

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

***O MITO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES
BRASILEIROS***

ESDRAS NEVES ALMEIDA

RECIFE
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

***O MITO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PELOS
TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS***

ESDRAS NEVES ALMEIDA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. George Browne Rego

Recife
2004

FICHA CATALOGRÁFICA

341.4 Almeida, Esdras Neves.
O mito da prestação jurisdicional pelos tribunais superiores brasileiros / Esdras Neves
Almeida. —
Recife : O Autor, 2004.
359 f.

Orientador: George Browne Rego
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, CCJ. Direito, 2004.

1. Direito – Filosofia. 2. Função jurisdicional. 3. Tutela jurisdicional. I. Rego, George
Browne Rego.
II. Título

CDU 34(81)
CDD 341.4

UFPE/CCJ-FDR/PPGD

AValiação DA BANCA EXAMINADORA

**O MITO DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL PELOS
TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS**

ESDRAS NEVES ALMEIDA

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Prof., Dr. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa

Julgamento: APROVADO Ass.: Raymundo Rêgo Feitosa

Prof., Dr. João Maurício Adeodato

Julgamento: Aprovado Ass.: João Maurício Adeodato

Prof., Dr. Artur Stamford da Silva

Julgamento: Aprovado Ass.: Artur Stamford da Silva

Prof., Dr. Miroslav Milovic

Julgamento: APROVADO Ass.: Miroslav Milovic

Prof., Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe

Julgamento: APROVADO Ass.: Albano Marcos Bastos Pêpe

Recife, 17 de setembro de 2004.

Programa de Pós-Graduação em Direito

FDR-CCJ/UFPE

Área de Concentração: Direito Público

Orientador: Prof.Dr. George Browne Rêgo

DEDICATÓRIA

Ao Professor Josaphat Marinho (*in memoriam*), com quem iniciei a construção do edifício ora concluído.

Ao incomparável e erudito Orientador, Prof. Dr. George Browne Rego, pelo estímulo permanente, pelo elevado saber transmitido e por me haver ensinado a pensar com vistas ao objeto e não à crítica, ao erro ou ao acerto.

Ao Professor João Maurício Adeodato, pelo apoio insistente e tão benfazejo.

Ao Professor Agnaldo Cuoco Portugal, pelo amparo inconcusso, em momento de aflição.

A meus pais, que me deram tudo!

Às filhas que amo!

Aos amigos José Luiz e Edise, que tanto me ajudaram na coleta de material bibliográfico para a empreitada.

A Josi e Carmen, da UFPE, e a Deirilene e ao Professor João Marcos, da UPIS, de quem sempre fluíram sorrisos, atenção, desvelo.

Ao Pai Eterno, que me deu os mestres, os pais, as filhas que amo, os amigos, a vida e, nela, um coração para sentir e uma mente para pensar!

RESUMO

ALMEIDA, Esdras Neves. O Mito da Prestação Jurisdicional pelos Tribunais Superiores Brasileiros. 2004. 359 f. Tese Doutorado - Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

"Mitos", histórica e sociologicamente, podem exercer papéis simbolicamente contraditórios na sociedade, justificando, às vezes obscurecendo ou mesmo ocultando o real. Para conhecer cientificamente, o homem utiliza-se de "métodos". De Platão/Aristóteles o homem trouxe a lógica, a retórica. Reformulou-as, ajuntando a experimentação de Bacon, Locke, Hume, o racionalismo de Descartes, a dialética de Hegel; construiu a Exegese, reconstruiu a razão (Kant), até Kelsen, Dworkin, Hart, os realistas/pragmatistas, redefiniu a retórica com Viehweg, a argumentação de Perelman/Alexy e a semiótica, que se serve dos símbolos para explicar o apreendido no real. Há órgãos nas sociedades modernas que conhecem a realidade, para preservá-la ou alterá-la. Com a formação dos Estados Nacionais, os órgãos judiciários passaram a exercer, monopolisticamente, a função de decidir os conflitos. Uma decisão judicial pode ser fruto de mera repetição (common law - stare decisis). Pode ser o resultado do raciocínio fático/jurídico real, fictício, mitificado, com negação de prestação jurisdicional, ainda que em um processo judicial resolvido silogisticamente. Pode ser fruto de mitificação invertendo o silogismo: a decisão antecede os fundamentos. Os pragmáticos norte-americanos e a semiótica jurídica explicam como construir decisões jurídicas e judiciais. Esta tese propõe-se descrever o método científico aplicado na construção mitificada de decisões pelos Tribunais Superiores brasileiros; pretende demonstrar a inviabilidade que cerca a jurisdição desses tribunais e discute a destruição operada no sistema recursal, que renega a fundamentação das decisões judiciais e a própria razão de existir dos Tribunais Superiores brasileiros.

Palavras-chave: Fundamentação - Decisão judicial - Tribunais Recursais - Direito

ABSTRACT

ALMEIDA, Esdras Neves. Mythical Judicial Rulings of Higher Brazilian Courts. 2004. 359 p. Thesis of Dottorate - Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

"Myths" can play contradictory historical/sociological roles in society, justifying, shadowing or hiding reality. Scientific knowledge requires "method". From Plato/Aristotle man brought Logic/Rhetoric, changed them, made additions and experiments with Bacon, Locke and Hume, reached Descartes' rationalism, Hegel's Dialectics, Exegesis School through Kant's reconstructed reasons; Kelsen, Dworkin and Rawls up to realistic/pragmatics, and Viehweg's Rethoric, Perelman/Alexy's reasoning and semiotics, which uses symbols also explain how to apprehend reality. Modern societies do have institutions that get to know reality in order to preserve or change it. Upon emergence of national states, Judiciary courts monopolistically and groundly started to decide cases. Judicial reasoning derives from mere repetition (common law - stare decisis). It can also be the result of real factual/juridical reasoning, from fictitious reasoning, mythical reasoning which denies jurisdiction, although denial occurs in a lawsuit ruled syllogistically. Judicial reasoning can result from myths inverting syllogism: decision comes first; reasoning comes afterwards. American pragmatics, on one side, and juridical semiotic theorists can also explain how to reason such legal and judicial decisions. This thesis describes scientific methods used to mythically designing of decisions in Brazilian Higher Courts; it shows how jurisdiction is denied in these courts as well as how appeals system has been destroyed in Brazil, despite enormous number of appeals. By doing so, we intend to prove that judicial reasoning has become useless in Higher Courts, a trend that makes Courts themselves unnecessary.

Key-words: Judicial Reasoning - Judicial Rulings - Court of Appeals - Law

RÉSUMÉ

ALMEIDA, Esdras Neves. Décisions juridiques mythiques des cours brésiliennes plus élevées. 2004. 359 f. Thèse de Dottorato - Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

"Mythes" peuvent avoir des rôles (historique/social) contradictoires dans la société, justifiant/obscurcissant/cachant la réalité. Pour connaître scientifiquement l'homme se serve des "méthodes". Il porte la logique/rhétorique de Platon et Aristote. Il les a reformés ajoutant l'expérimentation de Bacon/Locke/Hume, rationalisme (Descartes), dialectique (Hegel); il a construit l'Exégèse; Kant (Raisons), jusqu'à Kelsen, Dworkin, Rawls, les realistes/pragmatistes, Viehweg (rhétorique), l'argumentation (Perelman/Alexy) et sémiotique: symboles pour expliquer ce qui a retenu de la réalité. Il'y a des organismes dans les modernes sociétés qui connaissent la réalité, pour la préserver ou la changer. Depuis la formation des États Nationales, les organismes judiciaires exercent d'une forme exclusif la fonction de décider avec fondement les conflits. Une décision judiciaire peut être simplement le fruit de la répétition (common law/stare decisis). Il peut être le résultat du raisonnement juridique réel, fictif, mythifié (negation des décisions), malgré ça se passe dans un procès judiciaire résolu d'une forme syllogistique. Il peut être le fruit de mythification renversant syllogisme: décision vient avant fondements. Pragmatiques des États Unis et sémiotique juridique expliquent comment construire les décisions juridiques/judiciaires. Cette thèse décrit méthode scientifique appliqué dans la construction mythifiée de décisions dans cours de justice supérieurs brésiliennes. Elle décrit la non viabilité de ces cours et raisonne la destruction exécuté dans le système d'appel, qui renonce à la fondements de las décisions juridiques et la raison même de l'existence des cours brésiliennes plus élevées.

Mots clés: Raisonnement judiciaire - décisions judiciaires
- cours des appels -droit

Aprendemos com Sócrates: sabemos que nada sabemos!

Amanhã, porém, saberemos um pouco mais acerca do que não
Sabemos hoje.

Por isso, amanhã será menos árduo ampliar o que ainda
podemos conhecer! Esdras N. Almeida

Decisão proferida pelo Juiz Rafael Gonçalves de Paula nos autos nº 124/03 - 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, Estado de Tocantins

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias.

Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional),...

Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém.

Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia,...

Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça nesse mundo?

Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade.

Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir.

Simplesmente mandarei soltar os indiciados.

Quem quiser que escolha o motivo.

Expeçam-se os alvarás. Intimem-se

Palmas - TO, 05 de setembro de 2003.

Rafael Gonçalves de Paula

Juiz de Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
TÍTULO I – MITIFICAÇÃO DA REALIDADE: ALGUNS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS, EPISTEMOLÓGICOS, JURÍDICOS E DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL QUE PODEM EXPLICAR A ELABORAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS MITIFICADAS.....	11
CAPÍTULO I – A MITIFICAÇÃO ATRAVÉS DA CIÊNCIA: O CONHECIMENTO CIENTÍFICO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS E A APROXIMAÇÃO À REALIDADE.....	11
I.1 – Algumas definições de mito e noções metodológicas.....	11
I.2 – Primórdios da produção do conhecimento: o mundo aristotélico.....	20
I.3 – O método científico.....	25
I.4 – O relativismo do método e o método relativo de aproximação à realidade.....	31
I.5 – O relativismo socializado.....	38
I.6 – Kuhn e os paradigmas da ciência.....	42
I.7 – O falibilismo ou o critério de falseamento de Popper.....	46
I.8 – Crise de paradigmas: a solução do conflito?.....	49
CAPÍTULO II – A MITIFICAÇÃO ATRAVÉS DA NORMA: POSITIVISMO, DIREITO POSITIVO E VINCULAÇÃO DO JUIZ À LEI.....	52
II.1 – As origens do positivismo.....	52
II.2 – Produção normativa: considerações históricas adicionais.....	57
II.3 – O dogma da divisão de poderes e o juiz.....	63
II.4 – Do ressurgimento do direito romano no Ocidente às codificações: o Direito Positivo produzido para servir à evolução do capitalismo.....	71
II.5 – O Direito estatal constitui o Estado e seus Poderes.....	75
II.6 – Alguns traços do Positivismo Jurídico e a vinculação do juiz à lei.....	81
II.7 – Positivismo e Neopositivismo. Os “casos difíceis” (Dworkin) e os “casos trágicos” (Atienza).....	86
CAPÍTULO III – A MITIFICAÇÃO ATRAVÉS DO DISCURSO: TÓPICA, RETÓRICA E RETÓRICA JUDICIAL. A PRÉ-COMPREENSÃO E SEU EMPREGO NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	92
III.1 – Uma alternativa à produção do conhecimento científico: a tópica jurídica.....	92
III.2 – Retórica e retórica judicial. A pré-compreensão na decisão judicial.....	98

III.3 – Heidegger e a compreensão da realidade.....	102
III.4 – Gadamer: a pré-compreensão gadameriana.....	104
III.5 – Apel e as razões da argumentação.....	107
III.6 – Wittgenstein: como ter algo a dizer acerca da aparência e da realidade.....	109
III.7 – Alguns aspectos históricos e científicos relevantes para a compreensão do significado das teorias da argumentação jurídica.....	114
III.8 – Argumentação e a Nova Retórica de Chaïm Perelman: teorias da argumentação e a argumentação judicial.....	123
CAPÍTULO IV – A MITIFICAÇÃO PSICOLÓGICA E SOCIAL: A SOCIOLOGIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA E O PRAGMATISMO JURÍDICO. A PRESENÇA DE FATORES NÃO DOGMÁTICOS NA DECISÃO JUDICIAL.....	130
IV.1 – A Sociologia Jurídica americana: Holmes, Cardozo e Roscoe Pound.....	130
IV.2 – Jerome Frank e o “Mito da Corte de Apelação”: o pensamento legal não euclidiano em Jerome Frank e Karl Llewellyn.....	135
IV.3 – O pragmatismo jurídico.....	144
IV.4 – O pragmatismo de Charles Sanders Peirce.....	145
IV.5 – O pragmatismo de William James.....	148
IV.6 – O instrumentalismo de John Dewey.....	150
IV.7 – O neopragmatismo de Richard Posner e suas aplicações ao Direito.....	153
CAPÍTULO V – A DECISÃO JUDICIAL MITIFICADA: A FINALIZAÇÃO DO EXCURSO TEÓRICO.....	157
V.1 – O juiz e o direito justo. A pré-concepção do justo (Esser e Stammmer).....	157
V.2 – A decisão judicial como resultado do consenso: o racional como razoável de Aulis Aarnio.....	162
V.3 – A decisão judicial em um enfoque plural: a interação Direito-Sociedade sob o pluralismo jurídico. O Judiciário ainda é necessário?.....	166
V.4 – A argumentação a partir do resultado das decisões judiciais e o entendimento de Niklas Luhmann.....	179
V.5 – As decisões judiciais como instrumento contraditório de construção e desconstrução do Direito.....	184
V.6 – As esferas do silêncio, de implicação e de explicitação verbal: a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza nas decisões judiciais em Katharina Sobota.....	189
V.7 – Herbert Hart, o neopositivismo e a solução teórica das aporias que cercam a decisão judicial.....	192

TÍTULO II – OS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: ESTRUTURA, PROCEDIMENTOS E FUNCIONAMENTO DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS MÁXIMAS DO PODER JUDICIÁRIO DO BRASIL. ALGUNS MITOS DESVESTIDOS.....	195
CAPÍTULO 1 – A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO SUPERIOR BRASILEIRO: HISTÓRICO E A SITUAÇÃO ATUAL.....	195
II.1.1 – O Poder Judiciário Superior nas Constituições brasileiras.....	195
II.1.1.1 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Imperial de 1824.....	195
II.1.1.2 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Republicana de 1891.....	196
II.1.1.3 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Nominal de 1934.....	197
II.1.1.4 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Outorgada de 1937.....	197
II.1.1.5 – O Poder Judiciário Superior na Constituição da redemocratização de 1946.....	198
II.1.1.6 – O Poder Judiciário Superior na Constituição efêmera de 1967.....	199
II.1.1.7 – A Estrutura dos Tribunais Superiores brasileiros na “Constituição Cidadã” de 1988.....	202
CAPÍTULO 2 – O FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: CONSIDERAÇÕES ATUAIS E PROSPECTIVAS.....	208
II.2.1 – O Supremo Tribunal Federal.....	208
II.2.2 – O Superior Tribunal de Justiça.....	230
II.2.3 – O Tribunal Superior do Trabalho.....	242
II.2.4 – O Superior Tribunal Militar.....	253
TÍTULO III – A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA APROXIMAÇÃO PRAGMÁTICA EM TORNO DA PRODUÇÃO MÍTICA DE DECISÕES.....	257
CAPÍTULO 1 – COMO DECIDEM OS JUÍZES BRASILEIROS: FATORES PSICOLÓGICOS, SOCIAIS E POLÍTICOS NA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: O RACIOCÍNIO JUDICIAL PESQUISADO.....	257
III.1.1 – A crise do Judiciário vista pelos juízes: pesquisa quantitativa do IDESP de 1995.....	257
III.1.2 – Corpo e Alma da Magistratura Brasileira: pesquisa quantitativa da AMB de 1997.....	261
III.1.3 – Mercado de Crédito no Brasil: o papel do Judiciário e de outras instituições: 1998..	264

III.1.4 – A Justiça no espelho do magistrado: pesquisa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF de 2003.....	267
III.1.5 – Imagem do Poder Judiciário: pesquisa qualitativa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB de 2004.....	269
III.1.6 – Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os Judiciários nacionais.....	271
III.1.7 – Judiciário, Reforma e Economia: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) de 2003.....	275
III.1.8 – Diagnóstico do Poder Judiciário: pesquisa do Ministério da Justiça/Fundação Getúlio Vargas-SP de 2004.....	282
CAPÍTULO 2 – A JURISPRUDÊNCIA “DESTRUTIVA” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUNS CASOS DE APLICAÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO PELO TRIBUNAL SUPERIOR MÁXIMO BRASILEIRO.....	286
III.2.1 – A destruição das normas legais acerca da prisão pré-processual e processual: o STF como juiz de primeiro grau.....	286
III.2.2 – A destruição do Mandado de Injunção instituído pela Carta Política de 1988: o STF como instância que se recusa a dizer a última palavra acerca do direito aplicável a situações da vida nacional.....	293
III.2.3 – A destruição do teto de juros estabelecido pela Constituição de 1988: o STF como agente econômico.....	300
III.2.4 - A destruição do princípio do juiz natural: o foro privilegiado de autoridades federais: o caso “Meirelles”: o STF como o Tribunal escolhido pelas autoridades governamentais.....	303
III.2.5 – A destruição do direito adquirido dos aposentados à não redução de proventos: o STF como agente político/pragmático do Poder Executivo.....	306
CAPÍTULO 3 – OS TRIBUNAIS SUPERIORES QUE NÃO JULGAM: UMA AMOSTRA DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL TRAVESTIDA EM PRODUÇÃO AVASSALADORA DE JULGADOS EM TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.....	308
III.3.1 – A produção jurisdicional às avessas ou como se recusar a prestar jurisdição: a argumentação jurídica utilizada para a não apreciação de causas levadas aos Tribunais Superiores brasileiros (a amostra “Pertence”).....	308
III.3.2 – A argumentação judicial desnudada: os principais mitos que afetam o exercício da jurisdição pelos Tribunais Superiores brasileiros.....	314
CONCLUSÃO.....	327
BIBLIOGRAFIA.....	334

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Supremo Tribunal Federal – Processos Registrados, Distribuídos e Julgados por Classe Processual – 1990-2004.....	209
Tabela 2 – Supremo Tribunal Federal – Principais Classes de Processos Julgados – 1990-2004.....	214
Tabela 3 – Brasil: Poder Judiciário: Despesa por Órgão – 1995-2002.....	221
Tabela 4 – Supremo Tribunal Federal – Decisões Proferidas em Agravos Regimentais – 2002-2004.....	223
Tabela 5 – Supremo Tribunal Federal – Participação do Poder Público nos Processos Autuados – 2000-2003.....	226
Tabela 6 – Superior Tribunal de Justiça – Processos Distribuídos e Julgados por Classe Processual e Acórdãos Publicados – 1995-2003.....	232
Tabela 7 – Tribunal Superior do Trabalho – Estatística Processual – 1995-2004.....	243
Tabela 8 – Recursos Extraordinários Interpostos contra Julgados do Tribunal Superior do Trabalho – 1995-2004.....	245
Tabela 9 – Superior Tribunal Militar – STM – Processos Autuados, Julgados e Remetidos ao STF – 1991-2003.....	253
Tabela 10 – Opinião de Juízes sobre os Limites do Direito Positivo (em porcentagem).....	259
Tabela 11 – Freqüência da “Politização” nas Decisões Judiciais por Tipo de Causa.....	277
Tabela 12 – Importância de Fatores que Prejudicam a Previsibilidade das Decisões Judiciais.....	280
Tabela 13 – Produtividade dos Juízes Brasileiros – 2003.....	284

INTRODUÇÃO

Nos últimos dois séculos, o Poder Judiciário é, dentre os poderes do Estado, aquele que mais tem provocado dissensões, controvérsias, debates acirrados e propostas freqüentes de reforma. Uma razão imediata para essa assaz ingrata posição de primazia reside no atávico descompasso entre o desejo das pessoas de solucionar rapidamente seus litígios e a capacidade de o Estado prestar jurisdição expedita e certa, dizendo o direito e, sobretudo, definindo o que é e o que não é o justo.

A questão da celeridade na solução de litígios há muito percorre o cotidiano do direito brasileiro. Ecoa sempre em todos os foros o alerta de Rui, na *Oração aos Moços*, proferida em 1920, no sentido de que “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”.¹ Este autêntico aforismo está presente, também, na mente e nas palavras daqueles que, ao longo dos últimos anos, têm defendido, sistematicamente, a necessidade de uma “reforma do judiciário”, para aperfeiçoar a prestação de jurisdição no Brasil.

Quando o mundo ingressou na era da informação, o homem teve acesso aberto e amplo ao conhecimento acerca da conduta das pessoas, das práticas

¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Cury; Disponível em <www.casaruibarbosa.gov.br>; acesso em 13.7.2004. A frase foi pronunciada em discurso de Rui, em 1920, paraninfo que era de formandos da Faculdade de Direito de São Paulo. Rui fala com virulência, ao lembrar que “a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.” E adverte: “Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.”

empresariais aceitáveis e daquelas repudiadas, bem assim ampliou-se e densificou-se o feixe de relações jurídicas entre os cidadãos e as instituições de governo. Os conflitos de interesse não resolvidos cresceram acentuadamente e a demanda por prestação jurisdicional atingiu números preocupantes. Não se tratava de demanda simples, mas, sim, qualificada de serviços, eis que trazia consigo uma exigência da sociedade da informação: o Poder incumbido de resolver litígios, nessa sociedade aberta e em processo de constante mudança, tinha de fazê-lo rapidamente.

Já a busca do justo e de concretização do justo estão postos como ideal de justiça, sendo fenômenos de que há relato desde que o homem passou a ter vida minimamente social. Alcançar o justo é um fim do ser humano que vive em sociedade. A seqüência é longa e acidentada, razão pela qual alguns preferem iniciar as reflexões sobre a busca do justo pelas manifestações bíblicas da justiça divina ou encetam a busca de definição do divino, questão com a qual se debateram Platão e Aristóteles.

Assim, visando o justo, o homem não se cansa de revisitar conceitos como os de justiça retributiva, justiça distributiva, justiça corretiva, justiça como equidade ou teoria da escolha social, macrojustiça, microjustiça etc.² Há obstáculos no caminho.

O Poder do Estado que exerce a *jurisdictio*, para alcançar a celeridade e a certeza na ministração da justiça, deve agir coativamente, suprimindo

² Para a definição do conceito de justiça e a evolução do conceito de justo, confirmam-se, entre muitas outras obras, a excelente série de livros que a Editora Martins Fontes vem divulgando, que inclui o celebrado RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997; Kelsen, Hans. O Que é Justiça? São Paulo: Martins Fontes, 1998; RAWLS, John. Justiça e Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000; KOLM, Serge-Christophe. Teorias Modernas da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000; HÖFFE, Otfried. Justiça Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001; e WALZER, Michael. Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Síntese didática dos conceitos de justiça encontra-se, ademais, em BITTAR, Eduardo. C.B. Teorias sobre a Justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. Também de grande valia é o interessante estudo de Edmond Cahn acerca do conceito de injustiça: The Sense of Injustice. Bloomington: Indiana University Press, 1975, que define a justiça pelo seu contrário: a injustiça e apresenta definições e algumas aplicações práticas do conceito, para demonstrar que o ser humano pode viver sob o pálio da justiça, quando não está afligido pela insensatez da injustiça (“afflicted with unreason”, Cf. p. 181).

liberdades, garantindo outras tantas, declarando, negando, constituindo ou desconstituindo direitos, entre outras funções. A sociedade confere ao Estado-juiz a prerrogativa de enunciar comandos, como se fossem a própria vontade do povo. Tais comandos, capazes de privar a liberdade, de expropriar bens, de afastar pessoas do lar, de emitir declarações cogentes e definitivas, adquirem esse caráter e força tão avassaladores sobre as pessoas e coisas em razão da capacidade atribuída a alguns, pelo corpo social, de criar normas, dotadas de sanção para o caso de descumprimento.³

Essa prerrogativa, exercida pelo Estado-juiz, seria vista, aos olhos dos contratualistas clássicos (Locke, Rousseau, Kant), como uma construção teórica, uma ficção, que estaria na base do surgimento e da manutenção da coesão social, consistindo em um pacto entre os homens, que assegura legitimidade ao exercício do poder político. Enquanto o contrato social de Locke está no nível da experiência, o contrato social kantiano está no nível da razão, evidentemente, mas destina-se a ter conseqüências práticas, a exemplo do entendimento de que as leis devem refletir a vontade de um povo unido, sem circularidade ou hesitações em torno dessa vontade.

Para neocontratualistas, como John Rawls, a justiça, primeira virtude das instituições sociais, tal como o é a verdade nos sistemas de pensamento, preside essa entronização do Estado e do Estado-juiz na vida das pessoas, uma vez que, para Rawls a "justiça como eqüidade" ("justice as fairness") reúne todos os princípios que as pessoas livres e racionais aceitam, quando, em posição de igualdade, associam-se para promover seus interesses. Tais princípios, é certo, se acordados, asseguram a legitimidade do exercício do poder, uma vez que, aqueles que possuem objetivos comuns, escolhem os princípios que irão seguir, os direitos e deveres que legitimamente obedecerão e exigirão um do outro e a repartição de benefícios da convivência comum.

³ Dworkin identifica essa conduta com a "regra de reconhecimento", de Herbert L. A. Hart (The Concept of Law), ou com o comando de alguém que ocupa posição soberana em uma sociedade, de J. L. Austin (The Province of Jurisprudence Determined), isto é, alguém que possa impor a obediência às ordens que profere e que não tenha o costume de obedecer a ninguém. Conferir DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 41 e 43.

Nesse sistema kantiano, Rawls antevê que cada ser humano usa a razão para decidir o que representa o seu bem, enquanto que o conjunto dos seres outorga a outras pessoas e instituições a definição do que deve ser considerado justo e injusto.⁴

A escolha do tema decorreu da constatação de que, na prática dos tribunais superiores brasileiros, estaria havendo, mormente após a Constituição de 1988, uma forma de decisão não argumentativa, com tendência a se acentuar, em razão da ausência de um repensar sistemático, que incidisse sobre a natureza, o procedimento e a finalidade da prestação que exercem, bem assim sobre a argumentação de que se servem os órgãos desses tribunais, quando, supostamente, decidem os recursos apresentados pelas partes.

A dogmática corrente impõe que um tribunal superior, instância recursal por excelência, aplique o direito estatal a situações que lhe são submetidas, referenciadas a fatos e atos da vida cotidiana de um povo. Há também instâncias recursais que se ocupam da interpretação da lei em abstrato.

Demonstrar-se-á nas páginas seguintes que, ao exercer a jurisdição, juízes e tribunais, mormente os tribunais superiores brasileiros, concentram recursos e esforços para negar jurisdição aos litigantes, tornando, assim, em última análise, simplesmente prescindíveis, no limite, seus míticos julgamentos e a própria existência dessas Cortes.

⁴ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 7-19. Convém acentuar que aqui o "poder" se contrapõe à "dominação"; "poder", na conhecida acepção de Max Weber, nada mais é do que a probabilidade de impor a vontade própria, em uma relação social, ainda que contra ela haja resistência; já a dominação é entendida por WEBER como a probabilidade de uma ordem ser obedecida por determinadas pessoas (Cf. Max Weber. Economia e Sociedade. Esboço de sociologia compreensiva. México: Fondo de Cultura, 1964). A dominação será legítima, se houver, da parte do dominador e do dominado a vontade, o interesse em obedecer, quer por razões de costumes, interesses, afetividade e até mesmo por razões racionais, associadas às valorativas mencionadas. Em outros termos, o consenso legitima a dominação. Sobre o assunto confira-se o excelente "El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) e los derechos naturales", de Eusebio Fernandez, em Anuário de Derechos Humanos, n. 2, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1983.

Negar prestação jurisdicional significa realizar atividades e utilizar-se de raciocínios jurídicos ou deles prescindir, a ponto de formar-se o que é denominado nesta tese de "o mito da prestação jurisdicional". Embora a noção de mito, como um discurso irracional e inverídico, seja criticada por muitos estudiosos das mitologias greco-romanas e de outros povos, pretende-se, nesta tese, adotar a noção mais comum de mito como um conjunto de crenças que não se fundamenta na razão argumentativa.⁵

Observe-se que a prestação jurisdicional torna-se mítica quando se utiliza de sinais invertidos, para denegar pedidos, apropriando-se de palavras, jargões ou signos distintos daqueles para os quais foi criada a jurisdição superior. Em síntese, não se julga, ou, ao julgar-se, transforma-se o raciocínio jurídico em emanção sofística, no sentido anti-socrático do termo.

Uma premissa equivocada explica parte dessas disfunções, eis que está arraigada na mente até mesmo de aplicadores do direito. Ela consiste em que a decisão recursal seria sempre melhor do que a decisão judicial anterior.

Conseqüência dessa "premissa derrotada" é a aceitação passiva de um número quase infinito de recursos, devotando-se os corações e mentes brasileiros à permanente busca de razões e meios para a interposição incessante de "apelos" às instâncias superiores. Transmuda-se o recurso: de instrumento, que pode trazer a segurança jurídica, transforma-se em um mítico, fictício e iníquo símbolo da boa ou má atuação dos procuradores das partes.

Ajunta-se a isto o fato de que o julgamento acelerado de recursos é posto, nessa desordenação aflitiva da prestação jurisdicional, como símbolo de eficiência da justiça. Ou, como se tem ouvido de dirigentes de órgãos da cúpula

⁵ Para uma concepção de mito como narrativa das ações dos deuses, que serve de referencial para a compreensão da realidade, como razão direcionadora de uma determinada sociedade ou cultura vide ELIADE, Mircea. Mito e Realidade. São Paulo: Perspectiva, 1989; DETIENNE, Marcel. A invenção da mitologia. Rio de Janeiro/Brasília: José Olympio/EdUnB, 1992; VERNANT, Jean-Pierre. Mito e Sociedade na Grécia Antiga. Rio de Janeiro/Brasília: José Olympio/EdUnB, 1992; SOBRAL, Gilson. Mito e Logos. Brasília: Círculo de Estudos Clássicos/Thesaurus, 2001.

do Judiciário brasileiro, há Cortes que possuem 150 "causas" para serem julgadas, inseridas em 100.000 "processos".

Portanto, uma construção mitificada do exercício da jurisdição pode estar contribuindo para destruir o próprio sistema recursal brasileiro, a menos que se pense que a união média/contribuinte irá aceitar para sempre a existência de **quatro** instâncias de julgamento de um processo, sendo que, cada uma delas, por insondáveis razões, quer ser aquela a dizer a última palavra até mesmo no tocante, por exemplo, ao encarceramento de notórios meliantes, que vinham sendo mantidos presos, em decisão unânime, até a decisão (em Quarta Instância) do Último Tribunal ou de relatores que os integram. Na Corte Suprema de um país decide-se matéria de fato, tal qual o é o preenchimento ou não de requisitos para a prisão preventiva de um indivíduo – bordão do juiz de primeira instância, e não matéria que jamais poderia estar afetada a ministros ou "*justices*" de Cortes Superiores. Disfunções que tais parecem explicar porque cem mil processos ingressarão por ano, depois por mês, e, a prevalecer esse estado de coisas, por semana ou por dia nas Cortes Superiores do País. Em uma análise pragmática, a sociedade brasileira quer semelhante sistema recursal?

Esses movimentos erráticos da prestação jurisdicional tendem a tornar muito próxima a almejada previsibilidade do resultado dos julgamentos do Poder Judiciário, mas, paradoxalmente, também tendem a tornar prescindível a fundamentação jurídica das decisões proferidas pelos órgãos superiores da jurisdição brasileira e, assim, tendem a tornar prescindíveis os julgamentos por colegiados de juízes (Turmas, Câmaras, Seções, Conselhos de Tribunais Superiores), o que conduz, no limite, à prescindibilidade dos próprios órgãos colegiados menores e até mesmo dos tribunais superiores, como estruturas de repetição de julgamentos já realizados em instâncias inferiores.

Por conseguinte, há que atentar não apenas para a estrutura de funcionamento dos órgãos produtores de decisões recursais, nas instâncias superiores, mas também para o procedimento recursal *per se*, bem como para

a argumentação utilizada pelos que produzem conhecimento jurídico nas instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro.

Para se aproximar desses objetivos, esta tese se divide em três partes. A primeira parte ocupa a maior extensão do trabalho. Nela é reunida a base teórico-filosófica que permitirá um melhor entendimento acerca de como age o ser cognoscente, na busca da apreensão do objeto a ser conhecido, em uma situação em que a previsibilidade e o verossímil apontam para a mitificação, o obscurecimento ou a ocultação do real. O “mito” aqui examinado provém de base científica, provém da norma, do discurso ou de fatores psicológicos e sociais.

Com efeito, parte-se de algumas definições clássicas para compreender como se dá a apreensão do real, como objeto do conhecimento geral e do conhecimento jurídico particular. Na busca da construção desse substrato teórico-jurídico buscou-se entender o raciocínio que leva do sujeito ao real no normativismo silogístico (lições do contratualismo até a modernidade do neopositivismo), ficando escoras na epistemologia de Apel e Rorty, na tópica justificativa de Viehweg e no pragmatismo/realismo, neste caso para apreender o sentido das conseqüências da aproximação ao real. O pragmatismo é enfatizado, desde as idéias pioneiras de Peirce, passando por William James e o Juiz Holmes Jr., até a construção moderna de Rorty e Richard Posner, passando pelo realismo norte-americano, com Frank, Llewellyn, Pound e Cardozo. Também são colhidos sedimentos na compreensão da realidade com Heidegger e na pré-compreensão de Gadamer, bem como na visão da linguagem de Wittgenstein e Kalinowski.

A Parte I da presente tese consiste, pois, em uma grande revisão de literatura da Teoria da Ciência e da Ciência do Direito. Foram pesquisadas, identificadas e expostas o que se reputa serem algumas das principais teorias que fornecem algum elemento para a compreensão dos substratos teóricos acima referidos.

A pesquisa e identificação de teorias com o viés específico da mitificação se depara com polêmicas e autores que transitam em outras linhas do pensamento, em razão das áreas do conhecimento de que se cuida e da própria natureza do viés que se quer estudar. Adotou-se nesta tese o critério objetivo de não ingressar em nenhuma das distintas controvérsias dogmáticas ou ideológicas que se desenvolveram ao longo da história do Direito em torno dos temas da pesquisa. Passou-se, assim, a pesquisar, identificar e expor somente algumas das principais teorias, que pudessem ser utilizadas para explicar a apreensão da realidade nos moldes míticos já expostos.

Identificadas e expostas estas teorias que explicam a mitificação da decisão, há, ainda na Parte I, esforço para reunir um instrumental teórico que possa explicar, diante de uma decisão judicial mítica, a estrutura dessa decisão e os fatores de que seu prolator (o juiz) se serve para proferir a decisão, assim compreendidos fatores psicológicos, sociais, econômicos, culturais etc. – unidos para influenciar o juiz ao decidir. São, assim, três os planos teóricos, desconectados apenas na aparência, reunidos na Parte I: a mitificação da realidade, a estrutura da decisão judicial mitificada e os fatores internos e externos ao juiz que determinam que decisão ele proferirá. Quando avaliadas as consequências da decisão judicial, percebe-se a interconectividade entre os três planos.

A hipótese central é a de que as decisões dos tribunais superiores do Brasil são míticas, no sentido corriqueiro do termo, produzidas que são em um estrutura institucional distorcida, que, com elevada frequência, confunde aparência com realidade, negando a prestação jurisdicional aos que buscam justiça ou, quando ocorre a suposta prestação, transformando o trabalho judicial em não prestação, sem nenhuma preocupação com as consequências de diversa ordem que tais decisões provocam.

Não é demais ressaltar que o objeto específico desta primeira parte da tese é bem delimitado, pois cinge-se à identificação e extração de elementos teóricos para compreender, em bases científicas, a mitificação ou o

obscurcimento da realidade, não compreendendo qualquer esforço – que seria evidentemente vão - de expor o pensamento de tão grande número de filósofos e doutrinadores.

Assiste-se, historicamente, a revivência de conceitos, eis que há neopragmatistas/neo-realistas, neopositivistas, neokantianos, de estirpes intelectuais nobres, que mereciam atenção, na construção de uma base teórica acerca da argumentação jurídica. Exemplos não faltam, tais como o escandinavo Alf Ross e a singularidade do estigma perigoso, que ameaça uma comunidade primitiva e requer a purificação do “Tû-tû”, sem sentido, mas pleno de significação⁶, ou a “lógica do razoável”, do celebrado Luis Recaséns Siches, além de elaborações acerca da ética do discurso jurídico, que alcance as “argumentações de adequação”, como em Klaus Günther e sua *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Estas são algumas linhas de pesquisa, dentre outras, que poderão, no futuro, ser seguidas, para permitir compreensão mais precisa e novos avanços nesse campo do conhecimento, que se tornou relevante e, por que não dizer, fundamental, para a vida hodierna do homem em sociedade, que é a argumentação jurídica, em geral, e judicial, em particular.

Após a elaboração da base que integra a primeira parte, a tese se desenvolve em duas outras partes, que se abeberam dos elementos teóricos antes plantados. A prestação jurisdicional dos tribunais superiores brasileiros é o objeto a ser analisado nessas duas partes adicionais.

Nesse sentido, na segunda parte da tese, o prisma de análise é descritivo e incide sobre a estrutura, o funcionamento e procedimentos adotados pelos órgãos que compõem o Judiciário brasileiro, em seu segmento recursal mais elevado.

⁶ ROSS, Alf. Tû-Tû. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004. Alaôr Caffé Alves, escrevendo sobre as singulares 54 “mini-páginas” do Tû-Tû, afirma que essa misteriosa expressão criada por Alf Ross explica, jocosamente, como podem nascer termos plenos de sentido jurídico, como a “propriedade”, o “crédito” e termos que se refiram a direitos subjetivos outros, bastando que se atribua a certas palavras sem significado um sentido próprio no discurso jurídico.

Na terceira parte, a análise volta-se para a argumentação judicial, ou seja, para o raciocínio jurídico utilizado ou negado pelos produtores de decisões judiciais, nos tribunais superiores do Brasil, fechando, assim, o ciclo conclusivo ao qual este trabalho foi conduzido.

Para a elaboração da segunda e da terceira parte da tese, foram colhidos e examinados dados primários e secundários a respeito do funcionamento dos tribunais superiores brasileiros e dados empíricos secundários reunidos em pesquisas recentes a respeito da pessoa do juiz brasileiro e de fatores dogmáticos e não dogmáticos que influenciam as decisões que ele prolata. Em alguns casos, há informações empíricas acerca de outros sistemas jurisdicionais, que são referidos para cotejo.

TÍTULO I – MITIFICAÇÃO DA REALIDADE: ALGUNS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS, EPISTEMOLÓGICOS, JURÍDICOS E DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL QUE PODEM EXPLICAR A ELABORAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS MITIFICADAS

CAPÍTULO I – A MITIFICAÇÃO ATRAVÉS DA CIÊNCIA: O CONHECIMENTO CIENTÍFICO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS E A APROXIMAÇÃO À REALIDADE

I.1 – Algumas definições de mito e noções metodológicas

O que é um “mito”? Levando-se em conta a observação feita na introdução desta Tese, quanto à preferência pelo entendimento mais comum de mito, convém, inicialmente, repassar alguns conceitos modernos de “mito”. O mito, segundo Jacques Lacan, nada mais é do que a tentativa de dar forma “épica” a algo que se encontra na “estrutura”. Como a definição de verdade, para Lacan, somente se pode apoiar em si mesma, o mito representa fórmula que é transmitida através da definição de verdade.⁷ Interpretando essa visão psicanalítica, pode-se inferir que a formação do mito dar-se-á simultaneamente à formação da verdade. Elaborada a verdade, ocorrerá, em um processo dialético, a formação do seu “mascaramento” ou até mesmo do seu contrário, na forma de mito. Dessa visão pode-se aceitar que o mito seja uma parte da verdade, podendo, entretanto, dialeticamente, chegar a ser quase que a negação da verdade ou a própria negação da verdade.

⁷ Nesta reunião inicial de conceitos acompanhamos, parcialmente, a síntese de Lacan e de Luiz Alberto Warat constante da excelente monografia “O Mito da Neutralidade do Juiz”, de Laércio Alexandre Becker, que pode ser encontrada, entre outros, no endereço eletrônico <www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628010.htm>; acesso em 15.2.2004.

Já na semiótica de Luiz Alberto Warat, o mito ocorre, evidentemente, no plano do discurso, tratando-se de uma forma de manifestação ideológica.⁸ Isto significa que os símbolos que o mito carrega consigo ou que ele transmite podem ser alterados, desde que se altere o envoltório valorativo em que estão imersos.

A título de exemplo, quando se alude ao mito da infalibilidade do juiz, ao mito da eficiência do Judiciário na solução de conflitos, ao mito da segurança jurídica proveniente de julgamentos do Judiciário, o que está subjacente é o intento de persuadir, de transmitir, a outrem, uma visão do mundo, segundo um conjunto de crenças, portanto de marcado conteúdo ideológico. Alterado o envoltório ideológico, desfaz-se o mito. Desfeito o mito, poder-se-á ter a verdade.

Discussão epistemológica densa se dá quando se questiona se há uma verdade objetiva, que possa ser apreendida totalmente, e se a própria totalidade, quando apreendida, é sempre verdadeira, ou se pode ser falsa. A resposta a essas questões produz infindáveis discussões no âmbito da ciência, em geral, e do Direito, em particular.

O Direito não escapa desses questionamentos, porque tem caráter ideológico. Verdade objetiva não é sequer o que se busca no Direito, no qual as explicações racionais fazem muito mais pela ciência do que discussões estéreis a respeito dos sentidos da ideologia que afeta essa ciência. O discurso jurídico se assenta em juízos valorativos e tem o propósito de realizar funções específicas na sociedade. Por isso, decisões juridicamente fundamentadas podem ser produzidas através do discurso jurídico, permitindo que, em uma das visões do fenômeno jurídico, tais decisões resolvam problemas que se põem perante o homem, em sua existência social.

⁸ A referência a Warat encontra-se no mesmo estudo de Laércio Alexandre Becker: O Mito da Neutralidade do Juiz, mencionado acima.

Adiante, nesta Tese, ter-se-á a oportunidade de estender considerações sobre o fato de que a luta de classes não mais se apresenta como categoria relevante, para explicar as ideologias, razão pela qual pode-se querer perscrutar o sentido das ideologias. Tal, porém, deve ser feito com vistas a compreender a verdade que o Direito quer alcançar e não para entender se ainda é possível explicar a realidade com base em esquemas de dominação entre classes dominantes e dominadas, ideologia já superada historicamente, como se verá.

Lançados alguns conceitos acerca do mito, é preciso deixar o campo acidentado das ideologias. Para compreender adequadamente a problemática que se pretende investigar nesta Tese - o mito da prestação jurisdicional pelos tribunais superiores brasileiros – é preciso fazer incursões na evolução histórica do conhecimento científico, a fim de que melhor se possa fundamentar a problemática da adequação ou inadequação dos procedimentos epistemológicos utilizados, hoje, nas instâncias judiciais superiores do País.

O que o homem conhece? Como o homem conhece? Para que o homem conhece? A definição dessas perguntas e a elaboração filosófica de respostas ocupam o homem desde a Antigüidade. Uma das reduções mais conhecidas em relação ao saber científico resume a dois processos mentais: o método indutivo-dedutivo e o método racional apriorístico.

O método indutivo obedece aos escaninhos seqüenciados e ordenados do conhecimento empírico, baseado na experiência. Para conhecer a realidade, o homem se aproxima desta, buscando conhecer os fenômenos que ocorrem repetidamente na realidade. Repetição e experiência operam como sinônimos. O homem aprende a partir da experiência. A fonte do conhecimento é a experiência, que, portanto, precede a todo o conhecimento. Partindo de dados particulares, que são tidos como verdadeiros, em face da prova suficiente que provém da experiência, a inferência é uma verdade geral e universal. Ocorre que, no método indutivo, a verdade geral não pode ser encontrada nas partes que compõem o objeto do conhecimento. O método

indutivo baseia-se, assim, em premissas. Se as premissas de um argumento indutivo são verdadeiras, a conclusão é provável ou é verossimilhante.⁹ Isto significa que um fato será tido pelo homem como provavelmente verdadeiro, em razão de outro fato, que o antecede, já aceito como verdadeiro, do qual o primeiro fato é inferido. Essa é a essência do raciocínio indutivo. O resultado da operação do raciocínio é a **argumentação**; a lógica “*é o estudo das formas da argumentação enquanto norteadoras da operação de raciocinar*”.¹⁰ O homem não raciocina somente partindo de dados tidos como verdadeiros, que se unem à conclusão. Senão vejamos.

No método ou raciocínio dedutivo, ou silogismo, as premissas já carregam em seu bojo o conteúdo da conclusão. Esse imbricamento leva a que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão também deverá sê-lo. Ou, reversamente, para que uma conclusão seja falsa, uma ou algumas premissas terão que ser falsas. Como conseqüência, os argumentos dedutivos, em termos lógicos, são do tipo tudo ou nada, isto é, ou estão corretos ou incorretos, porque as premissas sustentam inteiramente a conclusão, ou a desapóiam inteiramente, não havendo pontos intermediários.¹¹

Portanto, no silogismo, uma das formas de argumentação dedutiva mais estudadas na história da Lógica, uma proposição é inferida ou deduzida de um antecedente; nele está a razão pela qual os dois termos da proposição devem se unir. O terceiro termo é um só. Os dois termos adicionais da proposição são diferentes.

O raciocínio dedutivo jurídico tem, evidentemente, a mesma estrutura, a saber: a) uma premissa maior, que consiste na norma jurídica que contém o dever-ser; b) uma premissa menor, que consiste em um fato, em relação ao

⁹ Exposições acerca dos métodos científicos são encontradas em inúmeras obras editadas no Brasil. Acompanhamos, nesta breve exposição, a precisa síntese de Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos, em *Fundamentos de Metodologia Científica*, São Paulo: Atlas, 2003. Sobre a matéria ver também, com aplicações para o Direito, o interessante *Tratado da Conseqüência: Curso de Lógica Formal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003; *Lógica: Pensamento Formal e Argumentação. Elementos para o discurso jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2002;

¹⁰ TELLES JUNIOR, GOFFREDO. *Ibid.* p. 69.

qual o intelecto irá realizar a atividade de raciocínio ou argumentação, sendo que se exige que o fato seja pertinente à norma jurídica c) a conclusão, que consiste na aplicação da norma jurídica ao fato, resultando na conclusão ou decisão.¹²

Essa estrutura, exemplificada, resultaria na seguinte construção:

- a) todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (CF art. 93, IX);
- b) Caio foi condenado por sentença a cumprir pena de reclusão pela prática de crime;
- d) a sentença que condenou Caio deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

O silogismo jurídico-normativo (se sentenças **devem** ser fundamentadas, e condenação de Caio **é** por sentença, então condenação de Caio **deve** ser fundamentada) e, principalmente, o silogismo teórico (se todas as sentenças **são** fundamentadas, e condenação de Caio **é** por sentença, então condenação de Caio **é** fundamentada), consiste na forma pura do raciocínio dedutivo.¹³

Ocorre que, o silogismo utilizado, diariamente, por juízes, promotores, advogados, procuradores, consultores, em acórdãos, sentenças, pareceres, petições e memoriais, agrega uma modificação relevante, que consiste na introdução de conteúdo ampliativo na conclusão. Utiliza-se no Direito o método lógico-dedutivo, acrescentando valorações à conclusão. Isto significa que a conclusão irá além das premissas ou, no mínimo, levará em consideração as premissas, uma vez que, de início, são apreciados “escolhidos” os fatos relevantes para conduzir o raciocínio jurídico e a norma individualizada que será a eles aplicada. Colocados em confronto (subsunção) os fatos (valorados) e a norma jurídica relevante, alcança-se a conclusão, também com valorações respeitantes à realidade.¹⁴

¹¹ Cf. MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. Ibid. p. 92-93.

¹² Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 72.

¹³ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 72.

¹⁴ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit. p. 75-76.

O uso do método apriorístico ou racional permite ao homem conhecer fenômenos da realidade a partir do intelecto, ou seja, mediante o uso da razão. O pensamento, que ocorre na mente humana, irá gerar conseqüências que não dependem de experiência prévia. Kant ensinou, assim, que nem todo o conhecimento deriva da experiência.

Foi longo o caminho percorrido pela ciência até alcançar a visão simplificada, difundida, discutida e que alguns crêem ter sido superada, como se verá adiante, da utilização do método indutivo ou dedutivo para a apreensão do conhecimento. Um breve retorno a Aristóteles é necessário, para tentar captar a origem de alguns conceitos que ainda parecem úteis no esforço do homem para apreender a realidade.

No século VI a.C os primeiros filósofos, com Tales de Mileto, afastando-se dos mitos, que buscavam explicar a realidade através do sobrenatural, como suposto resultado da ação dos deuses, iniciaram o desenvolvimento do pensamento filosófico-científico. A explicação do mundo natural estaria no próprio mundo natural; o homem tinha capacidade inerente a ele, homem, de conhecer, i.e., sem mitos, sem transcendência, sem fenômenos sobrenaturais. Esse conhecimento explicava a realidade exterior, seu funcionamento e a inserção do homem nessa realidade, como ser em si e como ser que dela participava e com ela interagia.

As limitações desse método de conhecimento eram notórias. Para explicar o mundo natural, os primeiros filósofos, segundo Aristóteles, serviam-se de alguns elementos da natureza e buscavam nas causas dos fenômenos naturais a explicação dos efeitos observáveis na realidade. Um efeito relaciona-se a uma causa prévia que o determina. Quando o homem identifica a relação entre o efeito e a causa, ele é capaz de reconstruir (ou de construir) a relação causal, que nada mais é do que o conjunto de vínculos existentes entre fenômenos, de tal modo a tornar a realidade compreensível à mente humana.

Porém, os primeiros filósofos (pré-socráticos) ainda recorriam a um elemento naturalístico que dava início a todo o processo do conhecimento. Para Tales de Mileto esse elemento seria a água; a água seria o princípio.¹⁵ Empédocles, um filósofo pré-socrático bem posterior a Tales, defendia a “teoria dos quatro elementos”, segundo a qual o princípio das coisas não era único, mas derivava de quatro elementos: o fogo, a terra, a água e o ar.¹⁶

Uma outra teoria sobre a origem das coisas é atribuída a Pitágoras, para quem a essência de todas as coisas é o número. Para ele e sua escola, é numérico o princípio de todas as coisas.¹⁷ Somente com os sofistas, que afirmavam tudo saber, ou com Sócrates, que iniciou o estudo filosófico da conduta humana e dizia que nada sabia, idéias surgem, com um grau de abstração denso. As incursões de Sócrates são relevantes, uma vez que o filósofo demonstrou, nas palavras de Del Vecchio, que *“é preciso distinguir entre aquilo que é impressão dos sentidos, em que predomina a variedade e o arbítrio individual, a instabilidade e a acidentalidade subjetiva, e aquilo que é produto da razão, onde encontramos conhecimentos necessariamente iguais para todos os homens. Portanto, é preciso erguer-se dos sentidos à unidade conceitual, racional.”*¹⁸

A tarefa da construção do edifício das “idéias” foi de Platão. Desenvolve Platão essa noção desde o *Fédon* e a *Apologia de Sócrates*, passando pela *República*, onde vai-se densificando o entendimento a respeito da razão humana, o que levaria o pensador moderno a crer que era prescindível a vinculação do conhecimento a elementos da natureza.

¹⁵ Cf. Os Pré-Socráticos: Fragmentos, Doxografia e Comentários. Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 45: “Não é o homem, mas a água, a realidade das coisas.”

¹⁶ Os escritos de Empédocles que se conhecem provêm de várias referências feitas por Aristóteles e Platão, entre outros, como esta: “Que o fogo, a água, a terra e o ar são todos (produzidos) pela natureza e pelo acaso é o que dizem (os seguidores de Empédocles), que nenhum deles o é pela arte, e que, depois disso, então, os corpos da terra, do sol, da lua e dos astros se formaram desses elementos inteiramente privados de vida.” Os Pré-Socráticos, p. 166.

¹⁷ Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 34.

¹⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. Ibid., p. 37.

Tirante o aspecto “naturalístico” dos pensadores pré-socráticos, que será também repudiado pelo contratualismo, do qual o racionalismo se afastará com toda a velocidade e de cujos lineamentos o positivismo irá prescindir inteiramente, há que estender as considerações acerca de como os filósofos clássicos explicavam o modo através do qual o homem conhece.

Em sua conhecida teoria das quatro causas, Aristóteles desenvolve conceitos aparentemente suficientes para que o homem não cometa equívocos na aproximação à realidade. A causa formal permite ao homem indagar acerca do que é uma coisa. A causa material permite que se indague acerca do que constitui a coisa; a causa eficiente refere-se à transformação de uma coisa e permite indagar por que algo é como é. Já a causa final, segundo Aristóteles, refere-se à objetivação da coisa, isto é, permite responder à questão acerca da finalidade de algo.¹⁹

Assim estruturado o conhecimento para Aristóteles – causa formal, material, eficiente e final -, a realidade poderia ser apreendida buscando-se as causas primeiras e os primeiros princípios, discutindo o ser e sua substância, inclusive o Ser perfeito, e conhecendo a ciência natural, ou seja, a física e astronomia, a história natural (a vida natural) e a psicologia. A estes campos do conhecimento juntava-se a ética e a política, relativas ao agir com correção, à busca da virtude e da felicidade, e a estética, na qual se incluíam a poética e a retórica.²⁰

A retórica interessa de perto à análise empreendida nesta tese. Ela é parte dos tratados de lógica escritos por Aristóteles e incluídos no denominado *Organon* (=órgão, instrumento, elemento do aparelho analítico). Tendo como guia o prefácio da edição portuguesa do *Organon*, cumpre notar que a obra compreende seis livros sobre a “arte de filosofar”. É composto das *Categorias*

¹⁹ Uma síntese didática acerca dos conceitos principais da Metafísica de Aristóteles, inclusive com análise específica de trecho da obra, encontra-se em MARCONDES, Danilo. Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 71-82. O presente parágrafo e o que se segue apóiam-se nessa síntese.

²⁰ Idem. Ibidem.

(os dez gêneros do ser), *Periérmenias* ou Da Interpretação (substantivo “interpretatione”=discussão dos preços na feira; os interlocutores assumem posições distintas); *Analíticos Anteriores* (sobre a teoria do silogismo), *Analíticos Posteriores* (acerca da demonstração, da teoria da definição e da causa), *Tópicos* (=Dos Lugares; exposição acerca da dialética, com uma coleção de **topoi** ou seja, de lugares comuns) e *Elencos Sofísticos* (apêndice aos Tópicos).

Na concepção de Aristóteles, a lógica não era uma disciplina *per se*, mas, apenas um meio de compreender as demais disciplinas. A lógica permitia distinguir entre o **verossímil** e o **verdadeiro**, servindo-se da dialética e da retórica para distinguir o que era verossímil e da analítica e da filosofia para alcançar o verdadeiro.²¹

A lógica aristotélica está inscrita nos *Tópicos* do *Organon*. Embora a lógica simbólica moderna, iniciada com Frege e Russell, no final do século XIX e início do século XX, constitua um enorme avanço em relação à lógica de Aristóteles, a ponto de esta poder ser considerada um pequeno subconjunto do complexo edifício da Lógica; atualmente, vários dos princípios adotados pelo filósofo grego ainda prevalecem.²²

Algumas dessas noções aristotélicas serão vistas a seguir, para que se perceba a importância que esse filósofo ainda desempenha na aproximação do homem à realidade, em geral, com repercussões sobre a produção do conhecimento jurídico, em particular.

²¹ Cf. Aristóteles. *Organon*. v. I e II: A vida de Aristóteles Segundo Diógenes Laércio. Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 33.

²² KNEALE, W.L. e KNEALE, M. O Desenvolvimento da Lógica. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991.

I.2 – Primórdios da produção do conhecimento: o mundo aristotélico.

No Livro V do *Organon - Tópicos* – Aristóteles anuncia a invenção de um “método” que ensinaria o homem a argumentar acerca das questões propostas na vida de um ser pensante, partindo de premissas prováveis. Trata-se, é verdade, de um conjunto bem estruturado de conceitos, quer pela objetividade de Aristóteles, quer em razão de praticamente toda a obra aristotélica ter chegado aos tempos modernos.

Porém, as noções desenvolvidas por Aristóteles, de Estagira, refletem claramente a dialética que vinculou Platão a Sócrates e que, muitos séculos mais tarde, seria reestruturada em um esquema de tese/antítese/síntese, no racionalismo de Hegel ou no historicismo revolucionário de Marx. O árduo raciocínio hegeliano ou as construções complexas marxistas são bem distintas, em complexidade, do engenhoso raciocínio que legou Aristóteles. Na verdade, pode-se afirmar que ele enunciou “outra dialética”, já que consistia em um método que permitiria a construção e a organização do raciocínio como discurso.²³

Deixando à distância os mitos que representavam a forma de conhecer da filosofia primitiva, a forma de conhecer aristotélica classifica-se em demonstrativa (o raciocínio origina-se de coisas verdadeiras e primordiais, que possuem credibilidade por si e não por outras), dialética (o raciocínio origina-se de premissas prováveis, que parecem adequadas e verossímeis para todos, para a maioria ou para os sábios ou para alguns dos sábios), erística (raciocínio assentado em opiniões que, embora aparentem ser prováveis, na verdade não o são, porque as premissas em que assentam estão desprovidas de toda e qualquer base científica que possa conduzir a resultados satisfatórios

²³ Cf. a teleologia dos *tópicos*, de Eduardo C.B.Bittar, em seu Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico. Barueri, SP: 2003, pp. 293 e ss.

ou precisos) e paralogística (raciocínio formado a partir de premissas de ciências como a Geometria e ciências congêneres).²⁴

Segundo Aristóteles, os problemas dialéticos são teses. O problema é uma questão sobre o verdadeiro ou o falso, o desejável ou o não-desejável, não havendo, necessariamente, opinião acerca de um problema. Enquanto isso, as teses envolvem a idéia de opinião, embora, ressalta ele, nem toda tese e nem todo problema necessitem ser analisados: somente aqueles que apresentem dificuldades.

Isto leva Bittar a concluir, a partir dos *Tópicos* de Aristóteles, que o argumento dialético é ou um raciocínio ou uma comprovação, disso resultando a distinção entre dedução e indução, que são formas de procedimento ao ser estruturado um argumento dialético. Bittar reconhece que, em Aristóteles do *Organon*, o que hoje soa como trivial, apresentava-se como uma construção original, que envolvia a comprovação ou indução, que partia de “*singulares para universais*”, sendo acessível à maioria, enquanto que a dedução, partindo de “*universais para singulares*”, não seria acessível à maioria.²⁵

A partir desse conhecimento, a argumentação resultaria em proposições éticas, lógicas ou físicas, para o que Aristóteles elabora instrumentos que irão facilitar a construção do raciocínio. O raciocínio se constrói: a) colocando as premissas; b) sabendo dissociar e identificar os distintos sentidos de um termo; c) descobrindo diferenças; e d) percebendo as semelhanças.²⁶

Sócrates nada escreveu. O que dele se sabe chegou ao mundo através de Platão. Assim, Sócrates, através de Platão, e Aristóteles ensinaram o homem a responder perguntas acerca do conhecimento do mundo. Com esses filósofos, o conhecimento vai deixar o campo naturalístico e mítico, para ingressar no campo filosófico propriamente dito. A filosofia vai fornecer ao

²⁴ ARISTÓTELES. *Organon*. Quinto Volume. *Tópicos*. Lisboa: Guimarães Editores Lda, 1987, p. 11.

²⁵ BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri, SP: Editora Manole, 2003, p. 297.

homem instrumental para responder perguntas tais como: O que é possível conhecer? Qual é o método a ser utilizado para se conhecer algo? Que distinção há entre o uso dos sentidos e da razão no conhecimento de algo? Qual é o objeto do conhecimento: a realidade que cerca o homem ou uma realidade superior?

Aristóteles sustenta que toda ciência deve ter princípios evidentes, uma estrutura dedutiva e conteúdo real, o que significa que a ciência deve atender a quatro postulados, a saber, o postulado da realidade (todo enunciado científico deve referir-se a um domínio específico de entes reais), o postulado da verdade (os enunciados científicos devem ser verdadeiros), o postulado da dedução (se certos enunciados pertencem a uma ciência, as conseqüências lógicas desses enunciados deve pertencer a essa ciência), e o postulado da evidência (o número de enunciados de uma ciência deve ser finito; a verdade desses enunciados deve ser tão óbvia que não necessite de prova e a verdade dos demais enunciados deve poder ser alcançada através dos primeiros enunciados).²⁷

Ao contrário de Platão, cuja construção dialógica desenvolve o conceito de “idéias”, o pensamento de Aristóteles privilegia os sentidos. Através dos dados recebidos por meio dos sentidos, realiza-se a primeira etapa do conhecimento. Em seguida, busca-se saber a razão das coisas, ou seja, determina-se a causa. Por fim, alcança-se o saber teórico, ou a ciência, que nada mais é do que o conhecimento abstrato da realidade.

Portanto, Aristóteles rompe com a teoria das idéias de Platão e valoriza o saber empírico e a ciência natural, desenvolvendo uma concepção sistemática de saber, a par de desenvolver o método do conhecimento e uma lógica do conhecer.

²⁶ Cf. BITTAR, Eduardo C. B., *ibidem*, p. 302.

Porém, o homem teria que desenvolver o saber muito além dos conceitos lançados por Platão/Aristóteles, para poder lidar com a realidade, para poder conhecê-la e para habilitar-se a modificá-la. A apreensão da realidade requeria o desenvolvimento de métodos.

Requeria um método capaz de exterminar com o caráter individualista empedernido da civilização antiga, que era “coletivista” apenas aparentemente, fruto da ilusão que causava a *ekklesia* grega. A pretexto de possibilitar a manifestação da consciência coletiva, mais se resumia às perorações de sofistas entronizados dentro de si mesmos.

A análise precedente conduz a algumas reflexões imediatas. Observou-se que alguns filósofos pré-socráticos utilizavam-se de fenômenos naturais para explicar todos os demais fenômenos, entendendo que assim tinha início o conhecimento. Os pré-socráticos recorrem à água, ao fogo, à terra e ao ar para explicar os princípios da realidade a ser conhecida.

O mito, diferentemente do que se viu no início desta Tese, consiste em atribuir a um fenômeno natural, escolhido por ação imperfeita do intelecto humano, a origem do conhecimento do homem. Mas essa não é a única forma de mito que se conheceu na antigüidade clássica. O mito apresenta-se como caminho para a persuasão (Platão) “*e, em conjunto, seu domínio é representado por aquela zona que está além do restrito círculo do pensamento racional e na qual não é lícito aventurar-se senão com suposições verossímeis*”.²⁸ Mas o mito é também oposto à verdade ou também “*a forma aproximativa e imperfeita que a verdade assume*” (Aristóteles).²⁹

De qualquer sorte, ainda que rudimentares, em termos filosóficos, essas noções demonstram que, já no nascedouro da evolução do pensamento,

²⁷ Acompanha-se, aqui, a interessante análise a respeito da teoria da ciência de Aristóteles e de sua influência, realizada por ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, p. 82 e ss.

²⁸ ABBAGNANO, N. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1982, p. 644.

²⁹ ABBAGNANO, N. *Ibidem*, p. 644.

alguns filósofos da antigüidade clássica já haviam reunido elementos para entender que a realidade pode ser mitificada com o recurso à natureza ou ao intelecto, neste último caso com o recurso à retórica (persuasão) ou à mistificação (verdade imperfeita).

Sem querer modernizar conceitos, como aqueles de Sócrates, Platão ou Aristóteles, que têm de ser entendidos, nos tempos modernos, com as condições de possibilidade pertinentes à época histórica de sua produção e àquelas de sua aceitação e utilização, é possível, como se viu, extrair alguns elementos a respeito dessa aproximação mitificada ou mistificada à realidade, para o entendimento do modo como são produzidas decisões judiciais em tempos hodiernos.

Produzir decisões judiciais mitificadas parece significar o mesmo, guardadas as cautelas já aludidas, que se aproximar da realidade utilizando-se de elementos irrealis, ou de argumentação que falseia o real.

O desenvolvimento de métodos de aproximação ao conhecimento e a noção de interesse público, ou seja, a noção de vontade geral (Rousseau) irão permitir que se deixe o campo da dialética e da retórica plantados por Platão/Aristóteles, que avance o contratualismo clássico de Locke e que se alcance a ligação entre a vontade do indivíduo e a vontade dos demais integrantes da sociedade. Cuidar-se-á, na seção seguinte, de reunir os elementos que caracterizam o método científico, tal como o recebemos nos dias de hoje.

I.3 – O método científico

Modernamente, o conhecimento que se queira científico deve passar pelo teste da definição de ciência. A ciência da ciência cuida dessa tarefa. Denomina-se gnoseologia a teoria do conhecimento, que é a parte da filosofia que investiga “*este tipo de relacionamento bem peculiar que o ser humano estabelece com o mundo e que se chama conhecimento.*”³⁰

Com Hegel, as ciências restringiam-se à filosofia. Kant, ao distinguir, como objeto de estudo, o conhecimento filosófico e o conhecimento científico – metaforicamente um novo Copérnico – rompe com a tradição metafísica no campo científico para retomá-la no plano filosófico. Husserl ocupa-se com a essência da consciência, com o conhecimento científico e filosófico, mas atado à história, à sociedade, à cultura. Já Dilthey critica o naturalismo, como o fez Husserl, mas avança muito, ao produzir uma fórmula que se tem mostrado essencial para a compreensão dos fenômenos sociais. É universal a fórmula de Dilthey segundo a qual a natureza pode ser explicada, enquanto que a realidade histórico-social tem de ser compreendida.

Explicação e compreensão irão formar díade tão relevante para a ciência, a ponto de dar lugar a uma consequência útil, que é o desenvolvimento, na produção do conhecimento científico, de um objeto do conhecimento e de um método de produção do conhecimento.

A natureza não dá saltos (*Natura non facit saltum*) é aforismo que nos acompanha desde Leibniz. A ciência não evolui através de “espasmos”. O conhecimento pode ser adquirido através de “revoluções”, mas, como veremos,

³⁰ Adeodato, João Maurício, *Filosofia do Direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência (Através de um Exame da Ontologia de Nicolai Hartmann)*, 1ª edição, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 1-3. João Maurício Adeodato adverte acerca da metonímia que ocorre no emprego da palavra *epistemologia* em lugar de *gnoseologia*. Segundo J.M. Adeodato, “Epistemologia – do grego *episteme* – designa, na filosofia de Platão, a esfera mais alta do conhecimento ... e constitui a teoria do conhecimento que hoje chamaríamos científico, um tipo especial de conhecimento, que se pretende verdadeiro, racional,

é lenta a superação de paradigmas e podem escassear a ocorrência de “revoluções científicas”. Assim, é necessário um processo para que ocorra evolução na produção do conhecimento ou a produção de novos conhecimentos.

Não há como dissociar a produção do conhecimento científico da possibilidade de refutação da teoria que acaba de ser elaborada. Por mais que as vertentes epistemológicas com esse matiz tenham sido afastadas por alguns, que as acusavam de serem “não revolucionárias”, no sentido de não permitirem a transformação da realidade social, é certo que não alcançaram o final do século XX exatamente as teorias “alternativas”, que condenavam teorias “românticas” da produção do conhecimento científico.

Essas teorias “alternativas” foram a bandeira de luta dos chamados teóricos da esquerda, posteriormente, da nova esquerda. Os marcos principais das lutas operárias europeias do século XIX (Proudhon, Marx, Engels, Bakunin, Lassalle), da revolução russa de 1917 (Lenin, Trotsky, perseguido por Stalin e a Quarta Internacional), Stalin, ou Gramsci, Poulantzas, Suzanne de Brunhoff, Christine Buci-Glucksmann, ou os franceses como Althusser, ou a “nova esquerda” não filosófica do poeta Allen Ginsburg ou increpada de revisionismo, com Herbert Marcuse e seu “One-Dimensional Man” (a sociedade tecnológica seduzindo o operário, extinguindo o conflito de classes – ou recriando-o com outra roupagem).

Se é certo, por um lado, que o conhecimento científico não evolui através de saltos e dificilmente ele poderá resumir-se a um resultado do simples emprego dos métodos indutivo e dedutivo da lógica formal individualista, por outro, também não é mais permitido, em pleno século XXI, sem graves equívocos epistemológicos e quiçá político-ideológicos, aproximar-se da realidade, para percebê-la, para compreendê-la, utilizando-se das teorias do conflito de classes.

sistematizável, transmissível etc. Tornar mais precisa essa definição dependerá da concepção de ciência que se adote ...a epistemologia está contida na gnoseologia...”.

Uma forma simplificada e, aparentemente, não comprometida, ideologicamente, de apreender a realidade é representada pelo senso comum.

Em uma investigação, quando nos deparamos com uma situação na qual certo número de fatores permanece praticamente inalterado, é comum utilizar-se o conhecimento fundado apenas no senso comum.³¹ O senso comum nada mais é do que a aproximação ao conhecimento mediante a utilização de conceitos que vieram à nossa mente desde tempos imemoriais, a exemplo do que concebemos como sendo uma coisa, algo idêntico, algo diferente, como são os gêneros, como são os corpos, como são as mentes, ou o tempo, ou o espaço, ou os sujeitos ou os atributos, influências causais, o imaginário, o real.³²

O cientista social, portanto, conquanto não deva relegar ao abandono completo o senso comum, recorrerá, com muito mais freqüência, às explicações sistemáticas, quando quiser realizar a apreensão da realidade, quando quiser conhecer. A utilização do conhecimento científico permite ao investigador obter um espectro racional no tocante ao método e ao objeto do estudo, que, em última análise, ordenam a apreensão da realidade, permitindo, até mesmo, antecipadamente, figurar as conseqüências do trabalho de construção do conhecimento.

