao detalhamento dessas três proposições, ao que se seguirá uma breve conclusão. Tentarei fazer isso o mais brevemente possível; aliás, convém ligar o cronômetro para que eu possa me ater ao que pretendo fazer.

Começando, a primeira proposição: o argumento econômico pode ser útil para melhor interpretar e aplicar o Direito. Ora, na realidade, aqui há dois conceitos: primeiro, o próprio conceito de argumento econômico, porque é preciso definir do que estou falando; e em segundo lugar, explicar como esse argumento é útil para melhor aplicar e interpretar o Direito.

Começamos pela definição do que seja o argumento econômico. Vamos iniciar pelo que não é. O argumento econômico, tal qual eu o concebo, não é apenas o reconhecimento de que certas evoluções legais foram, em parte, influenciadas por considerações econômicas.

Isso seria incontroverso, seria trivial. Fala-se em necessidades econômicas que movem o Direito já há muito tempo. Cito um exemplo para os comercialistas: o surgimento da empresa de responsabilidade limitada. Todos os comercialistas de cem anos atrás e um pouco mais, quando defenderam a criação de uma sociedade de responsabilidade limitada, que foi feita a partir do decreto de 1919, diziam que aquele movimento legislativo refletia “necessidades econômicas”.

[...] o argumento econômico em juízo é apropriação explícita [...] de lições da economia, especialmente da microeconomia, como instrumento para melhor aplicar os mandamentos contidos nas regras ou princípios jurídicos.

Mas o fato de uma regra jurídica ou de um instituto jurídico ser inspirado por considerações econômicas não significa que juízes, advogados e promotores utilizarão argumento econômico; embora possam fazê-lo. Cito como exemplo uma decisão recente do Supremo Tribunal Federal que, ao admitir a constitucionalidade da nossa lei de arbitragem, aduz na decisão que essa constitucionalidade é reforçada também pela ideia de que fortalecer o instituto de arbitragem no Brasil seria necessário para o ambiente de negócios.

Eu então reitero: o reconhecimento de que certas evoluções legais foram influenciadas por considerações econômicas é trivial. Mas o que estou chamando de argumento econômico não é bem isso.

Tampouco estou falando do reconhecimento de que muitas regras jurídicas pressupõem que os indivíduos podem agir oportunisticamente (ou maximizando os seus interesses ou adotando o modelo de *homo-economicus* – o que seria parecido, embora, a rigor, diferente). Por quê? Porque em muitos casos esse modelo comportamental com o qual trabalha a economia, o modelo do indivíduo que maximiza os seus interesses, já está embutido nas regras jurídicas, em uma infinidade delas.

Vou citar só uma: o autocontrato. A lei diz que o autocontrato é aquele em que a mesma pessoa atua com dois chapéus diferentes (por exemplo, procurador e parte em nome próprio). O Código Civil determina que, no autocontrato, estamos diante de um negócio jurídico anulável. Ora, por que o Código Civil estabelece que estamos diante de um negócio jurídico anulável? Porque pode haver conflito de interesses e abuso de direito.

A economia trata desse tipo de problema com outro nome, com uma concepção um pouco diferente, mas que chega ao mesmo lugar. Para um economista, esses problemas de conflito de interesses poderiam ser problemas de “principal-agente”. Mas o

fato é que o problema do conflito de interesses (que é posto na teoria econômica) está refletido em muitas regras jurídicas, e, como dito, em uma infinidade delas.

O mesmo se pode dizer de construções da dogmática jurídica. Por exemplo: a doutrina de que há um dever de mitigar o próprio dano. Esse é um dever que se relacionaria ao princípio da boa-fé, previsto no art. 422 do Código Civil. Por que haveria um dever de mitigar o dano? Quem causa o dano pode estar em uma posição superior para mitigar o valor da perda. O economista dirá: essa mitigação do dano por quem pode fazê-lo a menores custos é eficiente. O jurista dirá: a mitigação do dano decorre da boa-fé.

O que estou querendo dizer? Que o argumento econômico em juízo não se limita apenas ao reconhecimento de que os indivíduos podem agir tal qual prevê o modelo de comportamento econômico, porque esse comportamento autointeressado já está profusamente refletido nas regras jurídicas e na doutrina jurídica.

Há uma terceira coisa, que não estou chamando de argumento econômico em juízo. Essa é a perigosa ideia de que o Direito deve ser apenas eficiente. Tenho escrito bastante so-

bre isso. Não vou me alongar aqui, remeto aos senhores às minhas publicações, e em particular ao texto intitulado *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Há muitos bons motivos, das mais variadas naturezas, pelos quais o horizonte jurídico não pode ser exclusivamente o da eficiência.

O que estou chamando de argumento econômico em juízo, portanto, (i) não é o reconhecimento de que considerações econômicas estão relacionadas à evolução do Direito; (ii) também não é apenas o reconhecimento de que o Direito evolui em resposta a considerações econômicas; (iii) não é apenas o reconhecimento de que indivíduos podem agir como prevê o modelo comportamental econômico; (iv) e também não é a ideia perigosa de que o Direito deve ser apenas eficiente.

O que é então? Trago-lhes uma definição muito modesta: o argumento econômico em juízo é apropriação explícita (isto é, expressa, ostensiva) de lições da economia, especialmente da microeconomia, como instrumento para melhor aplicar os mandamentos contidos nas regras ou princípios jurídicos.

De novo: esse é o conceito que eu lhes dou de argumento econômico em juízo: a apropriação explícita de lições da Economia. Para quê? Para melhor aplicar o Direito. Temos assim a primeira parte da história.

Mas eu lhes disse que a proposição que iria detalhar era a de que o argumento econômico poder ser útil para melhor interpretar e aplicar o Direito. Dei-lhes o conceito de argumento econômico. Por que ele pode ser útil?

Ele faz sentido principalmente em duas circunstâncias. Isto é, o argumento econômico, tal qual eu o concebi, é útil em juízo principalmente em duas circunstâncias. Primeira: quando houver conceitos na lei que sejam desenvolvidos ou trabalhados na economia. Por exemplo, assim se dá com os diversos conceitos trazidos no antitruste. Como se pode falar de monopólio, como se pode falar de mercado relevante, sem discutirmos esses conceitos a partir da Economia? Não dá. Essa é uma circunstância, a meu juízo, óbvia.

E há uma segunda, menos óbvia: o argumento econômico pode ser útil para melhor aplicar ou interpretar o Direito quando estivermos diante de princípios ou regras que requeiram alguma previsão sobre as prováveis consequências. O argumento econômico é útil em juízo quando estivermos diante de princípios ou regras cuja aplicação, em casos concretos, requeira alguma previsão sobre prováveis consequências.

Para não aborrecê-los com uma construção exclusivamente teórica a esse respeito, vou exemplificá-la, detalhando a minha segunda proposição desta manhã, que reitero mais uma vez: o argumento econômico já existe nas decisões judiciais brasileiras.

Quando o argumento existe nas decisões judiciais brasileiras? Vou exemplificar. Em primeiro lugar, para a aplicação de princípios constitucionais. Em muitos casos, a aplicação de princípios constitucionais requer argumentos econômicos. Estou escrevendo uma verdadeira coleção deles, tenho dezenas de exemplos e trago alguns poucos.

Primeiro exemplo: a decisão do STF na ADIn n. 1946. Nela se discutia se o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, que fixava em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) o limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, seria constitucional relativamente à licença gestante. Isto é, estaria a licença gestante sujeita ao teto de R\$ 1.200,00?

O caso é paradigmático não apenas por reconhecer a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, o que é um caso por si só interessante, como também por alicerçar a fundamentação em um raciocínio econômico. O voto condutor alicerçou sua fundamentação precisamente nas prováveis consequências vistas pelo Magistrado como deletérias de uma interpretação literal da norma a respeito da promoção do acesso da mulher ao mercado de trabalho. Leiamos o voto: *Na verdade, se se entender que a Previdência Social doravante responderá apenas por R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) por mês durante a licença gestante e que o empregador responderá sozinho pelo restan-*

*te, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste [empregador] pelo trabalhador masculino ao invés da mulher trabalhadora. Estará então propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo. Proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto no inc. I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora quaisquer que sejam suas aptidões salário nunca superior a R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para não ter que responder pela diferença.*

Notem bem: o que está em questão não é a eficiência da regra do teto constitucional. O que está em questão é o atingimento de outros valores constitucionais, como a inclusão da mulher no mercado de trabalho. E o argumento econômico é parte do percurso narrativo ou retórico da decisão judicial voltada a promover o princípio constitucional. De novo, não é uma discussão sobre eficiência. Estamos falando do meio jurídico adequado a atingir um fim constitucional.

Vou lhes dar mais um exemplo: A decisão do STF que discutiu a compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista no art. 3º da Lei de Locações, Lei n. 8.009/90, e a garantia do direito à moradia prevista no art. 6º da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional n. 26. Segundo o voto vencedor, de relatoria do Sr. Ministro Cezar Peluzo, que reconheceu a constitucionalidade da regra, *os proprietários no Brasil são poucos, justificando-se, assim, estímulo à habitação arrendada*, que seria, pela leitura do voto, presumivelmente promovido pela regra questionada.

Conclui o voto que a eventual declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo romperia o equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente destaque do campo de abrangência do próprio direito constitucional

à moradia. Novamente, o que nós temos aqui? O raciocínio econômico ou o argumento econômico a serviço da proteção de um princípio constitucional.

Há uma coleção de outros exemplos análogos no STF, mas vou agora passar ao STJ. Falamos do uso do argumento econômico quando estamos diante da leitura de princípios constitucionais, mas há um segundo caso muito frequente em que se usam argumentos econômicos em juízo. Trata-se do caso nada incomum da interpretação teleológica das leis, isto é, da interpretação finalística das leis, da interpretação da lei voltada a compreender o fim que a lei procurou atender. Nada de novo aqui, portanto.

Vejamos um exemplo do STJ, o REsp n. 771.787. Nele se discutia a legalidade da imposição pelo governo de um teto inferior ao custo de produção para o preço de derivados da cana. Entendendo-se pela ilegalidade do teto, discutia-se também a medida da indenização a ser paga aos produtores. Para examinar a medida da indenização e rejeitar a forma de cálculo proposta pelos autores da demanda, o voto do Ministro Herman Benjamin partiu de lições da economia.

Na ação, os autores pleiteavam que o valor da indexação corresponderia à diferença entre o teto imposto pelo Governo e o preço a que se teria chegado com base no custo de produção. Porém, em seu voto, escorando-se em alguns conceitos básicos retirados de um livro português de análise econômica do Direito, o Ministro entendeu que essa fórmula pleiteada pelo autor exageraria no valor dos danos.

Transcrevo trecho do seu voto: De fato, como o álcool não é produto de elasticidade, de demanda a preço neutro, diante de um aumento de seu preço, necessariamente, haverá queda no consumo. Dito de outra forma, pode-se afirmar, sem medo de errar, que o fato de o preço não ter sido fixado no patamar pleiteado pelas empresas [ou seja, o preço foi mais baixo] fez aumentar a demanda de álcool. Numa palavra, preço menor, maior consumo de álcool; preço maior, menor consumo de álcool.



E mais adiante, conclui o Ministro, a meu ver corretamente, dizendo que sua análise era jurídica ainda que se valesse de ferramentas e conceitos econômicos. Por que o ministro estava correto ao raciocinar desse modo? Porque nós estamos diante do argumento econômico voltado à compreensão do lucro cessante, argumento utilizado para se pensar em qual é o lucro cessante em um caso como este. Argumento econômico a serviço do Direito.

Só mais um exemplo: Recurso Especial n. 3.694, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Discutiu-se o escopo do art. 6º da lei que regulava concessões de serviços públicos. A lei, expressamente, permitia às concessionárias suspenderem a oferta de serviços públicos aos clientes em caso de atraso. A questão era saber se essa regra se aplicaria também à oferta de serviços essenciais, isso porque, como muitos dos senhores certamente sabem, o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que as concessionárias são obrigadas a *fornecer serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*. Daí se lia que serviço essencial há de ser sempre fornecido continuamente – ou pelo menos assim entendia o autor da ação.

Ao entender em sentido contrário – e, portanto, defender a possibilidade de interrupção de serviços – o Ministro Relator afirmou que o corte, por efeito de mora, além de não maltratar o Código do Consumidor, é permitido. Segue o voto: *Neguei a liminar com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo que se denomina efeito dominó. Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz. Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora não terá renda e, não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência.*

*Falida, a concessionária interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras até a iluminação pública.*

Falei do argumento econômico para a interpretação de princípios constitucionais, para uma leitura teleológica das leis – e anote, tenho comigo colacionadas diversas decisões judiciais com citações de trabalhos que se autointitulam de “análise econômica do Direito”. Vou citar uma decisão apenas. Trata-se de uma apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, voto do Desembargador Relator Andrade Marques, recente, data de um ano atrás.

Há um segundo vetor a explicar a ascensão do argumento em juízo no Brasil, para além desse fator que eu chamei de ideológico. Trata-se da ascensão política do Poder Judiciário.

A história descrita no voto era a seguinte: uma loja vendeu um ar-condicionado e a compra foi feita com um cartão clonado. O verdadeiro titular do cartão clonado solicitou o cancelamento da compra. A empresa de cartões não pagou a loja. O contrato entre lojistas e operadoras de cartões expressamente excluía a obrigação de pagamento ao lojista nesses casos. O lojista processou a operadora, alegando que a cláusula contratual seria abusiva e exigindo o pagamento. A decisão negou provimento ao pedido e manteve a legalidade da cláusula contratual. Confira-se: *Embora se possa argumentar pela abusividade de cláusulas contratuais, mesmo entre empresários profissionais, com base nos artigos do Código Civil como a boa-fé e a função social do contrato, não se cuida de tal hipótese no presente caso. Com efeito, a alocação de risco de fraude ao estabelecimento comercial [diz o Desembargador] no caso de compras presenciais é, em princípio válida, pois comparado à administradora de cartão de crédito, o comerciante tem mais capacidade de controlar e prevenir o risco de ardis perpetrados pelo cliente, dito de outro modo [sigo lendo], o*

vendedor é um superior risk bearer da relação contratual. Confira-se.

E aí há uma citação de doutrina comparada de economista estrangeiro, explicando o que é o tal superior risk bearer, que é a parte que pode suportar um risco a menor custo. Poupos da leitura do longo trecho. Mas, sigo lendo: *A alocação dos riscos a essa parte que pode suportar o risco melhor é mais eficiente do ponto de vista econômico, pois se trata da parte que consegue evitar e mitigar o risco com o menor custo e despesa. Portanto, a eficiência econômica, neste caso, beneficia a operação econômica, tanto do ponto de vista das partes, quanto da sociedade. De modo que as cláusulas em questão se coadunam com a boa-fé e a função social dos contratos. E, portanto, o voto reconstrói o argumento econômico ao tipo jurídico, boa-fé e função social dos contratos.*

[...] no mais das vezes [...] o Poder Judiciário foi simplesmente empurrado para fazer política – empurrado porque os políticos nem sempre conseguem atingir o consenso, e esquivam-se, jogando a batata quente para o Judiciário.

Vou lhes poupar de uma citação de diversos outros acórdãos que eu tenho aqui, por falta de tempo. Mas, adianto: há muitas citações de autores filiados, por assim dizer, ou adeptos do método da análise econômica do Direito, espalhadas na jurisprudência. De particular relevância são as decisões que se referem às doutrinas do norte-americano Richard Posner, para sugerir, como por exemplo, numa que leio aqui, *que deve se observar a relação de custo benefício, envolvido na prestação jurisdicional.* E para citar outra decisão: *o magistrado precisa atentar para os estímulos ou desestímulos econômicos que as decisões judiciais produzem.* Mas, acrescento, o juiz ou o magistrado não deve fazê-lo para privilegiar a eficiência pura e simplesmente; deve fazê-lo para melhor interpretar o Direito.

E assim passo à minha terceira proposição: a de que o aumento perceptível no uso do ar-

gumento econômico nas decisões judiciais no Brasil não é um modismo, não é uma ideia fora do lugar, não é um absurdo, mas é o reflexo da nossa estrutura jurídico-política. E aqui terei de ser bastante breve para explicar o argumento, remetendo os senhores, no entanto, a um texto publicado em 2013 na Revista de Direito Administrativo em que expomos esse argumento detalhadamente. Trata-se do texto *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*, que tive a felicidade de coautorar com a minha brilhante colega, a Professora Mariana Pargendler.

A proposição, portanto, é a seguinte, reitero mais uma vez: O aumento no uso do argumento econômico não é modismo, mas é reflexo da estrutura jurídico-política do nosso país. Vejamos. Hoje nós partimos de uma distinção de método: o método da economia

é um, o método do Direito é outro; a linguagem da Economia é uma, a linguagem do Direito é outra. A crítica jurídica se faz por uma chave, a da legalidade; a crítica econômica se faz pela chave do custo. O

grande desafio do Direito é ser justo; o grande desafio da economia é ser científica. O procedimento básico do Direito é a hermenêutica; o procedimento básico da Economia são também métodos empíricos. E por aí vai; portanto, há uma diferença de métodos.

Defini o argumento econômico em juízo, e então expus sua relevância, utilizando exemplos da jurisprudência. Mas, por que isso aconteceu agora? Será um modismo? Será uma influência de maus doutrinadores? Será que perdemos o rumo? E a minha resposta é negativa: não é nada disso.

O aumento no uso desse tipo de argumento em juízo não é um modismo, mas se relaciona à nossa ordem jurídico-política atual. É um tema que se põe na história. E, para explicar por que, indico três vetores na nossa estrutura jurídico-política, que explicam o aumento do uso de argumentos econômicos em juízo.

Primeiro: um vetor ideológico. Este se relaciona às ideias do nosso tempo. Vivemos no tempo do triunfo da ideologia progressista. Quer se goste, quer não, vivemos no tempo do governo das *policies*; vivemos no tempo do governo das políticas públicas; vivemos no tempo do governo que planeja (se o faz bem, é outro problema...); vivemos no tempo do governo que está comprometido a atingir os mais variados objetivos políticos. Para citar os que mencionei aqui: objetivos políticos como a inclusão da mulher no mercado de trabalho, como a promoção ou a melhora do ambiente de negócios. E poderia citar inúmeros outros, até porque muitos deles estão enumerados na nossa Constituição.

Porém, na democracia, nos nossos moldes, esse planejamento não é simplesmente uma decisão de governo. São decisões que frequentemente se traduzem em leis e regulamentos. E isso faz toda a diferença, porque a lei tem de ser interpretada e aplicada. E quando a lei estabelece objetivos concretos, os que eu já mencionei e muitos outros (a proteção ambiental etc.), a interpretação dessas regras propõe um desafio para o profissional do Direito, qualquer que seja ele: o magistrado, o promotor, o advogado, todos os demais militantes, até o professor de Direito.

E que desafio é esse? É o de pensar sobre a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos. Dada a legitimidade política da lei no nosso contexto de progressismo, neste ambiente ideológico em que vivemos (não estou falando dos últimos dez ou dos últimos vinte anos, mas na ascensão da ideologia progressista, um movimento no ocidente, um movimento localizável talvez de maneira decisiva com a subida de Roosevelt ao poder nos Estados Unidos na década de 30 e com raízes mais antigas, inclusive), nós, do Direito, estamos sempre diante do desafio de pensar que essa interpretação da lei é própria para atingir o fim normativo proposto.

Fala-se hoje muito em teste de proporcionalidade. O que é o teste de proporcionalidade? É pensar-se sobre se aquele meio jurídico é

próprio para atingir um fim normativo. Eu posso interpretar e reinterpretar a lei do ponto de vista filológico, literal, gramatical, eu não saberei sobre se aquela construção jurídica é própria para atingir um fim ou não. A Economia é um dos saberes que nos ajuda a construir testes de proporcionalidade.

Há um segundo vetor a explicar a ascensão do argumento em juízo no Brasil, para além desse fator que eu chamei de ideológico. Trata-se da ascensão política do Poder Judiciário. O Poder Judiciário no Brasil (mas não só no Brasil, em quase todas as democracias do ocidente) migrou da periferia para o centro dos sistemas políticos. E isso no Brasil é muito claro porque quase toda a questão política neste país torna-se também um debate jurídico. O Poder Judiciário está, então, atolado até o pescoço na política pública. Às vezes, o Poder Judiciário é conduzido ao centro da política pública por vontade – daí falar-se em ativismo judicial, um ato de vontade do magistrado. Mas, no mais das vezes (no caso brasileiro, pelo menos) o Poder Judiciário foi simplesmente empurrado para fazer política – empurrado porque os políticos nem sempre conseguem atingir o consenso, e esquivam-se, jogando a batata quente para o Judiciário. E, portanto, pensar em testes de proporcionalidade tornou-se inescapável, também, mas não simplesmente por uma questão ideológica, mas por uma questão ligada à organização e funcionamento dos poderes no Brasil.

E, por fim, qual é o terceiro vetor a promover o aumento no uso dos argumentos econômicos em juízo? Trata-se de diversas evoluções de dentro do próprio Direito. E aqui eu lhes menciono três delas: a tão comumente mencionada queda do formalismo – não há direito sem formalismo, a crítica ao formalismo não é nova, a ideia de que o juiz possa viver de subsunção, para citar um conhecido pensador do Direito, cujo nome não mencionarei porque era nazista, é uma “ficção infantil”; a ideia de que o juiz possa simplesmente subsumir fatos das decisões sem mais nem menos e mecanicamente é uma ficção infantil sim. Mas, de qual-

quer forma, talvez estejamos diante de uma questão de grau ou talvez diante de um modelo retórico que orienta as narrativas através das quais as interpretações das leis se constroem. Mas o fato é que nove entre dez práticos do Direito dirão que os juízes são menos formalistas, esse é um movimento do Direito no Brasil.

Outra evolução de dentro do direito só a menciono de passagem. Trata-se do chamado “neoconstitucionalismo” – a ideia de que princípios possam eles mesmos ter força vinculante e normativa. E, por fim, há ainda uma terceira evolução jurídica: a brutal (perigosa e com destino insabido) renovação do Direito Privado – Civil e Comercial – impulsionada pela elaboração de dois códigos no Brasil: o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. É claro que a mera promulgação de dois códigos não tem, ela própria, a força para mudar a cultura jurídica de um país. Mas não se pode negar que a elaboração de códigos tenha um papel expressivo, simbólico e comunicativo, e esses códigos tratam do Direito Privado de maneira distinta, em muitos aspectos, daquela com a qual nos acostumamos, e, diante disso, passo então às minhas conclusões, que são rápidas e também modestas.

Então mudou o contexto jurídico-político e está mudando a retórica judicial. Mas estaria eu aqui a defender que o juiz se transforme pura e simplesmente em um político?

Nem de perto, e muito pelo contrário. A legitimidade democrática do Poder Judiciário ainda está mais presa à ideia de aplicar a lei do que de criá-la. Afinal, na tradição ocidental, não há como falar-se em estado de direito quando se rejeita o princípio da legalidade. Mas, por outro lado, não há como ignorar o fato de que o Poder Judiciário possui hoje razoável legitimidade política para rever – e, em alguns casos, alterar – a lei e a política pública (que, no nosso contexto, já estão até se confundindo). A teoria abriu espaço para esse tipo de comportamento dos juízes, e a prática política e jurídica consolidou esse estado de coisas.

Então, o que se espera do magistrado? Como ele deve decidir? A preocupação com

a consequência está, a meu ver, sempre flertando com o sonho: o que não existe, o que poderia ser melhor, ou para ficarmos com uma expressão conhecida de um ex-ministro, *a imaginação institucional*. Mas, por outro lado, esses grandes sonhos frequentemente se embebem de uma espécie de construtivismo racionalista, isto é, da crença do redesenho organizado de um novo mundo ou mesmo de uma nova humanidade, embora o cultivo da virtude, também o incentivo à virtude, ainda seja um aspecto fundamental do ato de julgar, não creio que pensar nas consequências e incentivos deva ser esse exercício de reconstrução institucional, de reordenação do mundo ou de implementação de visões idiossincráticas do que possa ser a Justiça.

Se tivesse que definir o enfoque aqui defendido em uma palavra, diria que defendo que os juízes sejam pragmáticos. Não utilizo o termo pragmático no seu sentido filosófico usual (de acordo com o qual a verdade das proposições reside nas suas prováveis consequências). Se assim fosse, caberia o seguinte raciocínio: Pedro Álvares Cabral descobriu o Brasil? Bom, depende das consequências. Se for bom, digamos que ele descobriu o Brasil; se for ruim, digamos que ele não descobriu o Brasil.

Não é nesse sentido essencialista (*a la* William James) que defendo que a postura do magistrado deva ser pragmática. Concebo a atuação pragmática em um sentido bem mais próximo da atividade do profissional que labuta no dia a dia das controvérsias jurídicas. Um pragmatismo como um praticalismo, isto é, como uma atividade eminentemente prática, voltada ao concreto, em que a discussão de valores e consequências encarna-se em soluções tecnicamente aceitáveis e voltadas à operabilidade do sistema jurídico.

Vale dizer, então, para o magistrado o seguinte: a lei importa. Mas não precisa ser pensada como ponto de partida nem tampouco como linha de chegada, mas como parte inescapável do percurso intelectual do julgador. A preocupação com a consequência

não pode nem deve buscar transformar o juiz em político, economista, sociólogo ou o que quer que seja. Mas nada do que disse aqui deve ser compreendido como uma rejeição

inequívoca da desejável autoridade da lei. No fundo, talvez haja aqui, então, não mais que um esforço de recuperação da complexidade da análise jurídica.”

**SIDNEI BENETI**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ Daremos prosseguimento aos trabalhos agora com a exposição do professor Luciano Benetti Timm.

O professor Luciano Benetti Timm é professor do programa de pós-graduação e Direito da Unisinos e Coordenador do mestrado e doutorado de Direito da mesma instituição. Além disso, professor convidado de pós-graduação de Direito da USP, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Escola da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul; foi por dez anos professor de Direito Internacional Privado e Contratos da PUC do Rio Grande do Sul, em que leciona também, pela minha informação, na atualidade. Pós-doutorado no departamento de Direito e Economia de Negócios da University of California, em Berkeley; doutorado em Direito dos Negócios da Integração Regional na Universidade Federal do Rio Grande do Sul; mestrado em Direito Econômico Internacional da Universidade de Warwick; bolsista do British Council; mestrado em Direito Privado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e bacharelado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; com vários cursos realizados no Brasil e no exterior, conferencista nacional e estrangeiro.

Com relação ao professor Luciano Benetti Timm, tenho uma observação pessoal que me honra muito, que é o nome que temos em comum, Beneti. Meu pai, que já tinha bastante experiência da vida, costumava dizer que, se é Beneti, é bom, de maneira que, com a nossa modéstia dos benetis, quero dizer que tenho muita alegria de apresentá-lo aqui neste nosso evento. Mas há uma curiosidade em relação a algum parentesco que não conseguimos estabelecer até hoje, quero lhe dizer que, acompanho seus trabalhos, inclusive na área de arbitragem a que ambos nos dedicamos, mas eu não tinha tido o prazer de conversar com Sua Excelência, a não ser no dia de hoje. De forma que, entre as alegrias que o presente dia me traz, está em privar um contato com o eminente Professor Luciano Benetti Timm, seguramente meu primo lá nas velhas terras de Ferrara, provavelmente.”

**LUCIANO BENETTI TIMM**

Professor da Universidade de São Paulo

“ Gostaria de agradecer o convite do Ministro Villas Bôas Cueva, saudar o Ministro Beneti, com orgulho, certamente o Beneti mais importante do Brasil. É uma pena meu avô ser falecido, se não, diria ele que, em relação aos Benetis, vindos da Itália, os nossos foram para o Rio Grande do Sul e os dos Ministro devem ter ido para São Paulo, onde a colônia italiana é substancial.

Quanto ao atraso, eu poderia culpar o Professor Bruno, que, como meu amigo, muito educado, assumiria esse ônus do atraso, mas eu não faria isso. Sou mais brincalhão que o Bruno; ele é uma pessoa mais séria. Vou, aqui, provocá-los em vários aspectos e quero dizer que não sou economista. A minha formação toda, como viam, é na área jurídica, mas fiz mais da metade da graduação de Direito na Faculdade de Economia e o que me trouxe o interesse pela Economia foi o antitruste, que estudei na Inglaterra. Metade do curso de antitruste é microeconomia, de modo que efetivamente não teria como se fazer Direito concorrencial sem Economia. Mas, enfim, não é sobre isso que vou falar. Na verdade, análise econômica não é Direito Econômico, mas são primos-irmãos.

A primeira provocação, na verdade, é um trecho de uma obra clássica do *Common Law*, que é um juiz sugerindo que todos os juristas

e, aqui, diante do nosso público – e eu até gostaria de fazer uma saudação muito especial ao meu antigo Professor José Reinaldo, do doutorado da USP, que me orientou durante dois anos e, por questões da vida profissional, acabei, como um pragmático, infelizmente, enveredando para a iniciativa privada, mas guardo as leituras de História do Direito e Filosofia em grande conta. É uma grande honra estar aqui. Aumenta ainda mais a minha responsabilidade, porque falar para o ex-orientador de doutorado sempre é um peso maior.

Essa provocação começa justamente de um jurista de *Common Law*, sendo que, já no final do século XIX, precisamos tentar compreender Economia, com a sua ajuda, aprendemos a considerar e pesar os fins, os meios e o custo; uma palavra, infelizmente, com que os juristas têm uma dificuldade de lidar.

Lembro-me que, em determinada faculdade em que lecionei, a reitoria reclamava que a única faculdade que estourava o orçamento na metade do ano era a de Direito. Todas as outras, como Engenharia, Administração, tinham orçamento de R\$ 100.000,00 e chegavam ao fim do ano com aquele orçamento. No Direito, na metade do semestre, o orçamento estava estourado, e não se conseguia entender o porquê disso.

Então, acho que essa provocação é interessante porque virá em seguida o que, de certa maneira, conecta-se ao que estamos falando. O meu posicionamento é muito próximo do pensamento do Bruno, ou seja, não se trata, aqui, de se abandonar o Direito e, aí, passar-se a adorar a Economia, mas sim se apropriar daquilo que ela pode contribuir na interpretação do Direito.

E essa questão de ponderação: para se obter algo é preciso abrir mão de outra coisa. Certamente, os senhores que são juízes deixaram os processos aguardando para virem investir em algum tipo de informação, ideias novas, ou seja, quando se opta por alguma coisa, acaba-se renunciando em alguma medida.

Falo um pouco em primeira pessoa, porque é uma reflexão minha e no final mostrarei um exemplo do que seria fazer análise econômica do Direito. Realizei uma pesquisa, para o CNJ

quando estava ainda lecionando na PUC, sobre litigância no Brasil. Os senhores verão que os *insights* são muito bons sobre política legislativa e, com certeza, eu diria que é impossível se fazer política legislativa, política pública sem se trabalhar com economia. Eu diria que isso, a meu juízo, é praticamente impossível.

Muito bem, vamos mudar a lei, vamos mudar o Código de Processo Civil, no caso. O Código de Processo Civil vai resolver os problemas? O Código Comercial vai trazer mais desenvolvimento econômico, vai melhorar o ambiente de negócio? O problema, aqui, falando em primeira pessoa, pelo menos é que os juristas são normalmente estimulados a refletir sobre as relações entre Direito e Filosofia. Temos, inclusive, na graduação, a Filosofia do Direito I e II, existe Direito e Política na Teoria Geral do Direito, Direito e Sociologia, que é a Sociologia do Direito. A maioria das faculdades tem disciplinas em Sociologia do Direito. Isso normalmente é aceito como um papel do jurista. Quando se cai em Economia, existe um certo tabu, como se a Economia fosse estranha no campo das ciências sociais.

De novo, e estou aberto para discutirmos, quais as razões que, a meu juízo, criaram esse estranhamento com a Economia no Brasil, que não existe, por exemplo, em outros locais onde estudei. Primeiro, relações tumultuadas no passado. Os planos econômicos feitos por economistas geraram uma série de questões jurídicas constitucionais, que todos sabemos. Confesso a vocês: o Brasil estava no auge da inflação, quando prestei vestibular na universidade federal, pretendia cursar Economia, mas fiz Direito, porque eu queria fazer planos econômicos juridicamente consistentes. Vejam, a cabeça de um menino de dezessete anos. Eu queria fazer Economia, pois via como as pessoas erravam nos planos econômicos, os economistas normalmente não estudam as instituições legais.

E brinco que, quando aprendi suficientemente Economia, deixei a Faculdade de Economia e fui fazer Direito. Naquela época, no auge da inflação, não havia emprego para economista; o que tinha era, fundamentalmente, concurso público e, para isso, o Direito era mais interessante, a não

ser que o economista quisesse concorrer para a carreira do Banco Central do Brasil, o que é raro.

Então, existem relações tumultuadas no passado, existe falta de compreensão mútua. Os juristas acham que não é para eles, os economistas acham que são muito sofisticados, porque lidam com matemática, e o Direito é blá-blá-blá. Isso é bastante comum, e os economistas normalmente acreditam nisso porque eles usam como ferramenta a analítica Matemática.

Gosto muito de uma passagem do Professor Fernando Araújo, que irá falar no evento, relatando que o Curso de Ciências Econômicas é um curso novo, é do século passado, autônomo, mas o próprio pai da Economia, Adam Smith, não era economista. Ele dava aula de teoria moral. Tradicionalmente, se compararmos o programa das faculdades de Direito brasileiras e portuguesas, a Economia era dada dentro da faculdade de Direito.

Como é que, na visão deles, economistas, separaram-se como um campo autônomo, usando a Matemática. Agora, Matemática é linguagem; então, se falo chinês, que é uma linguagem, não significa que o que estou dizendo em chinês está correto só porque sei falar chinês. Então, não é porque formalizei matematicamente que é verdade. Há vários textos de econometristas que querem, justamente, mostrar essa falibilidade da Estatística, mostrando que a Econometria pode, num determinado estudo, mostrar que pena de morte funciona e que, noutro estudo econométrico, não funciona. Isso depende de como se selecionam as variáveis.

Enfim, não dá para criarmos outro deus. Se criticarmos eventualmente o formalismo e a dogmática, não dá para cair na Matemática; que é o que os economistas entendem: que eles fazem e que isso é científico, e que nós juristas não podemos opinar sobre Economia.

Outro problema sério, o qual vivenciei, porque eu vivia nesses dois mundos, são os cursos fracos de Economia, normalmente chamados de “Economia Política”, algumas vezes, dados por professores marxistas, no Brasil e em Portugal, nas faculdades de Direito. Normalmente, nós, que vivemos no mundo acadêmico, damos aula



em outro departamento, em outra faculdade, é um castigo, é um pedágio. Então, normalmente, os economistas enviados para a faculdade de Direito não dominavam o Direito, explicavam coisas que apenas confirmavam a total irrelevância da Economia para o Direito. Isso é um problema também.

E vice-versa: os do Direito que iam dar aula na Economia também normalmente não eram os melhores professores. Isso acaba desestimulando o interesse, até porque, como eu disse, os economistas acham que Direito, normalmente, não é algo sério, não é acadêmico, então os *top* economistas não estão lidando – mas isso está mudando, por sorte, eles estão estudando o Direito.

Dificuldade com Estatística e Matemática é um problema, mesmo no Brasil. Basta ver todas as provas que os brasileiros fazem de Matemática, há uma dificuldade. O fato de a Economia ter se matematizado, e não é só a Economia, a Psicologia e vários outros campos das próprias ciências sociais têm-se matematizado em algum grau não exagerado. Diz o Professor Fernando Araújo, que fez um levantamento atestando que os *journals* de economia têm mais matemática que os periódicos de física; só que você está explicando o comportamento humano e não o coeficiente de dilatação da ponte. Então, até onde pode ir a matemática é mais discutível.

O Professor Fabiano Engelmann fala também em certa disputa pelo Estado, racionalidade dos bacharéis até a ditadura, depois a racionalidade dos economistas tecnocratas pós-64. E essa disputa pelo Estado também cria certos atritos.

Também se poderia imaginar, e é fácil comprovar, a maior influência europeia no circuito acadêmico brasileiro. Como é que eu evidencio isso? Basta pegar o currículo *lattes* dos professores, das principais Faculdades de Direito brasileiras (Fabiano Engelmann fez isso), e ver onde eles estudaram; estatisticamente, estudaram muito mais o seu doutorado em Portugal, Espanha, Itália, França e Alemanha, do que em países de

*Common Law*. Então, como a análise econômica é mais utilizada nos Estados Unidos, acaba que essa circulação de ideias fica pouco mais restrita aqui.

E certa simplificação do debate, que é o que eu normalmente escuto: “A análise econômica é uma coisa de neoliberal”. Até havia um Professor da Faculdade de Direito da PUC, de Direito Constitucional, que não me cumprimentava porque ele achava que eu defendia que toda vida tem um custo – e isso é inaceitável moralmente. Então, ele decidiu que não me cumprimentava porque eu era um neoliberal.

Eu não me considero um neoliberal e também não sei o que é sê-lo, e acho que não é o debate a ser feito, certo? Temos que ver em que medida (são várias escolas), e qual a tendência. Isso também é um problema, porque o pessoal que lê análise econômica lê análise pelo Posner, mais especificamente pelo Dworkin, que está criticando um Posner de 1970. Então, é um debate um pouco simplificado.

Será que uma decisão jurídica afeta o comportamento dos agentes de mercado? Será que ter uma interpretação no campo do Direito Penal [...]

Por que deu mais certo nos Estados Unidos do que em alguns países continentais? Porque a dogmática jurídica, como tal, preserva sua importância na Europa Continental, mas nos Estados Unidos o realismo jurídico destruiu a dogmática jurídica. Basta vermos o que produz um professor, nos Estados Unidos, e os professores americanos do Direito normalmente vão fazer o seu doutorado fora do Direito. Eles vão fazer na Sociologia, na Política, na Filosofia.

O pessoal da minha área, que é a antitruste/comercial, fazem em Economia. Então, essa visão do realismo jurídico dá muito mais espaço para se trabalhar com algo não formal, como análise econômica, do que onde a dogmática jurídica é muito boa.

Além disso, existe sim o americano e seu sistema jurídico; seu sistema judicial é mais pragmático

que o europeu. Isso é bastante evidente. Tomemos como modelo o alemão, eu estudei Direito Civil, pois os professores sempre insistiam para se estudar o Direito Civil alemão, que seria o mais dogmaticamente perfeito, conceitualmente mais desenvolvido, e esse debate de análise econômica *versus critical legal studies*, de certa maneira, está bastante enfraquecido nos Estados Unidos.

Eu coloco a Economia com letra maiúscula, porque estou entendendo-a como ciência econômica, e não economia como campo da sociedade onde são produzidos bens e serviços, certo? Existe um campo da sociedade que é espaço da economia, onde os bens são produzidos e distribuídos. Nós podemos olhar essa realidade através de várias lentes: posso olhar através das Ciências Sociais, da Sociologia, da Ciência Econômica, que eu chamo de “Economia”.

Eu coloco a Economia com letra maiúscula, porque estou entendendo-a como ciência econômica, e não economia como campo da sociedade onde são produzidos bens e serviços, certo?

Eu não conhecia a exposição que o Professor Bruno faria, ele atacou perfeitamente vários exemplos; eu, talvez, desse um passo atrás, tenho um método científico para explicação de regra jurídica e também posso ter um método científico com todos os seus defeitos, eu mesmo acabei de dizer que não me convenço só porque há uma forma matemática que está correta. Mas, se eu levar em conta que a Economia é uma ciência comportamental e que, portanto, não lida e nem descreve mercado, mas descreve comportamento de pessoas num ambiente de mercado, eu tenho condições de ter uma teoria do comportamento humano das pessoas que atuam no mercado. Com certeza, na área das empresas, funciona na maioria dos casos, tanto que a dogmática jurídica, como nós conhecemos no Direito Comercial americano, é toda ela impregnada de análise econômica.

O Professor Fernando Araújo diz que “o sucesso da análise econômica é o seu fracasso”, porque ela vai acabar sendo incorporada no discurso

jurídico e não vai precisar mais ter uma bandeira: isso é aquilo ou não é aquilo, é análise econômica ou não é. Então, o objeto dessa ciência jurídica é a ação humana, o comportamento humano.

E por que isso é interessante para o Direito? Quando se está pesquisando se devemos mudar o Código de Processo Civil, porque há um excesso de litigância, eu tenho que entender o comportamento dos agentes que estão litigando.

O Direito, se for uma ciência (e eu faço aqui toda uma concessão a uma discussão se o Direito é uma ciência ou não) precisa ter um objeto próprio. Qual seria? As normas? Se for, tem que ter um objeto próprio, um método próprio. Ficaremos com Kelsen? Será que eu tenho condições de, com esse ferramental analítico, que é poderoso para interpretação, predizer, antecipar qual será o efeito de uma determinada mudança normativa?

Li uma matéria, na Revista Exame, esta semana, em que um empresário alemão foi pego “lavando dinheiro”, foi preso, e a previsão disso é que essa prisão provocaria uma série de denúncias espontâneas

dos caras querendo pagar impostos para evitar a prisão. Será que uma decisão jurídica afeta o comportamento dos agentes de mercado? Será que ter uma interpretação no campo do Direito Penal (por exemplo, eu só posso prender o sujeito depois de transitado em julgado em última instância) afeta a criminalidade ou não? A ciência do Direito tem ferramental analítico para me dizer se isso é verdade ou não, ou eu recorro à Constituição? A Constituição fala nisso? Que diretamente se conecta com a lei. Sim, mas e as pessoas?

Não é a única ciência comportamental, e acredito que a Psicologia está contribuindo muito para a Economia e para as outras Ciências Sociais e para a Filosofia – (eu não posso falar sobre a mente sem conhecê-la e se a Biologia está evoluindo para nos dizer como é a mente, eu não posso ignorar isso).

Eu passo a ter, então, pelo menos, uma teoria do comportamento. O critério não é dinheiro, esse é outro problema, as pessoas associam a Economia a dinheiro. E Economia não mensu-

ra as coisas a partir de dinheiro, porque moeda não tem valor em si. Se eu pegar uma nota de R\$100,00, que é dinheiro, levar a um país que não faz conversão para Real, essa moeda não vale nada; dinheiro é nada, dinheiro só vale à medida que as pessoas atribuem valor e aceitam.

Na Argentina, por exemplo, alguns estados endividados, quebrados, pagavam seus funcionários com *Patacón*, que era uma moeda, que nenhum comerciante aceitava, pois sabia que o Estado ia dar o calote. Era moeda, mas não tinha valor. A Economia lida com utilidade, que é o valor que as pessoas atribuem a determinadas opções.

Então, nesse sentido, meus colegas, para dar um exemplo trivial, mas para ilustrar – ninguém é obrigado a dominar a ciência Econômica: *Poxa, Luciano, a Economia não explica o que você, ganhando uma hora no escritório, que é dez vezes mais que a hora de professor da PUC, está fazendo na PUC? Estão vendo como a Economia está errada? Não, não está errada, porque se eu atribuir um valor superior àquela hora que me é paga para estar com os meus alunos na PUC, se isso me der um prazer que eu atribuo, não R\$30,00 a hora, mas R\$1.000,00, e o cliente não pagar, é extremamente racional e econômico eu estar dando aula. Então, a economia não lida com dinheiro – dinheiro não é nada –, lida com utilidade. E essa compreensão é importante para não haver preconceito.*

Mensura consequências. Um jurista carioca chamado Gustavo Amaral, de quem eu gosto muito, diz: a Economia, pelo menos deixa ver o filme, e não a foto. Como diz o meu cardiologista, toda vez que eu faço exame: *Luciano, o seu exame está ótimo. Mas está ótimo hoje. É como a pessoa que se atira do 15º andar. Ele se atira do 15º andar. No décimo, ele está bem. Mas ele vai acabar se esborrachando lá embaixo*, dizia o médico. Porque a foto está ótima. O filme pode estar terrível. Tanto que a gente vê jogadores de futebol que fazem exames regulares, às vezes, têm ataque cardíaco jogando bola. Não fez exame? Fez. Mas o filme era horrível.

A economia me dá o filme. O que vai acontecer amanhã? Ou me dá algum critério para eu tentar mensurar, o que não é perfeito e que não é

determinante para o jurista. O jurista não precisa, em um determinado caso, optar: *Não posso aceitar porque vai quebrar ou porque vai trazer um custo eu não posso decidir assim*. É claro que pode! Só é interessante perceber essa consequência, senão, fica uma consequência escondida e, às vezes, de difícil imposição no custo.

Dou outros dois exemplos triviais da jurisprudência americana. Em Nova Iorque, a responsabilidade civil do transportador aéreo é subjetiva. É para dificultar a responsabilização, para ter um custo mais baixo para o transporte ser mais barato. Vejam, não estou dizendo que é certo ou errado. Foi uma decisão tomada pela Suprema Corte de Nova Iorque.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em um caso sobre validade de cláusula de eleição de foro em contrato de consumo, que é o caso *Cruise Line*, entendeu que a cláusula é válida, para que a empresa possa centralizar sua defesa em um só estado e diminuir o custo do exercício de sua defesa e, portanto, no preço final. Foi uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos. Não estou dizendo que é certo ou errado.

O que é interessante é que, depois de ficar chocado com esse caso, defendendo algumas empresas, alguns fabricantes brasileiros, quando vem ao juizado especial cível, que é gratuito para as pessoas que entram, mas não para a empresa que se defende, um excesso de litigância acaba compondo o preço que todos nós pagamos, o que pode ser justo, de novo. A Ciência Econômica não faz decisões políticas, ela mostra as consequências.

Com os americanos, como têm lá os seus princípios e os seus valores, as Cortes tendem a ser mais restritivas. Aqui pode ser que nós optemos por outra abordagem. E essa abordagem não exclui, evidentemente, outra. Ela é extremamente interessante quando estou discutindo justamente política pública, consequência de decisões quando a norma é muito ampla, ou vagueza, semântica muito aberta acaba ensejando discussões como, por exemplo, função social.

Houve um caso – são vários – sobre discussão dos contratos de soja verde, que são aqueles de venda antecipada no estado de Goiás. O que fa-

zem eles? O *trader* de soja faz um contrato pelo qual ele se compromete a pagar um determinado preço pela soja hoje, para que o agricultor não corra o risco de oscilação de preço no mercado. Em Goiás, em nome da função social do contrato para proteger o agricultor, o Tribunal de Justiça revisou os contratos, dizendo que “não, houve variação imprevisível”. O agricultor fez o contrato de soja verde em março e em agosto estava já precificado, houve variação do preço internacional da soja e ele não queria entregá-la por aquele preço. Qual seria a consequência disso? Isso é relevante? Isso vai encarecer o financiamento da soja? O agricultor que antes fazia contratos de soja verde com o *trader* talvez tenha que ir ao banco. Qual financiamento é mais barato? Via *trader* ou via banco? Qualquer estudante de Direito Comercial sabe que o financiamento bancário é o mais caro, qualquer financiamento que tira a desintermediação bancária, porque dá o dinheiro direto, tende a ser mais barato. Então, essas mensurações eu posso fazer.

Nos Estados Unidos, mesmo o Bruce Ackerman, que é um constitucionalista e não é da análise econômica, reconhece que foi um dos principais desenvolvimentos teóricos jurídicos no âmbito do Direito americano. Fiquei um ano em Berkeley, fiz todo o primeiro ano (*first year*) da *Law School* – já havia estudado na Inglaterra – assim tenho todo cuidado para entender bem Direito americano e evitar a discussão de que isso é uma importação, de que não sei o que estou falando. Não. Há publicações de Direito americano comparado, análise econômica, e sei que, em alguns aspectos, eu defendo, dá para aplicar perfeitamente. Pelo menos, não é uma importação indevida ou não mais indevida que nós fazemos de autores alemães, franceses, portugueses, enfim.

O Douglas North, por exemplo, que não é um neoliberal, diz que um dos problemas do subdesenvolvimento é gerar um sistema barato de cumprimento de contratos. O que significa isso? Se eu não tiver um sistema de cumprimento de contratos, não consigo ter um mercado funcionando. E vamos definir: o que eu entendo, o que é mercado? Mercado é um espaço público de tro-

ca de bens e serviços. Na Roma Antiga, um prédio, aliás, não por acaso, a meu juízo, mais bem conservado é o prédio comercial, em que havia as trocas. Na Idade Média, eram as feiras. Hoje pode ser a Nasdaq virtual, mas existe um espaço público de interação – isso se chama mercado. Os jornalistas não contribuem para a compreensão do que seja mercado porque conferem ao mercado quase que vida própria: “hoje o mercado acordou de mau humor”. O mercado não acorda, ele é um espaço público. Então, quem acorda de mau humor, eventualmente, são alguns investidores que têm poder de mercado. Enfim, quem acorda de mau humor são pessoas.

E o problema de você não ter o sistema barato de cumprimento de contratos é que você não tem mercado. Se você não tem mercado, você não tem uma troca minimamente adequada de bens e serviços. Uma economista inglesa dizia: *pior do que ser explorado pelo capitalismo é não ser explorado pelo capitalismo*, porque, daí, você não tem nada. Você não tem um Estado que garanta contratos, propriedades, você tem muito pouco. Então, você não tem um sistema racional de geração de riqueza. O problema da África hoje, em vários aspectos (e a Angola pode ter sido um exemplo) é que não tinha o sistema de extração de recurso nacional. Portanto, os caras iam lá e o incentivo era de guerra civil. Quem se apropriasse da mina ficaria rico. Isso seria talvez menos eficiente, via de regra, que um sistema de mercado, que não é perfeito. Existem mercados que não precisam ser regulados. Mas essa é outra discussão.

Vamos selecionar alguns exemplos, no Brasil, de decisões, opções que geram consequências no comportamento dos agentes econômicos. Alguns eu testemunhei como advogado, outros estão nos jornais. Eu lido muito com isso, porque boa parte da minha prática está no Sul do Brasil, que sobrevive graças ao agronegócio. O parecer da AGU, de 2010, mudou o entendimento sobre o que é uma empresa estrangeira para fins de obtenção de terras rurais. Antigamente, antes desse parecer, sociedades estrangeiras constituídas no Brasil, independentemente da origem do controle, eram consideradas brasileiras. Portanto, podiam obter imóveis rurais. Esse parecer muda

o entendimento, ele justifica com a China e outras questões de proteção do Brasil, mas muda o entendimento e diz: *Não, temos que examinar o controle. Se o controle é estrangeiro, a empresa é estrangeira.* Isso gerou um problema, porque, em vários setores do agronegócio, existem grandes multinacionais estrangeiras que queriam. Na área de celulose, o Rio Grande do Sul perdeu duas fábricas por conta dessa impossibilidade, porque é preciso comprar o terreno para plantar eucaliptos, é preciso da propriedade. De novo, uma questão de análise econômica: se não me garante a propriedade, eu não invisto. É o famoso dilema da casa na praia. Como o Estado não te dá segurança na casa na praia, as pessoas tinham o que havia de pior nela. Como ia ser assaltada mesmo, no inverno, então, a geladeira velha eu deixava lá na praia, porque alguém vai entrar. Então, é um desinvestimento. É básico, é trivial.

Se quiserem, eu conheço vários estudos. Um deles é sobre o Pará, onde há mais grilagem, menos respeito à propriedade e, não por acaso, tem menos desenvolvimento, menos investimento. Isso gerou um problema. Podemos até dizer o seguinte: *Não me interessa o problema, azar ou consequência, tudo bem, mas vamos tomar essa decisão consciente porque gerou essa consequência, houve retenção de investimentos por conta desse parecer, e de empresas que não necessariamente eram chinesas.*

Mas não só isso. Depois gerou problema no financiamento agrícola, porque, se eu não posso ser proprietário, também não posso hipotecar, porque aí vou hipotecar, vou ficar com o bem – o estrangeiro também não pode financiar a agricultura. Qual é a consequência? Daqui a pouco estou privilegiando meia dúzia de bancos nacionais, ou bancos estatais, e tem que vir o Estado e fazer financiamento, e quem paga já sabemos.

Aliás, um professor de Direito Comercial da Federal de Belo Horizonte, o Eduardo Pimenta, cuja frase faz alusão a um filme do Edward Norton, em que ele é treinado para ser um mestre do pôquer e passar a perna nos outros, e uma

pessoa diz pra ele: *you have five minutes to discover who is the pato; if you don't discover who is the pato, the pato is you, so you have to stop playing.* E o Eduardo Pimenta diz que, se em cinco minutos você não descobrir quem está pagando, é porque você quem está pagando. Quem paga somos nós, por incrível que pareça, porque o Estado não gera riqueza – esse é outro problema do capitalismo – o Estado distribui, a não ser que tenha empresas estatais. Então, não adianta dizer o Estado paga. Ele não paga; ele tributa e repassa, certo? A não ser que ele tenha algumas estatais eficientes que gerem riquezas.

Outro exemplo: o controle de preço que o Governo brasileiro fez quanto ao combustível gerou isso. Eu acompanhei várias arbitragens – um problema no setor sucroalcooleiro, uma vez que eu não posso vender o combustível álcool acima da gasolina, porque, de novo, o consumidor – acreditem – é racional, ele não vai pagar mais sem nenhuma razão. E não estou entrando no mérito dos motivos ou não, não me interessa a questão política. Se eu mantenho os preços da gasolina muito abaixo, eu jogo o preço do álcool mais abaixo ainda, e se esse preço ficar abaixo do custo do usineiro ele gera um problema. Foram várias arbitragens discutindo isso.

Os jornalistas [...] conferem ao mercado quase que vida própria: "hoje o mercado acordou de mau humor". O mercado não acorda, ele é um espaço público. Então, quem acorda de mau humor, eventualmente, são alguns investidores que têm poder de mercado.

Falei do caso soja verde. Depois o pessoal da Economia Agrícola da USP fez uma pesquisa de campo e efetivamente, enquanto a questão não se solidificou no STJ – porque já está solidificada no STJ pelo cumprimento do contrato – houve ali sim um *gap* de financiamento no estado de Goiás. Eu tenho estudo, inclusive.

E aqui a coisa começa a ficar mais problemática: as liminares *versus* os orçamentos das prefeituras. Há situações de prefeituras que têm 50% do seu orçamento da saúde já esperando a liminar. Então, o critério é quem primeiro entra e quem primeiro obtém a liminar, e não a polí-

tica pública de distribuição de um direito coletivo, vamos dizer assim. Não estou dizendo que não se deva dar a liminar. Quem sou eu para vir aqui e dizer faça “a” ou faça “b”, mas temos ferramentas que me dizem que existe lá um orçamento. Eu organizei uma obra, do professor Ingo: *Os direitos fundamentais do orçamento e reserva do possível*, em que há um estudo do pessoal do Orçamento do Senado dissecando o orçamento. Às vezes as pessoas dizem: “mas existe corrupção”. Bom, existe tudo isso porque não deixamos de ser brasileiros, e tudo isso segue, mas está lá o orçamento, a menos que, como dizem, importemos políticos suíços, mas hoje somos todos brasileiros: políticos, advogados, professores, com todas as nossas vicissitudes.

Quem paga somos nós [...] porque o Estado não gera riqueza – esse é outro problema do capitalismo – o Estado distribui [...] ele tributa e repassa, certo? A não ser que ele tenha algumas estatais eficientes que gerem riquezas.

Decisões judiciais eventuais – essa pesquisa eu não tenho, eu estou só aqui provocando. Eu sei que o professor José Reinaldo tem um estudo sobre problemas com planos de saúde individuais e qual é a consequência. Eu sei que uma seguradora não vende mais plano individual. Se a pessoa faz um plano “c”, básico, e o Judiciário determina um tratamento “a”, quem vai pagar a conta? A seguradora. Como ela não é boba, é melhor ter o plano coletivo porque distribui o custo nos demais. É um pouco a situação – desculpem-me às vezes a trivialidade, e eu vou sofisticar ao final – de um condomínio em que a água é paga por todos e dividida por apartamento, é um incentivo para eu não consertar o vazamento no meu apartamento. Se eu estou pagando a conta, muda o incentivo. O famoso artigo de um economista americano diz: “se você está pagando, eu quero filé”; agora, se eu estou pagando, talvez eu queira um patinho, um guizado, uma carne moída, um franguinho.

Brincadeiras à parte, porque o tema é sério, mas precisa ser colocado de uma maneira até provocativa, eu vou falar sobre litigância e assis-

tência judiciária gratuita. Mais adiante há uma pesquisa bastante detalhada.

Aqui o que eu entendo por Economia; uma ciência que estuda formas de comportamento humano resultantes da relação existente entre ilimitadas necessidades e os recursos limitados. Então, se me permitem, acho que essa é a grande “sacada” da Economia. Alguns dirão que não concordam com essa premissa, então não podem fazer análise econômica; eu concordo, por isso trabalho com essa e é por isso que tendo a preferir essa ferramenta analítica a outras, porque eu concordo inteiramente. Não estou falando de dinheiro, e sim de recurso, e se os recursos não fossem escassos, eu não precisaria ter direito ambiental; se os recursos não fossem escassos, eu

não teria litígio. Há alguns estudos que mostram: onde os bens são abundantes (tribos indígenas), a propriedade é coletiva. Quando o recurso é escasso, eu tenho que atribuir algum tipo de propriedade

privada – e nesse caso são antropólogos, já não são economistas.

Então, o que é análise econômica? É utilizar ferramentas da economia, como bem explicou o Bruno, para resolver alguns problemas jurídicos. Eu posso pensar nisso na responsabilidade civil que ele mencionou, dei exemplo de contrato, posso falar de juros, não tenho como fugir no âmbito do Direito Econômico. Eu só lamento porque acho que os professores de Direito Econômico no Brasil estudam pouco Economia. Se tomarmos um manual de Direito Econômico, não há quase nenhum economista ali, isso é um problema.

Há várias escolas, não só Chicago. Poderemos remontar a Adam Smith, que não era economista no sentido estrito, Beccaria, Weber, Holmes, mas a paternidade normalmente é atribuída a um inglês que lecionava em Chicago, Ronald Coase, que escreveu dois artigos, os dois dentre os cinco mais citados nos Estados Unidos. No Brasil, ele seria um péssimo professor, teria sido expulso da pós-graduação porque só publicou dois artigos. Pelas normas da Capes, ele seria um péssimo professor, teria que ser desligado, porque em toda a

sua vida ele fez dois artigos, só que dois dos cinco mais citados. Já dá uma importância da análise econômica naquele país, a tal ponto que nós fizemos aqui, Posner, e, como brasileiro, levou um tempo para entender que os americanos se referem a ele como Posner, Judge Posner.

Ronald Coase tem dois artigos, talvez o essencial “The problem of social cost”, o problema do custo social, que está traduzido em uma obra organizada pelo professor Bruno, de textos clássicos, em que ele se pergunta justamente porque existem as empresas, qual é o papel das empresas e ele vai tratar do que se chama “a capacidade que os indivíduos têm de alocarem eficientemente os seus direitos, independentemente da própria ordem jurídica”. Mas o Estado, ao criar uma determinada ordem jurídica, pode afetar a distribuição dos bens; então, as partes poderão resolver por si, mas, dependendo da norma jurídica, a distribuição ficará diferente.

Foi aludido a ele o Teorema de Coase, e ele nunca se referiu como tal, que é basicamente: se os direitos de propriedade são garantidos e os custos de transação baixos, as partes conseguem chegar por si à melhor solução. Vou poupá-los, porque não é o tema hoje, poderia ser uma aula inteira só sobre o Teorema de Coase, mas ele nunca disse que não existem custos de transação, ao contrário, são os custos que os agentes econômicos incorrem toda vez que precisam ir ao mercado negociar um determinado bem ou serviço. Essas interações entre indivíduos no mercado não ocorrem sem atritos. Por exemplo, quando eu vou ao mercado eu não tenho informação completa sobre aquela empresa que está com ações vendidas. Quem sabia exatamente a situação do Eike Batista e das Empresas X? Foi lá o mercado e comprou as ações. Essa empresa, o controlador, sabia da situação, talvez; o comprador, que está no mercado não sabe. Obter informação dessa empresa é um custo de transação para o comprador, certo?

Então, o Coase diz que existe custo de transação; portanto, o Estado pode sim agir para reduzi-lo. Mas isso é outro problema. O que é interessante é que eu conversava com o Ministro Sidnei Beneti, e o que Sua Excelência disse é mais

ou menos refletido no Coase, ou seja, dou uma decisão e depois as partes podem transacionar a respeito daquele direito. Um exemplo trivial: se em um prédio a convenção de condomínio proíbe que eu faça festa depois das dez da noite, não acontecerá nenhuma festa? Mas se eu for ao meu vizinho e comprar esse “direito”, se eu disser: eu te pago um final de semana em Gramado, pode ir com a sua esposa, você não vai ser prejudicado. Ele não poderia transacionar o direito de me proibir de fazer a festa, já que é direito privado? Claro que sim. E a beleza desse teorema é mostrar que, no Direito Privado, ele é privado. Por isso, naturalmente, tenho as minhas críticas à estatização ou constitucionalização do Direito Privado. Se ele é privado, os agentes resolvem por si. Muito bem.

A primeira escola, propriamente, foi a Clássica, “fundada” pelo professor de Posner, aluno de Coase. Posner é uma pessoa que tem formação na área de Letras ou Linguagem, mas não em Matemática nem Economia. Ele pretendeu aplicar as ferramentas da Economia para compreender problemas jurídicos dentro do pragmatismo que caracteriza esse pensamento, sobretudo dos norte-americanos, e acho que dá uma ideia da força da escola, em que o Posner, hoje, é Juiz Federal da Corte de Apelações do Estado de Illinois.

Muitos têm essa Escola como conservadora, e talvez seja o caso; mas, muitos dialogam com o Posner, o que não existe mais, e o Professor Bruno Salama tem vários artigos, a que refiro aqui, justamente para explicar: o Posner tem, pelo menos, três fases. E o pessoal, no Brasil, está dialogando com a mais antiga. Uma coisa meio estranha. Ele é um pensador muito complexo, uma pessoa muito inteligente. Alguns dizem que tem o defeito de mudar muito de opinião. Talvez, agora, ele tenha uma quarta fase em que ele diz que de tudo o que escreveu ele se arrependeu. Parece-me, agora, que a Economia americana se recuperou, ele já não se arrependeu tanto; enfim, é uma pessoa inteligente.

Lembro-me quando o Professor Eric James foi à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, eu era bolsista, a Professora Cláudia Lima Marques disse: devassem a biblioteca, leiam tudo o que

esse homem escreveu e façam perguntas. Li tudo o que ele escreveu, naturalmente, na universidade pública há mais artigos da década de 70, do século passado do que dos atuais, então, li artigos da década de 70. E ele deu a palestra exatamente contrária a um artigo que ele tinha escrito. Eu levantei a mão e disse: Professor, interessante esse seu posicionamento, mas o que o senhor acha desse outro posicionamento? Ele disse: uma bobagem. E perguntou quem tinha escrito. Eu, todo sem jeito, disse: o senhor. E ele disse: é que eu estudei isso há 30 anos e mudei de opinião. Então, não é só o Posner que muda de opinião, os alemães também mudam.

Williamson, que é um nacionalista, critica muito o Posner porque parece que é só uma relação unidirecional: a Economia importa para o Direito, mas e o Direito, o que tem a contribuir para a Economia, que é o que mais me interessa? Portanto, eu quero saber o que o Direito tem a contribuir para a Economia. E Calabrese mesmo chama essa ideia do Posner de reduzir Direito à eficiência de ridícula. Calabrese é Professor de Yale e também juiz da Corte de Apelações de Boston, porque ele está em Yale, e me parece que está longe de ser um neoliberal, está muito mais para um liberal, no sentido americano.

Ele tem duas obras muito interessantes, a principal é *O custo do acidente*. Embora seja jurista, ele tem uma “sacada” que traz da Economia (e me desculpem a informalidade de usar expressão, que eu me permito, apesar do formalismo da Corte), que é a seguinte: a responsabilidade civil serve para o quê? Para reparar o dano ou preveni-lo? Os economistas vão dizer que é para prevenir, e nós, do Direito, ficamos o semestre inteiro ensinando a ganhar a indenização. É óbvio que uma sociedade não quer que o dano ocorra. O pessoal do Direito Ambiental aprendeu isso, acho que até levou, de certa maneira, longe demais, não é? Porque é aquilo: tenho que precaver tudo. É como diz Araquém de Assis: se fosse para precaver tudo, Cabral não teria descoberto, ou não, o Brasil.

É uma reflexão muito interessante: se a responsabilidade civil serve mais para prevenir, o que ele faz? Pega os dados de acidentes de car-

ro, diz que está tendo muito acidente de carro. Tem algum problema de incentivo errado que o Direito está trazendo para o comportamento dos indivíduos.

De novo: não adianta eu consultar o que diz a Constituição, o Código Civil, encontrar uma maneira perfeita e bonita e poética de correlação entre eles. Agora, eu quero o seguinte: na prática, ele está resolvendo ou não? E a hipótese que ele fez é o seguinte: é que os acidentes, normalmente, não estão internalizando todos os seus custos. Uma pessoa dirige embriagada, atropela outra, e aquele que é atropelado e salvo será, muitas vezes, salvo pelo SAMU, um serviço público; depois, é levado para um hospital público e, como dizem, é “encostado” pelo INSS. E fica lá, recebendo uma pensão e quem paga é o INSS. Enfim, não é quem causou o dano; portanto, está havendo um incentivo para as pessoas dirigirem embriagadas, causarem dano, porque não estão pagando todo o dano. Há vários casos com cigarro, álcool, enfim, mas, ele está falando de acidente. Então, teria que se pensar em outro sistema de responsabilidade civil, ou penal, se fosse o caso.

Tem um artigo em que ele vai defender responsabilidade objetiva porque a empresa, em alguns casos, consegue reduzir o acidente a um custo mais barato, porque é dentro da minha linha de produção. Para o consumidor descobrir que determinado banco ou assento decepa o dedo, o pobre do consumidor tem que perder o dedo. A fábrica conseguiria fazer isso a um custo mais baixo – estou simplificando, mas essa é a ideia.