Porém, sabe-se que a interação entre o objeto, a realidade que se quer apreender e o instrumental de investigação por vezes oferece uma visão

³¹ Na sistematização de Giorgio del Vecchio (Lições de Filosofia do Direito, 5ª edição, Armênio Amado – Editor, Coimbra, 1979, p. 322) “*possuímos duas espécies de conhecimento: o empírico, fundado na observação externa (a posteriori); o racional, directamente obtido do nosso intelecto (a priori). O conhecimento empírico assenta na verificação de que alguns factos acontecem de certo modo; todavia isso em nada implica que não possam acontecer de modo diverso...Desta sorte, uma verdade empírica vale tão só enquanto se refere ao estado em que as coisas se nos mostram no momento da verificação experimental delas. Mas o conhecimento racional, esse, não pode jamais ser desmentido pela experiência. A soma dos ângulos de um triângulo é igual a dois rectos. Esta afirmação, se a fizermos, é e será constantemente verdadeira, qualquer que seja o triângulo, pois nela enunciamos verdade dependente das leis necessárias e eternas do pensamento humano, cuja validade é permanente e se impõe aos factos – ou, melhor: encontra-se necessariamente em correspondência com eles.*”

parcial dessa mesma realidade, demonstrando que o conhecimento científico é infenso à totalidade, não é um *Deus Ex Machina*, mas pode permitir afastar a ignorância acerca dos fenômenos ainda não manipulados pelo pensamento do homem.

As considerações precedentes são necessárias para se obter elementos que respondam à seguinte pergunta: por que é necessário compreender o método de conhecimento da realidade?

Para os propósitos desta Tese, uma resposta consiste em afirmar que a compreensão do método se deve à necessidade que também temos de saber se existe o real, como objeto do conhecimento, em geral, e do conhecimento jurídico, em particular, e se a realidade sobre a qual se debruça o jurista pode sempre ser apreendida.

Se afirmativas as respostas a essas perguntas, segue-se outra pergunta necessária e conseqüente, que consiste na necessidade de sabermos se a realidade para a qual se volta o conhecimento em geral e o conhecimento jurídico em particular pode ser apreendida como realidade-em-si, sem mistificações, ou somente como realidade-aparente. Em outros termos, há distinção entre aparência e realidade no que concerne ao objeto do conhecimento jurídico? Se houver, a que se devem essas diferenças e como devem ser tratadas? O método contribui para tais diferenças? O cientista também?

O senso comum não é capaz de responder a essas indagações, razão pela qual temos que recorrer às explicações científicas. Já se argumentou, no tocante à distinção entre aparência e realidade e à construção da Ciência do Direito que, se um ser extraterrestre descer à Terra e deparar-se com uma cerimônia de casamento, com uma sessão de um Tribunal do Júri, ou com um conjunto de oficiais de justiça cumprindo uma decisão judicial, não é lícito

³² Ver, por exemplo, a esse respeito, JAMES, William. Pragmatismo: um nombre nuevo para viejos modos de pensar. Buenos Aires: Aguilar, 1967, p. 147.

esperar que compreendam o rol quase infindável de relações de fato e de direito que convergiram para a alteração fática/jurídica que se opera em cada um dos casos mencionados.

É preciso recorrer à ciência, portanto, para que não se tenha que restringir à “explicação” naturalística e se possa avançar até a “compreensão” da realidade, inclusive com as mutações sociais, que se põem diante do homem.

Ressalte-se que o conhecimento resultante do senso comum tende a ser rotineiro, atomizado e repetitivo. Apóia-se na tradição, em hábitos que se vão sedimentando ao longo do tempo, sem a necessária reflexão, que acelera o processo de mudanças.

Que analogias se podem identificar entre esse tipo de conhecimento e as decisões judiciais que seguem o princípio do pré-conceito e o instituto do precedente? Rosemiro Pereira Leal, estudando o instituto da decisão jurídica, aponta um caminho para que se entenda o elo de ligação, ao lançar a seguinte advertência:

“O simples existir do direito no ordenamento jurídico não autoriza, no Estado democrático, um pinçamento prodigioso pela vivência social ou por uma metodologia tipológica e retora afeta ao decididor. As supostas notas características de um direito não podem ser, em direito democrático, somente audíveis por um só ouvinte privilegiado a quem se incumbira definir ou reconhecer direitos por conceitos herdados da tradição alusivos a prudente arbítrio, eqüidade, bom-senso, relação adequada, boa-fé, justa causa e outros ideários axiológicos do mundo da vida. [...] sob o rótulo de reserva legal é que os Estados liberal e social de direito validaram e vêm validando, ao longo dos séculos, as maiores atrocidades, opressões e tiranias dissimuladas contra a humanidade por via de poderes judiciários, como o brasileiro, que, adeptos do instrumentalismo processual supostamente realizador de escopos metajurídicos, são, por acenos de salvação das leis, captados pela ideologia axiológica de pacificação sistêmica (ilusória) da sociedade política e guardiães míticos (depositários fiéis) da ordem jurídica.”³³

Decisões judiciais proferidas mediante o uso do senso comum podem ser facilmente utilizadas para mitificar e mistificar a realidade. O juiz, no Estado

Democrático, ao realizar a escolha e definição de que direitos irá privilegiar, não realiza o ideal de justiça: torna-se um mítico guardião da ordem jurídica e, o que é mais grave, pode estar realizando julgamentos que distorcem, escondem ou negam a realidade.

Essas questões aplicam-se ao funcionamento e às decisões de tribunais superiores brasileiros, como se verá adiante.

Na seção seguinte destacar-se-á que, para compreender a realidade, a epistemologia necessita escapar de relativismos atávicos, que podem comprometer o avanço do conhecimento e da modificação da realidade, através do método científico. Os contornos e riscos desse relativismo serão o objeto da análise que se fará a seguir.

³³ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 112-113.

I.4 – O relativismo do método e o método relativo de aproximação à realidade

Ao analisarmos os problemas metodológicos com que se defronta o cientista social, é fácil perceber que há uma freqüente confusão entre as ciências sociais, a moral e a filosofia. Ainda que se colem dados para análise, ao buscar analisá-los a ciência não logra atingir seu objeto; os dados restam não conhecidos; são variáveis, não se mostram instrumentais para o avanço da ciência. Ernest Nagel, adverte:

“...even if the laws and theories of science are true, they are no more than logically contingent truths about the relations of concomitance or the sequential orders of phenomena. ... The sciences therefore achieve what are at best only comprehensive and accurate systems of description not of explanation. ...in the social sciences there is nothing quite like the almost complete unanimity commonly found among competent workers in the natural sciences as to what are matters of established fact, what are the reasonably satisfactory explanations (if any) for the assumed facts, and what are some of the valid procedures in sound inquiry.”³⁴

Nagel refere-se ao caráter relativo da realidade social e dos métodos de aproximação dessa realidade. A acusação principal que se faz às ciências sociais refere-se a uma incapacidade de deixar o mero campo descritivo dos fenômenos existentes nos distintos grupos sociais, para passar a fornecer leis universais que expliquem o funcionamento da sociedade e dos homens.

A sociedade não é uma simples soma de indivíduos, lembra Émile Durkheim³⁵.

³⁴ NAGEL, E., *The Structure of Science: problems in the logic of scientific explanation*, 4ª ed., Londres, Routledge & Kegan Paul, 1961, p. 26 (“...ainda que as leis e teorias científicas sejam verdadeiras, elas não são mais do que verdades lógicas contingentes acerca das relações de concomitância ou as ordens seqüenciais dos fenômenos... As ciências, por isso, na melhor das hipóteses, são apenas sistemas precisos e abrangentes de descrição, mas não de explicação... não há, nas ciências sociais, nada como a unanimidade completa, comumente encontrada nas ciências naturais, quanto ao que são as matérias de fato já definitivas e quais são as explicações razoavelmente satisfatórias (se houver), para hipóteses de ato, ou quais são os procedimentos válidos em pesquisas idôneas”.)

³⁵ DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 115.

Assim, gradualmente abandonaram-se as teorias fundadas em abordagens filosóficas e morais (Mitos, Direito Natural), que visavam compreender a natureza do homem. Em seu lugar erigiram-se formulações que pudessem ser consideradas suficientemente abrangentes, a ponto de serem tidas como dotadas de razoável capacidade de predição. Examinemos algumas dessas aproximações teóricas à realidade e sua aplicação ao Direito.

A tese relativista, como forma de aproximação ao conhecimento, sustenta que o conhecimento da sociedade, da história, da economia e da cultura refere-se a uma perspectiva específica, entrevista sob um prisma social, conforme os cânones e padrões que regem a existência e a inserção no mundo de uma classe social, em um momento histórico determinado.

Para os relativistas não é possível conhecer objetivamente e o relativismo, se levado ao extremo, é considerado uma “teoria intolerante”. Intolerante, evidentemente, com qualquer outro modo de conhecer o real, de apreender o real, de conviver com outros modos de apreender a realidade. Intolerante significa, também, sequer conceber a possibilidade de que, na aproximação ao conhecimento, poder-se-ia utilizar a argumentação, quiçá não como meio de descrever o objeto a ser conhecido, mas, sim, como forma de persuadir.

Acompanhando uma plêiade de filósofos e pensadores do Direito, como veremos adiante, há que deixar assentado que persuadir também é fazer ciência. Persuadir significa, de igual modo, aproximar-se da realidade, mormente se a realidade é concebida como um complexo de condições sociais, mutáveis e passíveis de serem, no mínimo, descritas e comparadas.³⁶

³⁶ No século XIX o relativismo tinha dois sentidos: a) “ação condicionante do sujeito sobre seus objetos de conhecimento”; b) “ação condicionante recíproca dos objetos de conhecimento” (Cf. ABBAGNANO, N. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 812). Em outras palavras, todos os objetos podem ser conhecidos em relação às faculdades humanas e em condições determinadas por essas faculdades, tendo, assim, o relativismo sido aceito, evidentemente, por empiristas, kantianos, pragmatistas e que tais. O conhecimento humano é relativo, é referenciado; existe uma relação entre a apreensão da realidade, os valores e a época histórica a que estes valores pertencem. Confira-se, também, a provocante obra de Hilton JAPIASSU: *Nem tudo é relativo: a questão da verdade*. São Paulo: Editora Letras & Letras, 2001, pp. 92 e ss.

Um dos relativistas contemporâneos cujas idéias mais suscitaram atenção e debate é o norte-americano Richard Rorty. Ele empreendeu uma descrição aprofundada acerca do modo como o homem conhece. Em um retorno a Platão, Rorty enfatiza, inicialmente, o fato de que a busca do objeto do conhecimento requer, em uma primeira aproximação, que se torne visível a dimensão que os não-intelectuais não alcançam e de cuja existência até mesmo duvidam.

Rorty vai muito além. Ele constrói a distinção entre os “realistas” e os “pragmáticos”. Realistas, segundo ele, constróem a verdade que corresponde à realidade, ao passo que os pragmáticos não necessitam, segundo Rorty, de uma epistemologia, nem de metafísica, uma vez que a verdade nada mais é do que aquilo que é bom para se acreditar. Nas palavras de Rorty *“de um ponto de vista pragmático, dizer que a crença que se apresenta agora para nós como racional não precisa ser verdadeira é simplesmente dizer que alguém pode surgir com uma idéia melhor”*.³⁷

Com esse entendimento, Rorty “joga” com os conceitos, ao afirmar que o relativismo nada mais é do que o apelido (“epíteto tradicional”) que os realistas aplicam ao pragmatismo. Isto leva Rorty a identificar o que ele entende por relativismo que, assim, pode ser sintetizado em três vertentes:

- a) relativismo é a visão de que toda e qualquer crença é tão boa quanto qualquer outra;
- b) relativismo consiste na visão de que a verdade possui tantos significados quantos forem os procedimentos para justificá-la; e
- c) relativismo consiste na crença de que não há nada a ser dito acerca da verdade nem a respeito da racionalidade.³⁸

³⁷ RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade – Escritos Filosóficos I*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002, p. 39.

³⁸ Cf. RORTY, Richard. *Op. cit.*, p. 40.

É lícito concluir que Rorty não se importa em se alinhar com Kuhn, Feyerabend e Foucault, entre outros, na defesa da concepção de que a ninguém é dado alcançar objetividade tal, na apreensão do conhecimento, capaz de levá-lo a **“atingir a perspectiva das coisas desde o olhar de Deus”** e de até mesmo avançar em relação a eles, em busca da “idéia melhor”. Nas palavras de Rorty:

“O pós-modernismo não é mais relativista do que a sugestão de Hilary Putnam a que paremos de buscar ‘o ponto de vista do olho de Deus’ e compreendamos que ‘Nós só podemos esperar produzir uma concepção mais racional de racionalidade ou uma melhor concepção de moralidade se nós operarmos a partir do interior de nossa tradição.”³⁹

Portanto, colhe-se da obra de Rorty a crítica acerba às tentativas de definição de verdades objetivas, tal como resultaria da utilização das ciências da natureza como modelo de apreensão do conhecimento ou da negação do relativismo como meio de aproximação ao conhecimento da realidade.

Após criticar, também, as idéias de que a mente é capaz de representar a realidade e a própria utilização da linguagem, como meio (desvio) para alcançar esse fim, Rorty propõe que a filosofia se transforme em um exercício, sempre em aberto (dir-se-ia, relativo) de conversação e discussão, sem a pretensão de estabelecer teorias a respeito do mundo.⁴⁰

Tendo em vista a análise da obra principal de Rorty, pode-se obter dele ensinamentos acerca das vantagens do relativismo, como aproximação à realidade. Na verdade, o relativismo afirmado por Rorty, apesar de seu pós-modernismo, o que torna aparentemente exacerbada e excessivamente crítica sua posição, não se achega ao relativismo que considera o conhecimento da sociedade como jungido somente a uma perspectiva, que não pode ser

³⁹ RORTY, Richard. Ibid., p. 41 e 269.

apreendida a não ser que se tenha uma determinada visão do mundo e que se pertença a uma determinada classe social, em um determinado momento histórico. Esse relativismo negaria toda a possibilidade de conhecimento social objetivo.

O relativismo de Rorty significa que não existe o conceito de verdade, eis que as verdades são relativas. Aquilo que o envoltório social permite acolher como verdadeiro hoje, não será, necessariamente, verdadeiro dentro de um par ou de uma centena de anos. As circunstâncias mudam e resolvem o problema da relatividade, ou seja, ratificam a necessidade da relatividade.

Não há lugar, assim, para o pensamento daqueles que sustentam que tudo é relativo. Como se viu, o caráter absoluto do relativismo traz consigo uma contradição em termos, já que o próprio relativismo seria negado em tais circunstâncias, o que não é logicamente possível.

Relativismo atávico ou absoluto também é olhar para um ser, ou para uma coisa, ou conceber um sistema, ou suas partes, ou um processo e seus procedimentos e não se preocupar com o que se está vendo ou concebendo; quiçá nem se preocupar se se está vendo ou concebendo alguma coisa.

O relativismo absoluto, outrossim, pode conduzir o homem à aporia do ser, tal como concebeu Platão, na célebre Alegoria (ou Mito) da Caverna.

O relativismo é dinâmico. Não há verdade, mas verdades. Tradicionalmente, a postura dos juízes é de admitir que coisas que foram tidas como verdadeiras em uma situação podem se estender a outras situações futuras, inobstante as variações históricas e culturais. Aquele que habita uma caverna, repleta de sombras, que o fogo projeta na parede da caverna, e estátuas, sem jamais ter visto a luz, e que fosse tirado de lá, deveria, segundo a Alegoria de Platão habituar-se, para poder ver o que existe fora da caverna.

⁴⁰ Conferir, a esse respeito, JAPIASSU, Hilton. Nem tudo é relativo. A questão da verdade. São Paulo: Editora Letras & Letras, 2001, p. 92.

Liberto da caverna, desaparecem as sombras e as estátuas que existiam na caverna passam a ser vistas como os verdadeiros objetos que representam, uma vez que o homem pode contemplar o Sol, ou seja, alcançar o bem, a verdade. Isto lhe permite retornar à caverna e convidar aos que lá permanecem (estátuas), envoltos em suas sombras (preconceitos) a também buscarem a luz (a verdade).

Essa alegoria, portanto, a par das muitas interpretações que pode suscitar, bem acentua o “dualismo” platônico, no sentido de que existiriam as sombras da caverna (aparências sensíveis) e a realidade, o bem, a verdade.

Com a cautela que já se anotou atrás e, assim, guardada a distância e observadas as condições históricas específicas, mas absorvido o significado filosófico, a Alegoria e o relativismo exposto nesta seção guardam pontos em comum, que serão úteis no exame da produção de decisões pelas instâncias superiores do Judiciário brasileiro. O liame está na constatação, que o relativismo escancara, de que é possível produzir decisões judiciais que sirvam apenas o propósito de obscurecer o real. Uma decisão judicial obscurece o real quando utiliza-se de “sombras”, de “estátuas”, ou seja, de precedentes (preconceitos, verdades absolutas) mistificados, ou quando se nega a decidir o mérito de controvérsias, utilizando-se, uma vez mais, do caminho inverso ao sentido da caverna: enquanto, na Alegoria, o sentido é buscar a verdade (o Sol), na mitologia jurisprudencial que se está buscando desvendar, o sentido é a manutenção do oculto, do não-real.

Feitas essas considerações, cumpre iniciar a discussão acerca do positivismo jurídico, que representa o mais corriqueiro e, certamente, um dos mais controvertidos meios de aproximação do real e de construção da decisão judicial da História do Direito. As decisões dos tribunais superiores brasileiros cingem-se a realizar a subsunção, no sentido tradicional de cotejo de uma situação de fato a uma norma jurídica? O positivismo jurídico pode resumir-se à subsunção do fato à norma? É possível “alterar” o silogismo: em lugar de fazer-se, automaticamente, a comparação do fato com a norma que parece

pertinente, não seria possível examinar-se a própria pertinência de se aplicar determinada norma a determinado fato? Há um ou vários “positivismos”? O positivismo jurídico, assim chamado, ainda é relevante como substrato teórico das decisões dos tribunais superiores? Responder a essas e outros questionamentos ou qualificar alguns deles, na direção do objeto desta tese, é o que será feito a partir da próxima seção.

I.5 – O relativismo socializado

É inegável a relevância que adquiriu o social como objeto de estudo, particularmente a partir do século XX. A presença do social introduz três questões que merecem atenção. A primeira refere-se à definição de quais seriam os fatos amplamente aceitos como relevantes para uma investigação. A segunda diz respeito à clarificação do que seria uma explicação satisfatória dos fatos comumente aceitos. A terceira, por seu turno, residia no estabelecimento de critérios considerados válidos, para que se procedesse a uma investigação.⁴¹ Evidentemente seria difícil alcançar-se consenso acerca de três tarefas tão árduas quanto caras para o investigador.

Não é por outra razão que a presença do social, como objeto de estudo, introduz, ainda, o conceito de relatividade. Na interpretação de Pedro Demo:

“... a realidade social é relativa... carrega dentro de si o sentido da provisoriedade, das fases subseqüentes, da imperfeição, do constante vir-a-ser. Ela não seria absoluta. A sociedade admitiria apenas a busca de sua perfeição, não sua realização definitiva.”⁴²

A provisoriedade do objeto de estudo das ciências sociais representa, assim, o maior obstáculo à sua explicação. A realidade social movimenta-se constantemente, transmuda-se, transforma-se. Resta às teorias a tarefa de descrever os fatores da transformação (estática) ou buscar apreender e discutir o próprio processo de mudança (dinâmica).

As descrições estáticas da realidade social podem partir de concepções prévias acerca do modo como se conforma essa realidade, com base na experiência ou no já mencionado senso-comum.

Para captar um processo em andamento, porém, faz-se necessário uma elaboração sistemática. Não se trata de conceber uma linha de causalção

⁴¹ NAGEL, cit., especialmente pp. 447/448.

⁴² DEMO, Pedro *Sociedade Provisória*, Centro João XXIII, Rio de Janeiro, mimeo, 1973, p. 21

hermética e estanque, que interligue irremediavelmente vários aspectos da realidade concreta, sem atribuir um nexos à própria ligação. Trata-se, sim, de visualizar a processualidade, indicando a “mobilização constante da realidade, não porém numa direção pré-dada, que a faria sempre progressiva, ou regressiva ou circular”⁴³. E, vale aduzir, não sem buscar apreender o ímpeto que lhe move.

Assim, para que se possa captar a realidade social em movimento, é necessário concebê-la conforme a provisoriedade que a caracteriza. Historicamente, isto significa considerar o “vir-a-ser contínuo das formações sociais”⁴⁴. Tomar o presente como algo efêmero e o passado como um limite apenas parcial do futuro, mas cujos elementos, transformados e rearticulados, servirão de esteio para os movimentos do futuro.

O movimento contínuo da realidade social, ao apresentar estruturas inteiramente novas ao investigador, coloca desafios que têm sido enfrentados de forma ineficaz. Essa ineficácia decorre, especialmente, de um imediatismo, que faz com que se confunda o provisório com o permanente, o presente com o eterno, leis de movimento com um movimento apenas.

Alega-se, com freqüência, que tais elementos complicadores derivam da proximidade histórica dos fenômenos que se quer investigar. Pondera-se também com a referência ao caráter anárquico das mutações da realidade social. Nenhuma dessas alegações tem relevância decisiva, entretanto, face à constatação sempre lembrada, embora de uso esporádico, de que a realidade social, conquanto se movimente, não possui o condão de adaptar-se continuamente a modelos pré-concebidos e simplificadores, destinados a explicar algo que não anuncia quando adquirirá feições novas ou abandonará traços seculares.

⁴³ DEMO, Pedro, cit., p. 13

⁴⁴ Ibid., p. 11

Considerando o caráter anárquico de certas mutações da realidade social, a questão relevante torna-se, então, a de como apreendê-la, dado tal condicionante. Uma resposta vem de Paul Feyerabend. Consiste no emprego de metodologia também anárquica. Afirma ele:

“...Science is an essentially anarchistic enterprise: theoretical anarchism is more humanitarian and more likely to encourage progress than its law-and-order alternatives. ...anarchism, while perhaps not the most attractive political philosophy, is certainly excellent medicine for epistemology, and for the philosophy of science.”⁴⁵

Consoante Feyerabend, nenhuma teoria é capaz de explicar a realidade com relação à qual é formulada. Isto não se deve apenas a eventuais imperfeições na sua formulação, mas também ao fato de que a percepção da realidade não está isenta de variações ou mesmo devido a que a evidência colhida não a expressa, sob todos os ângulos de observação. Ademais, prossegue ele, podemos utilizar hipóteses que contradizem tanto teorias amplamente difundidas, quanto comprovações empíricas de aceitação generalizada, porque as teorias e as evidências podem, em última análise, ser superadas.

Nesse sentido, o anarquismo científico de Feyerabend propugna a proliferação de teorias, em função do abalo que a uniformidade e o reducionismo exacerbados transmitem ao caráter crítico da ciência.

Não se pode confundir o caráter eminentemente crítico da ciência com a sua manipulação para o atendimento a interesses efêmeros. A forma mais usual que assume esta última postura reside na utilização do conhecimento científico para a justificação de uma fase histórica, de um conjunto de ações, de determinado número de objetivos. A relativização do real dá-se visando fazê-lo coincidir com um arcabouço teórico concebido ad hoc. As mutações do real que não servem aos propósitos estritos definidos pelo investigador são

⁴⁵ FEYERABEND, Paul, *Against Method*, 3ª ed., Londres, NLB, 1975, p. 17 (“A ciência é uma empreitada essencialmente anárquica: o anarquismo teórico é mais humanitário e, provavelmente, estimulará mais o progresso do que as alternativas pacíficaso anarquismo não é, certamente, a mais atraente filosofia política, mas é um excelente remédio para a epistemologia e para a filosofia da ciência”).

abandonadas, dando lugar a uma visão que obscurece o próprio processo em andamento, sob qualquer ótica alternativa que se possa conceber. Mascarado sob o manto de uma ideologia, o real como que se encolhe, assumindo exatamente a forma que lhe queira dar quem o investiga. A produção científica ingressa em um campo que lhe deveria ser estranho, que é o terreno do dogmatismo.

Faz-se necessário adicionar, contudo, que a própria dinamização do real não tem nenhuma direção específica pré-assegurada, já que pode operar, simultaneamente, em duas frentes: sob uma perspectiva, dinamizá-lo; sob outra, obscurecê-lo. Esse duplo caráter dificilmente se põe à mostra antes que as luzes inapeláveis da História desnudem as articulações da realidade que se buscavam encobrir ou alterar. Tal ambivalência, ademais, decorre da evidência de que a neutralidade axiológica das ciências não passa de um mito. O conhecimento científico é produzido na sociedade e para ela. A sua preocupação principal assenta na realidade, já que é nela que se apresentam, concretamente, os condicionantes que dizem respeito à existência do homem.

A neutralidade deixa de existir devido à introdução de pressupostos teóricos, filosóficos, ideológicos ou axiológicos, que transportam para um plano abstrato particular aquilo que se dá no âmbito da realidade concreta. Devido a isso, deparamo-nos com dois poderosos impedimentos para a paralisação do uso extensivo de pressupostos axiológicos ou ideológicos que logram obscurecer o real. O primeiro impedimento consiste no caráter a posteriori ou defasado no tempo da constatação da presença de tais pressupostos, quando os mesmos já exerceram influência decisiva no curso da História. O segundo impedimento apóia-se no caráter antropocêntrico da produção científica, que impede a redução das teorias a um estado puro, precisamente porque o fulcro de todas elas está no homem, enquanto agente cujo pensamento não admite tais reducionismos extremados.⁴⁶

⁴⁶ Confira-se a lição de H. Japiassu, *O Mito da Neutralidade Científica*, 1ª ed., Imago, Rio de Janeiro, 1975, p. 10): “Se perguntarmos ...sobre o modo de funcionamento da ciência, sobre seu papel social, sobre sua maneira de explicar os fenômenos e de compreender o homem no mundo, perceberemos

I.6 – Kuhn e os paradigmas da ciência

As teorias são utilizadas como instrumento de atuação sobre a realidade e de predição da evolução desta. Ao atuarem sobre o real, as formulações teóricas serão tão relevantes quanto se mostrarem funcionais. E serão tão funcionais quanto se fizerem úteis. Serão úteis se explicarem a realidade e, principalmente, se dinamizarem o real.

Porque atuam sobre a realidade social, as teorias podem com ela colidir ou podem se mostrar inadequadas, insuficientes ou superadas, como instrumento de compreensão e de dinamização do real. Cumpre analisar a colidência teoria versus realidade com o auxílio de Thomas Samuel Kuhn.⁴⁷

Ocupado especialmente com as ciências ditas naturais, mas vendo plena possibilidade de extensão, sem heroísmos, de sua formalização às ciências sociais, Kuhn utiliza-se de um rígido critério de demarcação científica. Uma nova teoria é sempre anunciada, segundo ele, com suas aplicações a um certo tipo de fenômeno. Sem essas aplicações, “*ela não poderia nem mesmo candidatar-se à aceitação científica*”⁴⁸ A ciência normal⁴⁹, entretanto,

facilmente que as condições reais em que são produzidos os conhecimentos objetivos e racionalizados estão banhadas por uma inegável atmosfera sócio-política-cultural. É esse enquadramento sócio-histórico, fazendo da ciência um produto humano, nosso produto, que leva os conhecimentos objetivos a fazerem apelo, quer queiram quer não, a pressupostos teóricos, filosóficos, ideológicos ou axiológicos nem sempre explicitados.”

⁴⁷ KUHN, Thomas, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, 1ª ed., São Paulo, Perspectiva, 1975. Thomas Samuel Kuhn nasceu em 1922 e morreu em 1996, tendo deixado importantíssima contribuição à história e filosofia da ciência. É significativo verificar que, enquanto as teorias socialistas desenvolviam conceitos relativos à transição do capitalismo para o socialismo, com a implantação da ditadura do proletariado, extinção do estado, redefinição da função capital/trabalho e fim da exploração do homem pelo homem, Kuhn, de certo modo, ao pregar as “revoluções científicas” mais pareceu, no auge da experiência concreta de socialismo, um reacionário. Em exemplo multicitado, Kuhn se referia à “revolução” representada pela sugestão de Copérnico de que a Terra girava em volta do Sol, em contraposição à sugestão de Ptolomeu, no sentido de que era o Sol e os demais planetas e estrelas, que giravam em torno da Terra. Usando os termos em voga até um passado recente, Kuhn foi um revolucionário de “direita”, que contrapunha a ciência à ideologia agressiva e totalizante da “esquerda”.

⁴⁸ KUHN, Thomas. *Ibid.* p. 71. Essa posição de Kuhn auxilia-nos a relegar a um estado passageiro a conhecida distinção entre o normativo e o positivo, tão apreciada no âmbito teórico. Se definimos a aproximação normativa como sinônimo das articulações qualitativas da teoria e a positiva como implicando na aproximação empírica, podemos observar que qualquer das duas pode coexistir com a definição de KUHN, bastando para isso que se defina um conjunto de fatos aceitos, que deve de algum

prossegue Kuhn, “*não tem como objetivo trazer à tona novas espécies de fenômenos*”⁵⁰. Ela “*não se propõe descobrir novidades no terreno dos fatos ou da teoria; quando é bem sucedida, não as encontra*”⁵¹. A sua atuação se circunscreve a três problemas principais: a determinação do fato significativo para a investigação científica, a harmonização dos fatos com a teoria e a articulação da teoria.

Para Kuhn, ao não se propor a fornecer novas teorias e fatos, a ciência normal tem como principal tarefa a solução de quebra-cabeças (problemas)⁵². Presidindo essa atividade estão os paradigmas, isto é, “conquistas científicas universalmente reconhecidas, que por um certo período fornecem um modelo de problemas e soluções aceitáveis aos que praticam um certo campo de pesquisa”. Os membros de uma comunidade partilham e empregam os paradigmas para solucionar problemas, especialmente instrumentais e conceituais, crendo que o novo paradigma resolverá os problemas que conduziram o velho paradigma à crise.

Enquanto um paradigma é bem sucedido, a tarefa principal da investigação científica consiste na sua articulação ou na articulação das teorias por ele fornecidas, visando obter-se um paradigma mais puro, através da eliminação das ambigüidades que cercam o antigo. Ao adquirir um paradigma, a comunidade científica também estará adquirindo um critério para a determinação dos fatos significativos ou problemas cuja solução é considerada possível. Isto implica, na verdade, o afastamento de problemas sociais relevantes, que, não obstante, não sejam redutíveis à forma de quebra-

modo suscitar a pesquisa empírica, ser alvo dela ou presidir, de modo subjacente, as articulações qualitativas da teoria.

⁴⁹ KUHN a define como “*a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas... reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior*”.

⁵⁰ Ibid., p. 45

⁵¹ KUHN, Thomas. Ibid., p. 77

⁵² No sentido corriqueiro, afirma Kuhn, os quebra-cabeças referem-se “*àquela categoria particular de problemas que servem para testar nossa... habilidade na resolução de problemas*” (ibid., p. 60). A conotação que ele dá ao termo é mais profunda, referindo-se aos problemas que são relevantes para o investigador não pelo seu valor intrínseco, mas pela certeza de que possuem uma solução, por complexa

cabeças, já que não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma.⁵³

A transição de um paradigma para outro representa, assim, a revolução científica idealizada por Kuhn. A articulação do paradigma consiste em um conjunto de passos destinados à sua reformulação, mas não à sua refutação completa. Essa refutação somente pode partir da detecção de anomalias que evidenciam o fracasso do paradigma na atividade de resolução de problemas (os quais a ciência normal assegurara meios para que fossem considerados resolvidos ou quase resolvidos, acrescenta Kuhn).⁵⁴

As anomalias capazes de levar a novas teorias compreenderão apenas aquelas cujo traço característico, segundo Kuhn, é a sua recusa obstinada a serem assimiladas aos paradigmas existentes. Estas constatações somente podem ser obtidas, contudo, mediante o uso de um instrumental diverso do que aquele proporcionado pelo paradigma em crise. Um instrumental que se mostra amplamente diverso, porquanto os termos, conceitos e experiências anteriores passam a manter relações distintas entre si. Origina-se daí a conhecida máxima de Kuhn: “Rejeitar um paradigma sem simultaneamente substituí-lo por outro é rejeitar a própria ciência”.⁵⁵ Afirma Kuhn:

“Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, bem como sua comparação mútua... razões factuais... podem, quando muito, ajudar a formação de uma crise ou, mais exatamente, reforçar alguma já existente”.⁵⁶

que seja. E é isto, nas suas palavras, o que move a investigação científica. Ela pode, nessa perspectiva, até obter fatos ou teorias novas, embora não seja esse o seu propósito.

⁵³ Em sua evolução, as ciências sociais mostram-se plenas de paradigmas, no mais estrito sentido que KUHN atribui ao termo. No caso do Direito, paradigmas há, aos borbotões, a exemplo do “positivismo jurídico reacionário”, da “neutralidade axiológica e funcional do judiciário”, da “miragem socialista” etc.

⁵⁴ KUHN, Thomas. *Ibid.*, pp. 103/105. Kuhn utiliza a expressão “consciência da anomalia” para denotar o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal (*ibid.*, p. 78).

⁵⁵ KUHN, Thomas. *Ibid.*, p. 110. Essa máxima indica a direção do conceito de revolução científica. Ele se refere aos “episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior” (*ibid.*, p. 125).

⁵⁶ KUHN, Thomas. *Ibid.*, p. 108

A rejeição do paradigma não se dá com base apenas na comparação da teoria com o mundo. E essa rejeição não se faz sem “traumas”, uma vez que a rejeição de um paradigma significa fazer escolhas incompatíveis com o que prevalece sob o paradigma rejeitado. Pode-se afirmar também que a mudança de paradigmas acarreta “traumas” na comunidade em geral e não somente na comunidade científica, eis que, freqüentemente, os paradigmas se referem a aspectos da vida, da crença e, portanto, da ideologia da comunidade.

Kuhn era considerado por alguns como o mais lúcido e criativo representante da filosofia contemporânea ocidental recente, sendo certo que suas idéias têm grande relevo para as reflexões desta tese, pois, em sentido geral, trazem para o seio da ciência fatores psicológicos e sociais, e, no tocante ao Direito, permitem a admissão da retórica e da argumentação no raciocínio jurídico dirigido à comunidade. Como ressalta com perspicácia Ariani Bueno Sudatti:

“Se o velho filósofo Protágoras expressava um extremo relativismo em relação ao indivíduo através do seu conhecido lema – ‘o homem é a medida de todas as coisas’, Kuhn desloca este relativismo para a comunidade, pois não existe assentimento maior em relação ao modelo teórico que aquele padrão conferido pelo auditório científico que julga e que é persuadido pelo novo paradigma.”⁵⁷

Estas palavras de Kuhn permitem que se avance até as elaborações de Popper.

⁵⁷ SUDATTI, Ariani Bueno. Raciocínio Jurídico e Nova Retórica. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2003, p. 47.

I.7 – O falibilismo ou o critério de falseamento de Popper

A análise que Karl Popper empreende acerca da ciência está fundada, principalmente, no critério de demarcação, isto é, na definição de um critério de distinção entre o que é e o que não é ciência. Popper demonstra as dificuldades com que a ciência se defronta, para definir o que é científico, eis que há um ponto de partida a-científico, que não interessa a nenhum investigador, a não ser como objeto de estudo, que é o mito. Nas palavras de Popper:

“Obviamente, se não sabemos como testar uma teoria, podemos ter dúvidas de que exista alguma coisa do tipo (ou do nível) descrito por ela; e se sabemos positivamente que não a podemos testar, então nossas dúvidas aumentarão; podemos suspeitar que ela é um simples mito ou um conto de fadas. Porém, se uma teoria é testável, então ela implica que eventos de um certo tipo não podem acontecer; e desta forma ela afirma alguma coisa acerca da realidade [...] E, embora somente se possa conhecer com certeza aquilo que é certamente real, é um erro pensar que somente é real aquilo que se pode saber com certeza que é real.”⁵⁸

Para Popper, as teorias não refletem o real, mas são, sim, uma construção do espírito humano que se destina a ser aplicada sobre a realidade. O problema da demarcação entre o que é científico e o que não é representa o cerne das preocupações da filosofia da ciência, segundo se depreende da análise de Popper. Sem se preocupar com a testabilidade da teoria, como no positivismo, o critério de demarcação de Popper centra-se na falseabilidade da teoria que quer explicar o real.⁵⁹

Impôs Popper a presença de um grau de falsificação, que ele vê imerso em dificuldades para ser definido e utilizado na ciência, caso um “grave fracasso” na adaptação aos fatos seja definido como critério de rejeição. Segundo ele:

⁵⁸ POPPER, Karl. Op. cit. p. 406.

⁵⁹ Cf. SUDATTI, Ariani Bueno, cit. p. 41-43.

“Todas as teorias historicamente significativas concordaram com os fatos; mas somente de forma relativa. Não podemos dar uma resposta mais precisa que essa à questão que pergunta se e em que medida uma teoria individual se adequa aos fatos. Mas questões semelhantes podem ser feitas quando teorias são tomadas em conjunto ou mesmo aos pares... qual adequa-se melhor aos fatos.”⁶⁰

Todavia, o desenvolvimento teórico de Popper assenta na simples constatação de que o falseamento de uma teoria se dá mediante uma simples não confirmação de hipótese em que ela se apóia. Assim, uma teoria será científica se se puder extrair dela conseqüências que possam ser falseadas, refutadas. Ainda que milhares de confirmações sejam extraídas a partir de uma teoria, somente uma e nada mais do que uma não confirmação ou falseamento, é bastante para refutar a teoria.

O falseamento não se faz sem dificuldades, reitere-se, com Popper:

“Os enunciados estritos ou puros, sejam universais sejam existenciais, não se acham limitados com relação ao espaço e ao tempo. Não se referem a uma região espaço-temporal, restrita, individual. Esta é a razão pela qual os enunciados estritamente existenciais não são falseáveis. Não podemos investigar todo o universo de modo a estabelecer que uma coisa não existe, nunca existiu, e nunca existirá. É devido exatamente à mesma razão que os enunciados estritamente universais não são verificáveis. Novamente não podemos investigar o mundo todo de modo a estarmos certos de que não existe nada que a lei proíba. Não obstante, os dois tipos de enunciados estritos, os estritamente existenciais e os estritamente universais, são em princípio empiricamente decidíveis; [...] As teorias científicas estão em perpétua mutação. Não se deve isto a uma simples casualidade mas poder-se-ia perfeitamente esperá-lo, segundo nossa caracterização de ciência empírica.”⁶¹

O espírito humano, segundo Popper, deveria se pôr imune a influências externas, quando defrontado com a tarefa de construir ou testar teorias; ao contrário, ele é visto repleto de expectativas teóricas ou empíricas, levando à perplexidade.

⁶⁰ POPPER, Karl. Op. cit. p. 187

⁶¹ POPPER, Karl. A Lógica da Investigação Científica. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975, p. 296-297.

Bem de ver que, sem grande esforço, a teoria do falseamento traz distante a imagem de um “darwinianismo” em si, ao se permitir a conclusão de que teorias, sobrevivem, as que “forem mais aptas”, ou seja, as que passarem no teste da falsificação. Contudo, o fato de uma teoria científica ser falsificada provém exatamente da sua condição, ou seja, de fazer afirmações acerca da realidade e resistir ao teste da falsificação, quando testada.

Uma firme conclusão se pode extrair dessa teorização de Popper, que consiste na impossibilidade, no âmbito da ciência, de o homem amparar-se em teorias absolutas, em verdades objetivas, em certezas irrefutáveis, não suscetíveis de passarem por testes, cujos resultados não possam ser, dialeticamente, também submetidos a testes de validade, de refutabilidade, com valorações constantes e o permanente propósito de que sejam corroboradas ou não, no sentido popperiano, ou seja, superadas ou substituídas por outras teorias.

Essas considerações serão tidas em conta na aproximação que se está por fazer, de objetos jurídicos, com teorias jurídicas, alegadamente de cunho científico. As teorias acerca de fatos ou de condutas humanas são hipóteses falseáveis. O ser humano que as concebe também está sujeito a pré-concepções e pré-conceitos, que devem ser tidos em conta, quando se examina a formulação teórica e suas conseqüências dogmáticas e empíricas. Um breve exame da batalha entre paradigmas na ciência completa o conjunto de idéias que se queria desenvolver neste capítulo.

I.8 - Crise de Paradigmas. a solução do conflito?

As considerações precedentes vão orientar o breve exame que será feito acerca de alguns aspectos das ciências sociais, que ingressaram no século XXI com paradigmas derribados, com outros destruídos e com muitos em insistente processo de redefinição. Dir-se-á que a rejeição de alguns paradigmas, no âmbito das ciências sociais, apresenta a complicação teórica consistente na não eleição espontânea e imediata de um novo paradigma para substituí-los. A rejeição de paradigmas sem substituição imediata teria ocorrido em decorrência da velocidade e da imprevisibilidade das mudanças havidas na ordem social.

O século XX, último século do segundo milênio, surgiu como o século da aparente consolidação seguida de destruição (e não rejeição) de paradigmas. A referência específica é ao marxismo ou aos socialismos, que foram alçados à condição privilegiada de substratos teórico-políticos capazes de explicar a evolução do capitalismo e a sua superação, em um processo de transição para formação social superior. Esse processo estancou-se pelo desmoronamento das experiências de socialismos real, ou seja, pelo término das experiências históricas de implantação do socialismo em algumas Nações do Planeta.

Pudessem as teorias ser simplesmente comparadas umas com as outras, a escolha entre elas seria um exercício simplificado. A escolha entre paradigmas dar-se-ia através de algum processo de contagem dos problemas resolvidos *“se houvesse apenas um conjunto de problemas científicos, um único mundo no qual ocupar-se deles e um único conjunto de padrões científicos para sua solução”*⁶².

Na ausência de condições ideais, a competição entre paradigmas não é uma batalha que se resolva pelo processo da prova. O caminho mais eficaz e

⁶² KUHN, Thomas. Op. cit. p. 193

usual para decidi-la é a difusão, pelos defensores do novo paradigma, da noção de que são capazes de apresentar solução para os problemas que levaram o antigo à crise, embora, na visão de Kuhn, essa não seja a questão relevante, mas, sim, a de saber que paradigma deverá orientar as pesquisas sobre esses problemas no futuro.

Uma das “trocas” de paradigmas, a partir do conflito, poderia estar representada pelo uso alternativo do direito, ou seja, “*a utilização teórico-prática das categorias criadas pela intelligentsia dominante, assim como das lacunas e contradições internas do sistema jurídico-burguês, bem como dos espaços conquistados pela classe subalterna*”⁶³. Na periferia do capitalismo, seria mais apropriado falar-se em direito alternativo, “*que aproveita tanto o direito paralelo, direito insurgente, principalmente, como o direito dos trabalhadores já alçados à legalidade estatal*”⁶⁴

Certo é que os paradigmas não estão esgotados, sendo esta uma das razões pelas quais a presente tese pode ser escrita, tateando em torno da fronteira do conhecimento jurídico-científico, ora em fase de incerta transição. Os paradigmas, sabe-se bem, podem questionar o real ou captá-lo; podem até mesmo dar substrato à preservação de um direito vivo, a que estariam submetidos grupos e classes sociais, cristalizando práticas de dominação por vezes iníquas, nas palavras de Luciano Oliveira.⁶⁵

Essas noções são necessárias para dar substrato às reflexões que serão feitas a respeito do positivismo, na próxima seção. O positivismo jurídico, a partir de sua entronização como paradigma da ciência do direito, já foi investido de sustentáculo para o idealismo alemão, para as experiências ditatoriais inúmeras que foram realizadas no Planeta, no século XX, para a manutenção do *status quo* retrógrado, ou conservador, ou até mesmo

⁶³ Ibid., p. 136

⁶⁴ Idem, *ibid.*

revolucionário, mas jamais de conotações sociais/liberais. Quando o direito é confundido com a norma jurídica e esta resumida à lei, a possibilidade de mitificações da ciência do direito e de mistificações da realidade que esta se propõe explicar existe e é quase certa. Examinar-se-á, no Capítulo II desta tese, a mitificação que se pode produzir através da norma jurídica.

⁶⁵ OLIVEIRA, Luciano, *Direito, sociologia Jurídica, Sociologismo – Notas de uma discussão, mimeo*, pp. 15/16.

CAPÍTULO II – A MITIFICAÇÃO ATRAVÉS DA NORMA: POSITIVISMO, DIREITO POSITIVO E VINCULAÇÃO DO JUIZ À LEI

II.1 – As origens do positivismo

Norberto Bobbio descreve os elementos históricos que contribuíram para a formação do pensamento positivista que chegou até os tempos que correm. Vale seguir o exame que fez o filósofo italiano, há pouco desaparecido.⁶⁶

O “positivismo lógico” e o “positivismo jurídico” são distintos, conquanto se possa identificar a existência de pontos de contato dogmáticos entre eles, instrumentos de aproximação à realidade que são.

O positivismo lógico de Saint-Simon, de Auguste Comte⁶⁷ e de Stuart Mill assenta, em síntese, em pelo menos três fundamentos, a saber:

- a) o homem somente conhece através do método científico;
- b) o método da ciência é descritivo, relacionando fatos através de leis de causação ou de movimento; e

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

⁶⁷ Vale recordar que positivistas como Auguste Comte colocam o marco fundante da filosofia, que querem definir, em Aristóteles, entre outros. Mas, ao ser levado a definir com precisão esse marco, Comte não hesita em reunir os preceitos de Bacon, Descartes e as descobertas de Galileu como marcos da filosofia positiva, em oposição ao espírito teológico e metafísico. Os “três estados” de Comte já indicavam esse caminho. Comte define sua “grande lei fundamental”, segundo a qual o conhecimento humano passaria pelos estados teológico (fictício), metafísico (abstrato) e científico (positivo). Ver, a esse respeito, COMTE, Auguste. Curso de Filosofia Positiva. Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1973, p. 10. No estado positivo, sustenta COMTE, o espírito humano preocupa-se em descobrir, unicamente com base no raciocínio e na observação, combinados, as leis efetivas do universo, assim entendidas as relações de sucessão e de similitude que se mostrassem inalteráveis.

c) como o método da ciência se estende a todos os campos do conhecimento e da ação do homem, ele guia a vida do homem na Terra.⁶⁸

O positivismo jurídico é referido, pela primeira vez, no século XI da Idade Média, por Abelardo, que o contrasta com o direito natural.⁶⁹ À parte divergências quanto à datação do uso da expressão, relatadas por Bobbio, que se referem, inclusive, ao emprego do termo “iustitia positiva”, no ano 1.130, pelo escolástico Hugo de São Vitor, resulta relevante, para os nossos propósitos, constatar que a idéia de um “positivismo jurídico” está atada à idéia de uma “estrutura de poder” que dita, monopolisticamente, regras de conduta.

Quando nos referimos a uma “estrutura de poder”, esta não significa, evidentemente, o Estado, no conceito que atravessou os tempos a partir do contratualismo clássico. Finda a Idade Média, até iniciar-se e avançar o processo de formação dos Estados Nacionais, o Estado - ou o organismo que exercia funções mais tarde detidas exclusivamente pelo Estado -, não necessitava reunir em suas mãos o monopólio da produção de normas para o funcionamento dos grupos ou das sociedades.⁷⁰

Norberto Bobbio esclarece que o Estado primitivo deixava a produção de normas a cargo de um juiz, com posições e funções sociais que se alteravam; o juiz não estava vinculado a escolher normas provindas apenas do órgão legislativo estatal; ele aplicava regras costumeiras, conhecimento dos douts ou a razão natural, que nada mais é do que o senso comum a que já se fez referência nesta tese.

⁶⁸ Cf. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 746.

⁶⁹ Norberto Bobbio, em Apêndice, confirma que, após haver encaminhado as notas de sua obra para impressão, recebeu confirmação quanto à origem primeira, na escolástica medieval, do termo “jus positivum”. Cf. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, p. 239.

⁷⁰ A afirmação não peremptória que somos obrigados a fazer decorre, como é fácil perceber, da diferenciação que o Estado foi ganhando, à medida que a história evoluiu da antiguidade clássica para a Idade Média, quando imperam os feudos e a excessiva dispersão das estruturas de poder, ou quando se debateram, também na Idade Média, em países como a Inglaterra, o clero e a nobreza, em luta pela hegemonia do exercício do poder terreno e da representação do poder divino na Terra.

Ainda que não estatais, essas regras aplicadas pelo juiz eram aceitas ou “reconhecidas” pelo Estado ou pela estrutura de poder imperante.⁷¹

A formação dos Estados Nacionais, porém, produziu alterações nesses movimentos da realidade. O direito deixou progressivamente a condição de não estatal, para passar a ser estatal. O direito deixou de ser dualista (direito natural/direito positivo), como se verificou na Idade Média; na Idade moderna passa a imperar o monismo (direito positivo).

Percebe-se com clareza, assim, que, finda a Idade Média e formados os Estados Nacionais, o Estado da Idade moderna passará a deter o poder de ditar o direito, quer através da lei, quer através do “reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária”.⁷²

Ao passar a deter o monopólio da produção jurídica, o Estado sempre zelou para que as normas de direito por ele definidas fossem cumpridas, ou seja, para que, em sendo obrigatórias, da violação dessas normas estatais decorresse a aplicação de sanção, por órgão específico do Estado, a saber, um juiz ou tribunal.

⁷¹ Conquanto não se possa falar, evidentemente, em “positivismo” e, muito menos, em “positivismo jurídico” na antiguidade clássica, podemos ler na Retórica de Aristóteles palavras acerca da utilização das leis e do cotejo da lei escrita com outros instrumentos de regramento do que seria a vida social. Confira-se: “Falemos, portanto, em primeiro lugar, das leis e de como delas se deve servir quem exorta ou dissuade e quem acusa ou defende. Pois é evidente que quando a lei escrita seja contrária ao nosso caso, há que recorrer ao geral e ao razoável como melhores elementos de juízo, pois isso é o que significa ‘com o melhor critério’, não recorrer a todo o custo às leis escritas. E também que o razoável permanece sempre e nunca muda, como sucede com a lei geral (pois é conforme à natureza), enquanto que as leis escritas o fazem com frequência [...]o juiz ...deve distinguir entre a justiça adulterada e a legítima... E que ninguém escolhe o bom em absoluto, senão o que é bom para ele.” (Aristóteles. Retórica. Madrid: Alianza Editorial, 1998, p. 134). Também em CÍCERO pode-se ler a ordenação da conduta destinada a atingir a justiça, com as seguintes palavras: “Se a definição de Aquiles é justa, nunca se deve enganar ou dissimular. Um homem de bem nunca faria tais transgressões, nem para vender mais caro, nem para comprar por melhor preço. Essa espécie de fraude é mesmo reprimida pela lei, como se vê da Lei das Doze Tábuas a respeito da tutela, e a Lei Laetoria sobre a ocultação de menores; e mesmo sem as leis, ela é prevista nos contratos onde usualmente se inscreve as palavras ‘de boa-fé’, bem como em todos os atos em que dominam formas solenes, como nas convenções matrimoniais, ‘em todo o bem e justiça’; e nos fideicomissos, ‘como se trata entre gente honesta’”. (Cícero. Dos Deveres. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 130).

⁷² BOBBIO, Norberto. *Ibidem*, p. 27.

Com efeito, Thomas Hobbes defendeu o poder absoluto e sustentou que o soberano, agindo em nome do Estado, deveria exercer o monopólio estatal da elaboração das leis e da jurisdição, para impor à sociedade como critério de distinção entre o bem e o mal.⁷³ A imposição decorre, assim, do fato de que o Estado reúne o poder da coerção e o poder de elaborar a norma de direito, utilizando-se, para isso, caso necessário, da coação. A desagregação, ou seja, o estado de anarquia, segundo Hobbes, dá lugar ao Estado – o ente capaz e legitimado para pôr fim à anarquia. No estado de anarquia, porém, não há como se alcançar a certeza quanto à eficácia da lei. Portanto, o Estado detém o poder coercitivo e, simultaneamente, o poder normativo; produz normas e coage para que tais normas sejam cumpridas. Hobbes é taxativo: “*a lei, em geral, não é um conselho, e sim uma ordem. Não é uma ordem dada por qualquer um a qualquer um, pois é dada por quem se dirige a alguém que é obrigado a obedecê-la*”.⁷⁴

As formulações de Hobbes (século XVII), como se sabe, não se destinavam à definição dos fundamentos do positivismo jurídico. O positivismo jurídico, tal como o conhecemos, é doutrina que tem suas raízes principais fundadas no século XIX, sendo freqüente ver-se associado a uma definição coercitiva do direito.⁷⁵ Ensina Bobbio que visão do direito como coação tem sua origem em Christian Thomasius, que viveu na Alemanha entre o final do século XVII e o início do século XVIII. Thomasius, prossegue Bobbio, repartiu as regras de conduta em três categorias (honestum=sobriedade; justum=direito; decorum=caridade). As normas de direito, para Thomasius, são as únicas que podem se fazer valer mediante a força.⁷⁶

Após registrar o pensamento de Kant (*Metafísica dos Costumes*), que define o direito como coercitivo, em contraposição à moral (não coercitiva) e de Rudolf von Jhering, que sustenta ser o direito o conjunto de normas coativas que vigoram em um Estado, Norberto Bobbio registra seu entendimento de que

⁷³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Editora Martin Claret, p. 196.

⁷⁴ HOBBS, Thomas. *Ibid.*, p. 197.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Cit., p. 147-159.

a formulação que mais coloca em evidência o significado da teoria da coação é de Alf Ross (*On Law and Justice*), para quem o sistema jurídico de uma nação é composto de normas que se referem ao exercício da força física. Com base nesse entendimento, é possível afirmar que o exercício da força pode se resumir a quatro pontos: 1) o direito define quem deve usar a força; 2) o direito define quando a força pode ser utilizada; 3) o direito define como a força pode ser utilizada; 4) o direito define a quantidade de força que pode ser utilizada.⁷⁷

Na próxima seção serão feitas considerações adicionais a respeito da produção estatal de direito.

Já é possível perceber, como achado relevante, resultante do processo que vai da monopolização da produção de leis pelo Estado até a localização de “*caminhos metodológicos*” que levaram ao terreno da semiótica jurídica, que o direito parece não poder prescindir do positivismo jurídico. Isto não significa que, ao decidir recursos, instâncias superiores, como as brasileiras, fazendo uso da reserva de jurisdição, adotem a doutrina do direito coercitivo e decidam causas realizando a simples aplicação de leis, produzidas por órgão estatal monopolista, a casos concretos. As cortes superiores brasileiras utilizam-se de outros instrumentos de decisão, como ver-se-á adiante nesta tese.

As Cortes Superiores brasileiras parecem necessitar da coerção que o positivismo jurídico traz consigo, uma vez que os julgados por elas produzidos operam a função de obscurecer a realidade e mitificar as decisões.

Nas seções seguintes buscar-se-á verificar essa hipótese e, ainda, qualificar que “positivismo” poderia amparar decisões com essas características míticas.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 150.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Ibid.*, p. 158.

II.2 – Produção normativa: considerações históricas adicionais

Ao longo da história das civilizações os indivíduos, a família, a igreja, grupos políticos, comerciantes, sindicatos, associações, ou, em termos gerais, as uniões formais ou informais de pessoas produziram normas para regular e vincular a conduta de cada ser humano, de seus pares, de seus iguais ou daqueles que com eles travavam contato. As normas assim produzidas destinavam-se a preservar essas instituições, eis que o homem busca regular o que ele deseja manter e, não, o que é, para ele, irrelevante, ou o que é irrelevante para o seu bem-estar na Terra. Preserva-se a vida, as liberdades, a incolumidade da saúde, a verdade, o patrimônio material e imaterial etc.

Regula-se, portanto, o que se quer ver funcionando conforme conceitos e concepções da consciência de pessoas ou de grupos. A partir de uma ordenação de fatos e de condutas desejáveis para os seres e coisas que cercam o indivíduo, o agrupamento ou a instituição estabelece suas normas. Assim agiram, conquanto em circunstâncias de tempo e de lugar inteiramente distintas, o pretor romano, o reduzidíssimo número de pessoas que integrava o “povo” da ágora, aqueles de insuficiente arbítrio do “cogito”, os Tribunais da Santa Inquisição, ou um “rei jurista” como Henrique II, da Inglaterra.

Como já observado, produziram-se, em maior profusão, normas à margem de um direito estatal e oficial, até o início do “século das luzes” (século XVIII), porquanto, até então, fazia pouco sentido falar em direito escrito e posto ou em “direito oficial”. O estado, reitera-se, acabara de se formar, como instituição organizada permanente, em termos modernos, para “oficializar” o direito e assumir, entre outras, a posição de monopolista na produção de normas de regulação da vida das pessoas e sociedades.

É lícito falar em direito “estatal” ou “oficial” a partir do século XVI e, principalmente, a partir do século XVIII, quando o estado, constituindo-se, estruturando-se e organizando-se, passa a ter existência real e legal. O Estado

passa a “fazer sentido” como entidade essencial que se foi tornando, para a vida do homem.

Alguns séculos antes iniciara-se um longo processo de construção (ou de reconstrução) normativa (reconstrução do direito romano). Esse processo vai avançar celeremente com a edição de *ordonnances*, a elaboração de normas escritas ordinárias e das primeiras constituições de Estados, além das codificações, tudo culminando no caráter corriqueiro e, mais tarde, até mesmo explosivo, em quantidade e abrangência, da produção normativa, a partir do século XIX.

O estado que emerge do Absolutismo, da Inglaterra, após a vitória do “direito de representação” e do Parlamento com a “Glorious Revolution” e as duas Revoluções Industriais, o estado que emerge da Confederação norte-americana ou da Secessão resolvida, ao final do século XIX, ou o estado que emerge da Revolução Francesa, pelo menos após o “constitucionalismo fugaz” que se seguiu à Revolução: esse estado era uma veraz instituição jurídico-política. Para sê-lo, constituições foram elaboradas nos países de tradição romano-germânica, estruturando os poderes do Estado e organizando tais poderes. À dominação jurídica sobre as pessoas acrescentou-se intensa dominação político-administrativa, a ponto de ter surgido a necessidade, a partir da Independência americana e da Revolução Francesa, da definição, no plano normativo, de anteparos fundamentais, que não permitissem a destruição do homem pelo Estado, estado este que, ele próprio, o homem, edificara.

O pensamento jurídico produziu um elenco de direitos, para proteger os indivíduos contra o poder estatal. Erigiram-se direitos fundamentais de defesa (os direitos atualmente conhecidos como de “primeira geração”), que representavam a pedra de toque da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (EUA), da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França) ou do “Bill of Rights”, conjunto das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América.

Acentuou-se, por outro lado, a colidência. O “legalismo positivista” que emergiu das “revoluções” aludidas redundava na produção de normas jurídicas estatais que não atendiam às necessidades ou aspirações da sociedade.

No final do século XIX, Ferdinand Lassalle alertava que a destruição, em um incêndio, de toda a legislação de um reino não seria capaz de apagar a memória jurídica do povo, desde que as normas refletissem os fatores reais de poder existentes na sociedade⁷⁸. E se se quiser ir bem além do sociologismo jurídico, basta que acrescentemos algumas lições do decisionista alemão Konrad Hesse⁷⁹, para constatar que normas jurídicas somente teriam eficácia ou efetividade se possuíssem força normativa. Modernamente, isto equivale a dizer que o Poder Legislativo faz leis, mas não incumbe a ele produzir normas jurídicas (Friedrich Müller)⁸⁰.

Almeja-se a estabilidade e a eficácia na produção de normas jurídicas. Estabilidade e eficácia que não coloquem em confronto a sociedade, destinatária das normas e o Estado que as produz.

Um fenômeno, porém, deve merecer atenção, no tocante à produção de normas jurídicas. Trata-se do avanço dos chamados “pluralismos jurídicos”, que querem reproduzir, em escala ampliada, a produção de normas para pequenos grupos dentro da sociedade como bem acentuado pelo gênio de Georges Burdeau.⁸¹

⁷⁸ LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

⁷⁹ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁸⁰ Cf. ,entre outros, MÜLLER, Friedrich. Direito, Linguagem, Violência. Elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

⁸¹ BURDEAU, Georges. L'État. Paris: Éditions du Seuil, 1970. São de Burdeau construções magníficas sinalizando que o Estado é uma idéia, construída pelos homens; o homem inventou o estado, assevera Burdeau, para não ter que obedecer a outros homens; a obra por ele construída, assim, resulta ser uma forma de poder que enobrece a obediência; esse mesmo estado somente “faz sentido” se atender às demandas (sociais) dos homens. Para tanto institucionaliza-se o poder do Estado, porque, nas palavras de BURDEAU, “L’homme a besoin d’accrocher son amour ou sa haine à des signes, à des images, à des fétiches. Mais à côté de cette disposition primitive, il y a en lui, non plus dans sa chair mais dans son esprit, un mouvement qui l’entraîne à concevoir et à abstraire, une capacité intellectuelle qui lui permet d’aimer sans voir, de croire sans toucher, d’obeir à une discipline qui se passe du fouet. (Ibid. p. 30). A idéia de direito, acrescenta Burdeau, é a representação da ordem desejável, da mentalidade coletiva, do consenso dominante. Na verdade, o estado é o que merecemos que ele seja (l’Etat est ce que nous

Esses “pluralismos” envolvem, por um lado, o dilema da estatalidade e da não-estatalidade da produção normativa. Por outro lado, coloca-se a produção normativa dinâmica e, com acentuada massa de eficácia, derivada de órgãos do estado originalmente não produtores de regras de conduta para a sociedade.

A produção normativa apresenta dois aspectos relevantes, no que toca ao atendimento às necessidades da sociedade. Em primeiro lugar, quando está direta e imediatamente referenciada à sociedade, a produção normativa, ainda que não estatal, pode mostrar-se capaz de dinamizar a realidade e de agir como elemento de estabilidade jurídica e social, como veremos em seção posterior desta tese. O direito produzido pelos órgãos não legislativos é de aplicabilidade imediata e concreta, mostrando-se apto a solucionar conflitos de interesses, podendo o direito assim criado, aceitar “alguma” regra do precedente, reproduzir-se com rapidez, eficácia e coatividade não existentes em uma norma jurídica abstrata estatal.⁸²

Em segundo lugar, a produção normativa “pluralística” parece apta a ultrapassar os umbrais do corporativismo que caracterizaria órgãos legislativos modernos e que contaminaria órgãos judiciários que tentam assumir a posição de produtores de legislação positiva, em um ativismo judicial, no mínimo, discutível, eis que se apresenta festejado por uns e condenado por outros teóricos.

Essas considerações, contudo, como ver-se-á adiante, não significam que a lei se tornou inútil, ou que está a “sobejar” o poder incumbido, originariamente, na separação de poderes, de produzir as leis. É que, sem leis

méritons qu’il soit), o que não afasta uma forte ambigüidade na idéia de Estado. Trata-se, ao ver de Burdeau, do fato de que o Estado não se limita; ele já nasce limitado; ele é limitado pelo direito, segundo Burdeau, porque o poder do Estado é juridicamente condicionado pela idéia de direito que o legitima.

⁸² Mais uma vez vem a pelo a severa advertência de Friedrich Müller, no sentido de que os legisladores não fazem normas jurídicas; eles elaboram “pedaços de papel” a que se dá o nome de “leis”, o que, em nenhum momento assegura que o que neles se contém irá deixar a “forma impressa” para se transformar em instrumento de ordenação da sociedade e dinamização do real.

ou cessada a produção de novas leis, os conflitos oriundos das relações jurídicas novas, desconhecidas até então, ou das relações jurídicas que até então não desencadearam pretensões resistidas, teriam que ser decididos por outro Poder do Estado – o poder executivo ou jurisdicional, evidentemente. O “executivo”, nas mãos de soberanos, exerceu os poderes de legislar e de julgar por muitos anos, com resultados tão indesejados, como já se observou, quanto indesejados são os resultados da aplicação automática da lei aos casos concretos, sem jamais se sopesar os valores que devem estar presentes na operação subsuntiva ou as conseqüências que dela poderão advir.

Encerrado o período absolutista, somente o poder judiciário se colocou como o poder que poderia não somente aplicar a lei, quando existente, mas também métodos de integração da norma jurídica que o Direito ia consagrando, a exemplo da analogia, da equidade ou dos princípios gerais do direito. As sociedades se têm preocupado em escapar do *non liquet* (não julgamento) romano. A preservação da ordem social exige que os conflitos de interesse sejam resolvidos, realizando-se a vontade concreta da lei.

Por conseguinte, o Estado Democrático de Direito e a separação de poderes são “paradigmas”, no sentido dado à palavra por Thomas Kuhn, de superação improvável (e não desejável), no horizonte próximo. Também é um “paradigma” o império da lei e a limitação, maior ou menor, mas de sinal positivo, da atividade criadora de direito pelo juiz. A cada momento, em cada passo da evolução moderna das sociedades, qualquer que seja o processo de mudanças contemporâneas por que passem, esses paradigmas têm feito enorme sentido político, social e ideológico, devendo qualquer tendência à superação deles ser examinada com cautela.

Esses “paradigmas” podem auxiliar na compreensão dos fundamentos pessoais ou dogmáticos de que faz uso o juiz ao decidir, bem assim das razões e dos limites da atividade dos órgãos jurisdicionais das instâncias superiores brasileiras, quando decidem os recursos a elas submetidos. Chegam a milhares as decisões proferidas por essas instâncias mensalmente, o que

conduz ao suposto de que, invocando o princípio da legalidade, essas jurisdições estejam produzindo decisões que contrariam a vontade da lei e o ideal de justiça. Passa-se, assim, com mais vagar, ao exame do dogma da divisão de poderes.

II.3 - O dogma da divisão de poderes e o juiz

Porém, a atividade de julgar, de resolver litígios, de determinar qual é o direito aplicável a determinadas situações concretas apresentou colossal diversidade ao longo do tempo. Em Roma, Direito primitivo, transição com a Lei das Doze Tábuas e o direito pretoriano são os modos de produção do direito descritos pelos historiadores, partindo-se da concepção da lei como parte da religião, até se tornar propriedade de todos os cidadãos.⁸³

Ora são os reis que julgam nas cidades antigas, eis que sacerdócio, justiça e governo reúnem-se na mesma pessoa, ora são os sacerdotes que julgam, eis que os atos da vida humana ligavam-se à religião.⁸⁴ O sacerdote era juiz do incesto e do celibato, segundo Fustel de Coulanges, referindo-se ao pontífice e ao sacerdote romanos. Mais tarde, a Lei das Doze Tábuas traduz-se em transformação da sociedade de tal ordem, que a lei, de instrumento haurido na religião, torna-se obra de homens, podendo, assim, ser invocada pelos patrícios romanos, que as escreveram, ou por plebeus, para quem foram escritas. O mesmo estágio intermediário ocorre no direito em Atenas, com o código de Sólon, ainda na minudente descrição de Fustel de Coulanges.⁸⁵ As Doze Tábuas, em Roma, e o código de Sólon, em Atenas, distanciam-se no tempo e no conteúdo do direito primitivo romano.

Já o pretor romano possuía características que merecem ser destacadas. O *praetor urbanus* apreciava litígios entre cidadãos romanos; o *praetor peregrinus* apreciava litígios entre cidadãos romanos e estrangeiros ou entre estes últimos. O pretor romano, como se sabe, não julgava os litígios. A ele incumbia indicar o juiz, dentre particulares, ou dentre escolhidos por estes, que iria julgar o litígio. Caminhou-se na direção da separação entre a religião e o estado e entre religião e o direito. Fustel de Coulanges expressa seu

⁸³ COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 318 e ss.

⁸⁴ COULANGES, op. cit., p. 197.

⁸⁵ COULANGES, op. cit., p. 323 e ss.

entendimento de que o governo, a religião e o direito perderam o vínculo com a família e permitiram a emancipação do indivíduo, que passou a perceber que existem outros deveres, além daqueles para com o Estado e outras virtudes, que não as virtudes cívicas.⁸⁶

Na Idade Média espalharam-se tribunais ou assembléias feudais, formadas por vassallos, que julgavam tendo em vista o resultado dos ordálios, ou seja, de duelos. Ensinam os historiadores que, na crença de que Deus sempre protegia os inocentes, antes de proferir uma sentença o acusado era submetido à prova do fogo, segurando barra de ferro incandescente, ou à prova da água, na qual a mão do acusado era imersa em água fervente. Aquele que vencía o flagelo, era considerado inocente, pois havia sido protegido por Deus. Ainda na Idade Média, estabeleceu-se que o rei não podia ministrar a justiça. E sequer se podia esperar que semelhante tarefa fosse entregue a um soberano.

Se se puder encontrar um traço comum da Europa medieval, certamente esse consiste na fragilidade relativa do poder real, em razão da notória divisão do mando entre os representantes variegados da aristocracia e a igreja. Trata-se da dispersão do poder, em meio a sociedades imersas por séculos na escuridão, com ausência de direito escrito e de quem pudesse produzi-lo ou até de quem pudesse compilá-lo, até as experiências de ressurgimento do direito romano na Europa, marcadas pelo relevo de Bologna, entre outros centros que contribuíram para o ressurgimento desse direito.

Digna de nota é, tempos mais tarde, a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, ocorrida em 1688/1689, que tem como consequência relevante a independência dos juizes e do Parlamento. Os juizes ingleses tinham o mesmo prestígio de uma autoridade real. Representavam o rei. Observe-se, também, que na América, até o século XIX, ainda existiam assembléias estaduais que detinham competência para realizar determinados julgamentos. Nos EUA

⁸⁶ COULANGES, op. cit. p. 365.

somente no século XX alcançou-se, em todos os estados, o julgamento por tribunais independentes, com base na supremacia da lei.

A supremacia da lei nos julgamentos efetuados pelos órgãos judiciários instituídos nos diversos Estados contemporâneos significaria uma aproximação dedutiva, na qual se deixaria o campo do direito natural imutável e se alcançaria o terreno do dever ser: o direito legislado, mutável. A generalidade e abstração da lei, sustentam os normativistas, possibilitaria a aplicação do silogismo judicial, sem dar lugar a subjetivismos que tornassem incontrolável o sentido da decisão judicial que deveria ser aplicada ao caso concreto.

Ocorre, porém, que, após a formação dos Estados Nacionais, mas muitos anos antes que se firmasse o conceito de Estado Democrático de Direito, na prática jurídico-política das nações, a separação ou divisão de poderes adquiriu a condição de dogma necessário à disseminação do direito como fenômeno social. Montesquieu, com *O Espírito das Leis*, lançou, no século XVIII (1748), a doutrina do Estado que se rege pela divisão dos poderes, no qual o poder de uma autoridade deve encontrar limites no poder de outra.