A nova escola institucional é outra linha (que me interessa mais) voltada para o estudo das instituições, que são necessárias para o desenvolvimento, e eu colocaria o Judiciário aqui. Um professor alemão, de Hamburgo, correlaciona segurança jurídica com desenvolvimento econômico, só que a sua métrica é que uma ordem constitucional precisa de, pelo menos, 20 anos de estabilidade. Então, vejam que a nossa constante mudança poderia gerar um coeficiente menor para o desenvolvimento, e o Judiciário tem esse papel porque está no centro do sistema jurídico; então, dependendo de como for a interpretação que é dada... o que interessa aos agentes é a in-



terpretação, e não o que está no Código. E como as decisões são repetidas e, às vezes, contraditórias, isso é sim um problema. Problema que eu tenho que ver se quero conviver ou não; mas, causa uma dissonância no mercado e no comportamento das pessoas.

O foco é na estrutura de incentivos. Será que o Brasil, que tem a terceira maior bolsa de valores e de mercadorias do mundo, a Bovespa e a BMF, não tem nada a ver com a CVM – Comissão de Valores Imobiliários? E será que o fato de termos copiado, em certa medida, a *Security Exchange Commission*, não tem nada a ver com isso? Por que a China, que é maior, até economicamente, não tem uma bolsa tão grande? Ou tem? Não que eu tenha conhecimento.

E é interessante porque se vai a campo testar a realidade. Tem uma publicação que procuro não ler muito, confesso, a *Public Choice*, porque é muito cética, chega até ser cínica, só que, quanto mais eu leio a *Public Choice* e leio jornais, eu me convenço de que eles estão certos. Agora estou vendo o seriado *House of Cards*, que se passa dentro da Casa branca, e quem já conviveu com isso sabe que há um agir estratégico dos políticos e o mercado que existe é o da eleição. Os cientistas políticos, por exemplo, chegam a falar que determinados candidatos têm mercado em termos de voto, e toda a estratégia das campanhas é para atingir o eleitor, não é em cima de uma plataforma ideológica. Onde está a ideologia? Eu, que trabalho com Direito Comercial, quando analiso o comportamento dos partidos políticos no Brasil e em outros lugares, vejo que são semelhantes a uma empresa: eles fazem fusão, fazem uma determinada *joint venture*, e tem mais um horário eleitoral. Isso se dá em qualquer democracia.

Agora, a *Public Choice*, apesar do cinismo e da ideia de escolha racional no âmbito da política, não me agrada, tenho certa resistência. Enfim, para quem estuda regulação é muito interessante, porque mostra que muitas vezes o regulador é capturado pelo regulado, porque o regulado é tão grande, tão influente, que não é corrupção,

mas captura mesmo, e muitas vezes a regulação acaba atendendo a determinados setores, e fico pensando, para dar um exemplo, nessa mudança que houve de tomada elétrica no Brasil. Antigamente, tínhamos um padrão internacional. Agora temos um que todos tiveram que mudar. De quem é o interesse? Para que se mudou essa regulação? Não vislumbrei, em um primeiro momento, onde foram atendidos os meus interesses com essa mudança.

Há situações de prefeituras que têm 50% do seu orçamento da saúde já esperando a liminar. Então, o critério é quem primeiro entra e quem primeiro obtém a liminar, e não a política pública de distribuição de um direito coletivo [...]

Depois, existe outra publicação muito interessante para quem trabalha com mercado de capitais e Direito do Consumidor, que é a *Behavioral Economics*, cuja ideia consiste em tomar algumas contribuições da psicologia e aplicar à Economia e, portanto, à análise econômica do Direito, ou seja, nem sempre o agente econômico é racional. Percebemos, por exemplo, em mercado de bolsa de valores, comportamentos como de manada: todos estão vendendo, e a pessoa vai lá e vende. Sim, parou para analisar se era o caso de vender? Não, mas está todo mundo vendendo. Aqui é só uma provocação: os *shoppings centers* fazem isso, o comportamentalismo, como o consumidor consome mais. Ele consome mais com música; com mais oxigênio, que dá a sensação de bem-estar. Isso é uma ciência.

Fiz uma contextualização e agora darei um exemplo de como ela poderia contribuir. Quando eu estava na PUC em 2010, fiz antes uma pesquisa para o Ministério da Justiça sobre burocracia, com achados incríveis. Por exemplo: não sabemos quanto tempo demora para abrir uma empresa no Brasil, e por quê? Porque ninguém sabe. Ela precisa de várias licenças, fui lá com o pessoal da Economia e da Sociologia, e ninguém sabia. A Junta Comercial agora sabe, mas os Bombeiros não sabem, os órgãos ambientais desconhecem. Então, empiricamente, não sabemos quanto tempo realmente demora para abrir uma empresa no

Brasil. Enfim, isso é uma outra pesquisa.

Essa aqui era para pesquisar o excesso de litigância. Na época, em 2010, estava em setenta milhões, agora já aumentou. O CNJ, quando abriu o edital, e concorremos e ganhamos, queria entender por que tinha tanta demanda no Brasil, pois vamos combinar que setenta milhões é muito processo. Até, de certa maneira, vai ao encontro da ideia de que não existe acesso à Justiça. Eram setenta agora são noventa milhões. Como não existe acesso? O contexto é sabido. Crise da Justiça. Aliás, desde que entrei na faculdade de Direito, a Justiça está em crise, e se faziam reformas: a reforma do agravo, reforma disso, reforma daquilo, mas ninguém estuda empiricamente o problema. São reformas feitas hipoteticamente: precisamos diminuir o agravo, terminar com o agravo. Mas nem sei por que existe. Não sei se os agravos estão sendo revertidos ou as apelações. Então, terminamos. Será? Mas e se 60% das apelações forem providas, será que é o caso? Não. Fazemos política legislativa de uma maneira um pouco atabalhoada. Juízes e tribunais sobrecarregados, evidentemente, custo Brasil. O sistema jurídico compõe sim o custo Brasil, porque nosso sistema jurídico entra junto com regulação, que, no Brasil, também tem seus problemas.

Será que o Brasil, que tem a terceira maior bolsa de valores e de mercadorias do mundo, a Bovespa e a BMF, não tem nada a ver com a CVM – Comissão de Valores Imobiliários?

Uma coisa que é estatística e não podemos discutir: percebemos que a demanda por serviços judiciários aumenta mais que a produtividade do Judiciário. Não tenho os dados de cabeça, mas digamos que a demanda aumenta 10% a cada ano e a capacidade de o Judiciário melhorar sua produtividade está em 5%. O Judiciário não consegue fazer frente ao aumento proporcional da demanda, porque ele tem limites de juízes, limites orçamentários e até físicos. Se tem que construir um prédio, no Brasil, a obra demora dois anos, como estamos vendo. E as obras muitas vezes não terminam. Há dois anos que venho a Brasília e o

aeroporto está sempre em obras, assim como o de Porto Alegre.

A demanda cresce mais, e vou ter que pensar. Se eu quiser controlar, vou ter que dar um jeito de atacar a demanda. Não adianta só melhorar a eficiência do Judiciário se ela não é suficiente para atacar e resolver o aumento da demanda. Há estudos do Castelar que foram bastante criticados, mas tem o preço de ter sido o primeiro estudo para tentar mensurar a eficiência do Judiciário. Nossa proposta foi entender as causas, considerando oferta e demanda sobre prestação judicial na área cível. Não se estava falando de acesso a medicamento, de família, etc, mas de demandas cíveis patrimoniais.

Foi curioso quando apresentamos isso ao CNJ, pois a primeira reação foi dizer *que trivial essa pesquisa, Luciano. Sabemos por que as pessoas processam as outras. É porque tiveram direitos violados. Será? As pessoas litigam, e é isso que está por trás de nossa pesquisa, por direitos ou por interesses? E se eu não fizer uma pesquisa de campo, não tenho como saber. É hipotético. Escrevo um manual, mas não sei. A ideia também foi comparar a eficiência das diferentes unidades da Justiça brasileira, porque se tem um tribunal que é mais eficiente que outro, isso significa que*

alguns tribunais conseguem chegar até lá sem ampliar a sua estrutura, bastando melhorar outras coisas, e tem-se que ver o que aquele tribunal mais eficiente faz para se fazer igual, na medida do possível.

Para conhecer as motivações do litígio, terei de entrevistar as pessoas e entender por que elas litigam, por que elas recorrem e por que elas fazem acordo. Por exemplo, resposta tradicional de um processualista: devemos ter mais acordos. O que ele faz? Uma mudança no Código de Processo Civil para obrigar a ter uma etapa, uma audiência de conciliação ou ter mediação. Haverá mais acordo? Na Colômbia existe essa fase e não serve para nada, assim como na Argentina. Nos Estados Unidos não há essa fase obrigatória, e 94% das indenizações terminam em acordo. O que motiva as pessoas a fazer acordos não é a fase obrigató-

ria, mas o conjunto de incentivos que a pessoa tem para fazer ou não acordos, pelo menos em demandas patrimoniais cíveis. E então formular estratégias para minimizar a morosidade, atacando tanto oferta quanto demanda.

Então, foi uma pesquisa de análise sociológica das motivações (feito pelo pessoal da Sociologia), análise da eficiência dos tribunais (feito pelo pessoal da Economia) e problemas de gestão. Escolhemos três tribunais, para ter três realidades diferentes: o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o de São Paulo e o do Pará. Comparamos tanto o aspecto de gestão quanto o de eficiência. E o que entra em eficiência: quanto custa e quanto entrega. Sei que vai chocar muitos, que vão dizer que Justiça não se presta a isso. Gente, escola se presta, hospital, e por que a Justiça não se prestaria? Não vejo que justiça seja mais relevante do que educação em um país. Também não é menos, mas se analiso eficiência de escolas e hospitais, eu poderia também fazer uma análise de eficiência dos tribunais.

A verdade é que números não vêm ao caso; fizemos todas as simulações, alguns tribunais são mais eficientes que outros; alguns chegam a ser 70% mais eficientes, 80%. Alguns vão dizer: lá vem o gaúcho falar que o Rio Grande do Sul... Essa pesquisa tinha mineiros e outros. Existem diferenças brutais de eficiência. Não estou falando de qualidade. Eficiência é uma coisa muito específica. É quanto custa e quanto entrego. Com aquele custo proporcional, alguns tribunais entregam mais que outros. Se isso é bom ou ruim... Será que o tribunal mais eficiente tem algo a ensinar para o menos eficiente? No mundo corporativo é comum. O que eles estão fazendo? Está informatizado? Os juízes estão sendo treinados? Os servidores são melhores? Tem alguma transferência de tecnologia que seria possível de se fazer sem mudar o Código de Processo Civil.

Na análise da motivação de por que as pessoas demandam, foi feita uma pesquisa qualitativa e as partes foram entrevistadas. Existe um *software* que chama NVivo, que o pessoal da Sociologia usa que você grava, degrava, e joga nesse *software*, você quantifica pelas palavras que aparecem e nós ranqueamos em quatro motivações básicas

para litigar. Não estou dizendo que uma é mais que a outra. Não é nada estatístico. Nós capturamos quatro racionalidades para se litigar no Brasil nesses três Estados que são bem representativos de realidades diferentes. E eu brinco – é uma provocação – que três motivações são “posnerianas” e só uma é do “dworkiana”. As pessoas entrevistadas mostram que litigam no Brasil, curiosamente, por baixo custo de acesso e baixo risco. Por que isso? Porque, por exemplo, no Rio Grande do Sul, 70% das demandas cíveis estão sob o patrocínio da AJG, Assistência Judiciária Gratuita, que o Estado paga (não o Estado, o contribuinte).

Eu quero quantificar o quanto isso é legítimo ou não. Existe essa motivação. Entrevistamos vários tipos de partes, sofisticadas, não sofisticadas, até empregada doméstica. Até para empregada doméstica: olha, na verdade, não custa nada, o advogado ganha 20% se for procedente. Isso não custa nada. É óbvio que qualquer manual de microeconomia diz que quando é de graça até injeção na testa. Só não estou dizendo que é bom ou ruim. Não pode surpreender a nós, advogados, que tem um excesso, se é de graça. A mesma coisa de se dizer: o juizado especial iria diminuir o volume de processos na Justiça comum. Se a demanda for por outro tipo de serviço de baixo valor, os dois ficam lotados. Perspectivas de ganhos.

Isso está um pouco no racional da energia elétrica. Orientei um trabalho de uma aluna; a inadimplência de energia elétrica em Porto Alegre é por rua. Tem rua que ninguém paga e tem rua que todo mundo paga. Tem a rua dos trouxas e a dos espertos. Perspectiva de ganho aparece como uma racionalidade para litigar na Justiça cível.

Outra racionalidade: o uso instrumental da Justiça. A pessoa não usa a Justiça pela justiça. Ele diz: Eu uso para fazer um acordo, para chamar a negociar, mas ele não está buscando justiça com letra maiúscula. Não seria o que normalmente os Magistrados esperariam quando ele está ali trabalhando. Não está ali por ele, está ali como um meio para fazer um acordo, às vezes para ganhar tempo. Se estou na Justiça para não pagar a dívida e ganhar tempo, não vou fazer acordo.

Por que eu faria, se preciso de oxigênio?

Finalmente, entrevistamos pessoas que foram vítimas de acidente aéreo. Aí você litiga por convicção. Você não quer o dinheiro, você quer a sentença, você quer a Justiça com J maiúsculo.

Em cima disso, fizemos algumas proposições, inclusive para o CNJ, para diminuir a litigância e uma delas foi – foram duas as principais – uma maior uniformidade de jurisprudência no próprio STJ, na lei federal, porque as decisões para todos os lados dificultam, acordo dificulta, a capacidade dos advogados dizendo o que é e o que não é o direito e também um maior cuidado na concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, porque a lei fala em pobre. Pobre, segundo o IBGE, é um critério, a Receita Federal é outro critério, mas todos eles muito abaixo do que normalmente o Judiciário tem dado como uma pessoa sem condições de pagar R\$ 100, 00, R\$ 200,00, para entrar com uma ação.

Então, pobre, segundo o IBGE, é uma família que vive com dois salários mínimos e meio. Isso

é pobre. Ou, segundo a Receita, são R\$ 1500,00. Não sei. Mas não é muito mais de uma receita de R\$ 1500,00. Existem aqueles que têm salário de R\$ 5.000,00, R\$ 10.000,00, que recebem a AJG, empresas. Basta declarar. E, de novo, se basta declarar e não há uma fiscalização nem consequência, vocês imaginem qual seria a consequência do ponto de vista de análise econômica.

Não gosto da expressão “LIÇÕES”, por isso coloco em letra maiúscula, pois não existe “receita de bolo”, mas opções, que são políticas. Agora, a ciência, como a Economia, aponta-me algumas consequências previsíveis, como até uma frase do Professor José Reinaldo: *pensar na floresta, e não no arbusto ou na árvore; ver o filme, não a foto*. A análise econômica não requer cálculos complexos, matemáticos, exclusivo para economistas. O Churchill dizia que guerra é uma coisa muito séria para ficar na mão apenas de generais. E terminaria aqui minha fala, dizendo que Economia é uma coisa muito séria para ficar apenas na mão de economistas.”

**SIDNEI BENETI**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ Agradecemos ao professor Luciano Benetti Timm, por essa exposição de enorme abrangência. Chegou a todos os campos possíveis, esquadrinhando, também, os detalhes de cada um dos setores de que Sua Excelência tratou e trazendo uma admirável contribuição de erudição de que é portador.

Vou ter a enorme satisfação de passar aos senhores a palavra do Professor José Reinaldo de Lima Lopes. Professor José Reinaldo Lima Lopes é um dos grandes nomes no nosso meio acadêmico. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – permita-me reverenciar a nossa Academia de São Paulo –, professor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, coordenador do Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas de Direito Getúlio Vargas. É graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e também graduado em Letras, pela mesma Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Várias atividades docentes desenvolvidas no Brasil e no exterior, inclusive como professor convidado na Faculdade de Direito na Universidade de Munique, a grande Faculdade de Canaris & Claus Roxin.”

## JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

Professor Titular da Universidade de São Paulo

“ Bom dia a todos. Gostaria de iniciar agradecendo o convite que me foi feito inicialmente pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Estou muito honrado de estar nesta mesa, com os meus queridos colegas Bruno Salama e Luciano Benetti Timm e com o Ministro Sidnei Beneti. Para mim, é um privilégio ter esse público tão seletivo, cativo, durante alguns minutos, para ouvir as minhas reflexões.

Vou tentar ser bastante breve. Havia quatro pontos na minha exposição, que eram os seguintes. Primeiro, uma abordagem sobre o Direito e a Economia de um ponto de vista conceitual, o que é uma coisa, o que é outra, a racionalidade dentro de um e dentro de outro campo. O segundo ponto seria uma história das relações entre as duas disciplinas, mas isso o professor Luciano Benetti Timm acabou de fazer. Só vou lembrar – aproveitando essa oportunidade – um nome que foi extremamente importante, foi considerado um dos maiores filósofos do Direito, teóricos do Direito na primeira metade do século XX, o Rudolf Steiner. Ele já havia se dedicado às relações entre Direito e Economia, tem um clássico que depois recebe até uma resposta do Weber a respeito dessas relações de Direito e Economia. Vou suprimir essa parte, aquilo que era segundo vai ser a terceira parte da minha exposição. É um elenco de casos absolutamen-

te tradicionais nas quais somos como turistas obrigados a fazer cálculos econômicos, a pensar como pensaria um agente econômico. E, na última parte, quero levantar dois pontos que, na minha opinião, ajudam a esclarecer o que estamos falando contemporaneamente, por que esse diálogo é tão importante.

Em primeiro lugar, vou ser realmente muito breve. Economia e Direito. Quais são as minhas ideias a respeito desses dois fenômenos? Eu diria, em primeiro lugar, que, como fenômenos, eu deveria analisar a Economia e o Direito como práticas sociais. Esse é o meu ponto de partida atualmente. Pensar a Economia e o Direito como práticas e, portanto, saber tanto que agir como um agente econômico ou agir como um agente dentro da ordem jurídica é um agir segundo regras, sempre. Toda prática é regrada. Jogar futebol é exercer uma atividade segundo as regras do futebol. Cantar ópera é exercer outra prática dentro das regras do cantar ópera. Fazer Direito é uma prática e Economia também é uma prática.

As respectivas disciplinas – a Economia e o Direito – são reflexões – eu diria – abstratas, conceituais sobre essas práticas. Elas explicitam as regras dessas duas práticas e propõem a melhor maneira de exercer essas práticas. Se eu pudesse falar uma teoria do futebol ou uma teoria do jogo do xadrez, isso me propõe as melhores maneiras ou a maneira ideal de realizar qualquer uma dessas atividades. Portanto, essas teorias fazem isso. Há um problema que eu acho que vai marcar a diferença entre Direito e Economia ao longo do século XX e desse problema somos herdeiros. Vou também resumir muito, mas quero dizer muito claramente o que penso. A disciplina econômica assumiu a reflexão sobre a ação humana e foi dentro da disciplina econômica no século XX que a ação e o processo deliberativo foram pensados e repensados. Por exemplo, o surgimento da teoria dos jogos que foi aproveitada pela Economia, a teoria da escolha racional, o *welfare economics*, os debates mais contemporâneos que estão em andamento com alguns grandes nomes como o de Amartya Sen, são todas teorias da deliberação.

O Direito abandonou isso. A teoria do Direito

se transformou, no século XX, na teoria da norma. Nós perdemos – farei uma caricatura, permitam-me isso – a reflexão sobre o deliberar. Inclusive, imaginamos, de uma maneira generalizada, que a deliberação é irracional. Não há teorias da deliberação jurídica. O Direito perdeu isso. Mas o problema foi um problema para nós como juristas – eu diria – bastante sério porque nós perdemos a reflexão. E, no entanto, acho que o Professor Luciano antecipava isso na fala dele. O Direito é uma disciplina que tem cerca de mil anos no Ocidente, se nós imaginarmos a fundação das escolas de Direito a partir da experiência de Bolonha por volta do ano 1000, 1040 ou 1080, temos uma reflexão de mil anos sobre a ação humana.

A teoria dos contratos é uma teoria da ação, para ficar num exemplo trivial. É uma teoria da intencionalidade, é uma teoria da motivação. Nós abandonamos isso. Isso é uma das coisas mais importantes. O que aconteceu – eu acho – nós perdemos, nós não quisemos falar mais disso – estou fazendo a caricatura, insisto. Os economistas estão fazendo. Então, fica parecendo que a única racionalidade de ação existente é a racionalidade do homem econômico, do agente econômico. Desapareceu a ideia de que seguir regras jurídicas é uma atividade racional e que, portanto, exigiria uma reflexão nesses termos.

O Direito é uma disciplina que tem cerca de mil anos no Ocidente, se nós imaginarmos a fundação das escolas de Direito a partir da experiência de Bolonha por volta do ano 1000, 1040 ou 1080, temos uma reflexão de mil anos sobre a ação humana.

Da segunda metade do século XX para cá, a ideia de que o Direito é uma prática e de que a boa teoria do Direito ou a teoria do Direito que está faltando é uma teoria da deliberação voltou a ganhar corpo. Ela, no entanto, não é hegemônica na formação dos juristas. Alguns exemplos desse pensamento, como o autor fundamental para essa virada, todos nós conhecemos, é Herbert Hart. Ele se confessa um positivista, mas ele se desentende com o Kelsen. Há uma conferência – vários de nós conhecemos – em que eles estão juntos em

Berkeley e o Kelsen fala uma das coisas mais engraçadas: *O Professor Hart discorda de mim, mas eu não discordo dele*. Onde está o ponto? Hart vai definir. Definindo-se como um positivista, sem nenhum problema, ele vai definir o Direito como uma prática social e vai introduzir o problema da deliberação e da racionalidade nessa prática.

Dou outra vez um exemplo. Acho que esses dois autores são muito interessantes para nós. Posso estar errado, meus colegas vão me corrigir e vamos debater. Para Kelsen, a racionalidade do seguir o Direito está em evitar a sanção. Para Hart, a racionalidade do Direito está em fazer a coisa certa. O exemplo clássico que ele dá em seu livro *O conceito do Direito* é um exemplo de como se aprende a seguir uma regra? Como seguimos uma regra? Ele dá o exemplo do pai que quer ensinar o filho a tirar o chapéu ou descobrir a cabeça quando entra em uma igreja, por exemplo. O menino está aprendendo aquilo e o pai quer ensinar não para evitar sanções, mas para que o menino, sabendo se comportar, entre naquela comunidade, aprenda a seguir as regras que farão dele um agente sensato dentro daquela comunidade. Acho que isso é fundamental. Acho que vários autores importantes hoje pensam sobre isso. Digo que não é hegemônico, digo que isso para nós é fundamental, por quê? Porque a teoria do Direito precisa visitar o processo deliberativo de todos nós, agentes do campo do Direito. Isso é a primeira coisa.

Outra coisa importante nessa primeira ideia é que o Direito e a Economia compartilham o caráter de serem derivados da filosofia da tradicional e clássica Filosofia Moral ou Filosofia Prática. São dois campos dessa filosofia. Evidentemente, a Economia conseguiu formalizar essa racionalidade e conta com um elemento que ajuda muito: a moeda, que permite quantificar as coisas e, portanto, matematizar o processo. O Direito não conta com isso, porque, diferentemente da Economia, o Direito é uma prática abrangente, não tem um fim determinado. Se quiséssemos

falar de um fim determinado do Direito, eu poderia sugerir algumas alternativas.

Na Economia, a racionalidade e a intencionalidade, mas, sobretudo, a inteligibilidade da tomada de decisão é dada pelo conceito de escassez. No Direito, qual é o conceito que articula e que dá inteligibilidade ao regime? Não discutimos muito isso. Vou propor, contra provavelmente 99% dos presentes, que esse conceito seja a Justiça. Uma coisa curiosa. Estamos no Conselho da Justiça Federal. É uma coisa que não discutimos na Faculdade de Direito. E achamos, inclusive, que talvez seja coisa para quem tem ilusões. Se eu não debater esse conceito, se eu não entender esse conceito, talvez eu esteja perdendo aquilo que dá sentido à prática. A Justiça pode ser um desses temas. Eu penso que é. Mas haverá outro mais palatável para quem gosta de Sociologia, de Economia e das Ciências, das nossas irmãs novinhas da área das Humanidades, têm 200 anos. O Direito terá mais de 2.000. Desculpem. É brincadeira.

Mas essa palavra poderia ser a reciprocidade. E uma reciprocidade geral. Uma reciprocidade não na troca, não apenas na troca das coisas. Mas uma reciprocidade. Por exemplo, um respeito devido no espaço público, devido na República e assim por diante. Poderíamos pensar que a reciprocidade daria essa inteligibilidade do campo. A minha proposta é um pouco essa. Penso que o diálogo poderia começar, mas temos que rever um pouco os nossos conceitos fundamentais da teoria do Direito.

Segunda parte que gostaria de dizer. Por menos que gostemos e que falemos, a minha proposta é a de que os juristas são, em vários casos, e os juízes em particular são, em vários casos, obrigados pela lei a raciocinar como um agente econômico. A decisão correta, em termos de Direito, é a decisão correta em termos de Economia. Vou dar dois exemplos. Em um processo, tem um dispositivo que diz o seguinte: *A execução. O Juiz deve promover a execução à parte da maneira menos custosa para o executado.* Qual a maneira menos custosa? Tenho que fazer um cálculo ali, concreto. Se eu conse-

guir o mesmo resultado com menos dispêndio de energia, de custos, eu cumpro a lei, cumpro o Código. Um exemplo banal.

A mesma coisa vai aparecer depois no Processo Penal em outro dispositivo. Concessão de alimentos. Como devem ser concedidos os alimentos? Por facilidade, cada tribunal, um pouco no Brasil, definimos alguns critérios que facilitam a decisão. É um terço, são tantos por cento do salário do alimentante, mas não é isso que diz a lei. A lei diz que os alimentos devem ser fixados de uma maneira tal que nem matem de fome o alimentante, nem matem de fome os alimentados. Como calculo isso, senão fazendo um cálculo sobre a escassez e as necessidades? Processo de falência é cheio de dispositivos dessa natureza. Direito da concorrência obriga, no nosso caso, o Conselho a examinar o custo e os benefícios daquela transação. São casos em que a lei explicitamente obriga. Mas há outros, em que sabemos que o cálculo tem que ser necessariamente de uma matriz econômica.

O Professor Luciano mencionava um caso exemplar, o das distribuições dos custos entre condôminos. Como a lei diz? Ele será igual. Igual como? Tenho que fazer as contas. No nosso caso, o código ainda permite um detalhe a mais em função da área e assim por diante. Mas são imposições de caráter econômico. Temos vários casos que estão chegando aos tribunais. Vou mencionar um em particular. É um caso que analisei, publiquei um pouco dessa análise da Ação Direta de Constitucionalidade n. 9 sobre o racionamento, a tarifação da energia, no famoso apagão de 2001. Ele só pode ser resolvido com o critério que alguns vão dizer que é econômico. E eu vou dizer: não é econômico, é jurídico. Tenho que tomar a produção de energia como um bem coletivo e distribuí-lo adequadamente entre todos os usuários.

Havia me esquecido de falar e vou mencionar como uma nota de rodapé. Por exemplo, os juristas têm uma categoria fundamental para trabalhar com essas coisas. Pode ser que seja só na minha faculdade, mas eu vejo que os meus alunos não aprendem mais isso. Exatamente porque não aprendem a pensar sobre as razões do Direito. Essa categoria nossa, que os

economistas chamam de “bem coletivo”, para nós, juristas, são os bens indivisíveis. Está no Código Civil: há bens que são naturalmente indivisíveis. Esses os meus alunos detectam. Uma vez eu fiz a experiência e perguntei para eles: um bem indivisível? Eles disseram: uma vaca. Muito bem. É isso mesmo que o Código Civil diz. Aquele que perde a substância ao ser dividido. E outros? Ninguém pensava. Eu falava: uma empresa não é indivisível? As pessoas têm dúvida. Mas o Código diz: Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis ou pela lei – monte a ser partilhado, uma série de outras coisas, massa falida – ou por vontade do proprietário. Ele designa aquele conjunto para um fim só e aquele conjunto só é um conjunto que funciona.

Estou dando exemplos para mostrar como temos tantos elementos na tradição jurídica, no nosso saber, para enfrentar essas questões, mas não usamos. Então, qual é o meu ponto final? E aqui vou terminar. É que aprendemos Direito imaginando que a única Justiça que existe é a comutativa, é a Justiça das trocas individuais. Há uma tradição clássica que diz: não, as estruturas das relações não são apenas de troca, são também de distribuição. Mas, para eu entender a distribuição, preciso do conceito de indivisibilidade, preciso do conceito de bem universal. Eu tenho, eu disponho dessas coisas na tradição jurídica.

Eu diria, para concluir de maneira muito rápida, que as coisas que estão causando mais problemas entre nós, juristas, hoje em dia, é esse enfrentamento de questões distributivas que estão chegando aos tribunais e parece que a razão para essa distribuição não a conhecemos bem. Penso que é uma série de problemas a serem enfrentados, uma série de distinções a serem feitas que incluem, em primeiro lugar, voltar a temas que sempre pertenceram aos juristas. Não ter medo da conversa com outras disciplinas e apropriar-nos dessa discussão que, na minha opinião, é interna ao Direito, essa é uma questão fundamental. É aí que está se travando, eu diria, uma parte da batalha e da batalha real, mas também da batalha conceitual

que nós, como juristas, temos que enfrentar.

Em vez de abrir com uma citação, vou terminar com uma citação. Gosto muito disso. Alguns que me conhecem já sabem que cito várias vezes este autor. É uma fala do Portalis quando ele está defendendo, em 1804, diante do Corpo Legislativo, o projeto de Código Civil, quando, para alguns, há a esperança de que, aprovado o Código, não vou precisar mais nem de doutrina, nem de jurisprudência. E ele disse: nada disso. Em primeiro lugar, ele disse os homens não sossegam jamais. Então, os casos vão mudar e esses casos vão precisar de juízes que os interpretem e de doutores que reflitam e esclareçam conceitualmente a questão.

Mas há outra intervenção muito importante em que ele diz o seguinte: há coisas cuja justiça sabemos apenas em ler. Ele dá o exemplo de uma cláusula contratual em uma sociedade que dê a um só dos sócios todos os lucros. Ele fala: eu não preciso de mais nada para saber que isso é injusto. Em outras palavras, uma cláusula assim é injusta por definição, porque a definição de sociedade implica a definição de distribuição. Se eu tenho uma cláusula que evita distribuição, não há sociedade. Aliás, o nosso Código Comercial dizia que era nulo esse contrato, não é cláusula que é nula, é nulo o contrato inteiro.

Essas coisas eu sei por definição. Ele fala: mas há coisas que só sei se são injustas com o auxílio de um saber não jurídico, e o exemplo que ele dá era o que o professor Luciano estava mencionando aqui, ele fala: as questões de agricultura, terei que arbitrar pelo contrato, pelas relações jurídicas que o Código vai, sem dúvida nenhuma, cobrir e interpretar, mas não saberei se é justo ou injusto a não ser com o auxílio de algum outro saber. Acho que é disso que se trata o nosso debate contemporâneo, acho que é isso que precisamos pensar.

Desculpem-me a brevidade e também essa forma um pouco informal, mas acho que com isso, aponte para as coisas que mais me preocupam e que, na minha opinião, podem ajudar a facilitar esse diálogo tão importante que se tornou tema deste congresso chamado pelo CJF, que teve essa sensibilidade para a relevância do tema.”



**SIDNEI BENETI**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ Agradeço o Professor José Reinaldo Lima Lopes. Realmente, nós que viemos da mesma faculdade, neste momento, nos sentimos voltando aos bancos acadêmicos. Lembrei-me dos meus inícios da Faculdade de Direito com Goffredo da Silva Telles e terminando no quinto ano com Miguel Reale. Realmente, a visão de um sistema, a visão de algo que condiciona a coerência lógica do todo. Cada uma das partes condicionadas pelo todo, que é a busca da ordem jurídica a um sentido de justiça que preside a ordem jurídica. Esses valores fundamentais na exemplificação de Vossa Excelência, lembrava-me de outra, que é Shylock, no Mercador de Veneza. Realmente, esse contrato não podia jamais ser cumprido porque ele trazia insito o germe do seu descumprimento, que era o afrontar a consciência humana.

Temos algumas perguntas que vieram para o primeiro expositor e não sei se teremos tempo, porque, na verdade, estamos adiantados no horário, mas pelo menos se pudéssemos ver algumas das perguntas e dar as respostas seria interessante com maior atenção ao auditório.”

### BRUNO SALAMA

Professor da Fundação Getúlio Vargas-SP

“ Evidentemente, vou ser brevíssimo e prefaciá-la minha fala, enfim, para dizer da profunda admiração que tenho pelo professor José Reinaldo, e dou-me aqui a liberdade de considerar um amigo, e dizer que o tempo não passa quando ele fala, aprendo muito.

Recebi duas perguntas a propósito de como se relaciona a ideia de argumento econômico e as questões que estão no Poder Judiciário a respeito de medicamentos. Se é possível fundamentar uma negativa à concessão de medicamentos pleiteados com base no princípio constitucional de direito à saúde, na reserva do possível ou outras construções que, em última análise, dizem respeito a tema de custo e a temas que se constroem, também, economicamente.

E faço aqui três pontos muito breves. Primeiro, na minha palestra citei vários exemplos, vários casos e decisões, mas algumas eram, inclusive, votos vencidos e em nenhum momento eu estava endossando essa ou aquela decisão do ponto de vista de mérito. Não porque eu concorde ou discorde, mas porque eu simplesmente queria ilustrar a possibilidade de uso de argumento econômico para a construção de raciocínios para melhorar ou contribuir para a aplicação do Direito e interpretação do Direito.

Se, em algum momento, a minha palestra passou a sugestão de que eu estava endossando ou não temas dessa natureza no tocante ao acesso à Justiça,

ao direito à saúde, foi por eu não ter tido, enfim, condição de me expressar mais claramente, porque era uma metapalestra, ou seja, eu estava discutindo a decisão em si e as decisões que colacionei eram simplesmente ilustrativas dos argumentos de fundo, que foram as três proposições que lhes apresentei.

É possível usar argumentos. Acredito que a reserva do possível seja um argumento que se põe legitimamente na nossa ordem jurídica. O que a economia pode fazer aqui nesse caso são duas coisas. Primeiro, ela pode servir para fundamentar, a rigor, as duas posições, porque, tanto se pode falar em reserva do possível e logo se dizer que, por exemplo, remédios não devem ser concedidos, porque isso gera incentivos perversos, porque eventualmente há uma má alocação dos recursos da saúde, como acredito que de fato haja, nesse caso, mas, por outro lado, pode-se argumentar, também, que o direito à saúde preserva a existência das pessoas e, portanto, com saúde, no limite, elas podem até sobreviver melhor, estudar melhor, trabalhar melhor e, portanto, há argumentos econômicos dos dois lados, que é limite até onde estou querendo chegar. Não estou aqui para discutir um tema que de verdade não estudei. Nunca parei para estudar o tema do direito à saúde.

A segunda coisa que a Economia nos pode fazer num caso como esse, e existe literatura a esse respeito, é a discussão de vantagens comparativas do Poder Judiciário *versus* Poder Legislativo para a discussão sobre bens escassos. E aí a vantagem, enfim, do Poder Legislativo seria, em princípio, o fato de que há a possibilidade de acesso a um conhecimento técnico de forma mais organizada e a desvantagem eventualmente seria se o processo político não for condutor a um resultado que se mostre adequado do ponto de vista da nossa ordem jurídico-política, inclusive do ponto de vista dos valores que a norteiam.

De modo que não vou tomar o partido que eventualmente aqui as perguntas pediam de mim e vou simplesmente apontar o que me parece pertinente do ponto de vista do seu encaixe com as proposições que lhes trouxe no começo da minha fala.”

**SIDNEI BENETI**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ Agradeço o professor e no encerramento, quero, em primeiro lugar, salientar a presença no auditório, entre tantos magistrados, juristas ilustres, que reconheço daqui, mas que não vou nomear a cada um, quero, com a permissão de todos, salientar a presença, durante todo o tempo, dos eminentes Professores Humberto Ávila, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Celso Campilongo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Raffaele De Giorgi, da Universidade Lecce na Itália, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, tendo estado presente também o Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro, também do STJ.

Em nome da organização e com a permissão do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, entregarei o certificado, uma forma singela da nossa gratidão aos eminentes conferencistas que nos brindaram com suas palestras: Professor Bruno Meyerhof Salama, Professor Luciano Benetti Timm e Professor José Reinaldo de Lima Lopes.

Curiosa é a vida. Eu tenho muito tempo de magistratura. Já tenho completos 42 anos de magistratura e há muito tempo, dirigindo uma revista da Associação Paulista de Magistrados, juntamente com dois outros grandes magistrados de São Paulo, colocamos como matéria de capa uma pergunta, que era a seguinte: “Existe conflito entre economista e o jurista?” Responderam esta pergunta, não me lembro de todos, alguns juristas e alguns economistas. Entre os economistas estava Roberto Campos, que, naquela época, tinha muita projeção e, além do mais, escrevia bem, o que era muito importante e José Eduardo Faria, na área dos juristas, outro que tinha sido Ministro da Fazenda. Também de minha parte me aventurei a escrever a esse respeito. E também um jurista que não tinha, no fundo, nada a ver com isso, que era Theotonio Negrão, cuja autorização conseguimos para inserir uma poesia em que ele tratava com humor aquilo que vinha da economia naquela época dos governos militares para que os juristas viessem a interpretar.

O tema, portanto, sempre está presente nas nossas cogitações de magistratura. Falando nisso, gostaria, com a permissão da mesa, do organizador deste nosso seminário, trazer uma recomendação aos magistrados presentes: não podemos perder o hábito de sermos juízes. E como podemos colaborar com a solução de matérias que envolvem esse debate eterno entre a economia e a justiça? Podemos colaborar de algumas formas. Uma delas é fazendo com que as nossas decisões, quando tocarem assuntos como esse, realmente sejam decisões de meditação intensa e rápida, para que essa perda de tempo, que é muito séria em matéria de economia, não venha a ter um acréscimo maior com a grande demora do andamento dos processos.

Estou me lembrando da questão dos planos econômicos, que até agora não encontraram uma com-

posição definitiva pelos tribunais brasileiros, embora isso venha de longe e essa recomendação tenha alguns “senões”. Talvez, a comparação entre os planos econômicos brasileiros e, por exemplo, os da Argentina, tenha tido o enfoque diverso e a solução diversa por toda a sociedade devida, em parte, à demora de solucionar os problemas do Brasil e, em oposição, a rapidez da Argentina na solução do *Corralito*. O *Corralito* veio trazer nas suas soluções mais desequilíbrios à sociedade argentina que essa demora judiciária na solução dos planos econômicos para o Brasil.

Mas que os juízes sejam céleres nisso e tomem cuidado, não se impressionando muito com a grande demanda econômica. Nós não somos, evidentemente, especialistas em todas as matérias que nos são submetidas e não seremos jamais especialistas na complexidade do fenômeno econômico. O juiz é um especialista em julgar. Ele é um técnico em julgar e, para tanto, ele recebe os parâmetros trazidos pelas partes no contraditório. Para isso é que tem o contraditório. O contraditório vem a fornecer exatamente essas bases econômicas, de maneira que não é para se atemorizar demais diante de uma questão econômica, é para agir com aquilo que se exige de todo e qualquer magistrado, que é o agir responsável, indo fundo nos elementos de que possa dispor na análise dos autos e na formação do seu conhecimento, na análise dos elementos doutrinários e jurisprudenciais que lhe possam chegar às mãos e, sobretudo, as alegações das partes.

Mas, decidam porque isso é importante para que a sociedade vá superando essas crises cíclicas que vêm trazidas de todas as demais áreas, seja a econômica, seja a comportamental da sociedade, seja a questão psicológica, seja a questão política e isso vai passando através das decisões.

Vejam como tudo isto se torna história: a partir do momento que está decidido, quantas questões, nos dias recentes brasileiros, imaginávamos insolúveis, e agora parece que não existe mais, saíram da moda da imprensa, da moda das cogitações porque já tiveram a sua decisão judicial e, daí para frente, as partes, os interessados estão se compondo ou se acertando e buscando outras soluções desimpedidas do obstáculo de um processo parado na justiça.

Aqui é outra questão muito séria que demanda, talvez, um seminário maior de como dinamizar o andamento dos processos que tem solução, mas infelizmente não vejo serem brilhadas as soluções pelas experiências que se fazem a respeito do fenômeno judiciário brasileiro.

A outra recomendação para o juiz é a seguinte: sejam claros na motivação e nos dispositivos dessas matérias. É muito importante a clareza nisso. Com a clareza, o vetor fica muito bem estabelecido para a sociedade e daí é possível que as partes, os seus advogados e os praticantes dos negócios jurídicos, a área governamental, todos venham a se orientar diante de uma decisão clara.

É preciso não olvidar que se a questão chegou ao Judiciário é porque não foi composta pela sociedade, não foi composta, realmente, pelos interessados, que são os litigantes materializados como partes no processo, de maneira que esses delegaram atividades jurisdicionais como atividades substitutivas à tarefa de decidir. Cumpram, portanto, essa tarefa de decidir com a celeridade maior que for possível, com a clareza, sobretudo no dispositivo, porque isso vai orientar a sociedade.

Peço escusas por estar prolongando, mas, na verdade, tenho participado pouco de tudo, soterrado que estou pelos processos. Mas eu não iria perder a oportunidade de trazer alguma consideração ao auditório tão qualificado e com a permissão de uma mesa como a que tive a honra de presidir.”



Nino Toldo, Tércio Sampaio, Marcelo da Costa Pinto Neves

## ***Da Interpretação da Lei à Interpretação do Direito nas Decisões Judiciais***

**NINO TOLDO**

Desembargador Federal e Presidente da Ajufe

“ Senhoras e senhores, boa tarde. É para mim motivo de grande alegria e honra presidir esta mesa composta pelo Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, meu querido professor da nossa Faculdade de Direito do Largo São Francisco; também aqui o Professor Humberto Ávila, um amigo, e o Professor Marcelo Neves.”

### TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Professor da Universidade de São Paulo  
e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

“ Senhor Desembargador, caros colegas, cumprimento a todos. Formulo inicialmente os meus agradecimentos pelo convite, é sempre um prazer e uma honra estar aqui, sobretudo em um evento como este, patrocinado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O tema geral desta sessão, “Da Interpretação da Lei à Interpretação do Direito nas Decisões Judiciais”, certamente provoca alguma reflexão, e mais que uma reflexão, talvez até ensinamentos a respeito da interpretação e da decisão. Diante de dois colegas que vão falar em seguida, e que são mestres em interpretação, em decisão, em disciplinas jurídicas, de um lado o Professor Ávila, no campo tributário, e o Professor Marcelo no campo constitucional, eu, como Professor de Filosofia do Direito, vou me colocar a certa distância do tema. Portanto, farei uma apreciação não propriamente de interpretação e de decisão, mas a propósito deste “a” craseado que está no título desta seção, e que indica uma passagem da Interpretação de Lei à Interpretação do Direito nas Decisões Judiciais. Vou falar sobre esse “a” craseado, sobre essa passagem.

Há muitos anos, entre 15 e 18 anos atrás, fui convocado para atuar como *expert* em uma questão nos Estados Unidos, eu era o *expert* em Direito brasileiro, e lá fui eu. O caso que se discutia era uma briga entre uma grande seguradora americana e uma grande empresa americana. E a disputa

era em torno do pagamento ou não de um seguro. A questão envolvia uma acusação contra a empresa, feita pela seguradora, uma acusação de corrupção. A seguradora dizia que não pagava porque a empresa americana teria cometido um ato de corrupção no Brasil e que, em vista disso, ela acha que não era devido o seguro. Essa era a questão entre eles. E lá fui eu, como *expert* brasileiro, fazer parte daquele *cross examination*, perguntas de lado a lado.

Lá pelas tantas, um dos advogados, vira-se para mim e diz: “o senhor acha que, diante do que o senhor falou e leu nos autos, a empresa em face de Fulano de Tal cometeu um ato de corrupção ativa e, do outro lado, alguém de corrupção passiva?” Eu falei: “olha, eu estou aqui como *expert* em Direito, dos fatos não sei e não vou falar, porque não conheço os autos”. Ele olhou para mim e disse: “Vou reformular a pergunta – bem à moda americana: tendo em vista que aconteceu isso, isso e aquilo, e que pelas definições correntes que estão sendo apresentadas aqui, o senhor diria que uma coisa encaixa na outra?” Eu falei: “eu repito, eu não estou aqui como *expert*, enfim, não venho testemunhar nada, sou um *expert* em Direito brasileiro, isso é questão de fato. Eu não conheço os autos a esse ponto, não posso dizer nada sobre isso”. Ele insistiu uma terceira vez e eu falei: “olha, além do mais seria da minha parte uma levandade, não conhecendo os fatos, fazer qualquer afirmação desse tipo porque poderia implicar para mim até calúnia”. Nesse momento ele parou e houve uma discussão: “mas o que é calúnia?” Eu estava com o Código Penal na minha frente, abri e li o que estava na lei, calúnia é isto. Ele falou:

- E por que calúnia é isso?
- Porque está na lei, eu disse.
- E quem é que diz que isso que está na lei é calúnia?
- Eu. O senhor não me chamou como *expert* em Direito brasileiro? – respondi
- Deve ser muito difícil advogar no seu país.
- Como o senhor responderia? - perguntei.
- Eu olharia a jurisprudência.
- E deve ser muito difícil advogar no seu país – respondi.

Acho que hoje eu já não diria a mesma coisa. Essa minha resposta de 15, 20 anos atrás está em crise, hoje não temos mais essa certeza. De fato, essa separação que há 15 ou 18 anos era clara na minha cabeça e na cabeça do advogado americano talvez não fosse sequer mais clara na cabeça dele mesmo, porque lá também as coisas mudaram. Aqui seguramente, se não mudaram completamente, estão mudando. Na nossa tradição, quando pensamos no modelo pelo qual se estuda, se aprende e depois se exerce profissionalmente, a atividade jurídica, seja como advogado, juiz ou promotor, para citarmos as principais ou mesmo como administrador etc., aprendemos a lidar com três problemas básicos.

O primeiro é a identificação do Direito. E para a identificação do Direito, há muito tempo, temos aquilo que chamamos “teoria das fontes” ou mais, pelo menos na forma como aprendemos Direito, aproximadamente há uns 200 e poucos anos ouvimos falar nessa teoria. Isso é para identificar o Direito; é uma das atividades. Identificado, nós iremos interpretá-lo. E para isso aprendemos o que chamamos de “hermenêutica jurídica”.

Finalmente, interpretado e identificado o Direito à hermenêutica, passamos a aplicá-lo, aplicação que, nessa tradição, chama-se de “teoria da subsunção”. Essa tradição vem do século XVIII para o século XIX na nossa cultura, na cultura romanística. Os livros de Direito, até agora – pelo menos em um passado não muito distante – operacionalizavam seu estudo com a identificação de fontes, e nós conhecemos as dogmáticas: fontes materiais, fontes formais etc., uma hermenêutica jurídica voltada para o tema da vontade, vontade do legislador, vontade da lei e uma teoria da aplicação que entrava um pouco nessa tradição a reboque.

Quando estudei Direito, entre 1960 e 1964, lembro-me ainda de os professores usarem a distinção entre Direito substantivo e Direito adjetivo. Naquela época, os processualistas ficavam furiosos com isso, mas os civilistas ainda usavam essa distinção, isto é, o processo entrava um pou-

co adjetivamente nesse marco. Essa tradição teve uma origem, talvez a origem forte seja o projeto de um Direito político, filho das revoluções, principalmente da Revolução Francesa, início do século XIX, que marcou a teoria jurídica (para dizer com muita simplicidade, talvez até com exagero de simplicidade) nas formas de uma concepção liberal no Direito. O marco dessa concepção liberal que produziu a teoria jurídica, que nós até hoje aprendemos, pode ser resumido em uma expressão: “Estado de Direito”. É uma expressão que ficou na nossa tradição.

O juiz, como diziam os franceses, é *La bouche de La loi*, a boca da lei. Ele falava à lei mediado por aquilo que diziam os doutrinadores – essa era a tradição.

Dentro dessa concepção do Estado de Direito, a teoria jurídica que prepara a aplicação do Direito é construída em cima de uma tensão forte entre o intérprete e o legislador. O juiz, como diziam os franceses, é *La bouche de La loi*, a boca da lei. Ele falava à lei mediado por aquilo que diziam os doutrinadores – essa era a tradição. Nessa velha tradição, a produção, por assim dizer, do trabalho teórico significava um trabalho de identificação orgânica desse fenômeno chamado Direito. E como se fazia ou se faz isso até hoje? Nós aprendíamos a classificar, distinguir e montar conjuntos, expressões tradicionais eram usadas para isso. Uma delas usa-se até hoje, é a natureza jurídica de institutos.

Volta e meia vamos atrás da natureza jurídica do tributo ou do que for. Essa produção ou reprodução orgânica de institutos por meio da sua natureza jurídica, cominava em um conjunto que nós olhávamos como um conjunto dotado de unidade, sistema, no sentido de um conjunto unitário dotado desse caráter sistemático, isto é, sistemático porque há uma unidade de princípio. Então nós trabalhávamos com dicotomias: a partir da Constituição: constitucional e inconstitucional; a partir da lei: lícito e ilícito; e assim por diante.

Do ponto de vista da identificação do Direito,

esse modo de pensar na forma de classificações consistia o modo pelo qual eu trabalhava o objeto, eu era capaz de identificá-lo e defini-lo. Definido, veio a hermenêutica jurídica, que é um trabalho de interpretação. Todos sabem disso e aqui entrava o tema da vontade, que entrava por conta de um episódio que aconteceu na era moderna e que praticamente definiu os rumos do nosso Direito, do Direito ocidental e principalmente o de origem romanística, do qual estou falando.

Hoje, ninguém consegue mais escrever um curso de Direito Constitucional se não citar várias jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, se possível, até outras, ele vem carregado de jurisprudência.

Houve, a partir do renascimento, uma séria mudança no modo como a antropologia era vista, o ser humano era visto. Entrou fortemente o tema da liberdade, que é conhecido. E a liberdade voltada para a vontade criava certa incerteza a respeito daquilo que, na antiguidade e na Idade Média, chamava-se de verdade. O conceito de verdade muda. Se no passado havia certa tranquilidade no senso comum erudito em dizer que a verdade era identificada pela realidade, todo o problema da verdade como adequação, a partir da era moderna, tendo em vista a liberdade humana, se transforma. Verdade vira autenticidade, certeza produzida na consciência, daí o enorme crescimento das matemáticas, de modo geral.

Nesse ambiente é que aparecem as questões referentes ao modo como fazemos o jogo das liberdades, tendo em vista a produção de certezas. Nesse jogo, considerando-se a produção de certezas, verdade como certeza, o que entra como elemento que dá a base a todo o raciocínio jurídico? A lei. A lei confere certeza ao juízo e, portanto, a aplicação do Direito. Daí, interpretar, é descobrir, identificar do Direito quais as suas raízes de certeza dadas pela lei, e aí a aplicação se dá na forma da subsunção, que é o método que domina, por assim dizer, praticamente em todo o século XIX.

Nessa tensão entre a teoria jurídica, a doutri-

na e o legislador à lei, o doutrinador exerce um papel fundamental. O que ele tem que formular é o sentido reconhecível que está na lei e, com isso, dar às decisões, à aplicação do Direito, previsibilidade. Quem aprendeu o direito desse jeito, aprendeu-o como algo razoavelmente previsível. É possível se trabalhar com a noção de previsibilidade desde que os sentidos sejam trabalhados pelo doutrinador e oferecidos ao aplicador.

É claro que o sistema dotado de certeza, o sistema das regras não é absolutamente integral.

Desde o século XIX, discute-se se ele é completo e coerente; a verificação de certa incompletude leva nessa tradição a teoria das lacunas; a percepção de certa incoerência dentro do sistema leva à

teoria das antinomias e, com isso, problemas na aplicação que são resolvidos mediante o modo pelo qual nós lidamos com lacunas e antinomias.

Nessa linha de raciocínio, que é o modelo tradicional, conflitos concretos, aqueles que o juiz decide e julga, são trabalhados a partir de conflitos abstratos. O que fazia ou faz ainda, de certo modo, o doutrinador? Toma os conflitos concretos e os transforma em abstratos, isto é, em conflitos jurídicos. Os conflitos jurídicos são abstratos, e é por conta dessa abstração que se adquire alguma certeza na hora de decidir o caso concreto. Nesse jogo de transformar conflitos concretos em conflitos abstratos para ganhar certeza na volta, em que se tem de decidir o conflito concreto, estava presente o paradigma da subsunção e, com isso, um modelo histórico que durou até a época em que estive nos Estados Unidos e até a época em que aprendi Direito. Eu aprendi Direito com esse modelo.

Tendo em vista as suas origens, que passam pelo Código Civil francês, talvez pudéssemos chamar esse modelo de “cultura do código”. A cultura do código trabalha com as características que apresentei: identificação do Direito a partir de fontes, uma espécie de legolatria à lei como a fonte fundamental, fontes formais, materiais, mas a lei como fonte material, a tensão doutrina/



legislador e o aplicador como uma consequência. Não se dá maior relevo à aplicação do Direito. Pelo menos, quando aprendi Direito, aprendi bastante a identificá-lo, fazer classificações: Direito Público, Direito Privado, Direito Objetivo, Direito Subjetivo; aprendi alguma coisa de hermenêutica, as técnicas tradicionais, gramaticais, sistemáticas, lógicas, históricas, e pouquíssimo ou quase nada de teoria da aplicação. O que se dizia quando estudei era que se aprende aplicar o Direito na vida prática; era o que se dizia.

Bom, esse modelo da cultura do Código é que, a meu ver, está em crise, e é isso que provavelmente quer significar o “a” craseado do título dessa passagem.

O que significa essa crise? Algumas coisas talvez, nós podemos apontar para mostrar a crise, a mudança, se quiserem, o que decorre da crise. Quando estudei Direito Constitucional, em 1961, os meus manuais de Direito Constitucional não tinham uma única citação de jurisprudência. O Supremo não existia, era apenas um capítulo da Constituição, mas ele não entrava na forma de jurisprudência. Hoje, ninguém consegue mais escrever um curso de Direito Constitucional se não citar várias jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, se possível, até outras, ele vem carregado de jurisprudência.

Hoje, quando vamos ensinar o aluno e pedimos para pesquisar a doutrina, no fundo ele acaba se recusando, ele quer pesquisar jurisprudência, ele não quer saber o que dizem os doutrinadores, ele quer saber o que os juízes dizem a respeito daquilo que os doutrinadores falam sobre a lei. O que interessa é a outra ponta, ou seja, a primeira coisa que observamos é que a tensão que existia entre lei e doutrina muda para uma tensão entre jurisprudência e doutrina. A lei fica um pouco “*a latere*”.

Dá para entender nessa nova tensão como aparece e por que aparece essa coisa nova que se fala em lugar do velho método da subsunção? Aparece isso que hoje se chama “ponderação de princípios”.

A noção de ponderação que surge nessa crise faz-nos perceber que alguma coisa que no passado tinha importância, mas uma importância rela-

tivamente menor quando eu estudava o Direito, de repente ganha uma imensa relevância. Eu me refiro à palavra argumento. Hoje em dia, o que notamos é que a velha hermenêutica jurídica, teoria da interpretação, como se aprendia no modelo da cultura do Código, a velha teoria da interpretação, pouco a pouco, vai se resvalando para uma coisa nova. Há ainda alguém que escreva sobre hermenêutica jurídica? A impressão que dá é que todo mundo está indo para a teoria da argumentação. A teoria da argumentação ganha espaço e diminui o espaço da teoria da interpretação, ela ocupa todo o espaço, junta tudo dentro dela, e isso é significativo. É significativo que se fale cada vez menos em teoria da interpretação e hermenêutica jurídica, então, provavelmente os estudantes até estranhem a expressão; e cada vez mais se fale em teoria da argumentação.

Por conta disso, aparece como um elemento importante a ser pesquisado (sabe-se lá como, porque as coisas ainda estão por ser decantadas): torna-se importante que eu comece a gerir a tomada de decisão que, apresentada no passado como jurisprudência, era colocada meio de lado. Quem estudou isso na velha teoria das fontes sabe perfeitamente que jurisprudência era posta em dúvida como fonte do Direito, aliás, todos os trabalhos antigos dizem que jurisprudência não é fonte do Direito. A doutrina também não é, mas a jurisprudência também não era.

Súmula vinculante, nem pensar. Agora nós temos isso. O novo Código de Processo vai falar em precedentes, porque está mudando a cultura. Nessa mudança da cultura, talvez eu tenha que dar razão ao advogado americano que achou que era muito difícil fazer o que ele fazia. Nosso problema, talvez, seja que lá nos Estados Unidos havia há 500 anos outra cultura, a cultura jurisprudencial, ponderativa, partindo de *equity*, trabalhando, portanto, princípios. Nós não tivemos essa cultura, nós estamos aprendendo muito depressa e com todas as dificuldades da pressa.

Hoje, falamos em ponderação de princípios. Na cultura do código, como entravam os princípios? Lembro-me que, quando estudei Direito, na década de 60, só se ouvia falar de princípios em Teoria do Direito e em aulas de Filosofia do

Direito. Os princípios que comandam todo o sistema jurídico. O princípio ou os princípios. Mas os princípios tinham realmente uma função de coordenar, unificar e dar uma orientação sistemática ao Direito. Fora isso, nós aprendíamos princípios na lei sob o título de Princípios Gerais de Direito que, aliás, é a expressão que está até hoje na Lei de Introdução. Para que serviam princípios gerais de Direito? Para preencher lacunas. É para isso que se usavam princípios, nada mais. Não passava pela cabeça de ninguém no velho modelo aplicar princípios. Princípios não se aplicavam. Princípio era alguma coisa que pertencia à Teoria do Direito, aplicava-se excepcionalmente quando tinha lacunas na lei. Lei de Introdução.

Agora, não. Agora você aplica princípios. Na aplicação de princípios, aparece alguma coisa nova, surge a discussão para saber se princípio é um tipo de norma ao lado de outra; se princípio também é regra, e como é que eu lido com os princípios? Para nós, isso se torna um problema. Talvez numa tradição anglo-saxônica o problema seja diferente e provavelmente é diferente quando lemos os trabalhos que vêm de lá. Mas, para nós isso vira um problema sério porque a nossa ideia de aplicação, ainda marcada pela cultura do código, é a aplicação voltada para a subsunção e quando eu entro com a figura da ponderação, a subsunção não se encaixa mais. Isso cria, inevitavelmente, uma espécie de clima de incerteza.

Aquilo que há duzentos anos marcou o nascimento da ciência jurídica e da ciência moderna de um modo geral, verdade como certeza, fica abalado. Não consigo mais trabalhar com tranquilidade. Em primeiro lugar, eu começo a ter a primeira dificuldade, problemas na identificação. O que é o princípio e quais são os princípios. Começam a aparecer noções novas, dicotômicas, por uso antigo do Direito. Noções novas do tipo: princípios explícitos e implícitos. O que é complicado.

A velha dicotomia constitucional e inconstitucional, lícito e ilícito, legal e ilegal, dava uma dualidade em que eu, com certa facilidade, colocava o que está de um lado e o que está do outro. Quando começo a trabalhar com princípios no plural, são vários e admito que alguns são explícitos e outros implícitos, abro margem para um

campo de incerteza razoavelmente complicado, isto é, se antes os princípios eram percebidos pela sistematização realizada pelos doutrinadores, aí que apareciam os princípios, agora temos outra situação, ou seja, os princípios não são identificados a partir da sistematização. Eles são identificados a partir dos casos – quer dizer, eu inverte a relação. Eu penso em princípio não a partir de uma visão sistematizadora do Direito, mas começo a pensar em princípio a partir dos casos. São os casos que revelam os princípios, e não o contrário.

Acho que isso dá a entender por que a questão da certeza fica complicada de ser sustentada nessa inversão. Ou seja, quando passo, por assim dizer, da centralidade da lei, da cultura do código para a centralidade da jurisdição, a descoberta dos princípios não ocorre de uma forma unitária a partir de sistematização, mas ela começa a ocorrer em todas as instâncias decisórias. Quando eu falo em todas as instâncias decisórias, não estou pensando apenas no Poder Judiciário. Encontramos isso também em instâncias decisórias administrativas. Não preciso nem me restringir à atividade judicante da administração, os tribunais de taxas de impostos, por exemplo, o Cade, são tribunais administrativos. Eles também começam a trabalhar desse jeito. De modo que eu tenho uma descoberta de princípios explícitos e implícitos que se espalha em todos os módulos decisórios que o Direito conhece.

Nesse momento, percebo outra transformação importante, que surge na própria teoria da aplicação. No passado, para efeito de aplicação, o que importava era aquilo que a doutrina dizia sobre a lei. Agora, a noção de argumento cresce em importância e na aplicação torna-se crucial sua justificação. Eu gostaria de lembrar, apenas de passagem, que no século XIX os juízes não motivavam as suas decisões; os juízes decidiam pressupostamente conforme a doutrina e a lei. Mas não havia motivação; isso é uma invenção do século XX e essa invenção, no final do século XX, tornou-se crucial. Há uns vinte anos começamos a ouvir falar da importância da motivação, inclusive na Constituição, “se não for motivado é nulo” etc. Isso está ligado a essa transformação que o Direito sofreu.

Quando o argumento/justificação cresce em importância na jurisprudência como o polo de tensão com a teoria jurídica, dá para entender que algumas coisas se alterem. Quem lia há 40, 50 anos, voto dissidente? Esse voto não existia. Hoje, lemos voto dissidente, ele é importante porque, tem argumentos. Ainda que dissidente você puxe. Isso provoca outra mudança nesse novo modelo. Há quarenta anos, coisa julgada me fazia olhar para o dispositivo. Só o dispositivo fazia coisa julgada. Hoje temos dúvida disso.

De repente, começamos a perceber que os argumentos, isto é, a motivação tem certa importância mesmo na coisa julgada, pois aparece o que os processualistas chamam de flexibilização da coisa julgada. Estou em outro mundo, desloquei-me da lei para a jurisprudência e, com isso, a noção de argumento cresceu. Então, o voto dissidente fica importante, e a coisa julgada perde a força que ela tinha. Isto é, perde a força na medida em que eu olho não apenas o dispositivo, mas começo a olhar de fato a importância da motivação. Mudou o foco.

Essa nova situação, observamos, com certa clareza no que está acontecendo hoje em dia, que o tema da interpretação foi deslocado da subsunção para o que chamamos de ponderação. Vou lhes dar um exemplo apenas: no modelo interpretativo da subsunção, direitos fundamentais de uma constituição constituíam uma unidade e essa unidade era dada por alguns elementos fundamentais jurídico-antropológicos.

O homem é um ser livre e é na sua liberdade que ele tem que olhar o outro homem, também como um ser livre. Na liberdade de cada um contraposta, existe um espaço de exercício de liberdade de um e de outro. O espaço de exercício de liberdade chamava-se direito fundamental de propriedade. Nessa relação, em que o espaço de um se limita pelo espaço do outro, liberdade, propriedade de um, propriedade do outro, eu tinha igualdade. E para que essa relação se desse de uma forma adequada, eu tinha a proteção da lei. A igualdade perante a lei fornecia segurança. Em regime de segurança, o direito fundamental à

vida ganhava o seu sentido. Repare que essa pequena construção mostra que direitos fundamentais consistiam numa grande unidade. Começo a ter hoje ponderação de direitos fundamentais: vida ou liberdade. A questão do aborto, por exemplo. Ponderação de direitos fundamentais é coisa nova, desse novo mundo. Antes não se ponderava sobre isso.

Quando começo a ponderar sobre direitos fundamentais e outros, percebo que a função da interpretação se altera no mundo de hoje, ou seja, antes se interpretava para depois descobrir as exigências da lei e da Constituição, no caso concreto, mediado pelo caso abstrato construído pela doutrina. Agora, o que se faz? A interpretação na aplicação ganha outra função, que eu chamaria de “função legitimadora”. Interpretar significa legitimar o futuro, a consequência, aquilo que se vai decidir e, portanto, transforma-se o juiz ou o aplicador de modo geral em uma figura não muito distante, transforma-se o aplicador do direito, em termos de raciocínio, em uma figura próxima do economista, em que a ideia de cálculo começa a ganhar importância. O juiz ou o administrador, hoje, não consegue escapar da ideia de cálculo. O que vai acontecer com a minha decisão? Há quarenta anos, não importava o que aconteceria. Lei é lei, *dura lex sed lex*. Agora não, entra-se nesse espírito de cálculo. Mudou o modo como vejo a interpretação e a aplicação do Direito.

[...] o voto dissidente fica importante, e a coisa julgada perde a força que ela tinha. Isto é, perde a força na medida em que eu olho não apenas o dispositivo, mas começo a olhar de fato a importância da motivação.

O que acontece, afinal, na prática do Direito? Estamos vivendo em um mundo bem transformado, em que as coisas estão mais complicadas. Hoje em dia, sabemos que é muito difícil termos certezas. Ninguém sabe mais, hoje, dizer concretamente o que é um homem, o que é uma mulher, o que é uma criança. Não temos ideias firmes sobre essas coisas. Não estou defendendo o passado, estou apenas constatando que hoje não

temos mais uma divisão e ideias claras sobre isso. Isso é fruto de um fenômeno que acaba atingindo o Direito, chamado “mundo de informação” em que ocorre aquilo que se pode chamar também de “excesso de informação”.

Vivemos em um mundo de excesso de informação e mais: sem filtros. No passado havia filtros: o primeiro filtro era a família, hoje, não é mais. A criança sentava na frente da televisão, no meu tempo. Hoje, com os joguinhos, com a internet à disposição, não se filtra mais a informação. A criança sabe mais que os pais muitas vezes. A escola era outro filtro de informação; não é mais também. A universidade filtrava. Um curso de Direito filtrava o que se deveria saber; não filtra mais.