É conhecida a divisão de poderes desenhada por Montesquieu. O poder era dividido entre o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil. Destacando seu conceito de liberdade, Montesquieu pregou que a liberdade não existe quando o poder de julgar não está separado do Legislativo e do Executivo. A aproximação ao conhecimento feita por Montesquieu foi feita mediante o uso do método indutivo, partindo da experiência histórica dos governos por ele conhecidos até a sua época. Porém, tamanho era o temor que a história havia infundido em Montesquieu, que ele afirma, *verbis*:

“Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. [...] O mesmo corpo de Magistrados tem, como Executor das leis, todo o poder que ele se atribuiu como Legislador. Ele pode, através de suas decisões gerais, devastar o Estado; e, como ainda tem o Poder de Julgar, pode destruir cada cidadão, com suas decisões particulares.”⁸⁷

O juiz de Montesquieu, além de ser apenas a “boca que pronuncia as palavras da lei”, não pode moderar a força nem o rigor da lei, porquanto se trata de um “ser inanimado”, que repete monocordicamente a lei. Porém, é tal o temor com respeito aos juízes que não se devem ter os juízes sob os olhos continuamente, segundo Montesquieu.⁸⁸

Publicado em 1748, o *Espírito das Leis*, é consabido, influenciou sobremaneira a construção do Estado moderno, partindo da análise indutiva de que é inerente ao homem abusar do Poder, a menos que sejam impostos limites a tais abusos. A divisão de poderes representa freio que limita os abusos do Poder. A construção das idéias a respeito do Estado incorporou, com refinamentos significativos, a concepção de divisão de poderes de Montesquieu, sem demonstrar o receio no que concerne ao caráter monolítico dessa divisão, que transparecia no corpo do *Espírito das Leis*.

Partiu-se da divisão de poderes de Montesquieu para alcançar, pouco mais de cem anos depois, o sistema de “checks and balances” norte-americano, que completou a construção teórica acerca dos freios necessários à atividade estatal. O juiz norte-americano, na magistral síntese de Alexis de Tocqueville, é uma força política que parece oculta. Ele convive com a lei, sem ter que com ela lidar ou se deparar, a não ser quando surge um interessado nos serviços do juiz como árbitro, que a ele traz um litígio, inscrito em um processo, no qual busca-se solução para um caso particular. Ao agir assim, os juízes ocupam o papel festejado por Tocqueville de fornecer força moral para

⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 168.

⁸⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Ibid.*, p. 170 e 178.

as decisões dos governos. Esse papel, aliado à força material dos governos, é o que permite que não soçobrem os governos diante dos que a eles se opõem. A força moral dos tribunais evita que os governos evitem o emprego da força material de que dispõem.⁸⁹

Esta breve digressão ilustra acontecimentos históricos relevantes para a compreensão do papel do Poder Judiciário na divisão de poderes.

A doutrina contemporânea não oferece grandes objeções ao dogma da divisão de poderes, desde que ele não seja tomado na acepção da proibição de qualquer exercício das funções de um poder do Estado por outro. Na verdade, reconhece a doutrina que o Direito tem deixado, por exemplo, “*uma certa latitude no prudente arbítrio do juiz [...] até no Direito penal, onde especialmente o juiz é obrigado a rigorosamente confinar-se à lei*”. Neste caso, *a margem dada pela própria lei ao juiz autoriza que este, ao aplicar a pena, aprecie as circunstâncias presentes por ocasião da prática do delito.*⁹⁰ Do mesmo modo que ocorre com o Judiciário, aceita-se que os demais Poderes da tripartição contemporânea exerçam funções de outro poder, desde que não se configure a hipótese do abuso de Poder, com a intromissão e usurpação *contra legem* das funções de um poder por outro. Assim, enquanto Montesquieu demonstrou preocupação com a divisão de poderes, o sistema de “freios e contrapesos”, ideado no constitucionalismo americano, mais de um século depois, trouxe instrumentos que ingressaram no direito positivo, diretamente (lei=constituição) ou através de precedentes (“common law”), realizando a tarefa de conter os abusos e permitir o controle de um poder por outro, através da permanente busca do equilíbrio entre esses mesmos poderes.⁹¹

⁸⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América: leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 112 e 157.

⁹⁰ DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 379.

⁹¹ O “judicial review” norte-americano, introduzido com o julgamento do célebre caso MARBURY versus MADISON, em 1803, é uma demonstração da independência institucional do Poder Judiciário, que é revelada pelo fato de que a esse poder é entregue a competência exclusiva para rever as suas próprias decisões, a par de lhe ser dada a competência para dizer o direito que será aplicado aos casos concretos, inclusive, no caso da corte suprema, a competência para fazê-lo em último lugar. Todavia, é evidente que essa soma de poderes atribuídos ao Judiciário lhe foram conferidos mediante a garantia da vedação ao abuso de poder, o que significa que o sistema jurídico, como um todo, tem de tender ao

Contemporaneamente, a divisão de poderes do Estado continua, porém, a suscitar controvérsias. No plano doutrinário, recentemente, no Brasil, o tema recebeu tratamento precioso da pena do percuciente Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁹² Sustenta ele que o Judiciário foi concebido como um dos três poderes do Estado em razão da confluência de princípios como a soberania nacional (a nação; v.g. aquela resultante da Revolução Francesa), a divisão dos poderes (separação entre a política e o direito) e o caráter privilegiado da lei como fonte de direito. O Poder Judiciário, ressalta Tércio, não é um poder “separado” dos demais, mas, sim, um poder **neutralizado** pelos demais. O conceito de **neutralização do Poder Judiciário** apóia-se no princípio da legalidade, segundo o qual são proibidas decisões que contrariem a lei, e também na utilização da subsunção como método de aplicação do direito.

O Poder Judiciário, assim, é organizado, nos Estados Nacionais, como um poder politicamente neutro. Da neutralidade do juiz resulta a segurança jurídica e a conseqüente previsibilidade das decisões judiciais. Porém, essa neutralidade não significa paralisação do Poder Judiciário, eis que não afeta esse poder funcionalmente, mas, sim, politicamente. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

“A neutralização política do Judiciário, conseqüência da divisão dos poderes e espinha dorsal do estado de direito burguês, esclareça-se, não é, propriamente, um tipo de indiferença genérica. Não significa, na concepção liberal que se firmou durante o século passado, uma espécie de alheamento político. [...] Neutralizar, portanto, não significava tornar genericamente indiferente, mas gerar uma indiferença controlada, ou seja, estabelecer uma relação em que a indiferença é garantida contra expectativas de influência. A neutralização, nesse sentido, não torna o Judiciário imune, *de fato*, a pressões de ordem política. Sua neutralização não se dá a nível dos fatos, mas a nível das expectativas institucionalizadas: ainda que de fato haja pressões políticas, estas institucionalmente não contam. A independência do juiz, dirá o jurista consciente dessa institucionalização, exige que ‘a crença nela esteja enraizada profundamente na população’ (Mannlicher, Die richterliche Unabhaengigkeit, citado por Marcic...). Pois só desse modo a pressão política, como fato, se descarta como versão ética. Uma das mais importantes conseqüências da neutralização está, assim, no tratamento da relação entre

equilíbrio, no tocante à divisão de poderes, sem o prevalecimento de nenhum poder sobre outro, como já se observou anteriormente.

⁹² FERRAZ JR., TÉRCIO SAMPAIO. O Judiciário frente à divisão dos Poderes: um princípio em decadência? Disponível em www.usp.br/revistausp/n21/ftercio.html. Acesso em 21.07.2003.

direito e força ou violência física no sistema político. Ela permite que o Legislativo seja despido de seu uso e que o Executivo dela faça uso sob o controle do Judiciário, o que, enfim, realiza o postulado da concentração da força nas mãos do Estado e da proibição do uso privado da força.”⁹³

O Judiciário não concentra forças, afirma Tércio, mas controla o exercício da força pelos demais poderes. A “neutralização” do Judiciário faz dele o “guardião ético dos objetos jurídicos”, tornando pragmática a atuação desse Poder (a relação meio e fim rege o funcionamento do Judiciário).⁹⁴ Por isso, a **desneutralização** política do juiz pode ter conseqüências nefastas para a sociedade, eis que um Judiciário “politizado” é sinônimo de contaminação das decisões dos juízes, ou seja, ter-se-á, segundo Tércio, uma “*rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo*”.⁹⁵

O Poder Judiciário, assim entrevisto, põe-se diante de dois caminhos. **Neutralizado**, no sentido que se acabou de expor, ele pode oferecer decisões em consonância com as necessidades da sociedade, ao mesmo tempo em que pode oferecer segurança jurídica, traduzida pela possibilidade de controlar-se, através da lei, a produção do juiz. A **desneutralização** terá efeitos opostos e, certamente, terá como conseqüência a atuação de um Poder Judiciário que desequilibra as relações de poder e oferece à sociedade precisamente aquilo de que ela não necessita, qual seja, o “juiz-protagonista”, mistificador, sempre no sentido perverso do termo.

Há que se ter cautela, porém, no exame do funcionamento de órgãos judiciais. A **neutralização** do Poder Judiciário, exposta acima, reúne condições de possibilidade de mitificar a decisão judicial, de mistificar a realidade a ser subsumida e, pois, de possibilitar a utilização da lei como instrumento de obscurecimento do real. Informações adicionais são necessárias para que se

⁹³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Ibid., p. 4.

⁹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Ibid., p. 8.

⁹⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. p. 8-9.

compreenda o *modus operandi* das cortes de justiça na produção de decisões mitificadas e mistificadas de litígios.

II.4 - Do ressurgimento do direito romano no Ocidente às codificações: o Direito Positivo produzido para servir à evolução do capitalismo

Ensinam os historiadores do direito que o termo *codex*, de origem romana, significa a reunião material de elementos antes dispersos, tendo recebido o nome de códigos compilações pré-romanas e, principalmente, romanas de direito, desde que compilassem, de algum modo, o direito conhecido.

Dentre os historiadores, Gilissen descreve que, após a derrocada do Império Romano do Ocidente, desenvolveu-se esforço fenomenal de compilação, sob o governo de Justiniano (527-534 d.C), resultando no *Codex Justiniani*, que substituía o Código Teodosiano com leis imperiais, no *Digesto*, com cerca de 1.500 livros trazendo textos da lavra de Ulpiano, Paulo, Gaio, Papiniano e Modestino, as *Institutiones Justiniani*, ou um manual de ensino de direito, e, ainda, as *Novellae*, reunindo constituições promulgadas por Justiniano. O trabalho dos compiladores resultou no conjunto que veio a ser denominado *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, tendo subsistido, com alterações, até a Queda de Constantinopla, em meados do século XV.⁹⁶ Seguiu-se, ainda segundo Gilissen, período de “escuridão” na produção de direito, marcado pelas últimas compilações do século IX, até o início das ordennances dos reis da França, no século XII.

As codificações espalharam-se pela Europa na era moderna (v.g. Dinamarca, 1683; Noruega, 1687; Islândia, 1689; Suécia e Finlândia, 1734) assim entendido o período em que floresceram os Estados nacionais e se desenvolveram, até alcançar os processos de unificação e definição de fronteiras nacionais, como sucedeu com a França, Alemanha ou Itália.

⁹⁶ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

No século XVIII são relevantes as experiências de codificação realizadas na Prússia (1794), na Baviera (1751-1756) e na Áustria (1760-1811). Porém, o ano de 1804, representa o seguro marco fundamental da codificação moderna, pois nele passou a vigorar, foi conhecido em todo o mundo e influenciou a produção do direito positivo o Código Napoleão (“Code Napoléon”). Não é por outra razão que se conhecem os Códigos Civis da Áustria, de 1811, da Holanda de 1839, de Portugal de 1867, da Espanha de 1888, até se chegar ao famoso Código Civil da Alemanha de 1900.

As codificações modernas representam autêntica revolução na produção do direito e refletiam o que se passava no plano da realidade. Por um lado, o Estado se organizava e se estruturava para acompanhar o desenvolvimento da indústria, do comércio interno e exterior e as transformações profundas que se passavam nas relações sociais, fruto de duas revoluções industriais, da revolução nos transportes e das transformações na agricultura e finanças que o mundo conheceu entre o Século XVIII e a entrada do Século XX. Por outro lado, o Estado também passa a “fazer sentido” político, jurídico e econômico, porquanto a Nação - conceito haurido na Revolução Francesa (1789) - necessita de foros para se manifestar. Não é por outra razão que o conceito de representação, que seduziu os ingleses desde a Magna Carta até consolidar-se em virtude da Glorious Revolution (1688-1689), também desafiou os revolucionários norte-americanos, manifestando-se, porém, com intensidade amplificada, na França, como Abade Sièyes e os que lhe seguiram os passos. O Estado, na França, organizou-se para representar a Nação. Ou, visto sob outro prisma, o Terceiro Estado queria representação, ou seja, queria outorgar ao Parlamento sua função de representação democrática, para agir como legislador positivo, em linha com o que um dia enunciaram Locke, Rousseau e Sièyes, arquiteto do mandato representativo.⁹⁷

⁹⁷ Impende ter sempre cautela, ao referir-se à representação, eis que, nas palavras de ZIPPELIUS, do ponto de vista do ideal democrático, o sistema representativo é “uma forma de Estado faute de mieux”, ou seja, aquele que está sempre aquém do ideal, em termos de participação, diante dos elementos oligárquico-elitistas que impregnam a democracia representativa. Trata-se, pois, de concentração de poder com desigualação política e social, com respeito à qual não se devem admitir hesitações: é necessário repelir essas distorções. Ver a esse respeito ZIPPELIUS, REINHOLD. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 237.

O Estado, como se viu acima, assumiu, definitivamente, o papel de detentor do monopólio da violência no final do Século XVIII. A unanimidade da doutrina destaca que a dicotomia direito público versus direito privado não era relevante ou não fazia sentido antes do Século XIX⁹⁸. Destacam alguns os “códigos” eminentemente territoriais ou locais que vigoraram até se iniciar a codificação francesa (Códigos napoleônicos: Código Civil, 1804; Código de Processo Civil, 1806; Código Comercial, 1807; Código Penal, 1810; Código de Instrução Criminal, 1808), que, como se viu influenciou todo um processo de codificação na Europa e no resto do mundo, até culminar com as codificações do reino belga, da Itália (Codice Civile), oriunda do movimento de unificação nacional (1867), e as codificações que se seguiram à unificação alemã (1871). Breve exame da codificação permitirá que se avance ainda mais na compreensão dos instrumentos utilizados pelo Poder Judiciário na produção de decisões relativas aos litígios que ocorriam na sociedade.

⁹⁸ Para KELSEN, a dicotomia direito público/direito privado representa uma intromissão da política na teoria do Direito. Segundo ele: “Esta irrupção da política na teoria do Direito acha-se favorecida por uma funestíssima distinção que hoje constitui um dos mais fundamentais princípios da moderna ciência jurídica. Trata-se da distinção entre direito público e privado. Embora esta antítese constitua a medula de toda a sistemática teórico-jurídica, é simplesmente impossível determinar, com alguma fixidez, o que se quer dizer, efetivamente, quando se distingue entre o direito público e o direito privado. É certo que se devem destacar determinados domínios jurídicos, qualificados por seu conteúdo especial, os quais se contrapõem convencionalmente ao direito privado na qualidade de direito público. Assim, no direito público se incluem o direito político, o direito administrativo, o direito processual, o penal e o canônico (este enquanto se refira predominantemente aos demais); todo o direito restante é direito privado. Mas, se se perguntar qual o fundamento desta divisão, entra-se, em cheio, no caos das opiniões contraditórias. De início, não há segurança no objeto da divisão, a qualidade de público e privado se atribui indistintamente ao direito objetivo, às normas, ao direito subjetivo e às faculdades e deveres que constituem a relação jurídica. Se ao direito objetivo se reduzir o direito subjetivo, uma divisão deste importará, ao mesmo tempo, a divisão daquele. Acrescente-se que à dualidade do objeto da divisão prende-se uma antítese dos critérios segundo os quais a divisão é feita”. Ver KELSEN, Hans. Teoria Geral do Estado. pp. 105 e ss.

A partir do final do Século XVIII e, em especial, no decorrer do Século XIX, desenvolve-se a chamada Escola Histórica do Direito, promovendo estudos sobre o direito público romano e grego, bem assim sobre o processo civil clássico, que representaram, no dizer de Gilissen, as primeiras obras de doutrina elaboradas por juristas na vigência do Código Napoleão.⁹⁹ Descobria-se a história do direito da Antigüidade para tentar torná-lo aplicável a qualquer época e lugar.

Ainda no século XIX desenvolveram-se na França, na Bélgica e na Alemanha obras jurídicas que se alinhavam com o intenso movimento racionalista que se via no plano da filosofia. Ao legislador era atribuído o monopólio da produção do direito, que tinha uma só fonte: a lei. A lei e, portanto, o direito, eram, seguramente, estatais. A par disso, a interpretação do texto da lei dever-se-ia fazer pela via do raciocínio o lógico, imperando o racionalismo. François Laurent, citado por Gilissen, aplicando o método exegético, ensinava que *“o direito é uma ciência racional; o juiz não pode desobedecer a letra da lei sob o pretexto de penetrar no seu espírito; os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, pois o direito está feito. Acabara a incerteza: o direito estava escrito nos textos autênticos”*.¹⁰⁰

⁹⁹ GILISSEN, John. Op. cit. p. 514. GILISSEN destaca que os expoentes da Escola Histórica foram Eichhorn, Jacob Grimm, Beseler, Hugo, Savigny e Puchta.

¹⁰⁰ LAURENT, François. *Principes de droit civil*, p. 414, apud GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 517. Expoentes da Escola da Exegese, além de Laurent, são Windscheid e Von Jehring, que representavam a pandectística alemã, ou seja, o movimento que preservou o direito romano, tal como ensinado nas universidades, como base do direito privado, na ausência de codificações de relevo que se impusessem como base do positivismo legalista.

II.5 – O Direito estatal constitui o Estado e seus Poderes

O direito estatal reúne condições para transpor os umbrais do Século XXI e permanecer como fonte por excelência de regulação e controle da vida social? Essa pergunta tem sido respondida com exacerbado ceticismo, até mesmo por doutrinadores que não demonstravam, até há pouco, grande desassossego diante da estatalidade do direito. Uma posição inteiramente oposta ressalta que, com a correção de rumos que passe pelo pensar novamente as fontes de produção e de aplicação do direito estatal, os obstáculos que identificados em desfavor dessa forma de regulação da vida social poderiam ser superados.

A idéia de se legislar para constituir estados ganhou relevo no século XVII. A partir da Inglaterra, todo o mundo capitalista já havia sido influenciado pela Magna Carta, de 1215, pelo Bill of Rights, de 1688, e pela Declaração de Direitos e Ato de Estabelecimento, de 1701. No **Bill of Rights**, treze artigos contemplam restrições às prerrogativas do governante. Da Inglaterra, apesar de adepta do Common Law, recebe-se a influência da estabilidade das instituições, e, em especial, da supremacia do parlamento.

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, possui sete sintéticos artigos, aos quais se seguiram vinte e sete emendas. Nas dez primeiras emendas, os direitos e garantias fundamentais foram explicitados. Karl Loewenstein¹⁰¹ ensina-nos que as disposições da Constituição americana foram redigidas com felicidade, especialmente ao distribuir competências entre o Estado Central e os Estados-Membros da Federação. A partir da feliz redação da Constituição Americana e das emendas que, há cerca de duzentos anos, deram-lhe quase a totalidade da feição atual, o controle judicial enraizou-se como norma constitucional não escrita, prossegue Loewenstein,

¹⁰¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de La Constitución*, 2ª edição, Ariel, Barcelona, 1970. Nas palavras de Loewenstein, “tan felizmente redactadas, especialmente las referentes a la distribución de competencias

possibilitando a realização de mutações constitucionais sem a alteração do texto da Lei Maior.¹⁰²

Carl Schmitt leciona que as constituições nascem mediante decisão política unilateral do sujeito do Poder Constituinte ou através de convenção de vários desses sujeitos. Segundo ele, a constituição nasce com o próprio estado, ou, em palavras precisas: “Constitución em sentido positivo significa un acto consciente de configuración de esta unidad política, mediante el cual la unidad recibe su forma especial de existencia”.¹⁰³.

Ensina Carl Schmitt, porém, que os pactos medievais não representavam “constituições”, na acepção moderna do termo, porquanto não tinham como objetivo fundar uma “unidade política”. Resolviam conflitos entre classes (“estamentos”), além de limitar e controlar o exercício do poder pelo monarca (“príncipe”). A noção de estado era distinta daquela que invadiria a Europa no Século XX. Como ensina Carl Schmitt, na maior parte dos estados da Europa a “unidade política” decorreu do absolutismo monárquico, ou seja, a organização política institucional surgiu para se contrapor ao absolutismo monárquico.

O direito, entretanto, permaneceu na esfera das relações privadas, como cabia esperar de uma evolução com escassas preocupações relacionadas à unidade política. Um dos pontos culminantes da evolução do direito que se positivava consistiu nas codificações, como já mencionado, a exemplo do Código Napoleão, de 1804, e do movimento legislativo por este engendrado.

A divisão do direito em duas grandes categorias, o direito público e o direito privado, correspondeu à noção de que o interesse geral e os interesses particulares tinham de ser levados em conta segundo distintas concepções dos

entre el Estado central y los Estados miembros, que por medio de la interpretación judicial pudieron ser adaptadas a las relaciones sociales sometidas a un cambio constante”, p. 167)

¹⁰² Não se pode confundir a “estabilidade” do texto constitucional com o reduzido número de modificações materiais nesse texto. No caso norte-americano, como Loewenstein bem ressalta, “los padres de la Constitución de 1787 tendrían realmente que hacer un gran esfuerzo para reconocer su creación” (idem, ibidem). É, assim, a jurisprudência que conduziu às mutações constitucionais de amplíssimo alcance no caso americano.

fenômenos jurídicos de que se originavam e que geravam. Ainda com Carl Schmitt, “*En la Revolución francesa de 1789 surge la Constitución moderna, mixta de elementos liberales y democráticos. Su supuesto mental es la teoría del Poder constituyente. La Teoría del Estado de la Revolución francesa pasa a ser así una fuente capital, no sólo para la dogmática política de todo el tiempo siguiente (...), sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la moderna Teoría de la Constitución.*”¹⁰⁴

A partir da experiência francesa, dois elementos fundamentais puderam ser percebidos, segundo Carl Schmitt. Em primeiro lugar, o povo francês constituiu-se como sujeito do Poder constituinte, dando a si mesmo uma Constituição, que refletia a sua unidade política, ou seja, a sua afirmação como Nação. Em segundo lugar, a Constituição assim gerada representou a imposição de limites e de controles ao poder do Estado. Para Carl Schmitt, tal significou colocar a Nação como sujeito do Poder constituinte, defrontando-se com o Monarca absoluto, o que tinha como resultado a supressão do absolutismo. Trata-se, assim, da afirmação do princípio democrático, como antes se viu.

Como se vê, nos países em que o direito repousa na tradição romano-germânica, a lei tornou-se a fonte primordial do direito. São eles países assim denominados de “direito escrito”, em contraposição aos países do “direito consuetudinário” ou do “common law”. Chegou-se a uma evolução do direito em que, diante do crescimento avantajado do Estado e de suas funções na sociedade, e até mesmo como meio de impor freios a essa nova entidade, o primado da lei tornou-se a regra, com vistas a alcançar as soluções de justiça requeridas pela sociedade.

Instituíram-se leis, com prestígio especial para as constituições ou leis constitucionais, adotadas ou modificadas somente mediante processos específicos e rigidamente regrados. Abaixo das leis constitucionais, seguem-se

¹⁰³ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 66

¹⁰⁴ SCHMITT, Carl. *Ibid.* pp. 70/71

tratados e leis infraconstitucionais, de distinta hierarquia, inclusive os códigos já aludidos.

Ressalte-se que a adoção da lei como fonte primordial do direito não ocorre sem dificuldades. Uma avaliação contemporânea da adoção das leis para ditar o direito aplicável às sociedades provém do magistério de Celso Bastos, para quem “*a lei parece ter perdido o caráter de estabilidade, generalidade e abstração*”¹⁰⁵. Dois são os motivos apontados por Bastos para tanto. O primeiro consiste na banalização da lei e o segundo no enfraquecimento da lei como ato normativo. A banalização é sinônimo de inflação legislativa, isto é, a acentuada produção legislativa estaria tornando inócuas leis regularmente promulgadas. A promulgação de leis responderia apenas ao interesse de legisladores e grupos de pressão, que não estariam sintonizados com os interesses da sociedade. O enfraquecimento da lei, por seu turno, dever-se-ia, ainda com Celso Bastos, ao fato de que as leis conteriam cada vez menos regras de direito. Elas não teriam como destinatárias as relações sociais. Ao contrário, teriam dispositivos declaratórios. O resultado desse fenômeno, conclui o ilustre publicista, é a ameaça à segurança jurídica do cidadão.

No tocante às normas constitucionais, é significativo observar as palavras de Carl Schmitt, para quem a “*Constitución del Estado*” nada mais é do que a unidade política de um povo. É essa constituição que, em sentido absoluto, irá significar “*la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado*” ou “*una regulación legal fundamental, es decir, un sistema de normas supremas y últimas*”¹⁰⁶. Aqui se alcança o sentido a que levou o movimento constitucional, que entende a constituição como a normatização total da vida do Estado, ou lei das leis, ou a lei fundamental, à qual todas as demais normas devem estar referenciadas e submetidas.

¹⁰⁵ BASTOS, Celso: *A Crise das leis*. In *Jornal Correio Braziliense*, 11.10.99, p. 13.

¹⁰⁶ Schmitt, Carl. *Op. cit.*, p. 29-33

Nesse conceito, entretanto, não se pode perder de vista a advertência de Carl Schmitt, para quem:

“No hay ningún sistema constitucional cerrado de naturaleza puramente normativa, y es arbitrario conferir trato de unidad y ordenación sistemáticas a una serie de prescripciones particulares, entendidas como leyes constitucionales, si la unidad no surge de una supuesta voluntad unitaria. (...) El concepto de ordenación jurídica contiene dos elementos completamente distintos: el elementos normativo del Derecho y el elemento real de la ordenación concreta. La unidad y ordenación reside em la existencia política del Estado, y no en leyes, reglas ni ninguna clase de normatividades.”¹⁰⁷

Estas breves considerações feitas a respeito da elaboração de leis, inclusive em nível constitucional, permitem compreender como pode um país ser conduzido à situação de fragilidade relativa de suas instituições, embora possua leis regularmente promulgadas e, inclusive, uma constituição.

Nesses países pode-se chegar ao extremo de afirmar que uma lei “pegou” ou “não pegou”, o que significa que a norma tem de estar inscrita na Constituição, para que cessem ou, pelo menos, para que se reduza ao âmbito da Corte Suprema de Justiça a discussão sobre a validade e a eficácia das normas infraconstitucionais. A Constituição, em tal enquadramento, não apenas tem de ser escrita, mas necessita ser analítica, inscrevendo normas que, em outras sociedades, cabem bem no âmbito de leis ordinárias ou que nem sequer necessitam de leis para que sejam cumpridas pela população.

A inflação de normas infraconstitucionais e o caráter analítico da constituição pode dificultar a vida política, econômica e social de uma nação e elevar sobremaneira a tarefa e a responsabilidade do legislador e do julgador. Postos diante de uma infinidade de leis e de constituições analíticas, ainda que a realidade política, econômica ou social se tenha modificado de forma gritante, o legislador e o julgador se vêem a braços com a tarefa árdua de compor não poder agir dinamicamente, enquanto as distorções e necessidades do País se avolumam.

Vale conferir as observações de João Maurício Adeodato, que se ocupa das deficiências da dogmática jurídica. São dele estas palavras, referindo-se à “*absorção e controle dos conflitos sociais*”, que se devem à complexidade crescente da sociedade contemporânea:

“[a complexidade da sociedade contemporânea gera] *situações que exigem decisões não apenas rápidas mas viáveis, que, por sua vez, dependem de uma quantidade cada vez maior de informações precisas da parte do poder decisório; o declínio da popularidade, entre os juristas, de um tipo de pensamento principalmente fundamentado no conceito de ‘norma jurídica’ [...]; dentro dos diversos segmentos não profissionais em direito ou política da sociedade, mormente aqueles menos favorecidos na distribuição do poder, pode-se notar uma progressiva conscientização a respeito do pouco que a dogmática jurídica tem a ver com a realidade dos fatos; e, finalmente, numa espécie de síndrome desses fenômenos mencionados, a impossibilidade de fornecer um conteúdo material legítimo às decisões dogmáticas*”.¹⁰⁸

A dogmatização do direito ou sua modernização não estão, porém, necessariamente vinculados à adoção de aparatos ideológicos comuns ao engajamento que vicejou antes do desaparecimento das experiências de socialismo real. A colisão de paradigmas é capaz de impedir a evolução e as transformações políticas e sociais de que a sociedade necessita. É insito às normas jurídicas infraconstitucionais trazer consigo a sua própria reforma, tal como ocorre com as normas constitucionais. Mutações nas relações políticas e sociais, alterações no equilíbrio de poder, podem requerer a alteração da norma que era adequada para o momento histórico precedente, mas que não é capaz de dinamizar a realidade, regulando as relações sociais, no momento seguinte.

¹⁰⁷ Schmitt, Carl, op. cit., p. 35

¹⁰⁸ ADEODATO, João Maurício, *Inautenticidade do Pensamento Dogmático na Ciência do Direito Contemporânea*, in Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, Ano XXVII/XXVIII, n. XXVII/XXVIII, p. 136.

II.6 – Alguns traços do Positivismo Jurídico e a vinculação do juiz à lei

Um dos traços mais relevantes do positivismo jurídico reside na inexistência de preocupação de seus formuladores e seguidores com respeito à validade ética da norma jurídica produzida pelo poder para tanto legitimado dentro da ordem estatal.

Com efeito, a norma, na obra de Hans Kelsen, não continha elementos psicológicos, sociológicos, políticos ou econômicos, nem era por eles afetada. A Teoria Pura do Direito, por ele desenvolvida, logrou lançar para o mundo precisamente essa visão da norma abstraída de influências exteriores e, no plano interior, desapegada de quaisquer preocupações axiológicas.

O que não pertence ao Direito não se integra à norma. O Direito positivo, para Kelsen, claramente se distingue de uma filosofia da justiça.¹⁰⁹ Direito, enquanto direito positivo, e a justiça, sentencia Kelsen, são conceitos distintos. Não é o justo ou o injusto do conteúdo de uma norma aquilo que irá assegurar-lhe caráter jurídico, mas, sim, a forma como a norma jurídica é produzida. O Direito, assim visto como positivo, pode excluir de suas considerações a justiça. Eliminados os elementos valorativos da norma a ordem jurídica válida é aquela cujas normas são eficazes, isto é, são observadas e aplicadas.

Na avaliação sempre precisa de Recaséns Siches:

“en varias ocasiones ha subrayado Kelsen la posibilidad de consideraciones orientadas teológicamente hacia ideales de justicia, según aspiraciones éticas. Lo que se niega decididamente es que tal género de elucubraciones puedan formar parte de la Teoría pura del Derecho, lo cual no se propone más que dar cuenta de la esencia del Derecho positivo y estudiar sus formas típicas posibles. Lo labor de la ‘teoría pura’ deberá ser de tipo formal – prescindir de esas consideraciones teleológicas – por las razones siguientes: trátase de determinar conceptos universales, válidos para todo objeto jurídico; [...] Por otra parte, el criterio valorador o político habría de ser considerado como un hecho de conciencia, como la decisión a favor de una finalidad, y la elección de los medios adecuados, lo cual aparecería como un ser, ajeno ya a la pura forma normativa de las reglas jurídicas. [...] La otra tarea emprendida por Kelsen es la

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8.

depuración del método jurídico de todos aquellos elementos pertenecientes a la Sociología.”¹¹⁰

Isto conduz a que a ciência do direito, construída por Kelsen, tenha um caráter normativo, que se apresentaria em dois de seus fundamentos. O primeiro deles consiste em que o objeto da ciência do direito é constituído por normas; os conceitos jurídicos derivam dessas normas. Em razão disso, não são possíveis decisões judiciais não dogmáticas, ou seja, apoiadas em algum outro fundamento que não o direito positivado. O segundo fundamento consiste em que a ciência do direito, por ser normativa, não se acerca de elementos empíricos, do tipo psicológico ou sociológico. Os problemas normativos são solucionados com normas e não com meios explicativos oriundos da experiência.¹¹¹

Arthur Kaufmann, em obra propedêutica (mas densificada por uma análise profunda do fenômeno jurídico), que escreve juntamente com Hassemer e outros, a partir da teoria da validade da norma jurídica definida por Kelsen, conclui que a construção da teoria pura kelseniana é feita “por degraus”, encimados pela norma fundamental. Afirma Kaufmann:

“no topo não se situa, naturalmente, o logos, uma idéia objectiva ou a lex aeterna, mas a acima referida *Grundnorm*. [...] Kelsen concebe a realização do direito totalmente como um processo, que progride da Constituição (cuja validade é assegurada pela norma fundamental), passando pela lei, até ao acto de decisão judicial.[...] Tal como o positivismo empírico perdeu de vista a norma, assim também o positivismo lógico-normativo perdeu de vista a vida real. A questão acerca da relação entre forma e matéria, entre o como e o quê persiste como um dos problemas mais prementes da filosofia do direito.”¹¹²

Quer parecer, assim, que o positivismo jurídico, no tocante à vinculação do julgador à norma, possui alguns significados distintos, que convém destacar. A síntese feita a esse respeito por Genaro Carrió, que se apóia em Bobbio, é

¹¹⁰ SICHES, Luis Recaséns. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. Primer Tomo. México: Editorial Porrúa, S.A., 1963, p. 142.

¹¹¹ Cf. SICHES, Luis Recaséns, cit. p. 146.

bastante útil e será seguida nas considerações que se fazem agora.¹¹³ Com efeito, o positivismo jurídico pode ser entendido sob três prismas diferentes: metódico, ideológico ou como teoria. Sob o primeiro enfoque (método), o positivismo jurídico é entendido como um método que prescinde de vinculação direta entre o direito e a moral (o que não exclui a existência de outras conexões entre ambos); sob o segundo enfoque (ideologia), a postura valorativa conduziria a uma cega obediência às normas do direito positivo, qualquer que fosse o seu conteúdo; sob o terceiro enfoque (teoria), o positivismo jurídico designaria teorias, concepções e entendimentos a respeito da realidade, que se consideram verdadeiras.

Esses três conceitos entrelaçados resultam em que o direito positivo, sobre ser estatal e legislado, constitui o ordenamento jurídico, caracterizado por sua completude – nele não existiriam lacunas. Esse direito positivo é utilizado pelos juízes e tribunais para deduzir, das normas jurídicas, a solução para os casos concretos.

De suma importância para os propósitos que serão buscados nas seções seguintes, portanto, é o exame, ainda que breve, do chamado “postulado da vinculação”, que se refere à postura que adota o juiz ao observar estritamente a lei positiva, quando decide um conflito de interesses.

Winfried Hassemer destaca que, a exigência da vinculação rígida do juiz à lei conduziria à hesitação da jurisprudência e a tornar “opacos” os determinantes das decisões judiciais, uma vez que o juiz, ainda que constrangido a cumprir a lei, não pode deixar de interpretá-la e também não deixará de fazer uso de seus “pré-conceitos”, ao realizar a subsunção, para aplicar a lei ao caso concreto.¹¹⁴

¹¹² KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried (Org.). Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 182.

¹¹³ Cf. CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1994, p. 324 e ss.

¹¹⁴ KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. Op. cit. p. 293.

Hassemer objeta que, à medida que corre o tempo, a jurisprudência pode modificar-se, não existindo lei capaz de alterar esse evoluir natural da interpretação judicial. Por conseguinte, a lei, quando concretizada, encontra limites na própria interpretação que dela faz o juiz.

Em uma visão prospectiva, Hassemer entende, assim, que os métodos de interpretação da norma jurídica necessitam, eles próprios, ser interpretados. Sustenta que a vinculação do juiz pode-se dar através dos precedentes e não da lei, embora tal vinculação seja de menor intensidade; o juiz, segundo Hassemer, necessita de maior esforço argumentativo quando não quer acompanhar os precedentes. A dogmática jurídica, ao sistematizar as regras jurisprudenciais e concretizar a lei, também pode vincular o juiz, afirma Hassemer, ao definir o sentido da norma jurídica. Relevante, também, é a “consideração das conseqüências”, que poderia criar uma vinculação do julgador, orientando a decisão que irá proferir, introduzindo a pragmática como elemento vinculativo da decisão judicial.¹¹⁵

Essas considerações de Hassemer não nos permitem tirar da mente a teoria de que os juízes seriam os destinatários da norma jurídica, tal como propôs originalmente Jhering, teoria essa acolhida por Kelsen. Ocorre que a qualificação da teoria, feita por Kelsen, suscita questionamentos. Kelsen dividiu as normas jurídicas em “*normas principais*” e “*normas secundárias*”. As “*principais*” são dirigidas aos juízes, uma vez que destinam-se à aplicação da sanção, enquanto que as “*secundárias*” dirigem-se aos cidadãos em geral, já que contém um preceito.¹¹⁶

Um dos questionamentos hodiernos mais relevantes à tese da vinculação provém de Karl Engisch e reside na alegação de que existiriam conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, conceitos discricionários e cláusulas gerais, que fariam com que o juiz, ao aplicar o

¹¹⁵ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried, op. cit. p. 294-299.

¹¹⁶ Sobre o assunto ver a excelente síntese empreendida por Bobbio, Norberto. Op. cit. p. 194-195.

direito, adquira autonomia em face da lei.¹¹⁷ Essa autonomia decorre do grau de abertura e incerteza que provém de normas jurídicas que contenham as características apontadas por Engisch.

Diante da pletera de considerações que se podem extrair acerca do modo de decidir uma questão de fato, é possível constatar que o mito da vinculação do juiz à lei, que decorreria do Estado de Direito, deve ser objeto de reflexão, através do entendimento acerca da “opacidade” que essa vinculação introduz na concretização jurídica. É preciso refletir mais detidamente a respeito dessa vinculação ou, propriamente, acerca das desvinculações tão bem examinadas por Hassemer, que nada mais são do que programas para a ação de juízes e tribunais. Quer parecer, assim, em linha com o pensamento de Hassemer, que vinculações rígidas são um meio imposto a si próprio pelo juiz ou tribunal, que é hábil para levar à confusão entre a produção e a justificação das decisões judiciais.

Observe-se que a emissão de milhares de julgamentos “vinculados à lei” pode estar significando exatamente o seu contrário, ou seja, a produção de julgamentos que tem a lei apenas como seu “pretexto”. Pretextam-se a vinculação à lei, mas, o único resultado alcançado pelo julgamento seria a produção de um novo litígio, consistente no não enfrentamento do mérito da controvérsia levada a juízo e, pois, na geração de profunda insatisfação na sociedade quanto ao desempenho dos órgãos judiciais.

Na seção seguinte serão dados mais alguns passos para a compreensão do substrato teórico passível de utilização em decisões judiciais. Examinar-se-ão, brevemente, alguns lineamentos teóricos plantados por Dworkin, em sua crítica ao positivismo.

¹¹⁷ ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 208 e ss.

II.7 – Positivismo e Neopositivismo. Os “casos difíceis” (Dworkin) e os “casos trágicos” (Atienza).

Em 1977, Ronald Dworkin publicou obra que representa um marco moderno da teoria do direito, entendida por ele como uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para que uma proposição jurídica seja verdadeira. Trata-se do “Levando os Direitos a Sério” (*Taking Rights Seriously*).¹¹⁸ Na introdução, Dworkin adverte que reuniu na obra textos escritos em separado (publicados inicialmente em 1967, como ressaltado na Introdução), quando era grande a controvérsia sobre o que era o direito, quem devia obediência a ele e quando a norma devia ser obedecida. A controvérsia a que Dworkin se refere consiste na dificuldade com que se deparou a ciência do direito, nos Estados Unidos da América, onde Dworkin escreve, para avançar para além do realismo avassalador das primeiras décadas do século XX.

A variedade das questões com que Dworkin tem que lidar é imensa. Refletindo as incertezas do pós-realismo, Dworkin afirma que os juristas não necessitam de provas para demonstrar que as decisões judiciais refletem a formação e o temperamento dos juízes. Avançando até o terreno do pragmatismo, Dworkin dali extrai o argumento comum no sentido de que a lei seria mais eficiente, economicamente, se os juízes recebessem autorização para decidir, levando em conta o impacto econômico de suas decisões.

Esses argumentos são lançados por Dworkin para que ele possa extrair a conclusão de que a teoria do direito lida com princípios morais e não com estratégias ou fatos jurídicos.¹¹⁹ Tais princípios não seriam passíveis de tratamento na teoria tradicional do direito. Essa teoria – o positivismo jurídico – poderia ser sintetizada em três fundamentos, ao ver de Dworkin. São eles: a) o direito é um conjunto de regras especiais usado pela sociedade para selecionar

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Ibid.* p. 12.

condutas que serão punidas ou reprimidas pelo poder público; b) se o fato concreto não se subsumir à norma (por esta inexistir, ou por ser vaga, ou por outro motivo) o caso não poderá ser decidido mediante a aplicação do direito; a decisão será proferida, geralmente, por um juiz, segundo seu entendimento pessoal; c) a obrigação jurídica consiste em ter que fazer ou de não fazer alguma coisa, constante de regra jurídica válida; na ausência da regra jurídica válida, não existe obrigação jurídica.¹²⁰

Essas considerações levam Dworkin a definir os “princípios, políticas e outros tipos de padrões”,¹²¹ que tanto debate iriam suscitar na ciência do direito, *pari passu* com avanços nesta mesma ciência. A distinção construída por Dworkin é entre regras e princípios, que, para ele, tem natureza lógica. Regras são válidas ou não válidas, para aplicação a uma situação concreta. Já os princípios, deixa assentado Dworkin, possuem dimensão de peso ou importância, devendo ser sopesados, quando da decisão judicial, segundo a força que tiverem. A melhor forma de aquilatar essa diferença provém da validade de regras e princípios conflitantes. Se uma regra conflita com outra, uma delas não pode ser válida, na construção de Dworkin. Já existindo conflito entre princípios, é possível exercer um juízo de valoração, para atribuir um sobrevalor, tal como o é a maior ou menor “razoabilidade” de um princípio, em relação a outro. Além disso, ajunta Dworkin, alguns princípios possuem a obrigatoriedade de lei e outros, embora extralegais, podem ser aplicados pelo juiz.

A distinção entre regras e princípios é funcional para a apresentação pioneira, por Dworkin, da questão da completude do ordenamento jurídico, através de sua teorização acerca da decisão judicial dos chamados “casos difíceis”, constante do Capítulo 4 da obra que ora se analisa. A engenhosa construção de Dworkin determina que, “*quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz*

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 28.

*continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente.*¹²² Os casos difíceis referidos por Dworkin podem surgir quando um conflito de interesses não se subsumir à norma jurídica, ou quando houver incerteza quanto à norma a ser aplicada a um caso concreto, por existirem normas distintas aplicáveis, com resultados distintos, ou quando inexistir norma aplicável ao caso a ser decidido.

Refutando, ao mesmo tempo, o positivismo jurídico tradicional e o realismo norte-americano, Dworkin avança para lançar a conclusão tão inovadora quanto polêmica, de que, nos “casos difíceis”, o juiz, ao proferir a decisão, pode obter uma “única resposta correta”.¹²³ Essa resposta única e correta, como se pode desde logo ver, é contraditória, uma vez que, se de um lado representa a união de regras e princípios, para a solução de um caso, embora não haja a certeza de que tal resposta será encontrada, de outro lado a resposta única e correta pode ser vista como uma distorção na linguagem jurídica e no próprio exercício da jurisdição. Esta última hipótese ocorrerá se a “única resposta” for entendida como finalidade indispensável do discurso jurídico, tendo, assim, de ser encontrada, de fato ou fictamente.

Essa distorção do discurso jurídico não é aceita por Dworkin, segundo o qual *“a resposta de que não há resposta correta raramente será a resposta certa num sistema jurídico desenvolvido, embora certamente [a] teoria geral da decisão judicial deixe clara a possibilidade de que, em algumas ocasiões será.”*

124

A questão da “única resposta correta”, nos casos difíceis, arremata a construção teórica de Dworkin que interessa aos objetivos desta tese. A leitura

¹²¹ As definições principais estão no famoso Capítulo 2 da obra de Dworkin. Inicialmente, a definição de princípios tem caráter negativo. Nas palavras de Dworkin, princípio, de maneira genérica é “esse conjunto de padrões que não são regras”(Dworkin, Ronald. Ibid. p. 36)

¹²² DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 127.

¹²³ A esse respeito ver DWORKIN, Ronald. Ibid. p. 507-513. Ronald Dworkin discorre longamente sobre a questão na Parte Dois de seu livro *Uma Questão de Princípio*, editado pela mesma Livraria Martins Fontes em 2000 (“Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?”).

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 509

das partes contidas em “Uma Questão de Princípio”, porém, revelam que, ao analisar questões tormentosas que têm sido decididas nos Estados Unidos da América, tais como a pertinência ou não de “ações afirmativas” (Caso Bakke versus Universidade da Califórnia) , o Relatório Williams (1979 – Censura de filmes e material obsceno) ou a questão do aborto, Dworkin se vem deparando com casos cuja complexidade supera a mais exagerada previsão que se poderia licitamente fazer. Isto conduz à conclusão de que a questão da “resposta correta única” parece já ter deixado o âmbito da construção filosófica. O tratamento dado a essa questão por Dworkin é puramente dogmático, como no Caso Bakke, com a enumeração de um rol de características de fato, para delas extrair as conseqüências diversas possíveis, a partir de uma decisão por diferença de 1 voto (5 a 4), proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos.¹²⁵

Antes de concluir esta seção constata-se que, enquanto a teorização acerca dos “casos difíceis”, feita por Dworkin, é de molde a ocupar, prolongadamente, com distintas finalidades, a ciência do direito, há um outro conceito, lançado por Manuel Atienza¹²⁶, que merece atenção imediata. Trata-se do que ele chama de “casos *trágicos*”.

Uma teoria da argumentação jurídica, segundo Atienza, deve realizar três funções, sendo uma de caráter teórico ou cognoscitivo, outra de natureza prática ou técnica e a última de cunho político ou moral. Como a argumentação ocupa lugar destacado nas funções exercidas pelos operadores do direito, Atienza sustenta que, ao realizar sua função instrumental, qual seja, aquela de guia nas tarefas de produção, interpretação e aplicação do direito, a argumentação jurídica deve se habilitar para reconstruir o processo da argumentação e para avaliar quanto à correção da argumentação.

¹²⁵ Ver DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 438 e ss.

¹²⁶ ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 332 e ss.

Prossegue Atienza afirmando que a distinção entre casos fáceis ou difíceis não esgota o objeto da teoria da argumentação. Os casos fáceis levam não suscitam questionamentos, razão pela qual a resposta correta existente no ordenamento jurídico não é discutida. Já quanto aos casos difíceis, Atienza sustenta a tese da existência, em princípio, de “mais de uma resposta correta”, no próprio direito positivo, o que o afasta de Dworkin, na acepção vista acima, já que este somente admite a hipótese de mais de uma resposta no limite e não como uma aporia que já seria um parâmetro da argumentação no início do processo.

A originalidade da contribuição de Atienza repousa na sua concepção de uma terceira categoria de casos – os “casos trágicos” – que são aqueles com que o jurista se depara “quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral”.¹²⁷ Conclui Atienza que proferir decisão, em hipóteses que tais, não resolveria o caso, mas, representaria a tentativa de solução de um autêntico dilema.

Cabe aqui observar que a solução de “dilemas” não é o objeto principal das teorias da argumentação, que se ocupam, como se viu, da persuasão, da justificação e da fundamentação jurídicas para a decisão. Ocorre que os “casos trágicos” envolvem a solução de dilemas que requerem decisões de cunho político/moral, das quais, usualmente, os juízes querem se manter afastados. A proposta de Atienza beira ao realismo, ao pretender que se deixe o mero campo da reconstrução do argumento, para se ingressar no processo mental que leva à decisão judicial. Vale lembrar que, para realizar tal tarefa, o instrumental básico não é jurídico, mas, sim, psicológico, psicanalítico, bem ao gosto dos realistas.

Como se pôde verificar, as questões levantadas pela teorização a respeito dos “casos difíceis”, da “única resposta correta” e dos “casos trágicos”

¹²⁷ ATIENZA, Manuel. Ibid. p. 335.

é de grande interesse para o entendimento da fundamentação das decisões judiciais. Ao examinarmos, adiante, a jurisprudência mitificada, oriunda de Cortes Superiores brasileiras, a análise empreendida por Dworkin e Atienza será de grande valia.

CAPÍTULO III – A MITIFICAÇÃO ATRAVÉS DO DISCURSO: TÓPICA, RETÓRICA E RETÓRICA JUDICIAL: A PRÉ-COMPREENSÃO E SEU EMPREGO NAS DECISÕES JUDICIAIS

III.1 – Uma alternativa à produção do conhecimento científico: a tópica jurídica

Como se viu, Aristóteles, no Livro V do Organon (TÓPICOS) desenvolve teoria acerca do raciocínio analítico ou mediante argumentos e o define como um modo de raciocinar partindo de premissas meramente prováveis. A lógica formal dita aristotélica assenta no conceito de silogismo analítico, que nada mais é do que uma demonstração amparada em proposições evidentes, que, por si próprias conduzem à certeza da conclusão, em contraposição ao silogismo dialético, que é composto de enunciados prováveis.

O conceito de dialética desenvolvido por Aristóteles não guarda relação com o raciocínio dialético que veio a ser desenvolvido por Hegel e utilizado, por exemplo, à farta, por Marx, para reconstruir a dinâmica contraditória de funcionamento do modo de produção capitalista.

Houve consideráveis trabalhos de lógica na Idade Média e a Filosofia Medieval é farta em argumentação rigorosa.

O racionalismo, todavia, não foi capaz de absorver a dialética aristotélica, em razão da necessidade que esta tinha de recorrer aos já aludidos argumentos (premissas), o que gerava exatamente aquilo que o racionalismo abjetava, que era a incerteza sofística.

Na metafísica, porém, a teoria da ciência de Aristóteles estendeu sua influência até há pouco. Concebeu Aristóteles uma metafísica que tinha por

objeto examinar os princípios verdadeiros e evidentes em que as ciências se baseiam e que são mantidos por estas sem demonstração.¹²⁸

É aí que se situa a construção da lógica aristotélica, na qual o Organon, em sentido geral, e os Tópicos, em particular, ocupam lugar especial. Na Tópica, Aristóteles deixa o terreno apodítico e ingressa na dialética, ou seja, deixa a verdade para discorrer sobre a opinião, sobre o que é provável, centrando-se na arte de argumentar. A proposta de Aristóteles, como já se ressaltou, consiste em inventar um método que ensine a argumentar “*acerca de todas as questões propostas, partindo de premissas prováveis, e a evitar, quando defendermos um argumento, dizer seja o que for que lhe seja contrário*”.¹²⁹

Aristóteles cria o termo **topoi**, para se referir aos raciocínios dialéticos e retóricos. **Topoi**, assim, nada mais são do que pontos de vista utilizados com vistas à obtenção da verdade e a tópica atravessou a história da humanidade como a arte da discussão, firmando-se desde sempre como uma técnica destinada à solução de problemas.

Desenvolvida por Aristóteles e Cícero, a Tópica, como técnica de solução de problemas, não ocupou lugar relevante no auge ou no ocaso do mundo grego, no mundo romano, na Escolástica, no Racionalismo, no kantismo, no neokantismo nem nas teorias positivistas, neopositivistas, realistas, pragmáticas ou outras dos primórdios do século XX.

¹²⁸ Cf. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. cit., p. 83

¹²⁹ Aristóteles. Organon V. Tópicos. Lisboa: Guimarães Editores, p. 9. Confirma-se também esta afirmação de Aristóteles: “Este é o modo e estes são os silogismos com os quais sempre tentamos refutar uma definição. Mas se o nosso intento for o de construir uma definição, temos de saber, antes de mais, que nunca, ou só raramente, se atinge, nas disputas, uma definição por razoamento, mas sempre se toma a definição como ponto de partida, pois é assim que se procede em Geometria, em Aritmética, e nas outras análogas disciplinas. Em seguida, temos de saber com rigor o que é uma definição, e de que se deve formular, mas isto pertence a outro tratado que não a este. Por agora, baste-nos considerar apenas o que nos pode ser útil; por conseguinte, tudo o que temos a dizer é que é possível obter por raciocínio a definição e a essência.”. Idem, ibidem, p. 263.

Somente há bem pouco a Tópica passou a chamar a atenção dos teóricos, alcançando posição de preeminência, quando foi “recuperada”, para ser utilizada como instrumental de solução de problemas na Ciência do Direito. O responsável principal por essa revivência com sucesso da Tópica e por seu renascimento no Direito é Theodor Viehweg, que concebe a Tópica como instrumento de decisão.¹³⁰ Façamos uma breve visita às considerações de Viehweg acerca da Tópica.

Viehweg recolhe em Aristóteles a noção de que os raciocínios giram em torno de problemas. Problemas são as questões que, aparentemente, permitem mais de uma resposta e, necessariamente, ao ver de Viehweg, exigem um “entendimento preliminar”, o que dá lugar à utilização das aporias, que nada mais são do que as questões para as quais não há um caminho. Inexistindo o caminho, o problema não pode ser solucionado e a situação problemática não pode ser eliminada.

Os problemas impedem o regular desenvolvimento da vida humana. A solução de problemas poderia ser feita com a utilização de um catálogo de **topoi** (lugares comuns), como se construiu na antigüidade, ou com o entendimento do que representam os **topoi**. Há, segundo se depreende da análise de Viehweg, um sentido dinâmico na função dos **topoi**, que não pode ser perdido. Quando as situações mudam ou quando se tem casos particulares, os **topoi** podem surgir como adequados ou inadequados, já que sua utilização somente representa verdadeira busca de premissas se eles puderem ser cotejados com a realidade e aceitos ou rejeitados.¹³¹

Todavia, a vinculação permanente dos **topoi** a um problema não é característica do modo de pensar problemático. Esclarece Viehweg que, embora o instrumento metodológico (**topoi**) se ligue ao problema, é preciso que haja a possibilidade de interromper essa ligação. É claro que a interrupção ocorrerá quando se encontrar o **topoi** adequado ao problema ou quando o

¹³⁰ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

¹³¹ VIEHWEG, Theodor. Op. cit. p. 38.

catálogo de **topoi** não se mostrar adequado, uma vez que, devido ao caráter permanentemente mutável da realidade que cerca o homem o problema que se quer dominar puder reaparecer sob nova forma.

Viehweg insere, de modo peculiar, a Tópica dentro da aproximação ao conhecimento. Esclarece ele que a demonstração ou fundamentação de uma premissa requer um sistema dedutivo, pois se trata de uma questão puramente lógica. E acrescenta que, “quando se logra estabelecer um sistema dedutivo, a que toda ciência, do ponto de vista lógico, deve aspirar, a tópica tem de ser abandonada.”¹³² Porém, a Tópica reconstruída por Viehweg não se destina a aferir, lógica e univocamente, suas proposições. Ela destina-se, sim, a esclarecer problemas; a solução adequada é buscada através de pontos de vista (**topoi**) que gozam de aceitação geral.

A Tópica extrai dos **topoi** a essência que vai dar lugar à argumentação. VIEHWEG desenvolve sua análise através da distinção entre o pensamento sistemático e o pensamento problemático. Através do pensamento sistemático são organizados catálogos de pontos de vista (**topoi**), sem um nexo dedutivo, mas esses catálogos são selecionados para receber solução dentro do sistema. Já no tocante ao pensamento problemático, este consiste em se postar diante de um problema novo, ampliado o seu conhecimento, completando-o.

Viehweg reproduz alguns exemplos de **topoi**, afirmando antes que a maioria deles é universalmente conhecida. Assim é que menciona **topoi** sobre as vantagens e desvantagens de uma coisa, sobre a preferência por garantias reais, sobre a impossibilidade de sanar uma nulidade pelo transcurso do tempo, sobre a impossibilidade de se transmitir mais direitos do que se tem ou sobre que o mais sempre contém o menos.

¹³² VIEHWEG, Theodor. Op. cit., p. 43.

A Tópica atende ao modo de pensar problemático, também chamado de aporético, a que já nos referimos antes, mas não é suficiente para gerar seqüências lógicas e ordenadas, tal como ocorre com o método dedutivo. Longe de ser um novo problema, isto, segundo Viehweg, é parte de novas soluções, porquanto a não organização dos topoi por nexos dedutivos os torna fáceis de serem ampliados e completados.

Estabelecendo clara distinção entre a tópica e a legislação, Viehweg entende que, frente a problemas novos, até que seja aprovada legislação que disponha sobre o problema, “é preciso encontrar e evidentemente também aceitar pontos de vista ajustados às novas situações e que, não obstante, apareçam como concordes com os antigos.” Tal modo de proceder, ao ver de Viehweg “demonstra que as mencionadas positivamente, diante do desejo de resolver o problema, servem menos, ao longo do tempo, de orientação.”¹³³

Há que indagar se esses “catálogos de topoi”, ou a “tópica de segundo grau” referidos por Viehweg guardam uma relação estreita com a idéia de “repetição” ou de “precedente” ou de “direito jurisprudencial” que vai inundar a Ciência do Direito, especialmente a partir do século XIX e no século XX. Algumas características comuns estão inequivocamente presentes em ambos os conceitos. Os precedentes não obedecem a nenhum nexo dedutivo necessário: representariam tão-somente um repertório de pontos de vista importantes para determinada sociedade, em determinada época, destinando-se a resolver problemas. Seriam, nas palavras de Aristóteles, resumidas por Viehweg, proposições que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, dentre estes, a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos. Por isso são usadas na solução de problemas.

¹³³ VIEHWEG, Theodor, *Op. cit.*, p. 52.

A resposta podemos obter do próprio Viehweg, que aceita como certo que a “jurisprudência”¹³⁴ não se distingue, em sua estrutura fundamental, da sofística, da retórica e da aporética filosófica, uma vez que “só interessa o sistema especificamente jurídico, quer dizer, o que tem como finalidade produzir decisões unívocas de conflitos através da dedução e não o sistema didático que pretende mostrar, com fins pedagógicos, um ordenamento de um modo introdutório e panorâmico”.¹³⁵

A jurisprudência é, assim, ao ver de Viehweg, uma permanente discussão de problemas, que busca pontos de vista para a solução de problemas. Em apêndice sobre o desenvolvimento contemporâneo da Tópica, Viehweg procura demonstrar que o discurso ou a “situação discursiva” é o centro da atenção da argumentação jurídica. Entende-se a sintaxe com o auxílio da semântica, segundo Viehweg, de tal modo que o justo “*emerge, com suficiente certeza, em última análise, do significado das palavras do texto jurídico em tela*”, segundo uma corrente, ou “*aquilo que, aqui e agora, no caso jurídico, é aceito como justo, emerge de uma situação comunicativa altamente complexa, a qual ocorre com a ajuda de textos jurídicos*”.¹³⁶

Em qualquer caso, é o discurso, o uso lingüístico, o centro da nova teoria da argumentação. Antes de passarmos à análise desse aspecto crucial da evolução da ciência do direito, que terá implicações reais e efetivas sobre o conjunto de problemas que devemos examinar, faremos breve exame das teorias que cercam o conceito de pragmatismo filosófico e pragmatismo jurídico.

¹³⁴ Não é demais observar que o termo “jurisprudência”, a que se refere Theodor Viehweg, não tem a conotação de “ciência do direito”, como prevaleceu até a Idade Média, mas, sim, e efetivamente, ao direito que tem como fonte as decisões reiteradas de órgãos judiciais, tal como se conhece hodiernamente.

¹³⁵ VIEHWEG, Theodor. Op. cit., p. 76.

¹³⁶ VIEHWEG, Theodor. Op. cit., p. 103-104.

III.2 - Retórica e retórica judicial. A pré-compreensão na decisão judicial.

Elaborar teorias não significa aderir a um e a um único paradigma, ainda que, ocasionalmente, este pareça ser o único capaz de explicar a realidade. Basta que se tenha em mente o sentido da mudança, da evolução, da dinamização do real, quando se entrega à produção do conhecimento científico.

É possível produzir ciência para o deleite do cientista. Porém, a evolução do conhecimento científico não provém, necessariamente, do consenso, da uniformidade. O conflito tende a contribuir muito mais para o avanço do conhecimento científico, ocasião em que as batalhas entre paradigmas podem resultar no caminhar para a frente.

Nessa linha de raciocínio, o pluralismo jurídico é um caminho que assegura a evolução da ciência jurídica, desatrelada de obrigatórios matizes ideológicos. Pluralismo jurídico não é sinônimo de paradigmas que poderíamos denominar “ideológico-espaciais”: “à esquerda”, “à direita”, “no centro”, “terceira via”, “neoliberalismo” ou que tais. Significa aceitar a alternativa, ainda que esta tenha que conviver com o paradigma que atualmente parece explicar a realidade.

Até ser atingido esse entendimento acerca do conhecimento humano, expandiram-se o racionalismo dogmático de Descartes, Leibniz e Espinoza, o empirismo cético de Bacon, Hume e Locke e o criticismo de Kant (da razão teórica pura, da razão pura prática e do juízo). Os racionalistas sustentavam que a busca da verdade absoluta era tarefa para ser realizada sem o uso dos sentidos; isto porque os sentidos erguiam um obstáculo ao conhecimento e à verdade.¹³⁷ Os empiristas reduzem todo o conhecimento ao que é possível comprovar através da experiência.¹³⁸

¹³⁷ Confira-se com Descartes: “Assim, sabendo que os nossos sentidos às vezes nos enganam, quis supor que não havia nada que correspondesse exatamente ao que eles nos fazem imaginar. Como há homens

Kant coloca-se diante do desafio de alcançar o conhecimento da realidade sem o recurso exclusivo quer às idéias do racionalismo, quer àquelas do empirismo. Para Kant, todo o conhecimento começa com a experiência, mas nem todo ele deriva da experiência. Existe um conhecimento independente da experiência e de todas as impressões dos sentidos, que é o conhecimento *a priori*, ou racional, que se distingue, pois, do conhecimento *a posteriori*, ou seja, daquele derivado da experiência. O conhecimento *a priori*, não depende de nenhuma experiência e será puro se nada de empírico a ele se misturar. O espaço e o tempo são condições a priori da nossa experiência e que não são evidenciados pela própria experiência.

Por outro lado, embora a razão teórica exija que as formas *a priori* da faculdade de conhecer sejam preenchidas pelo conteúdo da intuição empírica, para que se tenha conhecimento, a razão prática exige que as normas de conduta moral e tudo o que for relativo à ação correta não tenha nenhuma influência da experiência, mas siga apenas o imperativo da vontade estritamente racional.

Kant, nas palavras de Dilthey, criou espaço para o mundo ético, embora não tenha criado as bases suficientes para que este mundo fosse implementado.¹³⁹ Distinguiu moral e direito

O conceito de razão pura desenvolvido por Kant correspondia a algo que se podia conhecer antes da experiência. Esse é o elemento transcendental,

que se equivocam em seus raciocínios, mesmo quando se trata da mais simples noção de geometria e cometem aí paralogismos, e julgando-me também eu tão sujeito a erros como os demais, rejeitei como falsas todas as razões que até então tomara por demonstrações.” Descartes, René. Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 41.

¹³⁸ Leia-se em Hume: “Quando pensamos numa montanha de ouro, não fazemos mais do que juntar duas idéias compatíveis entre si, ouro e montanha, que já conhecíamos anteriormente. Podemos conceber um cavalo virtuoso, pois os nossos sentimentos nos levam à concepção de virtude, e esta pode unir-se à figura e forma de um cavalo, animal que nos é familiar. Em resumo, todos os materiais do pensamento derivam da sensação interna ou externa; só a mistura e composição destas dependem da mente e da vontade. Ou, para expressar-me em linguagem filosófica, todas as nossas idéias ou percepções mais fracas são cópias de nossas impressões, ou percepções mais vivas.” Hume, David. Investigação sobre o Entendimento Humano. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 134-135.

relativo às condições de possibilidade da própria experiência, da nova metafísica defendida por Kant. Nas palavras de Kant, “das coisas, nós só conhecemos a priori aquilo que nós mesmos nelas colocamos”.

Porém, a questão acerca do que é o Ser e como se conhece o Ser foi posta, originalmente, ainda por Parmênides, um dos mais conhecidos filósofos pré-socráticos, que viveu por volta do século VI A.C.

Ao indagar sobre o que é o Ser e como o Ser pode ser conhecido, nada mais podia fazer Parmênides do que concluir, como os demais pensadores de Eléia (“eleatas”), que o ser é e o não-ser não é. Parmênides identificava a realidade com aquilo que, no mínimo, pode ser pensado. Como não é possível pensar o nada (o não-ser) este não pode ser real, racionalmente falando.

Parmênides entendia que o pensamento e o Ser constituíam a mesma realidade. Platão, em muitos de seus diálogos, desenvolve esta mesma linha de preocupação, sem lograr dar conta, em termos taxativos, da real conexão que existiria entre as coisas sensíveis e as idéias.

Sem conhecermos a integralidade dos escritos dos filósofos pré-socráticos, um primeiro sentimento é o de estranheza com relação ao fato de que, nesse mundo em que Parmênides indagava a respeito da essência do Ser, tenham também habitado os sofistas, objeto da repulsa de Aristóteles, mas que, de qualquer sorte, deram vida à arte do discurso persuasivo, que é a retórica. A estranheza decorre do fato de que o mundo sofístico não era o mundo da verdade, tanto que Platão não se cansava de lançar invectivas contra os sofistas, a exemplo da peroração de Górgias com Sócrates, quando Górgias sustentava que inexistia assunto sobre o qual um homem que dominasse a retórica não conseguisse falar em público, de maneira a lograr persuadir os que o ouviam.

¹³⁹ Cf. Dilthey, Wilhelm. Sistema da Ética. São Paulo: Icone, 1994, p. 56.

Já em Aristóteles, como se viu acima, a retórica vai situar-se abaixo da filosofia e das ciências da natureza. Estas atingem verdades necessárias e permitem a compreensão e a predição. Já a retórica aristotélica permite atingir apenas o que é verossímil, o acaso, a contingência, a imprevisibilidade.¹⁴⁰

Reabilitada por Aristóteles, como bem assevera Olivier Reboul, a retórica é transformada em um sistema, em que se destacam suas quatro partes integrantes: invenção, disposição, elocução e ação, de tal modo que qualquer pessoa que vá empreender um discurso terá, antes de fazê-lo que *“compreender o assunto e reunir todos os argumentos que possam persuadir os ouvintes ou interlocutores (invenção); pô-los em ordem (disposição); redigir o discurso o melhor possível (elocução); finalmente, exercitar-se proferindo-o (ação).”*¹⁴¹

O sistema desenvolvido por Aristóteles sofreu declínio nos séculos seguintes, até ressurgir, com um campo muito ampliado, especialmente no século XX, em outra roupagem. A retórica retornou vestida com o rótulo de “argumentação”.

Antes de analisar a argumentação e, nesta, à argumentação jurídica e judicial, faz-se necessário recolher alguns conceitos úteis deixados pela pena sapientíssima de Heidegger, Gadamer e Wittgenstein.

¹⁴⁰ Cf. REBOUL, Olivier. Introdução à Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 40.

¹⁴¹ REBOUL, Olivier. Op. cit. p. 44. REBOUL desenvolve extensamente cada uma dessas partes da retórica, detendo-se mais com mais delongas na construção do argumento, trazendo de Aristóteles os três gêneros de discursos persuasivos (judiciário, deliberativo e epidíctico ou orientador de escolhas futuras), não sem antes mencionar que esses gêneros de discursos foram ampliados modernamente. Destaca REBOUL que o mérito de Aristóteles assenta na demonstração de que os discursos podem ser classificados segundo o auditório e a finalidade. Essa é, efetivamente, uma simplificação de REBOUL, eis que o real mérito de Aristóteles vai muito além, ao repudiar e reprimir com sua autoridade o discurso sofisticado identificado com o mal e ao possibilitar uma redefinição da retórica que foi muito além dos esforços em nível de diálogo, que empreendeu Platão, ainda que, mais tarde, o sistema aristotélico tenha sido radicalmente redefinido, ampliado, re-sistematizado.

III.3 – Heidegger e a compreensão da realidade

Um dos mais relevantes desenvolvimentos da hermenêutica contemporânea reside na densa qualificação da relação sujeito cognoscente – objeto a ser conhecido. Teorizando sobre a compreensão do objeto pelo ser humano, Heidegger, em *Ser e Tempo*, ensina a diferenciar “*interpretação*” e “*compreensão*”, afirmando que “*interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão*”¹⁴². Interpretar, para Heidegger, não mais pertence ao campo silogístico racional, mecânico e limitado. Interpretar é colocar a mente do homem em contato com estruturas conhecidas ou com estruturas que se articulam para formar o compreendido.

Ocorre que, ao voltar sua mente para apreender a realidade, o homem, segundo empiristas, como Hume, não podia ir além da experiência.

Heidegger vai qualificar essa apreensão da realidade de modo complexo e denso. Distingue ele a compreensão e a interpretação da realidade. Na compreensão, afirma, o homem se defronta com possibilidades. Na interpretação, a compreensão se apropria do que compreende e se torna ela mesma e não outra coisa. Por isso, segundo Heidegger, a interpretação existe em razão da compreensão e não vice-versa, o que leva à sua definição de que “*interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão*”.¹⁴³

O desconhecimento de uma coisa, sustenta o filósofo alemão, resume-se a tê-la diante de si como uma “*não compreensão*”. Existe uma “*posição prévia*”, segundo Heidegger, que irá permitir transformar essa “*não compreensão*” em interpretação, já que há uma “*totalidade conjuntural*” que é compreendida e

¹⁴² HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 204.

¹⁴³ HEIDEGGER, Martin. *Ibidem*, p. 204.

interpretada a partir da “*posição prévia*” que se tenha a respeito da coisa a ser apreendida.