Diante desse excesso de informação no mundo de hoje, como se dá a interpretação e a aplicação do Direito? Preciso de filtros, senão estou perdido. O excesso de informação que corresponde, no campo jurídico, ao excesso de demandas, de decisão (qualquer ministro, juiz ou mesmo administrador sabe disso: mil, dois mil, três mil, sabem lá quantos processos vão chegando, um atrás do outro), demanda soluções nessa nova visão da ponderação, da nova cultura. E como reagimos? A reação é muito curiosa. Ela existe na universidade, começa lá e passa depois para o Poder Judiciário, para a administração para o Executivo e tudo o mais. Começa-se a trabalhar com estereótipos, isto é, constroem-se fórmulas e diante do acúmulo de informação/necessidade de decisão criam-se fórmulas.

Cresce em importância, no caso do Poder Judiciário, a figura do assessor. As equipes de assessores têm que dar conta disso. E como elas dão conta disso com dois mil processos? Começa-se a trabalhar com estereótipos. E com os estereótipos acontecem coisas, às vezes, complicadas. Já vi um advogado protestar porque a decisão que estava sendo dada naquele momento por alguém, em um

caso exatamente igual, tinha sido outra na semana anterior. Claro, provavelmente porque os assessores eram diferentes e eles não se falam.

Quer dizer, começa-se a ter outro tipo de problema e nisso aparece uma regra fundamental para se gerir a produção e a ponderação na hora da decisão, uma regra terrível, mas que funciona. Chama-se a “regra de limpar a mesa, tirar da frente”. Você é forçado a fazer isso. E isso inicia-se na universidade. O aluno de Direito começa a aprender a fazer isso na universidade. Ele limpa a frente. Trabalha-se em grupos. O que é trabalhar em grupos? Cada um pega um pedacinho e ninguém tem ideia do contexto. E, às vezes, o seu nome vai em um trabalho que você nem sabe do que se tratava. Isso é comum hoje. Essa mentalidade de tirar da mesa, da frente, passa depois para a própria vida profissional.

Em 2011, fui a um congresso na Alemanha e tinha na cabeça uma reportagem que havia saído no Brasil sobre as atividades de um escritório de advocacia. A reportagem, na Revista Exame, chamava-se “Salsicharia Jurídica”. Era um escritório de advocacia que era capaz de tocar com seis pessoas, àquela época, trinta mil processos por ano. Um advogado que conheço, e conhece esse escritório, disse que hoje eles tocam trezentos mil. Salsicharia jurídica para valer.

Qual é o papel da ponderação/filtros por meio de esquemas prontos nessa salsicharia jurídica em que vivemos? O que percebemos é que o nosso meio fundamental passa a ser o computador. Só que o computador é meio não no sentido de instrumento. Ele é meio no sentido de ambiente, vivemos dentro dele. Mudou o foco, e nesse foco, temos um grande desafio. Temos a sensação de que tudo é possível. E a grande pergunta, o grande desafio, é: nós tudo podemos porque queremos ou nós tudo queremos porque podemos? Essa é a interrogação que faço ao tomar decisões jurídicas hoje.”

**HUMBERTO ÁVILA**

Professor da Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul

“ Antes de tudo, queria agradecer, na pessoa do Dr. Nino Toldo, o convite que me foi formulado, que, honrado, aceitei. Cumprimentar o Professor Tércio e, também, os demais presentes, dizendo que é uma satisfação estar aqui em Brasília para falar sobre um tema tão importante quanto é o da decisão judicial.

A esse respeito, recordo-me que, esses dias, na qualidade de membro de uma banca de arguição de tese de doutorado, os membros da banca estavam discutindo a respeito da existência mesmo de uma tese ou não no trabalho que estavam examinando. Um dos professores disse assim: não há uma tese. E o outro: não, há uma tese, ela é furada, mas é uma tese. Ao que o outro respondeu: uma tese furada não é uma tese.

Digo isso, porque hoje vou sustentar uma tese. Se ela é furada ou não, deixarei com vocês. Vou propor um modelo de fundamentação judicial baseado em uma reconceituação do conceito de interpretação de objetividade e de verdade. Portanto, é uma tese, se correta ou não, ousada, mas ainda assim digna da nossa reflexão.

A primeira pergunta que faço e coloco a todos vocês diz respeito a saber por que razão falar sobre uma teoria da decisão judicial, tendo em vista que o título do simpósio do qual estamos participando tem esse emblema. Diria que temos de ter uma tese ou uma teoria da decisão judicial, porque precisamos, em primeiro lugar, controlar

as decisões judiciais, sabendo se as decisões judiciais, ou mesmo qualquer decisão interpretativa, é ou não correta. Para que saibamos se a decisão é ou não correta, precisamos de parâmetros de verificação.

Do ponto de vista do cidadão, é preciso saber se as decisões não estão sendo arbitrárias no sentido de que a decisão judicial, em vez de ser suportada pelo ordenamento jurídico, termina decorrendo de meras preferências pessoais, inclinações ideológicas. Por isso, em vez de termos uma decisão racionalmente fundada, temos apenas uma decisão arbitrária.

De outro lado, se o cidadão não tem condições de verificar se a decisão é ou não correta, nem dispõe de parâmetros mínimos acerca do conteúdo da decisão, o Direito, no final das contas, não tem como guiar a conduta, o particular não tem como controlar as decisões e, pior que isso, não tem como combatê-las, apontando aquilo que está certo e aquilo que está errado. Portanto, ter uma teoria da decisão judicial é fundamental para resolver problemas de legitimidade, de controle e de combate à arbitrariedade.

No fundo, a teoria da decisão judicial é absolutamente indispensável para que tenhamos objetividade, isto é, para que saibamos que aquela decisão não é produto de capricho do decisor, mas que encontra suporte no Direito. Então, vem a ideia, muito debatida em Filosofia e Teoria Geral do Direito, a respeito do que significa objetividade. É claro que o tema é comprido e suscetível de análise em várias perspectivas, mas eu diria que objetividade significa independência, correção e invariância.

Independência no sentido de existirem critérios para saber se aquela decisão independe, em alguma medida, de caprichos pessoais. Vejam que a necessidade de independência decorre não apenas da racionalidade exigida para uma decisão. Decorre, também, dos princípios fundamentais estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Temos o Estado de Direito, que, segundo nos dizem, é o estado das leis, e não dos homens. Temos o princípio da legalidade, de acordo com o qual as decisões devem ser suportadas por leis, e não apenas na vontade do julgador.

Temos princípios que orientam a atividade administrativa, dentre os quais o da impessoalidade da administração, que quer dizer imparcialidade, objetividade e isenção.

Além de independência, a objetividade quer dizer correção, isto é, é preciso que o cidadão tenha condições de saber se a decisão está correta ou não. Então, algum parâmetro, seja ele qual for, de correção é indispensável para que o cidadão possa exercer os seus direitos e fazer valer as suas pretensões. Para que isso possa ser feito, precisa saber o que está certo e o que está errado na decisão.

Mais do que independência e correção, objetividade significa invariância, isto é, se existir a mesma situação, a mesma norma e existirem dois sujeitos em situação equivalente, a decisão tem de ser a mesma. Não apenas por uma questão de racionalidade, mas também por uma razão proveniente dos princípios fundamentais do próprio ordenamento jurídico, que exigem igualdade, universalidade das razões, entre outros fatores.

Diante disso, surge a pergunta: se objetividade, que é esta independência do sujeito que está decidindo relativamente ao que ele está decidindo, essa correção e essa uniformidade de decisão relativamente aos destinatários é tão importante, como ela se verifica no Direito? Essa é a grande questão.

[...] a teoria da decisão judicial é absolutamente indispensável para que tenhamos objetividade, isto é, para que saibamos que aquela decisão não é produto de capricho do decisor, mas que encontra suporte no Direito.

A concepção tradicional, também já referida pelo professor Tércio, é no sentido de que, se temos leis, a objetividade seria alcançada por meio da referência do julgador à fonte da decisão. Portanto, a mera referência a um dispositivo legal, com base no princípio da legalidade, garantiria objetividade. Essa concepção tradicional, isso o próprio professor Tércio já apontou, é insuficiente. Mas por que ela é insuficiente? É insuficiente, em primeiro lugar, porque o Direito padece de problemas de equivocidade e indeterminação. As fontes normativas, às quais o jul-

gador faz referência são ambíguas, no sentido de possuírem mais de um significado; elas são complexas, no sentido de uma fonte, muitas vezes, ter vários significados; padecem de problemas de implicação, isto é, existe um sentido que gera outro sentido; e problemas de defectibilidade, nem sempre aquilo que é estabelecido para a maioria dos casos vale para todos os casos, em muitas situações, o julgador estabelece ou cria exceções implícitas.

Se os dispositivos padecem de problemas de equivocidade porque são ambíguos, são complexos, padecem de problemas de implicação e defectibilidade. Como pode o julgador, fazendo uma referência à fonte, resolver um problema de sentido? Agregando o problema da equivocidade, temos o problema da indeterminação das normas, não dos textos, no sentido de que o Direito é composto de várias normas, mas o aplicador não sabe, de antemão, quais são todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. E também não sabe, de antemão, exatamente para quais casos as normas devem ser aplicadas.

Tudo isso que estou dizendo, demonstra que se as fontes padecem de equivocidade, e as normas, de indeterminação, a mera referência a uma fonte é insuficiente. Com isso, não quero dizer que as fontes não tenham significados mínimos, que a prática consolidada em determinada direção não crie núcleos de significado dos quais o intérprete possa se afastar. E assim é, porque o Direito, apesar de indeterminado, não é sempre inde-

terminado, e não é totalmente indeterminado, as decisões judiciais, as práticas administrativas, as obras doutrinárias vão de algum modo densificando conteúdos, que passam a ser subjetivamente aplicados por todos. De tal sorte que nós temos dois impedimentos para mera referência à fonte: equivocidade e indeterminação. Não bastasse isso, toda vez que se vai interpretar um dispositivo para, a partir dele, construir uma norma, necessariamente, usa-se uma técnica interpretativa com base em algum argumento.

Vejam que o uso dessas técnicas e argumentos

faz com que a interpretação possa se distanciar do significado textual. É por isso que se fala em interpretação extensiva ou restritiva, estática ou originalista e evolutiva, fala-se em interpretação declaratória ou corretiva, isto é, aquele significado preliminar, acontextual ou abstrato sofre modificações, mas sofre modificações com base em quê? Com base em argumentos. E por meio de quê? De técnicas.

Então, quando se vai interpretar, pode-se utilizar a chamada “técnica da interpretação literal”, adotando-se, portanto, o sentido preliminar de determinado dispositivo, utilizando uma técnica chamada de “interpretação a contrário”. Se o legislador disse como disse, é porque ele disse o que queria dizer, que se não quisesse dizer o que terminou dizendo, ele não teria dito o que disse.

Pode-se investigar elementos que vêm antes daquela fonte, interpretação histórica que remonta um momento em que o dispositivo foi concebido para retirar daí determinado sentido, técnica de interpretação genética no sentido de verificar os trabalhos preparatórios daquela fonte para encontrar determinado sentido ou mesmo verificar argumentos chamados autoritativos com base na jurisprudência pretérita.

Podemos, então, investigar o significado textual com base em argumentos linguísticos; podemos estudar argumentos históricos, utilizando técnicas de interpretação histórica genética ou com base nos precedentes; podemos, de igual sorte, adotar o que se chama de “interpretação sistemática”, os elementos conceituais e dogmáticos fundamentais, o lugar onde o dispositivo está inserido, quais são os outros termos usados pelo legislador e comparando os conceitos para, mediante aproximação e distanciamento, chegar à conclusão de que determinado dispositivo tem certo sentido, porque o próprio legislador usou termos similares ou diferentes, de modo que determinado sentido é aquele que deve ser adotado.

Além de questões sistemáticas, podemos utilizar argumentos principiologicos, a chamada “técnica de interpretação” conforme a Constituição e, dentre os vários significados possíveis de serem adotados, escolher aquele que esteja mais fortemente sustentado por princípios constitucionais

fundamentais. Podemos, de igual sorte, interpretar o dispositivo, tendo em vista o caso concreto ou fazendo uma interpretação por meio de analogia ou interpretação baseada na equidade ou ainda procedendo a uma interpretação até baseada na natureza das coisas. Podemos interpretar um dispositivo com base na finalidade que lhe é subjacente, fazendo a chamada “interpretação teleológica”, que pode ampliar a hipótese de um dispositivo, como pode restringir a hipótese do dispositivo, mediante a técnica da dissociação. E mais, podemos interpretar determinados dispositivos, tendo em vista as consequências que advirão da atribuição de determinado sentido em vez de outro.

Tudo isso que falei, rapidamente, é apenas para demonstrar o seguinte: qualquer interpretação envolve necessariamente o uso de uma técnica interpretativa, dissociação, interpretação teleológica, analogia e um argumento linguístico, sistemático, jurisprudencial, genético, histórico e consequencialista.

Não há saída para isso, os argumentos podem estar escondidos, a técnica pode ser silenciosa, mas ela está lá, até mesmo na atribuição do significado literal, porque existe a rejeição dos outros e a atribuição de determinado sentido. Com isso, estou querendo dizer no fundo que, se o direito padece de equivocidade e indeterminação, que, se a interpretação no fundo é baseada em técnica interpretativa e em argumento, interpretação envolve várias atividades ao mesmo tempo. Interpretação envolve descoberta de sentido, quando há significados consolidados pela parte jurisprudencial ou doutrinária, envolve decisão de sentido, no sentido de que quando o dispositivo tiver mais de um, o intérprete tem que decidir, quando tiver implícito, o intérprete tem de extrair, quando for incompatível com determinado estado de coisas, ele tem de criar. Portanto, interpretação, necessariamente, envolve descrição e, por isso, proposições descritivas – envolve reconstrução de sentido e, por isso, enunciados reconstrutivos – envolve criação de normas e, por isso, formulações normativas que podem se aproximar ou afastar do significado textual.

Agora, vejam o que vou dizer: se interpreta-

ção é descrição, adscrição e criação baseada em argumentos por meio de técnicas, a mera referência a uma fonte chega a ser quase que uma ingenuidade no sentido de pretender que fundamentar uma decisão indicando uma fonte fosse suficiente para dizer ao destinatário o que foi feito, com base no que foi feito, como foi feito e, pior, por que foi feito. Vejam, se isso tudo que estou falando for verdadeiro, temos um problema, porque se a argumentação é que vai definir o sentido, e temos várias técnicas e vários argumentos, qual dos argumentos deve ter prioridade?

E aqui entra em cena outro fator, normalmente esquecido, que é referido pela doutrina, pela terminologia de ideologia da interpretação ou mediante a qualificação de força normativa das normas. O intérprete pode adotar uma concepção mais formalista de interpretação, no sentido de que aquilo que será o resultado da interpretação deve envolver o menos possível de sua participação, no sentido de que quanto mais próximo do significado literal melhor. E elementos que não sejam formais como efeitos, conteúdos, finalidades devem ser deixados de fora.

No outro extremo, o intérprete pode adotar uma espécie de particularismo puro. As regras são orientações. Pode obedecer ou não. E, nesse meio, temos uma concepção de positivismo presumido em que as regras devem ser obedecidas, a não ser que o destinatário traga uma razão muito importante para superá-las e um particularismo sensível às regras, o próprio julgador já se encarregaria ou teria poder para modificar a força normativa das normas que constroem.

Agora, repetindo, do dispositivo até a norma, temos, portanto, várias fases. Temos, em primeiro lugar, atividades descritivas, adscritivas e criativas; temos resultados mais extensivos ou mais restritivos, mais declaratórios ou mais corretivos, mais evolutivos ou mais estáticos. Temos vários argumentos: linguísticos, sistemáticos, jurisprudenciais, genéticos históricos e consequencialistas. E temos várias técnicas: analogia, dissociação, interpretação a contrário, interpretação extensiva, interpretação sistemática, interpretação autoritativa etc.

Quando chegamos ao resultado da norma,

podemos atribuir a essa norma uma força normativa maior ou menor? Depende dos princípios ao quais se atribua a preferência. Vejam que isso pode ser inclusive demonstrado. As palavras – e é uma questão filosófica que os colegas entendem melhor do que eu – não têm sentido em si, mas é uma prática que atribui sentido a elas. Se eu tomar uma folha de papel e colocar uma seta para a esquerda, e perguntar para vocês: o que diz essa seta? Vocês, provavelmente, dirão: vire para a esquerda, mas isso não está escrito na seta, é apenas um risco, uma flecha. Como vocês sabem que essa flecha para lá quer dizer vá para a esquerda? Porque existe uma prática consolidada de entendimento no sentido de que uma flecha para o lado esquerdo quer dizer vire para a esquerda.

De outro lado, a força normativa também não é definida pela norma, é definida por critérios que nós utilizamos sobre a norma. Há um caso que é anedótico, mas ainda assim é interessante, e que diz respeito, a saber, se determinadas normas têm uma força maior ou menor, uma rigidez maior ou menor. O que nós conhecemos, mediante a nomenclatura da taxatividade ou exemplificatividade? Dom Pedro II adorava arte antiga, especialmente egípcia, notadamente de múmias, soube lá pelos idos de 1828 que haveria um leilão de múmias na Inglaterra, para onde foi e terminou arrecadando as múmias que estão no Museu da Boa Vista, no Rio de Janeiro. Naquele tempo, todavia, que não era da globalização, havia uma lista taxativa de tudo que poderia ser importado e, nessa lista, obviamente, não constava o item múmias. Mas as múmias foram importadas pelo item: carne seca. Em outras palavras, se determinada norma tem mais força ou menos força, não é a norma que diz, é algo que conseguimos construir sobre ela.

Agora, se tudo isso que estou dizendo é verdadeiro, temos modificações a respeito do que significa objetividade no Direito e o que significa a fundamentação. Se interpretação não é descrição ou descoberta de sentido, mas é descrição, reconstrução e criação, que podem se afastar mais ou menos do significado preliminar com base em técnicas e em argumentos e, em razão de deter-



minadas escolhas, fundamentar é dizer o que é feito, como é feito, com base no que é feito e por que é feito, e não apenas indicar uma fonte, porque indicá-la é absolutamente insuficiente. E a objetividade como fica? Lembro que objetividade significa independência, correção e invariância.

Nesse novo cenário em que a interpretação envolve várias atividades com estatutos lógicos completamente diferentes, com argumentos e técnicas diferentes, razões distintas, objetividade não é conseguida por referência a algo. Uma decisão interpretativa não será objetiva porque corresponde à fonte, porque a norma não é o objeto final da interpretação. O dispositivo é o objeto, a norma é o resultado; mas se a norma é o resultado, a objetividade da interpretação jamais será a independência de algo que existe antes da interpretação, mas será independência com relação aos critérios usados para a interpretação.

Então, temos de sair do conceito de objetividade semântica no sentido de que objetiva é a decisão cujo resultado corresponde a uma fonte baseada no conceito de verdade por correspondência e migrar para um conceito de objetividade não por correspondência, mas por avaliação argumentativa; em vez de objetividade, temos que ir para intersubjetividade.

No conceito anterior, o que existe é: uma decisão é correta se for suportada por uma fonte. A qualidade normativa de uma decisão se dá por referência a uma fonte. Por isso só se falava em determinação das leis no modelo antigo. Agora, nesse novo cenário em que se descobre que interpretação envolve argumentação nessas várias fases progressivas e que vão se acavando, o conceito de objetividade não pode ser semântico, tem que ser discursivo, isto é, os critérios, e não o objeto, devem ser independentes do sujeito e claros do início ao fim.

Daí que se fala em objetividade por transparência, mas transparência no seguinte sentido: não basta aqui que o destinatário veja e conheça a fonte, tenha acesso a ela. Como diz a nossa Constituição, a lei tem de ser publicada, e os particulares de-

vem ter acesso a essa publicação. Ver não basta. Entender também não basta, porque entender envolve a ideia de que a norma preexiste ao processo de argumentação e ela não preexiste. Portanto, não basta só entender, com base na suposta determinação absoluta das fontes tão exaltada inclusive no Direito Tributário, em que os autores ficam disputando para saber qual a palavra mais bonita – determinação absoluta, tipicidade cerrada e disputam com relação a expressões como se o mero ato de proclamar determinação a garantisse.

E o que precisa, então, além de ver e entender? É preciso participar e ser respeitado. Participar, no seguinte sentido: se o particular precisa poder se contrapor a uma decisão interpretativa, e uma decisão interpretativa envolve necessariamente o que é feito, como é feito, com base no que é feito e por que é feito, participar de uma decisão não é ter acesso ao resultado. É ter acesso ao processo que leva ao resultado. Portanto, não basta dizer o dispositivo tal foi interpretado no modo A. É preciso explicar o que foi feito, com base em qual argumento foi feito, com base em que técnica foi feita e por que foi feito dessa forma, e não de outra forma. Só assim o particular vai conseguir mais do que se opor de

O intérprete pode adotar uma concepção mais formalista de interpretação, no sentido de que aquilo que será o resultado da interpretação deve envolver o menos possível de sua participação, no sentido de que quanto mais próximo do significado literal melhor.

olhos fechados à decisão; vai conseguir enxergar a decisão e se contrapor de maneira articulada.

O que é contrapor-se de maneira articulada? É saber por que razão a decisão foi daquele jeito. Mas só se sabe por que razão a decisão foi tomada daquele jeito, sabe-se o que foi feito, com base no que feito, como foi feito e por que foi feito. Sem isso, o particular como que, para usar uma metáfora, “apanha no escuro”. Ele sabe que está tomando soco, mas não sabe de quem vem e não consegue se defender. Ou como o sujeito que vai ao médico, e este olha para ele e diz: “Você está doente”. Mas não diz por quê. Como o sujeito vai

conseguir se contrapor a uma decisão se ele não sabe como a decisão foi tomada?

Com isso, quero dizer que devemos ultrapassar uma objetividade semântica, baseada no conceito de objetividade como referência a algo, ou como propriedade de algo, independente do sujeito, para ir para uma objetividade metodológica ou discursiva em que as regras da prática argumentativa, como dizia muito bem o professor José Reinaldo, sejam conhecidas e transparentes. De tal sorte que existe uma discussão pública, com razões públicas, de maneira pública contra a qual o particular possa mais do que se opor, contraditar, dizendo que está errada por esta ou por aquela razão. Não sendo assim, o Direito vai ter um problema de legitimidade, porque o particular não tem como saber se a decisão foi racionalmente fundamentada.

É por essa razão que hoje se começa a falar em fundamentação analítica das decisões. É por essa razão que eu terminei, por questões de amizade, influenciando na elaboração do art. 499 do Novo Código Civil, em que consta aqui: “Referência à fonte não basta”. É preciso indicar os critérios. Se for ponderar, tem que dizer o objeto e os critérios. Não basta referência à fonte, porque isso é uma ilusão de objetividade. Nós não sabemos se a técnica está correta, se podia usar analogia, se fez interpretação extensiva e como foi feito. Sendo isso verdadeiro, temos uma série de consequências, dentro as quais eu destaco algumas.

Primeiro lugar: redefinição de interpretação. Interpretação não é descoberta de significado preexistente à própria atividade de interpretar. Com isso, não estou dizendo que não envolva a atividade interpretativa a descoberta ou a descrição de significados que já estejam consolidados pela prática. Mas, que essa parte é uma parte apenas de um complexo fenômeno dinâmico, com várias fases, que envolve não apenas descrição, mas adscrição, criação de hipóteses normativas.

Além de um conceito diferente de interpretação, como reconstrução de sentido, temos de ter um conceito diferente de objetividade. Objetividade não envolve independência de um

objeto que eu possa captar e que eu não deva construir – uma espécie de concepção realista de interpretação. Objetividade envolve independência dos critérios da prática argumentativa. Essa gramática discursiva deve que ser clara.

Em terceiro lugar, o conceito de verdade tem de mudar. Porque verdade não se afere por referência a algo, não depende de propriedade de algo. A verdade não se dá por consenso, nem por coerência, nem por correspondência. Verdade se constrói no processo de prática argumentativa.

Por fim, temos um problema relacionado ao conceito de Direito. O Direito – isso talvez choque alguns, mas é a verdade, pelo menos que eu estou sustentando, com a qual vocês não precisam concordar – não é um objeto, é uma atividade. Verdade não é um fato, é um ideal que se busca. Objetividade não se encontra; objetividade se produz.

Sendo assim, meus caros, se tudo isso for verdadeiro, há um novo paradigma de fundamentação. Porque fundamentação, por raciocínio silogístico, com referência à fonte, não fundamenta coisa nenhuma. O que é fundamentar? Na verdade, melhor deveria ser justificar. O juiz não tem de motivar dando explicações causais. Ele tem que justificar, juntando razões válidas, suficientes e relevantes para embasar uma decisão. E se assim é, justificar racionalmente significa dizer o que está sendo feito, com base no que está sendo feito, como está sendo feito e por que está sendo feito. Sem isso, não há justificação. Desse modo, temos um conceito mais fraco de objetividade, mas uma exigência mais forte de fundamentação.

E temos, com isso, vários problemas. Os norte-americanos têm estudado muito, nos últimos anos, o que terminou sendo objeto de denominação como “Teoria Institucional da Interpretação”, isto é, quando o teórico vai formular uma teoria, deverá estar atento aos aspectos institucionais necessários para que aquilo que ele está dizendo possa se tornar realidade. É daí que eles falam, especialmente no Direito Constitucional, em *design* institucional, isto é, em como as instituições, Judiciário, Ordem dos Advogados do Brasil, universidades devem ser constituídas para que essas teses terminem se tornando realidade. Esse é o ponto.

Isso está dentro da Teoria do Direito, não está fora dela. Porque, se estou dizendo que fundamentar é dizer o que é feito, com base no que é feito, como é feito e por que é feito, uma fundamentação de duas linhas não é uma fundamentação. Mas como exigir do pobre julgador que tem de julgar cem mil processos que ele faça uma fundamentação como estou dizendo que deve ser feita? Então, temos que redefinir as instituições. Como preparar os alunos, obviamente não memorizando códigos, tendo em vista que os códigos não têm já as normas prontas, mas fragmentos normativos que devem ser conjugados, com base em vários critérios, para chegar a determinadas normas. Temos um ensino diferente.

Então, dispomos de várias questões diferentes que dizem respeito às instituições e, não bastasse com isso, temos assuntos antigos que devem ser reanalisados. O que é segurança jurídica, então, depois de tudo que disse? É determinação de fontes? Não. Segurança de conteúdo é ilusão de segurança. Segurança precisa de uma dimensão discursiva. É o processo que deve ser claro, de tal sorte que os operadores do Direito saibam exatamente o que é feito nesta prática consolidada, e não simplesmente a determinação das fontes, que é um elemento importante, é verdade, mas não exaure a necessidade de segurança.

Fundamentação de decisões.

É preciso que se reveja esse assunto da fundamentação. Mas fazemos referências a várias técnicas que usamos como se elas, por sua vez, dissessem respeito a normas, quando, na verdade, dizem respeito a dispositivos. Validade formal diz respeito a dispositivo; validade material diz respeito a uma norma; declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, diz respeito à norma; com redução de texto diz respeito a dispositivo. Vários assuntos que são tratados de um jeito pela concepção antiga têm de ser retratados pela concepção nova. De tal sorte, meus caros, que remontando a minha fala inicial, disse que discutíamos se tínhamos ou não uma tese. Um professor disse que temos uma tese, o outro disse: não, nós não temos, é uma tese “furada”. “E o outro diz: sim, é uma tese “furada”, mas é uma tese”.

Não sei se a minha tese é ou não “furada”, mas o que podia lhes trazer aqui era isso. Costumo repetir uma frase de um escritor gaúcho, que há poucos anos completou cem anos do seu nascimento. Érico Veríssimo dizia que, em determinadas situações, o teórico, bem ou mal, precisa acender sua vela, e se não houver vela, pelo menos deve riscar fósforos, repetidamente, como sinal de que não abandonou a sua luta.”

## MARCELO DA COSTA PINTO NEVES

Professor da Universidade de Brasília



É uma satisfação estar aqui.

Em primeiro lugar, gostaria de dizer que a questão de que tratarei aqui não é com relação à preocupação de fundamentação teórica maior, já que faço isso nos meus trabalhos, pois se tornou chato, visto que quando fazia palestras muito teóricas o público ia se retirando, porque ficava em uma abstração muito grande.

Então, vou tentar estabelecer algo, que é trazer para a prática, e a prática judicial criticamente, certas reflexões que estão relacionadas com o nível de abstração que trabalho.

É difícil a interpretação na decisão, mas uma coisa é a teoria da interpretação, outra coisa é teoria da decisão e outra coisa ainda é teoria da argumentação. No tipo brasileiro, misturamos tudo, e isso vocês observaram antes aqui, quer dizer, não há uma distinção clara entre níveis nem sequer de reflexão teórica sobre o que é uma teoria da decisão, teoria da interpretação, teoria da argumentação. Elas se interseccionam, mas devem se distinguir.

Então, o que farei é exatamente apontar para o problema da decisão em formas interpretativas, que são precaríssimas e problemáticas. Isso tudo vinculado ao principialismo, que não é principiologia; é o uso dos princípios como retórica, que encobre formas concretas de corrupção sistêmica do Direito nos nossos tribunais, não implicando isso corrupção no sentido penal, mas das boas relações da Economia. Não estou falando do que

está na consciência, de capricho; estou falando das grandes bancas, das grandes influências, tomando um poder decisório antecipadamente com as próprias assessorias de tribunais superiores e Supremo. Então, nesse sentido, minha postura é um tanto mais radical que as apresentadas de forma muito mais adequada ao modelo dominante.

Dignidade humana tem sido levada ao ridículo pelos nossos tribunais superiores, especialmente, pelo Supremo Tribunal Federal. Em uma discussão sobre rinha de galo no Rio de Janeiro, o Ministro Celso Mello, bem argumentando, dizia que o art. 226 imputava uma regra ao texto que é do tratamento cruel aos animais. Estava tudo caminhando bem para afirmar que a lei que previa a rinha de galo no Rio de Janeiro era inconstitucional, então se levanta o Ministro Cezar Peluso e diz que não, é a dignidade humana. O poeta Carlos Britto e também o Ministro Ricardo Lewandowski adotam essa posição. Nesse sentido, você observa que aqui há uma desconexão e os princípios ficam como coringas que servem para o advogado estratégico, que ganha muito dinheiro, e também para os movimentos sociais, quando, então, fica um coringa que leva não propriamente à incerteza, porque o Direito é um fenômeno moderno. Isso que o Professor Tércio Sampaio falou não tem nada de novo, a incerteza no Direito é um problema moderno. É a questão da insegurança destrutiva das próprias possibilidades de soluções jurídicas que estabilizem expectativas. Então, é uma situação bem diferente do que esse “blá blá blá” universitário que já conhecemos e estamos sobrecarregados.

Nesse sentido, também o Ministro Luiz Fux, em um voto sobre o CNJ, diz que a Loman previa o julgamento secreto dos juízes, dos magistrados, e a discussão contra a mudança constitucional que foi feita, porque é uma norma posterior à Emenda n. 45 e superior, que afirma que o juiz será julgado publicamente. Na parte administrativa sequer tem exceção. No CNJ, admitimos em alguns casos de pedofilia de um juiz, para não atingir os familiares e terceiros, mas isso era uma circunstância especial. Mas, nesse caso, o Ministro Luiz Fux argumenta que Durkheim diz

ser contra a dignidade humana, vai expor o juiz.

Então, vejam bem o argumento dele. Se a dignidade humana está prejudicada, nós, que não somos magistrados, não temos dignidade humana, porque somos julgados publicamente. Então, vejam o que é a contradição interna do argumento, quer dizer, isso fere a dignidade humana do magistrado, mas nós estamos expostos, eventualmente, a julgamentos públicos.

Havia uma postura que era insustentável numa busca superficial de teorias dos princípios. Nesse sentido, procuro mostrar que, dentro do principialismo, do pseudoformalismo, temos, na verdade, estratégias que servem muito mais à manutenção de privilégios. Falo com uma preocupação mais recente que isso no caso brasileiro, o bloqueio da reprodução consistente do Direito tem a ver, primordialmente, com a dificuldade de se separar o plano da reflexão acadêmica, da reflexão dogmática jurídica com o plano da própria prática advocatícia. Essa promiscuidade leva muitas vezes a aquele que se apresenta como jurista, como professor, na verdade, trazer argumentos parciais em defesa de interesses econômicos ou outro tipo de interesse. Isso me preocupa porque é uma desigualdade enorme no processo judicial.

Um advogado, por exemplo, de uma ONG, que entenda pareceres de juristas renomados que estão atuando, na verdade, em nome de interesses econômicos trivializados. Esse problema da promiscuidade da função do advogado com a função do jurista e a apresentação como jurista para embasar interesse do respectivo escritório preocupa-me no caso brasileiro, e o principialismo tem servido a isso.

A dignidade humana é um conceito referente à sociedade moderna, que tem a ver com a diferença entre homem e sociedade; homem como dado biopsíquico e sociedade. Essa diferença, pessoa, vista normativamente, apresenta-se como dignidade da pessoa humana. A tradição kantiana cai em um transedentarismo, mas, de qualquer maneira, nós temos a ideia de uma

diferença. A dignidade humana, como postulado ou como pressuposto, como condição de possibilidade, não é uma norma, um princípio interno. Como condição de possibilidade do estado constitucional, este só pode existir se nós reconhecermos que todos são pessoas. Então aí não seria um problema interno da ordem jurídica. Porém, quando se apresenta na Constituição como norma-princípio, temos de fazer uma delimitação do campo de incidência, senão tudo vai ser dignidade humana.

A dignidade humana é um conceito referente à sociedade moderna, que tem a ver com a diferença entre homem e sociedade; homem como dado biopsíquico e sociedade.

Nesse sentido, temos observado que a condição de possibilidade muitas vezes se confunde com um princípio que simplificada e torna-se um tentáculo destrutivo das possibilidades argumentativas. Na questão da prisão, muitas vezes vem um jurista alemão e quer justificar a prisão e começa a falar da dignidade da pessoa humana, que é protegida com a prisão. É claro que a prisão está vinculada a outro esquema de segurança pública e não podemos macular a dignidade humana no momento da prisão. Talvez seja uma restrição ao princípio interno da dignidade humana. Mas o problema dignidade humana não está afirmado aí, não é uma questão. A autonomia kantiana é uma autonomia transcendental, de um sujeito ideal, não de um voluntarismo empírico. Então, não compreendem sequer a teoria kantiana e citam essa teoria para utilizar como panaceia à dignidade humana e isso prejudica o desenvolvimento institucional do Direito brasileiro. Esses seriam os pontos que me parecem fundamentais.

Gostaria de retomar as referências práticas que fiz, afirmando que a ampliação abusiva dos princípios, especialmente o da dignidade humana, ameaça o próprio Estado constitucional. Ao contrário do que se tem afirmado, esse abuso, essa falta de parcimônia leva a efeitos destrutivos em relação ao Estado constitucional. Há certo

moralismo simplificador da complexidade do Direito na sociedade moderna, quando se recorre ao princípio da dignidade da pessoa humana como panaceia para resolver situações as mais diferentes e outros princípios também.

O princípio da igualdade é outro caso de coringa que é utilizado estrategicamente. E aqui, o problema institucional, temos de considerá-lo no modelo não da subjetividade do juiz, o que passou na consciência não é uma questão que possa ser aquilatada. Se eu entrar em um tribunal, vamos dizer, em que os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, olham para a cara um do outro: hoje eu quero pirraçá-lo. Ele colocou isso na cabeça. Esse capricho não vale nada enquanto não houver o significado social como comunicação. Se o voto daquele que quer pirraçar for um voto fundamentado, argumentado com amplo respeito na comunidade jurídica, amplo respeito na cidadania, isso é o que importa socialmente. O que passou na cabeça dele só terá sentido enquanto puder ser suposto na comunicação.

A questão básica não é essa interior, mas sim de formas institucionais em que os argumentos principiológicos são utilizados recursivamente num crescendo de princípios novos, implícitos, que estão surgindo para defender interesses particularistas, contrários à consistência jurídica.

No caso da indústria do tabagismo, decisão recente. Se acompanharam o processo da Ministra Rosa Weber, percebem que a indústria do tabaco, forte no Rio Grande do Sul, consegue uma liminar vinculada. Qual o interesse iminente nesse caso, porque os aditivos de cigarro estariam sendo, pela Anvisa, inconstitucionais, levantado pela indústria do tabaco. Quando vamos ver a decisão, é o princípio da igualdade. Primeiro, não havia competência por norma específica; claro, você pode argumentar: não, isso é só uma referência à fonte. Mas não vamos brincar com isso também, não vamos brincar com principialismo besta e com argumentação boba. Evidentemente, se tem na Constituição uma ressalva especial, se não se considera aquela ressalva, ela não serve mais pra nada. Aquela ressalva que só pode ser no recesso a concessão de liminar na ADIn.

É dada uma liminar. Depois dessa liminar,

o argumento é o princípio da igualdade. Mas pasmem: o princípio da igualdade nesse caso é afirmado porque no Distrito Federal houve uma decisão que suspendeu a resolução da Anvisa. E essa decisão estaria contrária aos interesses de outros fabricantes, em outras regiões do País. Mas não tem sentido o princípio da igualdade aí, porque imaginem se aqui no Distrito Federal o Tribunal de Justiça tivesse uma decisão absurda, beneficiando certos grupos. Pelo argumento que apresentaram, haveria um constrangimento, pelo princípio da igualdade, para estender isso para outras regiões.

Então, essa postura de simplificação e de articulação principiológica tem que ser revista porque, na verdade, está atuando como um mecanismo de corrupção sistêmica do Direito. E o que significa corrupção sistêmica? Corrupção sistêmica não é aqui no sentido penal, mas no sentido de uma sobreposição de critérios do imperativo econômico, de imperativos de poder sobre a decisão judicial. E aí toda a nossa retórica, toda a nossa academia, fica em uma postura de pleno distanciamento e alienação. Quer dizer, ficamos falando de temas abstratos, mas não temos capacidade de enfrentar criticamente os tribunais.

Enquanto em países onde não há essa promiscuidade entre a banca e a reflexão acadêmica, a crítica aos tribunais é muito acentuada – por exemplo, na Alemanha, e outros que criticam muito fortemente o tribunal constitucional, e também nos Estados Unidos, o próprio filósofo Dworkin, que era muito mais vinculado àqueles juízes, tomava postura desse tipo – no Brasil temos uma pauperização na reflexão a partir exatamente não de uma principilogia, mas sim de um principialismo que me parece problemático.

Então, concluindo, diria que uso de princípios sem que haja preocupação de delimitação de campos de aplicação do princípio, sem que haja uma orientação, uma construção teórica nesse sentido, por parte da doutrina brasileira, que infesta nossos tribunais com uma paralisia no sentido de capacidade decisória consistente ou no sentido oposto à paralisia, em um ativismo exatamente fundado na falta de uma crítica acadêmica consistente.

No meu entender, o mais importante não é nem o que falou o primeiro palestrante, nem o segundo neste momento de diálogo com os senhores. O mais relevante é realmente colocarmos uma nova postura que leve a um diálogo crítico com as práticas institucionais dos nossos tribunais. Quer dizer, evidentemente, é plausível e viável qualquer reflexão teórica, mas, no caso brasileiro, essa reflexão teórica seja de uma re-

tórica, seja do principialismo, seja do pseudoformalismo, todos esses modelos estão amparados em uma desdiferenciação do sistema jurídico, em uma subordinação do Direito a esquemas de boas relações de poder e de economia. Por isso, esse diálogo com o Judiciário tem de ser retomado no sentido de que o Judiciário deve estar aberto para uma academia que possa oferecer elementos críticos no plano institucional.”

**HELENA ELIAS PINTO**Juíza Federal da Seção Judiciária  
do Rio de Janeiro

“ Coube-me a honra de fazer o encerramento deste painel em virtude da necessidade de presença do Dr. Nino Toldo em outro compromisso já previamente agendado.

Queria dizer da minha satisfação, da minha honra de estar aqui podendo compor esta Mesa de grandes juristas e aqui incluo o Professor Tércio Sampaio que precisou se ausentar também.

Tivemos um painel realmente extraordinário em que todos os participantes são conhecidos e reconhecidos por suas qualidades acadêmicas e também por suas virtudes pessoais.

Eu comentava com o Professor Tércio Sampaio que o primeiro livro de Direito que li na minha vida foi antes de entrar na faculdade, enquanto aguardava as aulas terem início com muita curiosidade sobre o que iria encontrar nas salas de aula. Fui a uma livraria e comprei um livro que me pareceu muito interessante. Essa obra é o Livro do Professor Tércio Sampaio, sua Introdução ao Estudo do Direito. O que não sabia, na minha inocência, o que não imaginava é a importância e a grandeza que essa obra teria não só em si, mas também na minha formação jurídica. É uma obra que me acompanha até hoje que, com muita satisfação, eu reencontrei na bibliografia da pós-graduação, mestrado e doutorado, ainda guardo aquela primeira edição de capa azul que eu adquiri, e também adquiri edições mais modernas para minha atualização. É uma satisfação realmente importante.

E também o que é o destino, reencontrar neste momento, nesta Mesa, o meu querido amigo Humberto Ávila, jurista extraordinário pelo qual tenho a mais profunda admiração, o mais profundo respeito e a prova disso é sempre que tenho oportunidade, eu o convido, dada sua atribulada agenda, para participar, e ele sempre muito gentilmente comparece e sempre nos surpreende com suas exposições, conhecimentos e reflexões. Estou intrigada, faço questão de ler posteriormente esse trabalho escrito, esperamos que possa ocorrer uma publicação reunindo essas obras. É uma satisfação enorme. Estou com a mente ainda em grande agitação por conta das suas reflexões.

E ao Professor Marcelo Neves, quero dizer da minha grande satisfação de conhecê-lo pessoalmente, confirmando as boas impressões que tinha a respeito dele e de sua obra. Não tinha tido a oportunidade de encontrá-lo, apesar de ser conhecedora e profunda admiradora de seu trabalho.

Declaro encerrado este painel.”





Geraldo Prado, Helena Elias Pinto, Juarez Tavares, Pierpaolo Cruz Bottini

## **TUTELA JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL**

**HELENA ELIAS PINTO**

Juíza Federal da Seção Judiciária  
do Rio de Janeiro

“ Dando andamento à sequência de nossos trabalhos neste seminário interessantíssimo sobre Teoria da Decisão Judicial, chegamos, agora, ao momento de um painel que, certamente, irá manter o elevado nível de debate acadêmico que temos tido. Abordar-se-ão questões bem interessantes, cada uma dentro das suas características, possibilitando a reflexão sobre os desafios que o magistrado tem diariamente diante de sua mesa, diante de sua rotina de trabalho, que envolve, necessariamente, também um trabalho de todos os que participam da elaboração da decisão judicial já a partir daquele que consideramos o primeiro juiz do processo, o advogado, quem irá apresentar a petição inicial ou, no crime, apresentar a defesa em contraposição à acusação apresentada pelo Ministério Público.

Tenho a felicidade de estar aqui integrando esta mesa na presença do Professor Juarez Tavares, a quem agradeço por essa participação, assim como aos Professores Geraldo Prado e Pierpaolo Bottini. Todos deixaram seus afazeres, rotina de vida para poderem contribuir com a formação dos magistrados e com a comunidade jurídica com essas reflexões.

Tenho certeza de que será um painel extremamente proveitoso, até a partir de conversas que estávamos tendo agora no intervalo, de modo que não quero ocupar os preciosos minutos que teremos dos expositores, razão pela qual já passo a palavra ao Professor Dr. Geraldo Prado, Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Ele foi Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor visitante da Universidade Nacional de Lomas de Zamora, na Argentina, e também Professor das Universidades Cândido Mendes, Estácio de Sá e Gama Filho, dentre outras, com diversas obras e um trabalho importante na área.”

## GERALDO PRADO

Professor da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro

“ Meu cordial boa tarde a todos. Minhas primeiras palavras são de agradecimento à organização do evento, pelo gentil convite, pela possibilidade de voltar a Brasília e agradeço na pessoa da nossa Presidente de Mesa, Dra. Helena Elias.

É ótimo poder discutir um tema que, creio, incomoda aos magistrados de um modo geral e àqueles que atuam na área criminal, particularmente, “O dever de fundamentação reforçada das decisões no âmbito das medidas cautelares penais”. Tenho a impressão de que pode gerar um debate rico e, portanto, é um motivo adicional para minha alegria e para a honra de estar aqui presente.

Cumprimento os Professores e amigos Juarez Tavares e Pierpaolo Bottini e, sem mais delongas, pedindo desculpas aos senhores – sei que, muitas vezes, há o hábito de se preferir uma exposição oral, solta, livre, mas esse tema está entre os temas que mais me incomodam, particularmente. Aproveitei a oportunidade de uma homenagem, na minha opinião, justa e merecida, ao Prof. Michele Taruffo para elaborar um texto e é a síntese deste que trago aqui, e passarei à leitura de vários dos pontos que articulei nessa exposição.

Evidentemente, como eu trabalho a partir de uma perspectiva no processo penal desses temas processuais e deixando muito claro, até mesmo em razão das últimas controvérsias no âmbito do Direito Processual Penal brasileiro, não só aqui,

mas especialmente aqui, a respeito da validade científica de se persistir com tal categorização desses temas processuais, há um debate na doutrina processual penal em torno disso, da operatividade desse conceito. Defendo, ainda, ao lado do professor da Universidade Federal do Paraná Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a operacionalidade de um conceito importante, que é o de sistemas processuais, mesmo que trabalhando em uma perspectiva muito mais de indicador epistêmico do que propriamente de um conceito de organização do processo penal. Ele funcionaria como um conceito de organização das demais categorias, dos demais conceitos processuais penais, estruturando a base do discurso processual penal.

Um discurso processual penal cientificamente válido, ainda de acordo com meu ponto de vista, depende muito de uma compreensão de sistemas processuais. Portanto, deixando claro isso, explico aqui que haverá uma introdução, falarei do dever e fundamentação das decisões e, finalmente, da motivação das decisões interlocutórias penais e dever de fundamentação reforçada.

Início o texto lembrando um autor de São Paulo, falecido, muito querido de todos que estão aqui na Mesa, José Henrique Pierangeli, que contempla grande parte da legislação processual penal brasileira do fim da Colônia até o início dos anos 1980. Ele destaca uma passagem interessante do início da nossa vida independente: Promulgada a Constituição do Império, algumas decisões do Governo foram baixadas, enquanto o Poder Legislativo organizava a Justiça e as regras do processo, de conformidade com os princípios estabelecidos na Magna Carta. Pela Decisão n. 78, de 31 de março de 1824, determinou-se aos juízes a fundamentação das sentenças que proferissem, enquanto que, pela Decisão n. 81, o Governo declarou que o juiz da devassa não era competente para julgar feito.

Essa primeira passagem, em especial a referência à Decisão n. 78, de março de 1824, exigindo fundamentação das decisões judiciais, demonstra que a preocupação com a fundamentação das decisões não é uma preocupação da Constituição de 1988 no que diz respeito ao processo penal brasileiro.

No contexto do Seminário sobre Teoria da

Decisão Judicial, apresento este ensaio, que busca aplicar ao campo das cautelares no Processo Penal os conceitos desenvolvidos no âmbito da Teoria da Decisão Judicial ao longo de algumas décadas, relativamente ao tema da motivação da decisão e seus correlatos: prova e processo no Estado de Direito.

A análise teórico-conceitual do conjunto articulado de dispositivos processuais relacionados às qualidades de um processo ordenado como entidade epistêmica, que compreende uma concepção racional-legal de Justiça, com ênfase para a decisão, tem se constituído em uma das principais preocupações de um Poder Judiciário que atua no marco do Estado de Direito.

Em outras palavras, no marco do Estado de Direito o Poder Judiciário tem que garantir uma previsibilidade mínima das suas decisões – ela não pode ser fruto do capricho, ela não pode ser fruto de práticas decisionistas, de manifestações decisionistas – e talvez uma maneira de se enquadrar a decisão judicial em um marco de Estado de Direito seja essa vislumbrada por Michele Taruffo, de pensar a Justiça a partir de uma concepção racional-legal, que nos obriga a todos (assisti, ouvi, pelo menos, algumas passagens do final da última Mesa sobre Teoria da Argumentação, Teoria da Decisão, Teoria da Fundamentação), remetendo-me um pouco àquela fala do professor Marcelo Neves, a pensar a Justiça em termos racionais legais, mas para um fim de Estado de Direito, que mais adiante avançarei e que marca uma diferença do meu pensamento para o do Professor Marcelo Neves.

Por isso, a escolha da questão que está situada no âmbito da chamada “economia das decisões”, em um particular marco de referências em que tais pronunciamentos terminam por ser emitidos, excepcionalmente deslocados da estrutura genético-constitucional do Processo Penal, no Estado de Direito, desprovidos do contraditório e produzidos em um ambiente de rarefeita publicidade, mostra a importância do tema.

As decisões que os senhores juízes proferem, acatando, acolhendo ou não pleitos de medidas cautelares na investigação criminal ou mesmo durante o processo penal, são decisões, de um

modo geral, proferidas em um ambiente em que não há um contraditório pleno. A própria prova, de um modo geral, não é ainda uma prova em sentido jurídico constitucional, são elementos informativos, não há o contraditório, e a formação de vários desses elementos informativos, pela sua característica, depende desse manter oculto o elemento informativo das pessoas que estão sendo investigadas. Portanto, esse ambiente de rarefeita publicidade, de rarefeito contraditório nos obriga a pensar a decisão cautelar, a decisão interlocutória, no âmbito cautelar; especialmente aquelas medidas cautelares que interferem no patrimônio de direitos fundamentais do indivíduo obriga-nos a pensar uma responsabilidade talvez maior do que a própria decisão de mérito, da própria sentença que absolve ou condena.

E sigo dizendo que o princípio de que trata esta comunicação é o da fundamentação reforçada, que tem merecido pouca atenção da doutrina brasileira no processo penal e não tem sensibilizado os tribunais como seria de se esperar, passados mais de 25 anos da promulgação da nossa Constituição. Aspectos colaterais desse tema, como a decisão por remissão, também conhecida como fundamentação per relatione, em particular, tocam a estrutura acusatória do processo penal e a garantia da independência do juiz e devem provocar uma maior reflexão entre nossos juristas.

Como disse, esse texto é muito maior do que será apresentado aqui. Ele foi elaborado em homenagem a Michele Taruffo e a minha particular preocupação diz com a relação entre a decisão interlocutória, a estrutura acusatória do processo e a garantia da independência do juiz.

Início a segunda parte da minha exposição, referindo-me ao dever de fundamentação das decisões do Estado de Direito. Menciono o pronunciamento do início da nossa vida independente, ainda no Primeiro Império, e saliento, dando um salto histórico, a questão histórica aqui é importante, mas, para a comunicação, não tão importante assim. Chego então ao ano de 1979 e a extraordinária figura do José Carlos Barbosa Moreira, que praticamente, nos estertores da ditadura civil-militar brasileira, iluminou os víncu-

los entre motivações das decisões e o Estado de Direito, que, à época, era o sonho e a ambição da nossa sociedade que lutava por recuperar plenamente a sua liberdade.

O resgate dos fundamentos ético-políticos da motivação apoiava-se, em primeiro lugar, no reconhecimento de que a exigência de fundamentação das decisões caminhara quase lado a lado com o movimento de superação do autoritarismo, no âmbito dos Estados de tradição ocidental. Portanto, a ideia chave, o conceito, a noção de fundamentação das decisões tem aí uma história que anda lado a lado com a história da luta contra o autoritarismo, e isso não é acaso.

[...] a questão de fundamentação não é uma questão de convencimento, mas de justificação de quem decidiu, de apresentação das suas razões.

Assim, Barbosa Moreira ressaltou não apenas o papel da Revolução Francesa no seu pioneirismo, como também uma série de outras disposições, em particular, do Direito alemão e do Direito italiano, este no final do século XVIII, aquele no início do século XIX, todas elas associadas à noção de fundamentação das decisões, motivações das decisões e controle do poder, particularmente, uma luta expressa e significativa contra o autoritarismo.

É certo que não há uma uniformidade contra os pressupostos de base para a construção do dever de motivar as decisões, a doutrina não produziu um consenso alargado acerca das razões concretas para se exigir a motivação das decisões. Em geral e a partir de uma perspectiva estritamente processual, endo-processual, o dever de motivação cumpriria duas funções, como ressalta Michele Taruffo: serviria às partes, em especial à que tenha perdido, porque pela da motivação é possível identificar os erros e vícios que o juiz cometeu na sentença, o que facilita a elaboração da impugnação respectiva e, também, sublinha o processualista italiano, "a motivação possibilitará ao tribunal ou ao juiz de revisão-rescisão se indicar a respeito da conexão entre a própria impugnação da parte e a mencionada motivação, estabelecen-

do os limites de atuação da instância revisional".

Barbosa Moreira também enquadrará a questão por esse prisma, preocupado com a res judicata e, naturalmente, com a coisa julgada; ambos os autores concordarão com o que parece ser o aspecto mais relevante da legitimação do dever de motivação e sobre o qual está alicerçada a referida legitimação, isto é, o valor político da garantia, a decisão de política legislativa de se requisitar a motivação de um pronunciamento judicial ou abrir mão dessa exigência tem caráter político, tal seja, diz o modo como determinada sociedade encara o Estado de Direito.

Barbosa Moreira relembra que, no Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. E é relevante, pois, o papel que exerce a fundamentação das decisões judiciais; o poder de impor restrições no âmbito dos direitos individuais reivindica legitimação política, por meio da fundamentação do ato de poder, e por isso a tal ponto é consensual que, mesmo ordens jurídicas que textualmente não incorporaram às suas constituições o dever de motivar, extraíam as exigências de outros princípios constitucionais, como é o caso da realidade alemã.

Avanço com as lições de Canotilho, que afirma que a exigência de fundamentações das decisões judiciais radica em três razões. A primeira delas: controle da administração da justiça; a segunda, exclusão do caráter voluntarista e subjuntivo da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; e a terceira, melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes, em juízo, um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.

Em geral, a inspiração de nossa melhor doutrina remete às considerações de Taruffo, que distingue as várias dimensões que derivam do processo cognoscitivo e decisório. Salieta o mestre peninsular que antes eram afastados alguns mitos que povoam o imaginário do processo, entre os quais o de que a motivação tem caráter retórico, isto é, possui como objetivo persuadir e convencer.

Fui magistrado durante 26 anos e creio que não há como deixar de concordar com essa posição de Michele Taruffo, que é também a de Barbosa Moreira, de Bernhard Schilink, na Alemanha, e de Canotilho; decisões judiciais, nós podemos querer, como magistrados, que convençam as partes, mas elas não têm essa função. Se as partes ficarem convencidas é um ganho adicional que a decisão proporciona. No entanto, o que, no âmbito de Estado de Direito, cabe à decisão cumprir é a justificação da escolha pelo juiz da solução alvitrada. Isso, na acepção de Barbosa Moreira, chamará atenção para “o suposto valor persuasivo das boas fundamentações”, em outra sequência frequentemente desmentida na prática.

Então, a questão de fundamentação não é uma questão de convencimento, mas de justificação de quem decidiu, de apresentação das suas razões. Isso acaba fazendo com que esse tema toque com alguns outros temas, desde a estrutura cognoscitiva do próprio procedimento penal, com a noção de verdade que cada um de nós carrega e que vai manejar no âmbito do processo. No momento da fundamentação, em tese, o juiz já terá formado a sua convicção, razão pela qual não se trata aqui de descobrir algo, a verdade, mas de justificar a convicção exposta, valendo-se de argumentos apoiados nas provas que permitam controlar a racionalidade da justificação em si. A tarefa recursal e mesmo a tarefa de crítica que a doutrina produz que, na arena pública, a comunidade também produz, dependem exatamente da estruturação dos argumentos da decisão e elas miram essa justificação da decisão.

O processo é uma entidade jurídica e impõe uma disciplina que constitui a sua principal garantia. É essa necessidade de disciplina que, por sua vez, introduz o processo entre a notícia do crime e a decisão eventual de punir. Desse modo, elementos explicativos necessitam ser selecionados e introduzidos no processo, naturalmente pelas partes, com estrita observância das garantias indispensáveis ao legítimo exercício do poder penal sob a ótica dos vínculos funcionais referidos ao Estado de Direito, e somente depois disso entrarão em ação os mecanismos que conformarão a atividade decisória.

A questão é controversa, mas pode-se afirmar que, sob a perspectiva analítica, o processo decisório compreenderia, de acordo com Michele Taruffo, três estágios. No primeiro deles, na motivação, coloca-se a hipótese formulada para depois proceder a sua explicação, constituindo a decisão a premissa da justificação. Portanto, ao contrário daquilo que consta nos nossos manuais de processo penal brasileiros, primeiro temos a decisão, a partir dali, a explicação dela.

Com efeito, segundo Taruffo, a decisão não é o ponto de chegada, mas o de partida da fundamentação, configurando discurso autônomo relativamente ao próprio processo intelectual de formação da convicção. Esses manuais dizem que o juiz, na fundamentação, relata a trajetória do seu pensamento para chegar à conclusão; e eu, como magistrado do Rio de Janeiro que gosta de samba, já tive oportunidade de estar na Lapa, onde há várias casas de samba, tentando me distrair, tomando uma cervejinha e, em determinado momento, ouvindo um samba, pensei: a solução daquela causa é essa. Isso já deve ter acontecido com vocês, vocês estão no lugar mais improvável do mundo e, no plano inconsciente, aquilo fica te perturbando, e, de repente, ou você acorda ou você está vendo um filme ou está conversando com o seu filho ou com sua filha e atravessa essa sua história, esse seu momento, aquele processo e elementos que até então você não havia considerado relevantes para decidir, e eles se tornam claros.

Fico pensando, se eu for seguir a receita de bolo dos manuais, terei que colocar na minha decisão que eu estava na Rio Cenário, casa de samba do Rio de Janeiro. Imaginem, estou lá na casa de samba, ouvindo Noel Rosa, quando então tudo se fez claro para mim. Se eu seguir os manuais... é impressionante, porque é isso o que dizem no manual, que a fundamentação é o rastreamento do processo decisório. No processo decisório, nem o juiz sabe por que decidiu. Determinadas escolhas nós chamamos, no âmbito da Teoria do Conhecimento, de inferências, determinadas inferências temos; depois disso daremos a elas uma estrutura racional, vamos apoiá-las, vamos ter argumentos que vão se orga-

nizar para fundamentá-las, mas como chegamos a elas é impossível, absolutamente impossível relatar. Essa é a questão que estou destacando aqui.

Ora, se o papel da motivação da decisão é essencial à legitimação dela própria, sob o ângulo do Estado de Direito, no âmbito do processo penal-constitucional, a estrutura da decisão revela-se ainda mais saliente em relação a determinadas categorias de decisão interlocutória porque, antes mesmo de ser cogitado o acerto do decidido, é necessário interrogar sobre caminhos percorridos para o acesso aos meios e fonte de prova ou para empregar a terminologia que se vai consagrando no Direito europeu aos meios de investigação de prova e aos meios de prova.

Temos esse processo decisório na cabeça como alguma coisa mítica e, na realidade, há muitos elementos que desconhecemos até hoje do próprio processo decisório, mas temos um dever de fundamentação. Esse dever de fundamentação se apresenta como um juízo de justificação, como um momento de justificação, ao qual eu recorrerei me valendo de elementos que não têm a mesma natureza. Uma interceptação das comunicações telefônicas não tem a mesma natureza do depoimento de uma pessoa que alega ter visto o acusado praticar um determinado comportamento. São elementos distintos, são elementos incomparáveis. Se são elementos incomparáveis, na estrutura de uma decisão, não podem estar na mesma ordem de argumentação para fundamentar, para apoiar a decisão. Obtenção de meios de prova são meios de obtenção de meios de prova, não demonstram absolutamente nada. Meios de prova demonstrarão alguma coisa, e essa alguma coisa demonstrada pelo meio de prova precisa ser confirmada.

A estrutura de justificação de uma decisão é também, como disse no início da minha fala, a oportunidade que temos, em uma justiça racional legal, de conferir os mecanismos de verificabilidade desses próprios meios de prova, porque, afinal de contas, estou dando crédito ao depoimento de João, em que sentido esse depoimento merece crédito? Se ele me relata um fato e eu tenho outros elementos, Michele Taruffo insiste nisso, quanto mais técnicos ou científicos, me-

lhor, porque vamos reduzindo o risco de erro judiciário. Se tenho elementos que me dizem: olha, esse relato, posso conferi-lo, como, por exemplo, um exame de corpo de delito? As lesões detectadas no laudo são compatíveis com o relato que a testemunha apresenta? Eu tenho mecanismos de verificabilidade que são fundamentais em uma estrutura de processo penal que queira legitimar a decisão em algum conteúdo de verdade. Se for legitimar a decisão em um acórdão, não preciso disso, mas se pretendo que a minha decisão condenatória ou absolutória esteja fundamentada numa convicção minha de que aquilo que estou reconhecendo é verdadeiro, preciso desses elementos de verificabilidade e eles necessitam aparecer na decisão.

Por isso, para sindicarmos a existência de uma motivação válida, há de se recorrer à estrutura da decisão que deve estar conforme o modelo normativo de decisão judicial fundamentada, correspondente ao discurso da justificação empregado que, por sua vez, seja capaz de demonstrar a racionalidade da escolha levada a cabo pelo juiz. Afinal, a motivação é a explicação da convicção e da decisão. E aí entramos em um terreno mais sensível e o objetivo da minha fala aqui para os senhores e as senhoras hoje, que é o da decisão interlocutória no âmbito das medidas cautelares, quase sempre decisão proferida em investigações criminais, quando ainda não há exercício do direito de defesa, o contraditório é muito rarefeito, muito limitado, bastante constrangido.

Na atualidade, é inegável a expansão de formas negociadas de adjudicação de responsabilidade penal e de técnicas especiais de investigação que se valem com frequência de métodos invasivos de pesquisa de informações, ingerências nas comunicações privadas, astuciosa intromissão na vida alheia e generalizado afastamento de sigilos contendem com a presunção da inocência, independentemente do grau de eficácia de que gozam em termos de aquisição de fontes e meios de prova. Eu diria até mais, contendem com a presunção da inocência e contendem, em um foco mais preciso, com a garantia do *nemo tenetur*.

Todos esses mecanismos, que a doutrina tende a denominar de “métodos ocultos de in-

investigação”, colidem com a garantia contra a incriminação compulsória, alguns deles já estão previamente autorizados, há uma excepcionalidade constitucional, é o caso da interceptação das comunicações telefônicas, num julgamento dos nossos constituintes, chegou-se a um juízo de conveniência. É possível comprimir o âmbito normativo da tutela contra a autoincriminação compulsória, em determinados casos, valendo-se da interceptação das comunicações telefônicas.

Eu tenho sustentado que se trata de uma exigência constitucional de uma reserva de lei fundamentada que, (para além daquilo que diz, com todo respeito à Professora Ada Pellegrini Grinover, além de ser uma reserva de lei proporcional), é uma reserva de lei qualificada, porque se eu vou limitar uma garantia constitucional, como o *nemo tenetur*, por uma lei ordinária, (e aí eu estou me referindo muito diretamente à recente lei da investigação do crime organizado, da infiltração de agentes, da colaboração premiada, da escuta ambiental), se eu fizer isso, eu preciso ter uma lei qualificada e, particularmente, na minha opinião, preciso ter respaldo constitucional, como o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconheceu, cassando decisões na Alemanha e obrigando a modificação da Constituição alemã, agora, há dez anos, em 2004.

Voltando ao assunto, o que nos interessa para o tema da motivação das decisões interlocutórias? O que nos interessa aqui é que eu já sei que a presunção da inocência estará limitada, já sei que a garantia contra a autoincriminação compulsória também estará afetada. Portanto, eu tenho que olhar para essa decisão cautelar, não mais como alguma coisa simples, uma decisão interlocutória simples, que é da tradição. E aí, Professor Juarez Tavares, às vezes, nas nossas conversas, há uma crítica, a Hélio Tornaghi, mas tem um sentido, é da tradição do pensamento jurídico-processual brasileiro cogitar dessas decisões interlocutórias por decisões interlocutórias simples, com o de menor potencial lesivo.

Se observarmos só no âmbito das prisões cautelares que temos um índice de 47% de presos cautelares relativamente ao total da população carcerária, dá para se entender que há uma antecipação da punição. Para o âmbito das cautelares, isso vai também refletir nas questões patrimoniais etc. E a última coisa que podemos dizer é que essas decisões interlocutórias são decisões interlocutórias simples, ou mistas, ou o que seja. São decisões que, ao afetarem direitos fundamentais, têm de se enquadrar em um determinado modelo de fundamentação.

Isso não é novidade. A Argumentação n. 11 de 2001, do Conselho da Europa, vai dizer que se deve ter um controle extraordinário sobre decisões cautelares que afetam esses métodos. A nossa Corte Interamericana sobre Direitos Humanos também decidiu nesse sentido. A fundamentação de decisões cautelares que afetam direitos fundamentais precisa ser especialmente fundamentada no âmbito do Conselho da Europa. A existência de controles é considerada condição de validade da própria medida. Portanto, não há sentido exigir o controle se este se faz por meio de uma decisão que não controla.

[...] a decisão não é o ponto de chegada, mas o de partida da fundamentação, configurando discurso autônomo relativamente ao próprio processo intelectual de formação da convicção.

Nesse contexto, a fundamentação revela-se limite dos limites e exige uma dogmática específica para o tema. Que dogmática seria essa? É exatamente a fundamentação reforçada. E por fundamentação reforçada podemos entender o oposto, exatamente o oposto da fundamentação *per relationem*. A fundamentação reforçada das cautelares deve apontar aqueles elementos informativos, específicos dessas medidas cautelares, porque todas elas – quer se trate de interceptação das comunicações telefônicas, quer se trate de interceptação das comunicações ambientais, autorização para infiltração de agentes – todas elas têm elementos especiais que são pensados a

partir de juízos de proporcionalidade, porque levam em consideração direitos fundamentais que, a rigor, não poderiam ser comprimidos, mas que são excepcionalmente comprimidos. Portanto, são elementos especiais, são decisões que têm de enfrentar a especialidade desses elementos. O exemplo mais clássico, mais evidente é o da interceptação telefônica que não pode ser decretada se é cabível chegar a um resultado parecido, próximo, ou o que seja, por meio de outros elementos informativos menos agressivos, menos onerosos à liberdade do agente.