Daí a célebre passagem de Heidegger, na qual ele sintetiza o seu pensamento a respeito da “*posição prévia*” ou da pré-compreensão do ser:

“A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.”¹⁴⁴

Em outras palavras, em lugar de o homem ter de se apoiar em afirmações como as de que “o ser é”, pode ele partir de uma pré-compreensão do ser. A posição prévia de que o homem parte permite que o Ser seja compreendido em uma estrutura hermenêutica relativizada, isto é, parte-se de uma idéia pré-concebida do Ser para compreendê-lo, para buscar a verdade, deixando o erro, o falso.

Vejamos agora como Hans-Georg Gadamer lida com a “*posição prévia*” na compreensão do Ser.

¹⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. Ibidem, p. 207

III.4 - Gadamer: a pré-compreensão gadameriana

Hans-Georg Gadamer, que viveu até há bem pouco (2002), publicou, em 1960, seu *Verdade e Método*, para lançar, seguindo os passos de Martin Heidegger, de quem havia sido discípulo, as bases mais refinadas da hermenêutica filosófica contemporânea, com amplas aplicações para o Direito.

No Prefácio à 2ª edição, Gadamer resume sua obra como uma investigação que questiona a experiência humana no mundo e a práxis da vida, indagando como é possível a compreensão. Para tanto, Gadamer sustenta que impera a universalidade do ponto de vista hermenêutico, que faz a reprodução de uma obra de arte musical seja interpretação no mesmo sentido da leitura de um poema ou da observação de um quadro. Isto se dá, segundo Gadamer, porque toda a reprodução é interpretação e, por isso, é compreensão.

O problema hermenêutico, prossegue, distingue compreensão, interpretação e aplicação. Gadamer adota o entendimento de que a interpretação é ato simultâneo e, por vezes, complementar da compreensão. Afirma ele que “*compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão*”.¹⁴⁵

Mas Gadamer vai além de seu mestre Heidegger. Além de aceitar a unificação da compreensão e da interpretação, ele adiciona a aplicação e considera que as três formam um processo unitário.

Isto não impede Gadamer de adotar o conceito de pré-compreensão já desenvolvido por Heidegger, ao sustentar que “*compreender significa em primeiro lugar ser versado na coisa em questão e, somente secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal. Assim, a primeira de duas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se*

¹⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1997, p. 406.

haver com essa mesma coisa. A partir daí determina-se o que pode ser realizado como sentido unitário e, com isso, a aplicação da concepção prévia da perfeição."¹⁴⁶ A hermenêutica se torna indivisível com Gadamer.

Essa indivisibilidade assegura, a um só tempo, a compreensão do passado, através dos “*pre-conceitos*”; a possibilidade de adaptação do intérprete a cada época, segundo suas circunstâncias e a eliminação da carga negativa de juízo antecipado, que marcava a hermenêutica. Compreendido um texto, a pré-compreensão se altera. Um texto vive em razão da existência de sua interpretação e do intérprete, além do que as leituras de um texto irão se alterar continuamente. Cada vez que um texto for compreendido, a pré-compreensão se confirma (permanece a mesma).

Aplicados os achados de Gadamer ao Direito, entendendo-se a norma jurídica como um caso especial do “texto” a que se refere Gadamer, este reconhece que o intérprete não é capaz de reconstruir a vontade do legislador, uma vez que a própria pré-compreensão dele, inserida no círculo hermenêutico, conduz a um novo sentido do texto, a cada nova leitura.

Inicialmente, Gadamer discute a posição do intérprete jurídico e do historiador jurídico e parte para considerar que a interpretação, no caso do jurista, corresponde à tarefa hermenêutica da aplicação. Sustenta ele que a lei pode ser complementada construtivamente, em tarefa reservada ao juiz, que, porém, se acha jungido à lei. Entende Gadamer que qualquer advogado ou conselheiro está apto a aconselhar corretamente, predizendo a decisão do juiz com base nas leis vigentes, já que é lícito esperar que as decisões judiciais não surjam de arbitrariedades.¹⁴⁷

A complementação do direito, para Gadamer, é realizada pelo juiz, frente ao sentido do texto legal, tal como ocorre em qualquer tipo de compreensão. Para ele “*fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda*

¹⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. Op. Cit. p. 390

¹⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. Ibidem, p. 432-433.

*forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universo que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito.”*¹⁴⁸

Em síntese, na densa revisão de Gadamer, o juiz age como intérprete autorizado da norma, como integrador legitimado da norma e como alguém que se utiliza do senso comum para perceber o justo que consta das normas. Interpretar a norma, assim, é, até mesmo, fazer concessões, para alcançar o justo. Partindo da pré-compreensão da lei e do justo, ainda que o juiz não esteja jungido à literalidade da lei, ele não está autorizado a praticar arbitrariedades, na visão de Gadamer.

Convém obtemperar, todavia, que essas considerações de Gadamer estão muito longe de permitirem um retorno ao normativismo kelseniano, que identifica a norma com o justo, ou ao formalismo de alguns, como Christopher Columbus Langdell, diretor da Faculdade de Direito de Harvard ao final do século XIX, que reúne a indução e a dedução e transfere, de uma só vez, o empirismo e o racionalismo para o raciocínio jurídico.¹⁴⁹

A pré-compreensão de Gadamer foi desenvolvida quando já era conhecida a obra primeira de Ludwig Wittgenstein, o seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, concluído em 1919 e editado, pela primeira vez, em 1922, que queria empregar os filósofos na missão de analisar a linguagem e, através da correção dos equívocos da linguagem, resolver os problemas do conhecimento. É possível extrair alguns conteúdos relevantes não só do primeiro Wittgenstein (do *Tractatus*), quanto do segundo Wittgenstein (aquele das *Investigações Filosóficas*), que serão expostos brevemente adiante. Antes, far-se-á brevíssima exposição de algumas idéias de Karl-Otto Apel, sempre tendo em mira a identificação de alguns pensadores de nomeada que lançaram luzes sobre a compreensão da dicotomia aparência-realidade.

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Ibidem*, p. 447

¹⁴⁹ Cf. a esse respeito VANDEVELDE, Kenneth J. *Pensando como um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 149-157.

III.5 – Apel e as razões da argumentação

O modernismo de Karl-Otto Apel é digno de atenção, razão pela qual é necessário dedicar alguns momentos de meditação aos ensinamentos do celebrado filósofo. Seguindo Heidegger, Apel sustenta que filosofar é pensar, o que, segundo ele, Thomas Kuhn denomina “*ciência normal*”. A ciência extraordinária pensa. Quando ocorre uma revolução científica, a filosofia quer fornecer as razões mais avançadas, é dizer, os últimos avanços da ciência, do conhecimento humano. Não há resposta única a partir da filosofia. Juntamente com Habermas, Apel enfatiza a necessidade da razão comunicativa. A racionalidade levada ao extremo ou estratégia não é negada por Apel, mas deve ser complementada, segundo ele, pela racionalidade comunicativa.

Apel critica, entretanto, os conceitos de “*sociedade aberta*” e de “*ciência unificada*” desenvolvidos por Karl Popper. A respeito deste último, entende Apel que aquele que se proponha a defender uma teoria da ciência que mantenha interesse no conhecimento diferenciado *a priori*, haverá de enfrentar a oposição dos arautos do positivismo ou do neopositivismo. Por isso, Apel sustenta que “*na descoberta da pré-estrutura do compreender estava apontada, desde o começo, a possibilidade de desenvolver, posteriormente, os pressupostos quase-transcendentais de uma teoria do conhecimento de novo cunho*”.¹⁵⁰

Apel quer que a compreensão permaneça uma possibilidade para a hermenêutica filosófica, possibilitando a distinção da compreensão adequada da inadequada. Por isso, a filosofia, para Apel, é muito mais do que a simples interpretação de textos.

Em elucidativa resposta, pronunciada em colóquio organizado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em 1996, Karl-Otto Apel afirma:

¹⁵⁰ APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia I*. São Paulo: Loyola, p. 23.

“a filosofia deve necessariamente aspirar a validade universal dos seus enunciados, pois do contrário deixaria de ser filosofia, o que vale sobretudo para áreas como a ética. Isso não quer dizer que a filosofia esteja impedida de fazer enunciados diferenciados a partir de posturas individuais. Um bom exemplo é o que se vê no pensamento do segundo Wittgenstein, quando este tenta evitar teorias universais. Nada saberíamos desse Wittgenstein tardio, disposto a filosofar em cima de casos concretos, se ele não tivesse formulado antes alguns enunciados com pretensão à universalidade, entre os quais os jogos de linguagem como parte de uma forma de vida, ou a afirmação de que a filosofia deveria curar-se da doença dos enunciados destituídos de sentido, ou, ainda, a imagem conhecida de que a filosofia deve mostrar como a mosca escapa da armadilha.”¹⁵¹

Há críticos que se levantam contra o entendimento de que o significado das palavras refere-se ao meio político-social em que são empregadas. Entende Apel que Descartes, Kant e Husserl erraram ao pensar que era possível fazer uma redução do tipo “*eu penso solitário*” (solipsismo), capaz de gerar racionalidade fundamental para qualquer ciência. A troca proposta por Apel é revolucionária: troca-se “*eu penso*” por “*eu argumento*”. Aí está um traço do pensamento de Apel que é relevante para esta tese.

¹⁵¹ APEL, Karl-Otto. As razões da argumentação. Entrevista concedida por ocasião de Colóquio organizado pelo Curso de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. Agosto de 1996. Disponível em www.odialetico.hpg.ig.com.br/filosofia/apel.htm. Acesso em 13.10.2003.

III.6 – Wittgenstein: como ter algo a dizer acerca da aparência e da realidade

Há forte tendência entre os analistas no sentido de considerar que a obra diminuta do austríaco Ludwig Wittgenstein, basicamente restrita ao *Tractatus Logico-Philosophicus*, escrito parcialmente no *front* da I Grande Guerra, e as *Investigações Filosóficas*, uma coletânea reunida após sua morte e que renega parte da construção do *Tractatus*, revolucionaram o conhecimento científico, no tocante à aproximação que se queria fazer da realidade através da razão. A filosofia é posta de lado com Wittgenstein, como instrumento de ensinar o homem a apreender o real. Em lugar dela, toma lugar a linguagem, que, para Wittgenstein, fornece um retrato do mundo, podendo, nesse retrato, representar o todo, a realidade, todos os fatos da realidade.

Tão relevante quanto essa substituição da filosofia pela linguagem, está a delimitação feita por Wittgenstein quanto ao objeto de estudo da linguagem. Entendia ele que não se podia dizer que certas coisas são verdadeiras, mas, admite que deveria ser dito o que podia ser demonstrado. Por isso, é de Wittgenstein a célebre advertência aos pensadores, no sentido de que **“sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”**.¹⁵²

Para compreender o real e poder falar, não com a certeza apodítica de pensadores que o precederam, a elaboração teórica do Wittgenstein do *Tractatus* dirige o intelecto para o verossímil, ou seja, para a relatividade da linguagem em geral, em seus “jogos de linguagem”, e da argumentação, em particular.

Retórica significa técnica de persuasão, que, à luz dos ensinamentos de Platão/Aristóteles, admite duas espécies, quais sejam, a retórica que visa o conhecimento, como aquela utilizada nos *Diálogos*, e a retórica perversa,

¹⁵²WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001, aforismo 7.

dirigida para a fraude, utilizada pelos sofistas pré-socráticos e seus seguidores, tão repudiados por Platão, em especial, e por Aristóteles.

As influências que marcaram o trabalho e a vida atribulada de Ludwig Wittgenstein são descritas em todas as exposições acerca de sua existência.

Uma cuidadosa exposição dessas influências é feita por Paulo Roberto Margutti Pinto, na primeira parte de seu excelente *Iniciação ao Silêncio*, que analisa o papel que exerceram o matemático, lógico e filósofo alemão Gottlob Frege e o filósofo inglês Bertrand Russell, diversas vezes criticados por Wittgenstein no *Tractatus*, mas que foram fonte de aprendizado, discussão e inspiração do filósofo austríaco da linguagem.

A filosofia, para Wittgenstein, tinha por fim esclarecer logicamente os pensamentos. Segundo ele, “4.112. *O fim da filosofia é o esclarecimento lógico dos pensamentos. A filosofia não é uma teoria, mas uma atividade. Uma obra filosófica consiste essencialmente em elucidações. O resultado da filosofia não são ‘proposições filosóficas’, mas é tornar proposições claras. Cumpre à filosofia tornar claros e delimitar precisamente os pensamentos, antes como que turvos e indistintos*”¹⁵³

Para os propósitos desta tese, o “retorno” à retórica e, assim, à linguagem, como forma de persuasão, que emergem de Wittgenstein, quer do *Tractatus*, quer das *Investigações Filosóficas* traz um elemento de capital importância, para o Direito, que reside nas explicações transmitidas diretamente da pena de Bertrand Russell, para o refinado senso crítico e provocativo de Wittgenstein. Estamos nos referindo ao uso da linguagem para mistificar pensamentos.

¹⁵³ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 177.

Bertrand Russell, em seu *The Problems of Philosophy*¹⁵⁴, discute a diferença que pensa existir entre a aparência e a realidade. Informa Russell, em elucidativo exemplo, que, quando um filósofo examina uma mesa, conhecida previamente pelos sentidos, ou seja, quando examina algo perceptível pelos sentidos, estes imediatamente dizem não a verdade a respeito do objeto examinado, mas a verdade a respeito de alguns dados dos sentidos, que dependem da relação entre cada ser e o objeto. O que se vê, qualifica Russell, portanto, é a “aparência”, embora se acredite que se trata da “realidade”. As indagações do filósofo, então se sucedem, pois passa a perquirir se há algum modo de saber se existe uma “realidade” e se é possível compará-la a algo já conhecido.

A conclusão a que chega Russell é a de que o simples exame de uma mesa, um objeto perceptível aos sentidos, pode levar à conclusão de que esta não é o que parece. Tornam-se jocosas as comparações que faz RUSSELL, pois, segundo ele, Leibniz, examinando a mesma mesa, concluiria que se trata de uma comunidade de almas, enquanto que, conjecturando, Berkeley veria Deus, ao passo que o cientista poderia ver na mesa uma coleção imensa de cargas elétricas.

Na mesma direção caminhou Gottlob Frege, o lógico que influenciou decisivamente Wittgenstein no tocante aos limites da linguagem na descrição do que chamamos de “realidade”. Segundo Frege, ao observar a lua através de um telescópio, a imagem real é objetiva, pois pode servir a mais de uma pessoa, ou seja, pode ser percebida igualmente por mais de uma pessoa. Entretanto, a imagem que alcança a retina de cada observador depende do ponto de vista da observação e também das características peculiares da retina de cada um. Isto leva Frege a concluir que é possível encontrar uma sentença ou proposição que expresse um pensamento, mas que não tenha significado,

¹⁵⁴ RUSSELL, Bertrand. *The Problems of Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1912. Alguns excertos dessa obra central de Russell foram traduzidos para o Vernáculo e se encontram em <www.criticanarede.com/fil_aparenciareal.html>. As transcrições acima são desse endereço eletrônico.

seja fictícia, ou seja: é possível encontrar uma sentença ou uma proposição que não seja verdadeira nem falsa.

Essa relação entre a forma lógica e a forma superficial é o grande resultado que Frege deixou para a meditação de Wittgenstein e de seus pósteros. Já antes dele Platão e Kant haviam lançado questionamentos, também de extrema densidade, acerca da distinção que se estabelece entre o mundo sensível (“a realidade”) e aquilo que o homem é capaz de apreender desse mundo. O mundo sensível, para Platão, não tem valor *per se*, a não ser em razão daquilo que é modelo para os objetos que percebemos, as idéias. Para Kant, também, o conhecimento exige uma interação entre conteúdos empíricos intuídos e formas *a priori* que condicionam nossa apreensão deste conteúdo.

Como Wittgenstein queria, ao filosofar, insistir na busca da solução de problemas da existência, tal como na conhecida alegoria em que insiste que **filosofar é o mesmo que mostrar à mosca a maneira de escapar do interior de um vidro**; ou a empresa está fadada ao insucesso, ou, se bem sucedida, conduz a resultados inimagináveis, como é a compreensão e consciência dos usos da linguagem. Assim, não é desarrazoado imaginar que as lições desenvolvidas por Wittgenstein, mormente, para os propósitos visados nesta tese, no que se refere às respostas não definitivas para o impasse entre o mundo sensível e o pensamento, podem ser aplicados ao Direito. A inexistência de critérios racionais, que possam ser encontrados além do terreno da linguagem a um só tempo limitam o alcance da aplicação dos jogos lingüísticos do segundo Wittgenstein, mas não deixam esquecer de verificar se há o que falar, conforme insistia o primeiro Wittgenstein.

A esse respeito, é sugestivo o entendimento de Inocência Mártires Coelho, para quem, *“em termos próprios do vocabulário de Ludwig Wittgenstein, dir-se-ia que para nos situarmos no mundo do direito e compreendermos o significado dos conceitos jurídicos, para termos acesso a essa esfera do real, devemos participar do seu jogo de linguagem, cuja*

*compreensão, de sua vez, pressupõe certas vivências-chave, até porque o elemento normativo não se pode mostrar de modo palpável, como se mostram os objetos perceptíveis pelos sentidos.”*¹⁵⁵

Pode-se, assim, através dos “*jogos de linguagem*”, compreender por meio da linguagem, complementa Inocêncio Coelho, o que significa, no caso do Direito, compreender o que é trazido à linguagem, ou seja, o que se fala na linguagem normativa da Jurisprudência, que nada mais é do que o Direito.

Karl Larenz esclarece com precisão essa intrincada reunião da linguagem com o Direito, ao afirmar que o “*jogo de linguagem*” do Direito não significa “*fazer malabarismos*” com as palavras, o que afasta os “*maus sofistas*” de inspiração pré-socrática. Trata-se de um modo de adentrar na linguagem do Direito “*pois é dele que trata em última instância o que busca o Direito, o que luta pelo ‘seu direito’, o juiz que aspira não só a uma solução ‘legal’, mas igualmente, se possível, a uma decisão tanto quanto possível ‘justa’, bem como as partes no processo, que esperam precisamente do juiz uma tal decisão.*”¹⁵⁶

Portanto, no âmbito da linguagem normativa a que se refere Larenz e ao qual se aplicam as lições de Wittgenstein acima expostas, a busca, ainda que não seja alcançada plenamente, é a de um direito, de uma decisão judicial parametrizadas por um conceito de “*justo*”. O sentido literal do direito é ultrapassado, assim, quando à norma e à decisão judicial se “*acrescentam*” o “*justo*”. Essa é a relevantíssima constatação que se pode extrair, por ora, da aplicação dos jogos de linguagem ao âmbito jurídico.

¹⁵⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a Interpretação Constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto, 2001.

III.7 – Alguns aspectos históricos e científicos relevantes para a compreensão do significado das teorias da argumentação jurídica

Robert Alexy é, modernamente, quem melhor descreveu o lugar que a argumentação jurídica ocupa na ciência do direito, ao extrair a sua celebrada conclusão de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral.¹⁵⁷ A construção teórica de Alexy está fundada no procedimento, referindo-se aos indivíduos que participam do procedimento, às condições e regras que se aplicam ao procedimento e ao processo de decisão nele utilizado.¹⁵⁸

Segundo Alexy, a “*discussão jurídica*” tem em mira questões práticas, ou seja, preocupa-se como algo deve ser ou não deve ser feito, ou deixado de fazer, além de se preocupar com a “exigência de correção” e se circunscrever ao âmbito do discurso jurídico. Por “discussão jurídica” Alexy se refere aos diversos tipos de manifestação com conteúdo jurídico, ao nível do discurso ou não, tais como, especialmente, a dogmática jurídica, a decisão judicial, sustentações em tribunais, pareceres, petições, debates.¹⁵⁹

A preocupação maior de Alexy dirige-se para a “exigência de correção” do discurso jurídico. Essa exigência, em termos consequenciais, leva à exigência de justificação do discurso em direito, tal como se dá com as decisões judiciais, que, como ressalta Alexy, por exigência legal, têm de ser fundamentadas em certos países.

Ao ingressar no plano da “exigência de correção” dos julgamentos, Alexy expõe uma questão que interessa de perto às reflexões que são feitas nesta

¹⁵⁶ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 278-282.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001, p.211-217.

¹⁵⁸ Cf. ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 239-240.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. Ibid. p. 212-213.

tese. Trata-se do confronto entre a questão da correção e da justificação dos julgamentos. O entendimento que deflui da análise de Alexy consiste em que não haveria relação necessária entre a “exigência de correção” das decisões judiciais e a justificação ou fundamentação dessas decisões.

Isto significa, em termos exatos, que, ainda que se esteja sob a égide de um ordenamento no qual impera a exigência de fundamentação das decisões judiciais, o cumprimento dessa exigência não significa que a decisão tenha sido proferida com atendimento à “exigência da correção”.

É preciso atentar, neste passo, para o intenso conteúdo valorativo que a questão da “exigência de correção” carrega, nesse contexto de decisões judiciais, a ponto de poder Alexy afirmar que sua teoria fornece apenas *“algumas razões para a suposição de que a investigação empírica deve mostrar que a exigência de correção seja constitutiva da prática da justificação jurídica e da tomada de decisão”*.¹⁶⁰

Embora se possa constatar, com Alexy, que a teoria da argumentação judicial não possui um instrumental perfeito e acabado para lidar com aquele intenso conteúdo valorativo que cerca a decisão e a fundamentação das decisões judiciais, é bem de ver que a elaboração teórica de Alexy deixa claro que a fundamentação do discurso jurídico deve-se fazer sob a “exigência de correção”, mas que tal, na realidade, nem sempre irá se fazer. Assim, embora a sociedade acredite, usualmente, que seus órgãos judiciais estejam atuando sob o rigor da “exigência de correção”, é perfeitamente possível que estejam sendo produzidas decisões que nada mais fazem do que mascarar tal exigência.

Não é outro o resultado que se pode extrair da “classificação rudimentar” (a expressão é dele) que Alexy elabora quanto às formas de argumento e regras de justificação do discurso jurídico, resumidas por ele em seis grupos,

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 215.

compreendendo regras e formas de interpretação, de argumentação dogmática, de uso de precedentes, de argumentação geral prática, de argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos.¹⁶¹

Como se viu, a argumentação jurídica pode cumprir uma função política ou moral, para o que seria necessário identificar a ideologia jurídica subjacente a determinada concepção da argumentação. O fato de ser uma ideologia o ponto de partida de que se originaria essa necessidade de argumentação, é, dialeticamente (no sentido hodierno), condicionante e condicionado pelas funções e pelo conteúdo dos argumentos. Isto permite considerar que as teorias da argumentação jurídica guardariam relação com a sociedade para a qual se destinarem. Nessa perspectiva, vale examinar alguns aspectos históricos que permitirão melhor compreensão das teorias da argumentação jurídica, mormente em situações em que o ordenamento jurídico requer integração.

Com efeito, a questão da completude ou não do ordenamento jurídico precede a reflexão acerca da argumentação jurídica. John Gilissen, em trabalho incluído em obra de Perelman¹⁶² esclarece que as lacunas não são um problema novo no direito. Chama ele a atenção para o Digesto de Juliano, no qual se lia que a lei não podia conter todas as regras jurídicas, razão pela qual o juiz devia completar as lacunas fazendo uso da analogia e da equidade.¹⁶³

Esclarece Gilissen que, até a recepção do direito romano no Ocidente, ou seja, até por volta dos Séculos XVI e XVII, recorria-se ao direito comum escrito, como direito suplementar, o que autorizava a conclusão de que o juiz sempre encontraria uma regra aplicável à solução dos conflitos a ele submetidos. O sistema jurídico “completo”, portanto, sem lacunas, seria formado pela lei, pelo direito comum escrito e pelos costumes.

¹⁶¹ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 225.

¹⁶² Gilissen, John, *Le problème des lacunes du Droit dans l'Évolution du Droit Médiéval et Moderne*, in Chaïm Perelman, op. cit., pp. 197-246

Ocorre que, a divisão de poderes, tornada parte da definição de Estado de Direito pela Revolução Francesa, acarretou a proibição de o juiz colmatar lacunas da lei. A separação de poderes é acompanhada pela soberania da Nação, pela preponderância da lei como fonte de direito e pelo controle da legalidade das decisões dos próprios tribunais.¹⁶⁴ Nas palavras célebres de Montesquieu, já antes referidas, e agora postas na língua original, o juiz tinha de atuar cômico de que era da natureza da constituição que ele seguisse a letra da lei, uma vez que “Les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur”.¹⁶⁵

O direito civil francês unificado emerge com o Código Napoleão, no início do Século XIX. Nele foi inscrita norma expressa segundo a qual “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice” (atual art. 4º, antigo art. 6º). O direito francês, seguido também pela tradição do direito brasileiro, prefere não admitir a recusa de o juiz julgar sob a alegação da ausência, da obscuridade ou do silêncio da lei. Se se recusar a proferir decisão, o juiz, no direito francês, passa a responder por “negação de justiça”, ou seja, por negação de prestação jurisdicional.¹⁶⁶

¹⁶³ Gilissen, John. Op. cit. p. 244.

¹⁶⁴ Gilissen, John. Op. cit. p. 232. Alguns dispositivos da Constituição de 1791, destacados por Gilissen, são por demais significativos para demonstrar como, em tão reduzido período de tempo, entre a Revolução de 1789 e a Constituição de 1791, já alcançara o plano do direito positivo uma declarada e decidida exclusão do Judiciário como legislador positivo. Vejam-se estes: “Chapitre V - Art. I. Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif, ni par le roi.”; “Article 3. Les tribunaux ne peuvent ni s’immiscer dans l’exercice du pouvoir législatif, ni suspendre l’exécution des lois”.

¹⁶⁵ Citado por Gilissen, op. cit., p. 235, que acrescenta as palavras tão solenes quanto severas de Robespierre, segundo o qual “Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n’est autre chose que la loi.” Em outras palavras, na ausência de norma aplicável ao caso concreto, o juiz deveria, aos ver dos revolucionários franceses, abster-se de julgar.

¹⁶⁶ O Código Civil Suíço é ainda mais eloquente como instrumento normativo a determinar a conduta e o conteúdo da decisão que o juiz deve proferir, na ausência da lei. Assim dispõe a codificação civil suíça: Art. 1. A. Application de la loi. La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. (Code Civil Suisse du 10 décembre 1907). O juiz deve seguir as soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência,

Trata-se, é bem de ver, de portentosa evolução, que acompanha a divisão de poderes e o fenômeno novo da necessidade de o juiz fundamentar suas decisões. No tocante à fundamentação, convém fazer breve consideração.

A ausência de fundamentação das sentenças foi, até o Século XIII, a regra. Na verdade, até então, raros eram os julgamentos reduzidos a escrito.¹⁶⁷, do mesmo modo que eram raras as pessoas que sabiam ler e escrever, à exceção dos clérigos. Embora houvesse evidentes distinções entre períodos e regiões, os séculos X e XI da Idade Média, que antecedem o ressurgimento do direito romano, são bom exemplo da inexistência de escritos jurídicos, de leis, de livros de direito. Gilissen salienta que a justiça em um tribunal feudal é feita com o apelo a Deus e a ajuda de ordálios ou duelos judiciários. O costume impera como fonte do direito feudal.¹⁶⁸.

Até o ressurgimento do direito romano no final da Idade Média, não há mesmo que falar em fundamentação de decisões de quem detinha poder absoluto ou quase absoluto. Conforme as circunstâncias de tempo e lugar, imperou o direito canônico, ou o direito dos tribunais vassálicos, ou o direito do nobre ou soberano, nenhum deles se comprazendo com a repartição da função de julgar com quem quer que seja. Quem detém poder absoluto não fundamenta decisões.

Os glosadores fizeram ressurgir o direito romano na Europa, e, principalmente, a razão renasce com eles para dar origem ao pensamento jurídico¹⁶⁹. Nesse sentido, Wieacker ressalta que os glosadores “*utilizaram as*

observando o direito costumeiro, reconhece a lei suíça, mas, ausente a norma escrita, ele deve decidir como se a ele tivesse sido cometida a obrigação de fazer a lei que irá incidir no caso concreto.

¹⁶⁷ Cf. Gilissen, John, Op. cit. p. 395-396.

¹⁶⁸ Gilissen, John. Op. cit. p. 190-191.

¹⁶⁹ Os sábios bolonheses explicavam brevemente as partes obscuras dos textos do direito romano-justinianeu, tendo a escola de Bolonha se mantido ativa até os primeiros decênios do século XIII. A esse respeito confira-se a interessante síntese acerca dos fatores que contribuíram para o ressurgimento do direito romano na Europa em MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, “O Direito Romano e seu

figuras conhecidas da dedução lógica e as categorias aristotélicas: as quatro causas - materialis, finalis, efficiens e formalis, bem como as especificamente escolásticas - causa próxima e remota, própria e imprópria -; além disso, a determinação dos gêneros (genera) e das espécies (species, specialiter), e os processos da distinctio, divisio e subdivisio.”¹⁷⁰

Porém, destaca Wieacker, ao se referir aos juízes alemães, que a autoridade destes fundava-se na experiência prática e no conhecimento da vida e não em uma formação intelectual à época inexistente. O juiz local aos poucos foi perdendo seu prestígio, prossegue ele, a favor da “*certeza lógica*” e da “*comprovabilidade racional*” da decisão do juiz letrado. O costume e o saber jurídico advindos da tradição não mais eram suficientes para satisfazer aqueles que buscavam a decisão dos conflitos.¹⁷¹

O direito romano que ressurge traz consigo a unificação e sistematização do direito canônico, que era o único escrito e universal, do direito romano, revivido por despertar novo interesse, e dos direitos locais. Como se pode ver, a unidade é a marca característica do renascimento do direito romano, residindo essa unidade no objeto da ciência jurídica, na unidade

Ressurgimento no Final da Idade Média, in WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 97-127.

¹⁷⁰ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

¹⁷¹ WIEACKER, Franz. Op. cit., p. 117. Confirma-se o pensamento de Wieacker: “Os glosadores, pela primeira vez na Europa, apreenderam dos grandes juristas romanos a arte de resolver os conflitos de interesses da vida em sociedade, não mais com recurso à força ou a costumes espontâneos irracionais, mas através da discussão intelectual dos problemas jurídicos autônomos e de acordo com uma regra geral baseada nesta problemática jurídica material. Esta nova exigência dos juristas racionalizou e jurisdicionou para sempre a vida pública na Europa; em virtude da sua influência, de entre todas as culturas do mundo é a européia a única que se tornou legalista (...) Os professores de direito italianos e franceses formaram em poucos séculos um exército de juristas que começou a exercer um monopólio de carácter técnico sobre a diplomacia, a administração civil e a administração da justiça. Já desde o séc. XII que as novas gerações das camadas dirigentes, os jovens do alto clero e, mais tarde, os indivíduos mais capazes do povo afluíam a essa elite. Ao lado das únicas formas de ensino até então existentes, os estudos religiosos (com estudos propedêuticos nas faculdades de artes), aparece o studium civile; ao lado dos clérigos, que até então eram os únicos intelectuais, aparece o jurista ou ‘legista’ que acaba por se tornar, em toda a Europa, o monopolizador de uma administração e de uma justiça racionalizadas, lugar que conservou até hoje.”. cit., pp. 65-66.

de métodos científicos, na unidade do ensino jurídico e no uso da língua comum, o latim, para difundir o conhecimento jurídico.¹⁷²

O direito romano foi recebido porque o mercantilismo acentuava a transformação do mundo, conduzindo os principais países europeus para a idade moderna, em que iria imperar o modo de produção capitalista. O *ius civile* regulava as relações econômicas entre os romanos, levando a contribuições significativas para o direito, tal como o conceito originário de propriedade, os meios racionais de prova no processo, o contrato de compra e venda e os componentes desse contrato, assegurando a funcionalidade das relações econômicas.¹⁷³ O capitalismo necessitava dessa “*justificação*” teórica e a teve através de leis escritas, de um processo judicial que acentuava sua estruturação, de pessoas que se abeberavam de conhecimentos especializados e de uma ordem jurídica que estava sendo construída para respaldar a expansão da atividade econômica em todo o mundo.

Observe-se que, juntamente com a ordem jurídica, que aos poucos adquiria contornos que prenunciavam a modernidade, o Estado absolutista se ia estruturando. Esse Estado, frise-se bem, acentua cada vez mais seus traços de divisão e controle interpodereis. A idéia de divisão de poderes não era nova, como já se viu. Em verdade, já se recolhia em Platão, em Políbio e em Cícero a idéia de que o governo devia ser dividido para que pudesse ser limitado. Zipellius transcreve interessante passagem de Políbio, segundo o qual os poderes deviam ser equilibrados, de tal modo que “*nenhum deles adquirisse preponderância, tornando-o o factor decisivo, mas que todos permanecessem em equilíbrio, tal como numa balança; que as forças antagônicas se compensassem mutuamente e que assim se conservasse duradouramente a situação constitucional*”.¹⁷⁴

¹⁷² A descrição é de Antônio Hespanha, em sua História das instituições jurídicas – Épocas medieval e moderna, habilmente resenhado por Argemiro Cardoso Moreira Martins, em “O Direito Romano e seu Ressurgimento no Final da Idade Média” in WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 97-127.

¹⁷³ Martins, Argemiro Cardoso Moreira. Op. cit. p.125.

Os poderes deviam ser divididos, conforme já se frisou, na visão de John Locke, Charles de Montesquieu e David Hume. A divisão de poderes era sinônimo da idéia liberal de estado. Zippelius, em tom quase poético, acentua:

“A idéia de equilíbrio estava largamente divulgada desde o século XVI, tornando-se praticamente no século XVIII um conceito de moda: de acordo com a mecânica celeste newtoniana, os sistemas solares mantêm-se num equilíbrio de forças gravitacionais e centrífugas. Na filosofia moral, Shaftesbury operou com o equilíbrio dos afectos. No pensamento económico nasceram as ideias de um balanço comercial, um equilíbrio do mercado e de um equilíbrio a nível da economia externa. No plano da política externa surgiu o princípio do equilíbrio europeu. A nível da política interna desenvolveram-se os princípios de um contrabalanço organizativo e funcional dos poderes e a idéia de um equilíbrio interno do parlamento através de um livre debate das opiniões dele representadas, e, sobretudo, da interacção entre o partido governamental e a oposição que o controla e que com ele alterna (Bolingbroke)”.¹⁷⁵

Da Revolução Gloriosa de 1688, em que James II é expellido do trono inglês, também já referida, para que se produzisse o equilíbrio na representação do parlamento britânico, até Montesquieu e seu Espírito das Leis, modelado na divisão de poderes inglesa, avançaram idéias do controle do poder pelo poder. Zippelius esclarece que a doutrina clássica da divisão de poderes repousava em um esquema de distribuição de competências. Estruturado juridicamente o poder do Estado, a distribuição das competências se fazia com a repartição das atribuições de elaboração das regulações gerais e de produção de decisões concretas juridicamente vinculativas.¹⁷⁶

Esses traços históricos devem ser registrados, para permitir a correta compreensão dos contornos do discurso jurídico em geral e, em especial, da argumentação judicial. O poder se exercerá sobre um Estado marcado pela divisão de poderes, pela necessidade da justificação de decisões, que aos poucos se impôs, pela alegada completude do ordenamento jurídico, mas ao qual se contrapunha a proibição do *non liquet*, ou seja, a obrigação imposta ao juiz de decidir os feitos a ele submetidos a julgamento, ainda que não houvesse

¹⁷⁴ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 407.

¹⁷⁵ ZIPPELIUS, Reinhold, cit. p. 408.

¹⁷⁶ ZIPPELIUS, Reinhold, cit. p. 409.

regra de direito diretamente aplicável ao caso concreto, ou quando esta fosse obscura, ou quando fosse lacunosa.

O desenvolvimento teórico realizado por Chaïm Perelman é, sob todos os títulos, a mais completa reunião de conceitos acerca da teoria da argumentação jurídica, razão pela qual há que compreender essa evolução da teoria, antes do exame de dados empíricos da realidade brasileira.

III.8 – Argumentação e a Nova Retórica de Chaïm Perelman: teorias da argumentação e a argumentação judicial

Para que a argumentação jurídica alcançasse a condição de ramo da filosofia do direito, tornou-se indispensável a contribuição de Chaïm Perelman, que, auxiliado por Lucie Olbrechts-Tyteca, pesquisou o tema a partir de 1947, na Bélgica, como informa Fábio Ulhoa Coelho na introdução à edição brasileira do *Tratado da Argumentação*. O cerne das preocupações de Perelman residia na utilização de juízos de valor no raciocínio jurídico. Esse uso fazia com que o raciocínio jurídico ingressasse, de fato, no campo da irracionalidade, que é incompatível com qualquer elaboração teórica no direito. A Nova Retórica vai surgir, assim, da busca pela definição de uma lógica dos julgamentos de valor utilizados no raciocínio jurídico.¹⁷⁷

Observe-se que, de 1963 a 1967, o Centro Nacional Belga de Pesquisas de Lógica (Centre National de Recherches de Logique), em que atuava Perelman, desenvolveu estudos a respeito da obrigação que se coloca diante do juiz de ter de decidir casos concretos, inobstante a ausência de dispositivo legal aplicável ao caso. Em 1968, Perelman organizou o “*Problème des Lacunes en Droit*”¹⁷⁸, com contribuições do próprio Perelman, de Buch, Canaris e Gilissen, entre outros.

Percebe-se, assim, que as preocupações de Perelman voltavam-se para o conhecimento jurídico e, nele, para a negação da existência de interpretações verdadeiras. As interpretações, segundo Perelman, são o resultado do consenso que se possa estabelecer entre aquele que expressa

¹⁷⁷ Cf. o prefácio à edição brasileira em PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

um raciocínio jurídico e o destinatário desse conhecimento. O direito, assim, entendido como ciência, não se dirige para a eleição da interpretação jurídica verdadeira. O objeto do direito é fornecer o argumento que sustente ser uma decisão preferível a outras, segundo os valores que tenham sido estabelecidos para essa valoração.¹⁷⁹

Em uma perspectiva histórica, Perelman entende que a obrigação de motivar as decisões judiciais, implantada na França, em 1790, permitiu encontrar, na justificação utilizada pelos tribunais, excelentes exemplos de lógica jurídica. Perelman distingue, para fins pedagógicos, em três períodos o raciocínio jurídico (lógica jurídica).¹⁸⁰ O primeiro período é da escola da exegese, que se encerra aproximadamente em 1880 e queria reduzir o direito à lei; a lei era, evidentemente, o Código Napoleão. O segundo período iria de 1880 até 1945, compreendendo o ensino da escola funcional e sociológica do direito. O terceiro período corresponderia à concepção tópica do raciocínio jurídico. Mais recentemente, há registros de trabalhos de Perelman tentando resolver a questão do limite da verdade material no raciocínio judiciário, com preocupações a respeito das presunções e ficções.¹⁸¹

Fora da lei pouco havia o que ser feito pelas Cortes na França, em virtude de uma crença inabalável no princípio da separação dos poderes. Segundo esse princípio, o poder legislativo detinha o monopólio da elaboração da lei; o judiciário realiza o cotejo dos fatos com a lei, mas não detém a faculdade de elaborar o direito. A lógica jurídica aplicável, declina Perelman,

¹⁷⁸ *Le Problème des Lacunes en Droit*. Études Publiées par Ch. Perelman. Bruxelles: Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1968.

¹⁷⁹ Cf. PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA. Op. cit. p. XVI. É bastante elucidativa a “justificativa” para a elaboração teórica de Perelman, feita por Michel Meyer, na edição francesa do Tratado da Argumentação. Segundo ele, a retórica ressurgiu, quando sobrevém a crise. Exemplifica com a “superação” do mito, entre os gregos, que deu lugar aos sofistas; ou à retórica do Renascimento, derivada da colisão entre as ciências naturais, a escolástica e a teologia; ou, modernamente, o esgotamento de paradigmas, como ocorreu com o fim das experiências de socialismo real. Nas palavras de Meyer: “Como atribuir à Razão um campo próprio, que não se reduz à lógica, demasiado estreita para ser modelo único, nem se submete à mística do Ser, ao silêncio wittgensteiniano, ao abandono da filosofia em nome do fim – aceito por Perelman – da metafísica, em proveito da ação política, da literatura e da poesia? [...] A Nova Retórica é, então, o ‘discurso do método’ de uma racionalidade que já não pode evitar os debates e deve, portanto, tratá-los e analisar os argumentos que governam as decisões.” (Perelman, *ibid.* p. XX).

¹⁸⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 29.

quase que desnecessariamente, nada mais é do que o “silogismo judiciário”. A premissa maior é a norma elaborada pelo Poder Legislativo; a premissa menor nada mais redundante ser do que a verificação fática de que os termos da norma legal foram preenchidos; a conclusão do silogismo é a decisão judicial. Nas palavras de Perelman:

“a doutrina devia limitar-se, nessa concepção do direito, a transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria o conjunto das regras de direito, do qual tiraríamos a maior do silogismo judiciário”.¹⁸²

Perelman, que se coloca, assim como Husserl, com a qualidade de “funcionário da humanidade”, quando se entrega ao trabalho filosófico, declara, na introdução do Tratado da Argumentação que a Nova Retórica resulta do redescobrimto de um componente da lógica aristotélica, ignorado e desprezado. Refere-se ao raciocínio dialético, no sentido aristotélico, ou seja, em contraposição ao raciocínio demonstrativo.

Como se viu acima, Perelman busca solucionar o dilema entre a aplicação da razão demonstrativa às questões humanas (Aristóteles, Kant) e a subjetividade das escolhas morais (solução trazida por Kant). A questão posta diante de Perelman consiste em saber se a razão pode lidar com fins e valores ou se é necessário lidar, na vida prática, com o domínio da violência e da força bruta.

A solução dada por Perelman a esse questionamento é ímpar. Segundo ele, não se há que adotar o extremo do racionalismo nem o extremo oposto da experiência (positivismo). O homem escolhe, mas não tem certeza absoluta quanto à eficácia de suas escolhas. No processo de escolha o homem apresenta razões que permitam persuadir, convencer os demais participantes da relação e a si próprio. O exercício da persuasão consiste em decidir se uma

¹⁸¹ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XVI.

¹⁸² PERELMAN, Chaïm. *Ibid.* p. 33.

escolha feita é melhor do que a outra. Trata-se de uma reinterpretação da retórica de Aristóteles, em que é utilizada uma “concepção de racionalidade mais branda” que tem traços platônicos.

Como Perelman chega à conclusão, quase tautológica, hodiernamente, de que não há verdades absolutas, uma das conseqüências da conclusão é a de que a separação maniqueísta entre esquerda/direita, autonomia do indivíduo/soberania do Estado, liberdades fundamentais/autoritarismo do Estado, juízo de valor arbitrário/investigação em bases científicas, entre outras, tem de ser revista, devendo ser repudiados os extremos políticos, ideológicos e científicos.

Segundo Perelman, Descartes estava errado ao afirmar que, quando duas pessoas expressam idéias diferentes sobre a mesma situação social, pelo menos uma delas deve estar errada. Para Perelman, talvez ambas estejam certas, talvez ambas as opiniões possam ser provadas no processo de diálogo e argumentação e finalmente colocadas em prática.

Há que obtemperar, porém, que, em uma primeira aproximação, parece haver, na argumentação judicial, campo pleno para a comprovação da afirmação de Descartes, porque, usualmente, a argumentação judicial opera com probabilidades (Toulmin). Tem-se o “provável” diante do elenco probatório; o “provável” diante do precedente; é o “provável” diante da lei; ou o “provável” diante da necessidade de preencher uma lacuna. O “provável”, porém, na prática judicial, não pode “permanecer provável”; é necessário que um bem da vida seja entregue a um dos litigantes. O “provável” tem de se transformar em certeza e essa certeza tem de ser apodítica.

Essa é a grande dificuldade de compatibilizar a argumentação judicial com os pós-kantianos. Se a moral for introduzida entre o sujeito e o objeto e se, entre as considerações racionais que são feitas para que o homem conheça o objeto, é possível introduzir conceitos éticos e morais como o de justo, justiça, não se está lidando com probabilidades, mas, sim, com certezas. Não são

certezas “naturais”, mas, sim, artificiais, fruto que são do intelecto. É no plano do intelecto, portanto, que a argumentação é produzida, ou seja, a articulação de fatos, idéias, razão, fatos, idéias, razão, que permitem refutar, declarar, sentenciar etc.

Ao ver de Perelman, julgamentos não amparados em categorias de lógica formal ainda podem ser razoáveis e não irracionais. As considerações de Perelman sobre o diálogo e a audiência ilimitada (o conhecido “auditório universal”: universitários, autores, filósofos, políticos e os que queiram pensar) aponta para a chamada “verdade relativa”. A relatividade da verdade de Perelman não se situa no plano do ser, mas, sim, no plano do discurso. Nota-se uma interação, uma imbricação, uma simbiose entre o discurso e o ser, razão pela qual não é possível imaginar soluções definitivas, na argumentação por ele desenhada. Mais parece que Perelman sustenta que se está diante de uma constante construção e reconstrução. Alteradas as condições de possibilidade, reavaliada a situação fática, reabre-se o diálogo e constrói-se novo argumento. Isto comprovaria a tese de que a sociedade é provisória, os argumentos são mutáveis, que o ser e o objeto a ser conhecido se alteram, se o envoltório social se alterar, eis que uma nova argumentação será necessária para explicar o que se conhece.

A Nova Retórica, assim, representa uma portentosa construção teórica, que se apóia na razão humana, ou seja, na crença de que a razão do homem pode alcançar a verdade. No Capítulo IV do Tratado da Argumentação, Perelman desenvolve alguns conceitos adicionais que merecem atenção, para os propósitos desta tese. Discorre ele, inicialmente, a respeito da inexistência de ligações argumentativas, quando ocorre ruptura de ligação e dissociação. Segundo Perelman, “a situação argumentativa em seu conjunto, e sobretudo as noções nas quais a argumentação se apóia, os remanejamentos aos quais ela conduz, as técnicas que permitem operá-los, é que nos indicarão a presença de uma dissociação das noções e não de uma mera recusa de ligação.”¹⁸³

¹⁸³ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 468-469.

No tocante à técnica de dissociação das noções, Perelman utiliza-se da construção do par “aparência-realidade”. Esclarece Perelman que a existência de incompatibilidades entre aparências leva à necessidade da distinção, pois *“as aparências podem opor-se, o real é coerente: sua elaboração terá como efeito dissociar, entre as aparências, as que são enganosas das que correspondem ao real”*.¹⁸⁴

A aparência - e somente ela - pode assemelhar-se ao objeto, confundir-se com o objeto ou induzir alguém a erro. O obstáculo para a argumentação racional surge quando as aparências são incompatíveis, ou seja, as aparências não podem ser aceitas ao mesmo tempo. A questão assume aspectos tormentosos, como se pode verificar nesta passagem do Tratado, de Perelman:

[...]a própria dissociação entre aparência e realidade será rejeitada por certas filosofias que constatarem que algumas concepções do real se opõem umas às outras e recusam qualquer razão de escolher entre elas. Tais filosofias, ditas antimetafísicas, positivistas, pragmáticas, fenomenológicas ou existencialistas, afirmam que a única realidade é a das aparências.”¹⁸⁵

Quer parecer, assim, que o raciocínio elaborado por Perelman para explicar as incompatibilidades entre os elementos do par aparência/realidade pode também auxiliar a compreensão do mítico, na construção que se faz nesta tese a respeito de distorções na realidade.

Com efeito, uma decisão judicial estará distorcida por algum dos mitos que cercam esse tipo de argumentação jurídica no Brasil, quando houver incompatibilidade entre aparências, entendendo-se por tal a existência de aparências, como manifestação do real, que não podem ser aceitas, todas, ao mesmo tempo.

¹⁸⁴ PERELMAN, Chaïm. Ibid. p. 472.

¹⁸⁵ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 475.

Portanto, a elaboração teórica de Perelman exerce a função de permitir a desmontagem do raciocínio jurídico por detrás de decisões acerca da realidade, que podem estar conformes ou desconformes com essa realidade, gerando aparências distintas, que não podem colidir entre si. É também com Perelman que se pode verificar a existência ou não de “consenso” (“auditórios”), no sentido de concordância ou adesão às decisões. Essas questões serão retomadas por ocasião do exame do material empírico que está reservado para as partes finais desta tese.

CAPÍTULO IV – A MITIFICAÇÃO PSICOLÓGICA E SOCIAL: A SOCIOLOGIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA E O PRAGMATISMO JURÍDICO. A PRESENÇA DE FATORES NÃO DOGMÁTICOS NA DECISÃO JUDICIAL

IV.1 – A Sociologia Jurídica americana: Holmes, Cardozo e Roscoe Pound

A sociologia jurídica norte-americana tem sido esquecida por muitos dos que se debruçam sobre a evolução do pensamento filosófico dos últimos dois séculos. Uma explicação para tal esquecimento talvez resida no objeto do conhecimento que desenvolveram e, talvez, também esteja ligado ao fato de que, significativamente, eles trouxeram da *praxis* um conjunto de lições que ganharam o mundo.

Com efeito, no interior do envoltório da *praxis*, que ocupou a atenção desses pensadores, transitou um conjunto denso de preocupações com a essência do direito, sem que jamais esses autores tenham aceitado o alijamento da norma jurídica do exercício da interpretação judicial ou do raciocínio jurídico em geral. As preocupações jurídicas de Holmes, Cardozo e Roscoe Pound era retiradas do exercício da judicatura e, mais ainda, do entendimento que possuíam a respeito do rol de competências dos poderes do Estado, ao final do século XIX e início do século XX.

Tem-se frisado que a sociologia do direito não é, rigorosamente, uma escola de pensamento: é, sim, uma universidade da *praxis*, ou seja, um repositório de lições a respeito do modo de conhecer juridicamente, do modo de interpretar o direito e do modo de exercê-lo, no sentido mais denso que o termo possa acolher, estando subjacente, como sujeito e como objeto, a realidade social, determinando e sendo determinada pelo direito.

Nesta seção serão expostos, brevemente, os posicionamentos teóricos de Oliver Wendell Holmes, Benjamin Nathan Cardozo e Roscoe Pound.

Oliver Wendell Holmes foi juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América durante um longo período de anos, nas três primeiras décadas do século XX. Antes, ainda no século XIX, Holmes já sustentava que uma decisão judicial, conquanto pudesse assumir uma forma lógica, consagrava uma ilusão. Isto ocorria porque os problemas jurídicos decorriam de conflitos entre desejos e interesses sociais, total ou parcialmente incompatíveis. Os juízes, ainda segundo Holmes, devem levar em conta, na sua atividade, as conseqüências sociais que suas decisões podem provocar. Essas conseqüências sociais e critérios éticos deverão, assim, estar presentes nas decisões .¹⁸⁶

Benjamin Nathan Cardozo, por seu turno, desenvolveu interessante teorização acerca da natureza inconsciente da decisão judicial. Segundo Cardozo, as forças de que os juízes se valem para julgar “*raramente são de todo conscientes*”.¹⁸⁷ Nas palavras de Cardozo:

“As excentricidades dos juízes se equilibram. Um juiz considera os problemas do ponto de vista da história, outro do da filosofia, outro, ainda, do da utilidade social; um é formalista, outro demasiado liberal; um tem medo de mudanças, outro está descontente com o presente”.¹⁸⁸

Esse elemento inconsciente ou subconsciente da decisão judicial, identificado por Cardozo possibilitou-lhe descrever métodos distintos, que eram utilizados por ele próprio, ao proferir decisões. Esses métodos, na síntese de Recaséns Siches, consistem na dedução lógica, na busca da inspiração no desenvolvimento histórico de um instituto jurídico, no método de adesão aos

¹⁸⁶ Cf. SICHES, Recaséns, Luis. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. V. 2. México: Editorial Porrúa, 1963, p. 593-597

¹⁸⁷ CARDOZO, Benjamin Nathan. A Natureza do Processo e A Evolução do Direito. Porto Alegre: Ajuris, 1978, p. 152.

¹⁸⁸ CARDOO, Benjamin Nathan. Ibid. p. 157.

costumes e convicções sociais vigentes e no método apoiado em considerações de justiça e de bem estar social.¹⁸⁹

Pode-se verificar que cada um desses métodos descritos por Cardozo, como sendo o retrato de sua mente ao decidir, não significam afastamento do juiz da norma jurídica. Essa não é uma característica de nenhum dos principais representantes da “jurisprudência sociológica” norte-americana. Como bem acentua Recaséns:

“Se trata de que cuando el juez decida hasta qué punto las normas existentes han de ser interpretadas extensiva o restrictivamente, debe inspirarse por las ideas de justicia y bienestar social, las que determinarán el método de interpretación, y aclararán la dirección y alcance de esas normas.”¹⁹⁰

Não se quer, como se pode ver, revolucionar o Direito. O intento desses autores é bem outro, qual seja, o de possibilitar a fixação de um caminho que atenda às imposições da norma, sem olvidar, entretanto, os aspectos, sociais e éticos que devem estar subjacentes à decisão dos juízes.

Observe-se que, no âmbito normativo, Cardozo propunha que se fizesse uma nova “compilação do direito”, que livrasse a todos “*da confusão dos precedentes judiciais*”.¹⁹¹ Em outras palavras, o centro das preocupações de Cardozo estava, evidentemente, na certeza ou incerteza das decisões judiciais. Os precedentes não traziam a certeza jurídica. Muito pelo contrário, atemorizavam a Cardozo, a ponto de este chegar a afirmar o seguinte:

“a fecundidade do nosso direito consuetudinário atemorizaria Malthus. Houve época em que a adesão ao precedente foi uma força proveitosa, a garantia, segundo parece, de estabilidade e certeza. Não sacrificaríamos nem um componente da ninhada, mas agora, depois da desova, a criação esquecida da nossa mercê, está tomando o lugar

¹⁸⁹ SICHES, Luis Recaséns. Op. cit. p. 606-607.

¹⁹⁰ SICHES, Luis Recaséns. Ibid. p. 609.

¹⁹¹ CARDOZO, Benjamin Nathan. Op. cit. p. 165.

daqueles que a pouparam. O acréscimo de seu número não trouxe acréscimo de respeito. [...] O alude de decisões oriundas de tribunais superiores e inferiores está conduzindo a uma situação em que a citação de precedentes tende a influir menos, e o apelo a um princípio não formal tende a influir mais. A imensa lista de processos a serem julgados torna impossível aos juízes, malgrado sua capacidade, esquadrihar todos os casos até os seus fundamentos”¹⁹²

Em plena década de 1920, Cardozo decide discutir a respeito da certeza das decisões judiciais, visando retirar destas qualquer conteúdo mítico. Segundo ele, nove décimos dos casos apresentados aos tribunais são predeterminados, com solução já preestabelecida em leis inarredáveis. Não deveria haver razão, assim, para mistificações nem mitificações. O direito, sustenta Cardozo, “*deve ser estável, e contudo não pode permanecer imóvel*”.¹⁹³ O conjunto das palavras de Cardozo conduzem à conclusão de que o Direito, que deveria ser marcado pela “estabilidade”, pela certeza dos pronunciamentos judiciais, ante o grande número de casos que são resolvidos em ambiente de certeza e previsibilidade, tem de mover-se para a frente e para os lados, ou seja, adiante e levando em conta o envoltório social, o que introduz incerteza nas decisões.

Roscoe Pound também escreve na década de 1920, destacando-se entre seus escritos a “*Introdução à Filosofia do Direito*”, que é a versão escrita de conferências por ele proferidas na Universidade de Yale, em 1921. Tal como Holmes e Cardozo, Pound não aceita a tese da existência de normas jurídicas com validade eterna e imutável, razão pela qual também entende que as decisões judiciais devem refletir o ambiente social em que são produzidas. Pound sustenta que a atividade judicial envolve sempre uma valoração. Surge então a consequência imediata: a valoração correta envolve a adequada captação de todos os fatos que cercam quem vai proferir uma decisão judicial.¹⁹⁴

Na conferência acerca da “Aplicação da Lei”, de conteúdo dogmático avantajado, Roscoe Pound procura distinguir a interpretação, entendida como a

¹⁹² CARDOZO, Benjamin Nathan. Ibid. p. 167.

¹⁹³ CARDOZO, Benjamin. Nathan. Ibid. P. 252.

¹⁹⁴ Cf. SICHES, Luis Recaséns. Op. cit. p. 611-618.

criação de uma norma válida para casos futuros, e o que ele chama de “ato de legislação” Do mesmo modo que Cardozo, Roscoe Pound reconhece que é pequeno o número de casos que exigem uma “interpretação genuína”. Daí o famoso excerto de sua obra:

[...]foi-nos fácil supor que os tribunais nada mais fazem do que interpretar, genuinamente, textos legislativos e deduzir o conteúdo lógico dos princípios tradicionais, estabelecidos autoritariamente. Foi fácil aceitar uma teoria política, a partir do dogma da separação dos poderes, e estabelecer que os tribunais só interpretam e aplicam, que toda função legisladora deve competir ao legislativo, que os tribunais devem ‘aceitar a lei tal como esta se lhes apresenta’, como se eles pudessem encontrá-la sempre feita à medida para cada caso. Também foi fácil aceitar uma teoria jurídica, segundo a qual a lei não pode ser feita; que só poderá ser descoberta e que o processo de encontrá-la é puramente uma questão de observação e lógica, não envolvendo quaisquer elementos criadores. Se realmente acreditássemos nessa piedosa ficção, escassa fé poderíamos depositar nas capacidades lógicas dos membros da magistratura judicial, se pensarmos na diversidade de doutrinas judicialmente proclamadas a respeito de um mesmo ponto, o que é tão freqüentemente observado em nosso direito substantivo, e as diametralmente opostas opiniões de nossos melhores juizes com respeito àquelas.”¹⁹⁵

A “ficção” a que se refere Pound é sinônimo de que a “descoberta da lei”, por ele identificada como anelo de muitos, não se resume a um simples exercício mecânico de observação e lógica. A causa não tem que caber na norma (mecânica), assevera Pound, mas, sim, a norma na causa (interpretação), o que leva Pound a concluir que *“só um santo, tal como Luís IX sob o carvalho de Vincennes, pode ser investido nos amplos poderes de um juiz, limitado apenas por um desejo de resultados justos em cada caso, a serem alcançados pela aceitação da lei como guia geral”*.¹⁹⁶

Com essas considerações, cumpre examinar, agora, o posicionamento teórico de Jerome Frank e Karl Llewellyn diante da mitificação dos pronunciamentos judiciais.

¹⁹⁵ POUND, Roscoe. Introdução à Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965, p. 58-59

IV.2 - Jerome Frank e o “Mito da Corte de Apelação”: o pensamento legal não euclidiano em Frank e Llewellyn

Dentre os realistas norte-americanos um lugar de especial destaque é dado a Jerome Frank. Trata-se de um juiz americano que não teve assento na Suprema Corte, como fizeram Holmes e Cardozo, mas que logrou construir um arcabouço teórico importante acerca do modo como opera a mente dos produtores de atos e decisões jurídicas.

A obra jurídica que Jerome Frank legou surgiu nas primeiras décadas do século XX. *Law and the Modern Mind*, seu escrito primeiro e talvez principal, foi publicado pela primeira vez em 1930 e traz, no intróito, o intrigante questionamento, atribuído a Lewis, com os seguintes termos, em tradução livre:

"Se a descoberta (da falibilidade de uma lei antes aceita como científica) nos causa uma grande desilusão, tal ocorre porque nossas mentes estão afetadas, desde a infância, pela antiga superstição do absoluto. Dizemos: 'Se esta grande lei não é sempre verdadeira, o que será de nossas outras leis, que considerávamos exatas?' Será que não podemos reverenciar uma instituição sem fazer a suposição infantil de sua infalibilidade? Será que não enxergamos que as leis precisas, tal como ocorre com todas as coisas finais e absolutas, são tão fictícias quanto o pote cheio de ouro ao final de um arco-íris?"

Como se vê, Frank não queria escrever uma obra simplesmente descritiva. Seu intento era o de fazer questionamentos a respeito da vinculação entre os instrumentos normativos e a realidade, mormente porque ele vivia sob a influência poderosa dos julgamentos e ensinamentos que Oliver Wendell Holmes e Benjamin Nathan Cardozo haviam plantado desde o século anterior e que Karl Llewellyn trouxera há pouco para a cena jurídica americana.

¹⁹⁶ POUND, Roscoe. Ibid. p. 68.

No prefácio à 6a. edição, do *Law and the Modern Mind*, Frank lança novos reptos para os que esperavam uma reedição isenta de querelas. Afirmo Frank, agora em 1948, que, se fosse reescrever seu trabalho, centraria a análise, diretamente, em 4 objetivos: a) escrever especificamente sobre decisões judiciais; b) escrever acerca do reduzido grau de previsibilidade e uniformidade que tais decisões apresentam; c) escrever sobre o modo como são produzidas as decisões judiciais; d) escrever sobre o modo como, no interesse da justiça e dos cidadãos, o modo de elaboração das decisões judiciais, pode ser aperfeiçoado.

É interessante verificar que Frank apresenta, na mesma introdução, a justificação para o termo **realismo**, utilizado por ele na primeira edição, afirmando que tomou o termo emprestado de Karl Llewellyn, para designar o modo como um grupo de advogados americanos, no início do século XX, questionava o desenvolvimento do Direito.

Frank tenta elaborar uma divisão peculiar entre aqueles que discordavam a respeito da evolução do Direito, agrupando-os em dois conjuntos. O primeiro, que chama de "*céticos legais*" ("*rule skeptics*"), compreenderia os que consideravam desejável a possibilidade de previsão, por parte de advogados e clientes, acerca do resultado (decisão) de uma ação, antes de seu início. Haveria um conjunto de condutas ou pensamentos uniformes ou regulares, que permitiriam essa previsibilidade. O segundo grupo, segundo Frank, referia-se aos chamados "*céticos de fato*", para quem, inobstante a uniformidade ou regularidade existente nos procedimentos judiciais, era impossível prever decisões futuras. Estes consideram até mesmo fútil a descoberta de qualquer fator de previsibilidade das decisões.

Imerso nessas divergências, Frank se inclui entre os "*fact skeptics*". Os "*fact skeptics*", segundo Frank, aceitam, como ponto de partida, que as cortes aplicam a lei aos fatos a elas submetidos, o que tornaria simples a tarefa de prever o resultado de uma decisão judicial. Ocorre que, quando essa aplicação vai ser feita, explica Frank, avultam condições pessoais de testemunhas, os

preconceitos, que os juizes carregam geralmente no inconsciente, envolvendo condições raciais, religiosas, políticas ou econômicas. Essas condições pessoais, evidentemente, afastam a decisão do caráter padronizado (“*standardizado*”) a que a mera subsunção poderia conduzir. Acrescenta Frank que a subsunção, que colocaria, em dois pólos, o fato e a norma, não opera desse modo, eis que fatos e normas interferem um no outro, de tal modo que a decisão judicial não faz, necessariamente, a distinção entre um e outro (fato e norma).

Na decisão judicial, acrescenta Frank, ocorre o que ele denomina **Upper-Court Myth (Mito da Corte de Apelação)**, que pode ser sintetizado em dois pontos. Primeiramente, há uma diferença entre normas legais e normas de fato utilizadas em um julgamento; se houvesse a coincidência de uma com a outra, a imprevisibilidade dos julgamentos seria reduzida. Em segundo lugar, há uma crença de que os “*erros*” dos juízos singulares (cortes de julgamento) podem ser desfeitos pelos tribunais de apelação.

Essas considerações já apontam para as preocupações que perpassaram a mente de Frank, arauto do realismo do século XX, nos Estados Unidos. A previsibilidade era o alvo das preocupações dos realistas, eis que esta sintetizava, no plano jurídico, o conjunto de fatores psíquicos, psicológicos, antropológicos, sociais e culturais que influenciavam o julgamento de um processo. Realistas, como Frank, não se preocupavam tanto com a racionalidade, com a funcionalidade ou com a fundamentação das decisões judiciais, quanto se preocupavam com o mundo interior dos prolatores de decisões judiciais e com as influências que estes recebiam, capazes de condicionar o resultado das decisões que proferiam. A conduta do juiz interessava aos realistas; o modo como o juiz apreciava a prova produzida no processo interessava aos realistas

A análise do pensamento de Frank, feita por Recaséns Siches,¹⁹⁷ confirma as observações que se acabaram de expor. O centro do pensamento de Jerome Frank, segundo Recaséns Siches, reside na questão da certeza ou, mais propriamente, na questão da incerteza que cerca a decisão judicial. A incerteza que caracteriza essa espécie de expressão do raciocínio jurídico (decisão judicial) estaria sendo mantida oculta por advogados, doutrinadores e professores de direito, que propagam a ilusão de que tais decisões são previsíveis, o que estaria causando danos profundos ao direito. O direito deveria ter um caráter plástico, mutável, para acompanhar as mudanças da realidade contemporânea. Na síntese de Recaséns Siches:

“Los rápidos y complejos cambios de las realidades de nuestro tiempo determinan que se presenten situaciones, ni remotamente previstas en las normas preestablecidas. Entonces, el juez tiene que formular la norma, aunque las más de las veces bajo la falsa apariencia de interpretar viejas reglas.”¹⁹⁸

Esse **mito da certeza** sofre outras críticas. Frank sustenta que, convencionalmente, partiu-se do pressuposto de que o direito possuía forma estável e preconcebida, cabendo ao juiz apenas descobri-lo (o direito) e pronunciá-lo, aplicando-o ao caso concreto. A mudança de jurisprudência, em países em que prevalecia o direito dos precedentes, consistiria apenas na “*retificação do mapa jurídico anterior, que havia sido elaborado com um erro*”.¹⁹⁹

Frank volta-se ferozmente contra esse elenco de conclusões, sustentando que nenhum dos supostos referidos é confirmado pela realidade. Não há certeza nas normas, não há certeza sequer nos fatos. E isto ocorre, evidentemente, porque o direito, como ciência social, não admite automatismos incontornáveis, certezas inalteráveis ou a imutabilidade permanente. A presença do homem como ser essencial à produção e à interpretação do direito

¹⁹⁷ SICHES, Luis Recaséns. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX, v. 2. México: Editorial Porrúa, 1963, p. 629-636.

¹⁹⁸ SICHES, Luis Recaséns. Op. cit. p. 630.

faz com que até mesmo a composição de um Tribunal Supremo possa alterar uma posição antes majoritária.

Decorre disso a existência do **mito do direito completo, onisciente e certo**, segundo Jerome Frank, que se apóia na figura de um “juiz infalível” que, com seu conjunto de normas, estabelece o que é o justo e o injusto e decide as punições que serão aplicadas aos que infringirem tais normas.²⁰⁰

Conquanto Jerome Frank reconheça a existência e utilidade das normas jurídicas, ele nega que o direito efetivo produzido pelos tribunais consista apenas nas conclusões extraídas de tais normas, porque a aplicação do direito, entende Frank, depende de “seres humanos concretos”, o que coloca o juiz na posição central da produção do direito. O juiz de Jerome Frank, como se viu, é influenciado por fatores como a educação, os vínculos familiares, sua posição econômica e social, sua experiência política e jurídica, sua opinião política, seus dotes intelectuais, traços do temperamento.²⁰¹

Esses fatores extrajurídicos, ao ver de Frank, impedem a certeza e a uniformidade das decisões judiciais, mas não são socialmente tão graves quanto o que sucederia, se fossem escolhidos para exercer a função judicial pessoas insensíveis às questões sociais.

A descrição do raciocínio jurídico aplicado às decisões judiciais feita por Jerome Frank já se tornou clássica. Sustenta ele que, à vista dos elementos probatórios reunidos no processo, o juiz forma, antes de proferir a decisão, a convicção acerca do justo. Somente depois irá o juiz buscar os princípios ou fundamentos (considerandos) que possam justificar sua opinião inicial, sendo que esses princípios são reunidos à análise dos fatos, qualificados juridicamente para justificar a decisão antecipadamente tomada. Isto significa,

¹⁹⁹ Cf. SICHES, Luis Recaséns. Op. cit. p. 631.

²⁰⁰ SICHES, Luis Recaséns. Op. cit. p. 632.

²⁰¹ SICHES, Luis Recaséns. Op. cit. p. 634.

ao ver de Frank, que as decisões judiciais são tomadas com base em **intuições** e **sentimentos** do juiz, cabendo, pois, ao intérprete identificar como o juiz forma tais intuições e sentimentos, se quiser antecipá-los ou entendê-los. Nas palavras de Frank:

“The business of judges is to dispose of litigation, not to formulate rules, that is, not to state accurate generalizations of the result of their decisions or accurate forecasts of future decisions. To generalize accurately the determinations of the courts and the real reasons or motives producing those determinations are tasks for which the judges do not have sufficient time. It can be done better by others.”²⁰²

É útil registrar que o “*justo*” que o juiz “*descobre*”, antes de proferir a decisão judicial, nada mais é do que a concepção de justo, DELE, juiz. O número e a natureza das variáveis que entram nessa composição do justo não autorizam, evidentemente, que se possa unir os cânones realistas com a previsibilidade.

Portanto, sem negar que o juiz, ao decidir uma causa, serve-se de leis, de precedentes ou da doutrina, Frank adota a tese de que essa aplicação do direito aos casos concretos somente se faz influenciada pela personalidade do juiz. O direito, como se pode ver, deixa o plano dogmático e vai recorrer ao exame da mente e das cercanias sociais dos prolores de decisões. Há interconexão e até mesmo conexões diretas entre o pensamento de Frank e dos demais realistas e as idéias do pragmatismo norte-americano que serão examinadas adiante.

Por ora, importa recolher alguns traços do pensamento de Karl Llewellyn, que ajudou a lançar as bases do pensamento realista norte-americano.

²⁰² FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Anchor Books, 1963, p. 299 (Tradução livre: A função dos juízes consiste em decidir litígios e não em fazer leis; isto é, o trabalho dos juízes não é o de dar explicações, ainda que precisas, acerca de suas decisões, nem fazer previsões exatas de decisões futuras. A explicação precisa das decisões judiciais e das razões reais ou motivos que levaram àquelas decisões são tarefas para as quais os juízes não dispõem de tempo. Ela pode ser melhor realizada por outros.)

Karl Llewellyn viveu de 1893 a 1962, tendo produzido avaliações e críticas importantes a respeito das principais idéias do realismo norte-americano. Em *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*²⁰³ estão reunidos, nas palavras de Llewellyn, lançadas pouco antes de sua morte, os trabalhos do período de 1928 a 1960, relacionados com o realismo.

No capítulo intitulado “*Some realism about realism*” (Alguns realismo a respeito do realismo), escrito em 1931, Llewellyn ainda apresenta, no início, os traços da aproximação psicanalítica ao conhecimento jurídico. Afirma ele:

“Before rules, were facts; in the beginning was not a Word, but a Doing. Behind decisions stand judges; judges are men; as men they have human backgrounds. Beyond rules, again, lie effects: beyond decisions stand people whom rules and decisions directly or indirectly touch.”²⁰⁴

Entretanto, o objetivo de Llewellyn é distinto. Ele testou afirmações a respeito do realismo, baseadas em crítica de Roscoe Pound e obteve resultados que representam uma significativa massa crítica para o movimento. Chama logo a atenção a afirmação taxativa de Llewellyn de que não existia uma “escola” chamada realismo e, mais ainda, que não havia a probabilidade de que viesse a se formar semelhante escola. O que tinha Llewellyn em mente era descrever o que ele entendia como um movimento que se preocupava com a lei. O realismo, para ele, não era uma “escola”; mas era um movimento.

As principais características do movimento realista, segundo Llewellyn eram as seguintes: a) o direito não é estático; ele se move em fluxo e há a

²⁰³ Llewellyn, Karl N. *Jurisprudence: realism in theory and Practice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.

²⁰⁴ Llewellyn, Karl N. *Ibid.* p. 42 (Tradução livre: Antes das normas, havia fatos; no início não existia nenhuma Palavra, mas existia a Ação. Por trás das decisões estão juízes; juízes são seres humanos; como seres humanos eles têm experiências humanas. Além das normas, novamente, há efeitos: além das decisões estão pessoas, cujas normas e decisões são direta ou indiretamente afetadas.)

criação judicial do direito; b) o direito é um meio para atingir fins sociais e não um fim em si mesmo; c) a sociedade também não é estática e se move em fluxo, sendo esse mais rápido do que o fluxo do direito; d) deve ser examinado o que os tribunais fazem efetivamente e não o que deveriam fazer; e) deve-se ver com desconfiança a concepção de que as normas legais e conceitos são o que os tribunais fazem realmente; f) os casos particulares devem ser agrupados em conceitos mais restritos; g) cada setor do direito deve ser avaliado em termos de seus efeitos reais; e h) insistência no ataque permanente aos problemas que o direito apresenta.²⁰⁵

Llewellyn é responsável, assim, por uma revisão importante empreendida no realismo.

Dentre os itens dessa revisão, deve-se destacar, para os propósitos desta tese, a distinção, construída por Llewellyn, entre as “*normas de papel*” e as “*normas efetivas*”. Algumas “*normas de papel*” não são levadas em conta pelos juízes, quando proferem decisões, porque tornaram-se “*letra morta*” ou porque são precedentes que já perderam a validade. Consigne-se que a expressão “*normas de papel*”, talvez involuntariamente, iguala-se, praticamente, à “*folha de papel*” de Ferdinand Lassalle, que lançou o conceito em 1862.²⁰⁶ ou às leis antes referidas, elaboradas pelo Poder Legislativo, que não nascem com a eficácia e a efetividade da norma jurídica pelo só fato de terem sido produzidas pelo poder competente (Friedrich Müller). A idéia é a mesma, ou seja, a de que uma norma jurídica, lançada numa folha de papel, terá apenas expressão “*física*” (“*norma de papel*”), caso não tenha eficácia.

Já as “*normas efetivas*”, ao reverso, são aquelas levadas em consideração pelo juiz ao proferir a decisão, razão pela qual, em geral, são referidas, expressamente, na própria decisão. Através da “*norma de papel*” haveria um mascaramento da realidade jurídico-normativa. A “*norma efetiva*”,

²⁰⁵ LLEWELLYN, Karl N. Ibid. p. 55-57.

²⁰⁶ Cf. LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. São Paulo: Lumen Juris, 1998.

aquela que realmente dinamiza a realidade, aquela que se aplica aos fatos que estão sendo decididos, se prevalecesse a “*norma de papel*”, poderia ser encoberta, surgindo apenas a norma mítica, que é a “*norma de papel*”.²⁰⁷ Isto leva Llewellyn a se alinhar com os demais realistas, entendendo que as decisões judiciais e as normas não se separam, sendo certo que o juiz, primeiramente, seleciona qual é a decisão que irá tomar (conclusão); em seguida, seleciona os fatos que terão relevo para a decisão, escolhe uma norma e extrai dela argumentos para fundamentar a conclusão.

Essas considerações remetem a análise para o pragmatismo.

²⁰⁷ Cf. SICHES, Luis Recaséns. Op. cit. p. 625-626.

IV.3 – O pragmatismo jurídico

O pragmatismo jurídico é um movimento surgido no século XIX, com localização geográfica preponderante nos Estados Unidos da América. Centra-se o pragmatismo na concepção de que o conhecimento pode ser adquirido a partir dos conseqüências práticas (efeitos) dos fenômenos. Os expoentes do movimento, em seus primórdios, são Charles Sanders Peirce, William James, Oliver Wendell Holmes e John Dewey.

Nos Estados Unidos da América, Peirce é o precursor do pragmatismo filosófico; na Inglaterra deve ser mencionado Schiller. Esses pensadores intentavam transformar a filosofia, para que esta se tornasse útil à vida humana, nas palavras de William James²⁰⁸.

As esferas de atuação desses pensadores são distintas: Peirce, James, Dewey e Schiller, que não eram juristas, atuaram no plano filosófico geral, enquanto que Holmes atuou no plano especificamente jurídico.

Modernamente, dois nomes se destacam, nos Estados Unidos da América, dentre os reconhecidamente pragmatistas. São eles Richard Rorty e Richard Posner. Posner, em especial, dedicou sua vida à construção de um modo conseqüente de pensar o Direito, entendendo que não importavam somente as conseqüências imediatas de uma decisão judicial, mas, também, suas repercussões gerais, inclusive aquelas de cunho eminente prático, que seriam suficientes para a definição de uma espécie de “*pragmatismo comum*” (“*everyday pragmatism*”), em contraposição ao “*pragmatismo filosófico*”. A análise se inicia com o exame de algumas idéias de Peirce e será desenvolvida até que se alcance o singelo e original conjunto de idéias de Richard Posner.

²⁰⁸ Cf. PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia*. São Paulo: Cultrix, p. 19.

IV.4 - O Pragmatismo de Charles Sanders Peirce

O termo pragmatismo passou a ser conhecido na filosofia dos últimos séculos quando utilizado por Charles Sanders Peirce, em 1878, no celebrado artigo “How to make our ideas clear” (“Como Tornar Claras as Nossas Idéias”), publicado no *Popular Science Monthly*, de janeiro de 1878.

O pensamento de Peirce se desenvolve em torno de uma finalidade, que é a determinação de significados. Para alcançar o significado, segundo Peirce, o pensamento somente procede transformando o conhecimento, nunca dando origem ao conhecimento, “*a menos que seja alimentado por fatos da observação*”.²⁰⁹ O pensamento dirige-se, assim, para a produção de “*crenças*”. As crenças, segundo Peirce, são dotadas de três propriedades. Elas são algo de que estamos cientes; elas afastam as dúvidas; e elas dão ensejo ao surgimento de hábitos de agir.

A frase abaixo resume o pensamento de Peirce:

“[...]a regra para alcançar o terceiro grau de clareza de apreensão é a seguinte: Considerar que efeitos – imaginavelmente possíveis de alcance prático – concebemos que possa ter o objeto de nossa concepção. A concepção desses efeitos corresponderá ao todo da concepção que tenhamos do objeto.”²¹⁰

Portanto, para Peirce, quando nos referimos ao vinho, para mencionar um exemplo, o único significado que se admite a partir dessa palavra consiste nos efeitos, quaisquer que sejam eles, que o vinho possa ter sobre os nossos sentidos. Peirce obtempera que, se nos referimos a alguma coisa que possui

²⁰⁹ PEIRCE, Charles Sanders. Como Tornar Claras as Nossas Idéias. In: *Semiótica e Filosofia: textos escolhidos de Charles Sanders Peirce*. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 49-70.

²¹⁰ PEIRCE, Charles Sanders. Op. cit. p. 59

todas as características do vinho e se a denominamos “*sangue*”, ingressamos em terreno sem sentido. Portanto, quando se desenvolve uma idéia a respeito de uma coisa, arremata Peirce, somente é possível se estar desenvolvendo idéias sobre os efeitos sensíveis que tal coisa é capaz de produzir. Essa é a clareza que deve ser buscada no agir do homem frente à realidade. Como somente as distinções práticas fazem sentido, aquilo que pertence ao real é aquilo que o homem pensa a respeito do real, ou seja, é o significado do real que o homem “*determina*”. A determinação é imediata, quando é dado perquirir sobre o que é o real (conseqüências); será mediata, quando o homem é exposto a experiências que o levam a conhecer o real.

O pragmatismo de Peirce, portanto, conduz a alguns resultados de fácil percepção. O primeiro deles consiste em que Peirce, ao fundar o pragmatismo, intentava desenvolver um método para determinar o sentido de conceitos intelectuais, ao mesmo tempo em que indagava a respeito dos problemas filosóficos fundamentais, concernentes ao conhecimento. Conclusões são obtidas após a pesquisa do objeto. As idéias racionais são testadas com respeito às conseqüências que poderão vir a produzir no futuro. Ao testá-las, porém, prescinde-se do uso de valores. O pragmatismo fundado por Peirce assenta no princípio de que o teste permanente e irrestrito das idéias, quanto às suas conseqüências, permite que se obtenha conhecimento isento de valores.²¹¹

É significativo observar que o conhecimento do real a partir das conseqüências leva diretamente à conclusão de que, no pensamento de Peirce, o ser conhece em razão de cognições prévias; que o conhecimento decorre do conhecimento de fatos exteriores à mente humana; que o homem não tem concepção acerca do que está além das conseqüências do

²¹¹ Confira-se, a esse respeito, a excelente análise encontrada em STROH, Guy W. A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey). São Paulo: Cultrix, 1972.

conhecimento; bem assim que “o mais elevado grau de realidade só é atingido pelos signos, isto é, por idéias tais como as de Verdade, Retidão e outras”.²¹²

Avançar-se-á, agora, até a obra de William James, que se encarregou de difundir as idéias do pragmatismo e da determinação do significado de conceitos, tornando-as conhecidas.

²¹² Cf. STROH, Guy W. , op. cit., pp. 107-108; a frase entre aspas é de Peirce, extraída de seu “Trechos de Cartas para Lady Welby”, *Semiótica e Filosofia*, cit., p. 135.

IV.5 - O Pragmatismo de William James

Em 1907 William James escreveu sua obra pioneira "*Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*" ("*Pragmatismo: um novo nome para antigos modos de pensar*"). James deixa assentado, de início, que há contrastes na arte, no governo, nos costumes e na filosofia, sendo que, nesta, um importante contraste existe entre os chamados "racionalistas" (devotos dos princípios eternos e abstratos) e os "empiristas" (devotos dos fatos em sua variedade mais crua). Prossegue James afirmando que, nos cento e cinquenta anos que precederam o seu escrito, o progresso da ciência parece ter acarretado o aumento do universo material e a diminuição da importância do homem, redundando no sentimento positivista ou naturalista.²¹³

O método pragmático, tal como visto por William James, tinha por finalidade apaziguar disputas metafísicas, que, de outro modo se eternizariam²¹⁴. Exemplificando as disputas que estariam prontas para serem desencadeadas no mundo metafísico, James lança estas perguntas exemplificativas: O mundo é uno ou múltiplo? É livre ou determinado? É material ou espiritual? O caráter interminável das discussões deriva do simples fato de que o método pragmático busca interpretar os dilemas supracitados, tentando extrair as conseqüências práticas destes. Ao identificar diferentes conseqüências práticas dos fenômenos, o pragmatismo encontra seu preciso objeto.

²¹³ JAMES, William. Pragmatismo. Buenos Aires: Aguilar, 1967.

²¹⁴ JAMES, William. Ibid. p. 52.

Porém, ao ver de James, revelando um empirismo radical, o pragmatismo nada mais é do que um método. Ele se afasta de abstrações, de raciocínios *a priori*, de princípios imutáveis, de sistemas fechados ou absolutos. O pragmatismo tem em vista o concreto, os fatos, a ação, o poder, afirma William James.²¹⁵ Tudo o que não provém da experiência deve ser afastado.

Sustenta James, assim, que somente o que pode ser experimentado por um ser capaz de perceber pode ser admitido como fato. Rejeita James, pois, toda a concepção puramente racionalista que não tenha nenhuma relevância para a vida prática dos seres humanos.

Em síntese, enquanto Peirce se utiliza da objetividade lógica e científica no seu método, James se utiliza da fé e da convicção pessoal. A teoria de Peirce dirige-se para o significado. Já a teoria psicológica de James quer que o método seja utilizado para decidir a verdade das questões. Peirce quer que o pragmatismo se restrinja à determinação do significado racional de idéias; James quer que o pragmatismo atue na vida do homem, na esfera pessoal, nos valores humanos, na religião e na ética.²¹⁶

²¹⁵ JAMES, William. Ibid. p. 57.

²¹⁶ Cf. STROH, Guy W. Op. cit., p. 108

IV.6 - O instrumentalismo de John Dewey

John Dewey viveu quase um século, até 1952, tendo lançado, nos Estados Unidos, as bases do chamado “instrumentalismo”, que é considerado uma espécie do gênero “pragmatismo”. Dewey sustentava que o direito, como fenômeno social, tinha natureza obscura, razão pela qual deviam ser rejeitadas as tentativas de explicá-lo mediante o uso de algo também obscuro, como o é o conceito de sociedade e social.²¹⁷

Dewey reúne elementos para elaborar a “teoria do raciocínio instrumental”, assim entendida a tentativa teórica de responder à pergunta sobre como são tomadas decisões importantes e obtidos os melhores resultados.²¹⁸ Segundo Dewey, a utilização do silogismo conduz ao produto do pensamento, mas não guarda nenhuma relação com a operação do pensamento.

Aplicando essas noções ao direito, Dewey recomenda que a lógica dedutiva seja abandonada como instrumento para se elaborar sentenças judiciais. Em seu lugar, Dewey propõe que seja utilizada uma outra lógica, que ele denomina “lógica de previsão de probabilidades”. O objetivo dessa nova lógica consistiria em buscar identificar as conseqüências prováveis, o que a insere no âmbito do pragmatismo. Dewey sustenta que a lógica aplicada aos procedimentos jurídicos deva ser experimental, flexível, sadia, vital. Isto não significa que Dewey aceite o empirismo ou o racionalismo.

²¹⁷ Cf. DEWEY, John. “Minha Filosofia do Direito”. In Morris, Clarence (org.). Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 516..

Nas palavras de Fritz Heinemann:

“Dewey considera a sua teoria como uma expressão dos métodos utilizados, de facto, pela ciência experimental. Define a verdade como warranted assertibility, i.e., uma expressão pode ser reconhecida como verdadeira se cumpre (works) a sua função e satisfaz (satisfies) as necessidades e se pode ser verificada por experiência ou laboratorialmente.”²¹⁹

Avaliando a influência das escolas pragmatistas no pensamento, Heinemann entende que “*temos que nos habituar à idéia de que há várias ciências fundamentais, métodos, definições e temas*”. E acrescenta: “*desapareceu o preconceito da monovalência na lógica actual, na matemática e na física, e é nossa missão realizar o equivalente para a metafísica, gnoseologia e outras disciplinas filosóficas*”.²²⁰

Isto significa, seguindo o pensamento de Dewey, tal como interpretado por Heinemann, acima, e por Mieczyslaw Manelli²²¹, que a necessidade de uma outra lógica decorre do fato de que a lógica de silogismos não se preocupa com as conseqüências sociais das decisões proferidas com o uso do seu instrumental. A nova lógica facilitaria o uso do bom senso, podendo, assim, levar em conta as conseqüências sociais das decisões judiciais. Nas palavras de Maneli, interpretando Dewey quanto à na nova lógica:

“[...] as regras gerais não decidem mecanicamente casos concretos; nada segue necessariamente de forma automática afirmações gerais ou normas jurídicas gerais. As regras gerais funcionam como ‘formas genéricas’ para auxiliar na solução de uma determinada questão.”²²²

O domínio dessa nova lógica, como se pode logo constatar, seria mais do que desejado, uma vez que o instrumental por ela fornecido em nada afeta a previsibilidade no direito. Ao contrário, “*a certeza teórica é substituída pela*

²¹⁸ Nesta análise de alguns elementos da obra de John Dewey seguiremos a consistente argumentação exposta por Luis Recaséns Siches (cit. p. 598-603).

²¹⁹ HEINEMANN, F. A Filosofia no Século XX. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 276.

²²⁰ HEINEMANN, F. Op. cit. p. 277.

²²¹ MANELI, Mieczyslaw. A Nova Retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o século XXI. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 152-156.

²²² MANELI, Mieczyslaw. Ibid. p. 153.

*certeza prática. As necessidades sociais são satisfeitas porque a lógica da investigação se relaciona às conseqüências e não aos antecedentes.”*²²³

Duas importantes repercussões, que a obra de Dewey traz para o presente, na avaliação de Maneli, residem na impossibilidade de se excluir o elemento pessoal das decisões judiciais e na inexistência de categorias morais absolutas ou imutáveis, que determinem o que é moral ou imoral.²²⁴ No primeiro caso (“*subjetivismo*”), Maneli entende que Perelman foi além de Dewey, ao introduzir a figura do “auditório”, que permite, em sendo confirmada a argumentação utilizada para persuadir, que se confira objetividade a um raciocínio imerso em subjetivismos. No segundo caso (“*negação do absoluto*”), Dewey apresenta-se como portador, para a ciência, de um instrumental que, certamente, há séculos se pretendia obter, qual seja, um instrumental que possibilitasse a convivência dos contrários. O caminho da filosofia tradicional é outro: não é possível alguém apoiar o bem e outrem apoiar o mal e ambos representarem o ideal da moral e da justiça. Como nega o absoluto, Dewey não sustenta que essa convivência de opostos seja permanente.

O breve exame da nova lógica de Dewey e de suas aplicações às decisões judiciais leva a indagar acerca do atual “*estado das artes*”, no tocante ao pragmatismo jurídico. A resposta está inextricavelmente ligada a Richard Posner, cuja obra é praticamente desconhecida no Brasil, inobstante o altíssimo relevo que possui para o estudo da “*filosofia das conseqüências*”.

²²³ MANELI, Mieczyslaw. Ibid. p. 154.

²²⁴ Cf. MANELI, Mieczyslaw. Ibid. p. 155.

IV.7- O neopragmatismo de Richard Posner e suas aplicações ao Direito

Richard A. Posner, juiz da “United States Court of Appeals for the Seventh Circuit” desde 1981; ensinou em diversas universidades americanas, com último registro na Universidade de Chicago, além de ter exercido a função de assistente (“Law clerk”) do juiz William J. Brennan Jr., da Suprema Corte dos Estados Unidos (1962-1963). Em 2003, após dezenas de escritos, Posner publicou seu livro “*Law Pragmatism, and Democracy*”²²⁵, no qual faz uma análise histórica e teórica do pragmatismo norte-americano, para, em seguida, examinar, sob um prisma pragmático, três fatos marcantes da história recente dos Estados Unidos: a tentativa de *impeachment* do Presidente americano Bill Clinton; o julgamento do caso Bush *versus* Gore na Suprema Corte, que decidiu a eleição presidencial americana de 2000; o conflito liberdades civis (“*civil liberties*”) *versus* segurança da nação, surgido em razão dos ataques realizados aos Estados Unidos, no dia 11 de Setembro de 2001 – fatos, todos esses, conhecidos, notoriamente, nos quatro cantos do Planeta.

Para os propósitos desta tese, será exposta brevemente a construção teórica feita por Posner a respeito do “*pragmatismo comum*” (“*everyday pragmatism*”), em contraposição ao assim chamado “*pragmatismo filosófico*”.

Na introdução de seu livro mais recente, Posner afirma-se como um dos principais (quicá o principal) propagadores do moderno pragmatismo, movimento que defende como detendo o instrumental teórico que melhor descreve o sistema judicial americano, além de ser o melhor guia para o

²²⁵ POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

aperfeiçoamento desse sistema e conter o melhor conjunto de prescrições normativas e positivas a respeito do papel que o sistema judicial deve desempenhar na sociedade.²²⁶

Posner divide o movimento em “*pragmatismo filosófico*” (*philosophical pragmatism*) e “*pragmatismo comum*” (*everyday pragmatism*). O pragmatismo filosófico, por seu turno, é dividido por Posner em “*pragmatismo ortodoxo*” ou acadêmico (*orthodox pragmatism*), representado pelos primeiros escritos pragmáticos do século XIX e XX, e “*pragmatismo dissidente*” (*recusant pragmatism*), sustentado, especialmente, por Richard Rorty. O pragmatismo ortodoxo teria pouco a contribuir para os sistemas judiciais contemporâneos, segundo Posner, enquanto o pragmatismo dissidente, como o de Rorty, estaria assentado em uma concepção utópica (“*visionary*”) da atuação das cortes judiciais. Essa concepção, ainda segundo Posner, a par de não guardar relação com o pragmatismo filosófico, não possui substância (“*texture*”), estrutura e apóio fático, além de estar fadada a causar pavor aos juízes, para os quais, nas palavras de Posner, “*a utopia não faz parte das atribuições de seu cargo*”.²²⁷

Esses pragmatismos, afirma Posner, voltam-se contra a tradição filosófica de fixar as condições sob as quais algumas proposições “*óbvias*” podem ser consideradas certas²²⁸. São proposições óbvias as seguintes, em lista elucidativa e até mesmo jocosa feita por Posner: há um mundo exterior; o universo não começou a existir na semana passada; gatos não crescem em árvores, o Tribunal de Nuremberg agiu segundo a lei; torturar crianças é errado etc.²²⁹

As observações de Posner suscitam, desde logo, inúmeras conexões com aspectos pontuais das reflexões teóricas feitas neste capítulo, revelando que são de grande relevo para a análise que se empreende nesta tese. Porém,

²²⁶ POSNER, Richard A. Ibid. p. 1.

²²⁷ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 47 (No original: “*visionary*” is not part of the job description”)

²²⁸ POSNER, Richard A. Ibid. p. 35.

a construção teórica realmente original de Posner, e que deve ser logo descrita, é o que ele denomina “*everyday pragmatism*”, traduzido, doravante, nesta tese, por “*pragmatismo comum*”.

O pensamento de Posner está assim resumido:

“If judges are pragmatic, as I think they largely are in our system, it can only be in the everyday sense of the term.”²³⁰

O poder judicial analisado por Posner é pragmático; seus juízes são pragmáticos; e o são no sentido comum, no sentido corriqueiro, no sentido do dia-a-dia do termo. Segundo Posner, o “*pragmatismo comum*” utiliza a palavra “*pragmatismo*” no sentido popular do termo, ou seja, no sentido “*prático*”, “*que faz sentido*”, “*que despreza as teorias abstratas e as pretensões intelectuais*”, ao mesmo tempo em que também despreza os “*sonhadores moralistas e utópicos*”.²³¹

O “*pragmatismo comum*”, na visão de Posner, é uma síntese do modo de ser real, mas ainda não teorizado, seguido pelos norte-americanos. Esse modo de ser é marcado, segundo ele, pela competitividade, pelo materialismo, pela visão do futuro e atributos que tais. O “*pragmatismo comum*” resultaria, portanto, ainda com Posner, na adoção do critério de escolha “*daquilo que realmente funciona*”, o que equivale dizer que os julgamentos e escolhas, quando utilizado o método pragmático, são condicionados pelos resultados concretos (conseqüências), bem assim pelo que uma medida ou escolha pode produzir em favor da felicidade e da prosperidade das pessoas.²³²

²²⁹ POSNER, Richard A. Ibid. p. 35-36.

²³⁰ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 56 (Tradução livre: Se os juízes são pragmáticos, como eu penso que eles, em sua maioria, são, isso somente pode se dar no sentido comum do termo.)

²³¹ POSNER, Richard A. Ibid. p. 49-50.

²³² POSNER, Richard A. Ibid. p. 50.

Após referir-se ao raciocínio hiperbólico empregado na propaganda, que pode resultar em prejuízos para a população, no caso de produtos de má qualidade, Posner refere-se a algumas situações da vida americana em que ocorreria clara confusão entre aparência e realidade, a exemplo do baixo comparecimento nas eleições, do cinismo sobre política e das críticas a algumas decisões judiciais, entendidas como “legalistas”, porque não se importam com as conseqüências que poderão produzir.²³³

Isto leva Posner a reunir, em doze frases, a essência do pragmatismo jurídico, tal como visto por ele. Esse ousado e moderno modo de raciocinar e de decidir leva em conta as conseqüências, mas tem preocupações sistêmicas, serve-se da moderna razoabilidade, mas abebera-se também na retórica aristotélica e sofística da Antigüidade, mira-se na experiência, sem desconsiderar as teorias. A transcrição é necessária e encerra estas breves considerações a respeito do pragmatismo jurídico:

- “1. Legal pragmatism is not just a fancy term for ad hoc adjudication; it involves consideration of systemic and not just case-specific consequences.
2. Only in exceptional circumstances, however, will the pragmatic judge give controlling weight to systemic consequences, as legal formalism does; that is, only rarely will legal formalism be a pragmatic strategy. And sometimes case-specific circumstances will completely dominate the decisional process.
3. The ultimate criterion of pragmatic adjudication is reasonableness.
4. And so, despite the emphasis on consequences, legal pragmatism is not a form of consequentialism, the set of philosophical doctrines (most prominently utilitarianism) that evaluates actions by the value of their consequences: the best action is the one with the best consequences. There are bound to be formalist pockets in a pragmatic system of adjudication, notably decision by rules rather than by standards. Moreover, for both practical and jurisdictional reasons the judge is not required or even permitted to take account of *all* the possible consequences of his decisions.
5. Legal pragmatism is forward-looking, regarding adherence to past decisions as a (qualified) necessity rather than as an ethical duty.
6. The legal pragmatism believes that no general analytic procedure distinguishes legal reasoning from other practical reasoning.
7. Legal pragmatism is empiricist.
8. Therefore it is not hostile to all theory. Indeed, it is more hospitable to some forms of theory than legal formalism is, namely theories that guide empirical inquiry. Legal pragmatism is hostile to the idea of using abstract moral and political theory to guide judicial decisionmaking.
9. The pragmatic judge tends to favor narrow over broad grounds of decision in the early stages of the evolution of a legal doctrine.
10. Legal pragmatism is not a supplement to formalism, and is thus distinct from the positivism of H. L. A. Hart.

²³³ POSNER, Richard A. Ibid. p. 54.

11. Legal pragmatism is sympathetic to the sophistic and Aristotelian conception of rhetoric as a mode of reasoning.
12. It is different from both legal realism and critical legal studies.”²³⁴

CAPÍTULO V - A DECISÃO JUDICIAL MITIFICADA: A FINALIZAÇÃO DO EXCURSO TEÓRICO

V.1 - O juiz e o direito justo. A pré-concepção do justo (Esser e Stammmler)

O homem gregário sempre se preocupou com a noção de justo. Primeiramente, essa noção tinha origem divina. Fustel de Coulanges relata que o homem não definiu, no interior de sua consciência, o que era e o que não era justo, porque o direito antigo não nasceu assim.²³⁵ Nas palavras de Fustel de Coulanges:

“o homem acreditava que o lar sagrado, em virtude da lei religiosa, devia passar de pai para filho, e desta crença resultou a propriedade hereditária de sua casa.[...] As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada. Mesmo na época em que se admitiu

²³⁴ POSNER, Richard A. Ibid. p. 59-60. Tradução livre: "1. O pragmatismo jurídico não é apenas um termo imaginário para substituir o termo julgamento ad hoc; ele requer que sejam consideradas as consequências sistêmicas e não apenas as circunstâncias ocasionais. 2. Somente em circunstâncias excepcionais, entretanto, o juiz pragmático vai atribuir peso às consequências sistêmicas, como ocorre no formalismo jurídico; isto é, só raramente o formalismo jurídico será uma estratégia pragmática. E, algumas vezes, circunstâncias ocasionais dominarão completamente o processo decisório. 3. O critério final do julgamento pragmático é a razoabilidade. 4. E assim, apesar da ênfase em relação às consequências, o pragmatismo jurídico não é uma forma de consequencialismo, no sentido do conjunto de doutrinas filosóficas (a mais importante delas é o utilitarismo) que avalia condutas pelo valor de suas consequências: a melhor conduta é aquela com as melhores consequências. Há, seguramente, influências formalistas no sistema de julgamento pragmático, especialmente nas decisões tomadas de acordo com as normas e não de acordo com padrões preestabelecidos. Além disso, por razões práticas e judiciárias, não se exige do juiz, nem lhe é permitido levar em conta todas as possíveis consequências de suas decisões. 5. O pragmatismo jurídico olha para a frente, levando em conta decisões passadas, mas como uma necessidade (especial) e não como um dever ético. 6. O pragmatismo legal entende que nenhum procedimento analítico geral distingue a argumentação jurídica de outras formas de argumentação prática. 7. O pragmatismo jurídico é empirista. 8. Por isso, ele não é hostil às teorias. Na verdade, ele acolhe mais certas formas de teorizações do que o formalismo jurídico, especialmente teorias que servem de guia para a pesquisa empírica. O pragmatismo jurídico é hostil à idéia de que o uso de teorias morais e políticas abstratas pode guiar as decisões judiciais. 9. O juiz pragmático tende a favorecer os fundamentos escassos, em lugar dos fundamentos amplos, quando vai decidir apoiado em uma doutrina jurídica que se encontra em seu estágio inicial. 10. O pragmatismo jurídico não é um suplemento do formalismo e é, assim, diferente do positivismo de H. L. A. Hart. 11. O pragmatismo jurídico é simpático à concepção aristotélica e sofística da retórica como um modo de argumentação. 12. Ele é diferente do realismo jurídico e dos “estudos jurídicos críticos” (critical legal studies).

²³⁵ COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 198 e 199.

que a lei pudesse resultar da vontade de um homem, ou dos sufrágios de um povo, ainda então se considerou indispensável a consulta da religião, e que esta, pelo menos, autorizasse. Em Roma não se acreditava na unanimidade de sufrágio como suficiente para promulgar a lei: tornava-se ainda necessário ter sido aprovada a decisão do povo pelos pontífices, e que os áugures atestassem a sanção dos deuses para a lei proposta. [...] Concede-se daí o respeito e o apego guardados pelos antigos, por muito tempo, às suas leis. Não viam nelas obra humana. Tinham origem sagrada. Não é afirmação vã a de Platão, de que obedecer às leis é obedecer aos deuses. Platão não faz mais que dar-nos a conhecer o pensamento grego, quando, no Críton, nos mostra Sócrates entregando a sua existência, só porque as leis o exigem.”

O homem, que integrava, aristotelicamente, o mundo da natureza, era regido por leis naturais, tanto quanto havia leis que regiam o funcionamento da vida na terra e dos planetas. A justiça era entendida como uma virtude, ou seja, uma aptidão ética do homem, que elege condutas para alcançar determinados fins.²³⁶ Nessa concepção, nem todo homem bom é justo, uma vez que a justiça dependia de ato voluntário do homem. Santo Agostinho destrói esse idílio platônico/aristotélico, ao considerar que, ao contrário da concepção da justiça como virtude do homem, este era naturalmente um canibal, que destruía e devorava tudo, exceto quando contido pela força. A justiça passa a ser viciada, na origem, pelos próprios defeitos do homem.²³⁷

A “positivação” do conceito de justiça é lenta, mas pode ser percebida no contratualismo. A idéia de pacto social carrega consigo, de forma imanente, a noção de justiça, uma vez que “o fundamento de toda lei deve ser a noção de justiça. Assim, o legislador elabora as leis, ditadas, no pacto social, pelo titular da soberania: o povo. Já com Kelsen a noção de justiça adquire outra feição. Ao distinguir claramente entre a moral e o direito, Kelsen quer concluir que não há espaço para a discussão acerca do justo ou do injusto, quando se está no âmbito da discussão acerca da norma jurídica. Isto se dá porque a norma jurídica pode ser válida e justa, tanto quanto pode ser válida e injusta, já que os parâmetros que aquilatam a validade e a justiça pertencem a campos do saber

²³⁶ A esse respeito, ver BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a Justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 68 e ss.

²³⁷ Cf. CAHN, Edmond. The Sense of Injustice. Bloomington: Indiana University Press, 1975, p. 4.

inteiramente distintos. O conceito de validade da norma pertence ao direito. O conceito de justiça pertence à moral.²³⁸

Não é por outra razão, portanto, que Larenz relata que a busca pela decisão justa, proferida por um juiz, é questão que ocupa a atenção de todos os doutrinadores modernos do Direito, tendo recebido especial destaque nas análises daqueles que examinam a prática dos juízos e tribunais. O próprio Larenz e outros tantos têm consignado o papel pioneiro que Josef Esser desempenhou, contemporaneamente, ao examinar a questão dessa busca da realização do direito justo pelo juiz, mediante a atividade criadora da jurisprudência (“law in action”), quando dirigida para o caso concreto.²³⁹

Esser, apoiando-se em Weinkauff e acrescentando seus comentários, esclarece:

“Ningún juriconsulto experimentado ha dejado de ver nunca que la ‘armadura lógica de la ley sólo conduce hasta el punto...en que surgen las cuestiones de valor decisivas’, para las cuales ‘la ponderación de los intereses no es ninguna varilla mágica’, si faltan los principios a que esta ponderación debe subordinarse. La culpa de tal superstición, la tienen las escuelas. La jurisprudencia práctica, la continental incluso, y dentro de ésta la alemana, ha explorado estos problemas del valor, a pesar de toda su ‘fidelidad a la ley’”²⁴⁰

Esser desenvolve o conceito de “zonas pré-positivas dos princípios ético-jurídicos” que, mediados pelas decisões judiciais, podem transformar-se em “proposições e instituições jurídicas positivas”. Distinguindo, assim, os princípios e as normas, Esser constrói o argumento no sentido de que a aplicação da lei é uma interpretação, sendo que, para ele, o direito se desenvolve precisamente através da interpretação.

O pensamento de Esser se alinha com perfeição àquele exposto, já a partir do início do século XX, pelos realistas norte-americanos, ao distinguir

²³⁸ Cf. BITTAR, Eduardo. C.B. Ibid. p. 186-203.

²³⁹ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 190 e ss.

²⁴⁰ ESSER, Josef. Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 6.

entre a descoberta da decisão judicial (Larenz, na tradução portuguesa, refere-se a “achamento”)²⁴¹ e a fundamentação da decisão judicial. As decisões judiciais freqüentemente são “fundamentadas” a posteriori, o que significa que Esser entende que o juiz, ao proferir a decisão “justa”, leva em conta “princípios jurídicos não positivados e pautas de valoração extralegais”, ou seja, ele se serve de “valorações pré-sistemáticas”, ou de “preferências intersubjetivamente reconhecidas”, “consensos sobre valores”, quadros e modelos de regulação pré-jurídicos”, “atitudes extrajurídicas de expectativa e convicção”. Esses são os “juízos de valor pré-jurídicos” ou “pré-positivos” levados em conta pelo juiz quando ele prolata a decisão, o que leva Larenz a registrar a crítica de que essas decisões não podem ter sua correção comprovada, razão pela qual há que concluir que se originam do “juízo de valor pessoal do juiz decisor”.²⁴²

Como se pode verificar, a definição do que é o justo não é tarefa trivial para os fins do direito. A tentativa de identificação do justo pode conduzir o juiz à adesão pura e simples à lei: o justo é observar estritamente a lei. Pode, outrossim, levá-lo a se servir de alguma espécie de pré-compreensão do justo, que possibilite a decisão do caso, o que pode conduzir a decisão para a esfera meramente valorativa. Neste caso, pode-se ter que defrontar com o que Esser identifica como sendo o “mito dos princípios ocultos”. Tem-se, *in casu*, princípios não concretizados em uma norma abstrata, mas cuja presença na norma – de modo subjacente, é claro - pode ser constatada.²⁴³

Para finalizar esta seção, mencionamos, brevemente, que, antes da disseminação das idéias de Esser na ciência do direito, Rudolf Stammler concebeu uma doutrina do direito justo, que ia além do positivismo jurídico e, apoiada nos princípios do “respeito” e da “participação”, permitia ao juiz, na ausência de positivação da resposta a uma questão que lhe é submetida, encontrar o direito justo a ser aplicado. Novamente aqui se coloca a questão da

²⁴¹ LARENZ, Karl. Op. cit. p. 195.

²⁴² LARENZ, Karl. Op. cit. p. 196. Essa valoração pessoal, como critério decisório do juiz, leva Larenz a recorrer a Fikentscher, para afirmar que a verdadeira norma que o juiz observa, ao decidir, é a “norma do caso”, ou seja, uma norma que é construída pelo próprio juiz (Ibid. p. 197).

²⁴³ ESSER, Josef. Op. cit. p. 4-5

pré-compreensão do juiz, uma vez que este, não encontrando na lei a regra que poderia utilizar ao subsumir o fato à norma, tem de escolher uma regra que atenda ao requisito do justo. A regra deve atender ao requisito do justo, em determinada situação concreta.²⁴⁴

Direito justo, para Stammler, é, pois, direito positivo, marcado pela noção de justo ou “justeza”. O direito justo é “ideal social” e pode, eventualmente, ser injusto, ao ver de Stammler, mas é sempre uma tentativa de ser justo. Isto permite a Larenz concluir que a idéia de direito justo, para Stammler, não é outra coisa senão um padrão que ele utiliza para avaliar cada direito positivo.²⁴⁵

O conceito de direito justo, portanto, quer introduzido por Stammler, quer na acepção que lhe deu Esser, está conectado à idéia de algum esquema mental elaborado antecipadamente pelo juiz, que lhe permite, antes de fundamentar a decisão, realizar o cotejo do fato com a norma jurídica, em exercício subsuntivo, para decidir o caso concreto e aplicar a norma jurídica positiva.

A mitificação psicológica e social esteve presente nas definições de direito justo de Stammler e Esser, como se demonstrou, razão pela qual pode-se avançar até a finalização do excuro teórico desta tese.

²⁴⁴ LARENZ, Karl. Op. cit. p. 115-125.

²⁴⁵ LARENZ, Karl. Op. cit. p. 121.

V.2- A decisão judicial como resultado do consenso: o racional como razoável de Aulis Aarnio

Aulis Aarnio, em sua obra *O Racional como Razoável. Um Tratado sobre a justificação jurídica*, propõe-se a apresentar um conjunto de idéias que contenham os seguintes elementos: a compreensão da interpretação como uma soma de jogos de linguagem (Wittgenstein), a interpretação do conceito de auditório (Perelman), o exame das teorias da coerência e do consenso (Alf Ross), um relativismo moderado de valores e a definição das características racionais da interpretação. Isto significa que AARNIO quer destrinchar as questões que são colocadas pela interpretação jurídica, especialmente no tocante à justificação da aplicação da norma jurídica.

Para cumprir sua empreitada, Aarnio elabora uma aproximação científica às normas jurídicas que apontam para a possibilidade de previsão das decisões jurídicas que nos interessa de perto. Inicialmente, Aarnio utiliza-se da comparação entre o jurista, um teórico do direito, e o juiz²⁴⁶. Ambos atuam na mesma estrutura organizacional, mas somente o juiz necessitaria, segundo se depreende da análise do autor, possuir um “ponto de vista sistêmico interior” (“ponto de vista”, para Dobrowolski)²⁴⁷. O juiz, esclarece Aarnio, tem que lidar com a prova e valorá-la (“la charge de la preuve”). Para tanto, determina os elementos necessários à compreensão dos fatos, expõe a norma aplicável à

²⁴⁶ Acompanharemos a análise do autor na versão francesa da obra máxima de AULIS AARNIO, qual seja, *Le Rationnel comme raisonnable. La justification en droit*. Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992, bem como com DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Justificação do Direito e sua Adequação Social. Uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre: Livrado do Advogado Editora, 2002.

²⁴⁷ Cf. DOBROWOLSKI, Samantha Chantal, *ibidem*, p. 54.

espécie e une os fatos e a norma. Esse tradicional exercício da subsunção, porém, segundo Aulis Aarnio, apresenta duas falhas principais.

A primeira falha do exercício silogístico tradicional do juiz consiste no fato de que a decisão judicial não decorre apenas de uma sucessão de operações da mente humana. Ao contrário, ela é o resultado do cruzamento de operações do pensamento e permite esclarecer como se dá a “justificação interna” da decisão, mas não permite compreender o que Aarnio denomina “justificação externa”, ou seja, o que se passa fora da mente do julgador e que é relevante para a decisão.

A segunda falha decorre do fato de que não há, segundo Aarnio, a total separação entre o fato e a norma. Ao contrário, sustenta ele, o juiz se encontra munido de um “conhecimento prévio” da norma (“*préconnaissance*”), que é o prisma através do qual ele avalia os fatos. Os fatos eleitos pelo juiz como relevantes para a tomada de decisão o são, pois, em razão da norma que, de antemão, o juiz elege como aplicável ao caso concreto.

Como esse exercício judicial introduz elementos de incerteza no “front” jurídico, Aarnio sustenta que é direito de todo cidadão, que necessita de proteção jurídica, a “previsibilidade” e a “aceitabilidade” das decisões judiciais, evitando-se a arbitrariedade, o incerto, o imprevisível. O reverso da previsibilidade, sustenta ele, é a anarquia, daí a expectativa social de certeza jurídica ínsita na obrigação, na maior parte das sociedades, de que o juiz fundamente as suas decisões.

Na excelente síntese de Dobrowolski:

“através da justificação aberta das decisões, legitima-se o poder exercido pelo juiz. A fundamentação (justificação) é um pré-requisito do controle das decisões nas sociedades democráticas. Num sentido amplo, a atitude social em relação à mesma reflete as crenças gerais sobre o Direito e a administração da Justiça. Daí, a importância da justificação jurídica para o pensamento jurídico e a necessidade de uma teoria da justificação que seja adequada do ponto de vista social”.²⁴⁸

²⁴⁸ DOBROWOLSK, Samantha Chantal. Op. cit. p. 56

AARNIO sustenta, outrossim, que as decisões judiciais chocam-se com deficiências da organização jurídico-política e da vida social, o que redundaria no surgimento de três crises: a crise de racionalidade interna do direito, em razão do grau excessivo de abertura e flexibilidade da legislação; a crise de racionalidade objetiva do direito, em razão da intensa atuação de meios de regulação, que findam por exigir a criação circular de outros meios de regulação; e, ainda, a crise de legitimidade, no sentido da não aceitação social das normas e decisões jurídicas por seus destinatários, o que retira delas a legitimidade.

É através da linguagem que Aulis Aarnio propõe a ultrapassagem dessas crises, ao sustentar que o círculo hermenêutico pode ser rompido pela igualdade de sinais entre o intérprete e aquele que recebe a interpretação. Adverte Aarnio, com brilho, que, como o resultado da interpretação não é previamente conhecido, não existiria, no direito, uma única interpretação correta à la Dworkin.

Para vencer os dilemas e embates que essa relatividade certamente traz, Aarnio iguala a justificação jurídica a um procedimento argumentativo, que, racionalmente, pode representar-se por um diálogo entre aquele que justifica (o juiz, por exemplo) e aquele que valora a justificação (o jurisdicionado, por exemplo). A partir de um desacordo inicial, pode-se chegar ao consenso, o que significa que a justificação da decisão jurídica se tornaria passível de controle por seus destinatários. Aarnio não afirma que esse controle significaria a inversão da arbitrariedade dos participantes do diálogo. Bem ao contrário, ele se está referindo à adesão entre destinatário da decisão (audiência, jurisdicionado) e produtor da decisão (juiz), através do conhecimento prévio das justificativas empregadas.

Essa teoria da aceitabilidade racional de Aulis Aarnio atende completa e simultaneamente a objetivos como a não arbitrariedade nas decisões judiciais e a adesão conseqüente dos destinatários das decisões (auditório ou audiência),

a ponto de poder se colocar como um objetivo da dogmática jurídica. O consenso recebe de Aarnio uma luminosa definição.

Segundo Aarnio, se, por exemplo, as decisões de um juízo ou tribunal não seguirem o direito e refletirem um sistema de valores diferente daquele que a maioria da sociedade possui, o resultado é um só: as decisões judiciais não contarão com o consenso da sociedade, ou seja, as pessoas perderão confiança no processo de tomada de decisão. E, adverte finalmente Aarnio, na conclusão de sua obra que:

“a perda de confiança no juízo ou tribunal pode logo resultar em uma crise profunda na sociedade...(porque) a fonte de legitimidade reside na própria sociedade. Somente uma interpretação dirigida a atender a maioria da sociedade pode receber, no longo prazo, a aceitabilidade da maioria. E, o que é importante, nesse particular, pode-se alcançar a segurança jurídica.”²⁴⁹

Conclui Aulis Aarnio, referindo-se à segurança jurídica:

“Elle est le critère à l’aune duquel on établit quand et comment l’acceptabilité rationnelle peut être obtenue. Comme nous l’avons vu, la sécurité juridique est fortement liée au système de valeurs de la société et indique pourquoi les interprétations acceptables doivent non seulement être rationnelles mais aussi raisonnables.»²⁵⁰

²⁴⁹ AARNIO, Aulis. Op. cit., p. 287-288. Acrescenta AARNIO,

²⁵⁰ AARNIO, Aulis. Ibid., p. 288. Tradução livre: “É o critério em relação ao qual se estabelece quando e como a aceitabilidade racional pode ser obtida. Como vimos, a segurança jurídica é fortemente ligada ao sistema de valores da sociedade e indica porque as interpretações aceitáveis devem não somente ser racionais mas também razoáveis.”

V.3 - A decisão judicial em um enfoque plural: a interação Direito-Sociedade sob o pluralismo jurídico. O Judiciário ainda é necessário?

As considerações feitas na seção precedente a respeito do pensamento de Aulis Aarnio são de molde a suscitar viva preocupação no espírito. Ora, é certo, na visão do finlandês Aulis Aarnio, que as decisões judiciais devem estar amparadas no direito e refletir o que se passa no seio social. Este seria o sinônimo de segurança jurídica que se pode extrair das judiciosas considerações examinadas. Todavia, essas considerações não significam adesão a um normativismo que signifique a repetição e o consenso automático em torno da norma. Para conferir sentido pragmático a essa afirmação, há que considerar teorias que se propõem a ultrapassar a norma, indo além da mera reprodução do direito estatal. Convém esclarecer a que teorias se está referindo.

Quando foi feita referência à produção de normas jurídicas não estatais, em seção anterior desta tese, examinou-se rapidamente o pensamento de Georges Burdeau, a respeito do funcionamento do aparato jurídico estatal na função de elaboração de leis. A posição de Burdeau merece nova reflexão.

O jurista francês deixa assentado que cada indivíduo traz, no interior de sua mente, um conjunto de idéias, que nada mais são do que proposições jurídicas rudimentares e imperfeitas a respeito da organização social, das exigências da vida social, das necessidades humanas, da satisfação daquelas necessidades e das limitações com que o homem se defronta, quando quer

atender àquelas necessidades e viver. Com base nessa visão abrangente, Burdeau define dois tipos de pluralismo, nos seguintes termos:

“Sous le nom de pluralisme juridique, on peut alors envisager deux phénomènes distincts. On peut considérer d’abord la coexistence, à un moment donné, dans un même groupe politique, de plusieurs foyers générateurs d’ordre juridique (la famille, l’entreprise, le syndicat, par exemple), créant un droit qui se juxtapose à celui qui émane des agences officielles. La réalité de ce pluralisme est indiscutable: elle résulte de ce que tout groupement tend spontanément à engendrer un droit qui lui est propre. Ce droit se dégage des propositions des consciences des membres du groupe pour s’objectiver une règle obligatoire dans le milieu considéré. [...]

Mais il y a un autre aspect du pluralisme qui ne dérive plus obligatoirement de la multiplicité des ‘sociétés’ dans la nation, mais de la pluralité des données spirituelles qui fondent la vision des structures idéales du droit. Dans ce cas, le pluralisme tient moins de la diversité d’origine qu’à la diversité de substance des idées de droit. Ce qui est en cause alors, c’est la variété des interprétations possibles de l’ordre social désirable. Ce pluralisme est une conséquence de la contingence de l’idée de droit et il ne pourrait être évité que dans l’hypothèse, absolument chimérique, où les inclinations spirituelles et les intérêts matériels des membres de la collectivité convergeraient vers une représentation unique d’un type de société susceptible de les satisfaire tous. Dans la réalité et dès lors que les institutions politiques en vigueur ne leur interdisent pas de se faire connaître (ce qui est le cas dans les régimes de parti unique et aussi dans les pays où une doctrine, par exemple, le communisme, est frappée, d’interdiction de séjour) ces représentations se cristallisent dans des groupements plus ou moins bien organisés.»²⁵¹

Marcelo Neves adverte quanto ao uso irrefletido do pluralismo jurídico na América Latina. Suas palavras merecem transcrição:

²⁵¹ BURDEAU, Georges. L’Etat. Paris: Editions du Seuil, 1970, p. 87-88, em tradução livre: "Sob o nome de pluralismo jurídico, podemos distinguir dois fenômenos distintos. Podemos considerar, em primeiro lugar, a coexistência, em um momento dado, em um mesmo grupo político, de vários centros de produção da ordem jurídica (a família, a empresa, o sindicato, por exemplo), criando um direito que se justapõe àquele que emana dos órgãos governamentais. A realidade desse pluralismo é indiscutível: ela resulta do fato de que qualquer grupo tende espontaneamente a criar um direito que lhe é próprio. Esse direito se liberta das concepções existentes nas consciências dos membros do grupo, para criar uma regra de cumprimento obrigatório no meio considerado. [...] Mas há um outro aspecto do pluralismo que não é derivado, necessariamente, da multiplicidade dos ‘grupos sociais’ existentes na nação; deriva, sim, da pluralidade de fundamentos espirituais que apóiam as estruturas ideais do direito. Neste caso, o pluralismo difere menos quanto à origem do que quanto ao conteúdo das idéias de direito. O que está em causa, então, é a variedade de visões possíveis da ordem social que se deseja ter. Esse pluralismo é uma consequência do caráter mutável da idéia de direito e somente pode ser evitado na hipótese, absolutamente quimérica, em que as inclinações espirituais e os interesses materiais dos membros da sociedade convergirem para a representação única de um tipo de sociedade capaz de satisfazer a todos. Na realidade, como as instituições políticas existentes não lhes proíbem a existência (caso dos regimes de partido único e países em que uma doutrina, por exemplo, o comunismo, é golpeado, abolido) estas representações se estabilizam dentro dos grupos mais ou menos organizados.»

“...na realidade dos países ocidentais afluentes, o pluralismo pressupõe a auto-reprodução operacionalmente consistente do Direito positivo estatal. Este construiria sua própria identidade como campo de juridicidade autônomo. Em contraposição a ele, surgiriam estruturas sociais difusas de congruência tópica de expectativas normativas. Essas ordens plurais construiriam uma identidade própria, que diferenciaria claramente do ‘Direito oficial’. Embora não sejam negadas interpretações e interferências entre a ordem positiva estatal e os Direitos construídos difusamente, não se concebe o intrincamento bloqueante e destrutivo entre tais campos de juridicidade. É exatamente esse problema do intrincamento bloqueante e destrutivo entre a juridicidade estatal e os ‘Direitos socialmente difusos’, que impede a recepção do modelo pluralista euro-norte-americano à situação da América Latina. [...] As relações reciprocamente destrutivas significam indistinção operacional das diversas esferas de juridicidade. Surge, assim, uma miscelânea de códigos e critérios jurídicos.”²⁵²

As lições generalizantes de Burdeau e a advertência de Marcelo Neves guiam a busca, não puramente dogmática, em fonte própria, de elementos para entender como operaria essa “decisão judicial plural”, mormente em um país complexo como o Brasil. A questão não é de simples resposta. É necessário examinar como o pluralismo lida com a existência do Judiciário. É necessário esclarecer se o Judiciário ainda é necessário, para produzir decisões de conflitos, ou se esses tendem a ser resolvidos através de meios não estatais e, por isso, alternativos de solução de litígios. A resposta a essas indagações permitirá que se entenda como se articula o discurso judicial, em searas alternativas.

Não há negar que, no caso brasileiro, o jurista que examinou com maior apuro a questão do pluralismo, tendo sobre ela se debruçado, em sua tese de doutoramento, é Antônio Carlos Wolkmer. Diante disso, serão examinadas, a seguir, as principais idéias expostas por Wolkmer, na sua obra acerca do pluralismo jurídico.²⁵³

Wolkmer faz, inicialmente, considerações acerca do monismo, que descreve como o “*projeto de modernidade burguês-capitalista*”. A desagregação do capitalismo gerou novo modelo de desenvolvimento

²⁵² NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periféricas e suas implicações na América Latina*. In *Direito em Debate*. Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco. V.1 n.1, p. 89-120.

²⁵³ WOLKMER, Antônio Carlos, *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, Ed. Alfa-Ômega, São Paulo, 1994.

econômico-social – o capitalismo, apoiado no comércio e nas trocas. Firmou-se, assim, um novo modo de produção, uma sociedade voltada para a troca, uma ideologia liberal-individualista e um Estado soberano. A produção do Direito para essa sociedade é centralizada. Somente o Estado e seus órgãos produzem o direito.

Wolkmer faz também considerações acerca da evolução histórica do capitalismo. Em seu entender, Marx concebeu o capitalismo como *“um determinado modo de produção de mercadorias, constituído no princípio da era moderna, que chegou à plenitude com o advento da Revolução Industrial”*.²⁵⁴

Essa colocação merece ser melhor entendida. Como é notório, Karl Marx, durante 10 longos anos, compareceu, diariamente, à Biblioteca do Museu Britânico (British Museum), em Londres, e estudou a história da evolução das sociedades, antes de construir os pilares da teoria marxista; tudo fez Marx, com o intuito de compreender a dinâmica do funcionamento e da superação do modo de produção capitalista.

Wolkmer atribui a Marx “perspicácia crítica”, mas acusa os marxistas de produzirem “um hiato entre a força da análise crítica e a incapacidade preditiva”, com relação à evolução do capitalismo”.²⁵⁵

Examinando alguns séculos de história, Wolkmer demonstra não se preocupar com o hiato colossal entre a formulação ou consolidação do conceito de Estado moderno ocidental e as bases histórico-estruturais que permitiram esse resultado.

Em aparente “despreocupação”, Wolkmer recorre a Max Weber para descrever o conjunto de fatores que, reunidos, levariam à definição do Estado moderno ocidental, quais sejam, a existência de uma comunidade humana em determinado território, que pleiteia para si o monopólio da coação física

²⁵⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Ibid. p. 27.

²⁵⁵ Op. cit. p. 28

legítima; a materialização de um direito laico, oriundo da generalidade e racionalidade burguesas; a formação de força militar permanente, subordinada à autoridade central; a organização de corpo administrativo racional, conduzido centralmente, apoiado em regulamentos e padrões explícitos; e a monopolização dos meios de dominação administrativa, com a implantação de sistema de taxaço.²⁵⁶

Essa “estruturação” do estado burguês seria complementada e garantida por uma estrutura jurídica que constituiria o direito estatal. Porém, a força da manutenção do ordenamento jurídico estatal não impediria a coexistência de ordenamentos jurídicos independentes, de que são exemplos conspícuos o Direito Eclesiástico e o Direito Internacional.

Ao descrever a existência de ordenamentos jurídicos que “escapariam” do hemisfério do monismo estatal, o autor parece não perceber que não era somente a burguesia mercantil que necessitava de um Estado soberano e de uma ordem estatal produtora de normatizações. O clero e a nobreza, evidentemente, não sobreviveriam como forças estamentais relevantes e dominantes, se não contassem com sua própria ordenação jurídica. Isto é particularmente verdade em um sistema não estruturado ou, ainda mais, em um sistema em que o Estado não detinha centros exclusivos, com poderes separados, harmônicos e independentes, como viria a ocorrer no futuro, para realizar a produção normativa.

Embora desestruturado o Estado, estruturação essa que somente viria a ganhar contornos definitivos a partir de meados do século XVIII, WOLKMER sustenta que “*o Direito Positivo Capitalista, em nome da igualdade abstrata de todos os homens, consagra na realidade as desigualdades concretas*”.²⁵⁷

²⁵⁶ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit. p. 37.

²⁵⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. Ibid. p. 43. O direito capitalista seria consagrador das desigualdades porque trata desigualmente os desiguais. Ao contrário da visão exposta ou acolhida por WOLKMER, não há distorção pecaminosa nesse modo de estruturar-se o Estado capitalista. As alternativas seriam a negação do direito. O direito socialista, a título de exemplo, não parte do conceito de Estado como categoria relevante na ordem social. E a negação do direito também negaria a base teórica da organização

Avançando na descrição do monismo, Wolkmer recorre a Hobbes para apresentar o direito estatal, em seus estágios iniciais. Depois de instituído o Estado, as leis da natureza tornam-se leis, pois se transformam em ordens do Estado. São leis civis oriundas do poder soberano, que obriga os homens. Aqui o primeiro grande traço do monismo, vinculado ao absolutismo. Em seguida, já destacado do absolutismo, surge o positivismo legal, ou o direito racional, tornado, ao final do século XIX, um sistema de normas imperativas caracterizadas pela coação e garantidas pela força organizada do Estado. Como o Estado é o soberano detentor da coação, ele torna-se a única fonte de direito. O direito é válido enquanto proveniente das prescrições revestidas da sanção estatal.²⁵⁸

O terceiro momento do monismo ocidental, segundo Wolkmer, teria sido alcançado no positivismo jurídico ou formalismo dogmático da Escola de Viena, representada pela teoria pura do direito de Hans Kelsen, o expoente máximo do monismo jurídico contemporâneo do Ocidente. O Estado é a ordem jurídica politicamente centralizada e, na proposta de Kelsen, traduzida por Wolkmer, fica descartado o dualismo Estado-Direito, de tal modo que “o *Direito é o Estado, e o Estado é o Direito Positivo*”.²⁵⁹ Nas palavras de Wolkmer:

“[...]o Estado configura-se como uma organização de caráter político-jurídico que visa não só à manutenção e coesão, mas a regulamentação da forma em uma formação social determinada. Esta força está alicerçada, por sua vez, em uma ordem coercitiva, munida da sanção especificamente jurídica. O Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo Direito, que, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado.”²⁶⁰

O quarto grande ciclo do monismo jurídico relaciona-se com a necessidade de reordenação e globalização do capital monopolista e com o

social, que sustentaria a necessidade de construção (definição) e instituição de meios coativos para a implementação de normas de regulação e controle da vida social.

²⁵⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit. p. 49.

²⁵⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Ibid. p. 51

²⁶⁰ Idem. Ibidem.

enfraquecimento do Welfare State, oriundo da crise fiscal e das crises de governabilidade do Estado do Bem-Estar social, fenômenos esses desenvolvidos ao longo das décadas de 1960 e 1970. Nessa etapa recente do processo evidencia-se o esgotamento do paradigma da legalidade, que teria amparado, por três séculos a evolução do capitalismo, amparado na estatalidade, na unicidade, na positivação e na racionalização.²⁶¹

Ao sintetizar a evolução do paradigma jurídico, ou paradigma da dogmática jurídica, que teria levado a suas disfunções, Wolkmer transforma uma corrente de pensamento jurídico (jusnaturalismo) em motor da história. Essa corrente é, evidentemente ideológica. Ele a percebe assim. Seria capaz de alterar os rumos da história da humanidade, o que representa talvez um reducionismo excessivo (corrente que move a história) ou o falseamento ideológico da história.

Algumas conclusões extraídas por Wolkmer são muito relevantes para a análise que se empreende nesta tese. Ele acolhe o entendimento de que, no positivismo jurídico moderno, todo direito é particularizado, ou seja, não realiza o verdadeiro interesse geral, mas somente o interesse médio de uma elite, a par de ser temporário. Também acolhe o entendimento de que o direito, enquanto dogmática imposta pelo Estado, “*procura excluir de sua dinâmica histórica uma interação e uma fundamentação mais íntima com o social, o econômico, o político e o filosófico*”.²⁶²

Acolhe, então, com agudeza, a noção de crise paradigmática, a que já se fez referência nesta tese (“batalha de paradigmas”), e que, se dissociada de distorções, deve ser aceita como o fundamento da necessidade de se caminhar para o pluralismo jurídico. Afirma Wolkmer:

²⁶¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit. p. 52-53

²⁶² WOLKMER, Antônio Carlos. Ibidem p. 61

“...o conceito-chave de ‘paradigma’ foi desenvolvido por Thomas Kuhn para retratar uma estrutura absoluta de pressupostos que fundamentam uma ‘comunidade científica’, sendo um modelo de cientificidade diferente da concepção técnico-positivista predominante. ...Todo paradigma científico não está livre de anomalias causadoras de possíveis ‘crises’ estruturais, entretanto, só será posto de lado quando não for mais capaz de resolver inteiramente os problemas. ...o processo de substituição de um velho paradigma por outro novo, além de ser aceito pela ‘comunidade científica’, depende, não obstante, ‘de que ele mostre ser um modelo de procedimento efetivo na resolução de pelo menos alguns dos problemas que o paradigma anterior não conseguia resolver’. ...as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e de novos paradigmas.’...A crise do monismo jurídico estatal, enquanto paradigma hegemônico reside no fato de que suas regras vigentes não só deixam de resolver os problemas, como ainda ‘não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear’ a convivência social...o modelo jurídico dominante apresenta-se como a própria fonte privilegiada da crise e das incongruências.”²⁶³

Surge, em face da crise paradigmática, a proposta de um novo pluralismo jurídico. Este consistiria em um modelo aberto e democrático, fundado na participação dos sujeitos sociais no processo de regulação das instituições diretivas da sociedade; as bases populares dariam o sentido e a direção do processo histórico.²⁶⁴

Wolkmer passa a discorrer acerca do que denomina de falência das ordens jurídicas estatais. Porém, impõe-se observar que ordens jurídicas falidas deveriam redundar em revoluções. A desagregação do todo social não se coaduna com ordem jurídica que, embora falida, é capaz de reger a vida social. É preciso muita cautela ao utilizar-se o conceito de falência de uma ordem jurídica, conceito esse que não guarda relação com o sentido do paradigma kuhniano.

Wolkmer parte para a delimitação das fontes de ineficácia do monismo brasileiro. A cultura jurídica brasileira, segundo ele, seria marcada por tradição monista de acentuado matiz kelseniano, em um sistema lógico formal de raiz liberal-burguesa, com o direito e a justiça sendo produzidos exclusivamente pelo Estado. O centralismo jurídico estatal, assim erigido, seria “*incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social*”²⁶⁵

²⁶³ Op. cit. p. 65-67

²⁶⁴ Op. cit. p. 69

²⁶⁵ Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Ibid. p. 86

O Poder Judiciário é considerado instância submissa e dependente da estrutura de poder dominante e adjetivado como “*órgão burocrático do Estado, desatualizado e inerte, de perfil fortemente conservador e de pouca eficácia na solução rápida e global de questões emergenciais vinculadas, quer às reivindicações dos múltiplos movimentos sociais, quer aos interesses das maiores carentes de justiça e da população privada de seus direitos*”²⁶⁶

As palavras de Wolkmer conduzem à conclusão de que a ineficácia do Poder Judiciário decorreria de um raciocínio circular, no qual, evidentemente, a conclusão é conhecida. Ou decorreria de um maniqueísmo totalitário, travestido de social. Se o Judiciário atendesse as demandas sociais (quaisquer que fossem elas), ele demonstraria estar preparado para lidar com as questões novas do novo século e milênio, ora já iniciados. Não as atendendo, será considerado um Poder do Estado subserviente, frágil, conservador, incapaz de resolver conflitos emergenciais com a rapidez por eles exigida. Além disso, trata-se, para Wolkmer, de um Poder politicamente imperfeito para lidar com os reclamos da sociedade.

Claro que a visão acima evidencia que, para Wolkmer, as demandas sociais são de atendimento obrigatório, porque sempre são justas. Certamente que não foi com esse horizonte teórico e histórico limitado que evoluíram as nações que não possuem um Poder Judiciário subserviente, frágil, conservador, incapaz de resolver conflitos emergenciais com a rapidez por eles exigida. Não necessitaram, no centro do capitalismo, sequer da noção de conflito nem do estudo da dinâmica e das contradições do capitalismo, para definir meios de atendimento às demandas da população, na solução de seus conflitos individuais, difusos, coletivos ou transindividuais.

Wolkmer reconhece que sua posição não significa a rejeição total do Judiciário como instância futura de absorção dos conflitos sociais. O Judiciário por ele divisado, porém, seria descentralizado e controlado democraticamente

²⁶⁶ Op. cit. p. 89

pelos movimentos sociais e comunitários. Nele, os órgãos clássicos (juízes, tribunais etc) deveriam reconhecer e saber aplicar formas alternativas de direito e aceitar práticas de negociação e de resolução de conflitos através e mecanismos não-oficiais, paralegais, informais etc.²⁶⁷

Wolkmer não prega a extinção do Judiciário. Ocorre que o Judiciário iria seguir a reboque dos movimentos sociais, no entender do autor. As dificuldades que esse caminho apresenta são inumeráveis. Se as decisões do Judiciário consistiriam em uma das formas de coerção sobre o todo social, porque razão os movimentos sociais e corpos comunitários iriam acatar tais decisões? Se a legitimidade desses corpos paralelos é infinitas vezes superior àquela do arcaico Judiciário, como poderiam coexistir instâncias com tamanha disparidade de poder? O risco que se pode ver consiste na permanência da subserviência do Judiciário, mas agora com submissão aos movimentos sociais, que passam a deter o monopólio do justo e da verdade.

Wolkmer sustenta, adiante, referindo-se à propriedade e citando Dalmo Dallari, que há um direito, no Brasil, acima da lei formal, já estando nosso país a viver situações em que a necessidade faz prevalecer esse direito. Parte da noção de que haveria um excluído, de que existe um despossuído e de que existem sem terras, todos eles socialmente inferiorizados na sociedade. Acima de tudo, adota a noção de que a solução utilizada por esses grupos é aquela que deve passar a integrar o “direito posto”. Ora, nesse contexto, ideologias como aquela que envolve a reforma agrária, transformam-se em dogmatismo que se quer que passe a integrar um novo oficialismo: o monismo dos despossuídos. É claro que qualquer país repleto de despossuídos tem de adotar regramentos de direito social, ou seja, normas compensatórias, de inclusão social, voltadas para a redução e eliminação das desigualdades. Seria o caso de permitir que estas se transformem em outro monismo?

²⁶⁷ Op. cit. p. 93

Por derradeiro, desenvolve Wolkmer algumas noções de uma teoria das rupturas, como fonte do surgimento de movimentos sociais. Ele declara, textualmente, citando Rafael De La Cruz, que ocorreram três rupturas, no período de 1945 a 1960:

“A primeira ruptura se efetiva por uma crise cultural originada pelo progresso do capital, pela industrialização e urbanização que acabaram desintegrando as antigas verdades, e levando à individualização da Sociedade e à desestabilização das relações humanas. A segunda ruptura é representada pelo esgotamento do modelo de Estado, quer seja na versão intervencionista keynesiana, quer seja na versão do populismo-desenvolvimentista. Para De La Cruz, a crise do modelo estatal reflete três aspectos: a ineficiência administrativa, a incapacidade de prestar serviços e a deteriorização da legitimidade. A terceira ruptura se dá no modelo de desenvolvimento do bem-estar material idealizado a partir do século XVIII e que acaba não se realizando plenamente diante da crise econômica, recessão, desemprego, poluição ambiental, escassez dos recursos naturais, aumento das enfermidades, ameaça nuclear etc.”²⁶⁸

Essa tríade da ruptura é uma simplificação de uma realidade complexa e multivariada como o capitalismo. A teoria não consegue explicar a realidade ou um aspecto da realidade. Por isso, seria negada em todo e qualquer país capitalista, quer seja o capitalismo tardio ou não. Para mencionar um exemplo, no século XVIII sequer se conhecia, na teoria econômica, qualquer conceito semelhante ao de Bem-Estar. A preocupação com a evolução das máquinas a vapor, com o crescimento do comércio, com os rendimentos da terra, estes, sim, eram conceitos relevantes. O homem, o ser, como objeto de estudo, em sua relação com a satisfação e a felicidade, são conceitos que surgem somente no século XIX, com relevo teórico para a economia ou para a economia política assim chamada. E a economia do bem-estar é conceito desenvolvido somente no século XX. No plano político, Welfare State não é categoria relevante até por volta da Segunda Grande Guerra. Esse mesmo conceito foi superado, no final do século XX, em razão da incapacidade de o Estado suportar, em nível de massa, o pagamento das despesas necessárias para assegurar a elevação do nível de vida da população como um todo. Claro que essa incapacidade não decorre de uma simples verificação aritmética, mas, sim, de constatação empírica das prioridades eleitas pelos segmentos do Poder, que busca, certamente, sua perpetuação.

²⁶⁸ Cit., p. 111

O novo pluralismo, exposto por Wolkmer, parece capaz de afastar-se dos matizes puramente ideológicos, para lidar com a realidade concreta e complexa dos requisitos sociais das sociedades contemporâneas atrasadas. Relevante, para futura elaboração, a concepção do novo pluralismo, na perspectiva latino-americana, que “a nível da criação das normas e da resolução dos conflitos – passa, obrigatoriamente, pela redefinição das relações entre o poder centralizador de regulamentação do Estado e o esforço desafiador de auto-regulação dos movimentos sociais, grupos voluntários e associações profissionais.”²⁶⁹

Em remate, nas palavras de Wolkmer:

“...o pluralismo enquanto perspectiva interdisciplinar consegue, no largo espectro da historicidade de uma comunidade regional ou global, intercalar o ‘singular’ com a ‘pluralidade’, a junção democrática da variedade com a equivalência, a tolerância expressa na convivência do particular com a multiplicidade”²⁷⁰.

Se assim o é, teçam-se loas a Wolkmer, que parece perceber que a crise de paradigmas conduziu à possibilidade de se pensar o pluralismo jurídico, sem a necessidade de recurso permanente a um desgastado conflito centro-periferia, ou a uma carcomida teorização de luta de classes, ou à pregação (maniqueísta) da permanente excelência de movimentos sociais e populares.