Então, esse é um quadro muito específico das cautelares, que nos coloca já relativamente a decisão por chamada, *per relationem*, diante de um problema. Um problema que se agrava, e isso é o que tenho observado, quando? Em primeiro lugar, a decisão apoia-se em manifestação da parte, quase sempre do Ministério Público. Mas, se se apoiasse em manifestação da defesa, daria no mesmo. O raciocínio é o mesmo, quem decide é o juiz. Se quem decide é o Ministério Público ou se quem decide é a defesa, nós estamos tendo uma usurpação de função jurisdicional. Uma reserva de função, atribuída ao Judiciário, está sendo indevidamente cumprida por alguém. De que maneira? Pela decisão do juiz, que remete aos fundamentos da parte.

A Constituição, efetivamente, nos traz elementos de um processo penal acusatório? Sim. [...] A garantia da imparcialidade do juiz, o princípio do juiz natural, as garantias da defesa, a ação penal em mãos do Ministério Público, o fortalecimento deste.

Então, eu tenho um elemento constitucional que, na estrutura republicana, não pode ser desconsiderado. O processo penal faz-se com o princípio republicano, de freios e contrapesos. Tem-se que controlar, o juiz está ali para tal. Se ele sai de cena porque cede lugar estritamente à argumentação da parte, nós temos um vácuo ali. E temos o fenômeno que estudo em outro ambiente, em outro lugar, que é o da aglomeração quântica de poderes. Então, há violação do princípio republicano quando há essa remessa. E, especialmente no caso do processo penal, viola

a estrutura acusatória.

Aí é preciso fazer uma escolha ou chegar a um consenso. Queremos um processo penal acusatório? Parece-me que a única resposta possível é aquela que, olhando para Constituição, nos diga o que ela quer, por que não eu querer, Juarez Tavarez quer, Pierpaolo quer.

A Constituição, efetivamente, nos traz elementos de um processo penal acusatório? Sim. É a minha opinião. A garantia da imparcialidade do juiz, o princípio do juiz natural, as garantias da defesa, a ação penal em mãos do Ministério Público, o fortalecimento deste. Michele Taruffo fala muito isso, um processo penal depende hoje de um Ministério Público fortalecido.

Ouvi aqui algo que me deixou muito incomodado na fala anterior, que não me parece correto. Os juristas brasileiros, pelo menos aqueles comprometidos com o Estado de Direito (como deve ser um jurista, porque de outra maneira ele não é um jurista, é um farsante), defendem que as garantias da defesa sejam escrupulosamente respeitadas, mas reconhecem que não há processo penal sem isso, porque a opção no processo penal sem um Ministério Público forte é um processo penal com um juiz forte fazendo as vezes do Ministério Público. Opção que a Constituição já efetivamente repeliu.

Portanto, ter isso em mente nos leva a pensar que a fundamentação *per relationem* ao parecer do Ministério Público viola a estrutura acusatória do processo, porque eu terei ali, em realidade, o Ministério

Público como elemento de decisão.

E encerrando a minha fala, esse ponto, que é meu, particular, é a minha posição original sobre sistemas processuais, tem, pelo menos, seis visões possíveis, seis concepções possíveis de sistemas processuais que, com seriedade, a doutrina processual penal, que tem fundamento na tradição europeia-continental ou na tradição anglo-americana, aceitam. Tenho sustentado uma sétima posição, que me parece que mais ou menos captura todos os elementos que circulam nessas seis maneiras de se identificar um sistema



processual. E o elemento que tenho sustentado é esse exatamente da acumulação quântica de poder. É possível ter um processo inquisitório com o juiz inerte. É absolutamente possível ter um processo penal autoritário e inquisitório com um juiz passivo, um juiz que assumisse estritamente uma função de presidente dos atos, basta para isso, que eu concentre poderes em um sujeito processual. Se aquele sujeito processual tem poderes de tal forma concentrados que não haja possibilidades de equilíbrio no processo – (e olha que Kirchheimer da Escola de Frankfurt vai dizer isso), um processo deve, no seu início, possibilitar que ao fim as duas partes possam ser vencedoras, uma ou outra.

Quando eu tenho a aglomeração quântica de poder, só uma parte pode sair vencedora desde o início do processo, ou antes do início do processo. Nesse processo cautelar que temos na fase da investigação, só uma parte pode sair vencedora. É o problema hoje do *plea bargaining* dos Estados Unidos da América. Vários autores, John Laing, bem outros, vão dizer: isso aqui é um processo inquisitorial, porque só a acusação sai vencedo-

ra, não há chance de a defesa sair vencedora. Por que isso? Porque eu tenho a aglomeração quântica de poderes. A aglomeração quântica de poderes nas ações cautelares se dá quando o juiz delega ou assume que a decisão é, efetivamente, o pronunciamento da parte, ele não exercita o controle mencionado.

Do ponto de vista da bibliografia no Brasil, nada se escreveu, nada se escreve sobre isso, mas me parece que o tema é muito sério na medida em que 47% dos presos são presos cautelares, na medida em que há uma expansão extraordinária, o Conselho Nacional de Justiça tem as estatísticas do emprego de métodos ocultos, em especial a interceptação telefônica, mas, também, os afastamentos de sigilo e pune-se hoje muito mais por medidas cautelares que por sentenças de mérito. Daí que, se em uma sentença de mérito nós temos uma exigência de fundamentação das decisões, no caso das medidas cautelares, essa exigência deve ser reforçada.

Em linhas gerais, agradeço mais uma vez a generosa audiência dos senhores e senhoras.”

**HELENA ELIAS PINTO**Juíza Federal da Seção Judiciária do  
Rio de Janeiro

“ Gostaria de dizer que desse juízo negativo discordo veementemente, no que tenho certeza de que posso aqui falar em nome de todo o auditório, porque reparei que todos assistiam, acompanhavam atentamente as suas reflexões, nos deixando, inclusive, com um sentimento de curiosidade em relação à leitura do texto completo que espero que tenhamos condições de fazer um encaminhamento para uma publicação, até porque esse evento teve a felicidade de ter uma demanda muito grande, mas tantos não tiveram como se deslocar dos diversos locais do País para poder estar aqui presencialmente, de modo que se conseguirmos aglutinar em uma publicação, será uma forma de compartilhar, porque o que tenho observado, desde o evento de abertura, da palestra de abertura, a conferência do Ministro Luís Roberto Barroso, é a possibilidade de estarmos tocando temas que deveriam estar sendo objeto de reflexão muito mais constante nas nossas vidas. Aqui estamos tendo uma oportunidade de, em diversas áreas do Direito, fazer isso de forma plural, com visões diferentes, com discordâncias, como convém no ambiente democrático em que as pessoas não têm de ficar concordando necessariamente umas com as outras, mas trazendo seus argumentos para que possamos, ao final, chegar a uma decisão mais adequada para o caso concreto.

Eu acompanhei com muita atenção a sua exposição, verifiquei a plateia, e também participei na condição de plateia, acompanhando a exposição, a parte da questão do dilema do magistrado no exercício da jurisdição penal. Recentemente estive no Tribunal Federal Regional da 2ª Região atuando na área criminal, como já fiz anteriormente em juízo com competência plena, inclusive a penal, e um dilema muito grande do magistrado nas decisões cautelares penais é que, se ele fundamenta de forma resumida, ele vai ser criticado duramente pelos advogados por não ter feito a tal fundamentação reforçada; e se ele faz uma fundamentação mais detalhada, mais robusta, o advogado vai criticá-lo duramente porque ele já fez um juízo, se determinou a prisão cautelar, ele já fez praticamente um juízo de condenação naquela decisão fundamentada detalhadamente. Esse é um dilema que não tem solução fácil. Buscamos um equilíbrio de como o magistrado pode fazer isso, de modo que achei sua intervenção muito importante para contribuir para isso.

Agradecendo, então, a brilhante exposição, esperando que tenhamos a oportunidade de conhecer mais a respeito de suas reflexões sobre o tema, inclusive a partir do texto que foi produzido, além das obras que nós já temos à disposição, vou passar a palavra ao Professor Dr. Pierpaolo Bottini, Doutor pela Universidade de São Paulo, Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Professor da Universidade de São Paulo, do Instituto Brasiliense de Direito Público, da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Professor convidado da Escola Superior da Advocacia de São Paulo, colaborador da Comissão do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, ex-Secretário de reforma do Poder Judiciário no Ministério da Justiça e advogado atuante na área.

Agradecendo ao Dr. Pierpaolo sua presença nesta mesa, passo-lhe a palavra.”

**PIERPAOLO CRUZ BOTTINI**

Professor da Universidade de São Paulo

“ Quereria, antes de mais nada, agradecer, na pessoa da Dra. Helena, o honroso convite que me foi feito pelo Conselho da Justiça Federal para tratar de um tema importante e com uma audiência tão qualificada, realmente é uma honra; e honra maior ainda por compor a mesa com dois dos meus professores. Dr. Geraldo Prado e Dr. Juarez, eu queria realmente cumprimentá-los e dizer, mais uma vez, que é uma honra estar com vocês aqui nesta mesa.

Eu já peço desculpas antecipadas ao Dr. Juarez, porque, talvez, eu tenha que sair um pouco antes do final da sua exposição, mas o motivo é uma justificativa plausível, hoje é aniversário da minha esposa, então, se eu não chegar a São Paulo em um horário razoável, eu não preciso nem chegar mais, continuo amanhã aqui.

Eu queria tratar aqui e fazer uma reflexão conjunta com os senhores sobre um tema que vem sendo muito discutido na área do Direito Penal e também na área do Direito Constitucional, que é esse novo papel do juiz, e falo aqui desde o juiz de primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal, como um formulador de política criminal. Nós percebemos que, por conta de uma série de mudanças estruturais na nossa sociedade, nas relações sociais, nas estruturas institucionais, cada vez mais o juiz vem tendo um papel proeminente, não só como alguém que soluciona conflitos, soluciona litígios, mas como alguém que contribui ativamente, que contribui como protagonista na

formulação de uma orientação de política criminal. E isso tem uma série de implicações, principalmente na análise do papel das instituições. Parece-me fundamental, então, fazer um pouco essa reflexão, fazer essa discussão, que tem uma ligação direta, como poderão ver, com a ideia da decisão judicial, com a teoria da decisão judicial.

Para compreendermos um pouco esse novo papel do Poder Judiciário, essa nova forma de atuação do Poder Judiciário no campo penal, precisamos tentar compreender um pouco como funciona a nossa sociedade atual, o que é bastante difícil, o que é muito complicado, porque compreender como funciona a sociedade atual e fazer esse trabalho, esse exercício, nós não temos um distanciamento histórico suficiente para isso. Então, para fazê-lo, vou me apoiar aqui em algumas ideias da Sociologia, umas teses sociológicas, para que possamos entender ou tentar, pelo menos, discutir essas recentes alterações no Direito Penal que colocam o juiz em uma situação pelo menos inusitada.

Quando observamos como a nossa sociedade funciona hoje, podemos dizer – eu aqui sei que essa expressão é bastante criticada, mas é uma expressão muito utilizada também – que nós vivemos em uma espécie de sociedade de risco – e aqui estou puxando o Beck e o Giddens. E por que nós dizemos que vivemos hoje em uma sociedade de risco? Não é porque os riscos da sociedade de hoje são maiores do que a sociedade em que viviam nossos avós ou os nossos bisavós. Certamente os riscos são menores, o perigo é muito menor, mas vivemos em uma sociedade em que a sensação de insegurança é muito maior, a sensibilidade aos riscos é muito maior.

Embora os perigos aos quais estamos submetidos sejam menores, vivemos em uma sociedade mais segura, a sensação de estarmos submetidos ao risco é muito maior. E o aumento dessa sensação, essa insegurança sentida, talvez não real, tem uma consequência direta para a formulação da legislação penal, tem uma consequência direta na formulação da dogmática penal e tem uma consequência direta na forma com que essas questões são colocadas ao juiz no dia a dia. Não preciso mais fazer nenhuma exposição socioló-

gica, não se preocupem com isso, é só uma base para que possamos começar essa discussão.

Mas, o que acontece é: no fundo quando falamos que vivemos em uma sociedade de risco, mais uma vez estou dizendo aqui, em uma sociedade talvez que tenha como principal característica uma maior sensação de risco, é porque os riscos atuais têm algumas características que não tinham os dos nossos antepassados.

Em primeiro lugar, a maior parte dos riscos aos quais estamos submetidos hoje é de procedência humana. Então se observarmos no século passado, a maior parte dos riscos aos quais as pessoas estavam submetidas eram risco de doença, de catástrofe natural, risco até de guerra, mas guerra como fator externo à sociedade. E, a partir da metade para o final do século passado, percebemos que a maior parte dos riscos que nos afetam, cotidianamente, ou que tememos, tem uma procedência humana, uma origem humana; é o trânsito, é o risco de um acidente ambiental, é o risco de um acidente nuclear, ou seja, a maior parte dos riscos tem essa procedência humana.

O que isso significa para o Direito Penal? Significa que o Direito Penal, tanto do ponto de vista legislativo, como dogmático, sofre uma expansão. Ou seja, a partir do momento em que o risco tem uma procedência humana, tem uma origem humana, a norma penal se vê, pelo menos com intenção ou com vontade, de controlar esse risco, de gerenciar esse risco. Então, o Direito Penal, que era um Direito Penal nuclear, era um Direito Penal reduzido, era um Direito Penal voltado a apenas algumas questões, busca novas searas, busca novos ambientes, e começa a se interessar pelo risco ambiental, começa a pensar no risco genético, no risco do trânsito e assim por diante.

Então, em primeiro lugar, essa nova característica do risco leva uma expansão do Direito Penal. Eu, aqui, não estou fazendo um juízo de valor, se ela é boa ou ruim, acho até que ela é ruim, mas isso é um fato.

Em segundo lugar, esses novos riscos de procedência humana têm um potencial lesivo muito maior que os riscos de procedência humana que viviam os nossos antepassados. Hoje, eu posso,

com uma atividade humana, lesionar um sem número de bem jurídico, causar um prejuízo descomunal, criar um desastre ambiental, criar um desastre nuclear. Um sujeito que planta, de repente, transgênicos sem obtenção de todas as cautelas, pode gerar um prejuízo tremendo.

O que isso também significa para o Direito Penal? Significa que o legislador vai progressivamente abandonando a lógica do crime do tipo penal de resultado e começa a adotar a lógica de criminalizar o perigo, de criminalizar o risco. Ou seja, o legislador não quer mais esperar o resultado dada a potencial capacidade de extensão dos estragos desse resultado, ele começa então a estabelecer, a fixar o crime de perigo abstrato como um crime paradigma, começa a lançar mão do crime de perigo abstrato. Então, tenho uma expansão do Direito Penal, eu tenho uma expansão dos crimes abstratos.

Uma terceira característica desses novos riscos é a obscuridade dos nexos causais desses riscos. Mais uma vez, tenho riscos criados pelo ser humano, riscos de procedência humana, muitas vezes, em relação aos quais a ciência não tem dados e não tem instrumentos para medir quais as consequências desses riscos, qual o curso causal gerando esses riscos, se eles podem ou não ocasionar algum resultado danoso.

Essa obscuridade donexo causal vai gerar uma sensação, a que o próprio Bauman irá dizer que nós sentimos mais do que sabemos, ou seja, temos um número grande de atividades humanas em relação às quais não temos certeza sobre os riscos, sobre os perigos que trazem. E o que isso vai significar para o Direito Penal? Vai significar um progressivo abandono da ideia da causalidade, e aí, certamente, o Juarez vai falar muito melhor que eu.

Mas, no fundo, o que faz o Direito Penal? Progressivamente vai substituindo a ideia da causalidade por um critério de risco, por um critério de normatização, ou seja, na medida em que eu não sei exatamente se aquela ação tem ou não a possibilidade de causar aquele resultado, eu prescindo dessenexo de causalidade, eu vou fixar a punibilidade em outros critérios, em outros elementos, eu começo a trabalhar com o princípio da precaução.

Enfim, o que quero dizer é que hoje, nesse nosso contexto social, vivemos uma sensação de insegurança que não é real, mas é sentida de maneira muito clara por conta dessas novas características do risco. Então, tenho um risco que é de procedência humana, que tem um grande potencial expansivo, e é um risco em relação ao qual não consigo medir, não consigo ter ideia, é um risco obscuro. Tudo isso tem um efeito direto na produção da legislação penal e na produção da decisão judicial, porque isso leva, na verdade, a sociedade a um chamado “paradoxo do risco”, porque ao mesmo tempo em que temos um risco obscuro, um risco que tememos, um risco de certa forma intolerável; por outro lado, precisamos dele, a sociedade não abre mão desse risco, a sociedade se conforta com ele.

Então, temos um paradoxo que vivenciamos, cotidianamente, que é: por um lado, tenho inovações tecnológicas, tenho novos desenvolvimentos científicos, que trazem um risco assustador e, por outro lado, a própria sociedade não prescinde desse risco, porque é ele o motor do desenvolvimento econômico, é esse risco que me traz o avanço tecnológico, que me traz o conforto do dia a dia.

Mas, por que estou falando tudo isso? Porque, na verdade, a nossa sociedade vive em uma situação de esquizofrenia cotidiana, porque ao mesmo tempo em que tenho medo dos novos riscos, preciso dos novos riscos e não abro mão deles. O que isso traz para o dia a dia, principalmente, daquele voltado com a tarefa da gestão de riscos? Ele traz uma situação paradoxal, que é a dificuldade, quase intransponível, para definir qual é o limite do risco permitido e do risco não permitido. A partir do momento em que tenho uma sociedade, aqui não estou falando de uma sociedade de grupos sociais, as próprias pessoas, cada um de nós, não sabe exatamente o que queremos fazer com esses novos riscos, se toleramos ou não toleramos.

Coloco para todo e qualquer gestor de risco um problema fundamental, que é definir exatamente qual é a linha divisória entre o risco permi-

tido e o risco não permitido. E se o primeiro gestor de risco, se o gestor de risco primário em uma sociedade é o legislador, esse paradoxo do risco, essa dificuldade para saber qual é o risco permitido e não permitido vai resultar em uma legislação criminal extremamente confusa, extremamente incoerente e indeterminada. E, justamente, se tenho uma legislação confusa e indeterminada, isso traz para o juiz um novo contexto, porque a partir do momento em que o legislador não sabe bem o que é o risco permitido e o que é o risco não permitido, a consequência imediata disso é ter uma legislação penal cada vez mais aberta, cada vez mais indeterminada.

A consequência disso é ter um legislativo que não consegue formar consensos claros a respeito das normas penais, que não consegue tratar ou produzir tipos penais com a necessária taxatividade. E a partir do momento que não consigo formular um consenso para elaborar uma norma penal com uma taxatividade muito clara, o que eu faço? Qual é a solução do legislador para formar esse consenso, para aprovar a norma penal? Ele abre mão da precisão, ele abra mão da clareza.

[...] na verdade, a nossa sociedade vive em uma situação de esquizofrenia cotidiana, porque ao mesmo tempo em que tenho medo dos novos riscos, preciso dos novos riscos e não abro mão deles.

Então, no fundo, o que quero dizer é que para vir para a questão do Judiciário, vir para o dia a dia, tenho uma situação que é uma situação estrutural, ou seja, tenho um paradoxo do risco vivenciado em uma sociedade, um paradoxo do risco que coloca para o legislador uma dificuldade, ele tem uma dificuldade política para fixar qual é o permitido e o risco não permitido. Isso vai resultar numa legislação confusa, numa legislação indeterminada. Cada vez mais, para eu criar os consensos necessários para elaborar uma lei, vou precisar abrir mão da precisão e da taxatividade.

Nelson Jobim usa um exemplo que, para mim, parece muito claro o fenômeno da dificuldade do

legislador para formar consensos e para fazer leis precisas, que é um exemplo que não tem relação com o Direito Penal, tem relação com o Direito Trabalhista, mas me parece que ilustra muito bem essa situação, de quando o constituinte estava discutindo a ideia do descanso semanal remunerado dos trabalhadores. Não se conseguia formular nenhum tipo de consenso a respeito disso, porque um setor do Congresso queria identificar que o descanso semanal remunerado dos trabalhadores seria aos domingos, e outra parte do Congresso queria que as convenções coletivas determinassem quando seria o descanso semanal remunerado.

[...] a partir do momento em que o legislador não sabe bem o que é o risco permitido e o que é o risco não permitido, a consequência imediata disso é ter uma legislação penal cada vez mais aberta, cada vez mais indeterminada.

A partir do momento que não tenho a capacidade de formatar esse consenso, qual foi a saída do legislador? Abrir mão da precisão e aprovar o texto de que o descanso semanal remunerado dos trabalhadores será, preferencialmente, aos domingos. Ou seja, no fundo, o que fez o legislador? Ele abriu mão da precisão em nome do bom senso, ou seja, eu estabeleço uma expressão aberta, em que eu garanto várias posições políticas dentro dessa expressão e não tomo uma decisão definitiva.

Mas, no fundo, o que fez o legislador aqui? Ele passou para quem o ônus de tomar essa decisão política e dizer se o descanso semanal será aos domingos ou não? Ao Judiciário, ao juiz. Então, no fundo, toda vez que o legislador, diante desse paradoxo do risco, opta por uma lei aberta, imprecisa, indeterminada, o que ele faz é transferir o ônus da decisão política do preenchimento do sentido e do conteúdo daquela lei para o Poder Judiciário.

Parece-me que não é à toa que nós vivemos um momento de politização do Poder Judiciário, daquilo que chamamos de “ativismo judicial”, que, no Direito Penal, é o juiz fazendo política criminal, não porque um belo dia os senhores acordaram e resolveram que vão tomar decisões políticas e vão tratar de grandes temas, mas parece-me que é uma situação estrutural, uma

situação que vem, efetivamente, de uma dificuldade do Poder Legislativo de resolver, do ponto de vista político, algumas questões prementes. Então, não é à toa que hoje, e isso não é só no Brasil, mas em vários países do mundo, o Poder Judiciário toma as decisões políticas relevantes para a sociedade.

Quem hoje discute o aborto? Quem hoje discute a criminalização ou descriminalização do uso de drogas? Quem está discutindo qual é o tempo de progressão de regime nos crimes hediondos? Quem está discutindo a execução provisória da pena? E aqui só estou falando no campo

penal, porque podíamos falar da greve do servidor público, das questões de serviços públicos essenciais e uma série de outras, como as terras indígenas. Ou seja, no fundo quem está discutindo isso, e

no Direito Penal questões muito relevantes que têm cunho político? É o Poder Judiciário.

Isso, plasticamente, é muito visível para quem mora em Brasília, quando você olha para a Praça dos Três Poderes, até dez, quinze anos atrás, onde que a sociedade civil fazia suas manifestações políticas? Era na frente do Executivo e do Legislativo; hoje, se passarmos pela Praça dos Três Poderes, onde estão os ativistas com os microfones e com suas palavras de ordem? Na frente do Supremo Tribunal Federal. Isso, simbolicamente, é muito evidente, ou seja, a sociedade civil percebeu para onde se direcionou o momento central daquela decisão política para a decisão judicial.

Vejam, isso é muito interessante quando observamos a teoria da decisão judicial desse ponto de vista, porque, a partir, desse momento, estou falando, agora, do Supremo Tribunal Federal, mas me parece também válido para a decisão do juiz de primeiro grau. Acabo de ver uma decisão de um juiz estadual de São Paulo que absolveu um sujeito que era denunciado pelo uso de maconha com base na inconstitucionalidade dessa proibição, ou seja, no fundo, ele tomou uma decisão política. É claro que é uma decisão com toda estrutura jurídica, com base na Constituição, ele fez um controle difuso incidental de condicio-

nalidade etc. Mas, toda essa discussão não está limitada ao Supremo Tribunal Federal, mas incorpora a decisão cotidiana dos juízes em geral.

Ao fazer isso, o Poder Legislativo, ao transferir esse ônus da decisão política ao Judiciário, no fundo mexe na estrutura da decisão judicial também, porque uma decisão judicial sempre tem um conteúdo político, por mais técnica que ela seja. Mas no fundo, quando eu faço essa transferência, cada vez mais ganha força e proeminência o argumento político, ou seja, é muito difícil observar em uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a descriminalização do uso de drogas ou o aborto um argumento técnico, apenas técnico ou apenas jurídico. É evidente que devo também fazer uma opção política, posso dizer que isso é uma interpretação da Constituição, isso é uma forma de pensar a Constituição, mas no fundo tenho claramente uma opção política e, a partir do momento em que o Judiciário começa a tomar decisões políticas, é evidente que a crítica a essa decisão não vai mais ser técnica também, também será política.

Nós percebemos isso no cotidiano. Os mais diversos setores estranhos ao sistema judicial começam a comentar decisões judiciais. A sociedade civil, os movimentos populares, os economistas (os senhores discutiram hoje pela manhã a questão da Economia e do Direito), a imprensa. Nunca a imprensa falou tanto em questões do Poder Judiciário, eu nunca tinha visto em um editorial... Ou seja, a sociedade leiga apropriou-se da discussão jurídica, porque essa discussão, nitidamente, em certos setores, tem uma carga política e é natural e legítimo que a sociedade faça isso. É natural também que o Judiciário se incomode com isso, porque nunca as decisões judiciais foram tão criticadas, expostas e discutidas. No táxi eu posso discutir uma decisão judicial e o taxista terá uma opinião a respeito daquela decisão judicial, porque no fundo, ela tem uma carga política, tem um conteúdo político, não preciso apenas do conhecimento técnico para fazer essa discussão.

Nunca tantos juízes saíram para candidatos a ocupar cargos políticos. Posso dar um exemplo que os senhores conhecem, talvez seja um dos juízes mais inteligentes que eu conheço, o Flávio Dino, que foi Presidente da Ajufe, que resolveu

ser candidato. Sem contar inúmeros outros juízes que resolveram ser candidatos, porque eles percebem que uma forma de fazer essa discussão e dar continuidade a essa discussão é, efetivamente, a questão política, a candidatura política; então, isso também me parece um fenômeno totalmente apartado do que está acontecendo.

Agora, tenho outro lado também dessa moeda. A partir do momento em que o Legislativo delega esse ônus da decisão política para o Poder Judiciário, e o Poder Judiciário começa a dar as decisões políticas, eu não posso fugir de uma questão, que é o déficit democrático que, evidentemente, o Poder Judiciário tem em relação aos outros poderes. O Judiciário, até por uma questão técnica e de preservação técnica, não é eleito. Aí tenho um problema institucional, ou seja, de que forma um Poder ou um agente público não eleito pode dar uma decisão que tem, no fundo, uma conotação de opção política? O Supremo Tribunal Federal percebeu esse déficit de legitimidade democrática e vem tentando, de uma forma ou de outra, suprir esse déficit, e nós percebemos o Supremo Tribunal Federal fazendo audiência pública, o que há 15 anos era raríssimo de acontecer, o Supremo Tribunal Federal admitindo o *amicus curiae* com cada vez mais frequência.

*Vemos o legislador ampliar, cada vez mais, o número de legitimados a fazer o controle concentrado de constitucionalidade. Então, se no começo era apenas o Procurador-Geral da República, depois isso aumenta. Hoje, por exemplo, o número de legitimados a pedir a reforma de uma súmula vinculante é muito maior. No fundo, o que percebemos é justamente o Supremo Tribunal Federal, a cúpula do Poder Judiciário atenta a esse problema de déficit de legitimidade, buscando instrumentos para trazer esse debate político para dentro do processo, mediante uma série de mecanismos previstos em lei, audiência pública ou *amicus curiae* ou ampliação da legitimidade desses agentes.*

*Agora, por outro lado, o que faz o Supremo Tribunal Federal, a partir do momento em que percebe que a sua decisão é uma opção política e há uma temeridade de que você, de alguma forma, libere essa opção política, libere essa discussão política de forma indiscriminada, o Supremo*

começa também a pedir ou a defender mecanismos que tornem aquela sua decisão, aquela sua opção, de certa forma, vinculante.

Então, aqui percebemos um duplo movimento, importante no Direito Penal pelo menos, de o legislador abrir mão dessa legitimidade e jogar para o Judiciário. Este busca trazer os atores políticos da sociedade civil para dentro do processo, tomar uma decisão e depois busca uma série de mecanismos para tornar essa decisão definitiva e, aí, surge a súmula vinculante; e não só a súmula vinculante, não só do ponto de vista legal, surge uma série de propostas de tentar adotar as decisões do Supremo mesmo no controle difuso de constitucionalidade de certa estabilidade. Então, a teoria dos motivos determinantes da decisão judicial e assim por diante, ou seja, a ideia é cada vez buscar, uma vez tomada essa decisão política, consolidar essa decisão para que não se precise fazer isso em cada um dos processos.

Mais uma vez não estou fazendo uma avaliação se isso é bom ou ruim. Tenho muita preocupação em relação a esses instrumentos de homogeneização das decisões judiciais. Isso engessa a jurisprudência. Tenho muito medo da súmula vinculante, tenho muito medo desses instrumentos. Quando fui secretário da reforma do Judiciário, o Ministério da Justiça era contrário à súmula vinculante; aliás, a Ajufe era também contrária à súmula vinculante; perdemos em um debate do Congresso, mas, de qualquer forma, isso é um fenômeno, isso é um instituto, isso é um sintoma dessa questão.

Mas mais do que isso: a partir do momento em que o Poder Judiciário começa, por todas essas questões, a tomar decisões políticas, a partir do momento em que o Judiciário começa a preencher essa lacuna, isso passa também a incomodar o Poder Legislativo. É o Poder Legislativo que, de alguma forma, consciente ou inconscientemente transfere para o Judiciário essa atribuição; mas, por outro lado, quando percebe que o Judiciário exerce tal atribuição, há certo incômodo, há certo desconforto do Poder Legislativo e percebemos isso também no cotidiano, quando, por exemplo, você tem as sabatinas no Senado Federal dos ministros das cortes superiores, a primeira pergunta que é feita para o ministro é: o que o senhor acha do ativismo judicial? Você não acha que o

Judiciário está extrapolando em relação às decisões políticas?

Por outro lado, esse mesmo Legislativo, quando há uma disputa interna por qualquer questão, o lado perdedor usa esse mesmo Poder Judiciário para fazer uma segunda instância, um segundo *round* dessa discussão e temos um exemplo de ontem, não preciso nem dizer. E, mais uma vez não digo se está certo ou errado. Parece-me um fenômeno, algo novo que acontece, algo novo que surge. Todo mundo vai discutir a decisão da Ministra Rosa a respeito da CPI.

Não é só o mundo jurídico que discute isso, não é só o técnico jurídico que discute se a CPI pode ou não pode investigar mais coisas. Essa discussão vai ser feita pelo jornalista, pela sociedade civil, pelo movimento popular, pelos partidos políticos. No fundo, temos essa relação, que é uma relação de delegação consciente do poder do Poder Legislativo, mas, por outro lado, é uma relação conflitiva, porque sempre há tal desconforto quando o Poder Judiciário, de alguma forma, interfere nessa opção ou nesse movimento político do Poder Legislativo.

Não é à toa que, sempre que isso acontece, surge, de novo, no Legislativo, a proposta de fixar mandato para ministros dos tribunais superiores, ou seja, também é uma resposta do Legislativo. Mais uma vez, isso não acontece apenas no Brasil. É fenômeno que ocorre no mundo todo. Recentemente, foi lançado um livro, organizado por um membro do Conselho Nacional do Ministério Público, em que ele fez uma compilação de vários autores, de vários países, tratando dessa questão da politização das cortes supremas. Então, você tem autor dos Estados Unidos, da Inglaterra, da Guatemala, da Colômbia e assim por diante, e todos eles relatando exatamente essa situação, exatamente esse conflito, exatamente essa dificuldade de legislar, essa transferência de poder e esse embate com o Poder Legislativo, demonstrando então que no fundo isso não é uma jabuticaba, isso não é algo que só acontece no Brasil, isso acontece no mundo inteiro. E é um tipo de situação para a qual precisamos, de alguma forma, estar atentos. Tem um texto de um jurista da Guatemala que diz que



na Guatemala a politização da Suprema Corte foi tão longe que a Suprema Corte deu um golpe de Estado, destituiu o Presidente e colocou o Presidente da Suprema Corte.

Enfim, o que quero dizer é: existe isso, mas essa politização, essa apropriação da decisão política pelo Poder Judiciário, mais uma vez, não é algo que acontece pelo voluntarismo do juiz, não é algo que acontece porque o juiz um dia acordou e resolveu que vai tomar as decisões políticas, é algo que vem de uma estrutura social, de uma dificuldade de um Legislativo que é própria da democracia, porque quanto mais heterogêneo for o Legislativo, mais dificuldade encontra para formatar esses consensos e mais dificuldades eu tenho para ter leis precisas e exatas. Mas isso é natural e ainda bem que seja assim, porque isso significa que vivemos em um país democrático.

Porém, isso tem uma consequência, que é justamente jogar para esse Poder Judiciário a necessidade de tomar decisões políticas, de dizer se o descanso semanal remunerado é de domingo ou não, é dizer, efetivamente, o que significa uma série de questões de tipos penais, determinar o sentido do tipo penal, e isso, efetivamente, traz para o juiz, e para aqueles que atuam no sistema judicial uma responsabilidade muito maior. Por quê? Porque cada decisão quando, além de jurídica, tem um conteúdo político preponderante, vai ser apropriada pelos setores da sociedade civil, criticada, compreendida, e é por isso, efetivamente, que o Poder Judiciário hoje está na pauta, na discussão, hoje se discute muito mais. Não é à toa que se discutiu o Conselho Nacional de Justiça com membros de fora do sistema judicial, porque, realmente, você percebe, cada vez mais, a sociedade querendo discutir as decisões judiciais, o modelo de justiça, a forma de organização de justiça.

Já estou encerrando, porque penso que o debate é muito importante também. O que quero dizer com tudo isso é que estamos vivendo em um momento novo, que exige alguma reflexão, que exige um parar para pensar, ou seja, estamos

vivendo um momento que sempre dizíamos: existe a separação dos Poderes, mas hoje no Brasil o Poder Executivo é hipertrofiado e faz sombra a todos os Poderes. Hoje, talvez, isso não seja apenas a única verdade. Temos uma mudança institucional, e mais uma vez, não estou fazendo nenhum juízo de valor aqui se isso é bom, se isso é ruim, estou apenas compartilhando com os senhores alguma apreensão, alguma angústia e algumas observações que todos temos vivenciado no dia a dia.

[...] a sociedade leiga apropriou-se da discussão jurídica, porque essa discussão, nitidamente, em certos setores, tem uma carga política e é natural e legítimo que a sociedade faça isso.

Mas, certamente, hoje, se falarmos em decisão judicial, principalmente das cortes superiores, precisamos levar em conta essa nova realidade, essa nova organização e que existe uma decisão de cunho político. Precisamos considerar de que forma essa decisão pode ser legitimada na medida em que ela não tenha legitimidade democrática das decisões políticas em geral, de que forma vai haver essa relação com os Poderes, que, de algum modo, são constituídos para tomar essa opção política. Acho que todas essas são questões que têm que pautar o debate, as discussões.

Não tenho resposta para nenhuma dessas questões, certamente, mas penso ser fundamental que isso seja colocado, seja discutido, porque, senão, vamos acreditar que cada uma dessas crises de Legislativo com Judiciário é uma crise pontual, é uma crise isolada, é algo que aconteceu por conta desse e daquele partido político, ou deste ou daquele juiz, quando, na verdade, não é; é uma questão estrutural, é uma questão que me parece que vem de uma nova forma de organização social e que precisa ser pensada assim.

Então, não sei se contribui muito para a discussão, mas apenas fiz questão de compartilhar o que me parece que é muito claro no Direito Penal, mas que acaba se espalhando para todos os outros setores do Direito também.”

**HELENA ELIAS PINTO**

Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

“ Agradeço imensamente a apresentação do Professor Dr. Pierpaolo Bottini, muito pertinente. As manifestações vão se complementado para que possamos diagnosticar e compreender os desafios. É preciso primeiro compreendê-los para depois buscar resposta. Eu intuo que, *a priori*, seja muito difícil, realmente, dizer se é bom ou se é ruim, porque vai depender muito de como o Poder Judiciário vai se portar diante desses novos desafios. Vejo, por exemplo, a matéria de medicamento, internação. Está havendo uma progressiva confiança na atuação do Poder Judiciário, aumento do número de demandas, e o Judiciário tem-se desdobrado para responder da melhor forma possível e aí aumenta ainda mais essa confiança, essa demanda.

Só espero que o Poder Judiciário consiga, diante desses desafios novos, em que ele acaba exercendo o poder no vácuo (ou por falta de norma, ou por uma norma genérica que dê a decisão para o juiz), ter grandeza para lidar com isso. Não entrar em disputa de poder, ter grandeza e abertura para o diálogo; sem a prepotência de considerar que dará a última palavra, porque essa foi a opção do sistema para, a partir disso, decidir como uma autoridade superior em relação a toda a sociedade. Eu acho que se tal ocorrer, as respostas podem ser construídas positivamente.

Vou imediatamente passar a palavra para meu professor, Juarez Tavares, com quem tive a oportunidade de estudar no mestrado e no doutorado da Universidade Gama Filho. Quando me inscrevi na disciplina, estava pesquisando sobre outro tema, a responsabilidade civil, aí pensei: mas será que vai ser útil a minha participação nessa disciplina? Ao mesmo tempo em que fiz a pergunta, eu tinha a resposta pronta. Pensei: tenho certeza de que sim, de alguma forma, pela genialidade, pelo conhecimento, pela capacidade do Professor Juarez. E confirmei essa minha intuição, tendo em vista justamente o tema que é objeto da conferência que o professor hoje vai apresentar, que é a questão das teorias da causalidade. Por quê? Porque nessa matéria a responsabilidade civil vai a reboque dos estudos no Direito Penal.

E eu diria mais: esse é um tema dos mais importantes no Direito como um todo porque, muitas vezes, nos enganamos em relação à causalidade, ficando focado em uma causalidade naturalística, que é absolutamente insuficiente para enfrentar os grandes problemas da causalidade no Direito. Essa história que do nada nada surge, do nada nada se causa é absolutamente insuficiente diante das diversas situações em que um agente está em uma posição de garantidor, e esse agente pode ser muito bem o Estado diante de uma situação de uma pessoa que esteja presa cautelarmente, por exemplo.

Não vou me delongar mais, foi só para justificar a minha alegria, a minha felicidade, a minha enorme honra de estar aqui com aquele que eu considero um dos maiores conhecedores dessa matéria de Teoria da Causalidade, de modo que estarei absolutamente atenta, anotando, não só os conhecimentos que teremos pela exposição, mas também os *insights* que vamos tendo.

A propósito, gostaria de pedir ao professor para depois lembrar qual é o samba, porque, se a decisão dali extraída foi favorável, tenho certeza de que os advogados vão pedir para, na hora da sustentação oral, colocá-lo para ver se dali outros *insights* podem acontecer.

Passo, então, a palavra ao Professor Juarez Tavares, que é pós-Doutor e também Professor visitante na Universidade de *Frankfurt am Main*, na Alemanha, foi Subprocurador-Geral da República, certamente um dos mais ilustres e geniais integrantes daquela digna carreira da República, Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Visitante da Universidade Pablo de Olavide, na Espanha, e da Universidade de Buenos Aires, na Argentina.”

## Teorias da causalidade

**JUAREZ TAVARES**

Professor da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro

“ Muito obrigado pela apresentação. A Dra. Helena realmente foi uma brilhante aluna na pós-graduação. Lamentavelmente, diante de indevida administração, a Universidade Gama Filho fechou as portas. Então, depois de um longo período de produção acadêmica, até relevante, tendo nota quase que máxima da Capes na pós-graduação, fechou as portas, agora, repentinamente, e deixou os alunos na rua da amargura, porque, realmente, está-se tentando ver como se compõe esse novo curso.

É engraçado, o Rio de Janeiro é uma cidade muito própria, porque em todos os lugares que conheço as universidades privadas dão lucro; no Rio de Janeiro, dão prejuízo. Não sei por quê. Ou eles têm uma forma muito esquisita de administrar ou é de propósito, para que essas universidades sejam levadas à bancarrota.

Gostaria de agradecer a oportunidade de estar aqui, especialmente ao Senhor Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que é meu amigo há muitos anos, estivemos juntos em Frankfurt. Ele fazia doutorado na área ambiental e eu era Professor Visitante. Ali convivemos de uma maneira muito íntima, muito intensa. Tenho especial apreço pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Nossa relação é muito próxima em torno desses temas jurídico-penais.

Também é uma honra estar aqui com o Geraldo Prado, com o Pierpaolo Bottini, que re-

presentam no Direito brasileiro posições essenciais, exponenciais e que refletem novas perspectivas de análise de casos, de abordagens nunca antes levadas a efeito pela doutrina penal e processual brasileira.

Senhoras e senhores, o tema da causalidade é interessante porque, quando fui Subprocurador-Geral da República, embora seja especialista em área criminal, participei de sessões na Terceira Turma do STJ, e ali, compunham a Terceira Turma a Ministra Nancy Andrighi, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o Ministro Massami Uyeda e o Ministro Sidnei Beneti; anteriormente, o Ministro Humberto Gomes de Barros, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, grandes ministros que ali participaram desses embates, e ali, Dra. Helena, estava presente sempre a discussão sobre a causalidade, porque a Terceira Turma trata de matéria cível e as discussões eram muito intensas nesse particular, até em relação à causalidade ambiental, danos relevantes para determinadas empresas, proporcionados por algumas gestões fraudulentas no âmbito da empresa. Uma série de condições foi levada à discussão, e esse tema está sempre presente.

Em certa ocasião, o Ministro Villas Bôas Cueva levou à consideração e disse: o Professor Juarez Tavares tem uma obra sobre a Teoria da Causalidade. E ali levou a efeito uma nova teoria da causalidade em que Sua Excelência retratava, de maneira diferente, a causalidade no campo civil. Fiquei muito interessado em como Sua Excelência adaptava a causalidade penal para o âmbito civil, em que era muito brilhante, capaz de ajustar a lei civil ao caso concreto e dar uma solução mais justa, possível ao caso em exame.

Há um professor que deveria homenagear aqui, e é preciso que o homenageie, o Professor Winfried Hassemer, que faleceu recentemente, em janeiro, foi Vice-Presidente da Corte Constitucional da Alemanha, um dos mais notáveis juristas que conheci, na Universidade de Frankfurt, Catedrático de Filosofia do Direito e de Direito Penal. Hassemer tinha uma preocupação muito grande com a relação de causali-

dade, porque, na Alemanha, há muitas questões relevantíssimas de causalidade, não só no campo das lesões ambientais, mas principalmente em lesões que afetam um número indeterminado de pessoas. É conhecido o fenômeno do contergan, da talidomida, e também, do que se denominou recentemente, de “*leather spray*”, ou seja, *spray* para limpeza de couro, que provocou enormes lesões, quase como se fosse um napalm na pele das pessoas que utilizaram esse produto, e isso levou a uma discussão muito grande.

[...] os dados empíricos não são aleatórios; são capazes de serem formulados normativamente. Essa é a ideia exata de uma relação sistêmica de causalidade.

No caso do contergan (observem como Hassemer equacionou essa questão e sua proposição no tocante à causalidade), as mulheres ingeriram o contergan, um medicamento que tinha sido fabricado por uma indústria de cosméticos e que tinha efeitos benéficos para a gravidez. Esta transcorria sem qualquer perturbação, a mulher se sentia muito bem, podia fazer esportes, não sentia nada, nem enjoo nem dor nem nada. Porém, os fetos nasciam com defeitos físicos irreversíveis. Daí, houve um problema: submetido o medicamento à perícia, foi perguntado o que a não ingestão do medicamento produziria? Se as grávidas não tivessem ingerido o medicamento, o resultado teria ocorrido? Não. Art. 13 do Código Penal. Olhem só: então, não havia causalidade, de acordo com o art. 13 do Código Penal. Os peritos disseram: não, não podemos dizer, de jeito nenhum. A não ingestão do medicamento impediria o resultado? Não. Quer dizer que se as grávidas não tivessem ingerido o medicamento o resultado ocorreria? Não. Então, não se sabia exatamente se ocorreria ou não o resultado, ficou indefinida a relação de causalidade. Os peritos não puderam dizer com certeza se a ingestão do medicamento produziria aqueles defeitos danosos nos fetos.

Bom, a situação ficou grave e, daí, Hassemer passou a enfatizar a causalidade de outra forma.

Primeiramente, ele tem uma descrença enorme em uma causalidade fundada empiricamente e diz exatamente assim: uma causalidade determinista não é válida para o Direito, porque, em relação aos homens, o que deve importar serão exatamente normas e valores, e não a relação de causa e efeito, porque o que se destaca aqui para a decisão judicial – diz Rassner – não é o fundamento empírico, mas o conceito de liberdade que impregna na cultura ocidental. Essa é a ideia de Hassemer para a investigação da teoria da causalidade.

Mas é interessante observar que a teoria da causalidade suscita debates muito intensos. Em 1826, Jefferson convida um jurista inglês, eradicado nos Estados Unidos, para escrever um código

penal para Louisiana e para os Estados Unidos. Alguns juristas menos precavidos dizem assim: O projeto era o Código Penal da Louisiana. Mas a Universidade de Frankfurt tem uma biblioteca monumental em matéria penal, inclusive tem um dos raros livros de Direito Penal, de 1501, cujos exemplares são somente cinco no mundo. Ali, captando essas obras, fui verificar o Código Penal para a Louisiana, de 1826, e vi como era a denominação do Código Penal: Sistema de Lei Penal para o Estado da Louisiana e para os Estados Unidos da América. É que Jefferson queria impor um código penal para Louisiana e também estender para os Estados Unidos da América, com uma finalidade específica: romper com a tradição do direito inglês.

O Direito americano deveria, então, conforme essa ideia do Jefferson, a partir daí, ser codificado como semi europeu. Só que Jefferson tinha uma oposição muito grande no Parlamento e perdeu a proposta. Não foi aprovado o projeto, nem para a Louisiana, nem para os Estados Unidos. Ele ficou, então, como um simples projeto.

Interessante o que constava no projeto do Código Penal da Louisiana. Dizia no seu art. 1º: Nenhuma omissão ou nenhum ato pode ser considerado como criminoso se não causar um dano ao Estado, à sociedade e ao indivíduo. Vê-se, portanto, que naquele momento, em 1826,

Livingston assinalava a necessidade da investigação da causalidade para configurar o sistema de delito. E Livingston ainda elabora outro plano, com base na tradição do direito inglês, que ele traz para os Estados Unidos. Dizia ele o seguinte: que nenhum conceito jurídico será válido se não puder ser demonstrado perante os tribunais na sua expressão empírica. Era justamente a influência do empirismo inglês na tradição do Direito e expresso aqui nesse projeto do Código Penal de 1826.

Esse projeto é importante, porque é um projeto que foi influenciar diretamente o Código Criminal brasileiro de 1830. Bernardo Pereira de Vasconcelos foi realmente buscar no projeto do Livingston algumas disposições importantes que caracterizaram as inovações do Código Penal brasileiro de 1830. Então, o projeto é um projeto relevante e poucos conhecem no Brasil e poucos dão importância a esse projeto.

No trabalho que pretendo desenvolver nesse pequeno espaço de tempo, quero apenas levar a cabo uma abordagem que Hassemer mesmo sintetizou e que poderia ser considerada como o ponto nodal de toda a discussão da causalidade, que é a seguinte: em que medida se pode confiar a afirmação da responsabilidade exclusivamente a dados empíricos e até que ponto se pode elaborar uma responsabilidade sem que deles prescindam. Agregada a essa indagação, temos outra solução: se a causalidade está subordinada a uma lei geral ou se basta para a sua determinação o emprego de critérios lógicos de encadeamento. Essa é a grande questão da causalidade.

Primeiramente, a questão da responsabilidade, se é possível fundar-se uma responsabilidade exclusivamente por dados empíricos, até que ponto isso é possível? E até que ponto é possível fundar-se uma responsabilidade sem dados empíricos? Por outro lado, se existe uma Lei Geral da Causalidade, qual é ela? O que anima a causalidade, em termos gerais? Ou se a causalidade é apenas uma expressão lógico-dedutiva e, conseqüentemente, uma expressão abstrata e sem nenhuma correspondência real?

O que se pretende aqui analisar é a possibilidade de uma causalidade que possa retratar tanto

dados empíricos quanto dados normativos, mas vinculada a essa causalidade um sistema jurídico de forma que a decisão judicial, então, possa incorporar também, na análise dos dados empíricos, as limitações que a própria norma estabelece para a configuração desses dados. Então, os dados empíricos não são aleatórios; são capazes de serem formulados normativamente. Essa é a ideia exata de uma relação sistêmica de causalidade.

Como disse a Dra. Helena na minha apresentação, de maneira muito lúcida, em face da sistematização imprimida na Teoria do Crime, o primeiro passo para a fundamentação de uma Teoria da Causalidade foi, justamente, orientar essa causalidade sob uma base naturalística. Esse foi o sentido imposto pela doutrina penal, a brasileira e a italiana, que contemplam, de modo expresso, a regra de causalidade. O Código Penal brasileiro de 1940, no antigo art. 11, hoje art. 13, passou a contemplar a relação de causalidade como extrato fundamental da Teoria do Crime, inspirou-se no Código Penal italiano, que diz exatamente a mesma coisa. Ou seja, o art. 40 do Código Penal italiano diz exatamente que o resultado que depende de senso do crime somente é imputável a quem lhe deu causa e considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Então, o Estado brasileiro adotou essa teoria, a Teoria da Condição, que é, justamente, de fundo naturalístico e que emprega toda a ideia de argumentação jurídica daqui para diante.

Mas a causalidade no Direito Penal é, geralmente, construída sobre elementos singulares. Por exemplo, a conduta de A e o resultado morte de B. Para concluir que a conduta de A produziu a morte de B, os juristas satisfazem, primeiramente, com o critério de eliminação hipotética, que está na base da Teoria da Equivalência. Depois, diante de algumas dificuldades, vão se socorrer de outras teorias, como a Teoria da Causalidade Adequada, da Prognose Póstuma Objetiva, da Causa Relevante, que deu lugar à Teoria de Métrica sobre Causalidade Jurídica Relevante, assim por diante. E, modernamente, quando estão com mais dificuldades, vão se socorrer da chamada moderna Teoria da Imputação Objetiva, descartando, completamente, a ideia de uma dis-

cussão mais profunda sobre a causalidade.

Na verdade, a Teoria da Imputação Objetiva é uma teoria muito interessante, mas eliminou, desde logo, a necessidade de se aprofundar o exame da causalidade. Ela já afirma que tudo bem, vamos, com base na Teoria da Condição, afirmar a causalidade e vamos solucionar as questões agora com base na Teoria do Risco, do aumento do risco, da diminuição do risco, do incremento do risco, do alcance do tipo e assim por diante. E, por isso, já resolvemos o problema da causalidade, não precisa mais discutir a causalidade.

Mas não é assim. Há alguns aspectos que ficam fora do problema da Teoria do Risco. Por exemplo, caso dos crimes omissivos, mencionados pela Dra. Helena. Como, na Teoria dos Crimes Omissivos, é possível retratar-se a Teoria do Risco, aumento do risco ou diminuição do risco nos crimes omissivos? Há um célebre exemplo na Alemanha, que gera grande discussão: no segundo andar de um prédio, há um incêndio e está o pai com duas crianças menores. Ele não pode sair pela porta, porque ela está já contaminada pelo fogo. Então, olha pela janela e vê que está muito alto, são dois andares, para pular com as crianças. Lá embaixo, os vizinhos dizem para ele jogar as crianças. Estendem um lençol e dizem para jogar as crianças, para que caiam no lençol. O pai fica olhando e pensa: como vou jogar as crianças lá? Qual é a certeza que tenho de que essas crianças irão ser salvas, jogando-as para baixo, em cima do lençol? E se elas ficarem aqui, será que morrem? Onde está o Corpo de Bombeiros?

Como acontece nas grandes cidades, ainda na Alemanha, apesar de toda a organização social, o Corpo de Bombeiros demorou. No Rio de Janeiro e em São Paulo, por exemplo, com o trânsito infernal, é impossível saber se o Corpo de Bombeiros vai chegar, suficientemente, no horário ou não. Até um desembargador no Rio de Janeiro morreu sufocado dentro de um apartamento no Leblon, porque o Corpo de Bombeiros não chegou. Então, ele se jogou pela janela, porque estava sendo sufocado. Agora, vejam que ironia do destino, ele havia feito do apartamento um *bunker*, porque tinha muito medo de assalto. Havia colocado portas blindadas e não pôde

abri-las, porque, no incêndio, o aço dilatou e as portas não abriam. Vejam que ele morreu, exatamente, por máxima segurança que pretendia, quer dizer, a segurança exagerada também produz a morte. Essa é uma coisa interessante.

Quando chegou o Corpo de Bombeiros, não havia água para jogar lá. Foi um negócio incrível. Porque, quando abriram o hidrante, este não funcionava. São coisas incríveis. Isso aconteceu na Alemanha. Quer dizer, o exemplo não é brasileiro, é um exemplo alemão, em que o Corpo de Bombeiros tarda para chegar, e o sujeito, desesperado, não sabe o que fazer. Se ele joga as crianças pela janela ou se ele mantém as crianças no apartamento. E, se ele jogar pela janela e as crianças morrerem, vão dizer que ele matou as crianças, porque ele causou a morte física das crianças, atirou-as pela janela e causou fisicamente a morte. Produziu a morte das crianças, por ato comissivo.

Agora, se ele mantém as crianças no apartamento e elas morrem sufocadas: ele é o garantidor, ele realmente fez com que as crianças morressem, não tomou nenhuma atitude. É uma situação delicada, um impasse terrível. Esse impasse não é resolvido pela Teoria do Risco, tem de ser resolvido pela Teoria da Causalidade, e não pela Teoria do Risco. Porque, na Teoria do Risco, de qualquer forma, há um risco que ele tem de debelar em face de ele ser o sujeito garantidor do bem jurídico das crianças.

Vê-se, então, que o aprofundamento da Teoria da Causalidade é importante, não só para o aspecto de uma elaboração concreta da responsabilidade, mas, também, de verificar até que ponto o Direito Penal pode exigir das pessoas algum comportamento.

Por outro lado, se a questão da causalidade envolve não apenas um dado naturalístico, mas também dados normativos, é preciso verificar até que ponto se pode criticar o dado empírico da causalidade. Então, ocorre um fato interessante. Uma professora alemã diz que os juristas sempre entenderam a causalidade sob a perspectiva de uma força, um agente produtor de efeito. Mas, diz ela que a noção de causa hoje está posta em dúvida pela ciência, que, desde a termodinâmica, quer contemplá-la como meio de um critério estatístico

ou como uma das variantes da probabilidade.

Então, praticamente, hoje essa ideia da condição sem a qual o resultado não teria ocorrido é um pouco modificada, para mostrar o seguinte: como posso dizer que uma condição é causa necessária do resultado? Qual é o critério que utilizo? Ou o critério da probabilidade ou o critério estatístico? Ou um critério de suficiência? Qual é o critério que uso, afinal de contas, para dizer que uma condição é uma causa do resultado, porque, sem essa condição, o resultado não teria ocorrido? Ou, com essa condição, posso dizer que o resultado ocorreu? Quer dizer, o resultado foi produzido por essa condição. Qual é o fundamento para eu afirmar essa relação de necessidade? A ciência moderna diz que não há outro fundamento, a não ser a variação infinita do que se possa denominar como probabilidade.

Surge, então, uma questão interessante. Perguntei uma vez a um professor alemão como seria essa questão da probabilidade, como se relacionaria a probabilidade com a relação de certeza e necessidade. E ele disse: é possível, veja bem, por exemplo, vamos pegar um mapa da Alemanha. Se você pegá-lo, verá que muitas cidades, muitos pequenos locais não estão mencionados no mapa, mas você pode verificar, por exemplo, que alguns rios também não mencionados no mapa, mas é evidente que, se tem um rio caudaloso, alguns afluentes ele deve ter, porque nenhum rio caudaloso torna-se caudaloso sem afluentes; então, é provável que houve um engano no mapa e que há, efetivamente, afluentes nesse rio, claro. Aí está a teoria da probabilidade, ou seja, eu posso olhar o mapa e verificar nesse mapa que os acidentes geográficos não constantes ali devem existir em face de uma análise do contexto.

Bom, se é assim, se eu posso dizer que o fenômeno da causalidade não é puramente lógico-dedutível, é um fenômeno que está necessitado de um contexto ou de uma análise de um contexto. Isso no plano puramente empírico. Então, a relação entre um conceito empírico e um conceito lógico de causalidade pode produzir controvér-

sias infinitas se não forem levadas a efeito essas relações lógicas ou empíricas da causalidade em face do contexto.

Então, se a questão da causalidade está vinculada a esses preceitos, pode-se dizer que a responsabilidade daí decorrente está na dependência de um processo pelo qual se possa explicar por que determinada condição seja *sine qua non* para o resultado.

Um russo naturalizado belga, ganhador do Prêmio Nobel de Química, chamado Ilya Prigogine dizia que a ciência da modernidade está subordinada a enunciados gerais e uma das grandes conquistas da ciência da modernidade, diz Prigogine, é justamente o enunciado das chamadas “leis naturais”, mas essa ciência da modernidade, daí a aquisição do Prêmio Nobel é contestada por ele porque a ambição da ciência moderna está fundada num ideal que não corresponde à realidade dos fatos, porque não existe uma lei natural geral de toda organização do mundo; o que existe são várias leis e várias formas de explicação dos fenômenos.

[...] o aprofundamento da Teoria da Causalidade é importante, não só para o aspecto de uma elaboração concreta da responsabilidade, mas, também, de verificar até que ponto o Direito Penal pode exigir das pessoas algum comportamento.

Com base nessa ideia do Ilya Prigogine, desenvolveu-se também outra, a de tratar a causalidade separadamente do que denominou de “explicação causal”. Daí, Dra. Helena, quando se fala da teoria da causalidade, fala-se em uma forma de explicação do fenômeno causal. Mas, modernamente, com o giro linguístico que se propôs com o Wittgenstein, já não se pode mais dizer que há uma absoluta distinção e incompatibilidade entre o que se descreve e o objeto descrito. O objeto descrito está intimamente vinculado à forma da sua descrição. É impossível descrever-se um objeto sem a formulação da sua descrição.

Isso já havia sido pensado no século XIX, um autor não muito lembrado modernamente, principalmente pelo pessoal que não gosta muito da esquerda, não importa se gosta ou não, mas um

autor que se ressaltou de uma maneira muito importante na filosofia política que foi Karl Marx, que dizia o seguinte: *a realidade empírica não é uma realidade empírica tal como ela é; ela é uma realidade empírica tal como é pensada como empírica. Essa é a ideia hegeliana da realidade; justamente a realidade é um objeto pensado, não um objeto real que está desvinculado do pensamento.*

Então, o giro linguístico mostrou que entre causalidade e explicação causal não há diferença. A causalidade, na verdade, é uma forma de se dizer: esse fenômeno se dá dessa maneira. Então, tal forma de explicação desse fenômeno eu denomino de “causalidade”. E por que se chega a essa proposição? Porque modernamente (andei lendo alguns autores ingleses que trabalham a causalidade de maneira muito intensa) na ciência, chegou-se à conclusão de que há processos na natureza que não são causais. E, agora, com a ciência da computação, isso se tornou mais evidente. Por exemplo, quando se coloca em uma relação o monitor de um computador, o disco rígido e os programas que ali geram as imagens no monitor, as imagens de vez em quando tornam-se tão aleatórias que será impossível afirmar qual é a condição sem a qual aquela imagem não se produziria. Então, dizem os teóricos modernos da ciência da computação que há fenômenos na ciência quântica que são não causais.

[...] no campo do Direito, o problema da causalidade está vinculado à conduta humana; [...] então está claro que o conceito de conduta [...] é imprescindível para também fundamentar a afirmação de causalidade.

*Daí o problema da causalidade: se há fenômenos não causais, então o mundo não é causal? Não, o mundo é explicado de conformidade com alguns fenômenos como o causal, mas não necessariamente é causal. Isso importa para decisão judicial? David Hume, em “Inquirição sobre o Conhecimento Humano”, traz o exemplo das bolas de bilhar, em que ele diz que é impossível, em um jogo de sinuca, determinar-se, ao se encostar com o taco na bola branca, se essa bola branca vai percorrer determinada linha diretiva e vai jogar as outras bolas na caçapa. Diz ele que isso é possível como*

*é impossível. É possível que a bola branca alcance a bola vermelha e a coloque na caçapa; é possível que a bola branca alcance a bola vermelha e não a coloque na caçapa; é possível que a bola branca se choque com a vermelha e, ao invés de a vermelha ir para a caçapa, a bola branca vai para caçapa; e é possível até que, por um desastre por parte do jogador, o pano seja rasgado com o taco e não há nada. Então, diz ele, é o problema da causalidade.*

E o que assinala essa relação da causalidade de a bola branca se chocando com a vermelha a colocará na caçapa? É a regularidade dos fenômenos. Posso dizer que se um bom jogador utilizar o taco regularmente de uma maneira tal, batendo na bola branca contra a vermelha, é possível que a bola branca vá cair na caçapa. Mas não há uma afirmação absoluta de necessidade de que, naquelas condições, a bola vermelha cairá sempre na caçapa. Não pode; sempre não; provável. Aí está a grande relação que David Hume desde logo dizia da relação de causalidade com base no sistema da probabilidade.

Ontem houve uma chuva torrencial em Brasília, quando cheguei para a abertura, e lembrei-me de um caso contado por Rudolf Carnap, célebre filósofo da escola de Viena. Ele tinha uma ideia interessante sobre essa história. Ele dizia assim: imaginemos que alguém saia na rua e veja um céu maravilhoso (acontece muito no Rio de Janeiro), céu azul, fantástico, de repente cai uma chuva torrencial e o sujeito se molha todo. Pode acontecer de a pessoa se molhar do seguinte modo: uma pessoa está passando na rua tem uma poça de água, vem

um ônibus (isso é comum no Rio de Janeiro, lá eles fazem qualquer coisa), passa por cima daquela água suja e molha o sujeito inteiro. Então, o sujeito diz: estão vendo? Esse motorista é irresponsável porque eu estou molhado. E diz Carnap: aí está uma atribuição da responsabilidade de alguém em face de um processo causal que eu posso explicar. O processo causal de um ônibus; a água estava ali quieta, veio um ônibus, passou e me molhou,

Imaginem: ele anda na chuva sem guarda-chuva, vai se molhar, e vai atribuir a quem a responsabilidade? Ao célebre São Pedro? Carnap diz que,



quando o ônibus molha o sujeito, ele pode dizer assim: “eu tenho, então, uma capacidade real de atribuir a responsabilidade para o motorista do ônibus e, assim, pedir uma indenização, pelo menos, que ele mande o meu terno para a lavanderia”.

Mas, quando eu saio na chuva, e me molho repentinamente porque não tenho guarda-chuva, o que me resta? Nada mais, porque não há uma identificação da condição causal a quem se possa atribuir uma responsabilidade. Essa ideia de Carnap é interessante porque mostra que, no campo do Direito, o problema da causalidade está vinculado à conduta humana; se está vinculado à conduta humana, então está claro que o conceito de conduta – já que a causalidade é uma forma de explicação dos fenômenos – é imprescindível para também fundamentar a afirmação de causalidade.

Por outro lado, há muitos autores que dizem que a causalidade corresponde a uma lei física, geral, com base na certeza e tal, mas, essa lei física e geral é levada a efeito apenas como um dado capaz de gerar discussões. Discussões em torno da qualidade dos objetos que compõem o fenômeno que pode ser explicado como fenômeno causal.

A primeira dificuldade para a admissão de uma Lei Geral da Causalidade reside em distinguir, realmente, os fenômenos causais e não causais, e aponta em dizer como eu posso aplicar uma Lei Geral de Causalidade em fenômenos não causais.

E há uma segunda dificuldade: é que se uma Lei Geral de Causalidade ainda subsistir, é indispensável saber também como eu posso explicar um fenômeno da causalidade sem estar me vinculando a um conceito de verdade.

Vou explicar o fenômeno: essa maneira aconteceu. Ah! Aconteceu dessa maneira, tudo bem. Quer dizer que o que estou afirmando é verdadeiro? É. Agora, eu tenho um problema. Se o que estou afirmando é verdadeiro, eu dependo, agora, do conceito de verdade. O conceito de verdade é aquele pelo qual eu afirmo que um pensamento corresponde à realidade? O conceito de verdade é aquele que resulta de uma afirmação coerente com a realidade? Uma afirmação que também decorre de outras afirmações coerentes sobre o

mesmo objeto? Ou é aquele objeto, aquele conceito que decorre de uma visão de consenso?

O critério da verdade leva a essas conclusões: ou há um critério da verdade por correspondência ou há um critério da verdade por coerência das afirmações ou há um critério da verdade por consenso. Mas, no fundo, tem um problema: desde o século XIX se diz que o que se pensa não é correspondente exatamente ao que é real, como real empírico; que o real empírico é, na verdade, já desde logo, captado pela pessoa como um real pensado, e não como um real empírico independentemente do pensamento, então, o critério de correspondência é um critério falho, é um critério puramente hipotético.

Por outro lado, se eu digo que o critério da verdade corresponde à coerência dos enunciados, eu posso dizer: bom, é possível que determinados fatos sejam coerentes nas suas afirmações, mas isso não corresponde à verdade. Bertrand Russell, esse notável filósofo inglês, dizia, fazendo uma ironia com os americanos pragmatistas: “imaginem, todos dizem assim que fulano de tal, ontem, tomou chá com torradas. Mas, pergunto eu: e se ele não tomou chá com torradas?” As afirmações todas são coerentes, mas não correspondem à realidade, porque, na verdade, ele não tomou chá com torradas. Então, não é verdadeira a afirmação, coerente, de todos que disseram que ele tomou chá com torradas. Em uma decisão judicial pode ser que haja uma coerência total de testemunhos, de que determinado fato aconteceu dessa maneira, e o fato não aconteceu daquela maneira.

Vejam, por exemplo, agora, na decisão da Justiça japonesa, considerada uma justiça muito rigorosa e muito criteriosa também, que decidiu libertar um sujeito depois de 46 anos de condenação, com todas as coerências possíveis e imagináveis afirmativas da responsabilidade de estupro por parte dele, levado à prisão. Depois de 46 anos na prisão, no Japão, o sujeito é libertado, porque, pelo teste de DNA, foi comprovado que não era ele o estuprador. Vejam que a afirmação coerente não correspondeu à realidade; precisou de uma prova empírica para demonstrar que a afirmação coerente não correspondeu à realidade; mas, uma prova empírica que demorou 46 anos.

Essas são objeções que se fazem em relação à causalidade. Por quê? Vejam, por exemplo, como é difícil equacionar uma teoria da causalidade. Alguns autores, um autor alemão que já morreu, um grande professor de filosofia, Muller, disse: “o problema é que a causalidade pode estar fundada na metalinguagem, na linguagem objeto, na regularidade, na probabilidade, na suficiência das condições, na transmissão de energia”. O problema, então, diz Muller, na verdade, a causalidade está dependendo de uma única coisa: de uma decisão acerca do que efetivamente aconteceu e do que não aconteceu. Então, a decisão leva em conta o contexto no qual o fenômeno se desenvolve para afirmar: realmente, diante dos dados aqui presentes não importa a probabilidade, eu posso afirmar a causalidade ou posso negá-la. A responsabilidade continua sendo incerta, portanto, em face desses dados aqui presentes.

Há uma proposta de dois professores alemães radicados nos Estados Unidos que fugiram da guerra, Hempel e Oppenheim, de uma lei de causalidade com base na regularidade e na probabilidade. Diz a chamada “dedução nomológica da causalidade”: “as condições antecedentes e as proposições universais devem ser levadas em conta como aquilo que nós denominaríamos causa. Mas, por outro lado, deve-se também levar em conta a possibilidade de que, com base na interpretação dos antecedentes das proposições universais, chega-se à conclusão de se poder explicar o resultado pela causa”. Essa é uma moderna concepção de causalidade que foi levada a efeito durante muitos anos nas redes sociais e que se expôs, inclusive, a muitas críticas e a muitas afirmações positivas e que ficou sendo um objeto bem saliente da moderna concepção de causalidade.

E o que resultou dessa concepção nomológica de causalidade? Hempel e Oppenheim dizem o seguinte: “Na relação de causalidade, há dois seguimentos: há uma relação real, à qual não se pode nunca chegar e que depende da perícia, e há uma relação lógica, que é uma relação vinculada à explicação causal. A esta se pode chegar, nós podemos formular várias teorias sobre a causalidade. Essas teorias vão explicar exatamente como nós entendemos o fenômeno.

Ontem o Ministro Barroso disse: há sempre duas facetas, algumas interpretações de uma maneira ou de outra, são ambas, várias, não existe um critério único de decisão correta. Também, no campo da causalidade, não há um critério único de decisão afirmativa da causalidade que possa dizer: essa teoria é verdadeira ou essa teoria é falsa.

Diante disso, o que acontece? Nós podemos equacionar a relação de causalidade diante de outro contexto, partindo da ideia, por exemplo, de que o conceito de conduta não pode ser vinculado exclusivamente na relação entre causa e efeito, mas que o conceito de conduta também está vinculado aos contextos, ao chamado “mundo da vida”, no qual a própria relação de causalidade se expressa. Então, o mundo da vida é que vai disciplinar a decisão judicial sobre a explicação do fenômeno causal.

Podemos invocar, inclusive, a ideia de Habermas, as chamadas “ações estratégicas”, ora comunicativas, ora estratégicas, para mostrar que há uma necessidade de que a conduta humana seja conceituada a partir de sua relação com o mundo vital, e vai lhe fornecer, inclusive, os atributos adequados à sua identificação. Essa é a ideia de vincular, então, a conduta humana ao mundo real, ao mundo social, ao mundo vital, denominado por ele, e também, com isso, possibilitar que a decisão judicial sobre uma relação de causalidade possa ser uma decisão que não se apegue, exclusivamente, ao empírico, mas que o leve em consideração e o vincule ao normativo, de modo a delimitar o âmbito da análise do empírico.

Voltando ao assunto do Contergan. Os peritos diziam, quando perguntados pelo Ministério Público da Alemanha: Peritos, os senhores podem afirmar que a ingestão desse medicamento produziu os efeitos danosos nos fetos? Os peritos disseram que não podiam afirmar. Mas daí se inverteu a ideia de indagação. Um sujeito teve a ideia de dizer o seguinte ao perito: Os peritos podem dizer que a ingestão do medicamento aumentou a chance de que aqueles efeitos se reproduzissem? Sim. Com base em quê? Com base em uma análise puramente biológica dos efeitos do medicamento? Não, com base no contexto. Qual era o

contexto? Todas as mulheres que tiveram os fetos defeituosos usaram o medicamento. Nenhuma mulher que teve os fetos defeituosos deixou de usar o medicamento. Esse é o contexto. Então, não é uma causalidade que deva ser apreciada exclusivamente com base em um dado empírico resultante de uma perícia indicativa daquele dado. A explicação que se dá ao fenômeno é em face do contexto. Esse é o dado.

Por outro lado, vê-se, por exemplo, que esse contexto vai impor outra determinação de causalidade. Suponhamos, aqui, e essa é a ideia, em termos funcionais, que uma pessoa dirija em excesso de velocidade por determinada via e passe por baixo de uma passarela. Nesse momento, alguém se joga da passarela, é colhido pelo automóvel e morre. Na verdade, houve um excesso de velocidade por parte do motorista, e o sujeito se jogou na frente do motorista e morreu. Aí várias teorias foram elaboradas para isso, para verificar se há responsabilidade ou não do motorista.

Há até uma inversão absurda de uma ideia, que se baseia na teoria do risco, na qual o motorista não aumentou o risco da produção do resultado. Por isso, a responsabilidade dele deve ser excluída, embora a causalidade seja presente.

Sim, mas por que não aumentou o risco da produção do resultado? Porque o motorista, vindo a 120 km/h, matou a vítima. Mas se ele viesse a 315 km/h com uma Ferrari, passaria tão rápido pela passarela que, se o sujeito se jogasse lá de cima, a vítima não seria colhida pelo automóvel. Então, o excesso de velocidade não se traduziu no resultado real. Essa é a ideia de imputação objetiva.

Mas nós podemos aprofundar a relação de causalidade nessa hipótese e dizer que, quando se tratar desse fato, não se pode analisar a relação entre veículo e vítima. Deve-se analisar a relação entre veículo e norma que disciplina o tráfico de veículos, porque a norma que disciplina o tráfico de veículos proíbe o excesso de velocidade em determinadas vias, mas não está impregnada de um significado de também proibir o excesso de velocidade para evitar que veículos

não atropelam pessoas que se joguem de uma passarela sobre o seu capô.

Então, há uma determinação da norma de cuidado diferente daquela expressão que concretamente se verificou. Por exemplo, eu estava na UERJ um dia, atravessando a rua da UERJ para pegar um táxi e, de repente, não tinha ninguém na rua, vinha um carro longe. O sujeito acelera de propósito para me dar um susto ou – sei lá – me atropelar. Evidentemente, o problema de atravessar a rua é que a norma de trânsito diz para você se manter em uma velocidade adequada para possibilitar que, se os pedestres forem atravessar a rua, eles possam fazer isso com alguma segurança. Mas a norma de trânsito não impõe que o sujeito mantenha uma velocidade “x” para evitar que pessoas que se joguem de uma passarela sobre o veículo. Isso é impossível. Então, há realmente uma delimitação da análise do contexto em face do significado da norma que disciplina a velocidade proposta naquele dado.

[...] ou há um critério da verdade por correspondência ou há um critério da verdade por coerência das afirmações ou há um critério da verdade por consenso.

Na Alemanha, por exemplo, as rodovias não têm limites de velocidade. Fiquei impressionado uma vez quando fui a Hamburgo. Um amigo meu me disse: Você vai para Frankfurt, dou uma carona a você. Nós vamos com meu carro. Ele tinha um carro potente, fomos com o carro. Estávamos a 220 km/h e ele disse: Olha o que vai passar do nosso lado. Passaram dois carros que sumiram na nossa frente. Ele perguntou: Você sabe que carros eram aqueles? Nem vi direito. Eram dois Bugatti, cuja potência é de 1100 cavalos. Um carro tem 1100 cavalos e anda nas estradas alemãs a mais de 300 km/h. E isso é permitido. Se é permitida a velocidade a mais de 300 km/h, vejam, então, como a disciplina da causalidade naquele país é diferente do que se poderia imaginar. A explicação do fenômeno causal tem que ser levada em conta em face do contexto. A norma autoriza

alguém a andar a 300 km/h. Como se 300 km/h não fosse uma velocidade terrivelmente perigosa. É sim, mas a norma autoriza. Portanto, a explicação causal tem que estar vinculada também às delimitações da própria norma que disciplina aquela atividade.

Há muitas coisas a dizer sobre a relação de causalidade. O que eu posso dizer também é que a decisão judicial é uma manifestação de justificação do fenômeno. Portanto, posso resumir toda a ideia de causalidade no seguinte: a relação de causalidade se confunde com a própria explicação causal. Esta, por sua vez, não constitui uma simples afirmação de dados empíricos, mas implica uma decisão que tem como pressuposto um determinado conceito de conduta e um critério de verdade. Assim, posso concluir que a apre-

ensão da realidade da causalidade não é uma operação de simples identificação, de simples registro ou de modelagem, mas de justificação de critérios postos em execução para demonstrar que aquele fato se deu daquela maneira.

Portanto, cabe, na decisão judicial, uma análise do fenômeno da causalidade, não em face exclusivamente dos dados empíricos, mas sim em face do que se disciplina normativamente acerca desses dados empíricos. Aí posso dizer que a decisão judicial é realmente louvável, porque decidir em cima desses aspectos e levar em consideração o contexto e todas as condições que interferem na posição do resultado deve ser louvada como uma decisão que deve ser tomada dentro do Estado democrático e, conseqüentemente, asseguradora da liberdade individual.”

**HELENA ELIAS PINTO**

Juíza Federal da Seção Judiciária  
do Rio de Janeiro

“ Agradecendo a conferência do Professor Juarez Tavares, observo que ficou bem demonstrado que o aprofundamento do estudo sobre o tema da causalidade pode proporcionar decisões mais justas. Portanto, é um privilégio poder presenciar mais uma vez uma de suas magníficas e memoráveis aulas, Professor Juarez Tavares, matando um pouco da saudade.

Queria dizer também para a plateia que está até agora agradecendo que combinei com ele que ele falaria por quanto tempo quisesse, sem limite. E o fiz porque há coisas que transcendem o tempo: há valores humanos que o relativizam e posso dizer que empregamos muito bem o nosso, ouvindo as suas belas lições.”



Celso Campilongo, Raffaele De Giorgi, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Marcus Faro de Castro.

## ***Argumentação Jurídica a partir da Constituição***

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR**

Professor da Universidade de São Paulo

“ É com muita satisfação que tenho a honra de presidir este painel, que tem por objeto o tema Argumentação Jurídica a partir da Constituição.

Inicialmente, gostaria de transmitir a todos uma palavra do Professor Heleno Taveira Torres, que seria o presidente designado para esta mesa. Por questões absolutamente invencíveis, ele não se fez comparecer pelo que lamenta muito e pediu-me que transmitisse as escusas à organização do evento e, mais que tudo, à distinta assistência e aos ilustres conferencistas deste painel pela manhã. Ele se sente muito honrado, mas resolveu contribuir para o declínio da qualidade dos trabalhos com a minha substituição – pelo que peço desculpas à assistência – que é absolutamente detrimetosa para o evento e para todos aqui presentes.

Sem mais delongas, faço a apresentação do painel, que será composto por três grandes nomes nacionais e internacionais da área da Teoria do Direito, do Direito Constitucional, do Direito Concorrencial. São nomes que ultrapassam os limites estreitos de determinadas áreas do Direito. Farei, agora, a apresentação do currículo do Professor Celso Fernandes Campilongo, que irá nos brindar com sua exposição inicial. Em sequência, falará o Professor Raffaele De Giorgi e, finalmente, o Professor Marcus Faro de Castro.

Cada um dos expositores terá um tempo máximo de quarenta minutos, e as explanações serão precedidas de uma rápida apresentação do currículo, que será feita sequencialmente para que não fiquemos muito cansados.

Também gostaria de saudar a honrosa presença na assistência do Professor Fernando Araújo, Catedrático da Universidade de Lisboa, que muito nos honra com a sua presença nesta manhã e que

participará dos eventos no período da tarde.

O Professor Celso Campilongo é pós-Doutor pela Universidade de Salento, na Itália. É meu ilustre colega, Professor da Universidade de São Paulo, e também da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É colaborador do núcleo de pesquisa em Direito Sanitário e tem uma participação também na imprensa, como colaborador do prestigioso jornal O Estado de São Paulo, professor da Universidade de Salento, do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, além de exercer advocacia em Campilongo Advogados Associados.”

**CELSE CAMPILONGO**

Professor da Universidade de São Paulo

“ Em primeiro lugar, quero agradecer ao Conselho da Justiça Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e, de modo especial, ao Ministro Ricardo Cueva, coordenador, organizador científico deste evento, pelo convite.

Gostaria, também, de saudar a todos. É uma grande honra participar de um trabalho coordenado, presidido pelo Professor Otavio Rodrigues, meu colega na Universidade de São Paulo; pelo Professor Marcus Faro de Castro, também um colega que admiro, da Universidade de Brasília; e pelo Professor Raffaele De Giorgi, com quem eu tive a oportunidade de trabalhar com muita proximidade, na Itália, na cidade de Lecce, durante dois anos. Tenho o Professor De Giorgi como um orientador intelectual da minha carreira.

O tema que me foi proposto: Argumentação Jurídica a partir da Constituição. Poderia dizer que, de algum modo, acompanhei as palestras de ontem e ele esteve presente em todas. Apesar de uns discutirem a relação entre Direito e Economia, outros discutirem a interpretação jurídica, a questão da argumentação jurídica acaba aparecendo em todas as exposições. É o tema deste painel, mas, na verdade, é uma continuidade daquilo que discutimos na sessão de ontem.

Será que há efetivamente uma mudança, uma variação nos critérios de exame de questões jurídicas, de decisão de questões jurídicas que tenham me conduzido a uma mudança de uma relação, como por exemplo, o que falou ontem o

Professor Tércio: durante um período, a questão da decisão judicial esteve vinculada ao binômio legislação e doutrina e a hermenêutica jurídica servia, digamos, como um elo entre esses dois elementos, a legislação e a doutrina. Parece que, nos últimos tempos, essa relação se inverteu.

E agora, mais que lei e doutrina, parece que temos um binômio entre a jurisprudência que os tribunais decidem, as decisões judiciais de um lado e a doutrina. E aí o foco se desloca de uma teoria da interpretação jurídica, da hermenêutica jurídica para a questão da argumentação jurídica. Na verdade, existe um contínuo, evidentemente, entre estas coisas, a argumentação precede a interpretação e nos conduz ao momento de aplicação da lei. Essas coisas podem ser separadas, mas, no fundo, estabelecem uma relação de continuidade. Não é tão trivial separar argumentação, interpretação e aplicação do Direito.

Tais mudanças se fazem notar com maior intensidade, é verdade, nas últimas décadas. A questão é nos perguntarmos por quê? O que tem provocado esta variação? Essa passagem que vai de uma hermenêutica jurídica para uma teoria da argumentação jurídica. Afinal de contas, será que eu tenho no sistema jurídico transformações tão radicais que conduzam a uma variação, a uma mudança no estilo de argumentação jurídica? Acho que, na verdade, podemos, efetivamente, identificar alguns motivos, algumas razões para essas transformações. Especialmente, poderíamos tentar identificar quais as razões mais atreladas à realidade brasileira. Isso não é de forma alguma um fenômeno brasileiro nem tampouco um fenômeno isolado; é um fenômeno global. Eu percebo isso na Europa, eu percebo isso nos Estados Unidos.

Mas, mesmo com essa abrangência, é possível identificar, no espaço e no tempo, peculiaridades da realidade brasileira, detalhes da nossa situação social, da nossa situação econômica que, de algum modo, contribuem para a compreensão da especificidade nacional do problema, mesmo reconhecendo que esse não seja um problema exclusivamente nacional, nós não estamos tratando, evidentemente, de nenhuma jabuticaba.

Estamos em um período de comemoração de

50 anos de resistência à ditadura militar, ao golpe militar de 1964, e tratar, digamos, das nossas especificidades faz-me lembrar, na presença do Professor Otavio – um especialista em questões de ensino jurídico e que está acompanhando os trabalhos da Ordem dos Advogados a respeito de propostas de reforma do ensino jurídico – de discussão a respeito do ensino jurídico. Esta teve origem em palestra, que, em 1968, um professor emérito da Universidade de São Paulo, Professor Florestan Fernandes, a fina flor do pensamento sociológico uspiano, foi convidado a fazer na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em princípio marcada para o espaço mais importante da faculdade, o salão nobre. O ano de 1968 foi um ano turbulento na vida nacional, na vida estudantil nacional e mundial, e o diretor da Faculdade de Direito proibiu que o Professor Florestan Fernandes fizesse a conferência no salão nobre.

A questão é saber: afinal de contas, argumentar com base na Constituição significa romper com qualquer tipo de autonomia operacional do sistema jurídico?

Há, na Faculdade de Direito da USP, uma sala que é praticamente controlada pelos estudantes. Os estudantes determinam a agenda de ocupação daquela sala, uma sala chamada “sala do estudante”. Transferiram do salão nobre para a sala do estudante a fala do Professor Florestan Fernandes e o diretor proibiu também que o Professor Florestan falasse na sala do estudante. Não tendo outro espaço nobre da escola para oferecer a um professor emérito da universidade, os estudantes levaram o Professor Florestan para um porão ali da faculdade, onde funciona o Centro Acadêmico 11 de Agosto.

O que vou narrar foi dito em 1968, por conta dessas razões todas, pelo Professor Florestan, nos porões da Faculdade de Direito. Isso acabou se transformando em um livro muito importante a respeito da universidade brasileira, chamado “Universidade e Desenvolvimento”. Ali, o Professor Florestan disse o seguinte: a universidade

de brasileira [1968, não acredito que o discurso seja de forma alguma defasado, continua, ao contrário, de muita atualidade] tem, digamos, uma história, uma tradição que é muito diversa da europeia e que é muito diversa, inclusive, daquela portuguesa. Sequer a universidade portuguesa possuía as características do ensino superior que no Brasil foi se formando e se desenvolvendo.

Não é aqui o momento nem é objeto da palestra tratarmos da universidade brasileira, dos cursos jurídicos brasileiros, mas acho que isso prepara o terreno para que eu tente compreender os problemas da argumentação jurídica com base na Constituição, na realidade brasileira.

Dizia a Florestan: nosso primeiro problema no ensino superior é o fato de que ele não nasce como um ensino propriamente universitário, mas nasce de modo muito fragmentado: as escolas isoladas de Medicina, de Engenharia e, depois, as de Direito, em São Paulo e no Recife. Isso já traz um peso

para o nosso ensino superior, quer na área da Medicina, quer na área da Engenharia, mais especificamente naquilo que nos interessa, na área do Direito, dessa segmentação, dessa fragmentação não tão

compatível com a ideia vigente na Europa e em Portugal a respeito da universidade.

Como se não bastasse essa característica muito segmentada, diferentemente daquilo que ocorria na Europa também, e mesmo nos Estados Unidos, dizia o Professor Florestan Fernandes: enquanto na Europa a universidade desempenhava um papel criativo, de imaginação institucional, capaz de oferecer alternativas reflexivas para a realidade dos respectivos países, entre nós essas escolas isoladas surgem muito mais como repetidoras daquilo que tradicionalmente se fazia em centros culturais mais importantes, particularmente da tradição europeia, e não se preocuparam muito com o exercício dessa criatividade; criatividade, por exemplo, no campo da pesquisa. E faz a ressalva: “Mesmo nos Estados Unidos, as universidades americanas ofereceram uma contribuição importante para repensar as instituições norte-americanas. Mas, no Brasil,



isso não teria acontecido”.

E, finalmente, a terceira crítica que fazia o Florestan dizia respeito a certa obsessão do ensino superior brasileiro com o título, com o diploma. Antigamente com o título de bacharel; hoje, possivelmente com um reforço do título de bacharel com o de doutor, com o de mestre. Mas essa obsessão com o título também descolou um pouco a universidade de uma preocupação com a sua função social, atrelada à criatividade e atrelada a essa unidade ou universalidade do conhecimento, típica da ideia de universidade. É possível se nós transportarmos essa ideia para um debate específico – estou falando agora sobre argumentação com base na Constituição, mas poderia ser qualquer outro tema de relevância para o campo do Direito.

Levando em consideração essa nossa tradição universitária, é possível que a preocupação ou a especificidade com a realidade brasileira acabe ficando em um plano muito secundário, o que significa discutir a Constituição ou argumentar em juízo, com base na Constituição, por exemplo, em um país que tem a terceira bolsa de valores mais importante em termos de volume de recursos do mundo (isso foi dito por um dos expositores de ontem). O que significa discutir argumentação com base na Constituição em um país que saltou, no arco de dez anos, de um número de três milhões e meio de motocicletas – uma coisa aparentemente trivial e que aparentemente tem muito pouco a ver com o Direito – para um número de dezoito milhões de motocicletas, dez anos depois? A mesma multiplicação eu poderia fazer em relação ao número de veículos.

O que dizer de um país que, nos últimos vinte anos, acrescentou, em termos nominais ao seu PIB, o PIB de duas Argentinas? Em vinte anos, foi o que aconteceu com o Brasil. Em termos nominais, se tomarmos a comparação, hoje, o Brasil com um PIB cinco vezes maior do que o PIB argentino, se crescer a uma taxa de 4%, 5% ao ano, enfim, uma taxa de crescimento talvez até modesta comparada às taxas de crescimento chinesas, isso significa, em quatro ou cinco anos, acrescentar ao PIB brasileiro mais um PIB argentino.

O que significa tratar da argumentação com base na Constituição em um país onde tenho um controle descentralizado da constitucionalidade, onde um juiz de primeira instância pode eventualmente desempenhar ou começar a desempenhar esse papel de controle da constitucionalidade? Em outras palavras, o que estou querendo dizer? Temos uma realidade socioeconômica de um lado e, de outro, um aparato institucional, uma forma de exercício de controle de constitucionalidade e de abertura de espaço para argumentação, com base na Constituição, que não é aquilo que usualmente verificamos em todos os países. Então, há peculiaridades, aspectos que são brasileiros.

A questão é saber: afinal de contas, argumentar com base na Constituição significa romper com qualquer tipo de autonomia operacional do sistema jurídico? Dizer que eu tenho um juiz ativista, vale dizer, um juiz que, de um lado, goza de elevada autonomia e, de outro lado, goza também de elevada criatividade – e por conta desses dois fatores, elevada autonomia de um lado, respeito às prerrogativas e à independência do magistrado de um lado, e, de outro, inevitável espaço para a criatividade em um momento da decisão judicial.

Será que essa elevada autonomia é o suficiente para romper completamente com a unidade do sistema jurídico? Será que isso vai fazer com que eu perca a dimensão daquilo que é a normatividade especificamente jurídica? Ou de qual o tipo de programação da comunicação jurídica que permite um tipo de enlace que não precisa ser necessariamente vinculado àquele enlace encadeado, de normas jurídicas à moda de uma estruturação do ordenamento jurídico com base em um escalonamento ou em graus, à moda do que imaginava o Kelsen?

Será que eu não posso pensar esse encadeamento que me permita identificar a especificidade da comunicação jurídica, da normatividade jurídica e, portanto, também, da argumentação com base na Constituição sem fazer com que o Direito acabe por se confundir com a Economia, ou acabe por se confundir com a política? Que ideia está por trás de dizer-

mos que o Supremo Tribunal Federal desempenha uma função política? Desempenhar uma função política, no Supremo Tribunal Federal ou no juiz de primeira instância, que tem a possibilidade de levar adiante algum modo de controle de constitucionalidade?

Fazer política significa substituir os critérios do Direito por outros critérios valorativos, principiológicos, morais, que eventualmente se descolam de critérios jurídicos? Ou será que é ao contrário? Ao fazer isso, essa abertura sem critérios do sistema jurídico ao ambiente econômico, político, social que o circunda, nós não corremos o sério risco de perdermos aquilo que é importante e relevante para o Direito?

Temos nos últimos anos, por exemplo, no caso do ensino jurídico, aprofundado muitíssimo a nossa preocupação em abrir o conhecimento jurídico para o conhecimento de outras áreas. Então, é muito comum que tenhamos cursos até mesmo na pós-graduação, na graduação, do tipo Direito e alguma coisa, Direito e Psicanálise, Direito e Cinema, Direito e Literatura, Direito e Economia, Direito e, enfim, o que vocês bem entenderem. É algo muito comum, alguém poderia imaginar: é exatamente isto que os cursos jurídicos precisam: de uma abertura para o ambiente que o circunda.

Eu não tenho nada contra essa abertura, o que me intriga é a possibilidade de que essa abertura “Direito e alguma coisa”, “Constituição e alguma coisa”, acabe funcionando como uma técnica não jurídica que perde a especificidade daquilo que é próprio da contribuição jurídica para uma sociedade complexa. Será que argumentar com a Constituição em um juiz que desempenhe uma posição política, pode significar ignorar a Constituição, ir além da Constituição, ou substituir o texto constitucional por uma interpretação subjetiva?

Vivemos em uma quadra em que é muito frequente, muitos dos senhores são juízes e sabem disso muito melhor do que eu que sou acadêmico, a conflituosidade social chega ao sistema jurídico e particularmente ao núcleo do sistema jurídico, vale dizer, chega aos tribunais sem passar por aquilo que na aula de ontem o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior chamou de filtros do sistema jurídico, essa conflituosidade chega

ao interior do sistema jurídico sem a mediação desses filtros. Que filtros são esses? São os filtros da normatividade jurídica, são os filtros oferecidos por contratos, por atos administrativos, por leis, por tratados.

Essa conflituosidade, muitas vezes, passa ao largo desses filtros e chega ao núcleo do sistema, ou seja, chega ao gabinete do juiz com uma peculiaridade, com uma diferença que não foi muito ressaltada no dia de ontem. Diferentemente do sistema político ou do sistema econômico, que são sistemas que não criam para eles mesmos a auto-obrigação de decidir, o sistema jurídico se diferencia da política e da economia, dentre outros motivos, por essa especificidade. O sistema jurídico e particularmente a sua organização central, os tribunais, se auto-obrigam a decidir.

O juiz não pode se furtar a tomar uma decisão dizendo: não tenho lei aplicável, não tenho clareza no contrato. Está obrigado a decidir, apesar da ausência, muitas vezes, desses filtros, o que torna a criatividade da atividade jurisdicional inevitável e o que torna, também, o processo de argumentação bastante variado e amplo, diante dessa combinação de um aumento do acesso à Justiça, da falta de filtros de um lado e, de outro, da obrigação de decidir e que, por vezes, essa argumentação jurídica acabe resvalando por aspectos pouco controláveis pelo sistema jurídico.

O recurso constante aos princípios ou aquilo que a Ministra Eliana Calmon chamou em alguns momentos de “farrá dos princípios” pode significar muitas vezes um abandono desses critérios de especificidade da argumentação jurídica e a substituição disso por critérios absolutamente subjetivos. Durante muito tempo imaginou-se, por exemplo, a certeza do Direito, um valor tão importante para o desempenho das funções jurisdicionais, um argumento tão importante, de modo especial, para o jurisdicionado, da seguinte maneira: o mundo externo ao sistema jurídico é um mundo turbulento, é um mundo confuso, variável; é preciso que tenha um núcleo, um centro, capaz de controlar a instabilidade externa ao Direito, a instabilidade econômica, política, social. Imaginou-se que esse núcleo de controle da instabilidade externa pudesse ser oferecido pelo

sistema jurídico e, especialmente, pelo Direito Positivo e, de modo particular, durante um período, pelas grandes codificações.

Ao longo do século XX, aos poucos essa crença ingênua no Direito Positivo como um centro de certeza foi cedendo espaço a outro tipo de percepção. Começou-se a identificar que a legislação, os códigos não eram assim tão completos, tão consistentes, tão coerentes, capazes de conferir estabilidade a um mundo econômico e político instável, e poderia, exagerando um pouco aqui para efeitos retóricos e didáticos, imaginar a economia, grandes princípios políticos, uma concepção a respeito da história que oferecesse um horizonte claro de possibilidades em relação ao futuro que esse tipo de construção, ou seja, de que valores externos ao sistema jurídico, valores políticos, econômicos, morais, pudessem controlar uma instabilidade identificada agora como interna ao sistema jurídico.

O sistema jurídico é inconsistente, é incoerente, é pleno de antinomias, lacunas e contradições, é preciso que haja uma orientação política ou econômica clara e, dessa maneira, vou conferir certeza ao Direito. Em outras palavras, eu substituo a ambição de uma certeza construída interiormente ao sistema jurídico por uma ambição de certeza conferida exteriormente pela política, ou pela economia, ao sistema jurídico. Em termos de teoria jurídica, poderíamos dizer: enquanto a primeira concepção, a certeza interna ao Direito, está muito vinculada àquilo que costumamos chamar de “jurisprudência dos conceitos”; de outro lado, a certeza oferecida do ponto de vista externo ao Direito, com base nos valores, com base nos interesses, está muito próxima daquilo que a teoria jurídica identificou, muitas vezes, como jurisprudência dos interesses.

É claro que o estilo de argumentação, se eu trabalho com a jurisprudência dos conceitos ou se eu trabalho com a jurisprudência dos interesses, é muito distinto. A argumentação é importante tanto em um momento como no

outro, mas o estilo da argumentação diferencia. É possível que nessa mudança esteja aquilo que o Professor Tércio identificou como uma passagem da importância da lei para a importância da jurisprudência e, conseqüentemente, no lugar da abstração e da generalidade da lei à especificidade e à concretude do caso, da decisão específica.

Mas, é provável também que talvez essa seja uma maneira de se compreender, em uma sociedade com as transformações pelas quais vem passando a sociedade brasileira, no estilo de argumentação judicial, cada vez mais frequente nos nossos tribunais, que nós estejamos adentrando a uma quadra de difícil descrição, de difícil compreensão, mas na qual se percebe, não é possível identificar, que nem aquele momento da certeza interna ao Direito nem o segundo, supostamente da certeza externa ao Direito, nenhum desses momentos parecem momentos compatíveis com a realidade do final do século XX, do início do século XXI.

Temos nos últimos anos, por exemplo, no caso do ensino jurídico, aprofundado muitíssimo a nossa preocupação em abrir o conhecimento jurídico para o conhecimento de outras áreas.

De um lado, poderia dizer que a sensação de indeterminação de vagueza, de ambigüidade, de incerteza interna ao Direito persiste. Mas, ao lado disso, começa a ficar, cada vez mais claro, também que tenho a percepção da vagueza, da indeterminação, da incerteza, daquelas propostas que supostamente poderiam oferecer uma certeza exterior ao Direito. Em outras palavras, pode-se imaginar que eu tenha centros de certeza oferecidos pela moralidade, pela política, pela economia, numa quadra na qual não se vislumbra uma perspectiva de evolução histórica, de proposta filosófica, de idealismo político hegemônico, mas o que tenho é muito mais um momento de incerteza interna ao Direito, combinado com um momento de incerteza externa ao Direito, o que, de forma alguma, esvazia a necessidade de

um reforço na argumentação jurídica, porém não como uma técnica de fazer com que o Direito abra a mão de critérios operacionais próprios do Direito e os substitua por critérios que a política e a economia também não têm como oferecer.

A questão é encontrar um ponto de equilíbrio entre a certeza interna, ou melhor, a incerteza interna e a suposta certeza externa, ou melhor, a incerteza externa. Tentar encontrar mecanismos próprios do Direito, da operacionalidade jurídica, capazes de combinar essas duas incertezas com a técnica de aplicação jurídica do Direito.

[...] será que confiar, cegamente, na capacidade dos princípios, oferecendo uma orientação para um jogo com as regras e com os princípios, com os valores e com as metas, como que caracteriza a sociedade contemporânea?

Há ainda muita coisa para falar a respeito disso, mas já me deram aqui o aviso de tempo esgotado e com certeza meu colega, Professor De Giorgi, vai trazer um texto que me apresentou anteriormente. Ele vai falar justamente a respeito disto, de qual é a filosofia da história que está por trás dos princípios, o que está por trás da ideia, da ambição de se controlar na véspera um futuro que, inescapavelmente, é um futuro incerto, indeterminado. E trabalhar com critérios de incerteza e indeterminação própria, os da política e da economia, e com critérios de incerteza e indeterminação também próprios do Direito. Então ele vai continuar na mesma toada em que eu estou.

Professor De Giorgi, para quem não conhece, é um dos maiores especialistas internacionais em Teoria dos Sistemas, trabalhou durante muitos anos diretamente com o grande mentor da teoria dos sistemas, que foi, sem dúvida alguma, Niklas Luhmann. Ele tem inclusive um livro escrito juntamente com o Luhmann, chamado “Teoria da Sociedade”, que funciona como uma espécie de um esboço preparatório para a última obra do Luhmann, um esforço de síntese do Luhmann, da sua construção teórica, que é um livro chamado “A Sociedade da Sociedade”, precedida por um livro chamado “Teoria da Sociedade”,

escrito pelo Professor De Giorgi em conjunto com o professor Niklas Luhmann.

Tomo a liberdade de concluir, contando um caso, já que estamos às vésperas da Copa do Mundo. Trago um exemplo futebolístico que o professor De Giorgi me contou. Vou estilizar o discurso, adaptar aos efeitos da nossa conversa sobre a argumentação jurídica em contextos de incerteza. Um artigo muito famoso do Luhmann, que ele não publicou em vida, sobre o décimo segundo camelo. A primeira apresentação desse artigo, em uma conferência, ocorreu em Napoli e em um seminário organizado pelo professor De Giorgi. O texto sobre o décimo segundo camelo trata da argumentação jurídica, da interpretação do Direito, trata de temas que estamos aqui discutindo de algum modo.

E dizia o professor De Giorgi que, depois da apresentação desse texto, foram para uma localidade na Itália, estavam em uma posição em que era possível ver na rua um grupo de quatro, cinco garotos, jogando futebol. Uma bola, dois times, quatro ou cinco garotos, objetivando as metas opostas, observando as regras do futebol. E, na medida em que os dois conversavam, chegaram a esse campinho improvisado na rua outros garotos com outra bola e começaram a participar do jogo também. Formaram outros dois times, e o jogo se desenrolava no mesmo campo, com quatro times e duas bolas.

Mais um tempo, chegam mais alguns garotos e vem aquela farra instaurada, têm também uma bola e montam lá uma nova equipe e começam a jogar com três bolas, com várias metas, com vários gols e com vários times. O Professor Niklas Luhmann, vislumbrando aquela situação complexa, comenta com o Professor De Giorgi o seguinte: olha, essa minha teoria a respeito da sociedade moderna, de uma sociedade complexa, encontra um exemplo nisso que a garotada está fazendo.

As pessoas tendem a imaginar a sociedade como se fosse formada por um conjunto de regras, conjunto de princípios e que eu tivesse

apenas dois times jogando na forma do padrão, nas regras oficiais do jogo de futebol, quando, na verdade, a sociedade funciona muito mais de maneira parecida com aquilo que os garotos estão fazendo: várias bolas, vários times, várias metas, falta de clareza a respeito das regras, falta de clareza a respeito dos princípios que organizam esse jogo.

Pergunto eu: será que confiar, cegamente, na capacidade dos princípios, oferecendo uma orientação para um jogo com as regras e com os princípios, com os valores e com as metas, como que caracteriza a sociedade contemporânea? Será que essa é uma postura prudente, como convém à prudência dos magistrados? Será que posso, de fato, confiar em um direito fundamental a pretensões ilimitadas? Ou posso confiar em um horizonte muito claro e preciso de possibilidades em relação ao futuro, mas pensando causalidade não nos termos em que ela foi apresentada – corretamente e de forma brilhante – ontem pelo

Professor Tavares, não de forma a imaginar a causalidade como algo que possa ser observado *a posteriori*. Na generalidade dos casos, quando aplico a Teoria da Causalidade ao Direito Penal, faço uma observação *a posteriori* daquilo que ocorreu e das relações causais. É possível, *a posteriori*, identificar relações de causalidade.

Mas será que é possível, de maneira antecipada, na véspera, vislumbrar o futuro e atribuir ao magistrado – ou a quem quer que seja nesse contexto, a agravante com o magistrado é que ele tem a obrigação de decidir: é o princípio da proibição de denegação de justiça, é o *non liquet* – a capacidade de ele, magistrado, vislumbrar e indicar um futuro supostamente certo, inequívoco e que possa ser atingido por conta de relações causais observadas não *a posteriori*, mas supostamente observadas no momento da decisão judicial? Com que capacidade de controlar as consequências da decisão? E mais do que isso: com qual legitimidade?”

## OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Professor da Universidade de São Paulo

“ Agradeço ao Professor Celso Fernandes Campilongo por essa exposição tão brilhante e tão importante no debate atual sobre a utilização dos fatores de correção externos ao Direito. Fiquei bastante feliz com o que ouvi, acho que é um discurso que precisa ser difundido. Estamos realmente em um processo de reflexão profunda sobre a utilização desses mecanismos externos. É o abandono dos filtros que o Direito, durante tanto tempo, desenvolveu. Nem tanto ao recurso, aos fatores internos, mas também nem tanto a essa pan-principiologia, que hoje nos causa tanto constrangimento epistemológico.

A respeito disso, lembro-me de uma história que se conta do professor da Universidade de Bonn, Professor Josef Isensee. Ele foi procurado por um orientando que falava da insuficiência do Direito, da impossibilidade de resolver os problemas a partir do Direito e ele disse: “Meu caro, você é um jurista. Não se diminua tanto. O Direito tem a capacidade de resolver os problemas – não todos, mas tem capacidade de resolver. Não caia no risco de tentar – e aí é uma tradução livre – macaquear a Filosofia, a Sociologia, a partir da redução a elementos tão simplificadores e reducionistas que acabam fazendo com que o jurista, quando entra nessas áreas, acabe sendo visto com certo ar de mofa pelos sociólogos e filósofos”. Há espaços que precisam ser preservados, e a manifestação do Professor Campilongo foi absolutamente oportuna no momento em que esse debate se coloca claramente no Direito brasileiro.

Reitero meus parabéns e minha satisfação pelo que ouvi aqui, o que não é absolutamente algo que surpreenda, vindo de Vossa Excelência. Passo agora a palavra ao Professor Raffaele De Giorgi. Como muito bem salientado pelo Professor Campilongo, o Professor De Giorgi é um dos grandes nomes do Direito Internacional e com conexões pessoais com Niklas Luhmann. Este evento, diria eu, está bastante “luhmanniano”. Temos aqui o Professor Campilongo. Tivemos o Professor Marcelo Neves e hoje o Professor De Giorgi que vai nos falar sobre este tema bastante complexo, que é a argumentação jurídica na Constituição.

Como dever que me cabe, como Presidente de Mesa, embora desnecessário, farei uma rápida apresentação do Professor De Giorgi. Ele é doutor em Filosofia pela Universidade de Roma, professor da Universidade de Lecce, na Itália, fundador do Centro de Estudos sobre risco da Universidade de Lecce, professor visitante do *Max Planck Institute für europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt a.M., na Alemanha, da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Comahue, na Argentina, e na Universidade de Guadalajara, no México. É pesquisador da Fundação *Alexander von Humboldt*, na Alemanha. Professor visitante na Universidade Federal de Santa Catarina, na Universidade Federal do Paraná, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na Universidade de São Paulo e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É Secretário-Geral da Academia Europeia de Ciências e Filosofia do Direito, na Alemanha, além de vários outros títulos. Apenas faltou um, aqui, na qualificação do Professor. Ele é, acima de tudo, um amigo do Brasil. Isso muito nos orgulha, nos deixa muito felizes em recebê-lo.”

**RAFFAELE DE GIORGI**

Professor da Universidade del Salento,  
Lecce – Itália

Agradeço ao Conselho da Justiça Federal pelo convite, é uma honra para mim. Agradeço também ao Senhor Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao Presidente da Mesa e seus integrantes, ao Professor Marcus Faro de Castro e, de maneira muito especial, ao Professor Celso Campilongo, que fez uma esplêndida palestra e que me honra com sua amizade e palavras.

**I.**

Diante do tema proposto, ocorrem-me três questões: por que *argumentação jurídica a partir da Constituição*, e não simplesmente *interpretação da constituição*? Por que refletir sobre a unidade de um processo que termina por oferecer uma justificativa de si mesmo, e não ao contrário, refletir sobre as diferenças que são inerentes ao resultado de tal processo? Por que observar a *estrutura* de um processo e não a *função*?

A ideia presente no título sugerido nos remete a um horizonte específico do pensamento constitucional contemporâneo: um horizonte que se autodefine *neoconstitucionalismo*.

Considero fundamental iniciar com esse esclarecimento, pois o termo não indica apenas um entre muitos outros *neoísmos* que são da moda: tal proposta é um dos produtos que mais está em moda no mercado atual de ideias. Como todas as modas, ela também provoca adesões entusiasmadas e desperta animosidades virulentas. Ao

mesmo tempo, no entanto, revive tramas e nos deixam perplexos. Por esse motivo, prefiro a cautela e um relativo distanciamento.

O primeiro motivo que suscita perplexidade diz respeito ao fato de que, na incerteza desconfortante do presente, esse horizonte oferece certezas teóricas muito tranquilizantes e seguranças filosóficas sólidas. O segundo motivo, por sua vez, refere-se ao problema de que, caso se penetre na robustez declarada do seu pensamento, caso se sondem os ataques que seus adeptos dirigem às grandes construções do passado, tem-se a impressão de ouvir o eco das velhas histórias mal contadas, de assistir a encenações nas quais os personagens atuam em busca de um autor, o título de uma peça dramática de Pirandello, e de se encontrar diante de uma pobreza atroz. Tem-se a impressão, em outras palavras, que a diferença entre os antigos e os modernos consiste apenas na noção de que os modernos dizem somente aquilo que sabem, enquanto os outros, os antigos, sabiam o que diziam. Existirá, todavia, um motivo para tudo isso. Na busca por explicar esse motivo, está minha tentativa de desenvolver o tema proposto.

Isso que se chama neoconstitucionalismo não é uma teoria da constituição nem uma filosofia do direito da política, como se poderia contrariamente pensar. É, na verdade, um horizonte, uma linha fronteira que separa o que se vê do que não se vê, uma perspectiva ao longo da qual são colhidas contribuições que surgem de diversas direções, mas estão ligadas a uma mesma função. Em comum, tais contribuições estão sob uma particular coação a repetir a tentativa de exorcizar o passado, que foi o lugar do mal, e construir o futuro, que será o lugar do bem. De um lado, o passado, o século breve, como diz Hobsbawn; de outro, um futuro que não se abala diante do presente do qual é futuro, pois esse presente é um tempo sem tempo.

Em seu vocabulário, esse neopensamento constitucional considera o recente passado do constitucionalismo, que era o tempo da interpretação da Constituição, como um velho resíduo, como um inútil – se não perigoso – objeto de museu, como utensílios pré-históricos.

O pensamento jurídico da primeira metade do século passado, que se formou a partir da herança do Estado nacional do final do século XIX e que teria sido arrancado do velho constitucionalismo, fora produzido no âmbito de um Estado cuja centralidade exprimia-se na autoridade da lei: o direito positivo era a manifestação da superação do privilégio e da desigualdade originárias, e a supremacia do poder se realizava na supremacia da lei. Suas características eram a certeza da vontade, a ordem das ações, a congruência dos meios e fins, a igualdade de todos perante a lei, a independência de um juiz submetido apenas aos ditames legais. E mais: a centralidade do público, a estabilidade da ordem, a exclusividade do direito do Estado, a tutela da propriedade privada e das iniciativas que dela surgiam, a contenção da exclusão social e a sua inserção marginal no sustento da economia dos privados e do Estado. Essas eram as aquisições com as quais, em seus primórdios, o século breve dotou de garantias jurídicas à moderna sociedade de Estados. Essas eram as características do Direito Positivo dos Estados os quais, logo no início, lutaram entre si, massacraram-se para que, por meio da violência, um poder impor ao outro a superioridade exclusiva que algum desses Estados tinha em seu interior.

O pensamento jurídico que acompanhou essa tragédia se chamava *positivismo*. Melhor dizendo: a moda do presente o chama assim, conferindo-lhe um sentido depreciativo que autoriza os modernos a se apresentarem no futuro como *pós-*, *neo-* ou *anti-*. O positivismo é tratado como uma teoria do direito que era uma filosofia do poder, uma técnica interpretativa que devia ser a manifestação da vontade exclusiva do poder no direito, uma ideologia da sacralidade da lei, uma metafísica de vulgar empiria, como a poderia ter denominado o herético Marx, referindo-se ao sacrílego Hegel: um pensamento nefasto diante do qual o neopensamento constitucionalista se horroriza.

A primeira metade do século breve se fechava com o eco dos gritos de milhões de mortos e como a dor impressa na memória dos vivos, que podiam se entorpecer apenas por meio da expectativa de um futuro no qual uma razão universal cosmopolita poderia assegurar os indivíduos

diante dos Estados, o direito diante do poder, as diferenças diante da uniformização, o acesso igual de todos os bens sociais, o espaço de uma comunicação livre. Em tais expectativas, exprime-se a necessidade de controle da violência dos Estados e do direito das leis, a necessidade de reconhecimento da individualidade dos indivíduos, da sua capacidade de autorrepresentação. O percurso seguido foi a *constitucionalização das relações entre direito e política* e a inclusão de um *catálogo de direitos fundamentais*, o qual – para dizer a verdade – já tinha sido proclamado um século e meio antes e tinha sobrevivido a uma longa noite durante a qual coexistiu com a mais negra escravidão e com os guetos de extermínio em que eram marginalizados e explorados os antigos e os novos *famélicos da terra*, segundo um título de um livro famoso.

## II.

Constitucionalizar a relação entre direito e política significava fixar os pressupostos de uma contínua reabertura da circularidade entre ambos, romper a hierarquia que colocava a política como vértice da sociedade e condicionar a imunização recíproca e a recíproca conexão entre política e direito. Aquela política, ainda era a política das grandes relações do mundo, das grandes filosofias da história, a política que narrava a liberdade dos indivíduos e a igualdade, o livre acesso à comunicação social, a sociedade como universo público de sustento e proteção. Ela era a política das liberdades de acesso e da inclusão, do tratamento das diferenças e do incipiente reconhecimento da diferença entre as nações do mundo. O direito de tal política construía, com muito esforço, seu fechamento. Sua seletividade era pouco resistente em relação às diferenças e às formas de exclusão que o passado de dependência tinha legado. O direito devia imunizar a sociedade contra as suas ameaças internas, pois, desse modo, os direitos fundamentais poderiam finalmente realizar a função para a qual tinham sido inventados, assegurar a estabilidade da forma da diferenciação social tipicamente moderna. Tratava-se, assim, de uma política de direitos que investigava e, por meio dos direitos, obtinha a sua



imunização e o reconhecimento da sua expansão nas formas – igualmente legitimadas pelos direitos – do Estado Social e do Estado de Bem-estar. Expressões essas que nos habituamos a utilizar para definir aquela condição particular de recíprocas expectativas do reforço da seletividade da política através do incremento da seletividade do direito. O direito da política dos direitos exprimia o limite de aceitabilidade social da transformação da realidade da exclusão em expectativas de inclusão. Representava o limite da materialização, isto é, da especificação dos universalismos que as constituições prestavam.

Política e direito tinham a função de temporalizar os conteúdos constitucionais. Nesse sentido, realizavam as constituições: por meio de suas decisões, a política podia absorver o futuro, vale dizer, mantê-lo aberto independentemente dos vínculos que o atavam, pois, de todos os modos, sempre realizava a constituição. Da mesma forma, os indivíduos podiam absorver o futuro cultivando as expectativas cuja legitimidade nascia do reconhecimento constitucional dos espaços indistintos da possibilidade de cada um deles. Podia-se, assim, sempre inventar o futuro, pois ele sempre encontrava a sua legitimidade no presente: o futuro que se podia inventar podia ser tratado como o futuro presente da constituição. O tempo da constituição era, na verdade, o presente futuro da sociedade: política e direito temporalizavam a constituição como fonte de legitimação do tempo do decidir e do agir, que potencializam continuamente a realidade do presente, transformando-a na possibilidade do futuro. Por isso, a constituição sempre se realizava e sempre devia se realizar. As constituições constituíam as condições da contínua abertura e do contínuo fechamento do direito e da política.

Inventados como livres, os indivíduos sempre realizavam a constituição por meio do seu agir: a constituição é; não *deve ser*. Todavia, ao mesmo tempo, devia-se dizer igualmente que a Constituição *deve ser*; não é. Ela desenhava horizontes cujas prescrições reivindicavam da política

a delimitação dos espaços na forma de direitos. A constituição era de todos, assim como o mundo, que é o limite da sociedade.

Interpretar a constituição; concretizá-la. Essas eram as preocupações que orientavam o interesse do constitucionalismo tradicional. Era o trabalho teórico ao qual os velhos pais dedicaram seus cuidados. “No curso da interpretação constitucional”, dizia um deles, “a constituição sempre será atualizada”. Por isso, todo o esforço deveria ser dedicado à interpretação. Por meio dela, o caráter aberto e amplo da constituição devia ser precisado, especificado, universalizado. Um trabalho complexo, pois especificar significa universalizar, e ambos significam atualizar, materializar, isto é, revelar o conteúdo da constituição.

Nesse sentido, Konrad Hesse dizia: “Se em virtude da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional interpreta a constituição com eficácia vinculante, não apenas para o cidadão, mas também para os demais órgãos do Estado, a ideia que origina e legitima essa vinculação, qual seja, a submissão de todo o poder do Estado à constituição, pode se tornar realidade apenas se as sentenças do Tribunal expressam o conteúdo da constituição, ainda que seja pela interpretação do Tribunal” .

[...] o direito positivo era a manifestação da superação do privilégio e da desigualdade originárias, e a supremacia do poder se realizava na supremacia da lei.

A interpretação foi confiada à tarefa de encontrar o resultado constitucionalmente correto, por meio de um procedimento racional e controlável, e de motivar esse resultado de um modo igualmente racional e controlável, realizando, assim, condições de certeza e previsibilidade do direito. Na realidade, constitucionalmente correto é o resultado considerado aceitável, tolerável, que se crê não haver superado os limites daquilo que se pode tratar como racionalmente motivado. Segurança jurídica e certeza do direito, por sua vez, significam que é legítima a expectativa de que cada decisão interpretativa será tomada com

base no direito. É justamente essa certeza, todavia, que torna possível a previsibilidade como abertura para um futuro no qual, independentemente da decisão que será tomada, saber-se-á como se comportar. Um tema ao qual Guilherme Leite Gonçalves dedicou páginas muito profundas.

A necessidade de expor a constituição excluía naturalmente qualquer tipologia interpretativa que aludisse à subsunção do caso à lei ou qualquer outra perspectiva que poderia ser tratada como positivista, pois não se vinculava a ideia de descoberta da vontade do constituinte; devia-se, ao contrário, supor que o resultado da interpretação fosse a realidade da Constituição e que o constituinte não poderia ter decidido sobre tal realidade. A constituição oferecia pontos de apoio, múltiplos, mas necessariamente incompletos. Não perseguia objetivos, cuja realização poderia ser objeto de interpretação. A constituição não tem um objetivo. Como pode ter um objetivo a constituição que, como dizia Häberle, “é a expressão de um nível de desenvolvimento cultural, instrumento da representação cultural autônoma de um povo, reflexo da sua herança cultural e fundamento de novas esperanças?” A primeira consequência é: o guardião da constituição é o Tribunal Constitucional em seu caráter de “tribunal *sui generis* da sociedade (em sua totalidade)”, no dizer de Häberle. Tribunal constitucional em seu caráter – citação de Handelman – de tribunal *sui generis* da sociedade em sua totalidade. Por meio do tribunal, a sociedade se interpreta. De fato, “a constituição viva é obra de todos os intérpretes constitucionais da sociedade aberta”.

O direito processual constitucional é o *medium* pelo qual “a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais” materializa a constituição. “O direito constitucional material, o direito que se vive”, afirmava Häberle, “surge de uma diversidade de funções que foram percebidas de maneira correta: as funções do legislador, do juiz constitucional, da opinião pública, do cidadão, mas também as funções do governo e da oposição”. Um outro estudioso, de caráter – podemos dizer – moderno, proclama: “a interpretação constitucional deve se voltar à cidadania”. Para evitar equívocos, ele explica: “isso não é o mesmo que

dizer que a interpretação final deve ser resultado de decisões plebiscitárias ou de aplausos massivos (ou, ainda pior, o produto de uma Corte eleita pelo povo). Afirmar que a interpretação final deve se voltar à cidadania significa dizer que esta última deve recuperar o controle sobre o direito e que o direito deve começar a se vincular aos processos igualitários da discussão pública, que hoje estão completamente ausentes de nosso horizonte democrático”. O autor é um constitucionalista argentino.

### III.

O século breve concluiu-se alguns anos antes do seu fim cronológico: os últimos pedaços de sua história trágica caíram esmagados pelas pedras de um muro cuja ilusão levou milhões de pessoas a correrem em direção a um futuro que a história os havia negado absolutamente. Aquelas pedras sepultavam também as esperanças que, justamente em seu início, tinham levado aquele século a correr atrás das bandeiras da última grande filosofia da história, bandeiras que os crimes do regime teriam rasgado para sempre.

A natureza das esperanças iniciais não era diversa da natureza das ilusões para onde milhões de pessoas corriam agora, qual seja, o reconhecimento das possibilidades de agir sem estar submetido à violência que põe o direito, como dissera Benjamin, ou, em termos atuais, o reconhecimento das possibilidades do agir, na forma dos direitos subjetivos como forjados no advento da sociedade moderna. Ou ainda: o reconhecimento do caráter originário daqueles direitos que tinham sido consagrados um século e meio antes, mas que permaneceram impotentes não apenas diante da violência do Estado que conserva o direito na forma de burocracia. Ou, por fim, o reconhecimento de um deslocamento necessário e definitivo do poder originário, o qual não podia mais ser confiado à política e ao seu direito, nem mesmo poderia permanecer nas mãos das maiorias políticas, a não ser sob condição de uma proteção segura daqueles espaços tidos como intangíveis, não negociáveis, pois considerados como pressupostos inevitáveis, fundamentos de possibilidade de um agir livre e autônomo.

Em essência, reivindicava-se a realização de uma democracia de direitos que fosse capaz de romper os vínculos e constrangimentos daquela política dos direitos que se firmou na Europa Ocidental por todo o meio século precedente. Uma democracia dos direitos que, na Europa que queria superar o muro, nunca se realizou a não ser na forma da violência de uma política moralizada e, em outras regiões do globo, expressou-se de diferentes modos, das trevas das ditaduras aos crepúsculos do Estado do século XIX.

Não se reivindicava apenas uma democracia política, de representação, de legalidade e do Estado de Direito. Essa democracia já havia sido imposta como a forma moderna da democracia e poderia se expandir facilmente para regiões onde ela fora bloqueada. A democracia que se reivindicava devia reconhecer o espaço originário dos direitos subjetivos como o lugar no qual se exprime o poder socialmente difuso que os indivíduos recuperavam e se tornavam titulares. Eles pretendiam a tutela desse espaço por parte do Estado e, conforme a experiência recente, também sua proteção contra o Estado: uma proteção que poderia ser garantida somente por meio do recurso ao texto fundamental, cujo conteúdo fora fixado como originário e, por conseguinte, como irrenunciável, irreduzível e indecível. Em outras palavras, os indivíduos reivindicavam o reconhecimento do caráter originário de sua individualidade, isto é, reivindicavam que suas expectativas em relação ao modo como a política tratava seus espaços originários pudessem ser avaliadas e, se reconhecidas como legítimas e violadas, poderiam ser afirmadas.

Tratava-se de reconhecer que o ordenamento jurídico e político apoiavam-se em fundamentos que não podem ser modificados, de rigidez inflexível e conteúdos que legitimavam somente pelo fato de que puderam ser formulados. Não importa se em tais ordenamentos se expressa a racionalidade da razão e se, nesse sentido, eles são herança moderna do velho jusnaturalismo ou se nascem do poder que se reconhece como constituinte, como fundamento de si mesmo. Em qualquer forma de legitimação, a organização político-jurídica do Estado devia encontrar limites ao seu agir tanto

no sentido da possibilidade de aceitar e fazer declarar a omissão de reconhecimento, quanto no sentido de impedir que a decisão política a qual fosse reconhecida como violação daqueles espaços pudesse continuar a operar.

Essa democracia devia responder às expectativas daqueles que foram excluídos da democracia moderna e, ao mesmo tempo, às expectativas amadurecidas pela experiência das frágeis democracias europeias, nas quais os direitos fundamentais não foram protegidos contra a violência que põe o direito.

Essa democracia deveria exaltar o caráter de fundamento que caracteriza o poder originário dos indivíduos; protegê-lo como condição inevitável de sua capacidade de se afirmar como indivíduos e como requisito da sua individualidade jurídica e política. Tal poder devia ser colocado em um lugar seguro que não é o lugar da política nem do direito, mas o espaço inobservável *da unidade da diferença entre eles*. Nesse espaço da unidade e da diferença de política e direito, não somente os direitos são originários, mas o próprio espaço adquire um caráter originário, constitutivo, de contínua refundação e redefinição de si mesmo. Obviamente, a unidade de uma distinção não se vê. Nesse sentido, aquele espaço também não era visível. Tal espaço é como a razão para Kant: é o início do tempo, no sentido de que o presente começa sempre a partir daquele tempo, daquele ponto, daquele lugar, que justamente por isso é razão, não apenas lugar da razão. É a razão do velho iluminismo que se determina a partir de si e que fala somente sobre si mesma. O espaço é a razão: é o caso de se perguntar se o mesmo é diferente ou o diferente é o mesmo, se “the same is different or the different is the same?”

A origem dos direitos encontra-se na razão; a razão é, não deve ser. É o limite, isto é, o início, mas também o fim; é o tempo que não possui tempo. Não pode, portanto, ser medida: a razão é imponderável. Não tem peso. Não pode ser sopesada ou valorada. A razão é a medida de si mesma. Para utilizar uma frase famosa, podemos dizer que a razão age como “qualquer coisa que estava dentro do sistema, sai do sistema e atua sobre o sistema, como se estivesse fora do sistema”

(Hofstetter). Mas, nesse caso, a razão é o sistema. É a razão dos direitos fundamentais que supera e domina qualquer outra.

Essa democracia chama-se “*democracia constitucional*” e o Estado que a organiza, “*Estado constitucional*”. Essa democracia representa uma formação evolutiva na semântica da democracia moderna: o que a caracteriza como democracia não é mais somente a forma da participação política, mas o fato de que essa participação se realiza na forma do exercício de poder de controle das decisões políticas, as quais não se exprimem apenas através do consenso, mas de decisões de natureza jurídica, que avaliam o respeito ou a violação aos direitos originários dos indivíduos ou aos poderes das organizações individuais. Uma vez que os direitos originários exprimem condições constitutivas de possibilidade de uma ordem democrática, seu respeito ou violação afetam a forma da própria ordem. Na democracia constitucional, expectativas podem ser afirmadas como pretensões se encontram sua legitimidade no sentimento de sentido originário da constituição.

#### IV.

Há poucos anos, um historiador do direito italiano escreveu que “a atuação constitucional, isto é, a democratização da sociedade e a realização dos direitos, encontra na magistratura um novo protagonista. Com isso, muda a concepção da interpretação jurídica: não se trata mais de uma atividade técnica [o que foi sempre uma mentira], de uma dedução mecânica ou silogística, mas de escolhas, ponderação de interesses, referência a valores e a princípios políticos (*lato sensu*)”. Nesse sentido, continuava o mesmo autor, por oposição à resistência dos tradicionalistas, que defendem que a função dos juízes deve ser o papel apolítico de um terceiro desinteressado e neutro, que se encontra distanciado do conflito a ser decidido, os inovadores afirmam que “a atuação do juiz possui (também) uma dimensão valorativa e, de todo modo, encontra na constituição seu ponto de força. Justamente porque o juiz olha para a constituição como seu critério basilar, deve contribuir para a modificação do ordenamento existente por meio de uma crescente realização da

igualdade e dos direitos”. Por fim, citando outro historiador do Direito, ele concluía que, agora, “a luta do direito (por meio do direito) compreendia o juiz entre os seus protagonistas. Em nome do nexos entre direitos, democracia e constituição, se apresenta um juiz protagonista; um juiz que se coloca como um *policy maker*, convocado a realizar os direitos constitucionalmente garantidos, orientando-se segundo princípios éticos e politicamente desafiadores”.

Na forma da democracia, realizou-se uma evolução profunda no sentido de que os conflitos, antes percebidos como políticos, passaram a ser vivenciados e tratados como jurídicos. A mesma situação vale para o significado das pretensões dos indivíduos contra o Estado: se, antes, possuía o caráter exclusivo das reivindicações políticas, agora se reveste do selo de relevância jurídica. A reivindicação adquire, assim, o caráter de pretensão provida de legitimidade jurídica, digna de proteção jurídica, pois ancorada na constituição e, portanto, constitucionalmente garantida.

O nexos entre democracia e constituição se explicaria, todavia, também por motivos estritamente ligados à forma do tratamento político dos conflitos. Hoje, a política se encontra cada vez mais indisponível a confrontar diretamente questões – como se diz – eticamente desafiadoras, questões em relação às quais não se pode avaliar quão elevado é o risco do consenso. Por esse motivo, a política teria cedido o espaço ao direito, ao juízo dos magistrados, que não podem recorrer à boca da lei, mas sim à reserva de certeza fixada na constituição. Diante do caso a ser decidido, tal juiz não pode recorrer à *ratio* do fato ou da norma, como pretendia a hermenêutica positivista. Ele não mais funciona como “válvula de fechamento do sistema”, pois o sistema não pode mais ser fechado em razão de um simples reconhecimento da norma e do fato. O juiz deve recorrer a uma outra *ratio*, uma *ratio* universal, não específica, não petrificada em sua singularidade, a uma fonte de sentido inesgotável, isto é, à razão ou à sedimentação jurídico-política de sua universalização, a constituição.

Segundo os historiadores do direito e os críticos da hermenêutica juspositivista, existe ainda

outro motivo que explica e justifica a transfiguração da função do juiz. Trata-se do caráter da normatização. Na atual configuração dos ordenamentos jurídicos, os velhos códigos não ocupam mais o lugar central e proeminente que possuíam até a primeira metade do século passado: produziu-se uma grande quantidade de normas heterogêneas, de normas relativas a direitos sociais, ambientais, coletivos, de seguridade social e supranacionais. Toda essa normatização não seria mais subsidiária, marginal e de caráter excepcional como no passado. Assim, segundo esses observadores, o ordenamento não seria mais fechado, reconduzido a uma unidade, não podendo ser mais tratado do velho ponto de vista da completude.

Nesse contexto, a perspectiva hermenêutica que se chamava “concretização da constituição” em virtude da interpretação constitucional, não seria mais aceitável e foi superada pela transformação do ordenamento, da forma da democracia, e da natureza dos conflitos das pretensões. Na conjuntura atual, para concluir ainda com as palavras de Pietro Costa, “os direitos fundamentais parecem ser forçados a descer do pedestal de uma *ratio* indiscutível e evidente para serem arrastados a um perigoso, mas inevitável jogo de interpretações contrapostas e de conflitos entre visões incompatíveis de mundos”.

Isso significa que interpretações contrapostas devem ser justificadas, que não se pode mais fazer referência a uma interpretação correta da constituição, mas ao procedimento argumentativo em que se funda uma decisão. A história constitucional conclui-se com a teoria da argumentação.

A plausibilidade da observação do historiador ecoa na voz dos neófitos. Basta um para compreender todos: “assim como o Estado constitucional enquanto fenômeno histórico é inegavelmente ligado ao crescente desenvolvimento da prática argumentativa nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, o constitucionalismo enquanto teoria é o núcleo de uma nova concepção de direito que, na minha opinião, não se encaixa nos moldes do positivismo jurídico, pois confere especial ênfase ao direito como prática argumentativa”. E para concluir: no Estado constitucional, o poder

legislativo (em nossas palavras, o direito) deve se justificar de forma mais exigente. A referência à autoridade e ao procedimento é insuficiente: requer-se sempre um controle de conteúdo. Esse Estado constitucional pressupõe um “incremento em relação à tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma maior demanda por argumentação jurídica [...]”. Na realidade, o ideal do Estado constitucional (o ponto culminante do Estado de Direito) supõe a submissão completa do poder ao direito, à razão”.

#### V.

Segundo outro filósofo neoconstitucionalista e Presidente emérito da Corte Constitucional Italiana, Zagrebelsky, o modo de se argumentar no direito constitucional assemelha-se ao estilo de se argumentar no direito natural. Os argumentos e os princípios do direito natural foram incorporados nas constituições. No Estado constitucional, os princípios desenvolvem uma função correspondente àquela que, no Estado pré-constitucional, foi desempenhada pela dogmática jurídica. De fato, as normas constitucionais são os princípios. Conforme tal perspectiva, eles se colocam entre os valores – que possuem uma função axiológica e referem-se a bens finais – e a regras – que possuam conteúdos determinados sem uma alternativa de aplicação imediata. Os princípios, por outro lado, são “bens iniciais”, normas como qualquer outra, mas normas de máximo grau. Seu conteúdo deontológico excedente, como dizia Betti, não é um excedente de caráter sintético, como se podia atribuir aos princípios gerais do direito, que podiam ser derivados indutivamente do ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais possuem função construtiva e desenvolvem uma função intermediária entre caso e direito. São *axiomas do ordenamento jurídico*: “afirmam uma razão que, nos casos em que se pode recorrer a um princípio, conduz a uma direção, sem, todavia, indicar qual específica ação ou decisão é necessária para o caso particular”. Os princípios são *normas sem fattispecie normativa predeterminada e com prescrição genérica*. Essa é sua diferença em relação às normas que se chamam regras.