Ninguém nega o relevantíssimo papel trazido pela Dialética para a evolução do conhecimento e para a compreensão científica dos fenômenos sociais. Há, porém, que revisar o papel do Estado; há que questionar e discutir o monismo estatal na produção de normas de convivência social. O pluralismo jurídico introduz fundamentos novos para a solução de conflitos sociais. O capitalismo resultante assemelha-se mais democrático e pode atender com maior presteza às demandas sociais, mormente quando se verifica que fenômenos novos, como a globalização, trouxeram notória elevação da pobreza no mundo, o que demandará novas formulações. Talvez valesse

²⁶⁹ Cit. p. 321

lembrar Ehrlich, que, em seus Fundamentos da Sociologia do Direito, já em 1912, afirmava que, no presente, assim como em todas as épocas, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não está na legislação, nem na ciência jurídica, nem na jurisprudência. O centro está na sociedade.²⁷¹

Karl Loewenstein refere-se a essa sociedade como um “organismo viviente”²⁷². Sobre esse “organismo” devem-se adaptar a legislação, a ciência jurídica e a jurisprudência, eis que, prossegue ele:

“la magia de la creación constitucional que existió en el siglo XVIII haya desaparecido considerablemente, y aunque la mitología que rodea a la Constitución americana sea un fenómeno único, que no se puede alcanzar racionalmente”²⁷³.

A realidade pode ser apreendida através dos paradigmas que a crise gera. Tal como ocorre no âmbito das ciências sociais em geral, no direito o monismo jurídico não é a única solução para a compreensão da realidade e para o avanço do conhecimento jurídico.

²⁷⁰ Cit., p. 322

²⁷¹ Cf. Ehrlich, Eugen, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, apud José Eduardo Faria e Celso Fernandes Campilongo, *A Sociologia Jurídica no Brasil, 1991*, Sérgio Antonio Fabris Editor, p. 37.

²⁷² Op. cit. p. 199

V.4 – A argumentação a partir do resultado das decisões judiciais e o entendimento de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann entende o processo judicial como um sistema de atuação organizado, caracterizado por ser também empiricamente compreensível, podendo ser orientado mediante “*disposições jurídicas, e de exercício social institucionalizado*”.²⁷⁴

Em seu conhecido artigo “*A posição dos tribunais no sistema jurídico*”²⁷⁵, Niklas Luhmann historia como, na história das civilizações, foi delegada aos tribunais, inicialmente, a função de aplicação das leis e, posteriormente, a função da interpretação das leis. Luhmann relata que, quando a Constituição Americana entrou em vigor, não se conhecia nenhuma autoridade em nível local nos Estados Unidos, além dos Tribunais. Como a Constituição Americana consagrava a tripartição de poderes, passa a ser possível exigir que os Tribunais decidam os casos a eles submetidos.

Legislação e jurisprudência possuem interdependências, prossegue Luhmann, sendo certo que, no caso de um conflito, vale a decisão do legislador e não a do juiz, embora, a decisão acerca de se estar ou não diante de um conflito seja do juiz. Isto significa, de qualquer sorte, que a independência dos juízes, na análise de Luhmann, é marcada por claro relativismo, de tal modo

²⁷³ Cit., p. 199

²⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*: Brasília, D.F.: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 51-52.

²⁷⁵ LUHMANN, Niklas. “A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”. In *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, v. 17, n. 49, jul. 1990, p. 149-168.

que essa independência se torna o ponto em que os regimes totalitários podem atuar, para cooptar o judiciário ou impor uma ideologia.

O juiz, segundo Luhmann, permanece vinculado à lei, mas não à legislação. Isto significa que, nos casos em que, ao buscar distinguir hipóteses de fato, de tal modo a poder estabelecer novas regras de decisão, o juiz, quando se depara com casos duvidosos, não pode deixar de decidir, porque os sistemas jurídicos, em geral, proibem que o juiz se omita ao julgar.

Em tais situações, o juiz estaria sendo, nas palavras de Luhmann, “*coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões*”, situação em que ele deve “*reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito*”.²⁷⁶

Para Luhmann, os procedimentos judiciais seguem a regra de aplicação de modelos pré-constituídos, consubstanciados em modelos já existentes culturalmente “*como programa para o procedimento judicial relativamente diferenciado*”.²⁷⁷

É preciso, pois, encontrar soluções para as expectativas do homem em sociedade, expectativas às quais ele é impelido pela diferenciação. Segundo Luhmann, o direito é imprescindível, enquanto estrutura, para a solução dessas aporias, uma vez que, “*sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas*.”²⁷⁸

Niklas Luhmann indica um caminho para vencer tais impasses, ao analisar a função da dogmática jurídica em tornar operacionais, juridicamente, questões da justiça.²⁷⁹

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. Op. cit. p. 163.

²⁷⁷ LUHMANN, Niklas. Ibid. p. 54.

²⁷⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 170-171.

²⁷⁹ LARENZ, Karl. Op. cit. p. 320-325.

Larenz bem resume o pensamento de Luhmann, segundo o qual uma das funções da dogmática jurídica é a de retirar o caráter “imediato” das leis e decisões judiciais, para que possam ser passíveis de interpretação. Seguindo o pensamento de Luhmann, Larenz afirma que a dogmática não aprisiona o direito, mas, sim, o liberta, para tratar de experiências e textos. É relevante, assim, para os propósitos desta tese, acompanhar, na análise de Larenz e na própria obra de Luhmann como este se posiciona diante das decisões judiciais que se utilizam da argumentação a partir do resultado.

Argumentar a partir do resultado significa pensar o direito considerando as conseqüências da decisão judicial. Esse é o lema do pragmatismo jurídico, como já se deixou registrado nesta tese. Esse raciocínio é visto com reservas por Luhmann, que assim declara:

“Si se pretende emplear las consecuencias como puntos de vista para orientar o incluso justifiar las decisiones, se precisa de anteojeiras que impidan ver todas las consecuencias colaterales, todas las consecuencias de consecuencia, posibles efectos-limite de consecuencias agregadas de múltiples decisiones, etc.; para dar un jemplo, se han de poder ignorar los efectos agregados que resulten del hecho de que posiciones jurídicas desventajosas (por ejemplo en el campo de la responsabilidad del productor) sean financiadas mediante subida de precios. La justificación mediante las consecuencias reposa en la presupuesta justificación del empleo de tales anteojeiras. Esta condición previa evita el recurso hermeneútico de una ‘pre-comprensión’. Y tampoco se resuelve nada con una valoración de las consecuencias, ni siquiera con consenso de valores, porque el problema empieza ya en la selección de las consecuencias que se emplea para la valoración.”²⁸⁰

Como se pode ver, Luhmann aceita que se decida levando em conta as conseqüências da decisão, caso se defina, em primeiro lugar, que conseqüências deverão ser examinadas e quando dar-se-á o exame. Este é o sentido que parece decorrer da exigência de Luhmann, para que se coloquem “anteojeras”, ou seja, vendas, nos olhos daquele que quer ver conseqüências futuras de atos do presente.

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. Sistema juridico y dogmatica juridica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 31.

Para Luhmann:

“cuando los juristas hablan de ‘resultados’ de las consideraciones constructivas que sirven a sus decisiones, en la mayoría de los casos no piensan en las consecuencias reales en el entorno social, sino solamente en las decisiones fijadas jurídicamente y en sus efectos jurídicos inmediatos. Del mismo modo, cuando se ponderan las diversas consecuencias de las construcciones jurídicas, se trata sólo de saber qué posibilidades de decisión pueden ser conectadas con una u otra construcción.”²⁸¹

Luhmann esclarece que não se pode evitar que o juiz leve em consideração conseqüências jurídicas socialmente relevantes das decisões que vai proferir, desde que ele decida levando em conta fatores que vão além da lei. Como a própria “escolha” das conseqüências em relação às quais serão feitas inferências envolve valoração, o entendimento de Luhmann exige que não se leve ao extremo, ou seja, ao não dogmático, a decisão do juiz.

Assim, para Luhmann, sendo certo que o juiz não possui informação plena a respeito das conseqüências de sua decisão, nem podendo estimá-las com segurança, a dogmática jurídica, em tal situação de incerteza jurídica, servirá de guia para a valoração das alternativas, que conduzirão ao desvelamento do direito que deve ser aplicado aos casos duvidosos. As dúvidas serão dirimidas e reduzir-se-á a complexidade dos casos, resolvendo-se os conflitos de interesse.²⁸²

É lícito crer que essa argumentação de Luhmann ajusta-se à rejeição, por ele, da situação comunicativa específica que transcorre nos discursos judiciais. O entendimento de Luhmann é o de que

*“os emissores da decisão procuram afastar os caracteres peculiares da sua personalidade, na medida em que a decisão buscada não deve resultar senão de normas e de fatos. Ao contrário, os receptores imiscuem sua própria personalidade nas suas ações, pois a decisão será, para eles, uma premissa de seu comportamento pessoal”*²⁸³

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmatica Juridica. Cit. p. 76.

²⁸² Cf. LARENZ, Karl. Op. cit. p. 323.

²⁸³ Confira-se o entendimento, a esse respeito, exposto, com a usual maestria, pelo “especialista em Luhmann” reconhecido, que é Tércio Sampaio Ferraz Jr. Cf. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 73-75.

Acrescenta Luhmann que a construção dogmática de um caso possibilita a repetição da possibilidade de decisão em casos iguais ou semelhantes. O resultado será a realização da justiça. Assim, nas palavras de Luhmann, “*e/ futuro sólo es relevante como pasado generalizado*”²⁸⁴.

As conclusões a que se chegou nesta seção são de grande relevância para a identificação de fundamentos teóricos subjacentes às decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros, aproximando a análise, em seu arremate, cada vez mais, do pragmatismo jurídico. Essa aproximação, contudo, há de se fazer com a cautela que decorre das restrições de Luhmann ao psicologismo realista e com a prudência da adesão às teses pragmáticas não radicais.

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, cit. p. 71.

V.5 - As decisões judiciais como instrumento contraditório de construção e desconstrução do Direito

Georges Kalinowski é polonês, tendo ensinado em diversas universidades da Europa. Produziu obra copiosa a respeito da lógica deôntica, ou seja, a lógica das normas, e da lógica jurídica.

A concepção primeira de Direito de Kalinowski é aristotélica. Ele concebe o direito como conduta justa, como uma obra “reta”, “adequada”, “ajustada”. Porém, ao aproximar-se da interpretação jurídica, o entendimento que expõe é peculiar. Para ele, a interpretação jurídica é eminentemente prática, o que significa que seu intento não é o de extrair o significado da norma, no sentido de conhecer aquilo que a norma diz ou quer dizer. Seu objetivo é o de encontrar a norma que dê ao caso concreto uma solução justa. Para Kalinowski o direito não é, necessariamente, um objeto atual da justiça, mas pode ser seu objeto possível, virtual.²⁸⁵ Esse objeto, portanto, mira o justo, quer encontrar o justo, quer dizer o justo.

Kalinowski utiliza a metonímia - figura de retórica que consiste na transferência do nome de uma coisa para outra, em razão de uma relação de causalidade que as vincula -, para dizer que há, no Direito, a transferência de nomes dados a alguns conceitos, como o de justo, o próprio conceito de Direito, a Justiça, a Lei. Um exemplo dessa transferência é mencionado por Kalinowski. Refere-se ele à lei, esclarecendo que *“el nombre de ley se há extendido, por synécdoque o metonimia, a todas las reglas jurídicas: supra-*

²⁸⁵ KALINOWSKI, Georges. *Concepto, Fundamento y Concreción del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1982, p. 19.

estatales, inter-estatales, intra-estatales, escritas o consuetudinarias, universales o singulares."²⁸⁶

Com esses conceitos em mente, Kalinowski afirma que existe, no Direito, um encadeamento variado de analogias, em razão das categorias jurídicas com significado normativo, das regras, dos signos, dos bens, das permissões para agir ou para não agir, dos atos relativos a essas permissões, das relações de causalidade etc.²⁸⁷ Isto conduz ao conceito de interpretação, que nada mais é, para Kalinowski, do que a atribuição de um sentido a um signo lingüístico. Kalinowski elabora o conceito, seguindo o luminoso entendimento de Heidegger, no sentido de que o intérprete não necessita compreender o texto melhor do que o seu autor, uma vez que a compreensão do autor é diferente, mas o resultado que ambas as interpretações encontrarão será o mesmo.²⁸⁸

Especificamente em relação à interpretação jurídica, Kalinowski sustenta que algumas pessoas podem-se recusar a interpretar uma norma, quando esta é promulgada. Em um sistema de *non liquet*, o juiz está proibido de se abster de julgar (interpretar), o que significa que deverá, de qualquer modo, identificar uma regra de conduta, na norma, que possa ter aplicação. A interpretação consistiria no conjunto de operações que resultam na inserção de uma norma em um sistema jurídico em vigor. Por isso, Kalinowski define interpretação lógica como sendo :

"una cierta especie de interpretación jurídica, a saber, aquella que consiste en deducir simplemente el sentido a retener o utilizar los argumentos de la interpretación jurídica llamados lógicos, tales como el argumentum a contrario, argumentum a maiori ad minus, argumentum a minore ad maius, hasta, argumentum per analogiam. [...] Toda interpretación jurídica y todos sus argumentos son lógicos en la medida en que necesitan de parte del intérprete del derecho un razonamiento, cualquiera que sea. Porque todo razonamiento en tanto que es razonamiento depende de la lógica."²⁸⁹

²⁸⁶ KALINOWSKI, Georges. Ibid. p. 52.

²⁸⁷ KALINOWSKI, Georges. Ibid. p. 56.

²⁸⁸ KALINOWSKI, Georges. Op. cit. p. 110.

²⁸⁹ KALINOWSKI, Georges. Op. cit. p. 120-121.

Essa definição conduz Kalinowski ao regaço de Perelman e dos realistas, para constatar a presença de juízos de valor no silogismo de aplicação do direito. Afirma Kalinowski:

“Cada vez que entra en juego el poder discrecional del juez, del ejecutivo, del contratante o de cualquier otro, cada vez que aplicando el derecho se deba elegir o estimar, debiera decidir la prudencia, porque se trata siempre de elegir o de estimar lo justo y lo justo que descende directamente de la justicia, depende en última instancia de la prudencia. ¿Debo deducir la existencia o la inexistencia de la norma? ¿Debo acordarle o negarle fuerza obligatoria? ¿Debo constatar o no una laguna en el Derecho? ¿Debo admitir en el caso dado una antinomia jurídica? ¿Debo resolverla de una u otra forma? ¿Debo referirme a tal o cual regla suprema de interpretación del derecho o, al contrario, reconocer otra? ¿Debo recurrir a la analogiam iuris? ¿Debo aplicar la analogiam legis? ¿Debo suponer que la ley a aplicar contiene implícitamente la expresión ‘solamente’, esencial para el empleo del argumento a contrario? ¿En todos estos casos y en mil otros, la respuesta corresponde en primer lugar a la virtud de justicia pero, en última instancia, a la virtud de prudencia.”²⁹⁰

Assim, depreende-se da análise de Kalinowski que a especificidade da lógica jurídica provém do modo como o jurista utiliza as regras de raciocínio, quer da lógica formal quer da lógica não formal, ou seja, da tópica e da retórica. E esse modo de utilização, cumpre observar, pode variar intensamente. Para mencionar alguns exemplos, abstraído-se um pouco das considerações de Kalinowski, observe-se que o normativista ou o formalista empedernido não terá dificuldades em identificar o direito à lei, para fazer a subsunção subsequente, na qual será desvelada o que entende ser a realidade, certamente sem considerações valorativas ou conseqüenciais. O realista, entretanto, decidirá, inicialmente, qual é a solução que será dada a um caso, para, somente depois, escolher os fatos e a norma jurídica que serão utilizados para fundamentar a escolha original.

Retornando a Kalinowski, este, em outra obra, especifica com clareza o que entende por raciocínios jurídicos.²⁹¹ Divide o filósofo os raciocínios jurídicos em três grupos, a saber, os raciocínios jurídicos de **coaço**

²⁹⁰ KALINOWSKI, Georges. Op. cit. p. 137.

²⁹¹ KALINOWSKI, Georges. Introducción a la Lógica Jurídica: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973.

intelectual (raciocínios jurídicos lógicos), raciocínios jurídicos de **persuasão** (raciocínios jurídicos retóricos) e raciocínios de **argumentação puramente jurídica**, baseados em presunções, prescrições, ficções etc. fixados em lei (raciocínios jurídicos extra-lógicos). Kalinowski distingue, ainda, os raciocínios jurídicos de coação intelectual em normativos e não-normativos e registra que estes são jurídicos apenas por acidente, uma vez que essa qualidade depende apenas do conteúdo ou da pessoa que os realiza, bem como que são utilizados para comprovar fatos ou para inferir normas²⁹².

O que se expôs de Kalinowski basta para os fins visados nesta tese. O que se acabou de apresentar permite inferir que existe significativa possibilidade de “desvios” na interpretação jurídica, tanto na busca do justo, afirmada pelo filósofo polonês, quanto no seu contrário, ou seja, na utilização da “técnica”, que é a interpretação, para, com recursos às sinédoques ou metonímias de encobrimento do real, alterar o sentido e a essência das normas jurídicas, dos precedentes, dos entendimentos doutrinários, ou, em um sentido geral, dos julgamentos.

Estas conclusões trazem à mente uma noção notória, no campo da filosofia, mais conhecida ainda do que a lógica prática de Kalinowski. Trata-se da **desconstrução**, “construída” na década de 1960 por Jacques Derrida, filósofo francês do século XX, que centrou sua obra na linguagem.²⁹³

A desconstrução do direito, tomado o conceito primitivo de Derrida, em nada se assemelha à “destruição” do direito. O sentido atribuído ao conceito, que, alguns entendem formar uma “escola”, é o de não reunião, da não existência de método ou de conhecimento já adquirido, da experiência ou da razão desmontadas, para tornar alcançável o conhecimento de determinado

²⁹² Cf. KALINOWSKI, Georges. Ibid. p. 148-166.

²⁹³ Sobre a “desconstrução”, ver, por exemplo, CAPUTO, John D. *Radical Hermeneutics: repetition, deconstruction and the Hermeneutic Project*. Bloomington: Indiana University Press, 1987; e RABENHORST, Eduardo R. “Sobre os limites da interpretação. O debate entre Umberto Eco e Jacques Derrida.” *Prim@ Facie*, ano 1, n. 1, jul./dez. 2002.

objeto, podendo-se chegar à solução de aporias, entendidas no sentido dos litígios ou impasses enfrentados pelo Direito, em suas diversas manifestações.

A “desconstrução” é um conceito filosófico. Porém, sua aplicação à práxis, ainda que como esquema de raciocínio, pode auxiliar o intérprete a verificar as condições de possibilidade da coexistência de um sistema mitificado de produção de decisões, como ocorre no Judiciário Superior brasileiro, que, no mais das vezes, ou eram desnecessárias: o litígio não existia ou existia somente na forma invertida do intento de provocar-se a não-decisão, em um esquema de não-litígio, não-decisão e conformismo que devem ser pensados com grande preocupação.

Antes de partir para a análise de dados empíricos que possibilitem a utilização desse instrumental teórico, far-se-á breve exposição acerca do neopositivismo de Hart, que parece possuir elementos para facilitar o desvendamento do real obscurecido, conforme se apresentou até aqui, no que respeita às decisões do segmento superior do Poder Judiciário do Brasil.

V.6 – As esferas do silêncio, de implicação e de explicitação verbal: a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza nas decisões judiciais em Katharina Sobota

Katharina Sobota escreveu o afamado artigo “Don’t Mention the Norm!”, publicado inicialmente no *International Journal for Semiotics of Law* e, em 1995, após traduzido pelo ilustrado Professor João Maurício Adeodato, publicado no *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, da Universidade Federal de Pernambuco.²⁹⁴

Sustenta a autora que há um “convencimento” das pessoas, que, para os fins da presente tese, pode-se traduzir por “mito”, segundo o qual o direito é constituído de normas explícitas. Apóia-se esse “convencimento” na certeza de que haveria uma norma positiva sempre presente na vida das pessoas, com capacidade de predição quanto aos conflitos que enfrentarão; aliado a esse “convencimento” estaria a crença na “*plausibilidade dos silogismos*”. Sobota, porém, procura demonstrar que esse “convencimento” e essa “crença” não fornecem elementos para a compreensão do processo decisório que rege a vida das pessoas em sociedade, uma vez que, para tanto, é necessário conhecer a retórica de juízes e advogados e não o funcionamento do sistema social ou os estudos dos lógicos.

Sobota busca, então, demonstrar que o conceito de silogismo é uma ilusão contraditória, pois “*não é meramente uma ilusão*”, mas “*é uma ilusão, mas uma ilusão com efeitos poderosos sobre a realidade*”.²⁹⁵

O resultado portentoso da construção teórica de Sobota não está apenas na aplicação do método dialético ao silogismo da lógica formal, mas, também, no entendimento de que a argumentação jurídica coloca-se em algum lugar

²⁹⁴ SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Recife, Universidade Federal de Pernambuco. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7, 1995, p. 251-273.

²⁹⁵ SOBOTA, Katharina. *Ibid.* p. 257.

entre a explicitação verbal e o completo silêncio. Há, na teorização de Sobota, “Esferas” de argumentação, compreendendo a Esfera do silêncio, a Esfera de implicação e a Esfera de explicitação verbal. Sobota quer demonstrar que “um bom juiz, dentro de um sistema jurídico extensivamente codificado, **nunca se permite citar a maioria das premissas maiores** dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão.”²⁹⁶ Sobota sustenta que, em sistemas codificados, os juízes não verbalizam as premissas maiores, ao enunciar o raciocínio jurídico que decide os casos e, no entender dela, isto parece ser um padrão largamente difundido. Não mencionar a norma, ou seja, a premissa maior de um silogismo, seria a regra. Essa “omissão” seria explicada pelo caráter “auto-evidente” da norma, tornando despidendo mencioná-la, o que explicaria o fato de que decisões judiciais raramente trazem silogismos completos e explícitos, afirma com acerto Sobota.

Prossegue Sobota fazendo remissão aos “entimemas”, denominação dada por Aristóteles para o argumento em que há termo do silogismo ausente. Assim, Sobota passa a elencar as vantagens de manter-se o argumento entre a Esfera do silêncio e a Esfera da Explicitação verbal, ou seja, na Esfera da implicação, conforme a denominação por ela escolhida. A primeira vantagem do “silêncio relativo” consiste em poder ocultar inconsistências do sistema normativo; a segunda consiste em poder modificar o significado da norma, para adaptá-lo ao caso; a terceira consiste na manutenção de “normas tácitas”, que fariam a ligação entre o silêncio e a verbalização. Em síntese, conclui Katharina Sobota:

“o discurso legal depende de uma técnica que torna possível criar a ilusão de certeza em uma esfera de incerteza [...] Pode-se supor que esta ignorância jurídica amplia o horizonte das noções normativas: é bem mais fácil criar a ilusão de que a aplicação de uma norma é silogística, se não se precisam articular as premissas maiores utilizadas.”²⁹⁷

²⁹⁶ SOBOTA, Katharina. Op. cit. p. 258.

²⁹⁷ SOBOTA, Katharina. Ibid. p. 271 e 273.

Essas noções apresentadas por Sobota serão úteis para a compreensão do raciocínio jurídico amplamente utilizado por tribunais superiores brasileiros. Antes de partir para esse exame, as idéias de Herbert Hart serão examinadas.

V.7 – Herbert Hart, o neopositivismo e a solução teórica das aporias que cercam a decisão judicial

Herbert Hart, que nasceu na Inglaterra, em 1907, e viveu até 1994, afirma, em sua principal obra, “O Conceito de Direito”, editada, inicialmente, em 1961, que há três questões recorrentes perpassando a mente dos aplicadores do Direito. São elas: a) como o direito difere das ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com essas ordens? b) como a obrigação jurídica se distingue da obrigação moral? c) o que são regras e em que medida o direito é uma questão de regras?²⁹⁸

Hart quer responder a essas perguntas afastando-se do sistema jurídico em que as normas são obedecidas em razão da ameaça ou do caráter soberano de quem as emite. Para fazê-lo, desenha um sistema em que as normas são de duas espécies: regras primárias (obrigação) e normas secundárias (reconhecimento – “rule of recognition”), com o que utiliza estrutura semelhante à de Kelsen (“Grundnorm” – norma fundamental e a norma jurídica), ao mesmo tempo em que quer extirpar o caráter de obediência em razão da ameaça, do caráter estatal do sistema de normas.

A “regra de reconhecimento” nada mais é do que um sistema de usos aplicado pelos tribunais e outras instituições com competência para dizer o direito, com o intuito de apontar quais são as regras concretas que devem vigorar em determinada sociedade. Ou, nas palavras de Herbert Hart, a regra de reconhecimento “manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.”²⁹⁹ Em outras palavras, através da regra de reconhecimento podem ser identificadas as regras primárias, que impõem obrigações e formam o sistema jurídico.

²⁹⁸ HART, Herbert L.A. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 18.

²⁹⁹ HART, Herbert. Ibid. p. 113.

Ainda segundo Hart, as regras gerais, os padrões e os princípios, em qualquer grupo, devem ser o instrumento de controle social. Todavia, a linguagem utilizada nas normas gerais e abstratas, que os parlamentos produzem, ou nos precedentes seguidos pelos tribunais não dá segurança ao sistema. Nas palavras de Hart:

“Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas.”

Essa preocupação de Hart com a linguagem não se aplica aos casos simples que, segundo ele, são decididos sem grande esforço de interpretação. Haveria quase que um automatismo dos juízes, ao decidir tais casos, segundo Hart, que seriam casos familiares eis que surgem em contextos similares.³⁰⁰

A questão é complexa quando surgem os conceitos de “textura aberta”, assim denominados por Hart, ou seja, quando, ainda que em poucas situações, há alternativas para serem apreciadas. A linguagem geral não será adequada para resolver o caso. O juiz, ao decidi-lo, terá que se utilizar de um poder discricionário, em razão das opções que a interpretação da norma apresenta. A norma, do mesmo modo como carrega consigo o caráter aberto de sua textura, atrai a solução, através da escolha que terá de ser feita pelo juiz.

Hart afasta-se, assim, dos formalistas, que não admitem a ocorrência de escolhas, nem mesmo quando se está diante de “casos difíceis”, diante de normas de textura aberta. Afasta-se, também, do realismo, pois as regras, para ele, na maioria dos casos, têm a função de ordenar a sociedade, regulando

³⁰⁰ HART, Herbert L.A. Op. cit. p. 139.

condutas, mediante a imposição de obrigações. Nos casos em que não têm esse caráter, está-se diante de uma “zona de penumbra” ou de norma de “textura aberta”, o que acarreta decisões judiciais mediante o uso da discricionariedade do juiz. Na “penumbra”, as decisões judiciais são discricionárias. Essa discricionariedade, acrescenta-se, significa, para Hart, que:

“...os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida num precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma exceção a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto.”³⁰¹

Demais disso, a interpretação da lei pelos tribunais transforma-se em exercício esperado e necessário, para a solução das aporias que se colocam diante da sociedade, porque, na conhecida frase de Hart, “*as leis não são direito até que sejam aplicadas pelos tribunais, mas meras fontes de direito*”.³⁰²

³⁰¹ HART, Herbert L.A. Op. cit. p. 148.

³⁰²

TÍTULO II – TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: ESTRUTURA, PROCEDIMENTOS E FUNCIONAMENTO DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS MÁXIMAS DO PODER JUDICIÁRIO DO BRASIL. ALGUNS MITOS DESVESTIDOS

CAPÍTULO 1 - A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO SUPERIOR BRASILEIRO: HISTÓRICO E A SITUAÇÃO ATUAL

II.1.1 – O PODER JUDICIÁRIO SUPERIOR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

II.1.1.1 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Imperial de 1824

O Poder Judicial, nascido com a Constituição Imperial de 1824, no Brasil, em nada se assemelha à estrutura complexa dos Tribunais Superiores que vigora desde a promulgação da Constituição de 1988. No Império, para julgar as causas, em segunda e última instância, havia, nas Províncias, as Relações (CF 1824, art. 158).

Na Capital do Império, além da Relação, havia o Supremo Tribunal de Justiça, composto de juízes tirados das Relações pelo critério da antigüidade.³⁰³ Competia a esse Tribunal rever causas, nas hipóteses previstas em lei, conhecer de delitos e erros de funcionários qualificados do Estado (ministros, Corpo Diplomático, presidentes das Províncias), bem como conhecer e decidir conflitos de jurisdição e de competência entre as Relações (CF 1824, art. 164). A competência desse Tribunal Superior do Império, como se pode ver, era limitada, tal como era limitada sua importância, porquanto as Relações proferiam decisões definitivas na quase totalidade das causas, por

³⁰³ O Supremo Tribunal Federal, através de sua página eletrônica (<www.stf.gov.br>), consigna que o Brasil teve, até o presente, os seguintes órgãos de cúpula do Poder Judiciário: a Casa da Suplicação do

força do art. 158 da Carta Imperial, restando um resíduo insignificante de questões para conhecimento de um Tribunal Superior.³⁰⁴

II.1.1.2 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Republicana de 1891

Através do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, editado pelo Governo Provisório, nos alvares da Primeira República, foi organizado o Supremo Tribunal Federal brasileiro. A Constituição de 1891, em seus arts. 55 e 56, instituiu o Supremo Tribunal, tendo a instalação da Corte ocorrido em 28 de fevereiro de 1891, com competência afim àquela de um tribunal federativo, especialmente em razão da conhecida inspiração que os constitucionalistas brasileiros (RUI BARBOSA, em especial) tiveram ao elaborar a Carta Constitucional que inaugurou a Primeira República.³⁰⁵ Os 15 membros do Supremo Tribunal eram nomeados privativamente pelo Presidente da República, sujeita a nomeação à aprovação do Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 59, da Primeira Constituição Republicana, tinha a competência para processar e julgar, originária e privativamente, o Presidente da República, ministros de Estado, ministros diplomáticos, bem assim as causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes e também litígios entre a União e os Estados e nação estrangeira. Competia-lhe, ainda, julgar conflitos de competência entre tribunais federais. Em grau de recurso, o Supremo julgava sentenças das justiças dos Estados, proferidas em última instância, nos casos de contrariedade à lei e à Constituição.

Brasil, no período de 10/5/1808 a 08/1/1829; o Supremo Tribunal de Justiça, no período de 9/1/1829 a 27/2/1891; e o Supremo Tribunal Federal, desde 28/2/1891.

³⁰⁴ Sobre o assunto ver NOGUEIRA, Otaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília, D.F.: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

³⁰⁵ Referências importantes, no constitucionalismo americano, com influência sobre o Brasil são Blackstone, Thomas Cooley e quiçá os “Publius”, ou seja, os “federalistas” Alexander Hamilton, James

II.1.1.3 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Nominal de 1934

A Constituição de 1934 tornou mais complexa a estrutura do segmento superior do Poder Judiciário brasileiro, ao criar uma Corte Suprema, com a composição de 11 ministros; essa composição prevalece até os dias de hoje, sendo que, em 1934, o número podia ser elevado até 16 – art. 73, § 1º; um Tribunal de Reclamações (art. 79), ambos na Capital da União, além de um Supremo Tribunal Militar (art. 86). É certo que a Constituição de 1934 criou, também, o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, com competência especial (art. 82). Nos Estados havia Tribunais da Relação; nas capitais dos Estados, nas dos Territórios e no Distrito Federal havia Tribunais da Relação e nas comarcas juízes de Direito e juízes de Termo. Além das matérias típicas de um Tribunal da Federação, o Supremo Tribunal, com a promulgação da Constituição de 1934, passou a julgar habeas corpus e mandados de segurança, além da extradição de criminosos e a homologação de sentenças estrangeiras. Em grau de recurso, admitiu a Constituição de 1934 que o Supremo Tribunal julgasse questões em que alguma das partes estivesse escorando sua defesa na Constituição, em tratados ou em convenções internacionais. Também julgava o Supremo, em grau de recurso, questões propostas por estrangeiros, fundadas em contrato com a União ou entidade de direito público, além de questões, dentre outras, versando sobre a aplicabilidade de tratados ou leis federais, quando a decisão judicial em última instância fosse desfavorável.

II.1.1.4 – O Poder Judiciário Superior na Constituição Outorgada de 1937

Já com respeito à estrutura do segmento superior do Poder Judiciário brasileiro, criada pela Constituição de 1937, esta tem escasso relevo para a análise que se empreende nesta Tese, porquanto, como é notório, se estava

Madison e John Jay, que, sob o pseudônimo “Publius” escreveram o que veio a ser conhecido como “The Federalist Papers”.

diante de uma autêntica e rematada “mistificação normativa”. A Carta Constitucional de 1937 não teve eficácia nem efetividade, no sentido social, exceto no tocante aos atos de força, com os quais o Presidente da República, em cruzada ditatorial, governou o País, até sua queda, em 1945. Com efeito, o Brasil, após o golpe de estado comandado por Vargas, foi governado através de decretos-leis, de 1937 a 1945, sob a denominada “ditadura Vargas” (o “Estado Novo”). Sinal evidente do estado de exceção que se impunha à sociedade, está registrado na competência atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, da qual foram excluídos o processo e julgamento do Presidente da República (“ditador”), por crime de responsabilidade ou outro crime, previstos na Carta Política de 1934 e nas que sucederam à de 1937. A Constituição criou um fictício “Conselho Federal”, dominado pelo Presidente da República, que teria tal competência (art. 50). Esse Conselho, evidentemente, nunca teve sequer vida; e não ensaiou, assim, tomar qualquer iniciativa para se afirmar como órgão da estrutura superior dos Poderes do Estado, simplesmente porque jamais existiu de fato. Assim são os regimes de exceção!

II.1.1.5 – O Poder Judiciário Superior na Constituição da redemocratização de 1946

A Constituição de 1946, a par de redemocratizar o País, institucionalizou a remontagem da estrutura superior do Poder Judiciário brasileiro, que se acerca daquela existente quando esta Tese estava sendo finalizada (2004). No âmbito federal, foram criados, pelo Poder Constituinte Originário de 1946, o Supremo Tribunal Federal (arts. 98-102), o Tribunal Federal de Recursos (art. 103-105), o Tribunal Superior do Trabalho (art. 122), o Superior Tribunal Militar (art. 106) e o Tribunal Superior Eleitoral (art. 109). As competências das Cortes Superiores estão fixadas na Constituição, com destaque para a competência do Supremo Tribunal Federal, que recuperou poderes retirados pela “ditadura Vargas”. No plano recursal, a competência do Supremo Tribunal Federal era maiúscula em extensão e pretensão de eficiência. A ele competia processar e julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última

instância, por outros tribunais ou juízes, nos casos de julgamento contrário à Constituição, a tratado ou a lei federal, bem como no caso de negativa de vigência de lei federal, de colidência entre lei ou ato de governo local em face da Constituição ou lei federal e no caso de interpretação de lei federal diversa daquela dada por outros tribunais ou pelo Supremo Tribunal Federal (art. 101, II).

II.1.1.6 – O Poder Judiciário Superior na Constituição efêmera de 1967

A Constituição de 1967 manteve a estrutura do Poder Judiciário introduzida pela Constituição de 1946, com o acréscimo de um Conselho Nacional da Magistratura (art. 120), do qual não há registro de qualquer atividade relevante durante a vigência daquela Carta Política. Foram mantidos o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral. A competência do Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário compreendia a apreciação de decisões que: a) contrariassem dispositivo da Constituição Federal ou negassem vigência a tratado ou lei federal; b) declarassem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgassem válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; e d) dessem à lei federal interpretação divergente daquela que lhe tivesse dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Os advogados que militavam à época bem sabem que as alíneas “a” e “d”, no tocante, respectivamente, à negativa de vigência de lei federal e à divergência jurisprudencial, estiveram presentes em milhares de petições dirigidas às Cortes Estaduais, quando o julgamento, em sede recursal de Segunda Instância, tinha sido desfavorável ao recorrente.

O § 1º do art. 119, da Constituição de 1967, consagrou dispositivo inovador, ao remeter ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal a indicação das causas que seriam julgadas pelo STF, desde que contrariassem a Constituição, negassem vigência a tratado ou lei federal ou dessem à lei federal interpretação divergente daquela que tivesse sido dada por outro

tribunal ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal, apreciada a relevância da questão federal. Tal deu origem à afamada “*arguição de relevância da questão federal*”, prevista no art. 327 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF, dispositivo que, é bem de ver, não foi recebido pela Constituição de 1988, embora ainda conste da versão do Regimento utilizada atualmente pelo STF.

O art. 327 do RISTF previa que a competência para o exame da arguição de relevância da questão federal era do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (“Conselho”). Questão federal relevante era, segundo o Regimento, aquela que “*pelos reflexos na ordem jurídica e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.*” O exame da arguição de relevância possibilitava, na prática, um **terceiro** juízo de admissibilidade no acesso ao Supremo Tribunal Federal. O **primeiro** juízo de admissibilidade se dava, na instância *a quo*, através do exame da presença dos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário; o **segundo** juízo de admissibilidade se dava, já no Supremo Tribunal Federal, quando do juízo de admissibilidade de agravo de instrumento interposto contra decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo*, que houvesse indeferido o processamento do recurso extraordinário; e o **terceiro** juízo de admissibilidade ainda era possível, se tivesse sido argüida a relevância da questão federal, em capítulo destacado na petição de recurso extraordinário, como facultado pelo art. 328 do RISTF então vigente, **verbis**:

“Art. 328. A arguição de relevância da questão federal será feita em capítulo destacado na petição de recurso extraordinário, onde o recorrente indicará, para o caso de ser necessária a formação de instrumento, as peças que entenda devam integrá-lo, mencionando obrigatoriamente a sentença de primeiro grau, o acórdão recorrido, a própria petição de recurso extraordinário e o despacho resultante do exame de admissibilidade.

§ 1º Se o recurso extraordinário for admitido na origem (art. 326), a arguição de relevância será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos originais do processo.

§ 2º Se o recurso extraordinário não for admitido na origem (art. 326), e o recorrente agravar do despacho denegatório, deverá, para ter apreciada a arguição de relevância, reproduzi-la em capítulo destacado na petição de agravo, caso em que um único instrumento subirá ao Supremo Tribunal Federal, com as peças referidas no **caput** deste artigo.

§ 3º A arguição de relevância subirá em instrumento próprio, em dez dias, com as peças referidas no **caput** deste artigo e a eventual resposta da parte contrária, quando o recurso não comportar exame de admissibilidade na origem (art. 326), e também quando, inadmitindo o recurso, o recorrente não agravar do despacho denegatório.”

É bem de ver que a “arguição de relevância”, que vigorou sob o regime da Constituição de 1967, reunia condições de se igualar, quanto à sua concepção, ao sistema de eleição de causas para julgamento, realizado por Cortes Constitucionais européias ou com o sistema de seleção que decorre do “writ of certiorari” do Direito norte-americano. Em ambos os casos, há certeza, no sentido de que a maioria das causas não necessita de julgamento constitucional, já que em países como a Itália, a Áustria, a Espanha e a França, para mencionar apenas alguns, as Cortes Constitucionais julgam matéria constitucional, não se admitindo que a mente das pessoas imagine existir sempre uma instância a mais para julgamento de um processo. No caso do Poder Público brasileiro, essa “instância recursal adicional” consiste na obrigatoriedade imposta aos “procuradores do Estado” ou de “órgãos do Estado” de sempre recorrerem, ainda que mínimo tenha sido o sucumbimento, até a derradeira instância recursal, qualquer que tenha sido o fundamento do insucesso anterior.

Ainda sobre a arguição de relevância, adiante se examinará a sua reintrodução, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, travestida em “exame de transcendência” da revista, tal como admitido pela Medida Provisória nº 2.226, de 2001. Observe-se, desde logo, que a aludida medida provisória foi alvo de repúdio imediato por parte dos segmentos empresariais e corporativos que têm acesso ao TST, a ponto de ter sofrido questionamento, ainda não decidido, quanto à sua constitucionalidade, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.527, de 2001, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, em sede de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

II.1.1.7 – A Estrutura dos Tribunais Superiores brasileiros na “Constituição Cidadã” de 1988

Na Constituição de 1988, a estrutura dos Tribunais Superiores, com competência recursal, compreende o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral, este com jurisdição sobre os litígios decorrentes do direito de sufrágio, de seu exercício e das agremiações que militam na vida político-partidária. As alterações introduzidas pela Constituição de 1988, na estrutura e no funcionamento dos órgãos superiores do Poder Judiciário brasileiro, são de forma e de fundo. A estrutura foi alterada com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e criação do Superior Tribunal de Justiça. A estrutura do Supremo Tribunal Federal será examinada em primeiro lugar.

Ao Supremo Tribunal Federal a quem, nas palavras do Legislador Constituinte, caberia, precipualemente, guardar a Constituição, foi atribuído, entretanto, pela Carta de 1988, o seguinte e sumamente elástico rol de competências:

a) COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF:

a.1 - competência originária para efetuar o controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, mediante:

a.1.1 - o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 103) e da medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, “p”);

a.1.2 – o processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 103, § 4º);

a.1.3 – o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição (art. 102, § 1º).

a.2 - competência originária para processar e julgar, nas infrações penais comuns o Presidente e Vice-Presidente da República, membros do Congresso Nacional, Ministros do STF e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e autoridades equivalentes (Comandantes militares), membros de Tribunais Superiores e da Corte de Contas da União e chefes de missão diplomática permanente.

a.3 - competência originária para processar e julgar habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas em “a.2” acima; mandado de segurança e habeas data contra atos do Presidente da República, Mesas da Câmara e Senado, do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal.

a.4 - causas de variada espécie, a exemplo de litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, demais entes federados e Territórios; causas e conflitos entre União e demais entes federados ou entre estes, inclusive entidades da administração indireta; extradição; homologação de sentenças estrangeiras, concessão de exequatur a rogatórias,

a.5 - habeas corpus, sendo coator Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário com atos sujeitos à jurisdição do Supremo ou crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

a.6 – cumpre acrescentar que, além dos feitos acima, inserem-se na competência do Supremo Tribunal o julgamento da revisão criminal e ação rescisória dos julgados do STF; reclamação para preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF; execução de sentença das causas de competência originária do STF; da ação que interesse à magistratura ou com mais da metade do tribunal de origem impedidos; os conflitos de competência entre tribunais superiores ou entre estes e qualquer outro tribunal e o mandado de injunção, quando a elaboração da norma

regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso, da Câmara, do Senado, das Mesas de uma dessas Casas, do TCU, de um dos tribunais superiores ou do próprio STF.

b) COMPETÊNCIA RECURSAL DO STF:

A competência recursal do Supremo Tribunal Federal não fica a dever ao rol extenso que se acabou se expor, uma vez que, em espécies de causas, sem dúvida tal competência seria menor; contudo, a massa de processos enquadrados nas categorias que agora serão descritas, alcança a milhares. A competência recursal, assim, compreende:

b.1 – o julgamento, em recurso ordinário, do habeas corpus, do mandado de segurança, do habeas data e do mandado de injunção julgados em única instância pelos tribunais superiores, se denegatória a decisão; julgamento, em recurso ordinário, do crime político;

b.2 – o julgamento, em sede de recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância, atendidos os seguintes pressupostos recursais:

b.2.1 – a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição;

b.2.2 – a decisão recorrida declara a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

b.2.3 – a decisão recorrida julga válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

Esse rol de competências “alargado” do Supremo Tribunal Federal, seguramente, não encontra paralelo em nenhum sistema judicial coerente na modernidade, no qual se queira prestar jurisdição com eficiência e seriedade. Observe-se que a competência da Corte Suprema brasileira é tão ampla quanto inviável de ser atendida, qualquer que seja o número de juízes ou de assessores que se coloque para funcionar naquele Tribunal. A jurisdição do STF pode ser simplificada em jurisdição constitucional em controle concentrado (ADIN, ADPF, MS, HC, HD, MI), com atendimento (foro) universalizado ou privilegiado; jurisdição originária (SE, Exequatur, INQ, MS) e jurisdição recursal (RE, AGR, AgRg).

Como se não bastasse esse rol ampliado de competências ORIGINÁRIAS, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, passou também a julgar um feito por ele denominado “Petição”, que nada mais é do que o recurso dirigido àquela Corte não enquadrável em nenhuma categoria conhecida no Direito.

O resultado dessa impressionante outorga de competências somente poderia ser um quadro “fictício” de julgamentos, cujo caráter ilusório avulta na mente de qualquer ser sensato que se debruce sobre o funcionamento do Poder Judiciário em todo o Planeta. A questão será examinada adiante nesta tese.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, criado pela Constituição de 1988 para ser o órgão máximo da jurisdição ordinária, ganhou, logo de partida, maiúsculo rol de competências. A competência do STJ compreende, originariamente, o processo e julgamento de longa lista de autoridades federais e estaduais constante do art. 105, I, “a” da Constituição; os mandados de segurança e habeas data contra ato de ministros de estado e equivalentes em hierarquia (área militar) e habeas corpus com coator ou paciente autoridade, tribunal sujeito à jurisdição do STJ e ministros de estado ou equivalentes (área militar), além de conflitos de competência, revisões criminais, ações rescisórias de seus julgados, reclamações, conflitos de atribuições e mandado de injunção, bem como causas em que são partes estado estrangeiro/organismo internacional e Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; em grau de recurso, julga o STJ habeas corpus, mandados de segurança, nos casos expressamente previstos na Constituição, e, também, recurso especial para causas que contrariem tratado ou lei federal ou lhes negue vigência; julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal ou que dê à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Consigne-se, desde logo, que o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça somente não se tornou inteiramente inviável, passados apenas 16 anos

após sua criação, em virtude do sistema de julgamento e de não-julgamento da mítica prestação jurisdicional que marca o funcionamento da Corte e que está sendo objeto de atenção nesta Tese.

A competência das Cortes Superiores brasileiras dever-se-ia circunscrever à uniformização do Direito federal e ao julgamento de questões constitucionais *stricto sensu*. A competência definida na Constituição de 1988, porém, é de ordem bastante distinta.. A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Tribunais Superiores brasileiros competência originária e competência recursal e, nestas, competência como última instância ordinária; competência como última instância para questões de interpretação da constituição (tribunal constitucional do controle difuso) ou como única instância na interpretação da constituição (tribunal constitucional do controle concentrado) ou como Corte que resguarda a efetividade da interpretação que dá à lei federal ou à constituição (reclamações para a preservação da competência do tribunal superior), além de competência “concorrente”, a exemplo do que ocorreu com o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em relação à competência originária para o julgamento de habeas corpus, até a promulgação da Emenda nº 22, de 1999.

Já no que tange ao Tribunal Superior do Trabalho - TST, este, na vigência da Constituição de 1988, encontra-se no ápice da pirâmide dos órgãos da Justiça do Trabalho, a quem, a teor do art. 114 da Constituição, compete conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Após a mudança profunda por que passou o Tribunal Superior do Trabalho, por força da Emenda Constitucional nº 24, de 1999, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho, o TST, agora com dezessete membros, todos togados, buscando uniformizar a jurisprudência trabalhista no País, julga recursos de

revista, recursos ordinários e agravos de instrumento contra as decisões de Tribunais Regionais do Trabalho e dissídios coletivos de categorias organizadas em nível nacional, bem assim mandados de segurança, embargos opostos a suas decisões e ações rescisórias de seus julgados.

O Superior Tribunal Militar, com a composição de quinze ministros, sendo dez oficiais-generais - três da Marinha, três da Aeronáutica e quatro do Exército – e cinco civis, tem a competência, estabelecida pela Constituição de 1988 (art. 124), de processar e julgar os crimes militares definidos em lei, em sede de instância recursal. A Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, especifica a competência do STM. Ela abrange o processo e julgamento, originariamente, dos oficiais-generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei; dos pedidos de habeas corpus e habeas data, dos mandados de segurança contra seus atos, ou contra atos do presidente do tribunal e de outras autoridades da Justiça Militar, a revisão de processos findos na Justiça Militar, a reclamação e procedimentos administrativos para perda de cargo e disponibilidade. Em grau de recurso, o STM julga apelações e recursos de decisões dos Juízes de Feitos dos Conselhos de Justificação, agravos regimentais (agravo interno), recursos contra despachos do relator, incidentes processuais, apelações e recursos de decisões. Além desse extenso rol, o STM decreta prisão preventiva, a revoga ou a restabelece, determina medidas assecuratórias previstas na lei processual penal militar, bem como concede ou revoga liberdade provisória, dentre outras atribuições.

Por fim, nesta breve exposição, deve ser mencionado que a Constituição de 1988 manteve o Tribunal Superior Eleitoral como um dos órgãos integrantes da estrutura superior do Judiciário brasileiro, com competência recursal relativa a decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais em matéria eleitoral e partidária. Passa-se, agora, à análise do funcionamento das Cortes Superiores de Justiça do Brasil, com exceção do Tribunal Superior Eleitoral, em razão da necessidade de limitar, até mesmo fisicamente, a extensão deste trabalho.

CAPÍTULO 2 – O FUNCIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS: CONSIDERAÇÕES ATUAIS E PROSPECTIVAS

II.2.1 – O Supremo Tribunal Federal

Como se viu acima, a competência das Cortes Superiores brasileiras é de natureza bem diversa, conquanto, em uma Federação, essa competência dever-se-ia circunscrever à uniformização do direito ordinário federal e ao julgamento de questões constitucionais *stricto sensu*, agindo o Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação. A competência definida para os Tribunais Superiores na Constituição brasileira de 1988 é, porém, de outra ordem. Aos tribunais superiores brasileiros foi atribuída competência originária; competência recursal nos feitos da competência originária; competência recursal e, praticamente, única, para quaisquer crimes militares e para matéria eleitoral; competência como última instância ordinária nacional; competência como última instância em matéria constitucional no controle difuso de constitucionalidade (REs+Senado); competência como única instância na interpretação da constituição no controle concentrado de constitucionalidade (ADIns) ou como Corte que resguarda a efetividade de normas constitucionais (ADCOs e ADPF).³⁰⁶

O caso do Supremo Tribunal Federal merece atenção detida. Examine-se a tabela abaixo, que registra os processos distribuídos e julgados no Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos catorze anos.

³⁰⁶ RE=Recursos Extraordinários; ADIn ou ADI=Ação Direta de Inconstitucionalidade; AdeCon=Ação Declaratória de Constitucionalidade; ADPF=Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Tabela 1
Supremo Tribunal Federal
Processos Registrados, Distribuídos e Julgados por Classe Processual -
1990-2004 continua

CLASSE PROCESSUAL	1990			1991			1992			1993		
	REGIST.	DIST.	JULG.									
AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA	-	23	14	-	26	13	-	3	8	2	11	9
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTIT.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	1
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCION.	-	267	85	-	232	72	3	166	99	22	159	124
AÇÃO ORIGINÁRIA	-	26	5	-	78	22	4	31	20	2	41	40
AÇÃO ORIGINÁRIA ESPECIAL	-	2	1	-	1	1	-	1	2	1	2	2
AÇÃO PENAL	-	2	-	-	-	-	-	1	3	-	7	8
AÇÃO RESCISÓRIA	-	11	8	-	8	20	1	8	15	3	3	18
AGRAVO DE INSTRUMENTO	-	2.465	2.627	-	5.380	3.477	-	7.838	4.258	-	9.345	7.979
APELAÇÃO CIVIL	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA	2	1.440	1.873	-	13	342	-	1	113	-	-	68
ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
CARTA ROGATÓRIA	136	-	119	336	-	257	304	-	262	271	1	257
COMUNICAÇÃO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1
CONFLITO DE COMPETÊNCIA	-	15	6	-	24	17	-	6	14	-	10	4
EXCEÇÃO DA VERDADE	-	1	-	-	3	-	-	-	-	-	-	2
EXTRADIÇÃO	-	26	24	-	14	17	-	21	14	-	35	29
HABEAS CORPUS	-	630	528	1	678	658	22	817	761	27	955	845
HABEAS DATA	-	2	1	-	3	3	-	1	-	-	1	1
INQUÉRITO	-	52	19	-	107	16	1	90	41	-	98	77
INTERVENÇÃO FEDERAL	4	-	-	11	-	6	6	-	7	5	-	2
MANDADO DE INJUNÇÃO	-	93	120	-	91	83	-	32	53	1	33	41
MANDADO DE SEGURANÇA	-	202	183	1	145	112	20	109	164	23	177	168
OPOSIÇÃO EM AÇÃO CIVIL ORIG.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
PEDIDO DE AVOCACÃO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
PETIÇÃO	-	53	25	2	83	52	17	117	106	17	150	104
PETIÇÃO AVULSA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
PRISÃO PREV. PARA EXTRADIÇÃO	-	22	2	-	28	2	2	32	10	4	42	12
QUEIXA-CRIME	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RECLAMAÇÃO	1	20	13	1	30	22	4	44	37	11	36	42
RECURSO EXTRAORDINÁRIO	-	10.730	10.680	1	10.518	8.836	-	16.874	11.990	-	12.281	11.567
RECURSO ORDINÁRIO CRIMINAL	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
REC. ORD. EM HABEAS CORPUS	-	17	10	-	19	23	-	18	16	1	23	19
REC. ORD. EM HABEAS DATA	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
REC. ORD. EM MAND. DE SEGUR.	-	22	6	-	30	17	-	68	34	-	56	28
REPRESENTAÇÃO	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	1
REVISÃO CRIMINAL	-	45	15	-	42	31	-	40	27	-	39	24
SENTENÇA ESTRANGEIRA	86	2	62	146	-	98	140	-	104	180	-	167
SENT. ESTRANGEIRA CONTESTADA	1	7	-	-	13	3	1	7	13	-	17	8
SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	21	-	24	167	-	163	69	-	64	66	-	87
TOTAL DE PROCESSOS	251	16.226	16.449	666	17.567	14.366	594	26.325	18.236	637	23.525	21.737

Tabela 1
Supremo Tribunal Federal
Processos Registrados, Distribuídos e Julgados por Classe Processual -
1990-2004 continua

CLASSE PROCESSUAL	1994			1995			1996			1997		
	REGIST.	DIST.	JULG.	REGIST.	DIST.	JULG.	REGIST.	DIST.	JULG.	REGIST.	DIST.	JULG.
AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA	4	16	10	-	15	12	3	18	8	2	6	6
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTIT.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	2
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCION.	28	196	94	41	297	128	15	158	135	21	203	143
AÇÃO ORIGINÁRIA	-	45	21	4	88	54	3	119	65	3	25	34
AÇÃO ORIGINÁRIA ESPECIAL	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	2	-
AÇÃO PENAL	-	2	11	-	4	2	-	3	2	-	-	4
AÇÃO RESCISÓRIA	3	3	6	4	9	9	3	5	11	4	18	13
AGRAVO DE INSTRUMENTO	-	8.699	9.419	-	11.800	18.216	3	12.303	17.830	1	16.869	20.507
APELAÇÃO CIVEL	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA	-	1	1	-	-	11	-	-	2	-	-	4
ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO	1	-	1	-	-	-	-	-	-	1	-	1
CARTA ROGATÓRIA	360	-	319	376	-	274	346	-	443	463	-	399
COMUNICAÇÃO	-	16	6	-	-	2	-	-	-	-	1	-
CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
CONFLITO DE COMPETÊNCIA	-	9	9	-	19	11	1	14	10	-	9	7
EXCEÇÃO DA VERDADE	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-
EXTRADIÇÃO	6	40	38	1	31	42	1	21	42	-	24	30
HABEAS CORPUS	76	1.116	1.026	43	1.271	1.208	106	1.340	1.470	98	1.588	1.438
HABEAS DATA	-	2	2	-	3	2	1	2	3	1	2	1
INQUÉRITO	2	120	59	3	202	66	-	119	69	-	79	61
INTERVENÇÃO FEDERAL	2	-	1	23	-	1	393	-	7	93	-	4
MANDADO DE INJUNÇÃO	1	28	61	2	49	32	5	22	44	1	22	45
MANDADO DE SEGURANÇA	46	206	214	38	132	151	46	219	192	67	205	218
OPOSIÇÃO EM AÇÃO CÍVEL ORIG.	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-
PEDIDO DE AVOCADO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
PETIÇÃO	16	129	99	36	93	78	38	118	121	46	146	153
PETIÇÃO AVULSA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	14	-	5
PRISÃO PREV. PARA EXTRADIÇÃO	3	22	17	4	37	20	3	28	30	6	22	24
QUEBRA-CRIME	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RECLAMAÇÃO	17	45	59	14	49	44	18	49	33	18	62	64
RECURSO EXTRAORDINÁRIO	-	14.984	16.344	-	11.195	13.335	-	9.265	9.937	-	14.841	16.219
RECURSO ORDINÁRIO CRIMINAL	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-
REC. ORD. EM HABEAS CORPUS	-	30	29	-	25	32	-	21	14	-	17	17
REC. ORD. EM HABEAS DATA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
REC. ORD. EM MAND. DE SEGUR.	-	77	62	-	113	82	-	38	89	-	90	56
REPRESENTAÇÃO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
REVISÃO CRIMINAL	-	69	41	-	28	18	-	14	13	-	46	35
SENTENÇA ESTRANGERA	145	-	129	171	-	45	241	-	200	242	-	267
SENT. ESTRANGERA CONTESTADA	-	13	7	-	10	9	-	6	21	-	9	8
SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	121	-	133	240	-	81	194	-	47	85	-	116
TOTAL DE PROCESSOS	831	25.868	28.221	1.000	25.385	34.125	1.420	23.883	30.829	1.112	34.289	39.944

Tabela 1
Supremo Tribunal Federal
Processos Registrados, Distribuídos e Julgados por Classe Processual -
1990-2004 continua

CLASSE PROCESSUAL	1998			1999			2000			2001		
	REGIST.	DIST.	JULG.									
AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA	2	28	17	4	35	21	-	20	21	1	25	22
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTIT.	-	2	1	-	2	2	-	-	-	-	1	1
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCION.	27	182	151	28	185	117	37	257	96	23	209	251
AÇÃO ORIGINÁRIA	-	34	25	8	105	40	7	132	82	8	110	103
AÇÃO ORIGINÁRIA ESPECIAL	-	2	3	-	-	-	-	-	-	-	-	-
AÇÃO PENAL	-	-	-	-	-	7	-	-	-	-	-	-
AÇÃO RESCISÓRIA	8	68	26	29	73	62	7	79	48	8	79	62
AGRAVO DE INSTRUMENTO	-	26.168	28.293	2	29.677	32.358	-	59.236	53.491	2	52.465	62.129
ARG. DESCUMPRIMENTO FUND.	-	-	-	-	-	-	1	80	3	1	14	9
ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO	-	-	-	1	-	1	3	-	3	1	-	2
CARTA ROGATÓRIA	467	-	539	469	-	539	525	-	488	538	-	351
COMUNICAÇÃO	-	-	-	-	1	-	1	-	1	-	-	2
CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
CONFLITO DE COMPETÊNCIA	-	15	5	1	10	2	1	15	12	-	10	13
EXCEÇÃO DA VERDADE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
EXTRADIÇÃO	-	24	48	5	31	40	1	38	62	3	28	67
HABEAS CORPUS	176	2.169	2.248	116	1.080	1.268	145	688	636	122	856	794
HABEAS DATA	-	5	5	-	1	1	-	-	-	-	4	3
INQUÉRITO	1	67	34	1	156	104	4	183	92	3	93	131
INTERVENÇÃO FEDERAL	128	-	47	1.292	-	513	673	-	585	548	-	233
MANDADO DE INJUNÇÃO	2	27	17	7	21	18	2	17	16	-	27	35
MANDADO DE SEGURANÇA	52	287	248	48	185	202	42	179	223	79	252	300
OPOSIÇÃO E MAÇÃO CÍVEL ORIG.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
PETIÇÃO	70	162	173	85	183	183	123	245	235	123	267	349
PRISÃO PREV. PARA EXTRADIÇÃO	4	41	32	10	27	22	6	29	42	4	24	25
QUEIXA-CRIME	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RECLAMAÇÃO	48	275	128	78	200	110	147	522	415	61	228	298
RECURSO EXTRAORDINÁRIO	2	20.595	18.205	-	22.230	19.730	-	29.196	28.612	577	34.728	43.723
RECURSO ORDINÁRIO CRIMINAL	-	-	-	-	-	1	-	-	2	-	1	-
REC. ORDI. EM HABEAS CORPUS	-	34	36	-	45	44	-	76	78	2	74	70
REC. ORDI. EM HABEAS DATA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
REC. ORDI. EM MAND. DE SEGUR.	-	79	66	-	93	85	-	59	77	-	43	77
REVISÃO CRIMINAL	-	60	60	-	35	27	-	16	19	-	13	9
SENTENÇA ESTRANGEIRA	267	-	246	252	1	377	413	-	462	462	-	382
SENT. ESTRANGEIRA CONTESTADA	-	18	23	-	10	12	-	6	11	-	23	15
SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	74	-	41	365	-	364	223	-	311	201	-	255
TOTAL DE PROCESSOS	1.328	50.273	51.307	2.903	54.437	56.307	2.361	90.839	86.138	2.762	89.574	109.692

Tabela 1
Supremo Tribunal Federal
Processos Registrados, Distribuídos e Julgados por Classe Processual -
1990-2004 continua

CLASSE PROCESSUAL	2002			2003			2004*			2005		
	REGIST.	DIST.	JULG.	REGIST.	DIST.	JULG.	REGIST.	DIST.	JULG.	REGIST.	DIST.	JULG.
AÇÃO CAUTELAR	-	3	1	1	145	157	2	238	190	-	-	-
AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA	-	34	31	-	44	54	-	33	22	-	-	-
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTIT.	-	-	-	-	-	-	-	1	2	-	-	-
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCION.	-	204	259	-	306	405	-	189	202	-	-	-
AÇÃO ORIGINÁRIA	-	76	123	-	83	142	-	39	70	-	-	-
AÇÃO ORIGINÁRIA ESPECIAL	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-
AÇÃO PENAL	-	13	4	-	30	21	-	13	21	-	-	-
AÇÃO RESCISÓRIA	-	85	94	-	50	93	-	22	32	-	-	-
AGRAVO DE INSTRUMENTO	-	50.218	45.769	-	62.519	55.937	1	24.926	33.559	-	-	-
ARG. DESCUMP. PRECEITO FUND.	-	12	14	-	10	8	-	9	8	-	-	-
ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO	9	-	-	4	-	-	6	-	-	4	-	-
CARTA ROGATÓRIA	463	-	5	742	-	851	283	-	558	-	-	-
COMUNICAÇÃO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
CONFLITO DE COMPETÊNCIA	-	21	39	-	22	17	-	11	12	-	-	-
EXCEÇÃO DA VERDADE	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
EXTRADIÇÃO	-	30	58	-	46	88	-	28	45	-	-	-
HABEAS CORPUS	1	939	850	1	1.024	980	-	720	647	-	-	-
HABEAS DATA	-	2	2	-	2	1	-	5	5	-	-	-
INQUÉRITO	-	84	158	1	206	246	-	67	78	-	-	-
INTERVENÇÃO FEDERAL	987	-	-	394	-	3.635	48	-	657	-	-	-
MANDADO DE INJUNÇÃO	-	20	41	-	14	23	-	13	11	-	-	-
MANDADO DE SEGURANÇA	-	182	310	-	246	326	-	216	283	-	-	-
OPOSIÇÃO EM AÇÃO CÍVEL ORIG.	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
PETIÇÃO	30	249	327	3	222	315	2	110	108	-	-	-
PRISÃO PREV. PARA EXTRADIÇÃO	-	17	11	-	26	36	-	10	18	-	-	-
QUEIXA-CRIME	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
RECLAMAÇÃO	32	202	415	11	275	400	6	216	251	-	-	-
RECURSO EXTRAORDINÁRIO	-	34.719	34.396	-	44.478	43.054	-	17.337	20.621	-	-	-
RECURSO CRIME	-	-	1	-	-	1	-	-	-	-	-	-
REC. ORDI. EM HABEAS CORPUS	-	108	86	-	106	98	-	59	48	-	-	-
REC. ORDI. EM HABEAS DATA	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
REC. ORDI. EM MAND. DE SEGUR.	-	69	75	-	67	68	-	30	31	-	-	-
REPRESENTAÇÃO	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
REVISÃO CRIMINAL	-	7	7	-	18	16	-	2	2	-	-	-
SENTENÇA ESTRANGEIRA	550	-	-	647	1	577	430	-	334	-	-	-
SENT. ESTRANGEIRA CONTESTADA	-	19	16	-	25	9	-	9	20	-	-	-
SUSPENSÃO DE SEGURANÇA	85	-	3	109	-	250	143	-	183	-	-	-
SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIP.	1	-	-	12	-	12	7	-	13	-	-	-
SUSPENSÃO LIMINAR	2	-	-	26	-	40	12	-	24	-	-	-
EXCEÇÃO DE LITISPENDÊNCIA	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-
EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-
TOTAL DE PROCESSOS	2.160	87.313	83.097	1.951	109.965	107.867	934	44.305	58.059	-	-	-

Fonte: Secretaria de Informática do STF. Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. Os totais não incluem os processos cuja desistência foi homologada antes da autuação. O total de julgamentos abrange distribuições anteriores

* Dados até 08.2004

As informações reunidas no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário são dignas de realce. Dados relativos aos processos distribuídos e julgados no Supremo Tribunal Federal causam pasmo absoluto. Em pouco mais de catorze anos - de 1990 a meados de 2004 -, o STF julgou nada menos que 756.374

(setecentos e cinqüenta e seis mil trezentos e setenta e quatro) processos, colocando-se, certamente, como a Corte Suprema de maior produção aparente em todo o mundo.

Em cálculo já feito por muitos, basta que se considere uma distribuição de processos que, com raras exceções, não inclui o Presidente da Corte, para se concluir que, cada um dos dez ministros restantes do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nesse inédito período de produção avassaladora, teve sob sua relatoria, a média de 75.637 processos.

Digno de nota é o resultado, quando se toma um ano qualquer do período. Tomando-se, a título de exemplo, o ano de 2004, sequer concluído, quando esta Tese era finalizada, e as principais classes de processos que ocorrem ao Supremo Tribunal Federal do Brasil, os resultados ganham assombro. Confirmam-se os dados da tabela abaixo.

TABELA 2
Supremo Tribunal Federal – Principais Classes de Processos Julgados - 1990-2004

Ano	PROCESSOS – TOTAL		PRINCIPAIS CLASSES DE PROCESSOS JULGADOS					
	Distribuídos	Julgados	AGRAVO	R.EXTR.	H.CORP.	M.SEG.	ADIn.	ADCon
1990	16226	16449	2627	10680	528	183	85	0
1991	17567	14366	3477	8836	658	112	72	0
1992	26325	18236	4258	11990	761	164	99	0
1993	23525	21737	7979	11567	845	168	124	1
1994	25868	28221	9419	16344	1026	214	94	0
1995	25385	17567	18216	13395	1308	151	128	0
1996	23883	30829	17830	9937	1470	182	135	0
1997	34289	39944	20507	16219	1438	218	143	2
1998	50273	51307	28893	18205	2240	240	151	1
1999	54437	56307	32358	19730	1268	202	117	2
2000	90839	86138	53401	28812	636	223	96	0
2001	89574	109692	62129	43723	794	300	251	1
2002	87313	83097	45769	34396	850	310	259	0
2003	109965	107867	55937	43054	980	326	405	0
2004*	44305	58059	33559	20621	647	283	202	2
TOTAL	719774	739816	396359	307509	15449	3276	2361	9

Fonte: Dados primários coletados no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário

R.Extr.=Recurso Extraordinário; H.Corp.=Habeas Corpus; M.Seg.=Mandado de Segurança;

ADIn=Ação Direta de Inconstitucionalidade; ADCon=Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF=Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

*2004=até 15 de agosto

Utilizando-se do mesmo raciocínio acima e consultando a nova tabela, cada um dos dez ministros do STF teve sob sua relatoria, em média, no ano de 2004, até o dia 15 de agosto, cerca de 3.355 Agravos de Instrumento, 2.062 Recursos Extraordinários, 64 Habeas Corpus, 28 Mandados de Segurança, 20 Ações Diretas de Inconstitucionalidade e, pelo menos 1 Ação Declaratória de Constitucionalidade ou 1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Isto para não mencionar os despachos regulares em processos da relatoria do Ministro e alguns processos mais, da extensa lista constante da Tabela 1 acima.

O resultado a que se chega é o de que, nos primeiros meses de 2004, cada ministro teria tido que decidir pelo menos 5.805 processos.

Se os principais processos julgados pelo STF, reunidos na Tabela 2 acima, fossem decididos em sessão das duas únicas turmas existentes no Supremo Tribunal Federal, que se reúnem, via de regra, uma vez por semana, teria ocorrido o julgamento de cerca de 1.209 processos em cada sessão.

Isto, como bem sabem todos os que militam nas lindes do Direito, é totalmente impossível! E somente será possível se prevalecer o mito de que há um excesso de causas (=questões, lides) em tramitação nos tribunais superiores brasileiros. Não há excesso de “causas” nessas Cortes! Há, sim, um excessivo número de “processos”, i.e., uma sucessão de recursos com a mesma questão de fundo a ser decidida, ou, o que é pior, uma sucessão de recursos sem questão nenhuma para ser decidida, eis que são meramente protelatórios. Será essa a conclusão a que chegará qualquer um que examine os dados efetivos relativos ao funcionamento dos tribunais superiores brasileiros.