O direito constitucional moderno realiza uma transformação genética que resulta na centralidade dos princípios: “entendido como imperativo de adequação às situações concretas (igualdade-diferenciação), o princípio da igualdade” nega o caráter geral e abstrato da regra, a qual conserva imanente a função de realizar a “igualdade-homologação”, pois trata a todos de maneira indiferenciada, como sujeitos de uma lei abstrata. Nos casos em que se requer adequação e juízo, a regra geral recua a favor do princípio que, desse modo, proporciona uma personalização do direito: a lei pode ser mecanizada, aplicada em sequências; o princípio permite tratar “a pessoa como objeto não repetível”.

Para que possa operar, um princípio deve ser concretizado, traduzido em uma fórmula que possua os contornos de uma *fattispecie*, refira-se a um fato e estabeleça um conseqüente. O legislador pode concretizar um princípio; o juiz também. Este último, todavia, não cria direito, pois o caso do qual ele se ocupa já se encontra sob o manto do direito. Nesse sentido, o juiz deverá raciocinar construtivamente sobre o caso à luz dos princípios.

Interpretar a constituição; concretizá-la. Essas eram as preocupações que orientavam o interesse do constitucionalismo tradicional. Era o trabalho teórico ao qual os velhos pais dedicaram seus cuidados.

O juiz, sabemos, não opera naturalmente de maneira silogística. Raciocina, isto é, argumenta conforme um procedimento que não é formalizável e é constituído por inferências do caso diante do princípio e de deduções do princípio a partir do caso. Trata-se de uma imagem que Zagrebelsky deriva de imagens análogas expostas por Kaufmann há mais de quarenta anos. Com conseqüências diversas, é claro. De fato, os princípios têm a função de possibilitar a “dedução a partir do juízo de valor a respeito do caso a decidir, que é elemento da categorização do fato,” e “a determinação da norma que se aplica ao caso conforme a premissa de tal juízo”.

O princípio adquire, assim, uma posição par-

ticular: age como um *medium* entre o valor e a regra. No plano teórico, abre-se ao valor; no prático, à regra. Por meio dos princípios, continua Zagrebelsky, o mundo dos valores abre-se para o direito e o direito abre-se aos valores. Pense-se, por exemplo, no controle de constitucionalidade: as regras são confrontadas com os princípios que, por se acharem nos confins do direito, podem tocar naquilo que se encontra para além do direito positivo, que é pré-positivo e, portanto, que existe porque tem força, ecoa como sentido do agir coletivo.

Dessa perspectiva Zagrebelsky conclui que “a constituição, formada por princípios, abre-se a visões da vida social diretamente vigentes na concepção que a sociedade tem sobre si mesma”. Assim, se é verdade que a sociedade se subordina ao direito, isso é possível somente sob a condição de que a normatividade jurídica não esteja em contradição com “a representação de sentido por meio da qual a sociedade se identifica”. Pense-se, por exemplo, em um princípio central da argumentação jurídica, o princípio da razoabilidade. Ele não possui um fundamento de caráter derivado; não se origina do princípio da igualdade.

Seu fundamento tem caráter originário e consiste na “justificação necessária da regra à luz das categorias culturais de sentido e valor que vigem socialmente e são juridicamente filtradas por meio das normas

constitucionais de princípios. Adentra, com isso, no direito sem qualquer ‘positivação’ específica”.

Seguimos os argumentos de Zagrebelsky, pois, no panorama do neoconstitucionalismo, são considerados possuidores de completude, coerência e de uma incomparável riqueza quanto às referências literárias. Nesse panorama, todavia, miserável, encontram-se formulações terminológicas diferentes, ora contraditórias, aparentemente contrapostas, ora caracterizadas por uma linguagem que tem o sabor do terrorismo linguístico ou, na verdade, ideológico. Em todo caso, o neopensamento contrapõe à dedução formalista do velho constitucionalismo a argumentação como caminho que leva à determinação material do conte-

údo dos princípios, como caminho que realiza o direito através da atuação dos mandamentos de otimização, que seriam os próprios princípios e que exigem que a definição do dever ser neles contida se realize o máximo possível. Os princípios possuem pesos e devem ser valorados, confrontados e sopesados. A argumentação possibilita a passagem de juízos relativos ao ser para juízos relativos ao dever ser. Nesse sentido, permito-me fazer ainda uma citação: “o ponto de contato entre o direito constitucional e o direito natural consiste na relevância atribuída à realidade”.

O sentido da argumentação por princípios a partir da constituição é claro: busca fundar racionalmente a justiça normativa, dar um fundamento racional aos valores. Busca levar o direito a dizer a verdade.

## VI.

O aspecto preocupante relativo ao neopenamento não consiste no fato de que ele traz à luz uma veia de jusnaturalismo, uma veia de ontologia, ou que ele reinclui a moral no direito, nem mesmo na série infeliz de falsas acusações dirigidas a um positivismo inventado. Seu aspecto preocupante é o problema que uma tendência aparentemente inofensiva surja de uma filosofia da história ameaçadora. Há pouco tempo, no Rio de Janeiro, duas ou três semanas atrás, em um dia que me parecia como qualquer outro, durante uma celebração plebiscitária ao seu pensamento, o teórico alemão dos *princípios como mandamentos de otimização* afirmou que aquilo que se deve alcançar é a “institucionalização da razão”. Declarações desse tipo evocam as primeiras décadas do século breve.

Na última parte da minha apresentação, buscarei explicar por que uma ingênua apoteose da argumentação e sua transformação em teoria do direito e da justiça traz consigo uma grande mentira e um retrocesso evolutivo.

Segundo o neopenamento, a argumentação a partir da constituição sopesa; valora; pondera; é o uso da razão que encontra a própria razão no direito; diz a verdade; determina o sentido pelo qual a sociedade descreve a própria identidade; é a ponte que une ser e dever ser.

Nós, por outro lado, afirmamos, de modo mais realista que argumentação ou o que utiliza argumentos para chegar a uma decisão é, na verdade, uma técnica da distinção por meio da qual se decide quais distinções distinguir, isto é, se decide o que e do que distinguir para depois justificar por que se decidiu de tal modo, e não de outro. Se argumentar significa excluir e motivar, a argumentação é uma técnica da discriminação que inclui a si mesma no processo de sua ativação. Isso significa que a argumentação se funda por si mesma, em si mesma e através de si mesma. As boas razões que excluem as más são construídas na argumentação, já que não existem motivos bons ou ruins por si próprios. Ao argumentar, a argumentação justifica a eventual exclusão futura de bons motivos anteriores, motivando sua identidade com base em sua diferença, isto é, motivando sua mudança de opinião. Nesse sentido, ela funciona como razão, pois sempre se funda sobre si mesma. Veja-se que a argumentação não usa a razão, mas ela mesma é a razão. É – note-se – a razão de si mesma.

Tudo isso acontece na comunicação, constrói comunicação, é um percurso comunicativo: a argumentação é a organização complexa de um complexo de observações que se expõe à observação de outras argumentações, ou seja, a outros percursos de discriminação.

A argumentação permite ao sistema jurídico observar-se em função de sua capacidade de discriminar e conferir a si mesmo sentido na forma da consistência de suas decisões. Como largamente explicado por Luhmann, os motivos são distinções de um observador cujo efeito é excluir. Diferentemente do que afirma o neopenamento, os princípios não possuem conteúdo. Seu conteúdo origina-se como consequência de sua aplicação argumentativa. Antes disso, o princípio é semanticamente vazio, é a unidade da diferença daquilo a ser excluído e incluído pela argumentação. Por meio dela, o princípio torna-se um condensado semântico. Este condensado é o conceito imanente ao princípio, mas tal imanência é atribuída, não é uma disposição natural. Dito de outro modo: na medida em que a motivação dos motivos da argumentação é produzida

na circularidade e na aplicação da própria argumentação no processo argumentativo, ou seja, na medida em que ela se produz a si mesma, é sempre contingente, isto é, pode ser sempre diversa do que é. Isso possibilita inferir a não motivação, a imotivabilidade de todos os motivos, isto é, o fato de que cada fundamento está privado de fundamento. Uma vez que os critérios – que motivam a escolha dos critérios sobre os quais se constroem os motivos – devem ser motivados no processo argumentativo, a circularidade da argumentação sempre se refere a algo externo de si. É justamente esse observador externo que está em condições de afirmar qual distinção ele utiliza para distinguir, qual a argumentação em relação a qual outra. Esse observador não pode ser uma teoria da argumentação, pois, como teoria, ela mesma seria incluída na circularidade do argumentar.

Ao não conseguir ver essa realidade da argumentação e o paradoxo de sua construção, ao não conseguir apreender por que a argumentação sempre funciona independentemente dos motivos sobre os quais se constrói, o neopensamento a concebe como o procedimento que torna possível a epifania dos princípios. Ele sustenta que justiça normativa, justiça da decisão e justiça do fato sejam questões de princípios, matter of principles. Sustenta que os princípios se realizam por meio da argumentação e que, em seu atualizar, se atualiza a razão. Para esse pensamento, o processo é naturalmente gradual, deve ser otimizado: as aquisições evolutivas não podem ser impostas, devem surgir da prática argumentativa.

É óbvio que aquilo que surge da argumentação, vale dizer, a realidade dos princípios é a realidade do Direito, mas no sentido específico que se deve atribuir a tal expressão. Assim, o que surge são diferenças, o resultado das discriminações, as diferenças que se produzem como consequências da construção do concentrado semântico que, somente após essa fase, constitui o princípio. Os princípios são unidades, mas unidades de distinções: quando se aplicam e se constroem, constroem-se junto com as diferenças. Os princípios, em outras palavras, não são inocentes. Eles discriminam. O que significa ponderar? Qual

parte da diferença é incluída? Quem pondera a diferença entre uma diferença e outra?

Não pretendemos oferecer outro modelo de argumentação, muito menos uma crítica que leve à aceitação ou à rejeição do neopensamento. Gostaríamos apenas de saber qual a sua função e para que ele serve.

Para tanto, nos remetemos a algumas belíssimas páginas que um filósofo alemão, Odo Marquard, em sua obra *Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, dedica à crítica de Hegel ao dever ser, ao vazio da filosofia kantiana e da moral formalista, que seria a mesma moral dos princípios e que, nesta apresentação, utilizaremos adaptando-as às questões que nos interessam.

Em sua crítica ao dever ser kantiano, que possuía a mesma estrutura do neopensamento, Hegel afirmou “o universal no sentido da universalidade da razão é universal também no sentido... que ele... se representa como o presente e o real... sem, para isso, perder sua natureza... Aquilo que deve ser também está na realidade e aquilo que somente deve ser sem ser não há verdade... pois a razão é essa certeza de ter realidade” (*das Allgemeine im Sinne der Vernunftsgemeinheit ist auch allgemein in dem Sinne... dass es... sich als das Gegenwärtige und Wirkliche ....darstellt.... ohne darum seine Natur zu verlieren... Was sein soll, ist in der Tat auch, und was nur sein soll, ohne zu sein, hat keine Wahrheit... denn die Vernunft ist eben diese Gewissheit, Realität zu haben*). A tarefa da Filosofia, escreveu Hegel, é a compreensão daquilo que é. A filosofia do dever ser, por outro lado, considera aquilo que é como a faticidade (ver Kant, Heidegger, Habermas e o neopensamento), como aquilo que é inevitável, indisponível, como aquilo a que se deve submeter. Para Hegel, todavia, a filosofia tem a função da mediação, da pesquisa dos meios para a realização da liberdade e da igualdade da liberdade, que é a igualdade que confere a todos a possibilidade da diferença. Ora, os fins que se relacionam com a liberdade, isto é, os fins gerais, permanecem inalcançáveis enquanto faltarem os meios para a sua realização. Tais meios não são normas nem princípios. Nas palavras de Hegel, “haver um mero ser sem conceito, sem dever ser... e ser em



conformidade com isso, é, na verdade, uma aparência vazia” (*ein blosses Sein ohne Begriff, ohne Sein-sollen...zu haben und ihm gemäss zu sein, ist ein leeres Schein*). Os princípios são esse mero ser sem conceito.

A Filosofia do dever se recusa-se a considerar que os fins universais dependem das condições históricas da sua mediação. Com isso, ela mente e produz regressão, retrocesso. “Na própria realidade”, escrevera Hegel em sua obra, *A ciência da lógica*, “a racionalidade e a lei não vivem em condições tão tristes de dever apenas ser” (*in der Wirklichkeit selbst steht es nicht so traurig um Vernunftigkeit und Gesetz, dass sie nur sein sollten*). A racionalidade a que Hegel se refere é o presente, que, em sua determinação histórica, realizou as condições da liberdade igual que torna possível a diferença. Em outras palavras: a sociedade moderna realizou as condições sob as quais a racionalidade das diversas razões pode subordinar a racionalidade da única razão: a razão dos princípios que devem somente ser (*die nur sein sollen*) e que, por essa razão, não mostram o que excluem e contam com a inclusão no futuro, ou melhor, no dever ser.

O presente tem em si a força de romper com o dever ser, isto é, de incluir o que está excluído:

a forma da diferenciação da sociedade moderna realizou as condições sob as quais as razões daquilo que está excluído possam ser incluídas. Realizou as condições sob as quais o dever ser não mais se encontra no vazio dos princípios, mas na realidade da diferença que cria diferença que a argumentação exclui, pois não a considera confiável e a entrega ao dever ser. À filosofia da história da exclusão, Hegel opunha a inclusão da história na filosofia, a racionalidade daquilo que é, do presente que não deve ser, simplesmente porque é. Tal presente já realizou as condições da inclusão universal, daquela liberdade da igualdade que vê a razoabilidade na inclusão das muitas razões, de todas as razões, não daquela do dever ser dos princípios vazios, não daquela razão que alguém queria institucionalizar.

O presente que a sociedade alcançou não sopesa o imponderável, não lega ao futuro o que já exige reconhecimento, pois sabe que a sociedade já atingiu níveis que viabilizam a inclusão e torna a exclusão um delito.

Essa sociedade reconhecerá a universalidade real das suas razões, poderá realizar a congruência entre todas as razões que existem quando aprender a ser presente a si mesma, isto é, quando aprender a viver sem as justificativas dos princípios.”

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR**  
Professor da Universidade de São Paulo

“ Agradeço mais uma vez ao Professor Raffaele De Giorgi e o parabênz pelo brilhantismo da exposição.

Os temas colocados foram igualmente atualíssimos e nos revelam uma preocupação que merece ser difundida quanto ao alcance das teorias argumentativas, especialmente pela maneira como o professor colocou o tema nos colocando diante de um trilema de Münchhausen, um trilema de Agripa, sobre uma argumentação que se fundamenta em si mesma, como critério de solução dos problemas.

Sem mais delongas, passarei a palavra ao último painalista de hoje, não sem registrar a presença que muito nos honra e engrandece este painel pela manhã do Coordenador Científico deste evento, principal responsável por esse importante acontecimento científico que é o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que nos honra com sua presença aqui na digna assistência.

Passo a palavra ao Professor Marcus Faro de Castro, que é Doutor pela Universidade de Harvard, nos Estados Unidos, Professor Titular da Universidade de Brasília e membro do Comitê Consultivo do *International Centre for Human Rights Democract Development* do Canadá, foi membro da Câmara de Assessoramento da Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal.”

**MARCUS FARO DE CASTRO**

Professor da Universidade de Brasília

“ Gostaria, inicialmente, de agradecer ao Ministro Ricardo Cueva pelo convite e organização do evento, cumprimento os membros da mesa, o próprio Dr. Otavio Luiz Rodrigues, Professor Celso Campilongo, Professor Raffaele De Giorgi, saúdo o Professor Fernando Araújo, que também está presente na plateia, e agradeço a equipe, aqui, do Conselho da Justiça Federal por tornar esse evento bastante agradável com base na eficiência das suas práticas administrativas.

O tema sobre argumentação com base na Constituição demanda alguma reflexão sobre quais são as concepções acerca da Constituição que são aceitas pelos profissionais medianos do Direito no Brasil, a maioria? O que é Constituição e o que é Direito Constitucional? As minhas considerações serão uma resposta a essas indagações.

Eu apresento aqui algumas ideias que estão num trabalho a ser publicado, pelo que fui informado, agora em abril ainda, num livro organizado pelo Professor Clemerson Merlin Cleve e o Professor Alexandre Freire, cujo título é *Globalização, Democracia e Direito Constitucional: Legados, Recebidos e Possibilidades de Mudança*. São reflexões sobre o significado da Constituição, do Direito Constitucional do ponto de vista tanto mais abstrato quanto do ponto de vista prático no Brasil e em outras partes do mundo hoje também.

O meu ponto de partida é um comentário de Alexis de Tocqueville, clássico autor, considerado inclusive um precursor da Sociologia, sobre

a Revolução Francesa. No seu conhecido livro sobre o antigo regime e a Revolução, em um trecho ele diz o seguinte: “A revolução tomou o mundo de surpresa, é verdade, mas não passou de um complemento de um processo mais longo, a conclusão repentina e violenta de uma obra que já se havia mostrado sob os olhos de várias gerações”. O que ele está dizendo aqui é que a Revolução Francesa não foi prevista por ninguém e de repente aconteceu, mas sinais de que ela iria ocorrer já estavam presentes. Esse comentário pode ser útil para entendermos o processo de transformação, ao qual as instituições e as ideias sobre elas estão atualmente submetidas, inclusive no campo do Direito Constitucional.

Sobre isso, vale a pena lembrar que, há menos de um ano, em junho do ano passado, diversas cidades brasileiras tornaram-se palcos de intensos protestos de rua. E, a partir desses protestos, as manifestações de rua espalharam-se por muitos centros urbanos, aqui no Brasil, tomando de surpresa não só as autoridades, mas os partidos políticos, os observadores em geral e a imprensa também. As notícias sobre esses protestos rapidamente ganharam destaque na imprensa global. Os manifestantes, como sabemos, protestavam contra várias situações práticas consolidadas, mas que a eles pareciam completamente injustas e inaceitáveis, como características do sistema de transporte público, incluindo preço da tarifa, que afetam a mobilidade das pessoas nos centros urbanos, o padrão de gastos governamentais com as obras para a Copa do Mundo de 2014 (e estamos aguardando mais protestos), inúmeras deficiências no sistema de saúde pública, problemas incluindo a má qualidade da educação, em alguns casos regras sobre aposentadorias.

Enfim, as reivindicações que emergiram e continuam a emergir nesses protestos são, de certo modo, o equivalente ao que foram na época da Revolução Francesa os chamados *cahiers de doléances*, os cadernos de queixas, em que as populações das várias regiões do reino da França muitas vezes, frequentemente, registraram reclamações sobre cobrança de impostos, vida ruim etc.

Esses protestos, sabemos, não são uma peculiaridade da sociedade brasileira, são compará-

veis a outros protestos que vêm ocorrendo em diversas cidades do mundo, especialmente após a queda, em 2008, do Banco de Investimentos *Lehman Brothers*, em Nova York. A partir daí, movimentos se espalharam nos Estados Unidos e Europa, muitas vezes identificados com a palavra *occupy*, que vem da expressão *occupy Wall Street*, e teve várias ramificações pelo mundo inteiro. Recentemente em países como Turquia, há protestos em Istambul; Israel, protestos intensos de rua contra políticas do governo Netanyahu; Canadá, protestos de quebra-quebra muito sérios de rua, na cidade de Montreal, contra políticas educacionais; e, Colômbia, protestos contra contratos de livre comércio, quebra-quebra na rua, isso agora, no ano passado; no Chile, inúmeros protestos, especialmente na área de política educacional; Argentina e Peru têm sido palcos de protestos comparáveis.

[...] quais são as concepções acerca da Constituição que são aceitas pelos profissionais medianos do Direito no Brasil, a maioria? O que é Constituição e o que é Direito Constitucional? As minhas considerações serão uma resposta a essas indagações.

Isso tudo indica, para o observador mais arguto, que as instituições construídas no passado e legadas para as gerações mais recentes não são mais aceitáveis, incluindo aí as Constituições e as Cartas de Direito, mas que somente adquirem sentido prático e efetivo com base no discurso normativo especializado de juristas e autoridades judiciais, ou seja, pessoas como nós aqui, produtores e veneráveis guardiões do “Direito Constitucional”.

Quero dizer, com isso, que há uma crise no modo de organização da sociedade mundo afora, uma crise de múltiplas dimensões, política, econômica, social, e também jurídica, há um debate global hoje sobre isso. E essa crise resulta do fato de que os fundamentos utilizados por autoridades para estabelecer ou manejar estruturas políticas, econômicas e jurídicas flagrantemente envelheceram. Além disso, é preciso observar que um cenário diferente tem-se mostrado aos nossos olhos, em que se tornam presentes, de maneira muito

importante, novas tecnologias da informação e comunicação, com o uso difundido pela rede mundial de computadores, que propicia a aceleração do processo de comunicação, planejamento e decisão, como também a integração global de mercados, especialmente os financeiros.

Há vários temas novos, que surgem constantemente, incluindo novos sistemas tecnológicos e complexos de bens e serviços, a eles relacionados, como redes eletrônicas de comunicação e ação; os genomas humanos de animais e plantas; moedas eletrônicas; os créditos de carbono; acervo de biodiversidade; temas ligados à segurança energética, à segurança alimentar. São todos temas que afloram e que apontam mais para a ideia de governança global do que algo como Direito Constitucional, que é algo pequeno. O conjunto desses processos a que estou me referindo adquiriu o nome genérico de “globalização”.

Então, diante desse contexto, que é preciso reconhecer, cuja realidade é preciso reconhecer, lanço a pergunta, com o olhar voltado para o futuro, como devemos pensar o papel do Direito, em especial

o papel do Direito Constitucional no Brasil contemporâneo? O que devemos pensar sobre a Constituição de 1988 e o seu direito, desde então acumulado, que completam agora mais de 25 anos sobre esses tópicos?

Acerca disso muitas ideias abstratas podem ser ditas, muitas palavras altissonantes e principiológicas bem organizadas. Infelizmente, na minha opinião, o Direito brasileiro vive disso hoje, mas deve-se admitir, sobretudo, que uma Constituição vale mais pelo que significa, em termos práticos, no plano vivo das instituições das políticas públicas concretas do que no discurso abstrato e frequentemente vazio de muitos operadores do Direito, e muitos deles venerados pela profissão de juristas, advogados, juízes etc.

O que proponho é refletir sobre alguns motivos, sobre por que há um distanciamento grande entre o que ocorre na vida em sociedade e os conteúdos do Direito Constitucional brasileiro. Procuro explorar algumas ideias que são úteis para caracte-

rizar esse distanciamento e procuro sugerir como devemos pensar sobre as possibilidades de diminuir a distância entre o discurso normativo, sobre a Constituição e a experiência política, econômica e social concreta da vida dos cidadãos.

Então, o que vou focalizar mais a seguir são o que designo como legados recebidos do Direito Constitucional e, em seguida, algumas sugestões sobre inovações possíveis. Tanto a avaliação desses legados recebidos quanto sugestões para algumas inovações se organizam em torno do tema de como promover uma abertura democrática no Direito Constitucional brasileiro.

Quanto aos legados recebidos, vou me referir a dois tipos deles, recebidos no discurso sobre o Direito Constitucional no Brasil, legados que chamo por absorção e os legados por omissão. É preciso, a meu ver, que algumas preconcepções mais arraigadas na cultura média do profissional da área jurídica a respeito da Constituição sejam ultrapassadas. Nesse sentido, quem quer que deseje promover o avanço do Direito Constitucional do presente, que é constantemente e intensamente instado a se lançar sobre o futuro, deve começar por entender que diversas ideias do Direito Constitucional com que hoje trabalham os juristas foram legadas pelo passado e merecem ser superadas. Um ponto a partir do qual é conveniente iniciar uma reflexão crítica sobre tal legado e sobre a maneira como ele foi tratado e adaptado advém do que nós devemos reconhecer como “objeto nuclear do Direito Constitucional”.

E qual o objeto nuclear do Direito Constitucional? É a constituição política, que é distinta da constituição jurídica. A constituição jurídica é um conjunto de representações intelectuais sobre o que a constituição política é, e há um distanciamento entre uma coisa e outra. A constituição política é um conjunto de instituições que formam a organização política daquilo que nós chamamos Estado, e é uma tradução das palavras *polis*, palavra grega, e *civitas*, do latim.

Bom, não podemos ignorar que sobre a constituição política, por muitos e muitos séculos, discursou e refletiu a filosofia política, nem existia direito sobre a constituição na antiguidade nem na idade média, a rigor. Isso é uma distorção,

considero, do ensino jurídico brasileiro. Quem falava de Constituição no passado eram os filósofos da política, e não os juristas. Então, muito antes de existir o direito das Constituições existiam reflexões e prescrições dos filósofos a respeito das Constituições políticas.

Então, até o século XVIII, o repertório discursivo dos governantes incluía as doutrinas religiosas, vários governantes reivindicavam autoridade religiosa, o que só se resolveu com a paz de Vestfália, de 1648, quando as guerras subsequentes a ela deixaram de ser guerras religiosas. Portanto, até o século XVIII, o repertório discursivo dos governantes incluía as doutrinas religiosas e as filosóficas sobre a política, mas não de um modo bem articulado, o que, em seguida, tornou-se o Direito Constitucional nas mãos de juristas.

A partir daí é possível perceber algo que usualmente não é ressaltado nos manuais jurídicos. Trata-se do fato de que, na sua formação, o Direito Constitucional absorveu, por escolha dos seus artífices juristas, algumas ideias da filosofia política, que foram tomadas como legados recebidos. Nesse processo, algumas ideias foram importadas para o discurso jurídico, permanecendo outras marginalizadas.

Os primeiros eram ideias importadas, os legados por absorção; por outro lado, formaram-se legados por falhas dos juristas em reagir a mudanças empíricas importantes, e mais no campo do Direito Constitucional do que, por exemplo, comparativamente, no campo do Direito Administrativo brasileiro.

Entendo que algumas construções intelectuais do Direito das Constituições representam um fechamento conceitual do Direito Constitucional e obstaculizam a democratização do modo de realização da Constituição. Sobre esse fechamento constitucional, é preciso considerar o seguinte: a Europa é o berço das nossas instituições do ocidente, de um modo geral, então, no início, no processo de mudança institucional da Europa, na era cristã, observar-se que, em um primeiro momento, os juristas, trabalhando em apoio aos estadistas, contentaram-se com o Direito Civil (pois não existia o Direito Constitucional no continente europeu), e com o *common law*, na Inglaterra.

Mas, no século XIX, as sínteses intelectuais desses direitos (e pode-se tomar como referência o Código Civil e o Código Civil de Napoleão, de 1804 e os *Commentaries on The Laws of England*, Comentários sobre o Direito da Inglaterra no século XVIII, de William Blackstone, e também, logo em seguida, o Código Civil alemão, fruto da jurisprudência dos conceitos) logo se tornaram insuficientes, levando os governantes a procurar por alternativas. Os juristas, em alguns casos, apressaram-se em oferecer versões e adaptações jurídicas de doutrinas que os filósofos da política haviam originalmente elaborado. O trabalho de recepção e adaptação das ideias realizado pelos juristas deu origem ao Direito Constitucional propriamente dito.

Uma das movimentações mais influentes nesse sentido ocorreu na segunda metade do século XIX. Nos Estados Unidos, no julgamento do famoso caso *Marbury versus Madison*, de 1803, portanto antes do debate sobre o Direito do Estado, a Suprema Corte dos Estados Unidos tinha posto em marcha um processo prático de produção jurisprudencial de um direito ao estilo do *common law* sobre o conteúdo da constituição confeccionada pelos federalistas algumas décadas antes. Tem-se uma elaboração jurídica da doutrina dos gabinetes e bibliotecas, inicialmente, na Alemanha e outra prática nos Estados Unidos. Por que 1803? Porque foi somente com essa decisão que a Suprema Corte dos Estados Unidos passa a participar ativamente do processo de mudança institucional de discussão das bases normativas que são o fundamento para a organização da sociedade nos Estados Unidos da América.

Então, foi sobretudo em torno desses dois polos de emanção discursiva sobre a Constituição Política, um estaduniense e outro alemão, que rapidamente foram-se cristalizando em várias partes do mundo, em decorrência de processos caracterizados pelo que o Professor Danken Kennedy, da Universidade de Harvard, caracterizou como “globalizações do Direito”, então foram se cristalizando em várias partes do mundo as doutrinas propriamente jurídicas sobre as Constituições conhecidas como “Direito Constitucional”.

Uma das percepções filosóficas mais importantes incorporadas ao discurso dos Juristas foi a da separação dos poderes, elaborada inicialmente por John Locke, no século XVII e, depois, refundida por Montesquieu. Essa reelaboração da doutrina de Locke por Montesquieu praticamente não é discutida; nunca vi num livro de Direito Constitucional. A versão de Locke é assentada sobre o pressuposto da existência de uma normatividade superior. O Professor De Giorgi falava sobre jusnaturalismo, era essa a base da argumentação de Locke, na forma do direito natural, portanto.

A noção de normatividade superior foi característica de todas as versões de Direito natural, e, entre os séculos XVII e XVIII, alimentou os projetos políticos, e é interessante perceber isso, tanto liberais quanto do despotismo esclarecido. Então, o Direito natural não é algo que inerentemente favorece a liberdade; quando incorporado ao critério caracterizador, como critério caracterizador da atividade do parlamento, a doutrina da separação dos poderes, na versão de Locke, dá origem ao princípio da superioridade da lei, entendida como fruto do poder de legislar da atividade parlamentar, sobre outros atos de autoridade.

Alternativamente, quando a normatividade superior é atribuída aos atos do Estado como um todo, sem diferenciação funcional, o resultado são as doutrinas constitucionais sobre as quais a superioridade normativa é atribuída ao soberano ou à própria ideia abstrata e formal de Constituição; isso corresponde à noção de supremacia da Constituição presente nos manuais dos juristas.

Essa última alternativa doutrinária, a supremacia da Constituição, foi a preferida por vários juristas que se dedicaram a desenvolver o Direito Constitucional; essa escolha exclui outras, esse empréstimo feito a Locke e adaptado da maneira que acabei de escrever. Uma doutrina da qual os juristas poderiam ter lançado mão foi a de Montesquieu.

Nesse autor, é oferecida uma concepção de separação de poderes alternativa de Locke, em alguns aspectos certamente mais interessante do que ela. Na doutrina de Montesquieu sobre a separação dos poderes, são suprimidas as noções de superioridade normativa, encarnada ou insti-

tucionalizada, sendo a concepção de espírito, no caso, o “Espírito das Leis”, em um espírito em movimento mais fundamental. Assim, na formulação de Montesquieu, ganha espaço a ideia de tensão estrutural entre as autoridades, a famosa frase “o poder para o poder”, que foi depois designado como “sistema de freios e contrapesos”. E, na ausência de uma normatividade superior que define hierarquias institucionais, esse mecanismo dos freios e contrapesos cria uma dinâmica de interação política entre as autoridades do Estado em constante movimento. Espírito e movimento constantes são, aí, irmãos gêmeos e conduzem, na ausência de hierarquias institucionais que subordinem constitucionalmente um poder a outro, a busca de concepções do bem compatíveis com o sentimento da liberdade de cada um.

É muito interessante perceber que, quando Montesquieu discorre sobre separação de poderes, ele está olhando, em primeiro lugar, empiricamente, para a Constituição da Inglaterra, e enxerga, ali, uma Constituição cujo objetivo, cuja finalidade é a promoção da liberdade política; da liberdade de cada um. A liberdade política Montesquieu define como a condição na qual um indivíduo não tem medo do outro, ou seja, é capaz de ter uma vida em sociedade tranquila, sem tensões extremamente importantes.

Então, a doutrina de Montesquieu, ao valorizar o sentimento de liberdade de cada um, é mais radicalmente republicana ou democrática do que a ideia de supremacia da Constituição, que representa um fechamento conceitual, e não uma abertura democrática das possibilidades de se imaginar e organizar a Constituição. O que é tomado em si como supremo tende a ser subtraído ao debate democrático constantemente renovado, evitando remodelagens potencialmente infinitas da organização do comportamento social advindo desse debate.

O sentimento de liberdade de cada um, sobre o qual se preocupou Montesquieu, viria ainda a se expressar empiricamente como ondas de

interesses emergentes claramente postos com o crescimento da democracia no século XIX. Porém, as energias que vieram a formar as ondas de interesses emergentes sobre a democracia em expansão, na linguagem dos juristas – aqui temos um segundo fechamento conceitual, (o primeiro fechamento conceitual é a noção da separação de poderes derivada e adaptada de Locke, com exclusão daquela de Montesquieu), que é tratar as ondas de interesses emergentes da democracia em expansão de maneira referida na linguagem dos juristas à noção de Direito subjetivo incorporada ao Direito das Constituições. Isso correspondeu a um fechamento constitucional, como vou explicar agora.

E qual o objeto nuclear do Direito Constitucional? É a constituição política, que é distinta da constituição jurídica.

Outra concepção adaptada do discurso dos filósofos dos séculos XVII e XVIII para o Direito Constitucional foi a própria noção de Direito no sentido de Direito subjetivo oferecida em substituição ao conceito mais antigo de virtude, com a diferença de que os antigos falavam que virtude pertence a alguns, e o seu equivalente moderno pertence a todos igualmente. Os direitos subjetivos foram rapidamente considerados elementos integrantes das Constituições Jurídicas, só que esse referencial normativo, o Direito subjetivo, desde o início foi concebido como um conceito que, sob qualquer ponto de vista, já existe pronto, completo, inalterado. Daí resultaram tantas concepções formalistas de Direito subjetivo de base jusnaturalista, como as subsequentes noções juspositivistas, também formalistas, de Direito subjetivo.

O fechamento conceitual das noções formalistas de Direito subjetivo, incluindo o Direito Constitucional, parece-me evidente. Sendo esses direitos tratados como formas jurídicas com conteúdos prontos, completos e inalteráveis, fica excluída a possibilidade da construção e reconstrução contínua, republicana desses conteúdos, mediante o debate

democrático como prática institucional caracteristicamente conflitiva e reiterativa, capaz de alterar, sempre que for conveniente, concepções normativas antigas sobre direitos para adotar novas.

Essas doutrinas, ambas da supremacia da Constituição dos direitos subjetivos completos e inalteráveis, tornaram-se importantes apoios discursivos das atuações de tribunais em complemento ao direito civil e ao *common law*, em especial, com a propagação da prática que ficou conhecida como controle de constitucionalidade das leis, na tradição alemã, ou *constitutional review* ou *judicial review*, na versão estadunidense.

Em boa parte da doutrina [...] os dispositivos que articulavam os direitos sociais chegaram até mesmo a ser reduzidos, após a Segunda Guerra Mundial, à categoria de meras normas programáticas de exequibilidade indefinidamente postergada.

Mesmo com o advento de ondas de interesse emergente sobre a democracia de expansão, pouco motivou os juristas a tirar delas consequências que transformassem estruturalmente o Direito Constitucional. E é o que eu passo a tratar em seguida, ao me referir às oportunidades perdidas, ou seja, ao legado por omissão.

Já me referi à ampliação formal da cidadania, e isso ocorreu no mundo inteiro, a partir de 1830, com a primeira reforma do parlamento inglês, chamada *great reform*, com a ampliação do sufrágio para além daquela concepção liberal inicial que era equivalente à da democracia censitária. A ampliação do sufrágio implicou que as ondas de interesse emergente fossem empiricamente, isto é, mesmo na ausência de doutrinas ou normas jurídicas elaboradas, se constitucionalizando no plano dos fatos. E a essa mudança, de início, os juristas procuraram reagir proativamente, emendando o direito das constituições, a fim de que ao lado dos direitos constitucionais individuais, passassem a constar também os direitos sociais.

E é preciso prestar atenção ao seguinte: que, diante da ascensão dos direitos sociais, a reação dos juristas foi, num primeiro momento, desde a primeira metade do século XX, nos Estados

Unidos, a de procurar flexibilizar a noção de Direito subjetivo, que passaria a ser não mais considerado como completo, pronto e inalterado. O conteúdo do Direito, nesse sentido, poderia variar em função da finalidade ou fim social de uma lei.

Mas os juristas não avançaram o suficiente para mudar as concepções centrais do Direito Constitucional legadas pelo passado recente. Em boa parte da doutrina, especialmente a continental europeia e as que sofreram mais intensamente a sua influência, os dispositivos que articulavam os direitos sociais chegaram até mesmo a ser reduzidos, após a Segunda Guerra Mundial, à categoria de meras normas programáticas de exequibilidade indefinidamente postergada, sem que a postergação fosse considerada contrária ao Direito Constitucional.

E o que fizeram os juristas? No lugar de extrair consequências promissoras da possibilidade de flexibilizar a noção de Direito subjetivo de maneira a conectar o conteúdo dos direitos ao sentimento de liberdade de cada um, os juízes acabaram escolhendo sobrepor a noção anterior do Direito subjetivo pronto, completo e inalterável, o que podemos considerar como um verdadeiro jogo de cena neoforalista, que é a ponderação de valores, enquanto o modo de aplicação de princípios abstratos que guardam, com base em abstrações extremas, a qualidade de superioridade ou intangibilidade normativa.

Daí por que passou a fazer parte do Direito Constitucional de um país como o Brasil a visão segundo a qual (citação de Paulo Bonavides): “A teoria dos princípios se converteu no coração das constituições; o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucional e cânone do Estado de Direito”, ou seja, o princípio e a ponderação de valores são tudo.

Passando para um tópico um pouco diferente, com essa formulação, ficou muito difícil orientar o Direito Constitucional para uma finalidade que o Direito Administrativo abraçou, que foi a pro-



teção dos investimentos locais, proposição aos internacionais. A proteção aos investimentos locais falhava, na medida em que persistia, quer dizer, o que eu estou tratando aqui é dos direitos individuais, porque a base do investimento produtivo local é o direito individual, e não social, ou seja, a crise se refere não só aos direitos sociais, mas também aos individuais. Então, a proteção aos direitos individuais de investidores locais, por oposição aos internacionais, também falhava na medida em que persistia um padrão de desenvolvimento econômico expressivamente menor em países como o Brasil, em comparação com o de nações mais ricas do norte global.

Há contribuições jurídicas úteis à construção de um ambiente institucional favorecedor do crescimento econômico, impulsionadas por investimentos locais. Elas chegaram a ser feitas, como eu já disse, por administrativistas brasileiros, mas não, ou ao menos não claramente, pelos constitucionalistas, excepcionadas as soluções constitucionais autoritárias e a chamada “modernização conservadora” a elas associadas. Então, o Direito Constitucional da ditadura apoiou mais paradoxalmente o desenvolvimento econômico do que a anterior.

Quanto à dificuldade de impulsionar o desenvolvimento, deve-se observar que, mais ou menos em paralelo ao processo de mudança institucional a que eu me referi, da expansão do sufrágio, um segundo processo de mudança que afetou o modo de realização prática das constituições foi a expansão internacional de fluxos financeiros, desde o final do século XIX, sob a forma do padrão ouro internacional. Isso é uma coisa que pouquíssimos constitucionalistas discutem, porém, o padrão constitucional pode tranquilamente ser considerado um componente da constituição política de “n” países, inclusive do Brasil, no final do século XIX e início do século XX.

Então, a essa mudança, ao aparecimento do padrão único internacional os juristas não reagiram proativamente em benefício da institucionalização de interesses emergentes, pelo contrário, o que o Governo brasileiro fez? Na República Velha criou a chamada “política de valorização do café” para conservar a ordem estabelecida.

A consequência da inércia dos juristas foi que a realização das constituições passou a ficar, em boa parte, ao sabor da chamada “*haut finance*”, as altas finanças, a elite das finanças mundiais. O *funding loan*, o empréstimo de financiamento tomado por Campos Sales, em 1898, permanece para o Brasil um caso emblemático de adesão do País a esquema de finanças internacionais que eram deletérios a interesses econômicos locais.

Então, houve dupla limitação. Por um lado, houve a limitação consistente na falha em dar efetividade aos direitos individuais de investidores locais, com base no Direito Constitucional; por outro lado, houve também a incapacidade de dar aos direitos sociais um grau de efetividade prática capaz de contribuir para superar o subconsumo que se expressa na pobreza e outras carências materiais.

Uma conclusão parcial, que eu queria tirar é a seguinte: com origem nas tradições alemã e estadunidense de discurso jurídico sobre a constituição, o Direito Constitucional brasileiro conta hoje com duas principais visões de fundo sobre o que a Constituição é e como deve ser realizada na prática. Essas visões de fundo correspondem respectivamente às seguintes: primeiro, é um projeto germanizante, que procura reproduzir e adaptar, na medida do possível no Brasil, construções dogmáticas do Direito Constitucional alemão positivado e seus apoios doutrinários. Não preciso citar, mas todos conhecem protagonistas desse projeto aqui no Brasil.

Em segundo lugar, um projeto mais eclético aderente ao chamado neoconstitucionalismo já referido aqui, com inspiração forte em juristas que, sob a liderança de Ronald Dworkin e seu foco na produção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos (ele trabalha com a jurisprudência da Suprema Corte americana) e de Robert Alexy atribuem à noção de Direitos referidos a princípios abstratos e à ponderação entre eles um papel chave na determinação do significado das normas nacionais, ou seja, ao jogo de cena neoformalista. Eles podem se projetar internacionalmente por meio de algo que não citei, o Projeto de Constitucionalização do Direito Internacional, que hoje tem algum espaço por

oposição a outras propostas, por exemplo, que defendem pluralismo ou que defendem a fragmentação do Direito Internacional etc. Então, essas duas vertentes estão presentes e, podemos, inclusive, identificar ministros do Supremo Tribunal Federal, que pertencem a uma e outra.

De um modo geral, apoiado nessas duas versões de fundo, que fazem parte do que Duncan Kennedy chamou de “terceira globalização do Direito”, o Direito da Constituição Brasileira de 1988 tem-se tornado receptáculo, a plataforma de convergência de todo legado de formação do discurso conservador que ressaltei há pouco. Conservador pelo menos em dois aspectos. Primeiro, de um lado, pelo fato de o Direito da Constituição incorporar o fechamento constitucional ao qual me referi há pouco, afastando as possibilidades de promover uma abertura democrática do discurso normativo do Direito Constitucional. De outro, por deixar de reagir proativamente, a fim de promover inteligentemente a institucionalização de interesses locais emergentes às modificações institucionais ocorridas no mundo, que afetam modo e limites de muitas constituições, inclusive, a brasileira.

Como ir além desses legados conservadores? Uma proposta é o jurista, o constitucionalista brasileiro tomar por objeto não a Constituição Jurídica apenas, mas a constituição jurídica empírica e os desafios éticos dela emanados.

As constituições e políticas, quando consideradas no plano de sua concretude empírica, revelam uma realidade bem mais complexa e variada do que quando se tenta comprimir tal realidade e o número de princípios abstratos. Assim, por exemplo, vou citar um caso da Alemanha, que sempre me chamou a atenção e nunca o vi comentado por nenhum constitucionalista brasileiro. A realidade e dramas existenciais dos filhos de trabalhadores e imigrantes em um país como a Alemanha, modelo para muitos juristas brasileiros, por meio de pesquisa empírica, estatísticas publicadas etc. É comprovado que eles são menos favorecidos na admissão em escolas, por oposição às outras no sistema educacional alemão, que são direcionadas para levar o estudante às universidades.

Assim, na Alemanha existem pesquisas que comprovam que os filhos de trabalhadores imi-

grantes são menos favorecidos na admissão em escolas que levam ao ensino superior. Essa circunstância não parece refletida nos celebrados princípios constitucionais correspondentes ao direito à igualdade, à dignidade ou o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, que são essenciais ao Direito Constitucional alemão.

De modo semelhante, dificilmente, poderia admitir-se, que os direitos fundamentais de boa parte da população brasileira estão assegurados na prática, porque, senão, as multidões não estariam indo às ruas para reclamar decência e efetividade em serviços como, transporte, educação etc.

De qualquer modo, a relação entre as representações intelectuais do Direito Constitucional e as instituições políticas de uma sociedade pode servir para gerar debates muito úteis para o jurista. Quem pode contribuir para isso? Muitos autores. Tivemos grandes juristas que foram politólogos, Raimundo Faro e Victor Nunes Leal, dois exemplos. Hoje, quem estuda na faculdade de Direito Victor Nunes Leal e Raimundo Faro. Ninguém.

Então, não só abrir o Direito Constitucional para um diálogo interdisciplinar como Ciência Política, Economia Política, Antropologia Política, Sociologia Política, todas essas disciplinas têm o que oferecer para o jurista do Direito Constitucional. Além disso, a filosofia moral e política aplicada, não a formalista, também, pode oferecer contribuições. Primeira sugestão: tomar por objeto a Constituição política empírica, não somente a jurídica e os desafios éticos dela emanados; segunda sugestão seria descartar o apego à doutrina clássica na separação de poderes.

As pessoas, ao discutirem a separação de poderes mesmo com base em Locke, esquecem que vem acompanhada da defesa do direito reconhecido à sociedade de remover o Governo, ou seja, o Poder Legislativo, no caso da formação dele, sempre que este quebrar a confiança que o povo deposita nele. Pouco ou nada aparece nos manuais de Direito Constitucional sobre o que Locke focaliza quando se refere ao Legislativo como um poder fiduciário, quando o Legislativo age contra a confiança, quebra a confiança que a sociedade deposita nele. Diz Locke: “a sociedade tem direito de remover o Governo”, que é o Legislativo, no caso.

Além disso, a superioridade normativa como ressaltei há pouco, acabou gerando a noção de supremacia da Constituição, que se comunica em intangibilidade normativa atribuída à jurisdição constitucional e serve no plano das representações individuais como sucedâneo da doutrina da supremacia do parlamento.

Porém, a observação da realidade empírica revela que o processo político da democracia se nutre do conflito, é uma ideia que vem desde Maquiavel e das tensões institucionais, a qual está presente em Montesquieu, o Poder para o Poder.

A democracia se nutre do conflito e das tensões interinstitucionais. Nesse sentido, os conflitos interburocráticos empiricamente observáveis no âmbito do Estado democrático, inclusive as contraposições e embates entre Poder Judiciário e outras autoridades, são estudados com frequência pela Ciência Política.

A Ciência Política brasileira deu um salto para estudar esses fatos a partir dos anos 90. Fui um dos partícipes do início dessa literatura, na época eu era professor de Ciência Política e comecei a discutir a ideia de judicialização da política.

Então, não é razoável que a doutrina jurídica a respeito da Constituição continue presa a esse preconceito, que é a doutrina clássica da separação de poderes. Além disso, deve-se levar em conta o aprofundamento das interdependências transnacionais. Pulei essa parte do meu trabalho. Há uma literatura que, digamos assim, está explodindo hoje e que focaliza o que os autores chamam de “ordenação jurídica transnacional”, que aponta para um processo fragmentado, contraditório, acidentado e muito distante do que cogita a literatura sobre a constitucionalização do Direito Internacional.

Finalmente, a terceira sugestão é passar a tratar os direitos subjetivos como flexíveis. Os direitos subjetivos fundamentais não devem ser tratados como entidades metafísicas nem como referenciais normativos unívocos imobilizados em algum texto de Direito Positivo, diante dos quais o formalismo dogmático assume a tarefa de detalhar a estrutura interna, os limites e os sistemas de direito fundamentais como se fossem coisas.

Em uma banca de mestrado onde sentei, havia uma dissertação que tematizava efetividade dos direitos sociais. O primeiro capítulo era “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Pronto! Está tudo resolvido aqui. Já tem a teoria pronta. Com base em quem? Em Alexy. Então, não devem ser tratados como entidades metafísicas nem como referenciais normativos unívocos imobilizados em algum texto de Direito positivo, diante dos quais o formalismo dogmático etc. Nem tampouco devem os direitos fundamentais ter seu conteúdo construído por especulações idealizantes. Isso ocorre muito também e usualmente são frutos do pensamento inconsequente.

[...] a relação entre as representações intelectuais do Direito Constitucional e as instituições políticas de uma sociedade pode servir para gerar debates muito úteis para o jurista.

Muitos autores ligados ao pluralismo jurídico acham que o Direito está na sociedade, a sociedade vai resolver tudo, tudo o que vem da sociedade é bom. Se pararmos para pensar, nem tudo que vem da sociedade é bom, nem tudo que é privado é inerentemente bom. As famílias, os sindicatos e as empresas privadas estão cheios de males. Os contratos privados fazem mal muitas vezes. Nem os textos das constituições jurídicas nem as especulações idealizantes a respeito dos direitos fundamentais, ainda que bem intencionados, expressam o que são as tensões políticas e desafios práticos reais que compõem a constituição política. No meu entendimento, deve-se considerar que os documentos jurídicos, como cartas de direito e declarações de direitos humanos cumprem uma função não de dar as respostas, mas dêitica, ou seja, eles valem como indicações de condensações discursivas que sinalizam áreas de preocupação de muitas autoridades e parcelas importantes da opinião pública local e global e representam muito mais um convite à ação institucional criativa e construtiva do que um fundamento para uma decisão definitiva.

Com essas três sugestões, encerro, agradecendo a atenção de todos.”

**OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR**

Professor da Universidade de São Paulo

“ Agradeço a conferência do Professor Marcus Faro, um acadêmico que tem desenvolvido aqui na Universidade de Brasília estudos bastante originais sobre esses temas e que, mais uma vez, nos demonstra a necessidade da abertura para novas visões do Direito Constitucional e a discussão de seus dogmas estabelecidos acriticamente.

Agradeço aos Professores Celso Campilongo, Raffaele De Giorgio e Marcus Faro de Castro pelas participações e o convite que me foi formulado pelo Professor e Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, à equipe do Conselho da Justiça Federal e dos seguimentos judiciários, registrando também a satisfação de ter presidido esta Mesa para uma assistência tão seleta, composta – e aqui faço uma homenagem ao Professor Fernando Araújo – de altas individualidades, como se costuma falar em Portugal, em relação ao nível de assistência que aqui temos.”



Ronaldo Porto Macedo Jr.; Ricardo Villas Bôas Cueva; Luiz Guilherme Marinoni; Fernando Araújo.

## ***A Justificação das Decisões Judiciais***

**RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

“ É uma alegria estar aqui para esse painel do seminário Teoria da Decisão Judicial e, particularmente agora, com o meu amigo, Ronaldo Porto Macedo Junior, contemporâneo de faculdade de Direito e da PET-Capes, na época, dirigida pelos Professores Tércio Sampaio Ferraz e José Eduardo, contemporâneo também do Campilongo.

O Professor Ronaldo é pós-doutor pela *King's College of London* e pela *Yale Law School*; é Procurador de Justiça do Estado de São Paulo; Professor titular da USP há um mês. Tem um currículo invejável, com várias publicações, um autor e um professor fantástico.”

### **RONALDO PORTO MACEDO JR.**

*Professor da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo*

“ Gostaria de dizer que é um imenso prazer estar aqui presente e participar deste evento, que tem sido um sucesso notável. E quero agradecer ao amigo Ricardo Villas Bôas Cueva, e, ao mesmo tempo, cumprimentá-lo pela organização, assim como também, estender esses elogios e agradecimentos a todos aqueles que participaram diretamente da organização deste evento.

O tema sobre o qual vou falar tem um título um pouco mais restrito do que aquele que consta do programa. A minha intenção será falar sobre um autor, Dworkin, Os Princípios e a Justificação das Decisões Judiciais. Quero justificar a forma pela qual vou tratar desse tema.

Em primeiro lugar, acho que já foi objeto não só de menção, como de muita insistência da parte de diversos dos palestrantes, a importância do tema. Eu não precisaria falar da importância do tema da decisão judicial para uma audiência formada por magistrados, predominantemente. Mas, acima de tudo, a importância do momento que se vive, em torno da forma pela qual se concebe o processo de tomada de decisão judicial e, de maneira muito particular, o papel dos princípios – aquilo que o Professor Raffaele chamou de “pós-pensamento” ou que vem consagrado, de maneira quase apoloética, toda uma literatura englobada sobre a rubrica do neoconstitucionalismo.

Isso também foi objeto de várias menções críticas da parte de outros palestrantes, sobre os exageros que vêm acompanhados desse novo momento,

dessa fase da interpretação judicial, notadamente constitucional, mas não exclusivamente, muitas vezes caracterizada como a farra dos princípios ou – gosto de lembrar, de uma provocação muito inteligente, feita por um colega de faculdade, o Professor Carlos Ari Sundfeld, que escreveu um artigo, publicado em uma coletânea que organizei, em um evento sobre interpretações, que tem o sugestivo nome de “Princípio é Preguiça”.

O que existe por trás desse discurso crítico, com relação ao uso dos princípios? Fundamentalmente, parece-me que essa é uma tônica comum a várias outras apresentações, inclusive do painel da manhã, a ideia de que, sob a rubrica ou sob o signo desse novo momento principiológico da interpretação do Direito, muitas vezes a tarefa de interpretação judicial tem-se transformado em uma tarefa de alto grau de incerteza e que envolve a invocação de princípios genéricos. Este, muitas vezes, na prática cotidiana da judicatura, apresentam-se como mecanismos que se põem em substituição a uma análise mais detalhada, mais circunstanciada das regras jurídicas que estariam regulando uma situação concreta e que exigiriam, digamos, critérios mais seguros ou mais orientados em torno do princípio da certeza jurídica ou de uma preocupação com a certeza jurídica, e que essa nova forma principiológica de compreensão do Direito estaria por ameaçar.

O título da minha palestra envolve o nome de um importante jurista americano, Ronald Dworkin, e que foi mencionado, com justa razão, como um dos autores, frequentemente, invocados como um dos grandes teóricos, senão dos principais formuladores, um dos mais influentes teóricos desse momento principiológico do Direito. De alguma forma, para simplificar o argumento, é comum vermos a referência do Dworkin como se fosse uma espécie de grande paladino dos princípios ou da retórica dos princípios. Junto dele, com muita frequência, de maneira particular, nos manuais de Direito Constitucional, encontramos algumas fórmulas quase que sintéticas, é o pensamento Dworkin/Alexy, como se fossem a mesma coisa, como referências centrais desse novo momento. E mesmo autores, como o próprio Professor Barroso, o primeiro palestrante deste seminário, fazem essa referência e quase

homenagem ao Dworkin como um dos grandes formuladores, na visão dele, do que ele, Ministro Barroso, caracteriza como os fundamentos do ne-constitucionalismo.

A meu ver, uma das razões históricas para isso está relacionada a um dos artigos mais famosos do Dworkin e talvez, sem risco de exagerar, um dos artigos mais influentes dos últimos 40 anos, pelo menos no mundo anglo-saxão, é o chamado “Modelo de Regras I”. A primeira versão é de 1967 e depois republicado no livro *Levando os Direitos a Sério*.

Notadamente nesse artigo, que costuma ser a porta de entrada privilegiada para aqueles que querem entender o pensamento do Dworkin, ele faz uma afirmação importante – citada à exaustão pelos manuais e por teses de direito constitucional, que se produzem nas nossas faculdades de direito – de que há uma distinção lógica entre o que é um princípio e o que é uma regra. A regra funciona segundo o princípio do tudo ou nada, isto é, uma regra determina que dada conduta seja proibida ou permitida, e, por esse mesmo motivo, se uma regra diz que algo é permitido, outra regra que dissesse que a mesma conduta é proibida estaria em contradição lógica e, portanto, apenas uma delas poderia ser válida ao mesmo tempo, regulando o mesmo fenômeno.

Os princípios, segundo essa representação, algo vulgarizada do pensamento do Dworkin, não funcionariam segundo essa mesma gramática do tudo ou nada, na medida em que, quando um princípio se sobrepõe, pela sua influência, no seu poder de regular uma situação, em face de outro princípio, por exemplo, quando o princípio da liberdade se sobrepõe ao da igualdade, isso não significa a exclusão, a expulsão do sistema jurídico na regulação daquela matéria do outro princípio. Em outras palavras, princípios quando estão em conflito não funcionam segundo a gramática do tudo ou nada, eles envolvem algum tipo de ponderação ou sopesamento.

Nesse importante artigo, Modelo de Regras I, Dworkin também tornou famoso, pelo menos no âmbito da discussão jurídica filosófica já que o caso tinha sua fama, antes desse uso que o Dworkin faz dele, um exemplo, o chamado caso

*Riggs versus Palmer*, caso decidido pela Suprema Corte do Estado de Nova York. Basicamente, era um caso em que um avô deixou uma herança para o neto, e o neto mata o avô para receber a herança. E não havia uma regra que dissesse que aquele que agisse de forma torpe não seria merecedor da herança. Em outras palavras, nós tínhamos uma regra que era clara que dizia que o descendente herdaria no caso o neto, mas nós tínhamos um princípio de que ninguém deve se beneficiar da própria torpeza que estaria em conflito, digamos, com o significado dessa regra pelo menos com a extensão dela, razão pela qual a Suprema Corte do Estado de Nova York entendeu que o princípio deveria prevalecer e deveria ser considerado na decisão desse caso.

Denominado de “caso Elmer”, já que o herdeiro se chamava Elmer, foi o caso referencial, paradigmático que o Dworkin tomou nesse artigo para fazer um argumento que, a meu ver, foi muito mal compreendido por boa parte dos críticos anglo-saxões de maneira geral, mas que ainda é mal compreendido pela nossa literatura brasileira quando recepciona, digamos, as ideias do dele. E por quê? Porque, de alguma forma, o que se entendeu sobre o que ele pretendia dizer nesse argumento era que fundamentalmente princípios morais compreendidos através do significado convencional desses princípios – por exemplo, a ideia de torpeza, alguém se beneficiar através de algo que fosse imoral – deveriam se sobrepor ao significado, ainda que expresso e claro, de uma regra, aquela que dizia que o herdeiro neto deveria herdar, e a ideia, portanto, de sopesamento que foi atribuída ao Dworkin era de que os princípios morais devem prevalecer mesmo diante de uma regra clara em face, digamos, do seu *status* jurídico superior em relação àquela regra.

Esse argumento e o caso do Dworkin foram objetos de diversas refutações, especialmente da parte daqueles que se colocavam como seus interlocutores ou inimigos teóricos diretos, nesse texto, notadamente o positivismo jurídico e, de maneira muito mais particular, o positivismo jurídico tal como formulado pelo seu principal expoente no mundo anglo-saxão, o filósofo inglês Herbert Hart.

Uma das respostas dadas por Hart e os hartianos – aqueles que, engrossaram fileiras e foram vários -, no ataque ou nas réplicas à crítica que o Dworkin produzira ao positivismo nesse texto, argumentavam o seguinte. Eram várias críticas mas algumas delas, por exemplo, chamavam atenção para o fato de que um princípio nada mais seria do que uma regra de escopo geral e, portanto, não haveria dificuldade nenhuma para o pensamento positivista para reinterpretar, por exemplo, o caso *Riggs versus Palmer*, entendendo que o princípio era uma regra geral que limitava os efeitos de uma regra particular e, portanto, nada haveria de tão diferente na construção dworkiniana que não pudesse ser incorporado por uma teoria como o positivismo jurídico, que era o objeto da crítica do Dworkin. E mais, se era assim, não havia razão nenhuma para o Dworkin crer que esse elemento que julgava ser central na sua crítica ao positivismo pudesse abalar de alguma maneira as bases da descrição positivista acerca do que era o Direito.

É evidente que nem todos os desacordos jurídicos dos tribunais, provavelmente até uma minoria, envolvem desacordos teóricos.

Muitas coisas acontecem, muitos artigos são produzidos e discussões são realizadas, até a produção de outra grande formulação da obra *Teoria do Direito do Dworkin*, em 1985, através da publicação do seu livro *O Império do Direito*. Eu retornarei a esses trabalhos intermediários daqui a pouco, mas quero chamar atenção para uma mudança emblemática que houve no tratamento da questão da Teoria do Direito e do papel da reflexão moral sobre o Direito, que ocorre nessa obra. É interessante que nessa obra *O Império do Direito*, Dworkin, de alguma maneira, troca o seu exemplo, ele muda o seu caso paradigmático e temos muito a aprender, se prestarmos atenção em porque ele muda, em vez de se referir ao caso *Riggs*, troca pelo caso *Tennessee Valley*. O que é o caso *Tennessee Valley*? Este envolvia um questionamento levado a juízo por uma ação do

Ministério Público americano contra a construção de uma barragem no Vale do Tennessee e que traria como consequência a colocação em risco da sobrevivência de uma espécie, um peixe pequeno, chamado *Snail darter*. Esse peixe era protegido pela lei de proteção de espécies ameaçadas de extinção.

O caso caminhou por diversas instâncias até que, quando chegou à Suprema Corte, houve uma decisão emblemática. Qual foi ela? Um dos Juízes, o Ministro Burger, afirmava grosso modo o seguinte: é lamentável que os *police makers*, aqueles que são responsáveis pela construção de barragem nos Estados Unidos, construam uma barragem sem antes verificar as possibilidades e os limites legais para a construção. É lamentável o desperdício de dinheiro envolvido nisso, cerca de cem milhões de dólares já tinham sido investidos e seria o tamanho do prejuízo caso a barragem tivesse, realmente, impedida a sua construção.

Ele também afirmava o seguinte: Mas é fato que existe uma lei válida que protege uma espécie ameaçada de extinção. E é verdade, também, que essa represa vai colocar em risco a espécie protegida. E por esse motivo, dizia o Justice Burger, tenho que lamentar tudo que ocorreu aqui, mas

a minha função, como juiz, é aplicar o Direito, e a despeito de tudo que eu posso lamentar sobre como foi feito, sou obrigado a reconhecer que a construção da barragem deve ser interrompida.

Houve um voto dissidente, que acabou sendo voto majoritário do Justice Power, nesse caso. Ele fazia uma série de considerações: primeiro, concordo com Vossa Excelência, Justice Burger, que, de fato, existe uma lei válida que protege essa espécie ameaçada de extinção. Concordo que essa represa vai por em risco a sobrevivência dessa espécie e que é absolutamente lamentável que antes de construir uma represa não se faça uma avaliação dos seus efeitos. E, portanto, nós não temos nenhum tipo de divergência sobre as considerações que podemos chamar empíricas, sobre os fatos que são incidentes no momento em que temos de apreciar se a represa deve ou não



ser interrompida. E também concordo que a nossa obrigação como juízes é de aplicar o Direito. Contudo, eu não tenho a mesma compreensão do que significa o Direito, Ministro Burger, e por esse mesmo motivo eu reconheço a nossa obrigação de aplicá-lo ao Direito, mas aplicar o Direito, nesse caso, envolveria reconhecer certo princípio de razoabilidade que o levava à conclusão, portanto, de que a represa, naquela altura do campeonato, não deveria ser impedida e outras medidas mitigatórias deveriam ser tomadas para proteger aquela espécie.

Por que Dworkin mudou de exemplo? E por que Dworkin, que era o paladino dos princípios, dava uma centralidade a distinção, princípios e regras, e Modelos de Regras I (texto cuja primeira versão é de 1967) praticamente silencia no uso da linguagem dos princípios em 1985, quando ele publica o Império do Direito? O que se passou? Por que mudou de exemplo? E por que ele parou de falar de princípios? Porque, a despeito dos constitucionalistas não terem parado, Dworkin – esse é meu argumento –, seguiu outra estratégia teórica que já não mais invocava a narrativa dos princípios como elemento essencial para produzir o seu argumento teórico.

A meu ver, as razões para isso estão ligadas fundamentalmente a dois aspectos: em primeiro lugar, Dworkin reconhece que, ainda que se tomasse o caso Elmer como um caso que pudesse ser explicado a partir da teoria que ele então propunha, não era menos verdade que esse caso poderia também ser objeto de explicações oferecidas por teorias rivais que ele se encarregava de combater. Em outras palavras, não que sua teoria em sua própria visão não pudesse explicar melhor o que acontecera de fato no caso Elmer; contudo, ele dava margem a explicações plausíveis que poderiam ser produzidas pelos seus inimigos. Portanto, outro exemplo poderia criar um constrangimento, uma limitação maior para os seus adversários teóricos e dá uma explicação igualmente satisfatória ou de elevada plausibilidade.

Por outro lado, houve também o reconhecimento da parte do Dworkin que, a despeito de ele reconhecer que tudo aquilo que ele tinha dito sobre os princípios era perfeitamente justificável,

ele tem longas e densas páginas, por exemplo, em um artigo que se sucedeu ao Modelo de Regras I, chamado de “Modelo de Regras II”, em que ele rebate seus críticos, para dizer por que não abandona aquela distinção, do ponto de vista teórico, mas reconhece que a sua estratégia de argumentação contra os seus críticos mais tinha gerado confusão do que, efetivamente, eficácia nos seus argumentos teóricos. E, mais do que isso, outros caminhos argumentativos poderiam demonstrar-se mais eficientes para atingir o seu objetivo teórico, para enunciar a sua crítica teórica.

Qual era, então, a crítica teórica? Se não era enunciar uma teoria geral dos princípios, qual é o ponto central da crítica do Dworkin? Qual era a novidade que ele trazia? A meu ver, a principal novidade referia-se à crítica que fazia à tradição positivista, a modelos teóricos que não eram capazes de oferecer uma explicação plausível sobre como funcionavam os nossos desacordos teóricos no Direito. Em outras palavras, o que Dworkin fundamentalmente vê como uma matriz central da sua crítica é o fato de que as teorias rivais, notadamente o positivismo deixa de ser o único inimigo teórico. E no Império do Direito, ele já, agora, dirige também sua crítica ao pragmatismo, ao convencionalismo como uma reformulação da própria teoria positivista. Mas, enfim, ele via como uma insuficiência importante dessas teorias.