Em uma aproximação preliminar, tome-se aleatoriamente o exemplo – que não é isolado e certamente não é o mais grave – de um processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Distribuído em 4 de fevereiro de 2002, em agosto de 2004 ainda se encontra no STF, por força de iniciativas sucessivas, impunidas, de uma das partes. Trata-se, pasmem, dos **“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA QUESTÃO DE ORDEM NO AGRAVO DE INSTRUMENTO NR. 379392 (Mérito)”**. O nome da ação consta da página na Internet do Supremo Tribunal Federal, que também registra que o feito foi apresentado em mesa para julgamento em 18/06/2004; acha-se, agora, com vista ao Ministro Carlos Velloso, tem como partes um particular, na qualidade de embargante, e, na qualidade de embargado, o Ministério Público do Estado de São Paulo, e se refere à seguinte matéria: “Processo Penal. Prova. Pericial. Novo Julgamento. Cerceamento de Defesa”. A saga do processo é digna de registro: Chegado ao Supremo um agravo de instrumento, a este foi negado seguimento, por

despacho do relator (2002); interposto o agravo regimental (agravo interno), este foi julgado, após vista obrigatória à Procuradoria da República; o feito foi reatuado como agravo de instrumento, levando-se a julgamento questão de ordem, decidida pela turma, com a decretação da extinção da punibilidade quanto à pena de multa, mas não quanto à pena de inabilitação para o exercício de função pública (2002). Opostos embargos de declaração pelo agravante, os embargos foram julgados após nova vista ao Ministério Público, rejeitando-se os embargos de declaração na questão de ordem no agravo de instrumento; interpostos embargos de divergência (2003), estes foram inadmitidos por despacho, cujo teor é emblemático. Confira-se abaixo esse teor:

Classe / Origem

AI 379392 QO-ED / SP

EMB.DECL.NA QUEST.ORDEM NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO DJ DATA-21/03/2003 P - 00100 Julgamento 05/03/2003

Despacho

DECISÃO: A Primeira Turma desta Corte proferiu a seguinte decisão na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento: "EMENTA: PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA PENA IN CONCRETO. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO MUNICIPAL AO QUAL FORAM COMINADAS AS PENAS DE MULTA E DE INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do réu em relação à pena de multa aplicada, que se tornou definitiva ante a inexistência de recurso da acusação. Hipótese, entretanto, em que o processo deve prosseguir em face da pena restritiva de direito cominada que, por possuir natureza independente e autônoma em relação à pena de multa, prescreve a seu tempo, não sendo alcançada pela prescrição desta. Questão de ordem que se resolve na forma acima explicitada" (fl. 262). 2. Contra esse acórdão foram interpostos os presentes embargos de divergência, nos quais o recorrente comprova a dissensão de julgados com os paradigmas MS 21689, Pleno, Velloso; PET(QO) 1365, Pleno, Néri da Silveira; HC 76605, Pertence, Primeira Turma; HC 64221, Oscar Corrêa, Primeira Turma; HC 80026, Moreira Alves, Primeira Turma; Órgãos desta Corte cuja composição majoritária atualmente se encontra alterada e, por isso, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, servem à sua pretensão (ERE 79752, Moreira Alves, RTJ 88/166). 3. Observo, entretanto, que o acórdão impugnado tem como fundamento orientação firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o reconhecimento da prescrição da pena de multa não alcança a pena restritiva de direito para o exercício de cargo ou função pública pois detém natureza independente e autônoma. Conclui-se, por isso, que os embargos não preenchem os pressupostos necessários ao seu conhecimento, a teor do disposto no artigo 332 do Regimento Interno desta Corte. Ante o exposto, com base no artigo 21, § 1º, c.c. artigo 335 do RISTF, não admito os embargos de divergência. Intime-se. Brasília, 05 de março de 2003. Ministro MAURÍCIO CORRÊA Relator

A leitura da decisão supra conduz ao impressionante resultado de que, o fato da mudança da composição de turmas que julgaram determinada matéria,

no Supremo Tribunal Federal, não autoriza a conclusão de que uma divergência de entendimento, antes existente, irá prevalecer, com a nova composição, ainda que a matéria em tela nada mais seja do que uma questiúncula “procedimental”, que jamais deveria ter sido levada ao exame de uma Corte Suprema. Diante de tamanha hesitação da Corte Suprema, novo agravo regimental foi interposto, tendo sido julgado, em 2003, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. Ao julgado foram opostos, uma vez mais, embargos de declaração, com efeitos infringentes (pedido de modificação da decisão - 2003). Em 12 de março de 2004, os embargos de declaração foram apresentados em mesa para julgamento. Em 13 de maio de 2004 iniciou-se o julgamento dos embargos de declaração, ocasião em que, após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que provia os embargos, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Velloso. Em 18 de junho de 2004 renovou-se o pedido de vista do Ministro Carlos Velloso. Os embargos de declaração não haviam ainda sido julgados, quando esta Tese foi finalizada. Os dados ora apresentados estão ao alcance de qualquer pessoa, bastando digitar o número do processo ou o nome das partes, na página do Supremo Tribunal Federal na rede Internet (www.stf.gov.br).

A conclusão imediata que emerge desse imbróglio irresolvido é a de que conviria consultar a sociedade, para saber se é esta a Corte Suprema que ela deseja pagar tributos para manter funcionando no País.

A esse respeito, observe-se, mais, que as duas classes principais de processos que incham as estatísticas do Supremo Tribunal Federal são o **Agravo de Instrumento** e o **Recurso Extraordinário**. Em catorze anos de funcionamento do STF, no período que está sendo examinado nesta tese, as duas classes aludidas de processos (RE e AGI) representaram nada menos que **95,14%** do total de processos decididos pela Suprema Corte brasileira, como se pode constatar na Tabela 2 acima.

Ocorre, porém, que as informações contidas no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário não discriminam a que tipo de “Agravo de Instrumento” se

referem esses números (total de **396.359 processos julgados**, de 1990 a Agosto de 2004). A discriminação permitiria tomar separadamente dois tipos de agravo: **a) Agravo de Instrumento**, decidido, em regra, por um Ministro-Relator, no Supremo Tribunal Federal e interposto pela parte irressignada com a decisão do Presidente ou Vice-Presidente de Tribunal “anterior” ao Supremo, que não admite o recurso extraordinário interposto pela parte e dirigido ao Supremo Tribunal Federal; **b) Agravo Regimental ou “Interno”**, decidido, em regra, por uma das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal e interposto pela parte irressignada com a decisão do Relator, no Supremo Tribunal Federal, que mantém a decisão de Tribunal “anterior” ao Supremo, de negar acesso de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

De qualquer sorte, depreende-se das estatísticas do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário que, por 396.359 vezes, em catorze anos, o Supremo Tribunal Federal não foi chamado a decidir, necessariamente, alguma matéria constitucional, quer em controle difuso, quer em controle concentrado de constitucionalidade, mas, tão-somente, teve aquela Excelsa Corte que decidir se determinado processo deveria ou não ter acesso à Corte Suprema, para julgamento.

Despachos que negam seguimento a Agravo de Instrumento, em sede de controle difuso (subida de RE) requerem, previamente, a atuação de um conjunto elevado de servidores, para efetuarem a autuação, distribuição, juntada de petições, atendimento a advogados, publicações e, até mesmo, a intervenção, do Ministério Público. O despacho que resulta dessa massa de recursos e de servidores tem teor singelo, de reduzidíssima complexidade. Leiam-se os dois exemplos abaixo, colhidos na já aludida página do Supremo Tribunal Federal na rede Internet e, reitere-se, de acesso público e amplo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Nr 465597 – Relator: Min. Nelson Jobim – Agte: Dilson Freitas Silveira – Adv.: Celio Cesar do Couto – Agdo: Valdivino Matias Gomes – Adv.: Nadia Gloria Perantoni Moreira de Moura. D E C I S Ã O: Decisão que nega provimento a agravo interposto contra o trancamento de revista, porque ausentes os pressupostos processuais. Questão infraconstitucional cujo exame é inviável em RE (AGRAG 357.109,

DJ 14.06.2002). Mantenho a decisão agravada por seus fundamentos. Nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 17 de setembro de 2003. Ministro NELSON JOBIM Relator”

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Nr. 379392-SP – RELATOR: Min. Ilmar Galvão – Agte: Luiz Carlos Serrato – Advdos: Fernando José Polito Silva – Agdo: Ministério Público Estadual. DESPACHO: Vistos, etc. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de recurso extraordinário criminal. Constatase que a decisão agravada foi publicada em 23.04.2001, tendo a petição do presente agravo sido protocolizada somente em 02.05.2001, portanto extemporaneamente. E que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sessão plenária, acerca da subsistência do art. 28 da Lei n. 8.038/90 em matéria penal, restringindo-se a Lei n. 8.950/94, que ampliou o prazo de interposição do agravo para dez dias, ao âmbito normativo do processo civil (AgCr 197.032-1/RS, Rel. Min. Sepulveda Pertence, DJ de 05.12.97). Assim, frente ao art. 557 do CPC e ao .§1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 06 de fevereiro de 2002. Ministro ILMAR GALVÃO Relator.”

Países ciosos do alto custo do funcionamento dessa “máquina” de julgar optam por um sistema discricionário de escolha dos processos que terão acesso à Suprema Corte, como é o caso dos Estados Unidos da América, cujo “*writ of certiorari*” é acolhido, apenas, cerca de 150 a 200 vezes por ano, pela Corte Suprema, para julgamento de questões consideradas da mais absoluta transcendência para a vida da Nação.³⁰⁷

Impressiona verificar que as Cortes Constitucionais exclusivas também não se sentem, em nenhum momento, “tentadas” a estender sua jurisdição para casos fora do estrito âmbito da interpretação direta da constituição. Verifique-se, assim, que na Alemanha, o recurso constitucional ocupa cerca de 90% dos casos levados a julgamento; na Itália, cerca de 83% das questões julgadas são puramente constitucionais; na Espanha o recurso de amparo representa cerca de 87% dos casos julgados pelo tribunal constitucional, enquanto que na Áustria a constitucionalidade de atos administrativos ocupa 80% dos julgamentos da mesma corte constitucional.³⁰⁸ Demais disso, no entendimento de Louis Favoreu, a tendência moderna identificada nas Cortes

³⁰⁷ “Plenary review, with oral arguments by attorneys, is granted in about 100 cases per Term. Formal written opinions are delivered in 80-90 cases. Aproximately 50-60 additional cases are disposed of without granting plenary review.”(Tradução livre: “Os julgamentos do Plenário da Suprema Corte dos EUA, com sustentação oral por advogados, ocorre em cerca de 100 processos, de Outubro de um ano a Junho do ano seguinte. Há 80-90 julgamentos adicionais, com votos escritos formais e cerca de 50-60 outros processos são julgados por ano, sem a necessidade de passarem pelo Plenário.”. A informação encontra-se no site da Suprema Corte dos EUA, em <<http://www.supremecourtus.gov/about/justicecaseload.pdf>>.

Constitucionais é claramente a de “filtragem” de recursos, através de juízes ou de funcionários especializados, o que resulta em que a maioria das causas não é julgada pelas Cortes, nos moldes que se esperaria do julgamento de um recurso constitucional.³⁰⁹

Recursos individuais, assim, têm de perder lugar, na modernidade, para as grandes questões nacionais. É preciso definir o que são “*grandes questões nacionais*”, havendo, para tanto, um procedimento exemplar no direito norte-americano. Apesar de discricionária a decisão da Suprema Corte americana, no tocante aos processos que serão julgados a cada ano, essa decisão tem sido claramente marcada, nos últimos tempos, pela exigência de atendimento aos requisitos da atualidade da questão, das repercussões que a ausência do julgamento da Suprema Corte traria para a sociedade, bem assim do caráter controvertido da matéria.³¹⁰

Há, outrossim, a questão do custo da “liberdade recursal” *vis-à-vis* algum possível ganho, em termos de direitos acrescidos para os cidadãos ou da garantia de direitos já previstos na ordem constitucional vigente. Confirmam-se os dados abaixo, relativos à despesa anual com os órgãos do Poder Judiciário da União, no Brasil, para o período de 1995 a 2002.

³⁰⁸ Cf. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 37.

³⁰⁹ FAVOREU, Louis. *Ibid.* p. 38.

³¹⁰ Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p.70.

Tabela 3
 Brasil: Poder Judiciário: Despesa por Órgão - 1995-2002 -
 Valores correntes em R\$ mil

Órgão	Realizado							Lei
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
PODER JUDICIÁRIO								
Justiça do Distrito Federal e dos Territórios	173.928	178.208	229.118	293.225	338.341	425.903	345.646	453.722
Justiça do Trabalho	1.894.722	2.097.362	2.798.787	3.422.139	3.559.064	4.260.312	4.403.349	4.344.459
Justiça Eleitoral	474.180	824.593	908.249	1.220.615	1.117.267	1.408.889	1.294.417	1.600.540
Justiça Federal	904.289	994.593	1.743.665	1.807.261	2.005.564	2.685.048	2.742.844	2.765.958
Justiça Militar	60.953	63.414	84.286	99.373	94.087	119.177	103.809	119.365
Superior Tribunal de Justiça	123.268	148.721	195.257	235.370	251.054	287.619	274.661	331.993
Supremo Tribunal Federal	59.526	93.223	68.735	91.643	104.782	127.912	146.448	160.009
Subtotal	3.690.867	4.400.113	6.028.097	7.169.627	7.470.159	9.314.860	9.311.173	9.776.046
Total da Despesa	242.957.968	289.226.634	391.067.241	495.791.462	588.535.657	616.382.516	558.267.695	631.890.815

Fonte: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

Observe-se que os cerca de R\$160 milhões gastos pelo STF em 2002, o foram para uma contrapartida de cerca de 80.000 processos decididos, o que equivale a um custo médio, *grosso modo*, de cerca de R\$2.000,00 por processo decidido. Esse valor é inteiramente inaceitável, mormente quando se considera que a grande maioria desses processos sequer chegou a ser julgado, de fato, pelo Tribunal, tendo recebido simples despachos no sentido da negativa de seguimento de agravo de instrumento, como exemplificado acima.

A objeção imediata que se pode fazer, lícitamente, a esse raciocínio, é a de que, ao negar seguimento a agravos por despacho, o Relator, no Supremo Tribunal Federal, nada mais faz do que observar o que lhe é facultado pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que “*institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*”.

A questão, porém, permanece, no sentido de indagar, inicialmente, se a sociedade sabe a respeito da mitificação que se instalou a respeito das

supostas centenas de milhares de processos que o Supremo Tribunal Federal teria juizado nos últimos anos. Em segundo lugar, e em consequência, cabe saber se essa é a Corte Suprema de Justiça que a sociedade quer manter.

Os problemas dos mais de trezentos mil agravos não param aí, uma vez que, decidido o agravo por despacho, denegando-se o seguimento, o recurso cabível, nos termos da própria Lei nº 8.038/90, é o Agravo Regimental, hoje chamado “Agravo Interno” (Lei nº 8.038/90, art. 39). São conhecidos dados recentes a respeito do percentual de Agravos Regimentais providos no Supremo Tribunal Federal. Esse percentual, como se pode verificar na Tabela 4 abaixo, é quase nulo. Isto significa que é próximo de zero o número de Agravos Regimentais providos, em relação àqueles interpostos contra decisões de Relatores que negam seguimento a Agravos de Instrumento.

Esses dados são suficientes para causar inexcedível preocupação em todos quantos hoje lidam ou podem vir a lidar com a prestação jurisdicional nos Tribunais Superiores brasileiros, mormente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A indagação imediata, antes da apresentação da Tabela 4, com os dados relativos aos Agravos Regimentais no STF, consiste em saber se há algum sentido, técnico, político, ideológico ou até mesmo jurídico para que persista o esdrúxulo direito às avessas, representado pelos Agravos Regimentais, com grau de previsibilidade quanto ao resultado negativo que alcança quase cem por cento. Isto transforma previsibilidade em certeza e o Direito somente se compadece com resultados adredemente conhecidos, quando inexistente qualquer sorte de conflito de interesses, ou quando este é objeto de mero acerto na esfera judicial, o que não é, evidentemente, o caso dos Agravos Internos ou Regimentais. Confira-se a Tabela 4:

Tabela 4
Supremo Tribunal Federal – Decisões Proferidas em Agravos Regimentais –
2002-2004

	AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO	A N O		
		2002	2003	2004*
	ANDAMENTO			
1	AGRAVO PROVIDO E DESDE LOGO CONHECIDO E PROVIDO O RECURSO EXTRAORDINÁRIO	0	0	1
2	DECISÃO DO(A) RELATOR(A) - CONHECER DO AGRAVO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RE	1	4	16
3	DECISÃO DO(A) RELATOR(A) - CONHECER DO AGRAVO E DAR PROVIMENTO AO RE	22	127	7
4	DECISÃO DO(A) RELATOR(A) – CONHECIDO E PROVIDO	4	2	4
5	DECISÃO DO(A) RELATOR(A) - CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE	1	0	
6	DECISÃO DO(A) RELATOR(A) - NÃO PROVIDO	10	13	43
7	DECISÃO DO(A) RELATOR(A) – PROVIDO	231	74	80
8	JULG. POR DESPACHO - CONHECIDO E PROVIDO	2	4	2
9	JULGAMENTO DA PRIMEIRA TURMA - CONHECIDO E PROVIDO (inclui provido em parte)	1	2	1
10	JULGAMENTO DA PRIMEIRA TURMA – NEGADO PROVIMENTO	3039	1253	1562
11	JULGAMENTO DA PRIMEIRA TURMA – PROVIDO	2	1	4
12	JULGAMENTO DA SEGUNDA TURMA - CONHECIDO E PROVIDO	1	0	0
13	JULGAMENTO DA SEGUNDA TURMA – NEGADO PROVIMENTO	2125	3081	1888
14	JULGAMENTO DA SEGUNDA TURMA – PROVIDO	26	2	1
15	JULGAMENTO DO PLENO - NEGOU PROVIMENTO	16	3	5
16	JULGAMENTO POR DESPACHO - NÃO PROVIDO	2	13	25
17	JULGAMENTO POR DESPACHO - PROVIDO	89	54	25

Fonte dos Dados Primários: Supremo Tribunal Federal

*Dados até Agosto 2004

Como se vê acima, em 2002 foram julgados, pelas duas turmas do STF, 5.164 Agravos Regimentais – AgR e providos 30; em 2003 foram julgados 4.334 e providos 4; em 2004, até agosto, foram julgados nada menos que 3.450 Regimentais e providos 2. Esses números demonstram que há distorção incontornável cercando os Agravos Regimentais ou Agravos Internos. Logo se vê que o julgamento de 5.164 AgR em um ano demonstra que, ou inexistiu, *stricto sensu*, julgamento, ocorrendo a mítica prestação jurisdicional analisada nesta Tese, e/ou tal recurso processual é aceito passivamente, como sinônimo de amplo acesso à jurisdição, mas apenas para que seja rejeitado sistematicamente.

Tão grave quanto a quase integral repulsa existente na Corte Suprema em relação aos Regimentais é constatar-se que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem utilizado, com freqüência, em suas Turmas, a metodologia da “lista de processos por matéria”. Assim, além da rejeição em massa de agravos regimentais, essa rejeição ocorre no bojo de um processo de julgamento que, em verdade, inexistente. No Supremo Tribunal Federal brasileiro, o mais das vezes, não se julgam processos: “julga-se”, sim, a “lista de processos” com matéria assemelhada trazida pelos ministros integrantes da Turma (v.g. “lista do FGTS”, “lista do Plano Econômico x, y ou z”, “lista da incidência de ICMS ou ISS sobre determinado serviço” etc).

Portanto, sob qualquer prisma através do qual se queira ver os entraves ao funcionamento do STF, é fácil constatar que o grande número de Agravos Regimentais propostos não resiste ao teste da instrumentalidade, eis que tais agravos não tem nenhuma função processual, mas, sim, servem apenas o propósito de postergar a decisão definitiva da lide.

Resta, portanto, verificar se, pelo lado dos Recursos Extraordinários, que representam, praticamente, a outra metade dos recursos “julgados” pelo Supremo Tribunal Federal, estaria havendo efetiva prestação de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, ainda nos idos de 1963, incluiu no Regimento Interno competência do Relator de Recurso Extraordinário para “*mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento indicando o correspondente número da Súmula*” (art. 15, IV). Instituiu-se a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, como anexo do Regimento Interno da Corte.³¹¹

A já mencionada Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, em seu art. 38, confere poderes ao relator, no Supremo Tribunal federal (ou no Superior

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Relator, a Jurisprudência e os Recursos. In Caderno de Doutrina. Tribuna da Magistratura, maio de 1999, p. 69-79.

Tribunal de Justiça) para decidir o pedido ou o recurso que haja perdido o objeto. De igual modo, o relator, determina a lei, “*negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal*”. Também a Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, que “*dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais*”, introduziu alteração no art. 557, do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), para autorizar o relator, em tribunal, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (CPC, art. 557, **caput**). Também autoriza a lei que, “*se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso*” (CPC, art. 557, § 1º).

Dois outros dispositivos de lei são dignos de nota. O primeiro dispõe que “*ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso*” (CPC art. 555, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001).

O segundo dispositivo foi introduzido pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. O § 3º do art. 542 do CPC passa a determinar que o recurso extraordinário (ou o recurso especial) interpostos contra decisão interlocutória, em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficam retidos nos autos e somente são processados se a parte o reiterar no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final ou para as contra-razões.

Ora, esse elenco de normas seria suficiente, em tese, para minorar em muito a antiga e conhecida “*crise do Supremo Tribunal Federal*”, no tocante ao acúmulo de recursos extraordinários para julgamento, se não houvesse dois aspectos adicionais a considerar. O primeiro aspecto consiste no fato de que é o Poder Público o demandante majoritário dos “serviços do Supremo Tribunal Federal”, ocupando lugar de absoluta primazia no total de processos autuados naquela Alta Corte. Dados levantados pela Fundação Getúlio Vargas, em pesquisa divulgada em 2004, levam à conclusão de que, para o período de 2000 a 2003, o Poder Público, como um todo, foi responsável por 79% (setenta e nove por cento) dos processos autuados no Supremo Tribunal Federal, distribuídos conforme a Tabela 4 abaixo:

Tabela 5
Supremo Tribunal Federal
Participação do Poder Público nos Processos Autuados
2000-2003

Processos	Entes Públicos	Percentual
União	41.152	9,20%
INSS	51.439	11,50%
Caixa Econômica Federal	196.811	44,00%
Banco Central	447	0,10%
Estados	36.678	8,20%
Municípios	26.838	6,00%
Total	353.365	79,00%

Fonte: Diagnóstico do Poder Judiciário
Ministério da Justiça. Brasil. 2004

Não há dúvida que ainda prevalece o mito de que o Poder Público somente exerce com eficiência o *munus* da defesa dos interesses da coletividade se recorrer, até a derradeira instância, em qualquer processo em que a União, os Estados, Municípios ou alguma autarquia seja parte. Em síntese, a demanda por “serviços” do Supremo Tribunal Federal é firme e crescente, tendo por demandante principal o Poder Público e seus entes com contencioso mais aguerrido (União, Caixa Econômica Federal - Habitação e INSS), havendo a convicção, entre os operadores do direito, de que essa demanda é majoritariamente voltada para o fim de protelar a finalização das demandas.

O segundo aspecto a considerar consiste na constatação de que não vicejou a tese de que a vedação à interposição de recursos extraordinários (e especiais) contra decisões interlocutórias (Lei nº 9.756/98 acima aludida) significaria, igualmente, vedação à interposição de recursos extraordinários (e especiais) contra acórdãos proferidos no julgamento de agravos de instrumento. O Superior Tribunal de Justiça chegou a proferir decisões nesse sentido, até banir o entendimento, através da Súmula 86, segundo a qual **“cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”**.³¹² *Mutatis mutandis* o entendimento alcançado pelo Superior Tribunal de Justiça é plenamente aplicável ao recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal.³¹³

Para concluir esta seção, é necessário deixar patente que o funcionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro não será alterado de modo significativo em virtude de iniciativas legislativas como aquelas que tramitavam no Congresso Nacional brasileiro, quando da elaboração desta Tese. É que se edificaram mitos que necessitam ser derribados, para que se promovam alterações de forma e de fundo no exercício da jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal. Listar alguns desses mitos já representa, sem dúvida alguma, um significativo avanço na direção de sua compreensão e, quiçá, de seu futuro desvendamento, o que se fará na Parte III desta Tese. Alguns dos mitos que serão listados receberão atenção específica. Outros são anunciados, a título de proposta para meditação e estudos futuros, na crença

³¹² Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.* p. 75.

³¹³ A Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não contém enunciado com teor semelhante àquele da Súmula 86 do Superior Tribunal de Justiça. Os julgados do Supremo Tribunal Federal caminham em outra direção, entendendo que extraordinários oriundos de questão discutida em Agravo de Instrumento, em regra, veiculam questão infraconstitucional, cujo exame é vedado em sede de recurso extraordinário. Confirmam-se, entre outros, o AgR 243471-SP, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 31/8/1999; AgR 174380-PR, rel. Min. Neri da Silveira, j. 05/03/1996 na página do Supremo em <www.stf.gov.br>. É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula 727, que visa, especificamente, permitir o acesso de agravos de instrumento à Corte; tais agravos, porém, não se referem a questões processuais e, sim, à não admissão do recurso extraordinário interposto contra decisões de Turmas Recursais de Juizados Especiais (Súmula 727: “Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o Agravo de Instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais.”)

de que, a prevalecer a situação atual, prosseguirá a negativa sistemática de prestação jurisdicional, que resulta do funcionamento da Suprema Corte brasileira.

Algumas das questões apontadas anteriormente, tomadas em particular, seriam suficientes para ocupar longo tempo de pesquisa, resultando em artigos e até mesmo em novas teses. Todavia, a exposição desses temas, neste passo, resolve a questão de montar uma moldura com a qual o Supremo Tribunal Federal brasileiro terá que lidar nos tempos modernos, em que se fala em nascimento ou renascimento quer do utilitarismo, quer de um novo ativismo do Supremo Tribunal Federal, quer, pejorativamente, de fase de julgamentos políticos, face à nova composição da Corte, moldada com as quatro indicações de Ministros já feita pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no curto período de 2003 a 2004.

Nesta Tese definiu-se esse “ativismo” como sendo o pragmatismo jurídico, na sua visão mais discutida hodiernamente, que é o “pragmatismo diário”, “do dia-a-dia” (“everyday pragmatism”) de Richard A. Posner, que se examinou detidamente na Parte I acima. O mesmo Posner alerta acerca do caráter polêmico e controvertido desse “programa”, ao referir-se ao modo como ninguém menos que Ronald Dworkin se refere ao pragmatismo: “*an intellectual meal fit only for a dog*” (uma refeição intelectual para cachorros).³¹⁴

Salta aos olhos que, diferentemente do sentido atribuído por Posner ao pragmatismo, é possível concluir, a partir do estado de coisas, retratado pelos mitos sucessivos e multifacetados presentes no exercício da jurisdição no Brasil, que, uma Corte, como o Supremo Tribunal Federal, para dar cabo de 100.000 processos por ano, tem de prestar jurisdição negando-a, sistematicamente, através dos mais diversos mecanismos procedimentais existentes, alguns deles acima expostos. Porém, como bem assevera Posner,

³¹⁴ Cf. POSNER, Richard A. Pragmatic Adjudication. In DICKSTEIN, Morris (Ed.). The Revival of Pragmatism: new essays on social thought, law and culture. Durham and London: Duke University Press, 1998, p. 235-253.

se um juiz se sentir livre para emitir uma ordem que não tem amparo em lei alguma, simplesmente porque ele pensa que bons resultados serão produzidos a partir de sua ordem, não se tem, *in casu*, um julgamento pragmático, mas, sim, tirania judicial (“judicial tyranny”), que poucos reputariam uma prática aceitável.³¹⁵

Posner não deixa de procurar acautelar aqueles que se sentem seduzidos por suas teses pragmáticas, ao afirmar que a democracia norte-americana se adapta bem ao sistema de decisões judiciais pragmáticas, enquanto que o sistema judicial de outros países talvez não o aceite do mesmo modo. Posner adverte, assim, que é necessária interação entre o Legislativo e o Judiciário, para que, na hipótese de ser detectada uma lacuna no ordenamento, possa se ter a certeza de que tal lacuna será rapidamente sanada pelo Parlamento, de tal modo que a injustiça que resulte da lacuna não prevaleça por muito tempo. Por isso, sem que jamais se tenha alinhado automaticamente com partidários do puro e radical “ativismo judicial”, Posner sustenta que as cortes não podem deixar toda a tarefa de elaboração normativa para os legisladores, se querem atingir os melhores resultados na prestação de jurisdição (“conseqüências”) e na eliminação de injustiças.³¹⁶ Quer parecer que estas conclusões são passíveis de aplicação ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, em alguns sentidos próprios, como o da eliminação do imobilismo, diante de um quadro grave, com tendência à inviabilização da Corte, ou para a exposição, a toda a sociedade, do funcionamento mítico do órgão, para que a sociedade decida se assim quer o funcionamento de sua principal Corte de Justiça.

Passar-se-á, agora, ao exame de outras questões tormentosas, que respondem pelas distorções existentes nas demais Cortes Superiores brasileiras.

II.2.2 – O Superior Tribunal de Justiça

³¹⁵ POSNER, Richard. *Ibid.* p. 249.

³¹⁶ POSNER, Richard A. *Op. cit.* p. 250.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ foi instalado no dia 7 de abril de 1989, por força da Lei nº 7.746, de 1989, tendo como competência, tal qual já se frisou acima, a interpretação e uniformização do direito federal. A criação do STJ, pelo constituinte de 1987/1988, buscou, uma vez mais, atacar alguns flancos da também já citada “crise do Supremo Tribunal Federal”.

Até a criação do Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao direito federal, podiam desaguar no Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, as causas em que fosse alegada violação a direito federal (negativa de vigência de tratado ou lei federal – CF 1967, art. 114, III, alínea “a”; EC 1/69, art. 119, III, “a”) ou aquelas em que se comprovasse a existência de divergência jurisprudencial na interpretação de lei federal (CF 1967, art. 114, III, alínea “d”; EC 1/69, art. 119, III, “d”). Nos termos da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, as causas a que aludiam as alíneas “a” e “d”, do inciso III, do art. 119, da Constituição, com a redação da EC 1/69, seriam indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no Regimento Interno, atendendo à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

Certo é que o sistema da Constituição de 1967 não produziu bons frutos, mas, apenas, uma total mistura da competência do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e da competência da Corte Suprema para a uniformização do direito federal. Essa confusão jurídica estaria fadada a desaparecer, diante da criação do Superior Tribunal de Justiça pelo Constituinte de 1987/1988.

O STJ, idealmente, deveria exercer a competência de uniformização do direito federal, em casos particularmente relevantes, eis que, em nome da segurança jurídica, não é de bom alvitre que funcionem, no País, tribunais de justiça que interpretem, de forma distinta, o mesmo dispositivo de lei federal, sem que haja um órgão legitimado para dizer, em último lugar, qual das interpretações deve prevalecer.

O Superior Tribunal de Justiça, porém, não vem cumprindo a missão para o qual foi criado. Produziu-se no Brasil o inimaginável: em lugar do tradicional e inigualável sistema de duplo grau de jurisdição, em que coexistem uma instância que certifica qual é o direito que deve ser aplicado ao caso concreto (**primeiro grau de jurisdição**) e de outra instância com a função precípua de revisão e, se o caso, retificação das decisões a ela apresentadas para reexame (**segundo grau de jurisdição**), logrou-se criar no Brasil um sistema com intrincado rol de alternativas recursais, que pode redundar na efetiva existência e utilização de um **terceiro grau de jurisdição**(STJ) e de um **quarto grau de jurisdição** (STF).

Dessarte, o sistema judiciário construído no Brasil pela Constituição de 1988 findaria por ter um grau de jurisdição para a certificação do direito, um grau para a revisão e correção dos julgamentos do primeiro grau, um grau destinado à uniformização e interpretação derradeira do direito ordinário e um grau para a uniformização e interpretação derradeira do direito constitucional.

O sistema da Constituição de 1988 não é digno de encômios e o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça talvez seja uma das principais razões para a generalizada insatisfação que gera o sistema, marcado pela lentidão e por incomum ineficiência, encoberta por um mítico e mastodôntico volume de “julgamentos”. Examine-se na Tabela 5, a natureza e o volume de ações que tramitou no Superior Tribunal de Justiça nos últimos dez anos.

Tabela 6
Superior Tribunal de Justiça

Processos Distribuídos e Julgados por Classe Processual e Acórdãos
Publicados -1995-2003

continua

CLASSE DO PROCESSO	1995			1996			1997		
	Processos Distribuídos [†]	Processos Julgados	Acórdãos Publicados	Processos Distribuídos [†]	Processos Julgados	Acórdãos Publicados	Processos Distribuídos [†]	Processos Julgados	Acórdãos Publicados
AC	-	1	2	-	-	-	-	-	-
Ag	33.710	28.680	2	36.481	35.763	-	41.503	41.779	-
AgRq	-	3.245	2.573	-	4.293	3.632	-	7.095	5.457
APh	16	18	6	15	11	3	15	7	4
AR	41	32	25	56	19	9	155	69	17
CAc	9	2	1	7	9	-	9	14	7
CC	3.859	4.399	3.713	3.004	2.956	2.439	2.445	2.664	1.950
Co	-	-	-	-	-	-	3	-	-
EAC/Eag	-	-	16	-	-	-	-	-	-
EAR	6	4	1	4	3	5	-	2	3
EDel	-	1.749	1.296	-	2.244	2.221	-	3.696	3.197
EResp	1.303	898	449	2.057	1.741	1.347	1.799	2.184	1.214
Ex Imp	1	1	-	1	1	-	-	-	-
Ex Susp	1	1	-	-	-	-	-	-	-
ExYerd	1	1	2	2	-	-	2	-	-
HC	1.098	976	629	1.120	999	640	1.337	1.291	840
HD	5	4	2	5	3	2	9	5	1
IF	-	2	3	6	4	4	2	1	1
IJ	4	1	-	4	3	-	2	1	-
Inq	30	23	-	20	14	3	15	9	2
MC	249	191	43	292	205	50	444	325	78
Mil	1	1	-	16	7	1	30	21	3
MS	687	370	246	486	446	229	664	749	502
NC	15	3	-	13	5	-	44	11	-
Pet	33	38	8	45	28	-	96	56	10
Prc	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Rcl	82	54	21	66	48	23	83	61	36
REsp	25.147	19.584	15.647	30.832	26.792	25.099	45.349	39.788	35.887
RHC	893	893	779	948	925	876	977	1.044	1.072
RMS	1.330	1.148	1.009	1.441	1.088	891	1.301	1.095	1.098
RO	1	1	1	3	3	-	2	-	-
Rp	17	12	1	11	10	-	17	12	2
RvCr	13	12	-	57	45	8	73	75	5
SS	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL	68.576	62.332	26.474	77.032	77.629	37.476	96.376	102.054	51.324

Tabela 6
Superior Tribunal de Justiça

Processos Distribuídos e Julgados por Classe Processual e Acórdãos Publicados -1995-2003 ..
continua

CLASSE DO PROCESSO	1998			1999*			2000		
	Processos Distribuídos ¹	Processos Julgados	Acórdãos Publicados	Processos Distribuídos ¹	Processos Julgados	Acórdãos Publicados	Processos Distribuídos ¹	Processos Julgados	Acórdãos Publicados
AC	-	1	-	-	-	-	-	1	1
Ag	42.115	41.825	1	61.978	59.839	8	89.748	73.272	1
AgRg	-	10.531	7.393	-	7.441	7.367	-	11.741	7.075
APn	9	4	1	23	19	9	14	17	4
AR	143	66	27	369	99	42	218	240	187
CAc	13	8	7	15	10	9	17	10	6
CC	2.885	2.596	1.394	3.805	4.018	1.354	3.204	2.894	543
Co	2	2	-	-	3	-	2	1	-
EAC/Eag	-	-	-	-	-	-	-	-	-
EAR	3	2	1	1	4	4	7	8	9
EDel	-	5.182	4.599	-	4.577	4.293	-	4.240	4.147
EREsp	1.225	1.262	834	2.551	1.914	1.137	1.725	2.817	959
Ex Imp	-	-	-	2	-	-	2	3	-
Ex Susp	-	-	-	-	3	-	2	2	-
Ex Verd	2	-	-	4	6	1	2	2	1
HC	1.643	1.478	947	3.369	2.622	1.914	3.826	3.897	2.425
HD	5	4	-	5	5	-	4	4	2
IF	3	1	-	6	9	3	18	12	1
IJ	5	3	-	3	1	-	9	2	-
Inq	26	13	-	25	39	4	18	22	2
MC	435	429	90	721	822	111	1.140	942	251
MI	5	9	3	14	11	1	3	2	2
MS	552	628	434	638	677	321	585	573	241
NC	33	8	2	38	49	2	36	16	6
Pet	106	84	10	106	125	15	82	144	16
Pro	-	-	-	-	2	-	-	-	-
Rcl	89	80	38	105	85	29	181	127	49
REsp	39.452	35.036	29.859	42.954	43.264	24.439	55.836	50.391	17.049
RHC	1.105	1.115	1.173	1.223	1.198	935	1.427	1.650	931
RMS	1.143	1.202	1.020	923	1.176	1.098	1.429	894	713
RO	2	-	-	3	3	2	1	1	2
Rp	29	14	-	26	17	-	7	8	2
ReCr	77	54	-	73	56	-	43	78	3
SS	-	-	-	-	52	-	-	90	-
TOTAL	92.107	101.467	48.302	118.977	128.042	44.142	150.738	154.164	34.610

Tabela 6

Superior Tribunal de Justiça
Processos Distribuídos e Julgados por Classe Processual e Acórdãos
Publicados -1995-2003

continuação

CLASSE DO PROCESSO	2001			2002			2003		
	Processos Distribuídos*	Processos Julgados	Acórdãos Publicados	Processos Distribuídos*	Processos Julgados	Acórdãos Publicados	Processos Distribuídos*	Processos Julgados	Acórdãos Publicados
AC	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Ag	70.385	72.879	-	55.820	53.537	-	80.062	72.968	1
AgRg	-	13.952	9.103	-	14.852	14.109	-	17.853	15.665
APn	28	9	7	21	22	11	38	20	12
AR	645	427	80	599	543	47	328	226	76
CAt	29	21	4	7	17	18	5	6	-
CC	2.828	2.638	321	3.538	3.705	868	3.395	3.305	604
Co	2	2	-	1	-	-	-	-	-
EAC/Eag	12	10	-	19	17	-	130	69	-
EAR	3	2	-	2	3	4	2	1	1
EDcl	-	5.297	3.133	-	7.406	5.845	-	9.368	6.918
EREsp	825	1.119	412	1.142	1.033	372	2.224	1.774	505
Ex Imp	-	-	1	-	-	-	-	-	-
Ex Susp	1	1	-	1	1	-	1	3	-
ExVerd	7	1	-	3	2	1	2	2	3
HC	4.559	4.020	2.898	6.066	4.713	4.506	6.671	5.566	4.563
HD	7	7	-	10	2	-	14	10	-
IF	2	8	4	6	-	3	6	6	5
IJ	9	3	-	6	5	-	8	4	-
Inq	31	14	4	31	17	4	52	36	9
MC	1.129	974	202	1.372	1.199	227	1.697	1.355	216
MI	2	10	-	4	3	1	2	2	-
MS	780	592	156	715	714	411	643	571	274
NC	66	22	3	47	45	5	35	35	10
Pet	212	239	13	463	384	12	465	430	26
Pre	-	-	-	-	5	-	-	-	-
Rcl	193	148	38	236	180	65	192	168	58
REsp	99.873	93.542	13.047	82.782	80.555	27.509	116.813	100.096	25.459
RHC	1.341	1.435	1.092	1.515	962	1.136	1.660	1.344	1.167
RMS	1.379	1.031	571	1.441	1.793	1.340	1.929	1.435	1.041
RO	7	1	-	4	1	-	9	6	6
Rp	28	12	3	35	25	3	35	42	2
RvCr	95	86	-	73	72	-	75	64	3
SS	-	111	-	-	167	-	-	145	-
SL**							-	50	-
STA**							-	39	-
TOTAL	184.478	198.613	31.092	155.959	171.980	56.497	216.493	216.999	56.624

Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário - BNDPJ

* Nos processos julgados estão computados processos distribuídos no(s) ano(s) anterior(es). As petições de Agravo Regimental e Embargos de Declaração, bem como as Suspensões de Segurança, computadas nos julgados, não são distribuídas.

** As classes processuais SL (Suspensão de Liminar) e STA (Suspensão de Tutela Antecipada) foram criadas em 2003.

Fonte: Divisão de Estatística Processual - STJ - Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário

Tomando-se o ano de 2003 como referência, que não discrepa significativamente de nenhum dos anos anteriores da série examinada, observa-se, de imediato, que o Superior Tribunal de Justiça também é a Corte por excelência dos Agravos de Instrumento (80.062 distribuídos) e conseqüentes Agravos Regimentais (=“Agravo Interno”=17.853 julgados) e dos

Recursos Especiais (116.813 distribuídos). No total de 216.493 processos distribuídos no STJ em 2003, nada menos que 196.875, ou seja, 90,94%, são agravos de instrumento e recursos especiais. Uma Corte de Justiça que recebe, no período de um ano, mais de 200.000 processos para julgar, dispondo de 33 ministros, sendo um deles presidente, a quem não são distribuídos processos, com exceção daqueles que são da sua competência exclusiva, está fadada a negar prestação jurisdicional, sistematicamente, àqueles que a buscam, ou a fornecer uma prestação jurisdicional mitificada, tal como aquela que se vem descrevendo nesta Tese.

A primeira questão que aflora, quando se examina o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça reside na duplicação de competência recursal.³¹⁷ A duplicação se dá entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. A relevância da questão é sem igual, uma vez que, como sói acontecer em sistemas distorcidos, o pronunciamento de cada um dos Tribunais pode vir a ser diferente, resultando em negação do princípio da segurança jurídica. O exemplo a que mais se faz referência refere-se à prisão por dívida do devedor, ao abrigo do Decreto-lei nº 911/69. Confira-se o entendimento inteiramente divergente do STF e do STJ quanto à matéria:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 263.201-5 RIO GRANDE DO SUL
RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES
RECORRENTE: BANCO BRADESCO S/A

³¹⁷ Uma serena, ainda que breve, análise acerca da superposição de competência recursal entre o STJ e o STF é da lavra de um dos membros do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Eliana Calmon. Referindo-se à revisão dos julgados do STJ pelo STF, a origem da superposição, afirma que “Sob o aspecto dogmático-jurídico, tal revisão representa um aleijão, porquanto não quis o legislador infraconstitucional instituir instância revisora na esfera excepcional. A intenção foi deixar delineados os campos de atuação das instâncias finais, cuja funcionalidade não poderia desafiar revisão: campo infraconstitucional (para o recurso especial) e campo constitucional (para o recurso extraordinário).” Ver CALMON, Eliana. “A Superposição de Competência Recursal”. Disponível em <www.redebrasil.inf.br/0artigos/superposicao.htm>; acesso em 08/2004.

ADVOGADOS: CLAYTON MOLLER E OUTROS

RECORRIDO: JÚLIO FRANKLIN CASTAGNINO

ADVOGADO: ARMANDO FIALHO FAGUNDES

Data da Publicação/Fonte: DJ 29.6.2001 – Ata nº 21/2001

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil.- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), já firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se ao disposto no artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.

- A essas considerações, acrescenta-se outro fundamento de ordem constitucional para afastar a pretendida derrogação do Decreto-Lei n. 911/69 pela interpretação dada ao artigo 7º, item 7º desse Pacto. Se se entender que esse dispositivo, que é norma infraconstitucional, revogou, tacitamente, a legislação também infraconstitucional interna relativa à prisão civil do depositário infiel em caso de depósito convencional ou legal, essa interpretação advirá do entendimento, que é inconstitucional, de que a legislação infraconstitucional pode afastar exceções impostas diretamente pela Constituição, independentemente de lei que permita impô-las quando ocorrer inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade de depositário. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

Já para o Superior Tribunal de Justiça, a mesma prisão, do mesmo depositário infiel, pelo mesmo fundamento legal, seria considerada inteiramente desconforme à lei. Senão leia-se:

“AERESP 489278 / DF ; AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL 2003/0168543-5

Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO

Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL

Data do Julgamento: 27/11/2003

Data da Publicação/Fonte: DJ 22.03.2004 p.00187

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 168/STJ.

1. Embora a jurisprudência do Pretório Excelso tenha se firmado no sentido da legitimidade da prisão do devedor fiduciante que não entregou o bem objeto da alienação fiduciária em garantia ou o equivalente em dinheiro, equiparando-o, para tal fim, à figura do depositário infiel prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, mesmo na vigência do Pacto de São José da Costa Rica (cf. HC nº 72.131/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ 1º/8/2003; HC nº 80.710/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, in DJ 24/8/2001), a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já o entendimento no sentido de que "(...) não cabe a prisão civil do devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária." (cf. EREsp nº 149.518/GO, Relator Ministro Ruy Rosado), ratificando tal posicionamento quando do julgamento do HC nº 11.918/CE, Relator p/ acórdão Ministro Nilson Naves, in DJ 10/6/2002. 2. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." (Súmula do STJ, Enunciado nº 168). 3. Agravo regimental improvido. (Unânime)...Veja: STF HC 72131-RJ, HC 80710-RS; STJ ERESP 149518 -GO (RT 777/145), HC 11918-CE.”

Note-se que não se tem, no caso examinado, mera divergência episódica ou ocasional entre duas Cortes de Justiça, com competência constitucional absolutamente distinta. Há, em primeiro lugar, a superposição de competências, sem que as Cortes de Justiça tenham entrado em qualquer tipo de entendimento, ou sem que tenham recorrido ao legislador para solucioná-la. Em conseqüência, há duas interpretações inteiramente divergentes do mesmo dispositivo legal, que estão sendo aplicadas e que dificilmente serão alterados nos próximos julgamentos de ambas as Cortes. Essa interpretação será mantida em cada um dos Tribunais, a menos que se afastem os posicionamentos pessoais de alguns membros das Cortes que, sabidamente, influenciam as decisões dos demais, tudo em benefício da segurança jurídica. O certo é que, em se tratando de alienação fiduciária em garantia, o depositário infiel permanecerá preso, se o caso for julgado pelo STF, e será solto, se o STJ julgar recurso oferecido pelo preso.

Também em matéria tributária essa competência duplicada do STJ e do STF se manifesta, eis que, diante da Constituição analítica elaborada em 1988, as decisões do Superior Tribunal de Justiça sempre poderão ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal. A conseqüência gravíssima desse fato é a necessidade de interposição de recurso especial e de recurso extraordinário pela parte, quando vencida em segunda instância, o que eleva sobremaneira as estatísticas de feitos distribuídos no STJ, imprimindo grau de insegurança também muito elevado para as partes, que nunca sabem quando terá fim a demanda que propuseram. Assim, em determinadas matérias, como em torno de várias questões tributárias,³¹⁸ não há esgotamento de instância, quando o feito atinge o STJ. É certo o acesso do processo ao STF, sob pena de negação de prestação jurisdicional ou de cerceamento de direito de defesa da parte, por parte do STF, ainda que o STF, em regra, receba o feito para, em seguida, não conhecê-lo.

³¹⁸ Cf. CALMON, Eliana. *Ibidem*.

A superposição de instâncias recursais se repetirá, ainda que sob outra roupagem, no caso de processos iniciados no STJ (competência originária), se este tribunal tiver que resolver questão constitucional suscitada pela parte e houver recurso para o Supremo Tribunal Federal. A decisão do Supremo Tribunal poderá, evidentemente, divergir daquela proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, instalando dissídio extremamente danoso para a estabilidade do Direito em nosso país.

Afora a duplicação freqüente e irresolvida de competência com o STF, há no Superior Tribunal de Justiça o mesmo e gravíssimo fenômeno da produção de julgamentos míticos, que são chamados, nesta Tese, de “julgamentos de carrinho”, eis que centenas de recursos são levados por assessores dos relatores para as salas de sessão e, enquanto os autos permanecem nos “carrinhos” utilizados para o transporte dos feitos, os processos são “julgados”. O “julgamento” consiste, mui freqüentemente, na leitura apressada da ementa ou de parte da ementa do acórdão que decide o recurso. O voto do relator é elaborado, em geral, por jovens e valorosos assessores ou assistentes do relator.

A situação somente se altera em questões de grande complexidade, ou em questões simultaneamente polêmicas, ou quando há sustentação oral por advogados ou procuradores das partes. No quadro que se relata, acompanhado diversas vezes pelo autor desta Tese, as sustentações orais correspondem, em termos de tempo, ao julgamento de centenas de processos; havendo sustentação, o voto é lido pelo relator e, se o tipo de processo admitir, será também lido o voto do revisor. Alterações no voto lido, em razão do conteúdo da sustentação oral são quase absolutamente impossíveis. Caberia indagar, nesse quadro, onde estará a argumentação judicial, cuja teoria foi revisada com intensidade no início desta tese. Ou onde estará o juiz, na acepção tradicional do termo, se sequer este profere “julgamentos”, no sentido literal da palavra.

O STJ também se ocupa com um número elevado de Conflitos de Competência (3.395 distribuídos em 2003) e com Habeas Corpus (6.671 distribuídos em 2003). Destacam-se, ainda, os embargos de declaração, visando sanar omissão, obscuridade, dúvida ou contradição em acórdãos. Os embargos exigem tempo, espaço e dinheiro público para serem julgados e alcançaram a impressionante soma de 9.368 embargos decididos, somente no ano de 2003. O STJ julgou, também, recursos ordinários em mandado de segurança (1.929 distribuídos) e em habeas corpus (1.660 distribuídos), além de 1.697 medidas cautelares e 643 mandados de segurança originários distribuídos.

Dois aspectos ainda merecem relevo. O primeiro consiste na transformação do Superior Tribunal de Justiça em efetiva e requisitada **Terceira Instância**, para fins de libertação de presos cautelares, provisórios, preventivos e até sentenciados no País. O *habeas corpus* dirigido ao Superior Tribunal de Justiça assumiu o lugar de nova apelação criminal. O STJ é considerado, por advogados experientes, como o único tribunal capaz de livrar soltos alguns criminosos, já que a Corte assume, efetivamente, o papel de rever legalidades de prisões, verificar a existência ou não de fundamentações para a manutenção da custódia, em acórdãos e, até mesmo, em sentenças de primeiro grau. Embora a quase totalidade dos *habeas corpus* seja denegada na Corte, eles continuam a chegar às centenas ou aos milhares, em virtude da tênue, mas permanente, esperança, de serem providos, com a soltura dos pacientes.

Por estranho que possa parecer, tem-se, aí, a Mais Elevada Instância Ordinária do País – o STJ - exercendo funções de juiz de primeiro grau. Esse procedimento se repete em outra estranhíssima competência que tem sido exercida com incomum empenho pelos ilustrados Presidentes do STJ, que consiste na Suspensão dos Efeitos da Tutela Antecipada. As decisões suspensas são de juízes do primeiro grau. À semelhança da conhecida Suspensão de Segurança, o Presidente do STJ tem sido provocado por entes do Poder Público, para que suspenda os efeitos de decisões de juízes do

primeiro grau. A suspensão, é bem de ver, transforma-se em autêntica “intervenção branca” em um processo, quando a decisão do juiz de primeiro grau, apesar de ter sido mantida no Tribunal de Justiça estadual, em sede de agravo de instrumento, é “derrubada” pela esdrúxula “suspensão de tutela antecipada”. O Presidente do STJ, qualquer que seja ele, transforma-se **no mais sábio dos juízes brasileiros**, eis que, monocraticamente, pode lançar por terra decisões de juízes e tribunais proferidas em sede de antecipação de tutela (CPC, art. 273). Tal não impede que ocorram hesitações sem conta, em face da competência varonil conferida ao Presidente do STJ. Confira-se uma dessas hesitações, um ano após o deferimento de pedido de suspensão de tutela antecipada:

“Decisão - DJ 10.08.2004

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 29 - DF (2003/0154832-1)

REQUERENTE : DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR : MIGUEL ÂNGELO FARAGE DE CARVALHO E OUTROS

REQUERIDO : DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

(...)O instituto da suspensão de tutela antecipada, dada a natureza excepcional de que se reveste, não pode ser caracterizado como sucedâneo recursal, a par de ter sua admissibilidade vinculada a interposição de recurso destinado a esta Corte, ao qual pretenda o requerente assegurar a utilidade da decisão que nele vier a ser proferida. Vale dizer, visa sustar a eficácia da decisão impugnada, sem interromper o curso do processo principal.

Sobrevindo a sentença, a decisão liminar concedida na suspensão de antecipação de tutela perdeu sua eficácia diante do julgamento do mérito na instância ordinária, substituindo a decisão recorrida. E, transitado em julgado os Acórdãos da Quarta Turma Cível do TJ/DF, no caso, ocorreu a superveniente ausência de interesse de agir do Distrito Federal, Lei nº 8.038/90, art. 25, § 3º; RI-STJ, art. 271, § 3º. Mudando o que deve ser mudado, STF, SS 1.312-DF, DJ 05.11.98; STA 12-PE, DJ 13.04.04. Assim, defiro o pedido, extinguindo o processo por perda de seu objeto. Arquite-se. Publique-se. Brasília (DF), 02 de agosto de 2004. MINISTRO EDSON VIDIGAL Presidente”

Tornar-se-á à fragilidade da argumentação jurídica utilizada na decisão supra, na Parte III e final desta Tese. Por ora, registre-se, para encerrar esta seção, a mesma perplexidade, com respeito à absoluta ausência de qualquer iniciativa que conduza a estudos acerca da utilidade dos pronunciamentos do Ministério Público, realizados na qualidade de *custos legis*, quer no Supremo Tribunal Federal, quer, em particular, no Superior Tribunal de Justiça. É

imperioso que se estude com vagar a natureza desses pronunciamentos, sua validade lógica, jurídica e finalística, eis que é cada vez mais freqüente o burburinho, advindo de promotores e procuradores insatisfeitos com o estado atual de coisas, já que se consideram realizadores de um trabalho absolutamente inútil, que qualificam de “assessoria de luxo” a juízes, desembargadores e ministros de tribunais. Há necessidade de estudos que avaliem em que medida se necessita ou em que medida se pode prescindir totalmente das manifestações ministeriais, que retardam, desnecessariamente, o julgamento dos feitos, bem assim em nome de que princípio ou finalidade se há de preservar ou se deve extinguir, totalmente, esse exercício que, talvez, somente por uma tradição histórica se mantenha, enquanto que os prolores dos pareceres ministeriais poderiam estar ocupados com trabalhos de real utilidade para a sociedade, tal como as discutidas, mas, aqui, defendidas, investigações criminais, ou na atuação como promotores do bem coletivo, através das aguerridas e festejadas promotorias especializadas em direitos difusos.

Tais questões remetem a análise para o exame do funcionamento do Tribunal Superior do Trabalho.

II.2.3 - O Tribunal Superior do Trabalho:

O Tribunal Superior do Trabalho, há não muito, teve sua existência “ameaçada”, em razão de manifestações de parlamentares que defendiam a extinção da Corte Superior Trabalhista. O Brasil, é bem de ver, é um dos únicos países do mundo que possui justiça especializada do trabalho e, considerada esta, é, certamente, o único país do mundo que possui **três** instâncias especializadas trabalhistas, com a possibilidade, ainda, de postergação da decisão definitiva da lide, em razão do acesso a uma **quarta** instância, agora não especializada, representada pelo recurso extraordinário dirigido por qualquer uma das partes ao Supremo Tribunal Federal.

E não se trata de uma justiça barata! A Justiça do Trabalho, no Brasil, gasta, anualmente, cerca da metade da dotação orçamentária de todo o Poder Judiciário da União, incluindo a Justiça do Distrito Federal, como pode facilmente ser constatado na Tabela 3 antes exposta, que apresenta percentuais dramáticos para essa participação relativa, como no ano de 2001, no qual a Justiça do Trabalho respondeu por 47,29% da despesa total do Judiciário da União. Isto representou dispêndios, para a manutenção da Justiça do Trabalho, de nada menos que R\$4.4 bilhões (quatro bilhões e quatrocentos milhões de reais) naquele ano. Talvez se pudesse considerar justificado tamanho dispêndio, caso fosse benéfico o resultado da intervenção do Estado na relação jurídica do trabalho, finalizada por despedimento. Os primeiros resultados de estudos que vêm sendo elaborados a respeito do funcionamento da Justiça do Trabalho revelam que, a par do custo elevadíssimo de operação, já acima referido, essa justiça especializada é marcada pela lentidão com que se alcançam decisões definitivas e, em especial, pelas perdas garantidas para o trabalhador, uma vez que o número elevado de processos força a própria Justiça do Trabalho a estimular acordos e argumentação judicial que redundam em perdas para os trabalhadores de menores rendimentos (os trabalhadores de maiores rendimentos podem esperar pelas decisões definitivas). Os acordos são postos como a única alternativa para que o trabalhador receba

rapidamente direitos, desde que abra mão de parte deles. A argumentação judicial, à sua vez, é dirigida para tentar implantar uma regra de precedente vinculativo (Enunciados, Prejulgados), não positivada em nosso Direito. Como a Justiça Trabalhista está abarrotada de processos, esse uso da argumentação judicial se faz, tal qual no caso dos acordos, em prejuízo dos trabalhadores menos favorecidos, ou seja, daqueles que não podem esperar que seu processo vague erraticamente em **quatro** instâncias de jurisdição. Convém, agora, examinar o que ocorre especificamente na jurisdição superior trabalhista.

O acesso à instância superior trabalhista tem-se mantido sistematicamente aberto, com breves intervalos, a exemplo do período imediatamente posterior à elevação do valor dos depósitos recursais, necessários para o acesso, em regra, de pessoas jurídicas, aos recursos ao Tribunal Superior. Enquanto o acesso tem sofrido reduzido bloqueio, o resíduo de processos não solucionados pelo Tribunal Superior do Trabalho cresce sem cessar. Esse resíduo, que havia atingido 124.107 processos em 2000, alcançou mais de 200.000 processos ao final do ano de 2003 (216.267) e tende a se elevar, eis que, nada menos que 230.902 processos encontravam-se no Tribunal Superior do Trabalho, sem julgamento, até o mês de junho de 2004, conforme os dados reunidos na Tabela 7 abaixo, fornecidos pelo próprio TST e pelo Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário.

Tabela 7
Tribunal Superior do Trabalho – Estatística Processual – 1995-2004

Processos	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004*
<u>Atuados</u>	93.484	106.730	91.853	131.413	<u>115.870</u>	<u>125.373</u>	<u>114.615</u>	<u>115.694</u>	<u>123.397</u>	67.557
<u>Distribuídos</u>	43.894	55.080	86.561	112.870	<u>126.921</u>	<u>237.535</u>	<u>114.513</u>	<u>70.393</u>	<u>156.449</u>	65.546
<u>Solucionados</u>	56.033	57.863	87.607	111.810	<u>121.181</u>	<u>98.748</u>	<u>102.788</u>	<u>87.635</u>	97.455	58.894
<u>Resíduo</u>	-	-	-	-	<u>124.107</u>	<u>151.190</u>	<u>155.970</u>	<u>193.165</u>	<u>216.267</u>	<u>230.902</u>
<u>Sessões</u>	-	-	-	-	<u>364</u>	<u>321</u>	<u>298</u>	<u>311</u>	<u>297</u>	162

Fonte: Tribunal Superior do Trabalho - * 2004: até junho

O quadro se torna mais grave quando examinamos estatísticas recentes acerca do número de recursos extraordinários interpostos contra julgados do Tribunal Superior do Trabalho. Em 2003, nada menos que 5.391 recursos extraordinários foram protocolados no TST, contra decisões ali proferidas, dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, ao passo que, desses Recursos, exatamente 10 (DEZ) foram deferidos, ou seja, foi autorizado o seguimento do recurso extraordinário, no despacho de admissibilidade realizado no TST, que entendeu, apenas nesses 10 casos, em mais de 5.000 propostos, que havia questão constitucional que devia ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, inconformados com a decisão proferida nesse juízo de admissibilidade, nada menos que 4.232 recorrentes (quase todos) agravaram de instrumento para o Supremo Tribunal Federal, ainda que, como se viu anteriormente nesta Tese, ao longo de sua história, o STF brasileiro tenha sistematicamente se recusado a examinar a quase totalidade dos recursos extraordinários, que perante ele são propostos, ao negar seguimento aos agravos de instrumento que recebe para tal fim ou ao não conhecer ou improver os agravos regimentais oferecidos contra esse novo juízo de admissibilidade. Confirmam-se os dados da Tabela 8 abaixo:

Tabela 8
Recursos Extraordinários Interpostos contra Julgados do Tribunal Superior do Trabalho – 1995-2004

Ano	Recursos Extraordinários			Agravos de Instrumento encaminhados para o Supremo Tribunal Federal
	REs Interpostos		REs Admitidos	
	Dissídios Individuais	Dissídios Coletivos		
1995	2.912*	-	8	3.787
1996	3.916*	-	237	2.677
1997	4.855*	-	840	2.427
1998	7.840*	-	376	4.344
1999	7.391	92	3	6.203
2000	8.474	44	8	5.673
2001	5.655	37	8	6.641
2002	5.097	69	8	4.037
2003	5.363	28	10	4.232
2004**	3.095	25	10	2.654

Fonte: Tribunal Superior do Trabalho e BNDPJ

* Dados agregados (REs em Dissídios Individuais mais REs em Dissídios Coletivos)

**2004: até julho

Diante desse estado de coisas, algumas iniciativas têm sido tomadas no âmbito do TST, para tentar vencer o “entulhamento” de processos naquela Corte. Alguns mutirões foram realizados, inclusive para a juntada de petições. Algumas iniciativas devem ser analisadas, ainda que brevemente. A primeira refere-se à aprovação da Instrução Normativa nº 22, de 2003, pelo Pleno do TST. Este estabeleceu padrões formais que devem nortear a petição de recurso de Revista. O objetivo seria o de difundir entre os advogados a idéia de formular recursos de revista de certa forma padronizados, preponderando o

reduzido tamanho e a objetividade, de modo a acelerar o julgamento de tais feitos no TST. Confira-se o inteiro teor da Instrução Normativa nº 22/03, cuja transcrição se faz indispensável por seu alto significado para a exposição que ora se empreende nesta Tese:

“TRIBUNAL PLENO

RESOLUÇÃO Nº 117/2003

CERTIFICO E DOU FÉ que o Egrégio Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, em sessão extraordinária hoje realizada, sob a Presidência do Ex.mo Sr. Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, presentes os Ex.mos Srs. Ministros Vantuil Abdala, Vice-Presidente, Ronaldo Lopes Leal, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, Rider Nogueira de Brito, José Luciano de Castilho Pereira, Milton de Moura França, João Oreste Dalazen, Carlos Alberto Reis de Paula, Antônio José de Barros Levenhagen, João Batista Brito Pereira, José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes, Renato de Lacerda Paiva e Emmanoel Pereira, e o Ex.mo Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Guilherme Mastrichi Basso, RESOLVEU, por unanimidade, editar a Instrução Normativa nº 22/2003, nos termos a seguir transcritos:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 22 DO TST

Dispõe sobre os padrões formais a serem observados nas petições de recurso de revista

Considerando a necessidade de racionalizar o funcionamento da Corte, para fazer frente à crescente demanda recursal, e de otimizar a utilização dos recursos da informática, visando à celeridade da prestação jurisdicional, anseio do jurisdicionado;

Considerando a natureza extraordinária do recurso de revista e da instância representada pelo TST, que exigem daqueles que o manejam e apelam para a Corte conhecimento técnico-jurídico específico sobre a via extraordinária, colaborando, desse modo, para a perfeita compreensão e análise da controvérsia que submetem ao crivo do Tribunal;

Considerando a atecnia de elevado número de recursos de revista que chegam à Corte, dificultando inclusive a captação da controvérsia e da intenção do recorrente, criptograficamente manifestada na petição recursal;

Considerando que a demora no exame de recursos prolixos na exteriorização e deficientes na técnica compromete não apenas os interesses do próprio recorrente, mas principalmente a viabilização da prestação jurisdicional no seu conjunto, retardando o exame de outros processos que, se, no caso das petições serem sintéticas e objetivas, permitiriam a análise de mais processos em menos tempo e

Considerando que o advogado desempenha papel essencial à administração da Justiça, cujo trabalho técnico deve ser realçado pela valorização dos conhecimentos específicos para a atuação perante as Cortes Superiores, colaborando como partícipe direto no esforço de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, merecendo assim atenção especial na definição dos parâmetros técnicos que racionalizam e objetivam seu trabalho;

RESOLVE expedir as seguintes instruções, estabelecendo os padrões formais a serem observados quanto às petições de recurso de revista:

I – caberá à parte destacar os tópicos do recurso, demonstrando o preenchimento dos seus pressupostos extrínsecos, e indicar as folhas dos autos em que se encontram:

a) a procuração, se não vier com o recurso, sublinhando o nome do causídico que subscreve o recurso;

b) a ata de audiência em que o causídico atuou, no caso de mandato tácito;

c) o depósito recursal e as custas, caso já satisfeitos na instância ordinária e

d) os documentos que comprovam a tempestividade do recurso (indicando o início e o termo do prazo, com referência aos documentos que o demonstram).

II – É ônus processual da parte explicitar os elementos necessários para a demonstração do preenchimento dos pressupostos intrínsecos da revista, com a correspondente indicação das folhas do processo:

a) qual o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia trazida no recurso e

b) qual o dispositivo de lei, súmula, orientação jurisprudencial do TST (transcrevendo-os) ou ementa (com todos os dados que permitam identificá-la) que atritam com a decisão regional.

III – Para comprovação da divergência justificadora do recurso, é necessário que o recorrente:

a) junte certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma ou cite a fonte oficial ou repositório em que foi publicado e

b) transcreva, nas razões recursais, as ementas e/ou trechos dos acórdãos trazidos à configuração do dissídio, mencionando as teses que identifiquem os casos confrontados, ainda que os acórdãos já se encontrem nos autos ou venham a ser juntados com o recurso.

IV- Aplicam-se às contra-razões as regras formais estabelecidas nesta Instrução para o recurso de revista.

Sala de Sessões, 30 de junho de 2003.”

A leitura do texto da IN 22/03 revela, em uma primeira aproximação, que o Tribunal Pleno do TST chamou para si a tarefa de padronizar a argumentação jurídica utilizada no principal recurso que ocupa espaço naquela Corte de Justiça, que é o Recurso de Revista. Quer parecer que a padronização buscada estaria relacionada com a questão da previsibilidade do resultado dos julgamentos no Tribunal. O raciocínio é simples. As atecniais existentes nas petições de Recursos de Revista estariam impossibilitando até mesmo o só conhecimento de grande número de recursos. A correção dessas atecniais, com a utilização do modelo que entende o Pleno do TST ser adequado para padronizar a argumentação jurídica na Corte, elevaria o grau de previsibilidade dos julgamentos, tanto no sentido do conhecimento ou não do recurso, quanto em relação ao provimento ou improvimento. A *rationale* parece irrepreensível: recursos com argumentação jurídica conforme os ditames do que “pensa” o Pleno do TST seriam sempre conhecidos e teriam maior probabilidade de serem providos do que recursos desconformes com a argumentação padronizada. A IN 22/2003 vai muito além da mera e “santa” reação de uma Corte a petitórios deficientes, no sentido de não reunirem condições de serem sequer conhecidos. Essa Instrução Normativa, sem que tenham percebido os que a elaboraram, é um instrumento poderoso para que se vá, brevemente, prescindir do próprio TST. O julgamento por “planilhas” de que se cuidará abaixo e a padronização dos petitórios só pode ter uma conseqüência, que é a

padronização dos julgados. Padronizados os julgados, a existência de um Tribunal que lhes dê força, para que prevaleçam como o direito aplicável a um conflito de interesses resistido é um mero detalhe, que pode ser removido sem danos.

As medidas adotadas pelo TST, para vencer o “resíduo” elevadíssimo e crescente de processos não julgados, não param por aí. Introduziu o TST, informalmente, o já mencionado julgamento por meio de “planilhas”. Na véspera da reunião de Turma ou Seção do TST incumbida do julgamento de recursos, assessores de ministros que integram a Turma ou Seção reúnem –se para trocar “planilhas”. As “planilhas” trazem o resumo dos votos do relator de cada recurso. A “sessão de julgamento”, no dia seguinte, portanto, embora aparente sê-lo, não é mais a reunião de juízes de uma Corte de Justiça, para julgamento de processos, conforme o direito que cada juiz entenda aplicável aos casos submetidos para decisão. Trata-se, muito ao contrário, de um encontro para a “ratificação” de “planilhas” elaboradas, conhecidas e aprovadas previamente pelos assessores. Para o público leigo ou distante da Corte, física e intelectualmente, tem-se uma sessão de julgamentos de Seção do TST.

Porém, o “julgamento” por “planilhas” do TST, o “julgamento” por “lista de assuntos”, que ocorre no STF e o “julgamento” por “carrinhos de processos” do STJ são, evidentemente, espécies do gênero “não julgamento”, nos quais é mitificada a realidade e mistificada a prestação jurisdicional, tornando-a um nada jurídico ou, quando muito, uma deformidade sem conta no desenvolvimento da argumentação judicial. Mais uma vez seria de bom alvitre consultar a sociedade se ela quer manter Cortes de Justiça que se servem dessa argumentação judicial mítica, empregada para decidir processos que não são julgados, em nenhuma acepção que esse conceito jurídico possa ter e, acima de tudo, que realizam funções, com dinheiro público, desconhecidas pela sociedade. Se a sociedade entendesse como opera esse modo de produzir decisões em massa, certamente tenderia a propugnar pelo fechamento dessas Cortes.

O caráter mítico dessas modalidades de julgamento é corroborado, no Tribunal Superior do Trabalho, pelo que dispõe o § 1º, do art. 142, do Regimento Interno/TST, concernente à sustentação oral nos julgamentos da Corte, **verbis**:

“Art. 142. A sustentação oral será feita de uma só vez, ainda que argüida matéria preliminar ou prejudicial, e observará as seguintes disposições:

§ 1º Ao relatar processos com pedidos de preferência de advogados para sustentação oral, o julgador fará um resumo da matéria em discussão e antecipará sua conclusão, hipótese em que poderá ocorrer a desistência da sustentação ante a antecipação do resultado. Havendo, porém, qualquer voto divergente daquele anunciado pelo Relator, o Presidente voltará a facultar a palavra ao advogado desistente. Não desistindo os advogados da sustentação, o Presidente concederá a palavra a cada um dos representantes das partes por 10 (dez) minutos, sucessivamente.

.....
§ 5º O Presidente do Órgão julgador cassará a palavra do advogado que, em sustentação oral, conduzir-se de maneira desrespeitosa ou, por qualquer motivo, inadequada.”