Como entender isso? O que significa um desacordo teórico no Direito? Em primeiro lugar, é importante lembrar isso, nos faz retomar o caso *Tennessee Valley*, o que ele chamava a atenção é que nesse caso ficava patente que o desacordo entre Justice Burger e Justice Power não era o desacordo sobre o reconhecimento dos fatos do mundo, nem sobre a represa, nem sobre a existência de uma lei que fosse válida. A diferença que demarcava as posições e conclusões distintas dos juízes se referia ao conceito de Direito, à teoria que cada um deles esposava e acolhia sobre o significado do que é o Direito, do que é uma obrigação jurídica. Em outras palavras, era um desacordo teórico, e não empírico. É evidente que nem todos os desacordos jurídicos dos tribunais, provavelmente até uma minoria, envolvem desacordos teóricos.

No entanto, ainda que eles não sejam a maioria, o que Dworkin chamava a atenção é que eles são centrais para a nossa compreensão sobre o que é natureza da prática de julgar, da prática de elaborar uma decisão judicial e uma justificação judicial. Isso, na visão do Dworkin, fica mais evidente nos casos mais controvertidos, difíceis, mas não é inexistente também nos casos fáceis. Porém, o que era importante destacar é que o que os casos difíceis revelavam como ponto, realmente, importante não era o fato de eles serem difíceis sobre os acordos empíricos, mas o fato de serem difíceis na medida em que envolviam desacordos teóricos, ou seja, esse era o ponto que ele queria salientar. Assim, casos eram complexos, porque neles havia um significado normativo, uma consequência prática direta que estava derivada da teoria do direito, da concepção do direito que estava sendo implícita ou explicitamente acolhida pelos juízes.

A questão que se colocava aqui, portanto, para o Dworkin era a seguinte: para respondermos o que é o Direito, é fundamental compreendermos que o Direito é uma prática social. Tudo bem, poucas pessoas negariam isso, mas o Direito é uma prática social peculiar, específica, e a sua especificidade está relacionada ao fato de que é uma prática social argumentativa. Nem todas as práticas sociais são argumentativas. Um exemplo de uma prática social não argumentativa: um jogo de xadrez. O jogo de xadrez é uma prática social, envolve o reconhecimento do sentido da normatividade das regras do jogo que vincula e influencia a ação dos jogadores de xadrez, a intencionalidade no sentido da ação deles é guiada pela normatividade das regras do xadrez, mas no jogo de xadrez o que os jogadores fundamentalmente fazem é compreender o significado de uma regra e agir de acordo ou em desacordo com aquelas regras e, assim, de maneira geral, nos jogos.

No entanto, outras práticas sociais são argumentativas. Um exemplo, que o próprio Dworkin explora, de uma prática social argumentativa, são as práticas de reconhecimento ou de valorização da cortesia. Um exemplo que eu costumo explorar com frequência, com os alunos, é o seguin-

te: vamos imaginar que um jovem saia com uma garota para jantar e, ao final, conta para o seu colega que saiu com a garota na noite anterior e que cada um pagou sua conta. Vamos imaginar que esse jovem, João, seja criticado pelo seu amigo José por ter agido com descortesia. Então, José disse: “João, você foi descortês com a garota”. E surge daí a seguinte questão: É verdadeiro ou falso que ele foi descortês? Suponhamos que João entendeu qual foi a crítica que José lhe fez; entendeu o que o outro estava dizendo, ou seja, existe uma compreensão real do que significa a censura, no entanto, ele discorda e diz: “Olha, você me desculpa, eu entendo do que você está me acusando, mas eu acho que não fui descortês”. E, portanto, há um desacordo sobre o valor de verdade da proposição que diz: “João foi descortês”. Um diz que é verdadeiro e o outro diz que é falso.

Vamos imaginar que eles produzam argumentos, argumentos que procurem dizer qual é a concepção, isto é, qual é a teoria específica sobre o significado do conceito de cortesia que deve ser empregado para avaliar se é verdadeiro ou se é falso que João foi descortês com Maria. Em outras palavras, podemos imaginar a produção de uma série de argumentos pelos quais, por exemplo, alguém diga: “Não, é uma descortesia, por exemplo, porque se você for a um restaurante você vai ver que 70% dos homens pagam a conta”. E mais, uma pesquisa do Datafolha diz que a maioria acha que a cortesia do homem para com a mulher, quando sai com ela para jantar, implica que ele deva pagar a conta, ou seja, um deles levanta o argumento de que, para eu saber qual é o conceito de cortesia que devo empregar, devo observar quais são as práticas socialmente compartilhadas, majoritárias ou convencionais. O que elas dizem, o que a convenção diz? E se a convenção disser que os homens têm que pagar a conta, então, João agiu com descortesia, ou seja, se a convenção disser o contrário, cada um deve pagar a sua conta, então, ele não agiu com descortesia.

O que esse tipo de argumento traz para essa discussão hipotética? Traz um critério de verdade à proposição, o critério de verdade é fundamen-

talmente o seguinte: é verdadeiro que João agiu com descortesia se houver uma convenção no mundo que diga que a cortesia manda que os homens paguem a conta quando saem. A contrário senso, se não houver essa convenção ou se o mundo estiver dividido, 50% acham que sim e os outros 50% acham que não, então não podemos dizer que é verdadeiro que João agiu com descortesia. Por quê? Porque faltaria, nesse caso, o critério que seria a referência para a verdade da proposição que afirma que ele agiu com descortesia. Essa seria uma possibilidade.

Mas vamos imaginar que o João, acusado de descortês, diga: “Olha, eu discordo de você e, mesmo que a maioria ache que a cortesia envolve pagar a conta para as mulheres, acho que isso está errado”. A pergunta que se sucederia seria a seguinte: Bom, mas por que você acha isso errado? Essa é a sua estipulação pessoal que diz que você prefere outra concepção, outra teoria específica da cortesia? E ele diz o seguinte: “Não, não é por isso, mas é pelo fato de que posso observar o conjunto de práticas sociais semelhantes a pagar ou não pagar a conta do restaurante e que envolvem o conceito, o significado de cortesia e posso identificar que a maneira mais coerente de se compreender o que significa cortesia envolve, por exemplo, associar o conceito de cortesia ao respeito, à dignidade e à igualdade da mulher e, portanto, mesmo que exista uma convenção específica dizendo que a cortesia manda o homem pagar a conta, posso dizer que esse padrão convencional não prestigia adequadamente o valor da cortesia”.

Deixe-me introduzir outro exemplo em que talvez possa essa distinção tornar-se mais clara ou eloquente. Vamos imaginar o seguinte: no ano passado, veio um famoso filósofo australiano, chamado Peter Singer, ao Brasil. Ele é muito famoso por seu envolvimento na luta ao direito dos animais. Imaginemos que o Professor Peter Singer venha ao Brasil e diga o seguinte: “É errado comer carne de vaca, porque envolve compactuar com o sofrimento dos animais, a atividade da in-

dústria de produção de carne animal envolve um sofrimento, e isso é imoral. Portanto, é errado comer carne animal”.

Compreendemos o que o Professor Peter Singer pode estar dizendo à audiência dos brasileiros. Se compreendemos isso, temos que entender o quê? Que também associamos o que ele diz à possibilidade de aquilo que ele diz pode estar correto. Podemos até discordar, mas uma coisa é certa, se alguém disser: “Professor Peter Singer, desculpe-me, mas a maioria come carne e acha que é certo comer carne”. O que ele responderia? “Sim, a maioria está errada”.

[...] que os casos difíceis revelavam como ponto, realmente, importante não era o fato de eles serem difíceis sobre os acordos empíricos, mas o fato de serem difíceis na medida em que envolviam desacordos teóricos [...]

Isso significa o quê? Que o critério de correção moral não é dependente do que é a convenção dominante. Posso fazer um juízo de correção moral, nesse sentido, que seja contramajoritário, inclusive, que seja contraconvencional, desde que eu possa apresentar razões que recolham uma série de práticas sociais relacionadas aos critérios de correção moral e que me permitam argumentativamente apresentar uma justificação de porquês. No caso de, por exemplo, errado impor a crueldade a outros seres, como a carne animal, que é produzida ao custo de sofrimento aos animais – o argumento dele não é dependente diretamente da existência de uma convenção, ele pode até mesmo ser contraconvencional, mas é um argumento viável, desde que possa ser justificado interpretativamente a partir da consideração de um conjunto mais abrangente de práticas sociais de reconhecimento do que é o agir corretamente e o agir incorretamente. De certa forma, é mais ou menos o seguinte que Professor Peter Singer vai construir: “Olha, existe uma maneira mais racional, mais coerente de conceber critérios do que é o agir corretamente, que fazem com que uma convenção majoritária seja ela mesma imoral”.

Por que estou insistindo nesse ponto? Porque

esse ponto nos permite destacar com muita clareza dois usos muito distintos que fazemos do significado de moral. Um é aquele que poderíamos chamar de “moral convencional”, e com muita frequência usamos a linguagem da justificação moral nos reportando àquilo que podemos chamar de “moral convencional”. Por exemplo: posso dizer que o protestantismo se caracteriza pela adoção de certa moral, certa ética. Posso dizer que a máfia tem uma moral, por exemplo, que reconhece como uma violação do código interno a delação. Eu posso dizer, portanto, que, na moral convencional da máfia, é errado delatar o comparsa.

Porém, posso utilizar um tipo de linguagem moral – distinta, que funciona segundo uma gramática; distinta quando eu digo a moral da máfia é imoral. Ou seja, quando eu faço esse tipo de juízo que é inteligível, estou usando a moral no sentido de que poderíamos denominar (essa dominação que o Dworkin propõe) de moral concorrente, isto é, estamos tomando como valor de verdade e de sentido do que é a correção moral, já não mais a convenção, mas um critério de existência de uma melhor justificação desse mesmo valor.

[...] a máfia tem uma moral, por exemplo, que reconhece como uma violação do código interno a delação. Eu posso dizer, portanto, que, na moral convencional da máfia, é errado delatar o comparsa.

Permitam-me voltar para a metáfora do jogo de xadrez: o jogo de xadrez, o regulado pela Federação Internacional de Xadrez, não é um jogo argumentativo. Mas nada nos impediria de imaginar um jogo de xadrez que fosse argumentativo. Ele é muito parecido com um jogo de xadrez convencional – o jogo da FIDE (Federação Internacional de Xadrez) –, mas tem algumas diferenças. A semelhança está no movimento das peças, no tabuleiro etc. No entanto, nesse tipo de jogo, o que fazem os jogadores? Os jogadores admitem diferenciais de competência enxadrística entre os jogadores. Vamos imaginar uma situação em que o adulto joga com uma criança de oito

anos de idade e admite, portanto, que existe algum tipo de compensação nas peças; ou seja, eu retiro uma dama, uma torre do adulto, visando um tipo de equilíbrio, chance de sucesso e de vitória no jogo de xadrez.

E vamos dizer mais uma coisa: a discussão sobre o que estabelece esse equilíbrio envolve uma produção de argumentos do jovem ou do adulto, ou da torcida do jovem ou da torcida do adulto, sobre qual é a fórmula equilibrada para se estabelecer quais devem ser as peças e, portanto, quais devem ser as regras específicas para cada um.

Por exemplo: se o adulto deve jogar com dama e sem uma torre, se deve jogar com a dama e sem um bispo. Qual é o equilíbrio? Ou seja, não existe uma predeterminação completa das regras, não são as regras que sei *a priori* que são as mesmas, mas admito que devam ser reformuladas e justificadas conforme um objetivo de equilíbrio, que vise garantir que adultos e crianças tenham a mesma ou semelhantes chances de ganhar ou perder.

Em um jogo argumentativo desse tipo, se não é o jogo que joga o Garry Kasparov, é um jogo que frequentemente pai joga com filhos, ou primos mais velhos jogam com primos mais jovens. Em um jogo desse tipo, argumentativo, temos a

produção de argumentos e justificativas para dizer qual é o equilíbrio justo, adequado para regular o desenvolvimento daquele jogo.

Mas temos que lembrar duas coisas ainda. Na discus-

são do equilíbrio do que é, digamos, a igualdade, podemos estar nos reportando a um critério convencional de igualdade ou podemos estar nos referindo também, diferentemente, a um critério, de uma moralidade concorrente relacionada a um conceito de igualdade.

E esse jogo vai funcionar de maneira diferente, se for, segundo compreender, o valor da igualdade, ou da igualdade lúdica, ou do prazer lúdico, é um valor convencional, isto é, verifico o que é a convenção no mundo, o que esse estado de coisa do mundo diz sobre o significado da convenção, ou se não, se esse significado mesmo do que é esse equilíbrio lúdico é um conceito que deve ser

pensado interpretativamente e segundo critérios de melhor ou pior justificação.

Vou agregar mais um exemplo, um exemplo do Dworkin apresentado: Modelo de Regras II, texto intermediário entre o Modelo de Regras I e O Império do Direito. Herbert Hart tinha lançado um exemplo no seu arqui-clássico livro: O Conceito de Direito, e o exemplo clássico que ele levantava era da regra de etiqueta que envolve que os homens tirem o chapéu ao entrar em uma igreja. Ele chamava a atenção para esse exemplo justamente para distinguir o conceito do que é uma regra (a regra da etiqueta que envolve a possibilidade de alguém agir correta ou incorretamente) de um mero hábito, por exemplo, o hábito dos ingleses de tomar chá às 5 horas da tarde.

Dworkin retoma esse exemplo do tirar o chapéu ou descobrir a cabeça ao entrar na igreja, mas o reformula da seguinte maneira: imaginem a situação: em uma determinada igreja, os homens ao entrar, tiram o chapéu, mas uma mãe entra com um bebê, e ele está usando um gorro, está muito frio. E uma parte dos frequentadores da igreja dizem: "isso viola a regra de etiqueta, porque ele é um ser humano do sexo masculino que está entrando na igreja com a cabeça coberta". E outra parte dos igrejeiros dizem: "não, isso é um absurdo, essa regra não se aplica a um bebê, não faz sentido nenhum imaginar que se tire o gorro do bebê porque violaria a regra de etiqueta".

Se eu tomasse que o critério para saber se existe ou não a determinação de que as pessoas do sexo masculino têm de descobrir a cabeça ao entrar na igreja, se dependesse de um critério puramente convencional, poderia me perguntar: "Qual é a convenção?" Digamos que houvesse uma convenção que dissesse: "Olha, de fato, não importa a idade, todo o mundo tem que tirar o chapéu, descobrir a cabeça". Nesse caso, haveria um critério de correção para saber se a criança pode ou não, que é a existência dessa convenção.

No entanto, o exemplo do Dworkin é ardiloso por quê? Por que ele sugere que a comunidade dos igrejeiros está dividida, ou seja, metade acha que sim, metade acha que não. E, portanto, não existe convenção. Esse é o ponto. Se não existe convenção, nós, então, deveríamos concluir que

não existe certo ou errado, mas não existindo o certo ou o errado, não seria errado, então, que o bebê entrasse na igreja.

No entanto, Dworkin chama a atenção para que, no exemplo que ele imagina, as pessoas não se limitam, simplesmente, a identificar se existe uma prática convencional ou não. O que elas buscam é identificar qual é a melhor maneira, a maneira mais racional, mais inteligente, mais justa de interpretar o significado daquela regra. E é por isso que uma parte dos igrejeiros vai dizer que não faz sentido, que é errado interpretar aquela regra daquela forma. Nós devemos avaliar qual é a intencionalidade daquela regra e a sua intencionalidade é dependente do valor ao qual se destina, ao a aquela regra visa prestigiar. Em outras palavras, a discussão aqui envolvida não se reporta à existência do fato do mundo, que é existir ou não existir uma moral convencional, mas qual é a melhor maneira, a mais adequada para justificar o significado do valor envolvido ou subjacente àquela regra.

Ao dizer isso, o Dworkin também aponta para uma distinção extremamente importante, e acho que é o objeto de má compreensão, de uma recepção mais vulgar das ideias do Dworkin. Essa má compreensão refere-se ao fato de que o Dworkin distingue a ideia de certeza, da ideia de objetividade. Não é necessário que distingamos, e frequentemente nós definimos objetividade como sinônimo de certeza. Dizemos ou podemos dizer que existe objetividade, por exemplo, sobre se um patinete é um veículo ou não, se houver certeza, uma convenção, se houver meios pelos quais eu possa saber o significado de veículo e saber se ele inclui o conceito de patinete como um caso particular de veículo.

No entanto, diz Dworkin, não é necessário que imaginemos que assim seja e, no caso do Direito, no caso da objetividade moral e do Direito, é importante que façamos essa distinção. A incerteza significa um estado da consciência que não nos leva a ter uma crença forte sobre uma determinada verdade. Nós poderemos, por exemplo, dizer que não temos certeza se o *Big Bang* aconteceu há mais de oito bilhões de anos ou a menos de oito bilhões de anos. Mas isso não significa afirmar

que não exista uma resposta certa. Eventualmente, nós temos incerteza sobre ela. Mas é diferente de afirmar que não existe certo e errado.

Quando eu afirmo, no entanto (é o exemplo do Herbert Hart) que não existe um critério para saber se patinete é ou não é veículo, o que o Hart está dizendo não é que eu tenho incerteza sobre se patinete é ou não veículo. Eu não tenho um critério para saber. E não ter um critério significa que não existe certo e errado aqui. Em tese, não existe certo e errado. Ou seja, não se trata da minha ignorância sobre o que é certo e errado. Trata-se da inexistência, mesmo, de um critério de correção ou de incorreção.

A Teoria da Controvérsia Dworkiniana não afirma, contrariamente ao que dizem muitos dos seus maus intérpretes ou dos seus maus apologistas, que existe a possibilidade de eu ter certeza sobre o que é uma resposta certa. O que ele afirma é algo distinto, que é implausível imaginar ou tomar como posição padrão – ele chama *default* –, afirmação de que, por eu não ter certeza, eu não tenho uma resposta certa. Se for assim, o que seria esse critério de correção? Seria a existência de uma justificativa mais coerente, mais abrangente e mais consistente com o significado das práticas sociais que efetivamente identificam, servem de paradigma para nós identificarmos um valor em relação a outras teorias rivais.

Em outras palavras, retornando ao exemplo da cortesia. O que faria com que João ou José tivesse razão sobre o comportamento cortês ou descortês de João ao sair com uma garota não é o fato de ter certeza. Provavelmente, a controvérsia dos dois terá resultado inconclusivo. Da mesma forma, não é o fato de existir certeza que faz com que o Professor Peter Singer não possa, objetivamente, estar certo na sua censura ao comportamento da maioria dos brasileiros. O critério de correção e, portanto, de objetividade, depende da existência de quê? De um critério que seja intersubjetivamente compartilhado, e por isso ele se torna objetivo, ele não é subjetivo, e que seja passível de uma reconstrução mais coerente.

O critério de objetividade é dependente de uma teoria coerentista da verdade, e não de uma teoria da verdade que deva ser entendida como

correspondência a um estado de coisas no mundo, a convenção que poderia dizer o que é certo e o que é errado. Em outras palavras, o que Dworkin está trazendo para sua teoria aqui não é apenas uma teoria, quase contraintuitiva sobre o que é existir ou não resposta certa. O que ele está efetivamente trazendo é uma reflexão e uma crítica às teorias da verdade como correspondência que animam e que, digamos, habitam boa parte das teorias da interpretação constitucional.

A meu ver, esses pontos que simplesmente esbocei aqui são muito importantes para entendermos algumas diferenças do projeto entre Dworkin e, por exemplo, Robert Alexy. Uma das diferenças está no fato de que, diferentemente do Alexy, Dworkin não está preocupado em construir uma dogmática da interpretação constitucional. Ele está, antes, preocupado em descrever qual é a gramática do funcionamento da nossa linguagem quando justificamos as decisões judiciais.

Alguém poderá dizer também: “É verdade que pensamos, fazemos essa parafernália teórica a toda hora? Nós temos que recorrer a ela o tempo todo?” Não, no dia a dia dos magistrados (o comportamento dos magistrados talvez seja muito pouco parecido com o comportamento do juiz Hércules, mas isso não é o que importa), em muitas situações centrais, o que eles fazem é muito parecido com o que faz o juiz Hércules.

Vou lançar mão de outra metáfora. Os estudantes de Engenharia, de qualquer Faculdade de Engenharia, aprendem Física porque têm de fazer elevadores, pontes e viadutos. E aprendem, de maneira geral, Física newtoniana. Por que eles aprendem Física newtoniana se todos nós estamos cansados de saber que, de alguma forma, o modelo paradigma newtoniano foi superado pela Teoria da Relatividade, pela Física Quântica etc.? Por que eles aprendem isso? Por uma razão simples. A função, a atividade do engenheiro é de construir uma tecnologia para a construção. E o modelo simples da Física newtoniana é muito útil, muito mais fácil de operacionalizar se quero fazer elevadores ou pontes. Eu não preciso usar da Teoria da Relatividade para fazer pontes. E mais, se eu for usar, vai dar mais trabalho. É absolutamente inútil.

No entanto, todos nós sabemos que, se o nosso engenheiro quiser construir satélites, microchips ou se ele quiser entender Astronomia, ele vai observar os limites da Física newtoniana, ou seja, daí sim ele irá recorrer a uma teoria mais abrangente, mais poderosa, porque naquelas situações a Física newtoniana, a mais simples, não funciona adequadamente.

Isso não significa dizer que a Teoria da Relatividade não valha para as pontes e para os elevadores. Significa apenas dizer que ela é especialmente útil em determinadas situações, mas não que a Física newtoniana não ocorra quando elaboramos um elevador ou uma ponte.

Da mesma forma ocorre nas práticas de justificação. É verdade que boa parte dos

juízes, Ministros, muitas vezes, montam a sua pequena linha de montagem na produção de decisões. E que a ideia de justificação, com todos os seus emblemas e charmes que são, muitas vezes, discutidos nos livros da Teoria da Hermenêutica, não se realizam nesse dia a dia.

Mas isso não significa que, em muitos casos, isso ocorra implícita ou explicitamente. É mais evidente nos *hard cases*. Estes, nesse sentido, seriam, na minha metáfora, mais semelhantes aos limites de não funcionalidade da Física newtoniana, ou seja, no ambiente astronômico ou microeletrônico.

Nesse sentido, é importante que se tome um cuidado. Que a real contribuição do pensamento do Dworkin é, em boa medida, não armar o operador do Direito de uma nova dogmática da interpretação e não armá-lo de uma interpretação de princípios pensados em termos do seu significado convencional. Não é isso o que ele faz. Na verdade, ele procura mostrar os limites das nossas teorias dogmáticas, a inafastabilidade de algum tipo de reflexão hermenêutica e filosófica que é própria da atividade de julgar, que ainda que não apareça a todo tempo, mas significativamente em casos centrais da prática da interpretação.

A semelhança com o que faz o juiz Hércules é uma semelhança da natureza do julgar, e não propriamente do dia a dia do Hércules. O dia-a-

-dia do Hércules é muito diferente do dia a dia do juiz. Mas o que há de semelhante é que, em casos nos quais existe uma controvérsia envolvendo valores e um tipo de argumento construído valorativamente dentro de uma estrutura da linguagem da moral que se vale de uma moral do tipo da concorrente, nesses casos, estes são importantes, centrais, e o que os juízes são demandados a fazer é um tipo de reflexão filosófica. O critério de correção é interpretativo, não é um critério de correspondência a ideias convencionais nem tampouco dependente da existência de certeza.

Em tese, não existe certo e errado. Ou seja, não se trata da minha ignorância sobre o que é certo e errado. Trata-se da inexistência, mesmo, de um critério de correção ou de incorreção.

Ora, uma leitura apressada do Dworkin poderia sugerir que ele convoca os seus leitores a se transformarem em neoconstitucionalistas ou a “vamos prestar mais atenção aos valores, ao significado convencional dos grandes princípios que estão postos e positivados na constituição no momento que eu interpreto o Direito”. Mas, a meu ver, não é isso que o Dworkin está fazendo. Ele está afirmando, que em determinadas situações, existe uma inafastável convocação, que é feita ao julgador, para reflexão sobre o melhor significado desses conceitos morais, desses conceitos de justiça; mais ainda, que os significados desses conceitos não são independentes, não são autônomos, não são derivados, como afirmava o Professor Raffaele a propósito do conceito de proporcionalidade, mas antes fazem parte de uma rede de crenças. A determinação do sentido de um princípio e de um valor está conectada a uma rede de outros valores, assim como, exemplificadamente, o conceito de cortesia está relacionado, pelo menos a uma concepção defendida pelo João que não pagou a conta, ao conceito de respeito à igualdade ou à dignidade. Ele não é um conceito autônomo, mas articula-se da maneira mais coerente ao conjunto de outros conceitos.

Por fim, gostaria de chamar a atenção, portanto, à ideia de que Dworkin, visto dessa forma, do ponto

de vista metodológico, apresenta, na verdade, elementos mais críticos, creio eu, para nossa compreensão do que essa prática da farra principiológica.

Apenas uma vulgata dworkiniana ou um Dworkin de manuais de Direito Constitucional não tão qualificados é que aparentemente o faz o paladino desse tipo de teoria; antes o contrário, o que ele está apresentando são ideias bastante distintas disso.

Uma última palavra sobre a dimensão institucional, que também é um tema caro ao Dworkin e a muitos dos seus críticos. Até que ponto podemos acreditar que os nossos juízes estão capacitados para elaborar essa complexa tarefa interpretativa? Esse ponto, no caso do Dworkin, foi posto a ele diretamente, por exemplo, na questão de “Por que deveríamos acreditar tanto no poder da *Judicial Review*, a Revisão Judicial americana?” Por que tanta crença nisso?

Um de seus interlocutores e críticos é, por exemplo, o seu ex-orientando Jeremy Waldrom, que vai dizer: “Não temos razões para imaginar que os tribunais tenham capacidade e expertise para fazer esse tipo de juízo. Portanto, é melhor que não o faça.

É muito interessante que nessa discussão que

tem o Dworkin com o Waldrom, o que ele chama a atenção é que ele faz efetivamente uma defesa do modelo institucional da *Judicial Review* no contexto americano em face das circunstâncias e capacidades e potencialidades institucionais do Judiciário, especialmente da Suprema Corte americana, mas ele não faz um argumento universal e geral dizendo que sempre a *Judicial Review* é um bom modelo institucional para eu melhor consagrar a ideia de Justiça que está presuposta na sua própria concepção de Direito.

Em outras palavras, o que eu quero aqui, para concluir, é chamar a atenção quanto a nossa reflexão sobre qual modelo institucional melhor se ajusta a esta teoria do direito. É uma discussão conectada, mas que não é puramente derivada, é outra questão envolvendo outras variáveis de chances reais e possibilidades de uma destituição executar ou não os papéis que são delegados a ela.

No entanto, o ponto central que ele insiste como ponto teórico é que essa reflexão moral é inafastável, queira ou não, mesmo quando o juiz diz que não vai fazer, nos juízos morais ele está fazendo. E quando ele assim se comporta, ele faz, e faz mal.

Muito obrigado.”

**RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**  
*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

“Agradeço a brilhante palestra, que nos trouxe distinções fundamentais para compreendermos um pouco mais esse debate, que é tão vulgarizado, como disse ele na doutrina constitucional, ainda mais vindo de um dworkinista como ele, o que foi um privilégio raro tê-lo aqui e falando sobre isso e nos ajudando a atender um pouco melhor essas questões e com exemplos tão claros e contundentes.

Agora passaremos a uma palestra de um tema também muito importante pelo Professor Luiz Guilherme Marinoni, que tem se debruçado sobre essa criação indispensável de uma hermenêutica de precedentes no Brasil e do papel que os tribunais superiores devem desempenhar.

O Professor Marinoni é pós-Doutor pela *Columbia University School of Law*, Professor da Universidade Federal do Paraná, Procurador daquele Estado, tem inúmeras publicações e é um Professor destacado.”



## Por uma Corte de precedentes

**LUIZ GUILHERME MARINONI**

Professor da Universidade Federal do Paraná

“Prezado Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, caro Professor Ronaldo Porto Macedo Júnior, meus amigos e colegas aqui presentes, é uma honra, uma satisfação muito grande poder estar aqui a convite do Ministro Ricardo e do Superior Tribunal de Justiça participando como único processualista deste painel sobre a Teoria da Decisão Judicial. Isso me traz uma responsabilidade muito grande.

O objetivo da minha palestra é basicamente o de demonstrar que a transformação do Direito do *civil law* hoje nos obriga necessariamente aceitar o respeito aos precedentes das Cortes Supremas, em primeiro lugar; em segundo, demonstrar que a ideia de respeito aos precedentes não é algo conatural ou particular aos regimes de *common law*.

As nossas Cortes Supremas de *civil law*, como todos sabem, foram originariamente criadas para permitir a tutela do legislador para viabilizar a tutela da lei. Aquele que melhor escreveu, no âmbito do Direito Processual, sobre Corte Suprema, Calamandrei, por volta de 1920, fazendo um estudo crítico histórico da Corte de Cassação Francesa e propondo um modelo de corte de cassação, disse claramente que a função da Corte deveria ser a de “declarar o exato sentido da Lei”. É claro que Calamandrei e todos os seus discípulos posteriores estavam trabalhando com a ideia de que o intérprete poderia resgatar

a norma contida na lei e declará-la.

A partir dessa premissa ele configurou a Corte Suprema como uma corte de correção da legalidade das decisões dos tribunais ordinários, ou seja, a ideia de correção da legalidade das decisões parte da premissa de que a função da Corte é a de declarar o exato sentido da lei.

Não obstante, como todos nós sabemos, diante da evolução da teoria da interpretação e da clara dissociação entre texto e norma, entre dispositivo legal e resultado da interpretação, do impacto do constitucionalismo e do emprego cada vez mais difundido da técnica legislativa das cláusulas abertas, obviamente não há mais como se crer que é possível falar em declaração do exato sentido da lei. Embora não seja possível se admitir o formalismo interpretativo, se saiba que isso não mais merece qualquer respeito teórico, não obstante se saiba que não é possível pensar em correção da legalidade ou em declaração da lei, as Cortes Supremas, na generalidade dos países de *civil law* ainda se comportam com se fossem dotadas da função e da estrutura originariamente a elas conferidas por aqueles que se debruçaram sobre a função delas no início do século XX.

Entretanto, a decisão em que o juiz valora, inclusive elegendo diretivas interpretativas, e opta por um dos resultados de interpretação, derivados da atividade de interpretar, evidentemente não pode ser pensada como uma decisão que declara a lei. Essa é uma decisão que sim atribui sentido ao Direito. A decisão que atribuiu sentido ao Direito, exatamente porque parte do pressuposto de que aí há valoração e vontade no âmbito da estrutura do Poder Judiciário, deve ser definida como certa ou errada pelas Cortes Supremas ou, em outras palavras, cabe às Cortes Supremas, estas sim atribuírem sentido ao Direito ou, como se queira, pelo menos definirem o sentido do Direito.

A decisão que define o sentido do Direito, como todos sabem, não pode ser compreendida como uma consequência lógica da regra interpretada. A decisão que atribui sentido ao Direito não é uma derivação da formulação legislativa. A decisão que atribui sentido ao Direito elabora algo que não existia antes do início da interpretação e, por isso mesmo, pode-se dizer que a decisão que atribui

sentido ao Direito agrega algo de novo à ordem jurídica, tem autonomia em face do texto legal, agrega algo de novo à ordem jurídica, embora reconstruindo a partir do texto legal.

Mas, ao agregar algo de novo à ordem jurídica e se colocar ao lado da ordem legislada, insere-se em uma ordem jurídica de maior amplitude, em uma ordem jurídica formada pela lei e pelas decisões das Supremas Cortes. As decisões das Supremas Cortes, portanto, exatamente porque têm por objetivo permitir o desenvolvimento do Direito, e não corrigir a legalidade das decisões, não interessam, como se imagina ainda no Direito Processual, apenas ao recorrente e ao recorrido, não interessa apenas a parte dispositiva da decisão ou do acórdão, não interessa a coisa julgada que qualifica a parte dispositiva da decisão. Interessam sim os motivos que explicam o porquê se resolveu a questão de Direito, ou seja, interessam os chamados “fundamentos” que determinam a decisão ou os motivos que permitem o alcance da solução do caso.

Fala-se, nesse sentido, em fundamentos determinantes ou na transcendência dos fundamentos e, em alguns casos, em eficácia vinculante. Aliás, fazendo um parêntese, é evidente que não se pode atribuir eficácia vinculante apenas à parte dispositiva de uma decisão, como se cogita em vários locais da doutrina constitucional e até mesmo em vários julgados do Supremo Tribunal Federal. Não é possível se imaginar que eficácia vinculante tenha alguma relação com parte dispositiva da decisão porque, se assim fosse, ela não serviria para pouco mais que nada. A eficácia vinculante só pode ter a ver com os fundamentos do acórdão, não com a parte dispositiva já protegida pela coisa julgada material.

E mais, a eficácia vinculante nada tem a ver, como alguém pode pensar, com controle de constitucionalidade ou com jurisdição constitucional. Não sei de que local retiraram essa correlação lógica entre eficácia transcendente dos motivos, eficácia vinculante das razões, *ratio decidendi* e com controle de constitucionalidade. Não é assim, como todos sabem, no *common law*; não é assim que deve ser também no *civil law*, até porque o próprio Supremo Tribunal Federal,

ao proferir uma decisão em sede de recurso extraordinário, apresenta fundamentos que devem ser cobertos pela eficácia vinculante, ainda que esteja a Corte apenas afirmando a constitucionalidade de uma norma ou apenas fazendo a interpretação de acordo. Eficácia vinculante nada tem a ver com controle de constitucionalidade; aliás, nas ações diretas sim, talvez ela seja até mesmo mais dispensável, embora não seja sempre.

O que se relaciona com a eficácia vinculante é o local de onde brota a decisão. As decisões das Supremas Cortes têm de ter eficácia vinculante porque elas afirmam o sentido do Direito, elas afirmam os motivos que levaram à solução do caso. Motivos que interessam a todos, que orientam a sociedade e que devem servir como guias para a resolução dos conflitos pelos tribunais ordinários. De modo que não há razão para não se admitir, por exemplo, a teorização da eficácia vinculante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; isso, obviamente, não é privilégio do Supremo Tribunal Federal.

Note-se, porém, que a ideia de respeito aos precedentes nada tem a ver com a antiga ideia de unidade do Direito objetivo, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais diversos tipos. O objetivo da unidade do Direito é promover a igualdade. Quando se pensa em unidade do Direito, hoje, não se pensa mais em uniformidade do Direito objetivo; pensa-se sim em promoção da igualdade. Isso porque se parte do pressuposto de que, como a Corte não declara o sentido da lei, não serve a lei para garantir a igualdade. Quem garante a igualdade é o Direito definido pela Corte Suprema, ou seja, os precedentes das Cortes Supremas têm de ser aplicados a todos os casos iguais ou similares, sob pena de violação da igualdade.

Mas aí entram duas questões práticas da mais alta importância para nós. Hoje mesmo, no Superior Tribunal de Justiça, nós trabalhamos com a problemática daquilo que se chama de “decisão que contraria jurisprudência consolidada”. Seria muito melhor falar em revogação de precedente, mas hoje nós falamos em revogação de jurisprudência consolidada. Quando se revoga a jurisprudência consolidada, quando se revoga

um precedente, é preciso muita cautela com os efeitos temporais da decisão. É claro que quando alguém acredita que a função do tribunal é a de resgatar o exato sentido da lei, jamais vai haver problema de eficácia temporal da decisão que reforma julgados que afirmavam em outro sentido. A última decisão é sempre aquela que afirma o sentido exato da lei e, portanto, a decisão sempre tem eficácia retroativa; não há por que pensar em eficácia prospectiva.

Entretanto, quando pensamos a partir da ideia de elaboração de algo que atribui sentido ao Direito na Corte Suprema, quando pensamos em precedente, é preciso muito cuidado para não se violar a confiança justificada depositada nos precedentes ou “na jurisprudência consolidada da Corte”. É preciso, portanto, cuidado com os efeitos temporais que nem sempre devem ser retroativos. Não devem ser retroativos exatamente naqueles casos em que há razões para se supor que todos tinham confiança justificada na jurisprudência ou no precedente que acaba de ser revogado.

É a mesma lógica que preside o trabalho da Suprema Corte americana ao atribuir efeitos prospectivos a partir de um determinado evento ou data, ou efeitos prospectivos puros, ou ainda efeitos prospectivos simples para o futuro. Quando falo em efeito prospectivo puro, quero me referir à hipótese em que a própria Corte revoga a jurisprudência ou precedente, mas sequer admite que a decisão presente produz efeitos sobre as próprias partes do recurso, o que é absolutamente interessante para nós, porque demonstra, definitivamente, que o recurso não é algo que serve para a tutela da parte, é algo que serve para abrir a jurisdição da Corte destinada a contribuir para a evolução e desenvolvimento do Direito.

Em outras palavras, é preciso que, nessas circunstâncias, se faça uma análise a respeito da existência de confiança justificada depositada no precedente revogado para, assim, então, outorgar efeito prospectivo ou não à decisão que revoga o precedente que está sendo desacreditado naquele momento. É claro que aí importam elemen-

tos como, por exemplo: estaria já o precedente desgastado por decisões inconsistentes da própria Suprema Corte por distinções indevidas ou pela própria evolução do Direito ou pela própria evolução da concepção geral acerca do Direito demonstrada em revistas acadêmicas ou em trabalhos doutrinários e assim por diante? Enfim, é preciso verificar se já não estaria presente uma sinalização de desgaste do precedente para se acreditar ou não na confiança que teria de ser justificada no entendimento que passa a ser revogado.

Outra questão prática interessante diz respeito à ação rescisória. Como todos sabem, o art. 485 do Código de Processo Civil admite ação rescisória em caso de violação a literal dispositivo legal. É claro que não existe violação literal a dispositivo legal e, por isso, ele nunca foi compreendido por ninguém, nem por juiz nem por advogado nem por doutrinador. A explicação do cabimento da ação rescisória em caso de alegação de violação literal a dispositivo legal se deu de forma negativa através da Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “Não cabe ação rescisória quando, à época em que proferida a decisão, os Tribunais divergiam sobre a interpretação da norma” ou sobre o caso ou sobre a questão.

[...] não há razão para não se admitir, por exemplo, a teorização da eficácia vinculante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; isso, obviamente, não é privilégio do Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, entretanto, afirma-se: “Se no momento em que foi proferida a decisão já existia precedente da Suprema Corte, cabe ação rescisória fundada no precedente que demonstra, então, a violação a literal disposição de lei”, porque na verdade demonstra a única violação que se pode ter, que é a violação a uma única interpretação, aquela que é da Suprema Corte. Perfeito. É assim que tem que ser. Cabe ação rescisória quando um tribunal ordinário decide em desacordo com a Suprema Corte.

Entretanto, não é possível se admitir, como alguns já o fazem, ação rescisória fundada em prece-

dente superveniente à formação da coisa julgada, ainda que da Suprema Corte, ou seja, refiro-me aqui precisamente à ideia que decorre das decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que uma decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada abre oportunidade para ação rescisória. Não é assim? Praticamente todos no Supremo Tribunal Federal admitem hoje que cabe ação rescisória fundada em decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada para rescindi-la. Na verdade, aí há uma lamentável confusão entre efeitos de uma lei inconstitucional e efeitos de um juízo sobre a constitucionalidade de uma lei. Quando se resguarda um juízo, que é diferente de um posterior juízo de uma Suprema Corte, não se está atribuindo efeitos a uma lei inconstitucional, está sim atribuindo-se efeitos a um juízo legítimo de constitucionalidade diferente daquele que posteriormente foi feito acerca da questão constitucional.

Portanto, bem vistas as coisas. Admitir rescisória com base em decisão de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada é violar a segurança jurídica, é violar a coisa julgada material e é também negar a legitimidade do próprio controle difuso de constitucionalidade. É negar que a decisão tomada em controle difuso de constitucionalidade, que transitou em julgado e foi qualificada pela coisa julgada material, é legítima e pode ser desfeita mediante uma ação de desconstituição do julgado pelo fato de este ter-se distanciado da verdadeira interpretação da norma constitucional.

Hoje mesmo, no Superior Tribunal de Justiça, nós trabalhamos com a problemática daquilo que se chama de “decisão que contraria jurisprudência consolidada”.

Isso é brincadeira. Como se houvesse uma interpretação correta a ser formulada pelo Supremo Tribunal Federal. Sabemos que o próprio Supremo Tribunal Federal, como qualquer Corte, pode revogar os seus próprios precedentes constitucionais. Ora, se o Supremo pode revogar

os seus precedentes constitucionais, como se admitir que uma decisão de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade do Supremo seja decisão que, por ser “verdadeira”, é suficiente para desfazer a coisa julgada material? Que expediente existe na Constituição apenas e tão somente para explicitar a segurança jurídica?

Deixando essas duas questões de lado, vem a questão da igualdade. Além da igualdade, o respeito aos precedentes é fundamental para garantir a previsibilidade que, como todos sabem, é fundamental para o desenvolvimento da Economia e, sobretudo, para garantir a previsibilidade enquanto valor moral, que é indispensável para o ser humano sobreviver no estado de direito. Sem previsibilidade, não há como se pensar, em poucas palavras, em estado de direito. Além da previsibilidade, o respeito aos próprios precedentes é, nessa perspectiva fundamental, para garantir a própria coerência da ordem jurídica na medida em que as decisões das Supremas Cortes fazem parte da ordem jurídica e, portanto, não podem ser agredidas sem qualquer fundamentação pelos tribunais ordinários e juízes de primeiro grau.

A essa altura, alguém pode perguntar: por que as Cortes Supremas no sistema de *civil law*, especialmente as Cortes Supremas que tratam do Direito infraconstitucional, ainda se comportam como Cortes de correção? Outro dia mesmo eu lia, em um artigo de um professor italiano recente, o argumento de que, por estar escrito na Constituição italiana, no art. 101, II, que todos os juízes são sujeitos apenas à Lei, não há como se admitir que estejam eles

submetidos aos precedentes da Corte de Cassação. Porém, se compreendemos que o Direito depende da conjugação de esforços do legislador e do Judiciário e que no Judiciário é imprescindível uma última palavra da Suprema Corte, é

evidente que, se o juiz não respeitar os precedentes da Suprema Corte, ele obviamente não estará nem respeitando a lei nem o Direito. Mas estará, como querem alguns, submetido apenas e tão-somente às suas próprias opiniões.

Outro argumento que se utiliza, de forma mui-

to corriqueira, para se negar a tese do respeito aos precedentes, afirma que, se um precedente tiver força obrigatória nas causas futuras, terá natureza de lei. Lembra-se aí a própria doutrina de Calamandrei. Realmente, Calamandrei afirmou isso textualmente: “Uma decisão de Suprema Corte não pode obrigar os Tribunais ordinários, porque senão ela estará adquirindo força de lei.”

O problema é que Calamandrei pensava a partir do *common Law*, da sua época, do *common law* inglês da sua época. Época em que ainda era muito presente a célebre decisão tomada em *London Tourways*, pela *House of Lords*, onde se definiu a completa impossibilidade da *House* deixar de se submeter aos seus próprios precedentes.

A partir daí, então, Calamandrei via que a admissão de um sistema similar ao do *stare decisis* acabaria impedindo a evolução da interpretação e, por esse motivo, negava a possibilidade de um sistema de *civil law* trabalhar com algo similar ao *stare decisis*.

O fato é que hoje, em todos os lugares do *common law*, há a possibilidade de revogação dos precedentes. No Direito estadunidense, isso é muito comum; há até quem diga que é cabível aquilo que os americanos chamam de “*anticipatory overruling*”, ou seja, a possibilidade de a própria Corte inferior revogar precedente da Suprema Corte quando a Suprema Corte, mediante decisões inconsistentes e sinalizações acerca da fragilidade do precedente, já demonstrou que, quando tiver oportunidade para tanto, certamente irá revogá-lo.

Com isso, quero simplesmente demonstrar que está presente, de forma muito clara, a possibilidade de revogar precedentes no *common law* americano. Mas também no *common law* inglês, ao menos desde 1966, quando a *House of Lords*, mediante *statement*, declarou que todos os precedentes da *House* podem ser revogados quando presentes os pressupostos para tanto, também no Direito inglês é possível o *overruling* ou a revogação de precedente.

De modo que não há como se supor que o Direito hoje estaria engessado ou que a interpretação do Direito hoje não mais poderia evoluir, ao contrário. O sistema de precedentes, o

sistema que abre oportunidade à revogação de precedentes é um sistema que propicia o desenvolvimento do Direito mediante a criação de precedentes e da sua revogação.

O outro argumento de que os precedentes seriam algo peculiar, (também há os sistemas em que os juízes criam o Direito e, portanto, inservíveis ao sistema de *civil law*, não convence porque não é verdade). Não é verdade que o *stare decisis* diga respeito a sistemas em que o juiz cria o Direito. Até mesmo porque, no próprio *common law* primitivo, havia acirrada disputa sobre a natureza declaratória ou constitutiva da jurisdição. Basta lembrar que Blackstone, Bentham e Austin tiveram severa polêmica a respeito da possibilidade de o juiz simplesmente funcionar como um oráculo, trabalhar como se fosse um oráculo, a partir dos costumes para meramente declará-los. E há aqueles que diziam que o Direito só poderia estar nos precedentes que criariam ou constituiriam o Direito.

Enfim, a discussão, em si, não nos importa. O que importa é demonstrar que também no primitivo *common law* não havia consenso sobre a própria natureza da atividade exercida pelo juiz ao decidir. Aliás, essa questão foi retomada hoje no célebre embate entre Hart e Dworkin, quando se chegou a dizer que Dworkin estaria, a partir dessa argumentação, retomando a própria teoria declaratória da jurisdição, claro que a partir de outros pressupostos, mas sem admitir que o juiz cria o Direito.

O meu objetivo, aqui, repito, é simplesmente demonstrar que *common law* não tem nada a ver com criação do Direito. E que *stare decisis* também, por óbvio, nada tem a ver com o sistema em que o juiz cria o Direito. Na verdade, o *stare decisis* não tem também a ver com o próprio fato de o sistema ser de direito legislado ou não – esse é um ponto importante.

Nos Estados Unidos, há uma série de precedentes chamados de “precedentes interpretativos”, que se destinam simplesmente a definir a interpretação a ser dada a uma lei, para garantir a estabilidade, a previsibilidade, a coerência e a igualdade.

Aliás, esse mito de que no *common law* não existe lei é uma grande bobagem. Basta perceber

que, em alguns estados americanos, há mais lei que alguns países na Europa e na América Latina. Resumindo: não é que os países de *common law* não tenham lei, não é verdade que nos países de *common law* o juiz cria o Direito. E mais importante, não é verdade que o sistema de *stare decisis* não sirva, mesmo no *common law*, para garantir a estabilidade da interpretação.

Aliás, é interessante lembrar a polêmica questão da Inglaterra, derivada da obra de Max Weber e que foi tornada clara a partir de um estudo de David Trubek, publicado nos primeiros anos da década de setenta do século passado. O problema que foi posto em relação à Inglaterra e que nos permite alguma relação com o nosso tema é basicamente o seguinte: Max Weber, como todos sabem, a partir de uma descrição do comportamento do protestante, a partir dos valores, especialmente do calvinismo, fez ver que, a chamada “ascese intramundana” teria colaborado para a racionalidade da vida e, portanto, mediante as suas explicações, para o desenvolvimento do Capitalismo. Além disso, esse comportamento, derivado desses valores, teria propiciado, para alguns, um direito mais racional.

O problema é que Max Weber, ao trabalhar na Sociologia do Direito, disse, claramente, que o Direito do *common law* inglês não era um Direito formalmente racional, ao contrário do Direito continental europeu. Este, para Weber, seria dotado de plena racionalidade formal; enquanto o Direito inglês, do *common law*, seria apenas um Direito materialmente racional, mas não dotado de formalidade racional. A racionalidade jurídica do Direito inglês não seria plena.

David Trubek, entretanto, em 1972, alega: ao que parece Max Weber fez uma identidade indevida entre previsibilidade e racionalidade jurídica ou fez uma má compreensão da diferença entre o Direito continental europeu e o Direito do *common law* inglês.

Na verdade, Max Weber, como demonstra Anthony Kronman, aliás, em um livro traduzido na importante coleção coordenada pelo Professor Ronaldo, não faz qualquer confusão entre previsibilidade e racionalidade jurídica. Ao contrário, ele deixa claro que, para ele, o sistema jurídico

racional seria aquele dotado de clareza organizacional e abrangência. Ou seja, Max Weber imaginava como Direito ideal aquele Direito advindo do positivismo científico, o Direito criado a partir de princípios gerais mediante a dedução lógica de regras para todos os casos imagináveis.

Claro, não admitia ele, enquanto Direito, questões de natureza moral, ética, política ou religiosa. Como o Direito do *common law* obviamente não é um Direito abrangente, muito menos um Direito dotado de clareza organizacional, Max Weber imputou-o de Direito não dotado de formalidade racional, mas deixou ele claro que, apesar disso, apesar de o Direito inglês não ser um sistema jurídico racional, ele trabalhava com determinados elementos que contribuíam para a previsibilidade e para a calculabilidade, entre eles o *stare decisis*, e daí ele consegue dar lógica à sua própria argumentação.

E Anthony Kronman também justifica a própria argumentação de Weber, ou seja, as críticas eram no seguinte sentido: o berço do capitalismo é a Inglaterra. Na Inglaterra, houve forte assento dos valores do calvinismo, mas como, então, Max Weber admite que o Direito inglês carecia de racionalidade formal se ele mesmo diz que a racionalidade do Direito é algo indispensável para o desenvolvimento do Capitalismo? Como pode ele aceitar, posteriormente, que, na Inglaterra, onde se desenvolveu o Capitalismo e onde houve forte assento do calvinismo, não há Direito racional? Ele não disse que o Direito inglês era um Direito que não detinha qualquer racionalidade, e sim que o Direito inglês não era dotado de plena racionalidade nos moldes do Direito continental europeu de conteúdo conceitualista, que tinha um conteúdo que deu origem ao *pandectismo*. Weber, entretanto, deixou claro, e Proman salienta isso, que o *stare decisis*, apesar de tudo isso, garantia a calculabilidade e a previsibilidade; de modo, então, que, exatamente por estar presente no Direito inglês, entre outras coisas (o *stare decisis*), foi possível lá o desenvolvimento do capitalismo, e não apenas na Alemanha.

Mas é interessante, agora, tomar em consideração a transformação do Direito de *civil law*. É claro que o Direito de *civil law* nada mais tem a

ver com aquele Direito imaginado pelo positivismo científico, nada mais tem a ver com o conceitualismo, nada tem mais a ver com princípios gerais que permitem a dedução ou conceitos gerais bem elaborados que permitem a dedução de regras para todos os casos imagináveis; ao contrário, a partir do impacto do constitucionalismo se deixou muito claro que as decisões judiciais têm que estar abertas aos valores morais, políticos e assim por diante.

Além de tudo, passamos a trabalhar de forma muito mais presente com a técnica das cláusulas abertas exatamente para justificar a necessidade de o juiz estar em contato com aquilo que se denominou de “justiça do caso concreto”. Ora, se nós, agora, hoje, temos em mira a justiça do caso concreto e trabalhamos a partir de pressupostos que nada tem a ver com aquele Direito racionalmente formal imaginado por Weber, por que não admitirmos também, em nosso favor, a ajuda do critério do *stare decisis*? Weber viu o *stare decisis* obviamente não como sinônimo de racionalidade ou de previsibilidade, mas como elemento capaz de propiciar a previsibilidade e a racionalidade.

Ou seja, demonstrou ele que a racionalidade do Direito é algo relativo. Por ser relativa à racionalidade do Direito, ela pode ser maximizada ou não. Uma das formas para se contribuir com a potencialização da racionalização do Direito está no *stare decisis*, porque não se admitir o respeito aos precedentes no *civil law*? Não, temos que admitir o respeito aos precedentes no *civil law*, porque já percebemos que, para se dar racionalidade a toda e qualquer decisão que atribui sentido ao Direito, é indispensável argumentação, são indispensáveis razões adequadas, as melhores razões.

Ora, se pensamos em argumentação, e, a partir disso, inclusive, frisamos o critério da universalidade como fator de garantia da própria racionalidade da argumentação, universalidade no sentido de que, toda e qualquer decisão para ser racional tem que ser uma decisão que se amolde a todos os casos iguais ou similares – temos que,

necessariamente, trabalhar com o respeito aos precedentes. Em outros termos, o respeito aos precedentes no Direito de *civil law* atual, nada mais é do que uma consequência natural da transformação do Direito.

Por fim, brevemente, só gostaria de salientar, para complementar, que não podemos continuar a pensar que a função de uma suprema corte é a de tutela do litígio ou de tutela da parte recorrente ou recorrida. Não é essa a função das supremas cortes. A função da suprema corte é colaborar para o desenvolvimento e para a evolução do Direito. O âmbito de resolução dos litígios está entre o juiz singular e o tribunal de apelação, de modo que o recurso especial não pode ser visto como um direito subjetivo da parte; o recurso especial é apenas um instrumento que viabiliza a abertura da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça para que ele possa dar vazão à sua missão de desenvolver o Direito federal. É exatamente por isso que a técnica da divergência que é utilizada hoje de forma distorcida como um instrumento a serviço do advogado que quer ver “subir” – entre aspas – “o recurso especial” tem que ser repensada. A técnica da divergência não é algo que serve para o advogado, a técnica da divergência é um ônus do advogado. Mediante a esta, o advogado tem o ônus de demonstrar a divergência para abrir à corte a possibilidade de intervir para sepultá-la. Ou seja, a técnica da divergência é e atua em benefício da corte, não em benefício da parte ou dos advogados.

[...] há uma lamentável confusão entre efeitos de uma lei inconstitucional e efeitos de um juízo sobre a constitucionalidade de uma lei.

É exatamente por isso, também, por consequência lógica, que, uma vez decidida a questão a partir de um recurso especial admitido com base em divergência jurisprudencial, não há mais como se admitir que tribunal algum da federação decida de modo contrário. Se isto não ocorrer, para nada servirá a técnica da divergência, para

nada servirá a norma constitucional, na verdade. Além disso, se a técnica da divergência sepulta, elimina a possibilidade de divergência entre os tribunais estaduais e regionais federais, também elimina a possibilidade de o próprio Superior Tribunal de Justiça voltar a reinterpretar a questão em outro eventual julgado.

O Superior Tribunal de Justiça só pode revogar os seus precedentes quando presentes os pressupostos próprios para a revogação dos precedentes. Esses pressupostos não têm nada a ver com a ânsia de voltar a reinterpretar o texto ou voltar a discutir o caso já encerrado. Isso não é possível sob pena de não termos precedentes, nem estabilidade do Direito, nem igualdade perante o Direito.

Por fim, temos que deixar de lado o mito da contrariedade à lei como requisito para admissibilidade do especial. O que é fundar um recurso especial em contrariedade à lei senão supor que o STJ sempre está obrigado a conhecer do recurso especial quando o advogado está descontente com a interpretação que lhe é contrária? Não há contrariedade à lei. A contrariedade é uma interpretação. O que pode sustentar o recurso especial é a contrariedade e a interpretação do próprio Superior Tribunal de Justiça, não a contrariedade à lei. Esta faz ser admissível todo e qualquer recurso especial que alega que a lei foi contrariada, todo advogado pode fazer isso, de modo que nós precisamos, na realidade, é de

um filtro recursal à semelhança daquele que foi instituído na Alemanha em 2002 para a admissibilidade do recurso para o Bundersgericht, ou seja, lá somente se admite o recurso extraordinário para o Tribunal Superior alemão nas hipóteses em que a decisão tenha uma relevância muito grande para permitir o aperfeiçoamento do Direito ou a unificação da sua aplicação, ou quando a questão de Direito decidida tem uma importância fundamental.

É claro que isso é uma cláusula aberta e abre, de certa forma, espaço para discricionariedade da Corte, mas não vejo o menor problema nisso. A Corte tem de ter discricionariedade para dizer o que a ela é importante para o desenvolvimento do Direito. Não são todas as questões do Direito que são importantes para uma Corte Suprema e é exatamente por isso que a parte não pode reclamar pelo fato do seu recurso não ser admitido porque não é importante, ele não precisa ser admitido porque ele não é Direito subjetivo. Aliás, o recurso extraordinário já não é admitido em caso de repercussão geral. Então, nós estaríamos apenas a reprisar esse fator.

Enfim, sem um filtro recursal, creio eu, será muito difícil ao Superior Tribunal de Justiça tornar-se uma verdadeira Corte de precedentes, uma Corte que se concentre apenas sobre as questões de Direito que sejam realmente fundamentais para permitir o desenvolvimento e a evolução do Direito.”



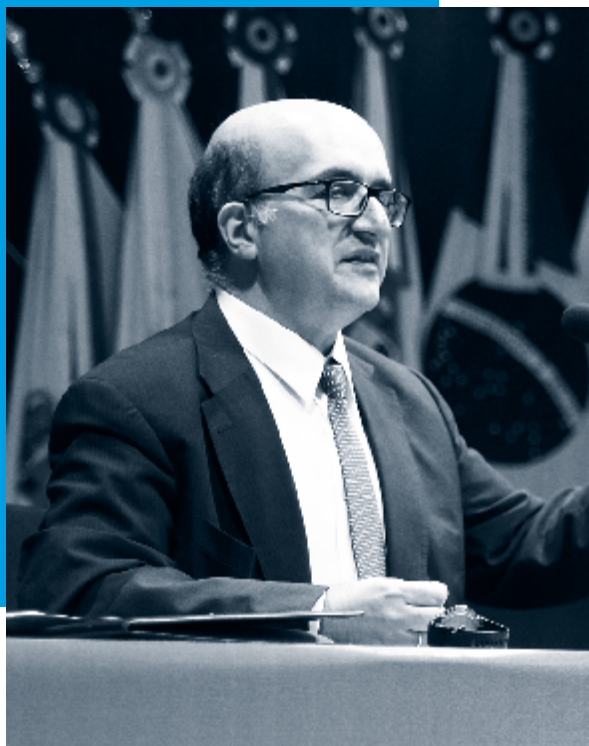
**RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**  
*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

“ Agradeço ao Professor Marinoni pela brilhante palestra com enorme impacto prático na nossa atividade diária de tentar uniformizar o Direito nacional, como manda a nossa Constituição.

Temos, ainda, um longo caminho a percorrer na criação dessa hermenêutica dos precedentes no Brasil, mas o Professor, certamente, tem contribuído excessivamente para que possamos avançar nesse sentido e criar esse tão esperado filtro para que os nossos tribunais superiores possam, de fato, exercer o papel que lhes destina a Constituição.

Agora, teremos uma mudança de regra. Havíamos previsto, originalmente, um intervalo, mas hoje é sexta-feira, as nossas práticas sociais no Brasil ainda são um pouco menos conservadoras do que talvez sejam em Portugal. Então, teremos o prazer de ouvir um destacado Professor da Universidade de Lisboa, a quem chamo para que suba. Professor Fernando Araújo, que é Doutor em Ciências Jurídicas Econômicas, Professor de Economia Política e Filosofia do Direito para o mestrado, conferencista e escritor nas áreas de Economia, Análise Econômica de Direito, Filosofia e Teoria do Direito. Tive o prazer de verificar em Portugal que, também, na área do Direito dos animais ele também é um destacado pensador, um dos mais destacados doutrinadores nessa área e nas áreas de Economia e Direito tem um trabalho extremamente educativo.

É uma honra para nós tê-lo aqui hoje. Ele chegou ontem de Portugal. Falará sobre o problema econômico da adjudicação ótima, a natureza do bem, adjudicação. Ainda mais hoje, nesta data emblemática, o 25 de abril, quarenta anos, tê-lo aqui é realmente um privilégio raro.”



### **FERNANDO ARAÚJO**

*Professor da Universidade de Lisboa – Portugal*

## ***Problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem adjudicação***

“ Agradeço as gentis palavras, agradeço o convite de estar aqui e verifiquei, mal entrei nesta sala, que está cheia de invocações da minha própria pátria.

Também tive, durante este dia, o grato prazer de ver aqui pessoas que muito admiro e estimo. Elas sabem quem são, não vou nomeá-las.

Vou falar da natureza do bem, adjudicação. Primeiro, tenho de definir bem. Adjudicar é, no fundo, aplicar justiça e dirimir um conflito e atribuir um direito a quem recorre, a alguém que vai administrar essa justiça. Ao falar da natureza do bem adjudicação, devo já discutir essa natureza. O bem adjudicação é um bem privado. Do ponto de vista estrutural, é um bem privado. Em termos econômicos, iríamos defini-lo como um bem privado. O que significa, portanto, que o adjudicador pode negar-se a dar, a exercer sua adjudicação se não for compensado por isso.

A primeira pergunta que segue é esta: por que os juízes não abandonam imediatamente a carreira dos juízes e não se privatizam, isto é, por que não se convertem imediatamente em árbitros? Porque, sendo árbitros, poderiam, eventualmente, obter uma organização muito superior rela-

tivamente aos valores dos litígios que dirimem. Há qualquer coisa de estranho aqui, por que isso é assim? E, no fundo, eu iria tornar o objeto da minha palestra uma pequena indagação em torno deste pequeno mistério: por que os juízes não fogem todos? Por que certos árbitros continuam a aceitar uma remuneração rígida, que nada tem a ver com o valor das suas adjudicações?

Eu dividiria minha exposição em duas vertentes, que foram duas vertentes lançadas no princípio dos anos sessenta, em um artigo que envolvia dois autores, um deles muito conhecido, Richard Posner. Em um primeiro momento, vou falar dos sistemas privados de adjudicação e, depois, vou falar, em certo momento, da previsão competitiva de serviços judiciais, seja como uma competição entre o público e o privado, seja até uma competição entre os públicos.

Falemos, então, primeiro dos sistemas privados da adjudicação. O que um adjudicador pode fazer? Pode fazer, em abstrato, duas coisas, mas em concreto só pode fazer uma, se não estiver enquadrado em uma estrutura que, de certa maneira, já explica porque os juízes não abandonam as suas carreiras. Em abstrato, ele pode fazer dois serviços: um é a assunção de litígios e o segundo é a formação de regras. Em abstrato, ele pode fazer as duas coisas. Em concreto, ele só pode solucionar litígios, a menos que esteja enquadrado em uma estrutura que permita essa formação de regras. A simples adjudicação privada não permite a formação espontânea de regras. E já vou procurar demonstrar que é assim.

Em todo caso, essa oferta de serviço pelos adjudicadores visa, no fundo, normalizar condutas, ou seja, pacificar socialmente, normalizando condutas de acordo com essas decisões. É claro que, se for possível a solução de litígios seguir uma regra, essa regra pacificará mais facilmente, normalizará mais facilmente e permitirá a formação de *standards* de conduta. Mas seguir uma regra não é sinônimo de formar uma regra. Um adjudicador privado pode seguir uma regra, pode até ir à carona de formação de regras no setor público. Agora, se eu puder formar uma regra, então, ganha outra dimensão a sua adjudicação.

Na solução privada de litígios, estamos ba-

sicamente a falar, sobretudo, da arbitragem. Portanto, o contraponto agora vai se fazer, sobretudo, entre a arbitragem como a adjudicação de litígios e a via judicial tradicional. A arbitragem poderá permitir mais eficiência, mais imparcialidade. É nesse sentido que um árbitro poderá ser mais sensível a valores setoriais, poderá ser um melhor especialista. Normalmente, só será contratado se prometer dar uma solução, rápida, com alguma maleabilidade processual, de forma que as partes possam ganhar tempo, que é normalmente um dos custos implícitos que mais impendem sobre aqueles que recorrem à via tradicional da adjudicação.

Na verdade, essa visão, diria, colorida, muito otimista sobre a adjudicação privada, rapidamente é desmentida por aquilo que, na teoria econômica, se designa como falhas no mercado e fenômenos de captura; isto é, o mercado da adjudicação privada não funcionava nada bem, o que não é de se estranhar, porque a maior parte dos mercados também tem as suas falhas e uma boa parte da análise econômica do Direito moderno, embora esteja muito ligada à ideia de defesa liberal da economia do mercado, tem sido pioneira da denúncia dessas falhas no mercado e na proposta para alguns sucedâneos.

E falhas do mercado que poderíamos, assim, genericamente, encontrar são fáceis de achar, sobretudo por alguém que já tenha tido algum contato com a arbitragem. O primeiro problema é o do acatamento da decisão, como se acata uma decisão privada. Não é fácil, porque o mecanismo coercivo que apoia a decisão adjudicatória, por definição, não existe na decisão privada, e, não obstante a decisão privada muitas vezes ser precedida de um compromisso que leva a que as partes prometam uma à outra acatar essa decisão, nada disso está garantido, o que significa, portanto, muitas vezes, que a decisão privada terá de ser acompanhada, no final de um recurso, à jurisdição normal para que haja, por exemplo, uma invocação do cumprimento da cláusula compromissória, e, portanto, essa desavença, esse impasse.

Depois, diria que, em termos temporais, mas talvez menos importante, há o problema da

própria escolha dos árbitros, um processo que permite, muitas vezes, aquilo que é designado pela doutrina como um “arrastar pés”, as partes podem arrastar suas decisões de aceitação de árbitros e tirar daí vantagens estratégicas. Depois, também, a arbitragem está muito ligada aos conluíus das partes, ou até conluíus das partes com os árbitros, sendo que, muitas vezes, os árbitros nomeados pelas partes atuam como verdadeiros advogados das partes e, portanto, perdem muito rapidamente a sua independência.

Além disso, existe a ideia da frequência da arbitragem, significando que, muitas vezes, a captura do árbitro vem do fato de ele favorecer sistematicamente o julgador repetido, o julgador mais frequente, em detrimento do julgador menos frequente; isto é, ele tende a favorecer o julgador mais frequente porque sabe que será o que mais probabilidade terá de ser o recontratado. No fundo, tentará agradar ao julgador mais frequente, àquele que mais frequentemente ocorre à arbitragem. Portanto, todo gênero de situações, de situações oportunistas, pode ocorrer nesses ambientes de adjudicação privada.

[...] seguir uma regra não é sinônimo de formar uma regra. Um adjudicador privado pode seguir uma regra, pode até ir à carona de formação de regras no setor público. Agora, se eu puder formar uma regra, então, ganha outra dimensão a sua adjudicação.

É claro que, quando estamos a falar da contraposição entre jurisdição pública e adjudicação privada, faltamos falar de um fenômeno intermédio, o qual explica que, não obstante essas falhas, a arbitragem, mesmo assim, tem algum sucesso. E esse fenômeno intermédio é o fenômeno de algumas regras setoriais, de algumas regras corporativas que fazem com que, muitas vezes, a arbitragem, como a de adjudicação privada, apareça já enquadrada em um conjunto institucional que garante a sua aplicação – câmeras, associações que promovem a arbitragem –, às vezes até em termos obrigatórios para os seus associados, definindo regras, promovendo sorteios de árbitros que não podem ser recusados pelas partes, impondo soluções e o acatamento da decisão por

meio de regras, por exemplo, de ostracismo, de expulsão dos membros que não acatem essas decisões arbitrais, e assim sucessivamente.

Mesmo nesses quadros institucionais um pouco mais fortes, ou intermédios, digamos assim, quadros corporativos – não fosse a expressão corporativa, haveria uma contenção histórica que nos faria hesitar – por que, mesmo nesses ambientes um pouco mais fortes, não se formam as regras? Por que essa adjudicação privada tende a não formar regras por meio de precedentes? É porque aí temos um outro problema, perfeitamente identificado na teoria econômica como o problema da produção de bens público ou, se quisermos, da subprodução ou da não produção de bens públicos.

O problema que se coloca é basicamente este: o adjudicador que fosse convocado a estabelecer um precedente teria aqui um esforço suplementar que beneficiaria terceiras partes, ou seja, litigantes futuros aos quais o próprio adjudicador não teria forma nenhuma de cobrar o benefício com o estabelecimento do precedente; ou seja, ele não conseguiria internalizar a seu próprio favor a externalidade positiva, o benefício que está a favor de litigantes futuros que iriam já beneficiar-se do precedente que ancorava decisões futuras. Então, não tendo a possibilidade de internalizar, por

meio da comunicação própria, esses benefícios que causa a terceiros futuros, então o adjudicador prefere evitar esse esforço suplementar e ater-se apenas à solução de um litígio concreto. Só não o fará, na maior parte das vezes – por isso, aparecem situações embrionárias de formação de algumas regras nesses quadros institucionais –, porque alguns adjudicadores (sobretudo quando não impera a regra do sigilo nessas adjudicações privadas, porque muitas vezes é dominante, mas, quando ela não aparece, às vezes elas podem ter efeitos reputacionais a se obterem por intermédio dessa solução de precedente), pretendem dar alguma visibilidade a algumas das suas posições, que, de certa maneira, os vinculam para o futuro e podem, até pelo seu prestígio, mas um prestígio

extrassistemático, vir a influenciar decisões subsequentes que, por efeito carona, se apoiam no prestígio de decisões, entre outras.

Aqui há um problema, que é novamente com a adjudicação privada. Se vamos admitir que a adjudicação privada é uma prestação privada de serviço e, portanto, está sujeita a puras regras do mercado, não há qualquer interesse de um adjudicador privado em quebrar uma certa ambiguidade nas suas posições como árbitro. Porque se afirma uma posição muito clara para o futuro e se elimina metade do mercado que se pretende julgar com alguma ambiguidade ou com alguma incerteza na adjudicação para se recorrer a arbitragem. Portanto, os árbitros com posições absolutamente inequívocas inclina-se a perder metade do mercado, e o mercado tende a favorecer aqueles árbitros que, com alguma agilidade, tendem a favorecer alguma ambiguidade. Não digo ambiguidade no pior sentido possível, não estou dizendo que isso seja, por exemplo, um convite a uma certa covardia livrativa, não é bem isso, mas que, muitas vezes, nesse esforço da adjudicação privada, há muitas formas que os adjudicadores podem usar para se furtar a decisões muito marcantes ou que vinculem muito um pensamento seu materialmente determinante de sua decisão.

Penso, por exemplo, que muitos árbitros podem generalizar a impressão de que são meros aplicadores mecânicos de regras de *Split the difference*, portanto salomônicos. Em qualquer decisão, eles veem quanto pesa uma parte, quanto pesa a outra, fazem uma média e a atribuem. Muitas vezes, há formas até de arbitragem que já jogam um pouco com isso e tentam forçar que a arbitragem seja apenas um último momento em um esforço de mediação implícita chamada *Final offer arbitration*, uma ideia em que as partes se ariscam. No fundo, o *Final offer arbitration* funciona do seguinte modo, para aqueles que não a conhecem: o árbitro não pode tomar nenhuma decisão intermédia, tem que optar total e literalmente por uma das posições ou pela outra, de maneira que as partes, para diminuir o risco de perdas, aproximam a posição uma da outra antes que o árbitro decida. Portanto, a *Final offer*

*arbitration* é um incentivo a que as partes se aproximem uma da outra, é uma convergência pré-adjudicativa antes que o árbitro venha a decidir.

Eu dizia que, na adjudicação privada, haverá algum afastamento da função da formação de regras. Pergunta-se o que isso significa na prática. Significa basicamente duas coisas: primeiro, que a adjudicação privada deve ater-se, na maior parte dos casos, a uma estrita separação de poderes, no sentido de reconhecer que não lhe cabe a formação de regras e, portanto, deve manter, digamos assim, um acatamento literal, extenso e explícito das regras legislativas, no pressuposto de que o Poder Legislativo efetivamente consegue desempenhar a sua função social de monopolista da formação de regras e de que o adjudicador é um mero intérprete desse acervo monopolista.

Outra coisa é a adjudicação privada ser mimética da metade da adjudicação pública. A verdade é que não há nenhum sistema, absolutamente nenhum, no mundo moderno, no qual as duas formas de adjudicação não coexistam e no qual não se registre que a adjudicação privada é imitadora dos procedimentos da adjudicação pública, por várias razões, algumas delas até por razões de parasitismo. A adjudicação privada ocorre à sombra da adjudicação pública, que efetua praticamente as decisões. Ela aparece, muitas vezes, como o resultado de uma ameaça de recursos à adjudicação pública, no caso de falhar a adjudicação privada, mas, também, porque os protagonistas, muitas vezes, são os mesmos.

Muitas vezes, os árbitros são juízes aposentados que fizeram a sua reputação como adjudicadores públicos e que agora vão aproveitar a sua liberdade para exercerem as suas funções de adjudicadores. E os mesmos advogados que intervêm em processos judiciais aparecem também na arbitragem com os mesmos hábitos, com os mesmos vícios, e até com algumas convicções consuetudinárias da obrigatoriedade de regras que são decalcadas do Público para o Privado e que, no fundo, retiram custos de transação no privado e o viabilizam.

Há um outro problema que se coloca quanto à adjudicação privada. É que ela efetivamente interpela a adjudicação pública. Nesse sentido,

faz-se sentir aos juízes o quanto eles estão a perder por não serem adjudicadores privados, visto que os adjudicadores privados podem fixar suas remunerações com os percentuais dos valores em litígio, o que o adjudicador público, pura e simplesmente, não pode fazer.

Então, a questão que tem que se colocar é esta: não será a adjudicação privada um bom pretexto para se repensar a forma de remunerar os juízes e as carreiras judiciais? O ponto é debatido pelo menos desde os tempos de Adam Smith, porque Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, dedica algumas páginas a essa questão com algumas observações até um pouco caricaturais sobre a forma como um juiz decidiria se fosse pago por linha ou se fosse por página, e depois ele também adapta aos próprios advogados.

Em tese, nada obsta que um juiz pudesse ser pago em proporção das custas de um processo. Nada obstaria e até poderia, efetivamente, como em tudo na vida, constituir um incentivo ao aumento da sua eficiência se, por exemplo, a sua remuneração fosse calculada em um quociente de eficiência da sua decisão. Portanto, é justamente da sua decisão que há uma justiça material referida pelos precedentes, um quociente entre isso e o tempo, a demora na decisão processual, sendo que eu poderia ser penalizado pela demora processual.

Adam Smith também coloca isso, mas rapidamente põe o dedo na ferida que se mantém totalmente atual. A questão é saber como se mede a eficiência de um adjudicador? Em termos de adjudicação privada, esse problema não se coloca, porque muitas vezes a remuneração é contratualmente fixada muito antes do processo de adjudicação. Em uma adjudicação pública, seria um pouco mais difícil se levassem em conta essa possibilidade de sujeição, uma combinação privada quanto ao modo de aferição dessa eficiência.

Também um ponto que Richard Allen Posner, no tal artigo dos anos 70, coloca é o problema de se saber se essa adjudicação privada não aponta também um problema quanto ao monopólio da adjudicação pública. No fundo, a questão é saber se a adjudicação é ou não um fenômeno pré-estadual. Mas, aqui, parece-me que, salvo se fôssemos

hiperpositivistas, rapidamente concluiríamos, por qualquer leitura, mesmo muito superficial de qualquer pequeno artigo da antropologia jurídica, que a adjudicação precede muito o fenômeno estadual e que, em todas as sociedades primitivas, existem fórmulas mais ou menos pitorescas, mas certamente muito definidas de adjudicação que, muitas vezes, funcionam, e até de uma forma muito curiosa, até diria especialmente envolvente, para a análise econômica de Direito, e muitas delas confirmam a intuição que garantiu a celebridade de Ronald Coase, com o Teorema de Coase: em sociedades menores, a adjudicação é mais simples porque há menos envolvidos, portanto os custos de transação são mais baixos e, ao mesmo tempo, o conhecimento pessoal de todos os envolvidos em oficinas de julgamento muito fechadas, muito restritas, permite que as adjudicações sejam mais seguras e mais severas do que em sociedades nas quais o anonimato e a massificação preponderam.

Há um célebre estudo pós-coaseano sobre vaqueiros em Shasta County, na Califórnia, em que se concluiu algo que antropólogos concluem hoje, também, relativamente ao estágio de adjudicação das sociedades primitivas: elas são mais severas do que as leis civis da maior parte dos países evoluídos. Nesse sentido, elas são muito mais estritas e permitem muito menos cláusulas abertas e indeterminadas. O que significa, de certa maneira, que, nessas cláusulas abertas e indeterminadas, estão inseridas um pouco da nossa turbulência recíproca, ou, pelo menos, dos ganhos cívicos que pretendemos obter com essa massificação e anonimato.

De certa maneira, ilustrando um velho ditado espanhol que dizia “para os amigos, tudo; para os inimigos, nada; e, para os desconhecidos, o direito”, isso significa que as regras jurídicas são muitas vezes o sucedâneo de um conhecimento direto que permite uma maior recompensa, mas também uma maior imposição de soluções àqueles que conhecemos e, por conhecermos ou amarmos, tratamos de forma privilegiada ou detestamos, porque os conhecemos bem, portanto procuramos tratar de forma especialmente severa.

Algo muito parecido com isso acontece hoje

nessas adjudicações privadas das sociedades primitivas, na arbitragem dita “crucial”, *ad hoc*, que é a arbitragem adquirida pelas partes por um compromisso arbitral sem haver necessariamente pré-inserção em um ambiente corporativo que cinja o âmbito dessa arbitragem com cláusulas que admitem até o recurso a outras ordens jurídicas ou a juízos de equidade de uma forma que não é permitida na adjudicação judicial e com toda a liberdade que as partes podem ter nesse excesso a essa adjudicação.

Nessa arbitragem *ad hoc*, nessa arbitragem crucial, está excluída a formação das regras, porque realmente há um bem público que está em jogo que nem o adjudicador, nem muitas vezes as próprias partes pretendem que seja produzido, porque as próprias partes podem dizer que estão a pagar essa arbitragem, mas, no fundo, outros que vão tirar benefício desse precedente deveriam nos ajudar a suportar as custas dessa arbitragem, e não o fazem. Mas não é apenas um adjudicador que fica subcompensado, são as próprias partes que recorrem. Obviamente, estão muitas vezes prejudicados pela confidencialidade. O que não significa, insisto – e precisava insistir para terminar esta primeira parte – que muitas arbitragens e adjudicações privadas que hoje conhecemos já são frutos dessa história de corporações. O exemplo talvez mais visível seja o da sedimentação da *Lex mercatória*, que passou a ser uma sedimentação de adjudicações privadas, espontâneas, mas que foram criando, em um determinado meio restrito, regras capazes de disciplinar condutas dos seus participantes.

Também se tem falado do ganho do sistema acusatório em contraposição ao sistema inquisitório. Ou seja, a iniciativa na adjudicação privada leva muitas vezes as partes a insistirem em ter um papel mais proeminente na descoberta da verdade e na aplicação do Direito do que teriam na adjudicação judicial.

Outro ponto muito importante, que está conexo com a vedação da formação de regras, tem a

ver com a vedação do recurso, que muitas vezes é justificada pelas necessidades de severidade e de segurança na adjudicação privada, mas que muitas vezes acaba, no fundo, por indicar no sentido que veda o policiamento, por exemplo, de ações rescisórias, que ainda podem ser arquitetadas em um nível corporativo e certamente são arquitetadas pelos recursos na adjudicação judicial, mas, frequentemente, na adjudicação privada *ad hoc* passam e podem vitimizar gravemente aqueles que recorrem à adjudicação privada, embora se possa admitir que a adjudicação privada também está sujeita a princípios gerais contratuais, alguns tendo a ver com as cautelas que o comprador deve ter.

Passemos, então, à segunda parte, que abordarei de forma mais tópica e incidental e com a brevidade necessária.

A segunda parte, como dizia, diz respeito à provisão competitiva de serviços judiciais. Hoje, em termos econômicos, pergunta-se qual a vantagem da adjudicação privada e a da pública. A primeira questão que deveríamos colocar não é se existe uma competição entre elas, é saber se não existe ainda uma alternativa a todas elas, que é a presença de meios não adjudicativos que são capazes de alcançar os mesmos efeitos da adjudicação.

O contrato incompleto, na maior parte das vezes, é deliberadamente incompleto, mas porque, de vez em quando, lembra-se que, na ausência de estipulação contratual, não vigoram regras supletivas contratuais.

Que meios são esses? Eu diria que o meio não adjudicativo mais claro é a regra jurídica, é a regra legal que estabelece normas supletivas e, portanto, define, na ausência da adjudicação, algumas regras de afetação de recurso. Por exemplo, umas das áreas mais férteis, atualmente, da análise econômica dos contratos é a figura do contrato incompleto. O contrato incompleto, na maior parte das vezes, é deliberadamente incompleto, mas porque, de vez em quando, lembra-se que, na ausência de estipulação contratual, não vigoram regras supletivas contratuais. Não,

até vigoram mais do que isso, vigoram regras de propriedade. E muitas das regras de propriedade são sucedâneas, supletivas em relação às estipulações contratuais. Ou seja, na ausência de uma estipulação contratual, há regras do direito de propriedade que definem as legitimidades que seriam definidas de outro modo se uma estipulação contratual fizesse circular essas legitimidades.

Se não as fizesse circular, vamos supor que, em um contrato de trabalho, se diz: a partir de amanhã, o senhor trabalha na minha empresa. No dia seguinte, há um problema em saber quem abre a janela e quem fecha a janela. O dono da fábrica diz: o senhor agora abre a janela. Ele diz que não está no contrato de trabalho. Pois não está, é que sou proprietário da fábrica. O que o contrato não estipula estipulo eu, porque o contrato, no fundo, no seu silêncio, nos seus hiatos, vem me dar uma legitimidade não adjudicativa, mas que é legitimidade de regra. Era uma regra básica do funcionamento e da cobertura do próprio quadro normativo no qual se movem os contratos. Portanto, os contratos não têm que remeter, nem deve haver nenhuma norma supletiva que diga que, no silêncio dos contratos, vigoram regras do direito de propriedade. Não é preciso dizê-lo, porque são as regras do próprio sistema jurídico.

[...] a adjudicação pública muitas vezes cai nessa corrida profunda, que é a corrida de agradar e de manter algum público e demanda por intermédio de um abaixamento de requisitos necessários para alguma adjudicação rigorosa.

Eu diria que a primeira ideia que temos de ter é de que os serviços de adjudicação não competem apenas entre eles, mas também com a própria lei. Como é óbvio, muitas vezes dispensa a intensidade adjudicativa. Dispensa por uma questão de grau, porque não vou querer, seria ingenuidade, defender regras *in claris*. Não havendo regras *in claris*, tem de haver sempre uma adjudicação, por mais clara que possa parecer uma regra. Estamos aqui, como dizia Aristóteles, não na área ideológica, mas na área da dialética, com premissas

prováveis e conclusões prováveis, portanto, em tudo, é sempre possível alguma margem opinativa. Mas, margem opinativa será maior ou menor conforme haja ou não um consenso social sobre a existência de regras que permitem uma afetação de recursos não adjudicativa. É evidente que a adjudicação é muitas vezes o lado patológico daquilo as partes têm oportunidade de fazer por meio de seus próprios arranjos contratuais.

Aí se distorce a nossa apreciação das relações sociais, porque muitas vezes estamos a falar das nossas relações sociais como os cirurgiões falam da saúde das pessoas. Os cirurgiões normalmente têm contato com as pessoas em situações extremas de saúde. E nós, como juristas, temos de ter a percepção de que, embora o sangue não espirre para cima de nós, estamos muitas vezes a falar de situações de ausência de acordo normativo, de acordo constitutivo das relações, muitas vezes completo nesse sentido de estipulações entre as partes. As partes podem estabelecer sanções, cláusulas penais, podem até computar o contrato com uma cláusula de governança – ou governação, como agora está tanto em moda –, que dispensa uma adjudicação externa, porque permite que alguém que governe internamente o contrato, sem sair da relatividade deste, faça as distribuições e as afetações do recurso que normalmente caberiam a um terceiro no caso de o contrato entrar em colapso ante as partes.

Citando outros exemplos, relacionei o bom senso. Claro que, se as partes desconfiam muito uma da outra em ma-

téria de pagamentos, é bom que pensem em estabelecer algumas garantias que limitem muito o papel da adjudicação posterior ou até que insistam em pagamento à vista, o que é mais seguro do que estar apenas a fiar em conversa e em uma externalização para um adjudicador futuro.

Digo isso de tal forma, de uma maneira óbvia, que talvez me dispensasse de explorar muito isso se não fosse o fato da própria análise econômica aqui a dizer que, muitas vezes, a existência da possibilidade de uma adjudicação, pública ou pri-



vada, dá um efeito narcótico sobre a estipulação contratual. As partes dizem: para que estaremos agora aqui? É preocuparmos muito. Vamos apenas sinalizar um ao outro que, se houver algum problema, chamaremos um adjudicador. Porque isso chama sinalização bastante rudimentar da nossa boa-fé ou aquilo que quisermos designar como algo similar. Portanto, basta-nos dizer: quero fazer isso, e, no caso de haver uma incompreensão sobre o problema que está acontecendo entre nós, virá um terceiro decidir por nós. Isso é um efeito narcótico, porque muitas vezes está a remeter para um terceiro situações que podem ser da essencialidade do contrato e podem até prejudicar o contrato, ou seja, podem colocá-lo em uma situação de patologia ou de sobreadjudicação.

Por isso, sobretudo na adjudicação pública, existem cada vez mais fenômenos da chamada “adjudicação antecipatória”, que, no fundo, é o que os homens de direito público designam por processos graciosos, não contencioso. Muitas vezes, vendo uma forma qualquer de reafetar recursos entre pessoas, o Estado e entidades públicas antecipam uma adjudicação verdadeira e própria, compondo, sempre que podem fazê-lo, esses equilíbrios e evitando, com isso, as sequelas que podem estar associadas a uma adjudicação plena.

Depois, é evidente que é provisão competitiva de serviços judiciais e pode tornar-se antissocial. Eu digo antissocial porque, por exemplo, há um crime que eu estava a dizer, o culto de certa ambiguidade no adjudicador privado pode ser o seu ganha pão, mas é a própria competição entre os adjudicadores privados e públicos. É a própria competição entre os adjudicadores públicos pode ter efeito muito similar, sobretudo quando se nota, na jurisdição portuguesa, que algumas reações iniciais de repúdio pela proliferação da arbitragem foram seguidas em um segundo momento por algumas propostas, diríamos, de descomplexificação dos processos judiciais, que, de certa maneira, tiveram um efeito perverso de induzirem certo otimismo na litigância e, portanto, levaram a uma litigância supérflua, para não dizermos já uma litigância frívola, ou aquilo que seria entendido por litigância frívola antes de esses quadros terem sido mudados.

Quero dizer com isso que esses efeitos competitivos não deixam a jurisdição totalmente imune. Portanto, a adjudicação pública muitas vezes cai nessa corrida profunda, que é a corrida de agradar e de manter algum público e demanda por intermédio de um abaixamento de requisitos necessários para alguma adjudicação rigorosa.

Outro ponto que hoje se coloca é o de se ver se algumas das propostas que estão formuladas quanto à modernização do próprio Processo Civil e do Processo Penal, mas, sobretudo do Processo Civil, não estão já um pouco dominadas por esta ideia da privatização da adjudicação pública, ou seja, a transferência para os privados de alguns impulsos processuais podem, de certa maneira, esconder esta reação de algum pânico, pelo menos algum receio, de que o filé mignon passe todo para a arbitragem e apenas fiquem os ossos para a adjudicação pública. Embora a adjudicação pública não tenha os incentivos necessários para ir ao filé mignon, a verdade é que, por exemplo, estar acima de uma reputação e de precedentes faz com que a própria adjudicação pública não se queira ver definitivamente afastada, por exemplo, da adjudicação de grandes casos comerciais. É, portanto, preciso obter alguma forma de garantir algum acesso a essa demandada da própria adjudicação pública.

Devo dizer que a imagem concorrencial está muito supervalorizada. A maior parte das coisas que enaltecemos nos mercados como concorrência muitas vezes é colaboração. Quando as pessoas aparecem com coisas no mercado, normalmente não aparecem com aquela ideia ou imagem de empenhar a luta pela vida, darwinistas, que nos foi muito embutida pelos malthusianos, darwinistas, neo-darwinistas, marxistas e neomarxistas, que somos todos lobos uns dos outros e que, no fundo, ganhamos competindo e esmagando. A maior parte das pessoas que chegam ao mercado quer colaborar, não quer propriamente destruir umas às outras e sabe tirar proveito de explorar umas às outras.

Aliás, uma passagem fenomenal, como há várias, de Adam Smith, diz exatamente isto: que os cães ganham por caridade nossa, vivem da nossa

caridade, mas os homens sabem se tornar interessantes uns aos outros e, portanto, é alimentando o interesse dos outros que consigo sobreviver. Meu egoísmo é manipulador dos outros, e não hostilizador dos outros.

Mas, além disso, o que me pergunto é: haverá um verdadeiro risco de a adjudicação privada expulsar a adjudicação pública ou vice-versa? Creio que não. Aqui estamos em um mundo muito parecido com o mundo das raposas e dos coelhos, por aquelas curvas cicloides. Já que estamos a falar do malthusianismo e neomalthusianismo, há umas curvas cicloides que, já no século XVIII, e, sobretudo no século XIX, foram descobertas na relação entre raposas e coelhos: as raposas engordam por comerem muitos coelhos, mas, quando comem muitos coelhos, deixa de haver tantos coelhos. E, a essa altura, elas, como engordaram muito, começam a se reproduzir, começa a haver cada vez mais raposas e cada vez menos coelhos. A essa altura, começam a morrer raposas, porque não há alimento para todas. E quando as raposas começam a morrer, os coelhos vêm a sua oportunidade de engordar e aumentar. E quando aumentam e engordam, lá começam outra vez as raposas a aumentar, porque começam a comer cada vez mais coelhos. Quando é que isso acaba? Nunca. Isso não acaba nunca. Isto são curvas cicloides, que se manterão enquanto essas espécies estiverem em interação umas com as outras.

Eu diria que a adjudicação privada e a adjudicação pública são um pouco isso. Por quê? Aqui, vou desviar só um nadinha daquele propósito inicial pra lhes transmitir uma ideia que há muito defendo, que é esta, como, aliás, o título da palestra dizia: o problema da adjudicação ótima. O que é o ótimo na economia? A maior parte das pessoas não se apercebem que a economia, ao contrário da própria imagem popular, nunca diz que o ótimo é o máximo. Não. Por quê? Porque geralmente o máximo é alcançado com os chamados “custos marginais crescentes”. E então o que é ótimo para a economia, normalmente, é um ponto intermédio, é um ponto de equilíbrio, que não representa nem o máximo nem o mínimo, é um ponto intermédio, que é o chamado “ponto de equimarginalidade”, da chamada

“Segunda Lei de Gossen”. Isso agora é muito complicado. Estarei a explicá-lo, mas, no fundo, apenas gostaria que tivessem essa ideia.

Se pensarmos bem, está na essência da ideia de economizar não maximizarmos o uso nossos recursos, mas sim saber manuseá-los numa posição intermédia que garanta a sua sustentabilidade.

Vejam bem, eu diria que também o ótimo de Justiça não é o máximo de Justiça. Isto choca, dito assim. Mas, por que não é o máximo de Justiça? Porque a Justiça consegue ser vítima do seu próprio sucesso. A Justiça está criticamente exposta àquilo que há muito tempo se conhece como “a tragédia dos baldios ou a tragédia dos comuns”. Quando as pessoas dizem que a Justiça está em crise, eu concordo. Mas, imediatamente, fornecem as suas explicações contraintuitivas. A Justiça está em crise, não porque seja muito má. Não. É porque é demasiadamente boa. Porque ela é demasiadamente boa, gera chance de excessos, e isso faz com que ela se torne má. Se ele fosse muito má, ela teria resolvido seu problema com escassez de excessos. Se as pessoas não gostassem da Justiça e não confiassem nela, elas não acionariam tanto a Justiça e a Justiça funcionaria melhor, seria mais atraente.

O que temos aqui à nossa frente? Uma curva cicloide. Quer dizer que a Justiça tem de se manter sempre um bocadinho má para se manter suficientemente boa, para as pessoas se manterem atraídas pela Justiça sem a destruírem por congestionamento. Ora, é aqui que a adjudicação privada desempenha um papel absolutamente essencial.

A adjudicação privada hoje permite expulsar de um sistema sub-ótimo de acesso à Justiça aqueles que têm formas de remediar esse acesso pagando, ou seja, aqueles que fazem corresponder uma certa disposição de pagar pela Justiça, um repúdio pelo custo de acesso à Justiça, que resultaria da espera por ela, que é o custo implícito que as pessoas pobres pagam pelo seu acesso à Justiça. Uma pessoa pobre paga pelo seu acesso à Justiça com demora para tal.

Pergunta-se: isso é injusto? Não. Para uma pessoa pobre, o custo da oportunidade do tempo perdido é menor do que para uma pessoa rica. Agora estou a dizer coisas politicamente incorre-

tas, mas é verdade.

Um pobre perde menos dinheiro por cada hora do que uma pessoa rica, porque seu rendimento por hora é superior, e, portanto, uma pessoa rica perde muito mais dinheiro se tiver que esperar um ano, e tiver que perder o seu rendimento de um ano, do que se um pobre tiver que perder o seu rendimento de um ano. E, portanto, para os ricos, obviamente, a adjudicação privada é a primeira via. Mas quando eles saem do sistema de adjudicação judicial e procuram a adjudicação privada, ao mesmo tempo eles descongestionam a adjudicação pública e tornam a adjudicação pública mais atraente. Isso significa que, com a saída das pessoas mais ricas ou das entidades mais ricas, o descongestionamento veio resolver o problema da crise da Justiça? Não, porque, no momento em que os ricos saem, a Justiça funciona marginalmente melhor e há mais pobres que se aproximam da Justiça e a litigância volta a aumentar. O que quer dizer, portanto, que esta concorrência entre as duas formas de adjudicação é uma concorrência perpetuamente desequilibrada. Não há equilíbrio possivelmente nisto. Por tudo aquilo que poderemos pensar, é sempre nalguma, rotina infinita, cicloide, entre as duas formas de adjudicação.

Gostaria ainda só de sublinhar mais dois ou três pontos absolutamente tópicos, que, têm muita pouca conexão entre eles. Uma delas é esta – e agora vou me concentrar em questões sobre eficiência, porque a questão é a natureza do meio adjudicação, mas o problema econômico da adjudicação parece apontar para a eficiência. Mas o que é eficiência? Primeiro, vamos supor que sabemos o que é eficiência da adjudicação. Perguntas: qual das duas formas é mais eficiente, a privada ou a pública? Não sei. Mas a verdade é que isto desconsidera um tipo de juízo muito importante no acesso à adjudicação, que é a aposta na ineficiência do sistema.

Que o sistema funcione bem é bom pra uns, mas é mau pra outros. E, portanto, a Justiça só pode ser entendida, e a adjudicação em geral,

pública ou privada, só podem ser entendidas também como um compromisso entre pessoas que querem que o sistema funcione bem e pessoas que querem que o sistema funcione mal, de acordo com os seus próprios critérios, isto é, que tiram benefício do seu acesso ao extrarrecurso comum, que é a Justiça, para arrastarem, para tornarem menos eficiente a adjudicação, de acordo com seu próprio critério, isto é, deixando de aplicar aquela famosa regra de ouro ou da reciprocidade. Ou seja, tentam impor ao sistema de adjudicação uma demora e uma falta de precisão que elas não gostariam de sofrer se fossem os seus interesses que estivessem diretamente em jogo ou que tivessem a ser adjudicados. E, portanto, esta aposta na ineficiência do sistema é algo absolutamente condicionante numa apreciação daquilo que se passa em termos de adjudicação privada.

Ao mesmo tempo, também não podemos desconhecer que esta aposta na ineficiência é, muitas vezes, a aposta na incompetência do julgador, que aqui não tem nada de pejorativo. Às vezes, é a incompetência do julgador não especialista. Por isso mesmo a jurisdição pública dá muito mais garantias de imparcialidade do que a adjudicação privada. É porque a adjudicação pública é mais incompetente do ponto de vista do conhecimento específico, de muitas matérias, porque muitas vezes o adjudicador público é generalista, uma parte às vezes é, e é não por um mero acaso, porque isso dá alguma garantia de imparcialidade, embora de pouca especialidade técnica. Por quê?

Devo dizer que a imagem concorrencial está muito supervalorizada. A maior parte das coisas que enaltecemos nos mercados como concorrência muitas vezes é colaboração.

Pensem no que é contrapartida. Uma pessoa diz assim: não, não, não, agora eu vou para a administração privada porque eu agora quero que esses meus casos sejam julgados por pessoas especialistas. O que é um especialista? Em geral, é alguém do setor, é alguém que tem interesse no setor, e, portanto, é alguém que já entra na

adjudicação capturado. Às vezes, há setores tão pequeninos, que encontrarmos um especialista nesse setor é já garantirmos a captura do adjudicador, porque ele não pode ser imparcial, ele é especialista. Ele está embutido nos interesses do próprio setor.

Então, precisamos pensar, sobretudo, naquelas formas que são muito tradicionais, muito comuns, de adjudicação arbitral por não juristas, tribunais em que são comerciantes, por exemplo, que adjudicam. E muitas vezes comerciantes que também têm interesses no resultado da adjudicação.

Depois, também, não podemos esquecer, se quisermos sintetizar esse ponto, que a adjudicação tem um interesse muito relativo. A aparência de interesse na adjudicação é, muitas vezes, um mero expediente de continuação de uma guerra intracontratual. A pessoa diz assim: “Como eu tive o disparate de aceitar aqui essa cláusula compromissória? Aí, vamos lá para a arbitragem. E isso não acaba assim, porque não vou aceitar os árbitros que ele nomeia e vamos estar nisso dez anos. E se alguém vier a me impor os árbitros que ele designa, então, não vou acatar a decisão ou vou tentar protelar a situação e não vou sujeitar aquelas ideias de que a adjudicação privada é mais célere, etc., etc., etc.”.

Depois, também temos que nos lembrar disso, que é uma afirmação mais genérica, de ordem quase filosófica. Não obstante eu ser um cultor de ciências jurídicas ou econômicas, não sou propriamente um venerador. Aliás, há uma experimentação na ciência econômica muito eficiente, que é o chamado “jogo do ultimato”, que prevê que as pessoas aceitam qualquer valor para chegarem a um acordo e depois rapidamente se determina, aqui até com variações regionais, isso já foi aplicado em toda a gente, até esquimós e tudo, esse jogo do ultimato, e o resultado varia de região para região, mas não há nenhuma região em que as pessoas aceitem o mínimo, ou seja, a proposta mínima para se chegar a um acordo é normalmente rejeitada por uma razão irracional, porque racionalmente mais vale aceitar um dólar do que não aceitar nada ou não haver acordo, mas as pessoas rejeitam porque entendem que a disparidade entre aquilo que a pessoa oferece

e aquilo que a pessoa aceita é demasiada, ou seja, tentam impor valores de Justiça àquilo que seria uma discussão totalmente eficiente, ou seja, prescindem de discussões eficientes em nome da Justiça. Preferem ficar mais pobres, mas preferem ter o sentido que a Justiça prevaleceu, o que significa, portanto, que a adjudicação muitas vezes tem de ceder a propósitos de eficiência se efetivamente as partes estão numa demanda de valores materiais que nada tem a ver com eficiência ou até com celeridades processuais ou com outras formas de contornar coisas que são imputadas à adjudicação pública.

O penúltimo ponto, aliás, até vou converter em último, o último ponto era este: a questão parcial é: o que é mais econômico, a adjudicação pública ou a privada? Já dei, de certa maneira, a resposta, porque é preferência por adjudicação pública e por adjudicação privada, ou seja, a votação com os pés é uma votação cicloide, portanto, vamos assistir ao longo dos séculos migrações para a privada, o que, a essa altura, congestiona um pouco a privada e fazem com que o público esteja mais descongestionado, fazem com que a migração carece ao público. E depois essa migração volta a congestionar o público e volta a haver um apetite pelo privado. A gente vai encerrar assim para todo o sempre. No fundo é assim, a menos que, de vez em quando, a adjudicação pública faça como fez nos tempos do positivismo, faça com um gesto irrefletido de tentar assumir o mundo pobre e, portanto, soçobrar numa entropia de congestionamento absurdo. Acho que já se aprendeu essa lição e, portanto, se ela foi bem aprendida não voltaremos a esse mesmo polo.

A última questão é essa: muitas vezes se diz, por causa das capturas e das falhas de mercado, que a adjudicação privada é menos precisa, até porque, segundo, os juízes, os melhores adjudicadores estão na carreira judicial, porque aí há outras motivações culturais, de prestígio, são capazes de formar regras, são capazes de ter um protagonismo político que um adjudicador privado não tem.

E então, na adjudicação pública, não obstante a falta de especialização, tende a ir-se para uma melhor *accuracy*, talvez possa traduzir como pre-

cisão, uma melhor pontaria, até porque a pontaria ou a precisão na adjudicação privada deve ser feita com grau ótimo, máximo; na adjudicação de provas, não faz muito sentido, então o adjudicador privado seria assim mais mercenário, mais peditivo.

Creio que aqui por trás da ideia de precisão na adjudicação está aquilo que se poderia talvez designar por “uma falácia objetivista”. É que, no fundo, permite postular a ideia de que há uma espécie de um intérprete privilegiado entre nós, e é verdade, se é que existe esse valor de verdade, que permitiria ver porque o que um adjudicador faz em termos de melhor aproximação ou menor aproximação é um padrão de que esse observador seria um oráculo privilegiado. Mas isso não existe, e, portanto, aquela sensibilidade pós-moderna, que também já se tentou (embora, eu gosto de associar, sobretudo, a outro filósofo, que é o Richard Rorty), também, de certa maneira, deve nos levar aqui a uma espécie de veste metodológica, reconhecendo que o valor da precisão adjudicativa não é algo que possamos aferir, e, no fundo, talvez aqui possamos retirar

uma velha lição na adjudicação privada, e também, por contaminação, na adjudicação pública, que é a de que a adjudicação não vale tanto pelo seu valor de verdade ou por se atingir um grau de uma realidade objetiva que não sabemos bem a quem pertence (ou talvez pertença a uma divindade, se aceitarmos aquelas velhas limitações da razão pura), mas serve pelo serviço pragmático que presta às pessoas que a procuram, e, portanto, se uma pessoa está satisfeita, mesmo que para um terceiro essa adjudicação tenha sido ilusória ou errônea, se o destinatário dessa adjudicação ficou satisfeito nesse sentido, sentiu alguma reposição das titularidades ou a reposição dos interesses que estavam em jogo no momento em que procurou essa adjudicação, então esta chegou a um bom porto.

E pronto, era tudo, expressando os meus renovados agradecimentos, com muita honra de estar aqui neste fórum que representa o ponto máximo de uma jurisdição e duma instituição da qual o meu País, há muitos séculos, muito orgulhosamente participou.”

**RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**  
*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

Agradeço profusamente a esplêndida palestra do Professor Fernando Araújo, que trouxe uma reflexão muito original e instigante sobre a natureza da adjudicação e as questões que se envolvem nessa concorrência sempre promovida, cada vez mais, pelos modernizadores do sistema judiciário entre o sistema privado e o sistema público e as consequências disso.”

## DEBATES

### PLATEIA

**Meu nome é Frederico, E gostaria de fazer uma pergunta ao professor Marinoni: se ele vê como um risco a atribuição da eficácia vinculante a todas as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, inclusive a fundamentação, e se isso não ocasionaria um risco de aumento exponencial no número de reclamações nesses dois tribunais e, portanto, em uma inviabilização ainda maior da jurisdição que esses dois tribunais já prestam, em razão do aumento do número de reclamações que isso poderia ocasionar?**

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

De fato, em um sistema que trabalha com precedentes, a reclamação seria o remédio contra a patologia diante da não observância dos precedentes. Agora, se tomarmos em consideração que ninguém vai respeitar os precedentes, e daí então raciocinarmos que muitas serão as reclamações, é claro que chegaremos a uma conclusão que não nos é favorável, que não ajuda em nada, mas isso não ajuda em nada exatamente porque partimos e estamos partindo de uma situação patológica. Isso seria o mesmo que, não sei, enfim, raciocinar com o mal para não se chegar ao pior. Acho que não podemos continuar raciocinando com o mal para não chegar ao pior. Está na hora de ver quem tem interesse na irracionalidade do Direito. Tem muita gente que tem interesse em um Direito imprevisível e irracional. Boa parte da nossa cultura está carregada, de modo favorável, à incalculabilidade do Direito, especialmente aqueles que manipulam o Direito, especialmente os advogados lobistas, os maus juízes, todos têm interesse em um Direito irracional.

Então, é preciso calma, é preciso cuidado, é preciso cautela com esses argumentos no sentido de que não podemos observar precedentes, porque isso é dar muito poder ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, porque isso é engessar o Direito, etc. São argumentos retóricos destituídos de fundamentação porque as coisas não são assim. Na verdade, quem fala assim, exatamente porque não pode estar falando assim sem estar de má-fé, é aquele que, em princípio, muitas vezes, tem interesse naquilo que o próprio Professor Fernando falava agora, ou seja, em um estado de coisas que a ele é benéfico. Muita gente tem interesse que a Corte Suprema se transforme em tribunal de terceiro grau de jurisdição, em um grande tribunal de apelação. Mas não é para isso que elas existem. Então, temos que ter cautela para evitar esse problema.

**PLATEIA**

**Professor Marinoni, essa questão da racionalidade, que o senhor expõe, como poderíamos verificar que o magistrado não estaria agindo com tal definição de racionalidade que o senhor afirma, talvez ele devesse pôr em suas peças, em suas decisões, algum precedente parecido e negá-lo ou ele não deveria também adotá-lo? Significa que, logicamente, o fato dele não por ou não criticar talvez um caso parecido, significaria, de logo, que ele esteve fora dessa racionalidade? Porque, pela visão de Dworkin, poderíamos, muitas vezes, explorar os diversos ângulos e buscar o valor dessa argumentação para legitimar a decisão e ela se tornar legítima socialmente.**

**Então, como o senhor se refere nesse ponto a essa racionalidade? É só a parte jurisprudencial, ou outros fatores que V.Sa leva em conta, as peculiaridades e as causalidades?**

**PLATEIA**

**Meu nome é Celso. Vejo no julgamento precedente uma solução para liquidação e cumprimento de sentença, em que concentra a maior quantidade de congestionamento, hoje, no Judiciário. Não seria viável a criação de mais varas especializada, principalmente, nas áreas de habitação, do agronegócio e tributário?**

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

Compreendi. Quando falo em irracionalidade, refiro-me a não respeitar uma decisão que é diametralmente oposta àquela que estou tomando. É disso que falo. É não observar o x e dizer o y. É claro que existem múltiplas técnicas que permitem a qualquer tribunal ordinário aplicar um precedente ou deixar de aplicá-lo, ainda que o advogado favorável à aplicação do precedente argumente no sentido de ele se encaixa ao caso. São as técnicas da distinção inconsistente, por exemplo, até mesmo vários tipos de técnica permitem a aferição do precedente, em virtude das circunstâncias do caso concreto, fazendo com que, sem qualquer irracionalidade, deixa-se de aplicar o precedente.

Não estou querendo dizer que racionalidade é aplicar o precedente. Estou querendo dizer que irracionalidade é não se submeter a um precedente sem questioná-lo, na hipótese de ele não ser aplicável ao caso. Se o precedente é aplicável ao caso, ele deve ser aplicado.

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

Desculpe-me, mas não compreendi exatamente a pergunta.

## PLATEIA

**O congestionamento maior, hoje, concentra-se no Judiciário na fase de liquidação e cumprimento de sentença. Isso passou de 70%. Os processos não andam. Não seria uma forma de agilizar a Justiça a criação de mais varas especializadas, principalmente, no agronegócio, na área tributária, na área habitacional?**

## PLATEIA

**Criação de mais varas especializadas nessas áreas, porque é onde concentra um maior número de processos, que param na fase de liquidação e cumprimento, que é a fase de execução.**

## PLATEIA

**Em que medida realmente precisamos aferir a precisão na justificação? E essas curvas cicloides são muito claras no nosso processo civil, na administração da justiça, entre valores de celeridade, efetividade e justiça, precisão, correção da decisão e, agora, passamos de uma preocupação muito grande com a celeridade para o lado oposto, para o extremo oposto. No projeto do novo Código de Processo Civil, existem dispositivos, normas bastante detalhadas, rigorosas mesmo, para a fundamentação das decisões judiciais. Existe todo um código feito com a ideia de que a justiça do caso é conseguida mediante a participação, sempre o contraditório é realmente reforçado e com regras muito exigentes de fundamentação.**

**A minha preocupação, Professor, é se um dispositivo como esse, o novo Código de Processo Civil, não engessaria essa relação, essa interação entre celeridade e precisão. Não poderíamos, talvez, dificultar o próprio desenvolvimento do Direito, da gestão da Justiça? Essa é a minha pergunta.**

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

Resolver o problema da demora da Justiça mediante a criação de mais órgãos judiciais? É isso?

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

Acho que sim, claro, mais órgãos judiciais e, sobretudo, órgãos judiciais especializados, que, por consequência, trazem uma maior rapidez à solução dos conflitos, sem dúvida.

FERNANDO ARAÚJO

*Professor da Universidade de Lisboa – Portugal*

Essa pergunta é nitidamente do foro do Professor Marinoni. Julgo que o problema tem de ser entendido com algum ceticismo, no mínimo, com algum ceticismo, para não dizer, até, com alguma ironia relativista, porque, muitas vezes, aquilo que se diz como precisão adjudicativa na jurisdição pública tem certa conformidade com a tal sedimentação de precedentes em níveis recursais. Ou seja, uma forma de disciplinar a decisão do juiz inferior. A expectativa que tenho é de ver a sua decisão infirmada, ou confirmada, por uma decisão de recurso. E é por aí que se mede o rigor adjudicativo, a maior parte das vezes.

O que pode ter uma consequência perversa no sentido de deixar que as primeiras instâncias, que tem contato com a matéria de fato, acabem inquinadas na interpretação dessa matéria de fato por entendimentos contaminados por ideologias das instâncias superiores.

Creio que boa parte do problema que é designado aqui no Brasil por ativismo judiciário, e em Portugal por politização da justiça, tem a ver com



isso, os juízes de primeiro grau sentem que têm de que adequar as suas decisões àquilo que julgam o que será a maximização do sucesso das instâncias de recurso, e as instâncias de recurso já estão muito politizadas. Portanto, contaminam de cima para baixo aquilo que é a expectativa do cidadão comum e isso contribui, gravemente, gravissimamente para o descrédito da justiça em Portugal.

A justiça neste momento é a instituição, inquéritos públicos, é uma das duas instituições, a justiça e a polícia são as duas instituições mais desacreditadas em Portugal, é extraordinário. É claro que, também, às vezes, a culpa é atribuída às Faculdades de Direito, que são excessivamente doutrinárias, ou que veiculam esse doutrinário, depois fazem com que se meça a progressão para as instâncias superiores (não em função do pragmatismo adjudicativo do juiz, mas em função do seu afinamento ideológico), fazem com que as regras fiquem desvirtuadas por aí.

Mas, enfim, como faz parte de uma faculdade de direito e seu acadêmico terem de sacudir essa água do meu capote, eu digo que a culpa já é do próprio sistema judiciário, que ocasiona que a *accuracy*, no fundo, seja pervertida nesse tipo de vontade de agradar a instância superior e não propriamente em preocupação pragmática com os fatos.

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

## PLATEIA

**Doutores, por favor, gostaria de indagar se um processo, estando em segunda instância, pode retroceder, voltar para a primeira instância.**

Sim, há hipótese em que se anula uma sentença por falta da produção de uma prova, por exemplo e, nesse caso, o processo volta a primeira instância para realização, produção da prova e prolação de nova decisão.

**PLATEIA**

**Mas, Doutor, mesmo no caso de o processo estando com todas as provas existentes no processo e o juiz que decidiu não soube delas, pelo fato de o processo ter sido desmembrado. Os outros volumes não apareceram, e o juiz, não tendo acesso às provas, o processo não deveria subir da primeira para a segunda instância, e não voltar?**

**PLATEIA**

**A sentença já tinha sido dada, foi um acórdão com cinco juízes a favor da parte autora, e uma juíza singular derrubou a decisão desses cinco desembargadores. Isso é usual?**

**PLATEIA**

**Pareceu-me que o Ministro falou que o convidado, Professor Fernando Araújo, é estudioso do Direito dos Animais. Estive em Lisboa em 2013 e na Universidade ouvi o decano dizer que que o Direito dos Animais é uma aberração. Recentemente em Porto Alegre, de onde sou, foi inaugurada a Delegacia dos Direitos dos Animais e frequentemente o juiz se defronta com problemas envolvendo animais, onde tem de decidir contra os humanos em favor dos não humanos. Então, é só uma provocação, uma pergunta. O que o Senhor teria a dizer sobre essa afirmação de que seria uma aberração?**

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

Sim. Se o processo está na segunda instância, e por alguma razão, dependente do motivo pelo qual você profere a decisão, é anulada a sentença.

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

O Professor Marinoni já respondeu à indagação e agradeço profusamente a pergunta. Não sei se haverá outras indagações.

FERNANDO ARAÚJO

*Professor da Universidade de Lisboa – Portugal*

Não é bem o tema da nossa palestra, mas eu aceito com muito gosto porque confesso que tenho uma paixão por essa área.

Não sei se alguém poderá ter dito isso dessa forma, não sei se aí haveria alguma caricatura, mas não há ninguém no mundo que não possa defender os direitos, pelo menos, de um animal, que é o animal humano. Portanto, quando defendemos os direitos dos animais, os primeiros animais que defendemos são os homens, e as pessoas normalmente se esquecem disso, que a defesa dos animais não humanos é uma estratégia de reforço da defesa dos direitos dos animais humanos, porque a parte mais importante da nossa existência terrena é a preservação dos nossos interesses, da nossa própria animalidade, ou seja, nós não somos absolutamente nada senão produtos culturais que tem uma raiz animal. E se nós não respeitamos a nossa raiz animal, e a animalidade em nós, todo o resto desaparece e perde o seu significado.

Muitas das coisas que defendemos como direitos humanos, e que associamos tanto àquela fór-

mula, agora já muito esvaziada da dignidade da pessoa humana, é a diferença de coisas que experimentamos e sofremos, exclusivamente como animais, são defesas contra a morte violenta, contra a opressão, contra o medo, são sentimentos que partilhamos com todos os outros animais, e que não são traços distintivos da espécie humana. Basta pensarmos um pouco sobre aquilo que defendemos, quando defendemos a dignidade da pessoa humana percebemos, imediatamente, que o que estamos a lutar é pelo direito dos animais. É verdade que a expressão normalmente é restrita aos animais não humanos. Mas eu recuso-me a entrar nessa dicotomia, porque essa dicotomia já parece querer provar que nós temos alguma superioridade em matéria do nosso estatuto que pertença como nativos intelectuais e físicos do nosso Planeta. Nós não estamos sozinhos no Planeta, respiramos o mesmo ar, bebemos a mesma água e temos os mesmos alimentos que os animais não humanos. E, portanto, se é para vivermos todos no Planeta, devemos ter algum acesso básico a esses princípios.

## PLATEIA

**Professor Marinoni, gostaria de saber a sua opinião sobre a necessidade da edição do novo Código de Processo Civil e de algumas vantagens e desvantagens que eventualmente possam advir dele.**

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

Confesso a você que, a meu ver, em uma relação de custo benefício, o código não se justifica. A meu ver, esse código não se justifica.

O nosso problema não vai se resolver mediante, digamos, um polimento de algumas regras processuais. É um código que não altera a estrutura, que deveria ter sido alterada, é um código que tem menos regras – e isso é muito bom, como eu comentava antes com o Professor Fernando, só por isso ele é muito bom –, mas não é um código que traga nada de promissor, lamentavelmente. Acho que é a perda de uma grande oportunidade de se fazer algo melhor, porque nós não estávamos em um momento para elaborar um Código de Processo Civil. Esse é um código oportunista. Não estávamos no momento para elaborar um Código de Processo Civil, e pior, foi elaborado por pessoas que não tinham capacidade para tanto.

## PLATEIA

**Meu nome é Marcelo, eu sou juiz no estado do Maranhão. A minha pergunta é para o Professor Marinoni.**

**Em relação a seguir à força aas decisões dos tribunais superiores, que V.Sa não acha que, de qualquer sorte, isso não vai de encontro à consciência do juiz, em uma decisão do caso concreto e da independência funcional?**

**E uma segunda colocação. Será que esse seguir também absoluto as decisões dos tribunais superiores não iria, de alguma forma, engessar essa reoxigenação do Direito, que, muitas vezes, a primeira instância vem com decisões justamente contrárias ao entendimento já consagrado na segunda instância?**

LUIZ GUILHERME MARINONI

*Professor da Universidade Federal do Paraná*

São duas as questões, vou analisá-las brevemente. O argumento de que se estaria violando a liberdade de o juiz julgar, pelo fato de ele estar sendo submetido a precedentes. Na verdade, não. Como eu disse há pouco, respeitar precedentes é respeitar a interpretação do Direito. É fazer supor que o Judiciário participa, ao lado do Legislativo, na elaboração do Direito. E, também, que, no Poder Judiciário, existe uma última Corte para dizer uma palavra final sobre o sentido do Direito. Como o juiz é submetido ao Direito, ainda que tenha liberdade para julgar, ele é submetido aos precedentes, com isso ele não perde liberdade alguma.

Agora, retoricamente, de má-fé, algumas pessoas afirmam que o juiz é submetido apenas à Lei, ou melhor, o juiz tem liberdade para julgar. Sabe o que isso significa? Isso significa descompromisso com a instituição, uma não visualização de que o juiz participa de uma instituição e o descompromisso com o Poder do qual ele faz parte.

Um juiz que tem compromisso com o Poder do qual ele faz parte respeita as decisões das cortes supremas. Não é preciso Lei que diga isso. Afinal, as decisões da Corte Suprema, como eu disse há pouco, definem o sentido do Direito. De modo que, a meu ver, não se viola qualquer liberdade do juiz, porque o juiz não tem liberdade para julgar contra as decisões das Cortes Supremas, porque não tem liberdade para julgar contra o Direito. E mais, o juiz só pode compreender o seu papel perante a sociedade a partir do momento em que ele percebe qual é o seu papel na Instituição. Ele faz parte de uma Instituição. Ele não está obrigado perante a Corte Suprema. O juiz, dentro do sistema, tem que observar a última palavra do órgão constitucionalmente incumbido para tanto. De modo que, a meu ver, não há falar-se em violação de liberdade de consciência ou coisa do tipo.

Quanto ao Direito engessado, ao contrário, o que engessa o Direito, na realidade, é não pensar o Direito em uma perspectiva de precedentes,

porque quem deve desenvolver o Direito não são os juízes de primeiro grau, nem os tribunais de apelação. A eles cabem resolver conflitos e colaborar para a interpretação final a ser dada ao Direito pelas cortes supremas.

Cabe à Corte Suprema definir o sentido do Direito, desenvolver e permitir a sua evolução. Não cabe ao juiz de Direito agir dessa forma. De modo que é preciso observar os precedentes e se dar à Corte Suprema a possibilidade de revogar seus precedentes, obviamente, para que o Direito evolua.

Quem pensa dessa forma, de que há um engessamento do Direito, pensa como era o *Common Law*, no final do século XIX, antes do final, um pouco antes do final do século XIX.

Hoje, a revogação dos precedentes é algo natural. Aliás, *Dworkin*, os romances são feitos, quer dizer, o Direito é produzido em cadeia, em capítulos, como se fosse um romance. Os capítulos são os precedentes que vão se formando e permitindo o desenvolvimento do Direito, porque, quando um caso não se amolda a um primeiro precedente, em razão do *distinguishing*, ele abre oportunidade para formulação de um novo que acrescenta algo ao primeiro precedente e assim por diante. Por isso que esse encadeamento de precedentes significa o próprio desenvolvimento do Direito a partir da participação judicial.

O Judiciário, as supremas cortes têm muito maior capacidade de permitir a evolução do Direito, a meu ver, do que o Poder Legislativo, nesse sentido. Não que o Poder Legislativo, obviamente, deva ser deixado de lado, não se trata disso, como eu disse, nós estamos aqui pensando na reconstrução do sentido do Direito a partir do texto legal, mas é claro que o Judiciário é imprescindível para permitir a evolução do Direito mediante a revogação de precedentes.

## PLATEIA

**Boa tarde aos componentes da Mesa, meus parabéns pelas palestras ministradas. Professor Ronaldo, eu venho de uma universidade, a UnB, que hoje está completamente**

RONALDO PORTO MACEDO JR.

*Professor da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo*

A primeira coisa que eu só gostaria de chamar a atenção é que, bom, certamente eu defendi uma perspectiva *dworkiniana* aqui na minha fala,

**repleta de dworkinianos, como o senhor. Por outro lado, hoje, lá, há uma crítica muito forte ao pensamento do Professor Alexy. Eu digo isso, especialmente na graduação. Talvez o professor que fique isolado lá e cuja teoria penda mais para o Professor Alexy seja o Ministro Gilmar Mendes. No entanto, eu percebo que a teoria do Professor Dworkin, não é muito bem adaptada a nossa realidade. Muitas pessoas não compreendem muito bem a teoria dele quando vista numa perspectiva brasileira, não é? Então, eu perguntaria para o Senhor, o Senhor tem a mesma impressão? O Senhor acha que a teoria do Professor Dworkin, talvez seja um dos maiores expoentes do Direito mundial, que nós mais usamos na nossa prática, os juízes usam, a Suprema Corte usa, talvez não haja uma certa falha de adaptação da teoria dele? E não é ruim esse embate Dworkin e Alexy? Não seria melhor que as pessoas tentassem usar o melhor das duas teorias?**

mas eu tenho sérias dúvidas de que a maioria dos dworkinianos brasileiros são dworkinianos como eu, no sentido de que eu sou bastante crítico com respeito à forma pela qual Dworkin é recebido pela doutrina brasileira. E acho que é um tema de grande interesse sociológico. Sociologia das ideias, às vezes, ela se faz, um dos pontos mais importantes é a recepção, às vezes, de uma certa ideia do que a própria contribuição de um autor. São dois temas igualmente importantes, vamos dizer assim.

Com relação à diferença que há entre Dworkin e Alexy, eu quis enfatizar um ponto – o Alexy, claramente, tem uma série de reflexões teórico-filosóficas sobre o Direito, isso é inegável. Mas, parece-me que ele tem uma preocupação mais direta, que não é a preocupação do Dworkin, que está relacionada, também, a um certo maior sucesso ou maior, digamos, capacidade de orientar no dia a dia o julgador do que, muitas vezes, as ideias do Dworkin. O que se refere ao fato de que o Alexy tenta construir uma dogmática da interpretação constitucional, ou seja, ele tenta criar algumas regras, ele tenta nesse sentido criar uma tecnologia da decisão. Se a gente retomar a metáfora do engenheiro, que mencionei no passado, um engenheiro civil que faz pontes, não se preocupa muito em saber dos limites teóricos da física newtoniana e muito pelo contrário, se ele ficar fazendo uma discussão sobre qual é melhor teoria da física para explicar o mundo, eventualmente ele vai ser um mau tecnólogo, não vai ser um bom engenheiro, porque ele tem de oferecer mecanismos que deem algum tipo de resposta relativamente simples. Uma boa tecnologia não pode ser complicada demais, ou pelo menos não mais do que a realidade assim o exige.

Acho que isso marca uma diferença das construções teóricas do Dworkin e do Alexy. Nem sempre, isso é claro, porque como eu disse, o Alexy também tem uma série de postulações filosóficas, acho que em muitos pontos eles estão de acordo e em muitos outros não estão, e isso é muito importante.

Por outro lado, estou dizendo, sim, que o Alexy tem uma ambição de construção de uma dogmática da interpretação que não é ambição do

*Dworkin*. Parece-me que a ambição do *Dworkin* é justamente mostrar uma dimensão inafastavelmente filosófica envolvida na interpretação. É claro que filosofia é, num certo sentido, complicada, envolve um tipo de complexidade, a teoria *dworkiniana* tem uma complexidade grande, nesse sentido ela não é uma teoria que possa bem servir ao julgador, como alguém que passa nas gôndolas de um supermercado e pegue um pedaço daqui, um pedaço dali.

É bem verdade também que a forma pela qual nós, na prática jurídica e também na universidade, muitas vezes, é a forma de alguém que pega pedaços, pega soluções de um e de outro, até porque a produção, digamos, retórica das fundamentações e a produção, às vezes, ou diria, excessivamente retórica também da nossa produção científico-jurídica tem esse formato, pega um pedaço daqui (gostei desse pedaço *Dworkin*, não gostei, agora combino esse com...) assim, produz um certo sincretismo metodológico e filosófico que pode até ter um papel persuasivo, mas, do ponto de vista de sua consistência filosófica, fica bastante limitado.

Quis chamar atenção para o fato de que esses autores têm metas relativamente diferentes, eles se assentam em postulações filosóficas distintas e essas distinções são importantes; por exemplo, a tese da resposta certa é uma delas.

E por outro lado, quero, aqui, também agregar, em face da sua pergunta, a ideia de que esse sincretismo muitas vezes significa um destaque da teoria do autor dos seus pressupostos filosóficos.

No caso do *Dworkin* filósofo, fazer isso é justamente matar o que há de mais poderoso, precioso e importante nesse autor. Acho que uma das tarefas nossas não é pegar o que tem bom de cada autor, mas entendê-los melhor. Portanto, eu diria que essa é uma das tarefas importantes da academia.

Com relação à ideia de que *Dworkin* não casa tão bem com o Brasil, ele seria americano demais, ou preocupado com questões americanas, eu diria o seguinte: o *Dworkin* não tem, contrariamente ao que dizem alguns dos seus críticos, ou até muitos dos seus críticos, uma teoria universalista,

um novo formalismo moral. Diz-se isso dele, mas quem diz isso dele, na minha visão – não tenho tempo para desenvolver isso – está completamente equivocado, demonstra simplesmente que não compreendeu bem esse autor.

Ele não trata de uma formulação ideal, trata justamente de uma reflexão sobre como funciona a linguagem da moral, a linguagem do direito, enraizadas em práticas sociais. É evidente que não só os exemplos, como também a realidade que ele examina mais de perto quando está fazendo um exercício mais concreto de análise do direito é a realidade americana e, portanto, qualquer tipo de utilização das suas ideias e, especialmente, das suas conclusões ao avaliar temas concretos (dou só um exemplo, ação afirmativa), teria de ser de alguma forma pensada, repensada, em face das suas pressuposições teóricas e das considerações fáticas que afetam a análise do caso concreto.

Então, só explorando esse exemplo para não me alongar na resposta, em muito da discussão que houve no Brasil, por exemplo, sobre ação afirmativa, cita-se o Dworkin como um argumento de autoridade, como se poderia citar qualquer outro doutrinador, como uma voz sábia que nos dá autoridade a uma certa opinião. Só que a discussão do contexto da ação afirmativa, do contexto social e das premissas que são admitidas, não sobre a questão de princípio da ação afirmativa – se ela viola ou não a questão do princípio da igualdade –, mas sobre a eficácia e das razões para uma aposta nessa solução, são significativamente distintas quando se pensa a realidade social, racial, brasileira e a realidade social racial americana.

Portanto, não se trataria aqui da menor utilidade de *Dworkin*, tratar-se-ia sim de uma exigência de maior inteligência do intérprete que pode aprender mais com as obras do *Dworkin*.

## PLATEIA

**Obrigado pela oportunidade, Presidente da Mesa, meu nome é Elias, a minha pergunta é para o Professor Fernando.**

FERNANDO ARAÚJO

*Professor da Universidade de Lisboa – Portugal*

Assim, para começar com um pouco de ironia, vou citar aqui os livros de autoajuda, como deixei



**Tive oportunidade, Professor, de estudar em Coimbra, estudar Metodologia Jurídica e, desde então, uma questão me assola e me oprime, que é a dúvida de como decidir: Afinal de contas, qual é o filtro? Existe um método para o julgador, para encontrar a resposta do caso?**

**Na história tem jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses, prioriza-se mais no caso ou no sistema. Deve-se buscar mais a Justiça particular ou, então, a resposta unânime do sistema? E, no entanto, ouvi a Teoria que foi proposta pelo Professor, ontem à tarde, Humberto Ávila. Mas, afinal de contas, então, o critério de decisão, ele está à disposição de cada julgador? Quem deve oferecer, então, o método da decisão? Ele deve ser disposto na lei ou vai ficar ao critério dos órgãos jurisdicionais, dos tribunais superiores? Em que medida isso seria possível? Haver um controle dessa racionalidade ou, então, estaríamos num campo meio que flexível do voluntarismo com a racionalidade?**

**Não sei se eu consegui ser preciso na minha colocação, mas gostaria de ouvir um pouco do Professor, que, eu sei que como teórico, sem dúvida alguma, também já se debruçou sobre esse tema.**

de me preocupar e, enfim, me tornei feliz.

Acho que a melhor metodologia decisória deve ser certamente a do adjudicador que deixou de se preocupar e olhou para os fatos e tentou constituir as vontades daqueles que estavam a submeter a ele essa decisão. Então, eu diria que meu ponto de vista, tirando agora a parte irônica, é, sobretudo, um ponto de vista muito privatista. Os juízes, os adjudicadores, devem respeitar a liberdade das pessoas que os procuram e não devem ser uma espécie de virgens vestais a tentar administrar ideologias para cima das pessoas ao libertá-las contra a sua vontade, ou seja lá o que for.

E o risco do excesso de sofisticação na reflexão sobre a metodologia dos juízes, sobre a antologia jurídica em geral, é, a meu ver, uma perversão do entendimento daquilo que foi a posição de Kant no momento em que ele revolucionou a história da filosofia, porque até Kant discutia assuntos materiais na filosofia. O que era uma boa vida? O que era uma má vida? Se existia Deus? Se não existia Deus? O que era onipotência? O que era um paradoxo? E Kant achou que, para respeitar a liberdade humana, era preciso reenquadrar a filosofia no sentido de transformar numa instância policiadora e legitimadora daquilo que é nossa forma pedestre de pensar, a nossa forma de senso comum. Mas, atenção, o que Kant disse é que a filosofia havia de se reverter ou havia de se converter numa forma policiadora e legitimadora. Não numa forma que substituísse os raciocínios do sentido comum, e houve uma elite *Kantiana* ou *Neokantiana*, que achou que ele estava a fazer precisamente isso, estava a pregar uma espécie de enraizamento neoplatônico daquilo que é o senso comum a favor do filósofo-rei, que vem agora instituir contra as pessoas e acima delas um pensamento puro, ao abrigo do qual elas viriam a transformar as suas vidas. Isso é um erro grave, e eu acho que o Direito e a qualificação e muito do que é o positivismo jurídico vivem nesse erro e hão de morrer com este.

É claro que se permitiu a emancipação muito maior do que até então, de uma classe jurídica, uma classe de pessoas que vive disso, que vive desse equívoco e que pretende ser paternalista

à sombra da lei, e há os que tentam fazer da adjudicação judiciária uma forma de imporem os seus valores por cima daquilo que são os interesses que lhe são apresentados, ou seja, fazer uma espécie de filtragem valorativa, desconsiderando aquilo que é o interesse e a lógica pedestre do homem comum.

O próprio Immanuel Kant está totalmente no centro, porque ele não gostava de ter quadros em sua casa, e o único retrato que ele tinha era de Jean-Jacques Rousseau e, numa carta, explica o porquê desse fato. Segundo ele, até conhecer a obra de Jean-Jacques Rousseau, ele era um homem arrogante, estava convencido de que podia impor às outras pessoas os seus próprios ideais, mas com Jean-Jacques Rousseau tinha aprendido que a moralidade máxima que existe na humanidade é a do homem comum, e não se pode ir mais acima dela em matéria de aperfeiçoamento.

Acho que, se o Direito tivesse a humildade de perceber essas palavras de Immanuel Kant, sofreria instantaneamente uma revolução.

**RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**  
*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

“Agradeço imensamente a todos os que participaram desse Seminário, a todos os palestrantes pelas magníficas contribuições que deram, à organização do evento, na pessoa da Maria Amélia, à Professora Helena Elias, pela inestimável colaboração e, enfim, espero que esse seja mais um tijolinho para construirmos aí uma compreensão um pouco mais acurada desse complexo fenômeno que é a adjudicação.”