Cabe estranhar que nenhum órgão de representação da classe dos valorosos Advogados se tenha insurgido contra essa vedação explícita, absoluta e incontroversa à participação dos causídicos nos “julgamentos” de uma Corte Superior brasileira. O que se realiza na Mais Alta Corte Trabalhista pátria é um exercício mítico que não guarda nenhuma relação com o Direito. Na véspera das sessões das turmas e seções reúnem-se assessores de ministros e trocam “planilhas” com o voto pronto que será levado para a sessão do dia seguinte. Não havendo requerimento prévio de sustentação oral, são ratificadas as “planilhas” trocadas informalmente no dia anterior. Havendo sustentação oral, o Relator anuncia, antes de se iniciar a sustentação oral, qual é o voto que proferirá. Como o voto foi também comunicado, mas na véspera, aos demais ministros integrantes do órgão julgador, ao Advogado nada resta fazer: se o Relator anuncia que votará contra a tese do cliente do Advogado, este, se insistir em fazer a sustentação oral, estará sabendo, antecipadamente, que participa de um julgamento mítico, eis que o resultado foi previamente acordado entre os membros do órgão julgador.

Ajunte-se que está em processo de implementação outra iniciativa no Tribunal Superior do Trabalho, para tentar debelar o excesso de processos que

lá impera. Trata-se do exame de admissibilidade dos recursos trabalhistas, através do critério da transcendência, tal como autorizado pela Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001, que tem o seguinte teor:

Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001

"Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

"Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica." (NR)

Art. 2º O Tribunal Superior do Trabalho regulamentará, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista, assegurada a apreciação da transcendência em sessão pública, com direito a sustentação oral e fundamentação da decisão.

Art. 3º O art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

"§ 2º O acordo ou a transação celebrada diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive nos casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, implicará sempre a responsabilidade de cada uma das partes pelo pagamento dos honorários de seus respectivos advogados, mesmo que tenham sido objeto de condenação transitada em julgado." (NR)

É certo que a MP 2.226/01 positivou conceitos muito caros ao pragmatismo jurídico de que se cuida nesta Tese. O TST, que "julga" por "planilhas", sem a "interferência" dos advogados, poderá realizar a "aspepsia recursal", extirpando da mesa de julgamentos os recursos que não sejam transcendentais, no que se refere às conseqüências econômicas, políticas, sociais ou jurídicas. Todavia, certamente não perceberam os autores da redação original da MP 2.226/01 que, pelo que se observa na conjuntura jurídica-política-institucional, trata-se de mais um embrião da extinção do próprio TST. Os Enunciados da Jurisprudência e Prejulgados do TST mostram-se aptos para eliminar o acesso à Corte dos recursos que veiculam matérias idênticas àquelas já decididas reiteradamente.

O exame da transcendência, à sua vez, ocupar-se-á com a parte "positiva". O TST somente julgará o que sobrelevar o interesse meramente individual.

Após a extinção da representação classista na Justiça do Trabalho, ocorrida através da Emenda Constitucional nº 24, de 9/12/1999, a grande

mudança desenhada para a eliminação do congestionamento de processos no TST – a introdução do critério da transcendência na escolha das causas a serem julgadas – é suficiente para tornar desnecessário o próprio TST, caso se adicione um único componente, que consiste na aprovação de **critério que torne desnecessária a “subida” do recurso até o TST, para a decisão acerca de sua transcendência ou não**. Quando se menciona a criação de quatro tipos de transcendência, na MP 2226/01 (econômica, política, social e jurídica) e a necessidade de evitar uma nova forma de acúmulo de processos sem julgamento no TST, vem logo à mente a idéia de um sistema tal como aquele utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na apreciação do *Writ of Certiorari*. Os writs que permanecem “em pauta” por determinado período de tempo, sem admissão pela Suprema Corte, são automaticamente rejeitados, sem a necessidade de decisão ou argumentação específicas.

Vale lembrar que o Presidente da República editou a MP 2.226/01 no dia 4 de setembro de 2001, razão pela qual, a teor da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que alterou profundamente o sistema brasileiro de medidas provisórias, as MPs editadas anteriormente à data da publicação da EC 32/2001 (como é o caso da MP 2226/2001) permanecerão em pleno vigor, com força de lei, sem prazo definido para sua apreciação pelo Congresso Nacional. Ocorre que o número de descontentes com a edição da MP 2226/01 certamente é, a esta altura, muito elevado, tanto que a Medida Provisória teve a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2527, distribuída em 14 de setembro de 2001. Em 18 de setembro de 2002 iniciou-se o julgamento da Medida Cautelar na ADIn pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. Quando esta Tese era finalizada já haviam votado integralmente dois ministros (JOBIM e MAURÍCIO) pela suspensão dos arts. 1º e 2º da Medida Provisória e dois pela suspensão da eficácia também do art. 3º (ELLEN e MAURÍCIO, em parte). Em abril de 2004 a Medida Cautelar na ADIn estava com vista para o Ministro Sepúlveda Pertence. Esses dados revelam o caráter altamente controverso e, por que

não dizer, polêmico e discutível da introdução do critério da transcendência no TST, sem que tenha sido sequer iniciada a discussão acerca do próprio modelo de produção de decisões judiciais míticas que prevalece naquele Tribunal e nos demais Tribunais Superiores brasileiros, como se vem argumentando nesta Tese.

Alega-se que o País não pode prescindir do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que este teria um papel fundamental na unificação da interpretação da lei trabalhista no território pátrio. A alegação, hodiernamente, está sujeita a um sem-número de críticas. Não há mais o desconhecimento generalizado, no tocante àquilo que se passa em cada ponto do território brasileiro. Em muitos juízos situados no Brasil, no momento em que o juiz acaba de pronunciar-se em favor de uma ou de outra interpretação do Direito, esse posicionamento já pode ser conhecido no Chuí ou em Roraima, via redes de alta velocidade como a Internet. Demais disso, a interpretação do direito que deve ser aplicada a questões trabalhistas no Chuí não será, necessariamente, a mesma daquela aplicável, com ganhos para a Justiça, no Estado de Roraima. Enquanto que, para determinados direitos fundamentais aceita-se que a isonomia somente pode ser atingida se forem levadas em conta as diferenças existentes entre os objetos do Direito, continua-se a insistir, no âmbito do Direito do Trabalho, que o prejudgado deve ser vinculativo, assim como as súmulas do TST, do mesmo modo que as decisões das Seções de Dissídios da Corte Máxima Trabalhista. Em matéria trabalhista, é firme a convicção que se expõe nesta Tese, no sentido de que a unificação equivale a uma autêntica desigualação dos objetos do direito, em face da existência de diferenças perfeitamente identificáveis entre pessoas, empresas e no envoltório social em distintas regiões brasileiras, que têm de ser levadas em conta pelos intérpretes do Direito. A gravidade que cerca a questão da preservação de alguns tribunais superiores na estrutura do Poder Judiciário brasileiro hodierno atinge o paroxismo, quando se toma o caso do Tribunal Superior Militar - STM. Para ele cumpre voltar, agora, a análise.

II.2.4 - O Superior Tribunal Militar

Inobstante as várias “reformas” por que passou o Poder Judiciário brasileiro, no século XX, a permanência do Superior Tribunal Militar - STM, na estrutura judicial superior brasileira, parece de reversão bastante difícil, independentemente dos números gritantes que cercam a existência dessa Justiça especializada.

A estatística de processos recebidos e julgados pelo Superior Tribunal Militar brasileiro, na última década, atinge níveis que, estranhamente, jamais são divulgados pelos órgãos de comunicação social e, assim, recebem diminuta atenção. Confira-se o quadro abaixo:

Tabela 9
Superior Tribunal Militar - STM
Processos Autuados, Julgados e Remetidos ao STF – 1991- 2003

Movimentação Processual	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Processos autuados	543	499	551	533	514	525	573	522	701	706	663	731	661
Processos julgados	593	469	536	454	532	527	550	528	507	674	555	598	662
Processos remetidos ao STF	14	6	11	16	11	18	17	27	15	14	14	19	11

Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal. OBS.: O STM, Superior Tribunal mais antigo do Brasil, foi criado em 1º/04/1808 com o nome de Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Como se vê na Tabela 9, o Superior Tribunal Militar, em 2003, julgou 598 (quinhentos e noventa e oito processos). Esse dado poderia refletir o ideal a ser alcançado, em termos da produção ótima de um Tribunal Superior em qualquer país, caso não se referisse a um país em desenvolvimento, com gravíssimas exclusões na sociedade, exclusões essas que não são sequer o objeto da atenção direta das políticas públicas e dos recursos públicos. Cabe examinar mais de perto esses dados.

No período de 1991 a 2003 o STM julgou, em média, 552 processos por ano. Tomando os dados dos julgamentos do período 1991 a 2003, postos em cotejo com os despesas da Justiça Militar da União, constantes da Tabela 3

acima, tem-se que o julgamento de UM RECURSO NO STM se fez ao custo médio para o Erário que variou de **R\$114.000,00** a **R\$199.600,00**. Se impressiona verificar que a sociedade brasileira pagou duzentos mil reais para que fosse julgado UM processo na jurisdição militar, o cotejo das dotações dessa jurisdição com, por exemplo, a dotação destinada ao Supremo Tribunal Federal assume ares de autêntico escândalo. Em 2002 o Supremo Tribunal Federal, para julgar cerca de **200.000** (DUZENTOS MIL) processos recebeu dotação de cerca de R\$160 milhões, ao passo que, para julgar **598** (QUINHENTOS E NOVENTA E OITO) processos o STM recebeu quase R\$120 milhões de recursos públicos.

Talvez inspire aqueles responsáveis pelo gasto público ou pela prestação de contas do gasto público verificar de que tratam os 598 PROCESSOS que estão sendo julgados no Superior Tribunal Militar e que teriam tamanho relevo para a realização do direito na sociedade brasileira, a ponto de não poderem ser julgados pelas jurisdições ordinárias, tal como ocorre em quase todo o mundo, com incontáveis ganhos para o sofrido contribuinte. Para não se praticar aleivosias, em sede de trabalho puramente científico, impende reproduzir alguns dos julgados mais recentes que integram a jurisprudência do STM, **verbis**:

Superior Tribunal Militar - Acórdão Num: 2004.01.049588-8 UF: MS Decisão: 22/06/2004

Proc: Apelfe - APELAÇÃO (FE) Cód. 30

Data da Publicação: 27/07/2004 Vol: Veículo:

"Ementa: DESERÇÃO. CABO DO EXÉRCITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA.

1. Restando o delito caracterizado, provado e confessado, inexistindo, em favor do desertor, qualquer causa excludente de culpabilidade e/ou de ilicitude, não há que se falar em absolvição. 2. É entendimento pacífico da Jurisprudência da Corte de que tratando-se de réu maior, graduado e capturado, a pena-base do crime previsto no art. 187 do CPM, deve ser fixada acima do mínimo legal. Improvido o apelo da Defesa. Decisão unânime." Ministro Relator :FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE

Acórdão Num: 2003.01.007132-1 UF: PE Decisão: 18/02/2004

Proc: Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320

Data da Publicação: 20/04/2004 Vol: Veículo:

"Ementa: RECURSO CRIMINAL - ART. 290 DO CPM - ENTORPECENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. LEGALIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL. 1- Soldado do Exército preso em flagrante por porte de entorpecente. Liberdade provisória concedida por ausência de ameaça à hierarquia e à disciplina. 2- A prisão cautelar não se presta a antecipar os efeitos da tutela penal. À luz do princípio constitucional da presunção de inocência, não pode ser dispensado ao acusado o tratamento de condenado antes do trânsito em julgado da decisão penal condenatória. 3- A prisão processual não é regra. Pelo contrário, é medida excepcional apenas aplicável quando realmente necessária, desde que presentes os pressupostos legais e mediante decisão fundamentada da

autoridade judiciária. 4- Recurso improvido. Decisão unânime.” Ministro Relator: FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH

Acórdão Num: 2003.01.033877-2 UF: RJ Decisão: 05/02/2004

Proc: HC - HABEAS CORPUS

Data da Publicação: 09/03/2004 Vol: Veículo: DJ

“Ementa: HABEAS CORPUS - USURA PECUNIÁRIA. ARTIGO 267 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. REVISTA, APREENSÃO E INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. LEGALIDADE. MATÉRIA DE PROVA. DISCUSSÃO INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. 1- Paciente pede tutela jurisdicional contra a instauração de inquérito policial militar iniciado com a apreensão da quantia de nove mil reais, em espécie e em cheques, sob indício da prática do crime de usura pecuniária. 2- Não há qualquer ilegalidade na investigação. Trata-se apenas de uma apuração preliminar de crime militar em tese. Não existe suporte legal para determinar que a autoridade coatora abstenha-se de praticar atos de sua competência. 3- As questões suscitadas pelo paciente - origem e destinação do dinheiro apreendido - são matéria de prova e, portanto, não discutíveis em sede de Habeas Corpus. 4- Ordem denegada; decisão unânime.” Ministro Relator: FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH

Acórdão Num: 2004.01.049563-0 UF: RS Decisão: 27/05/2004

Proc: Apelfo - APELAÇÃO (FO) Cód. 40

Data da Publicação: 28/06/2004 Vol: Veículo:

“Ementa: VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR - I - É sabido que, para a confirmação de qualquer delito, é indispensável verificar-se a atuação do agente, acerca da existência de dolo ou de culpa stricto sensu. Assim, a figura típica, somente, estará configurada se a atuação do agente estiver envolvida por um dos mencionados elementos subjetivos citados. II - Na espécie, autoria e materialidade não comprovadas. E, na dúvida, absolve-se. É o princípio in dubio pro reo. Afinal, sabe-se que provar é produzir um estado de certeza na consciência do Juiz, para sua convicção sobre a existência - ou não - de um fato. Não sendo possível firmar-se a certeza sobre a responsabilidade penal do acusado, deve ele ser absolvido. III - Recurso improvido para manter-se a absolvição do Apelado. IV - Decisão unânime.”

Acórdão Num: 2003.01.007056-2 UF: RS Decisão: 03/04/2003

Proc: Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320

Data da Publicação: 02/06/2003 Vol: Veículo: DJ

“Ementa: RECURSO CRIMINAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PECULATO. 1. A contratação de empresa cuja sócia-gerente é esposa de oficial, mediante dispensa de licitação, com indícios de superfaturamento e realização de serviços contratados pelos próprios militares da organização configura, em tese, o crime de peculato. 2. A presença de indícios de autoria e materialidade tornam a ação penal militar obrigatória. 3. Denúncia formalmente correta, com farta indicação de razões de convicção da delinquência. 4. Recurso ministerial provido para, desconstituindo a decisão hostilizada, receber a denúncia e determinar a baixa dos autos ao juízo de origem para o prosseguimento do feito. Decisão unânime.” Ministro Relator: FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH

Pois bem! O contribuinte brasileiro não sabe, mas está destinando mais de cem milhões de reais/ano para o funcionamento de uma pretensa justiça especializada que decide as seguintes questões: a pena para o crime de deserção pode ser fixada acima do mínimo legal? Soldado preso em flagrante por porte de substância entorpecente deve permanecer na cadeia? Militar que empresta dinheiro a juros em sua unidade deve responder a inquérito policial-militar? Há prova nos autos de autoria e materialidade do crime de violência contra superior, que teria sido praticada por oficial? Configura crime de peculato a contratação de empresa para fornecimento de materiais a uma unidade das Forças Militares, quando a sócia-gerente é esposa de oficial?

O pragmatismo jurídico, seguramente, não se desenvolveu por semelhante campo movediço, em que impera o desperdício de recursos públicos, a mítica noção do que é justiça especializada e, sobretudo, a preservação de um *status quo* que não possui, há muito, qualquer respaldo na sociedade brasileira. A sociedade brasileira tem dado demonstrações claras de que repudia foros privilegiados, justiças miticamente especializadas, que especialização nenhuma tem, a não ser a manutenção de uma mastodôntica estrutura, para o julgamento de meliantes comuns ou de pessoas que, aos olhos das leis gerais da sociedade, sequer meliantes são.

A se manter o atual estado de letargia da sociedade, com respeito ao funcionamento de Cortes que não possuem nenhuma razão de existir, em tempos de paz, continuará o Brasil a ter de aplicar R\$120 milhões anuais e sempre mais recursos, para julgar casos como a AP (FO) 2003.01.049410-3-SP, na qual uma Corte Superior brasileira se reuniu, após manifestação obrigatória do Ministério Público Militar, para decidir se um major de uma Força Militar havia ou não cometido crime ao apontar um revólver e ameaçar “queimar” outro major que, segundo afirmações constantes dos autos, teria mantido um relacionamento extraconjugal com a mulher do primeiro. A sociedade brasileira quer e pode mudar esse estado de coisas, a partir do momento em que tome consciência da distorção que prestações jurisdicionais míticas causam, a um custo inaceitável, sob qualquer ângulo que se tome a questão.

TÍTULO III – A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA APROXIMAÇÃO PRAGMÁTICA EM TORNO DA PRODUÇÃO MÍTICA DE DECISÕES

CAPÍTULO 1 – COMO DECIDEM OS JUÍZES BRASILEIROS: FATORES PSICOLÓGICOS, SOCIAIS E POLÍTICOS NA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: O RACIOCÍNIO JUDICIAL PESQUISADO

III.1.1 – A crise do Judiciário vista pelos juízes: pesquisa quantitativa do IDESP de 1995

Pesquisou-se muito pouco acerca do funcionamento do Judiciário brasileiro e, em especial, acerca dos juízes brasileiros, até a década de 1990. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – IDESP, cujos resultados foram divulgados em 1995³¹⁹, utilizou-se uma amostra de 570 juízes para entrevista, sendo 529 da Justiça Comum e 41 da Justiça Federal, distribuídos em cinco Estados, a saber, Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Goiás e Pernambuco. Buscou-se abranger, no questionário aplicado, as áreas institucional, estrutural e procedimental do trabalho do Judiciário, além de algumas questões doutrinárias ou ideológicas.

O mau funcionamento ou bom funcionamento do Judiciário, segundo a pesquisa, está associado, predominantemente, à existência de recursos materiais, ao excesso ou não de formalidades processuais, ao número insuficiente de juízes e varas, ao número elevado de processos e à legislação ultrapassada.

³¹⁹ SADEK, Maria Tereza (Org.). Uma Introdução ao Estudo da Justiça. São Paulo: Editora Sumaré, 1995.

A lentidão da justiça foi associada, principalmente, ao alto número de recursos, enquanto que a redução de formalidades processuais alinha-se como um dos fatores que reduziria significativamente essa lentidão.

Uma avaliação de conteúdo eminentemente pragmático, relacionada com a atuação do Supremo Tribunal Federal, recebeu, à época (1995) resposta que, em 2004, ano em que esta Tese está sendo finalizada, seria, certamente, inteiramente distinta. Enquanto os juizes entrevistados entendem que o STF cumpre bem o papel de guardião da Constituição, eles pensam que o Supremo Tribunal brasileiro não compatibiliza a ordem jurídica com o imperativo de combate à inflação e não dá eficácia a novas garantias criadas, como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e o habeas data.

As perguntas qualitativas tiveram respostas dignas de realce. Buscando colher traços ideológicos dos entrevistados, a pesquisa obteve o resultado de que 58,2% dos entrevistados entendem que o direito atual e certos objetivos substantivos são inteiramente compatíveis ou muito compatíveis, quando se trata do direito do consumidor; 45,6% dos entrevistados pensa que a compatibilidade ocorre no caso dos direitos difusos, e 38,9% pensa que o direito atual é inteiramente compatível com objetivos dos setores menos privilegiados.

Já com respeito ao direito positivo, a Tabela abaixo traz dados de grande relevo:

Tabela 10

Opinião de Juízes sobre os limites do Direito Positivo (em porcentagem)

Afirmações	Sim*
O juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais.....	73,7
A maior parte da população não tem acesso à justiça.....	48,1
O compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei.....	37,7
O saber jurídico está dissociado da realidade brasileira.....	23,3
A aplicação das leis sempre beneficia os privilegiados.....	14,2
O direito positivo não permite o espírito crítico.....	11,1

Fonte: Pesquisa IDESP – 1995 – A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes

* Soma das respostas “concorda inteiramente” e “concorda muito”.

Não se observava, em 1995, qualquer tendência significativa, entre os julgadores brasileiros, em direção oposta à utilização de raciocínio, ao decidir, baseado no tradicional silogismo jurídico. Embora de natureza qualitativa, houve um reduzidíssimo percentual de juízes refratários à utilização do direito positivo, entendendo, assim, a grande maioria dos entrevistados, que o direito positivo permite o espírito crítico, não beneficia apenas privilegiados e não está dissociado da realidade brasileira. Não é, de igual modo, majoritária a posição daqueles que aceitam o afastamento da legalidade estrita, para que se realize a justiça social.

Em remate, a primeira pesquisa significativa recente, realizada para tentar aferir, entre outros fatores, a presença ou não de considerações de ordem social, política e econômica no momento da decisão judicial, levou ao resultado “não revolucionário”, mas, de certo modo surpreendente, de que o direito positivado ainda é o principal fator levado em consideração pelos prolores de decisões judiciais, a despeito de todas as lutas sociais que ocorreram no Brasil e no mundo civilizado, nas últimas décadas. E apesar, também, do fim das experiências de socialismo real, que findaram no início da década de 1990 e

que, no plano do direito, pareciam se encaminhar na direção do ativismo, do pluralismo jurídico e do direito social.

III.1.2 – Corpo e Alma da Magistratura Brasileira: pesquisa quantitativa da AMB de 1997

A pesquisa “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira”, realizada em 1997, buscou radiografar o Poder Judiciário brasileiro, pelo prisma do fator humano, procurando estabelecer o perfil do juiz, já que este, em pleno processo de reconstrução da democracia no País, seria o elemento humano buscado pela sociedade, quando esta voltava a poder pleitear direitos e garantias, tendo em vista o ideal da democracia e da cidadania. A pesquisa foi encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, e seus resultados foram objeto de artigos isolados e de livro editado pela Revan Editora, em 1997. A amostra era composta de cerca de trinta por cento do total de magistrados brasileiros, o que significou 3.927 questionários recebidos de todo o País.

Talvez sem perceber, eis que o viés que se observa na pesquisa é eminentemente sociológico/antropológico, um dos primeiros resultados obtidos dos dados coletados consistiu na tendência à democratização dos quadros do Judiciário, com o ingresso massivo de pessoas, na carreira de juiz, oriundas dos estratos inferiores ou médios da sociedade; essa tendência é parte de um processo, segundo os pesquisadores, marcado pela adoção do concurso público, na década de 1930, pela institucionalização da carreira de juiz, pela democratização do ingresso nos cursos de Direito, ao final da década de 1960, e pela elevação da magistratura ao papel de participante ativa das instituições da República e de garantidora da democracia. Como, em uma sociedade complexa weberiana, os estratos médios não são revolucionários, a magistratura brasileira ter-se-ia voltado, modernamente, para garantir o funcionamento e a preservação do sistema econômico e não para promover qualquer transformação radical desse sistema. Nas palavras registradas no relatório de pesquisa:

“Enquanto as elites eclesiásticas se aplicavam a um propósito e objeto definidos – a cristianização do povo e, mais tarde, a evangelização conduzida em torno de uma agenda valorizadora da questão social – e, de outro lado, os militares se especializavam no ideário da grandeza nacional e do desenvolvimento das forças produtivas materiais, ambos, portanto, atores centrais à atividade estatal, a destituição do magistrado de suas antigas funções na esfera pública converteu-o em um personagem da burocracia weberiana, dedicado a garantir condições de calculabilidade e de previsibilidade à vida mercantil.”³²⁰

Juízes, portanto, não são os revolucionários de que a Nação por vezes necessita ou a quem confere legitimidade para promover mudanças radicais. Entretanto, examinado o perfil desses produtores do direito, verificou-se, na pesquisa, que a maioria dos juízes consultados era fortemente contrária à intervenção do Estado na vida da sociedade, embora a quase totalidade das respostas tenha registrado que a erradicação da pobreza e a diminuição da desigualdade social, por exemplo, para mencionar uma finalidade social, deve ser um alvo a ser alcançado pelo Estado (92,1% dos entrevistados assim entende). Tão relevante quanto esse objetivo seria a elevação do nível educacional da população, para os juízes consultados (98,1% dos juízes consultados pensa assim).

Esse mesmo juiz que acredita na erradicação da pobreza, vê como relevantes e alcançáveis, em termos de objetivos sociais, o acesso universal e gratuito aos serviços de saúde, a educação básica universal e gratuita, a aposentadoria por tempo de serviço e os programas públicos de construção de casas populares. Ele não crê na viabilidade de um seguro-desemprego universalizado, de um programa de renda mínima para todos os acima de 25 anos, de um programa de distribuição de alimentos aos pobres ou de aposentadoria independentemente de contribuição.³²¹

A partir da junção de variáveis pesquisadas, chegou-se à conclusão de que não há uma polarização significativa entre os juízes, no tocante ao modo como estes encaram as funções que exercem. É reduzido, assim, o percentual de juízes que crêem que sua atividade se apóia em um modelo de certeza

³²⁰ VIANNA, Luiz Wernneck et alii. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Op. cit. p. 90.

³²¹ VIANNA, Luiz Wernneck et alii. *Ibid.* p. 247.

jurídica a ser alcançada (3,2% da amostra) e também é baixo o percentual daqueles que pensam que o Poder Judiciário tem um papel ativo (“protagonismo”) como ator da mudança social (7,8% dos entrevistados). A contrapartida é clara. Verificou-se que não há, no Judiciário brasileiro estudado pela pesquisa, uma tendência significativa em favor nem da neutralidade do Poder Judiciário, nem da intervenção elevada do Judiciário nos processos sociais em curso (30,6% dos entrevistados). Manifestaram-se pouco favoráveis a essa intervenção 46,4% dos entrevistados.

É inegável, assim, se considerada a pesquisa da Associação de Magistrados do Brasil de 1997, que não há um liame incontroverso, um padrão claro, que se possa estabelecer entre o perfil social e antropológico do magistrado brasileiro e as políticas sociais e de intervenção seletiva do Estado na sociedade a que o magistrado adere.

Relevante, porém, na pesquisa de 1997, é o aprofundamento que os pesquisadores puderam começar a fazer, no que concerne aos dados sociológicos e antropológicos do juiz e à influência desses fatores no conteúdo das decisões que profere. Não há negar, entretanto, que o caráter inconclusivo de muitos dos dados levantados pelos pesquisadores de 1997 lança um intrigante questionamento, que diz respeito à existência ou não, efetivamente, de um “juiz” brasileiro ou de uma magistratura brasileira, no sentido de um ser pensante ou de um corpo de seres pensantes, com a função estatal de dizer qual é o direito a ser aplicado a cada um dos casos concretos a eles diariamente submetidos. Pensar na existência desse “ser pensante” ou desse “corpo de seres pensantes” somente tem relevo se houver relações definidas, ainda que mutáveis, talvez até mesmo passíveis de serem reduzidas a um modelo, entre os seres e as decisões que proferem. Examinemos mais algumas pesquisas com estes questionamentos em mente.

III.1.3 – Mercado de Crédito no Brasil: o papel do Judiciário e de outras instituições: 1998

Em 1998 realizou-se pesquisa singular, como parte do projeto “Institutional Arrangements to Ensure Willingness to Pay in Financial Markets: A Comparative Analysis of Latin America and Europe”, empreendido pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, no contexto da Rede de Centros de Pesquisa do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID. O estudo busca identificar algumas características que teriam tornado mercados financeiros em países em desenvolvimento “imaturos”, ou seja, com alta propensão ao não pagamento dos empréstimos tomados pelas pessoas. Uma das hipóteses principais utilizadas na pesquisa reside no suposto de que existiriam fatores institucionais que afetariam a propensão do devedor a pagar e, em consequência, a propensão das instituições financeiras a emprestar.

Um fator institucional capaz de influenciar essa propensão ao adimplemento dos empréstimos residiria no sistema judiciário. A pesquisa da FGV faz referência a estudo anterior, de 1996, que teria concluído que a parcialidade dos juízos trabalhistas estaria causando prejuízos aos trabalhadores, uma vez que elevaria os custos da mão-de-obra no mercado formal e, em consequência, também elevaria o contingente de pessoas na informalidade. Já em 1998, o estudo empreendido é de natureza qualitativa, no sentido de procurar determinar como o sistema judicial brasileiro é visto pelos executivos de empresas e como pode ser avaliado o custo econômico que a ineficiência do Judiciário traria para a produção, o investimento e o emprego.

Após apresentar alguns dos dados principais que caracterizariam o mercado de crédito e a inadimplência dos empréstimos no Brasil, para o período 1988/1997, o estudo ora sob análise constata que a recuperação de créditos no Brasil é marcada pela concessão de grandes descontos, não sendo incomum que bancos, por exemplo, negociem quitações extrajudiciais por 40% do valor do débito em aberto.

Já no tocante à cobrança judicial, entendem os pesquisadores que esta tem como acento o excessivo formalismo, permitindo, de diversas formas, a postergação da solução do débito. Estimativas feitas pelos autores do estudo concluem que uma cobrança judicial pode levar de um a dez anos, dependendo do Estado brasileiro em que seja proposta a ação e, especialmente, dependendo do fato de o devedor possuir ou não garantias que assegurem o sucesso da execução forçada.

A prestação jurisdicional é distinta no território pátrio, segundo os autores do estudo, em razão de fatores como os seguintes: há tribunais muito “politizados”, que tendem a acomodar interpretações personalistas da mesma lei, adaptadas à visão “política” do juiz, sendo que alguns entendem que é sua função indeferir cláusulas contratuais que afrontem a justiça social, além de redistribuir renda ou propriedade; haveria “corrupção” em alguns estados; as custas e honorários variam de estado para estado; a formação dos juízes não é uniforme no País.

Portanto, esse conjunto de variáveis qualitativas, permitiria a construção de um “índice de ineficiência judicial”. A ineficiência eleva o custo das demandas judiciais, causa morosidade excessiva e parcialidade eventual nas decisões judiciais. Um resultado obtido pelo estudo é o de que haveria uma relação efetiva entre a ineficiência judicial e o Produto Interno Bruto (expressão monetária da quantidade de bens e serviços produzidos no País em determinado período de tempo), de tal modo que a redução da ineficiência judicial torna-se importante, para possibilitar o desenvolvimento do mercado de crédito e, assim, o desenvolvimento e o crescimento econômico do País.

Ao contrário das estatísticas relativamente neutras provenientes das pesquisas acerca do perfil do magistrado brasileiro, este estudo a respeito de um suposto “índice de ineficiência judicial” deve ser entendido com ressalvas, quando utilizado para a compreensão da argumentação jurídica e judicial no Brasil. Fatores institucionais distintos seguramente podem levar a resultados judiciais distintos, mas não há comprovação empírica de que dois juízes ou

dois tribunais que necessitem realizar o mesmo trabalho de subsunção, diante de fato comum e de norma existente comum em um mesmo sistema jurídico irão, necessariamente, produzir decisões diferentes. Mais do que isto: na sociedade da informação, em que circulam idéias, doutrinas e decisões com uma velocidade muitas vezes superior ao que ocorria até um passado recente, é lícito esperar que as decisões produzidas não irão diferir significativamente. Existe uma discussão relevante, para o caso de negativa de prestação jurisdicional ou de mitificação de decisões, situações já antes examinadas. Ocorre que o fato de um tribunal produzir um “julgamento” que, de fato, não existiu, não é o fator que irá elevar ou reduzir a eficiência dos serviços de recuperação de crédito das empresas brasileiras. Também não há evidência de que essa eficiência guarde qualquer relação estaticamente significativa com o desempenho de órgãos do Poder Judiciário, uma vez que não há dados confiáveis e sequer se conhece um modelo confiável a respeito da participação do Poder Judiciário na recuperação ou não de créditos de pessoas naturais ou jurídicas brasileiras. Convém, assim, examinar os estudos do novo milênio, iniciados pela pesquisa, com aparente viés econômico, de Armando Castelar Pinheiro.

III.1.4 – A Justiça no espelho do magistrado: pesquisa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDF de 2003

A pesquisa foi realizada com magistrados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF, objetivando traçar um perfil desses juízes, a par de conhecer a opinião que mantinham acerca das condições em que trabalham, bem assim a respeito do Judiciário e da carreira da magistratura. Registrou-se um retorno de 77% dos questionários distribuídos, o que torna a amostra digna de atenção.

No plano qualitativo, chamam a atenção duas respostas dos juízes a questionamentos que indicariam tendências para a aprovação de um “protagonismo” ou “ativismo” judicial ou, alternativamente, de uma neutralidade do Judiciário. Registra a pesquisa que 60,1% dos magistrados consultados entende que o Poder Judiciário deve participar de campanhas de educação da sociedade para a vida pública e cidadania, 28,1% sustentam que essa participação deve ser mais ativa nas discussões políticas do país, o que significa que a quase totalidade dos juízes pesquisados não concorda com a intervenção do Judiciário apenas quando provocado por indivíduos ou grupos em conflito. Por seu turno, a não neutralidade do Judiciário foi reconhecida por nada menos que 87,5% dos juízes consultados, que sustentam o ponto de vista de que o juiz deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais, influenciando na mudança social.

A Justiça do Distrito Federal não discrepa das demais já examinadas, no que concerne à identificação dos principais problemas que estariam causando dificuldades para a prestação jurisdicional. Os principais problemas, nos termos da pesquisa realizada, são a sobrecarga de trabalho, a ausência de recursos humanos e materiais, o excesso de formalidades nos procedimentos seguidos e certa inadequação da legislação brasileira às demandas do presente.

Registre-se que, mesmo entre especialistas no trato com o Direito, há um entendimento incorreto acerca do que se passa nas lides forenses. A análise

qualitativa do Judiciário tem sempre sido associada à morosidade dos procedimentos judiciais, ao excesso de recursos, havendo referências explícitas, como ocorre nesta pesquisa do TJDFT, no sentido de que a morosidade seria mais acentuada em tribunais superiores, uma vez que estes teriam poucos membros, para apreciar um número elevadíssimo de demandas.

O exame de pesquisas acerca do funcionamento do Judiciário revela que há análises que pecam em razão do conteúdo, da forma e da direção. Esta Tese procura redirecionar a análise, para demonstrar que o número de juízes talvez seja o fator de mais ínfimo relevo, na explicação da morosidade do Judiciário e dos demais problemas que esse Poder enfrenta. A questão, como se tem acentuado nesta Tese, centra-se na argumentação jurídica e judicial e, em especial, na utilização mítica dessa argumentação, de um modo desconhecido pela massa da sociedade. Ainda voltaremos a esta questão.

III.1.5 – Imagem do Poder Judiciário: pesquisa qualitativa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB de 2004

Trata-se de pesquisa realizada, em 2004, pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, com o intuito de identificar os elementos que formariam uma “imagem” do Poder Judiciário brasileiro. Utilizou-se a técnica de “Discussões em Grupo”, para a produção de resultados qualitativos, com dezesseis grupos de discussão em cidades brasileiras, que se reuniram entre os dias 1 e 5 de março de 2004.

É interessante destacar alguns dos resultados alcançados pela pesquisa, no tocante ao Poder Judiciário. O Judiciário está vinculado à idéia de “segurança pública”, razão pela qual é associado, com freqüência, a agentes de polícia, a delegados, à ordem pública, ou até a uma organização fechada, que revisa leis que já estejam ultrapassadas. Esse Poder seria marcado pela distância em relação aos problemas do povo, ou por ser antiquado e favorecer ricos, já que estes podem contratar melhores advogados, além de ser marcado pela lentidão.

Já a imagem dos juízes, à luz da pesquisa qualitativa realizada, é admirável. A média dos pronunciamentos colhidos leva à avaliação de que seriam pessoas sérias, inteligentes, que estudam e trabalham muito, detendo muito poder sobre as pessoas comuns, o que geraria, nestas a mistura de medo e desconfiança. Haveria, contudo, aspectos negativos a ressaltar, como aqueles relacionados à impunidade, parcialidade e corrupção, estampados na mídia, e à grande distância entre o juiz e o povo.

Um aspecto que chama a atenção, na avaliação qualitativa do Judiciário, está na estupefação que causaria a constatação, por pessoas comuns, de que podem ocorrer interpretações distintas, dadas por juízes diferentes, para o mesmo caso. Isto conduziria à conclusão de que a reforma de uma decisão de instância inferior, por instância superior, ainda que para pessoas com um

razoável nível de informação acerca do Poder Judiciário, pareceria uma clara incoerência.

Dignas de notas são algumas das conclusões da pesquisa, no sentido de que *“a imagem do Judiciário é de uma ‘caixa preta’, misteriosa, pouco acessível ao indivíduo comum e que contém segredos que apenas seres especiais (os juízes) podem decodificar. [...] O juiz é a principal figura e que representa o Judiciário perante o público, constituindo elemento fundamental para a credibilidade e a confiança no sistema. Desperta sentimentos de respeito e solidariedade, já que é visto como alguém poderoso, mas que trabalha muito e tem grande responsabilidade.”*³²²

³²² Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Pesquisa Qualitativa: “Imagem do Poder Judiciário”. Brasília-DF: julho de 2004, p. 29. É interessante constatar a percepção que os entrevistados possuem com respeito até mesmo ao denominado “controle externo” do Judiciário. Registra o Relatório de Pesquisa que os entrevistas “imaginam que o controle possibilitaria, por exemplo, a agilização dos processos e a prestação de contas quanto às verbas repassadas. No tocante à atuação dos juízes, não há consenso: de uma lado, seria desejável ‘evitar falcatruas’, mas, de outro, há preocupações quanto à preservação de sua autonomia ao julgar os processos. Ao mesmo tempo, a idéia do controle externo desperta dúvidas e incertezas entre os participantes: Quem faria o controle? Qual a participação do povo? Qual a interferência na atuação dos juízes? E por quem ele seria fiscalizado?” (Cf. Ibid. p. 58).

III.1.6 – Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os Judiciários nacionais

A Associação de Magistrados Brasileiros, através de sua revista, promoveu a divulgação de artigo baseado em dissertação de mestrado defendida por Ana Paula Lucena Silva Candéas. O artigo gira em torno das recomendações constantes de relatórios do Banco Mundial para o Poder Judiciário em um mundo globalizado.³²³ A idéia por trás do artigo é a de que o Banco Mundial, como organismo internacional especializado, integrante do sistema da Organização das Nações Unidas – ONU, tem como missão pesquisar e apoiar iniciativas que estimulem a economia de mercado. O Poder Judiciário, nesse contexto, é visto como um dos instrumentos que pode favorecer investimentos em economias de mercado, desde que esse Poder *“combata a ‘síndrome da ilegalidade’, proteja a propriedade privada, garanta o cumprimento dos contratos e seja previsível”*.³²⁴

Com esse propósito, o Banco Mundial promove pesquisas, conferências e elabora modelos indicativos (opcionais) de alteração de legislação ou de políticas, que são postos à disposição dos países. Uma conferência relevante é relatada pela autora do artigo. Trata-se da “Comprehensive Legal and Judicial Development – Toward an agenda for a just and equitable society in the 21st century”, promovida pelo Banco Mundial e realizada em Washington, em junho de 2000. A conferência discutiu os requisitos para que um sistema judicial seja bem sucedido, bem como alternativas para exercer o controle de governos, para elevar o acesso à justiça, além de mecanismos informais de resolução de controvérsias, combate à corrupção, reformas e independência do Judiciário.

³²³ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e os Judiciários: os valores recomendados pelo Banco Mundial para os Judiciários Nacionais. In Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Ano 7, n. 13, 1º semestre de 2004, p. 17-39.

³²⁴ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Ibid. p. 17.

Percebe-se que um conceito que perpassa as análises e pesquisas do Banco Mundial é a previsibilidade das decisões judiciais. A autora do estudo destaca que há duas percepções quanto ao que seja a previsibilidade:

“A preocupação de alguns economistas e investidores, refletida nos documentos do Banco Mundial, é a de que o Judiciário seja previsível e eficiente, reduzindo a margem de risco, garantindo o cumprimento dos contratos, proferindo decisões não-politizadas nem desestabilizadoras da confiança dos investidores. Por seu turno, os magistrados estão impregnados dos valores do Estado, valores democráticos sob uma perspectiva de justiça: no processo de formação de seu convencimento, o juiz busca restabelecer o equilíbrio das partes, em particular usando da eqüidade no julgamento sobre contratos.”³²⁵

Essas visões são bastante distintas, como se pode facilmente perceber. Os economistas trabalham com as variáveis do cálculo econômico e, portanto, entendem que decisões sobre investimentos, por exemplo, somente podem ser tomadas em um ambiente de risco controlável, mas sempre reduzido ou nulo. Trabalhar com perdas certas de lucratividade não faz parte da atividade dos economistas, embora estes não se afastem de uma atividade, somente porque as perspectivas de ganho apontam para a sua realização somente a médio ou longo prazo.

Já no que toca aos juristas, a concepção de risco somente pode fazer parte do rol de questões que levarão em conta, quando proferem decisões, se aderirem a alguma concepção pragmática do raciocínio jurídico, seja ele o pragmatismo filosófico ou o pragmatismo corrente, do dia-a-dia (Posner).

A autora do artigo declara, textualmente, que um dos objetivos do Banco Mundial, com sua cruzada na direção jurídica, é o de influenciar os Judiciários nacionais, no nível institucional e em nível individual. A atuação em nível institucional consiste em obter a adesão dos órgãos dos Judiciários em um processo de modernização, para que possam melhor atender às demandas do mundo globalizado. Quanto aos juízes (nível individual), a intenção do Banco Mundial é a de comprometer magistrados com a participação em uma atividade

³²⁵ CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Op. cit. p. 18.

que assegure ambiente favorável ao investimento, exatamente não permitindo o desrespeito à propriedade e aos contratos.

No sistema proposto pelo Banco Mundial, os comprometimentos e o ambiente favorável são obtidos através de um Judiciário que faça nomeações independentes, avalie seus serviços, promova meios alternativos de solução de conflitos e de capacitação de operadores do direito em geral. Tudo isto se resume, segundo a série de valores que o Banco Mundial define como aqueles que os Judiciários devem alcançar, no exercício de sua missão, à eficiência (o Judiciário facilitando o funcionamento dos mercados), à acessibilidade (redução de custos, ampliação da cobertura social do Judiciário), à credibilidade (idoneidade, não arbitrariedade na aplicação de regras), à transparência (prestação de informações, responsabilidade perante os usuários), à independência (interpretação da lei de forma eficiente e previsível, com independência decisória, independência em relação às instâncias superiores e independência pessoal do juiz apoiada em prerrogativas necessárias ao exercício do cargo), ao respeito à propriedade e aos contratos (os mercados necessitam de alicerces institucionais; a propriedade deve ser protegida contra o roubo, a violência e contra atos predatórios; o respeito aos contratos seria o outro pilar dessa construção) e à previsibilidade. A previsibilidade merece atenção especial, para finalizar esta seção.

Haveria, ao ver da autora, o choque entre duas visões a respeito da previsibilidade. Uma visão, adotada pelo Banco Mundial e por adeptos da “Nova Economia Institucional” (IDESP e outros) privilegiaria a previsibilidade das decisões judiciais como sendo necessária, para que o Estado atue como um “vetor de certezas”, sem mudanças abruptas de regras ou de interpretações. Outra visão apoiar-se-ia na concepção de que o Judiciário tem de ser marcado pela independência do juiz, que é superior, valorativamente, à previsibilidade pura e simples.³²⁶

³²⁶ Cf. CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Op. cit. p. 32-33.

É interessante notar, ainda no tocante à previsibilidade, que esta, ao ver de Ana Candeas, não é explicada por nenhum fator objetivo, ao contrário do que ocorre com a eficiência, por exemplo, que está atrelada a fatores como o custo, a rapidez, o acesso à justiça. A previsibilidade registre-se, é, evidentemente, no momento do conflito, o elemento de certeza que se introduz nas decisões, quer do empresariado, nacional ou estrangeiro, quer das pessoas singulares e assim dos órgãos dos Poderes do Estado.

Ocorre que a previsibilidade, hoje, no Brasil, é distinta, quando se consideram os tribunais superiores e as demais instâncias do Poder Judiciário, não em razão de fatores que até mesmo podem ser considerados lógicos e racionais, tais como o interesse de instituições internacionais ou nacionais em obter garantias de que, no Brasil, haverá ambiente propício para a realização de investimentos. A previsibilidade, nas instâncias inferiores, é afetada, isto sim, pela visão peculiar de juízes, a que já fizemos referência, que, majoritariamente, privilegiariam a justiça social, em detrimento dos contratos.

Nos tribunais superiores, esta Tese leva à conclusão de que nada tem a temer, instituições, como o Banco Mundial, uma vez que impera quase que a certeza a respeito do modo como decidem essas Cortes, quer em razão do uso sistemático de precedentes, quer em razão da interpretação quase gramatical da lei, quer em virtude do julgamento mítico, equivalendo a um não-julgamento da grande maioria dos recursos lá levados, ou de votos que, em alguns casos, são produzidos até mesmo por valorosos estagiários, ou por jejunos no direito, recém-saídos de bancos de faculdades, único meio de dar conta do volume impressionante e injusto de processos que chegam diariamente a esses tribunais, sem que se tenha a força ou o interesse em pôr fim a esse estado de coisas quimérico.

III.1.7 - Judiciário, Reforma e Economia: pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) de 2003

Os estudos de Armando Castelar Pinheiro acerca da ligação ou do confronto entre a economia e o Poder Judiciário brasileiro ocupam um papel de destaque nas pesquisas relativas ao modo como funcionam, institucional e pessoalmente, os órgãos que exercem a jurisdição no País. Nestas rápidas notas a atenção estará voltada para um amplo estudo de Pinheiro, realizado no ano de 2003, para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, do Ministério do Planejamento, sintetizado em dois Textos para Discussão. São eles “Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados” e “Direito e Economia num Mundo Globalizado: cooperação ou confronto?”³²⁷ O prisma que importa para esta Tese é a análise dos fatores que influenciam o modo como os magistrados produzem as decisões que proferem.

Nesse tocante, Pinheiro parte da constatação de que o principal problema existente no Judiciário, segundo 9 entre 10 empresários pesquisados pelo IDESP, é a lentidão na resolução de conflitos. A consequência da lentidão está em que o Judiciário é utilizado, especialmente por empresas e pelo Poder Público, não para a solução de conflitos, mas para impedir que a solução aconteça, ou seja, para postergar o cumprimento de uma obrigação.

Um resultado obtido por Pinheiro também chama a atenção. Em pesquisa realizada por ele, no ano de 2000, envolvendo 86.000 casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, constatou-se que os casos envolviam não mais do que 100 questões diferentes.

³²⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num Mundo Globalizado: cooperação ou confronto? Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Texto para Discussão n. 963. Rio de Janeiro, julho de 2003; Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Texto para Discussão n. 966. Rio de Janeiro, julho de 2003.

Portanto, a morosidade do Judiciário está acoplada a um grande número de processos, a um reduzido número de questões em discussão e ao uso sistemático das instâncias judiciais, especialmente pelo Poder Público, para protelar a solução de conflitos, ou seja, para postergar o cumprimento de obrigações.

Participando desse processo estão os magistrados analisados por Pinheiro. Segundo apurado por ele, em 2002, os juízes brasileiros apóiam reformas estruturais na economia e no próprio Judiciário, sendo majoritariamente favoráveis à privatização, à redução de barreiras às importações, ao ingresso de capital estrangeiro no setor bancário, à flexibilização da legislação trabalhista e ao fortalecimento da proteção à propriedade intelectual.

Evidencia-se, desde logo, que o juiz brasileiro não é um normativista renitente, infenso à sucessão de fatores capazes de influenciar suas decisões. Alguns desses fatores podem ser resumidos no conceito de “politização” das decisões judiciais, como reproduzido na Tabela 11 abaixo:

Ressalte-se que o conceito de “politização” corresponde à não-neutralidade do Judiciário, expressa no conceito por detrás de perguntas como esta, que foi colocada perante os entrevistados pelo Idesp em 2000 e examinadas por Pinheiro em 2002: “Argumenta-se que o Judiciário tornou-se mais politizado em anos recentes, o que freqüentemente leva a decisões que são baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma interpretação rigorosa da lei. Em sua opinião, quão freqüentemente isso acontece?”

As respostas apontam que 20,2% dos magistrados afirmaram que a politização ocorria com freqüência, enquanto que nada menos que 50,2% disseram que ocorria ocasionalmente, o que leva Pinheiro a concluir que a “politização”, conquanto não reconhecida como sempre presente na mente dos

magistrados, é conhecida por eles.³²⁸ Confirmam-se os dados colhidos por Pinheiro:

Tabela 11

Frequência da "Politização" nas Decisões Judiciais por Tipo de Causa [em %]						
	Muito freqüente	Algo freqüente	Pouco freqüente	Nunca ou quase nunca ocorre	Não sabe/sem opinião	Não respondeu
Trabalhista	17,0	28,1	25,9	12,0	10,7	6,3
Tributária	10,5	28,1	34,3	9,9	9,2	8,1
Comercial	3,24	14,44	43,59	16,73	12,55	9,45
Propriedade intelectual	1,9	10,5	35,1	20,1	22,7	9,7
Direitos do consumidor	12,0	29,6	25,8	13,4	10,9	8,4
Meio ambiente	17,1	28,2	22,1	10,9	12,4	9,2
Inquilinato	4,9	15,2	35,1	22,7	12,8	9,3
Previdência social	14,7	31,3	27,1	9,6	9,3	8,0
Mercado de crédito	12,0	27,4	26,9	10,3	14,6	8,9
Privatização	25,0	31,4	17,5	5,5	11,9	8,6
Regulação de serviços públicos	17,9	32,5	20,9	7,4	13,0	8,2

Fonte: Pinheiro (2002).

Essa "politização" localizada por Pinheiro na mente dos juízes brasileiros leva o pesquisador a alçar vôo para paragens muito mais distantes. Entende Pinheiro que funciona no Brasil um híbrido entre o sistema da *civil law* e da *common law*, entendidos como o sistema do cumprimento rigoroso da lei pelo juiz e o sistema em que o direito é produzido, em certo grau, pelo juiz. Esse hibridismo, para Pinheiro, estaria levando à insegurança jurídica. Afirma Pinheiro:

"Uma melhor compreensão dos economistas sobre essa questão é absolutamente importante. Obviamente, também é importante que os juízes entendam melhor a repercussão econômica das suas decisões, e, em particular, que quando eles buscam a justiça social estão mandando sinais e afetando expectativas e comportamentos dos

³²⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num Mundo Globalizado: cooperação ou confronto? Ibid. p. 17.

agentes econômicos em geral, no Brasil e no exterior. Precisam entender que essa justiça que eles buscam pode, num segundo momento, não se verificar, pois os agentes econômicos adaptam-se à forma de decidir do magistrado. Uma justiça que busca privilegiar o trabalhador acaba diminuindo o nível de emprego e aumentando a informalidade. O juiz que favorece os inquilinos diminui o número de imóveis disponíveis para aluguel. O magistrado que beneficia pequenos credores estará em um segundo momento aumentando os juros que lhes são cobrados ou mesmo alijando-os do mercado de crédito. Ainda que a capacidade de reação dos agentes possa ser pequena no curto prazo, ela é razoavelmente alta em prazos mais longos.”³²⁹

Ao que parece sem saber, Armando Castelar Pinheiro produziu um impressionante repto aos não adeptos do pragmatismo jurídico, em sua versão moderna, ou seja, o pragmatismo do dia-a-dia de Posner. A questão que sempre se coloca, valorativamente, quando se está diante de considerações provocativas, como estas de Pinheiro, consiste em saber se o juiz deve agir sempre tendo em mira as conseqüências. Ou seja, é ínsito ao exercício da jurisdição olhar as conseqüências? O juiz deve decidir diferentemente, em razão das conseqüências? Se o juiz tiver em mente as conseqüências, há qualquer possibilidade de ele agir com “independência”, no processo de tomada de decisão? E, ainda: quem é capaz de avaliar corretamente as conseqüências, dizendo a última palavra a respeito delas?

Pinheiro reconhece, em boa hora, que a visão do Judiciário como produtor de serviços não leva em conta a complexidade técnica que cerca o exercício da jurisdição e, em especial, as barreiras políticas e as questões éticas que esse processo envolve, inexistindo soluções simplistas ou óbvias.

Todavia, restam questões de conteúdo controvertido, para serem solucionadas, a exemplo do conceito de segurança jurídica que se quer implementado na democracia brasileira *vis-à-vis* o incentivo que a lentidão dos procedimentos judiciais dá às partes mal-intencionadas, para que posterguem o cumprimento de obrigações certas.

³²⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num Mundo Globalizado: cooperação ou confronto? Ibid. p. 19.

Essa mesma definição da segurança jurídica desejada pode-se pôr em conflito com o conceito de justiça social, uma vez que, segundo constatado pelas pesquisas acerca do Judiciário, quando o magistrado “politiza” suas decisões, ele o faz, em regra, para favorecer “excluídos” ou para beneficiar partes menos favorecidas no conflito de interesses. Esse é o momento em que os magistrados parecem se munir, sem hesitações, do instrumento ao seu alcance – a decisão judicial não provocada por eles – para exercer, com a força da jurisdição estatal, o papel de redutores de desigualdades sociais.

Por isso, persiste, a seguir-se a análise de Pinheiro, um grande objetivo a ser alcançado, que consiste na concentração de esforços para a elevação, ao máximo possível, da previsibilidade das decisões judiciais, o que contribuiria, em muito para manter sob controle essa “*intervenção*” do Judiciário no curso regular das relações sociais. Para melhor compreensão dos fatores que afetam a previsibilidade da decisão judicial, Pinheiro levantou as principais causas que afetam a capacidade de as partes anteciparem a decisão dos juízes. A Tabela 12 abaixo mostra-se de utilidade, sendo de destacar a presença de fatores como as deficiências do ordenamento jurídico, a falta de clareza das decisões dos tribunais superiores e a tendência ao prevalecimento de “detalhes processuais” e a alta frequência de recursos, como as principais variáveis não controláveis no processo de decisão judicial. Confira-se a Tabela desenhada por Pinheiro:

Tabela 12

Importância de Fatores que Prejudicam a Previsibilidade das Decisões Judiciais

Questão 19: "Qual é, na sua opinião, a relevância dos seguintes fatores como obstáculos que reduzem a *previsibilidade* das decisões judiciais, isto é, a capacidade das partes de antecipar a decisão dos juízes, particularmente em se tratando de casos iguais ou semelhantes a outros já julgados?"

		Muito relevante	Relevante	Pouco relevante	Sem nenhuma relevância	Não sabe / sem opinião	Não respondeu
Deficiências do ordenamento jurídico	Frequência	221	289	150	45	8	28
	(%)	29,8	39,0	20,2	6,1	1,1	3,8
Falta de preparo técnico dos juízes	Frequência	81	219	280	116	19	26
	(%)	10,9	29,6	37,8	15,7	2,6	3,5
Excessiva "politização" dos juízes	Frequência	48	171	320	154	19	29
	(%)	6,5	23,1	43,2	20,8	2,6	3,9
Falta de clareza nas decisões dos tribunais superiores	Frequência	68	231	264	128	20	30
	(%)	9,2	31,2	35,6	17,3	2,7	4,0
Tendência a decisões serem tomadas em função de detalhes processuais	Frequência	136	330	169	58	17	31
	(%)	18,4	44,5	22,8	7,8	2,3	4,2
Frequentes recursos a liminares	Frequência	171	255	188	88	13	26
	(%)	23,1	34,4	25,4	11,9	1,8	3,5
Equívocos na instrução dos processos	Frequência	86	282	251	80	14	28
	(%)	11,6	38,1	33,9	10,8	1,9	3,8
Estrutura monocrática do Judiciário brasileiro	Frequência	60	121	249	258	24	29
	(%)	8,1	16,3	33,6	34,8	3,2	3,9

Fonte: Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos Magistrados; Armando Castelar Pinheiro, 2003.

Uma síntese das considerações de Pinheiro a respeito da previsibilidade está no fato de que não é o mérito das questões levadas aos tribunais o principal fator da imprevisibilidade, mas, sim, a quase infinita possibilidade de erros ou defeitos no processo ou no procedimento, que, respaldados pela lei, tornam míticas as decisões, especialmente nas instâncias superiores. Estas decisões, como já se teve a oportunidade de constatar nesta Tese, não ferem o mérito. Do mérito se quer distanciamento. Buscam-se as imperfeições procedimentais, o periférico, o repetitivo, para o não-julgamento. Finalizaremos

este Capítulo com análise breve da mais recente pesquisa a respeito do funcionamento do Judiciário brasileiro.

III.1.8 – Diagnóstico do Poder Judiciário: pesquisa do Ministério da Justiça/Fundação Getúlio Vargas-SP de 2004

Quando esta Tese se achava em sua fase conclusiva, divulgou-se pesquisa denominada “Diagnóstico do Poder Judiciário”, realizada, para o Ministério da Justiça, pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-São Paulo. Como havia, em 2004, uma Secretaria de Reforma do Judiciário em funcionamento, pertencente à estrutura do Ministério da Justiça, esse órgão entendeu que sua contribuição para a reforma consistiria na coleta e disponibilização de dados relativos a esse Poder, de tal modo a permitir o aprofundamento da discussão acerca de sua transformação.

Alguns dados significativos emergiram da pesquisa. Cumpre destacar alguns deles. A Justiça do Trabalho, na 1ª e 2ª Instâncias, segundo a pesquisa, possui 18,3% dos magistrados do Brasil e recebe 12,5% do total de processos ajuizados no País. Cotejando esse resultado com o que consta da Tabela 3, elaborada e incluída nesta Tese, tem-se o impressionante resultado de que, para processar 12,5% dos processos ajuizados no Brasil, essa Justiça especializada, notoriamente caracterizada pelo reduzido grau de complexidade técnico-jurídica das questões existentes em suas demandas, consome praticamente a metade das dotações orçamentárias dirigidas para o atendimento à Justiça da União. Assim, não é a complexidade dos processos o que justifica tamanho dispêndio de recursos públicos pela Justiça do Trabalho, mas, certamente, um conjunto de outros fatores, mormente depois da inexplicável instalação de um tribunal regional do trabalho em quase todos os Estados brasileiros, fundada exclusivamente em razões paroquiais ou políticas, fato ocorrido por força da Constituição de 1988.

Consigna o relatório que a Justiça com a menor proporção magistrados/processos é a Justiça Federal, o que, segundo os estudiosos, justificaria a criação recente de centenas de Varas Federais (Cf. Lei n. 10.772/03 – total previsto de varas a serem criadas: 498; e seis “órgãos” de 2ª

Instância). Os autores do relatório de pesquisa, trabalhando exclusivamente com o dado estatístico proporção de magistrados/processos, esqueceram-se, porém, de examinar o que ocorre em uma vara da Justiça Federal, no tocante ao caráter repetitivo ou não dos processos e demais características da demanda por “serviços judiciais”, já que, em regra, essa Justiça da União é marcada por equívocos para os quais não se vêem iniciativas que tendam a corrigi-los, a exemplo, apenas para mencionar alguns, da esdrúxula presença, entre os legitimados para propor e responder ações, de todos os conselhos de profissões regulamentadas. Dá-se, assim, a incrível distorção de que, se o CREA, por exemplo, quer cobrar a anuidade de um engenheiro civil, tem de ajuizar a ação perante a Justiça das causas da União, ou seja, perante a Justiça Federal. Esqueceram-se, também, que a criação dos Juizados Especiais Federais já deve, a esta altura, estar produzindo efeitos, em termos do volume de pequenos processos ajuizados contra o INSS. Ademais, os já quase negociados contenciosos da revisão de aposentadorias (INSS) e do FGTS (Caixa Econômica Federal) permitem prever a redução significativa de causas em trâmite na Justiça comum Federal, ou seja, a Justiça Federal que exclui as varas criminais, as varas de executivos fiscais e os juizados especiais. Como o governo no Poder em 2004 não tem apetência por planos econômicos, a situação torna-se paradoxal. Reunidos os aludidos elementos, é lícito esperar severa redução da demanda por serviços na Justiça Federal. Enquanto isso ocorre, meio milhar de varas é criado. Estas breves e apressadas observações servem apenas o propósito de deixar consignado que a matéria não tem os contornos apresentados no relatório de pesquisa sob exame.

A solução simplista do aumento de juízos e tribunais somente pode ser explicada porque se trabalha, no Brasil, com estatísticas também simplistas, que, além de não revelarem o fenômeno que procuram medir, mistificam a realidade, conduzindo o processo de decisões exatamente na direção oposta daquela que se impõe.

Examinem-se mais estes dados, colhidos na pesquisa do Ministério da Justiça ora sob apreciação, e que concernem ao que seria a “produtividade” dos juízes brasileiros.

Tabela 13
Produtividade dos Juizes Brasileiros - 2003

Tribunal	Julgados / Magistrados	Índice
Supremo Tribunal Federal	9.806	888
Superior Tribunal de Justiça	6.576	596
Superior Tribunal Militar	44	4
Tribunal Superior do Trabalho	5.733	519
Tribunal Superior Eleitoral	330	30
Justiça do Trabalho 1ª Instância	794	72
Tribunais Regionais do Trabalho	1.039	94
Justiça Federal 1ª Instância	999	90
Tribunais Regionais Federais	2.288	207
Justiça Comum 1ª Instância ²	1.207	109
Tribunais de Justiça ³	642	58
Medida 2003 ⁴	1.104	100

Fonte: Diagnóstico do Poder Judiciário. Brasil. Ministério da Justiça/FGV-SP, 2004.

O fator de produtividade utilizado na pesquisa do Ministério da Justiça é o número de processos “julgados” por juiz. Para começar, a palavra “julgados” teria que sofrer severas qualificações, conforme a instância e o tribunal, como se pensa haver esta Tese demonstrado. “Julga-se”, no Brasil, através de “despachos” de uma linha; julga-se através de listas, de planilhas ou de carrinhos; julgam-se processos com a leitura de votos elaborados por valorosos estagiários “desviados de função”, ou lêem-se ementas, números de processos e, até mesmo, por vezes, o relatório e voto do relator e, quando existente, o voto do revisor. Todos esses são considerados “julgamentos”, para os fins de direito e para fins estatísticos. O tratamento é o mesmo, seja o voto elaborado por um “estagiário” ou pelo próprio juiz ou ministro-relator, tenha ele uma linha ou 500 páginas. Não se trata de depreciar o trabalho dos tribunais. Há, efetivamente, “julgados” de três linhas e “julgados” de 500 páginas, por

exemplo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem que tal fato seja captado pelas estatísticas. Melhor seria não “julgar” nessa conformidade ou, ao menos, não atribuir essa denominação a um ato que deveria representar, qualquer que fosse o prisma teórico que se tomasse, a manifestação de um Poder do Estado, a respeito de questão de fato, ou de direito, ou de fato e de direito, ou somente de direito.

Quer parecer que os pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas/Ministério da Justiça estavam conscientes do caráter inteiramente inaproveitável dos dados acima, a não ser para negar o que o próprio conceito traduziria. Assim é que se lê, no relatório de pesquisa, que

“...as marcantes diferenças de produtividade merecem análises mais aprofundadas, comparando a rotina processual, o suporte administrativo e de informática, o nível de preparo dos magistrados e a complexidade jurídica das ações envolvidas”.³³⁰

Para finalizar esta Tese, far-se-á, na Parte III, o exame de alguns dos “julgados” produzidos pelos tribunais superiores brasileiros, ao tempo em que serão listados, para arremate da análise, os mitos de que esta Tese a todo o momento se ocupou.

³³⁰ DIAGNÓSTICO DO PODER JUDICIÁRIO. Ministério da Justiça/Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2004, p. 62.

CAPÍTULO 2 – A JURISPRUDÊNCIA “DESTRUTIVA” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUNS CASOS DE APLICAÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO PELO TRIBUNAL SUPERIOR MÁXIMO BRASILEIRO

III.2.1 – A destruição das normas legais acerca da prisão pré-processual e processual: o STF como juiz de primeiro grau

Promulgada a Constituição de 1988, entendeu-se que o novo desenho do Poder Judiciário brasileiro fora elaborado de molde a distribuir eqüitativamente competências, assegurar o cumprimento do princípio da proteção judiciária, a todos garantindo o direito de recorrer ao Judiciário, para solucionar conflitos, e que também, nesse novo desenho, não se conheceriam superposições de atribuições ou competências, entre juízos ou tribunais.

A criação do Superior Tribunal de Justiça trazia a confiança de que havia um novo Poder Judiciário, no âmbito Federal, até mesmo porque o STJ não guardava nenhuma relação relevante com o extinto Tribunal Federal de Recursos, que era um típico tribunal recursal das causas da União.

Até a criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, em matéria criminal, exerceu larga e amplíssima influência sobre juízos e tribunais de 2º grau, plantando uma farta jurisprudência material e processual no campo do direito criminal.

Nos primeiros anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal ainda exerceu, amplamente, a competência criminal com o alcance anterior à nova Carta. que esclarecer qual deveria ser sua esfera de competência. A razão estava na redação do art. 102, I, “i”, que veio a ser alterada pela Emenda Constitucional 22, de 18 de março de 1999. Compare-se a redação original e a alterada:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

.....
i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.” (redação da alínea “i” aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988 e que vigorou até a aprovação da EC 22/99: “i) o habeas corpus, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.”)

Simultaneamente, a EC 22/99 “transferiu” ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar uma infinidade de *habeas corpus*, antes submetidos à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Assim é que a EC 22/99 deu ao art. 105, I, “c” redação que confere ao STJ a competência para processar e julgar, originariamente:

“c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, quando coator for tribunal, sujeito à sua jurisdição, ou Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

Portanto, a competência para processar e julgar habeas corpus, cujo coator fosse tribunal, o que envolvia pelo menos todos os tribunais de justiça dos Estados e do DF, bem como os tribunais federais, deixou de pertencer ao STF, passando a ser exercida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Cessou a perplexidade causada pelo fato de ter o Supremo Tribunal Federal que decidir *habeas corpus* provenientes de qualquer parte do País, relativos aos mais distintos meandros processuais ou procedimentais da persecução criminal, tão-somente por uma redação, no mínimo, equivocada, do Legislador Constituinte, que levou onze anos para ser modificada.

Era de se esperar, diante disso, ao menos no âmbito do processo penal, que jamais voltaria a Nação a ver a sua mais alta Corte de Justiça examinando matéria afeta ao juiz de Primeira Instância. Trata-se de um rematado equívoco! Em escala menor, mas, seguramente, com gravidade muito mais elevada,

pode-se colher, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o seu estranho retorno, sem peias legislativas nem internas (do STF), a proferir julgamentos que caberiam, sem qualquer hesitação, a valorosos juízes de primeiro grau, ou, na melhor das hipóteses, que caberiam a um Tribunal Recursal, a que fosse conferido o poder de rever decisão da primeira instância, com efeito devolutivo.

A razão para tão grave distorção está, em primeiro lugar, na absoluta indefinição a respeito do papel que o Supremo Tribunal Federal deve desempenhar, na jurisdição brasileira, no século XXI. Em segundo lugar, há a constatação de que determinados “protagonismos”, dentro de tribunais, jamais são tolhidos *interna corporis*, com rapidez e eficiência e, no caso do STF, não podem ser examinadas tais condutas por ninguém mais, a não ser pelo próprio STF! Com efeito, o País assiste, inquieto, à prolatação de decisões monocráticas que, sistematicamente, lançam por terra cada pilar da construção democrática que se fez nas últimas décadas. Isso é tanto mais grave, quando a decisão judicial causadora da perplexidade é vista, por desavisados, como um sinal de independência, de engajamento, de vanguarda, de democracia. Na verdade, representa o oposto, ou seja, a usurpação, por um órgão singular (um ministro), da função do juiz de primeiro grau, ou da função do tribunal de segundo grau, ou de Relator, ou de Turma do Superior Tribunal de Justiça. A hipótese não é de agradável trato, mas não deve ser evitada, não podendo permanecer no mero plano teórico.

Apresenta-se, assim, um caso concreto relevante e atual, que se passa no interior do Supremo Tribunal Federal. Da decisão proferida colhem-se os seguintes trechos, que são transcritos pelo altíssimo valor que possuem para dar substrato às considerações acima expendidas:

“LIMINAR PRISÃO PREVENTIVA - FUNDAMENTOS. DECRETO CONDENATÓRIO - RECURSO - LIBERDADE. 1. A inicial de folha 2 a 19 revela inconformismo com decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de habeas corpus. Eis os fatos narrados na inicial: a) em 10 de abril de 2003, o Ministério Público Federal ajuizou ação cautelar de produção antecipada de provas, vindo a ser ouvida Valéria Gonçalves dos Santos, ex-companheira de Carlos Eduardo Pereira Ramos, um dos investigados; b) após a audição, o Ministério Público requereu a prisão preventiva dos então investigados; c) procedeu-se à custódia, deferida à luz da necessidade de

garantir-se a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a manutenção de campo próprio à aplicação da lei; d) o Ministério Público ofereceu denúncia contra o paciente, alegando a infringência aos artigos 288, 299, 316 do Código Penal; 22, parágrafo único, última parte, da Lei nº 7.492/86; 1º, incisos I e III, da Lei nº 8.137/90 e 1º, incisos V, VI e VII, da Lei nº 9.613/98; e) não havendo prosperado habeas corpus ajuizado no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, impetrou-se substitutivamente recurso ordinário, indeferindo o Superior Tribunal de Justiça a ordem; f) o paciente foi condenado pelos crimes dos artigos 299 e 316 do Código Penal; 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86; 1º, incisos I e III, da Lei nº 8.137/90 e 1º, inciso IV, da Lei nº 9.613/98, não tendo sido apenado considerada a imputação de integrar quadrilha - artigo 288 do Código Penal; g) consignou-se a impossibilidade de o paciente recorrer em liberdade; h) o habeas anteriormente interposto foi conhecido, ante circunstância alheia à vontade do beneficiário da impetração. Argúi-se a ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, diante da ausência, na sentença proferida, dos motivos da condição imposta para a recorribilidade - a submissão à custódia do Estado. Assevera-se ser o paciente primário e portador de bons antecedentes, possuindo família estruturada. [...]

O julgamento procedido no Superior Tribunal de Justiça ficou assim sintetizado, conforme peças enviadas a esta Corte, muito embora com a tarja de "sem revisão": HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO, EVASÃO DE DIVISAS, SONEGAÇÃO FISCAL, CORRUPÇÃO PASSIVA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRISÃO PREVENTIVA. ADVENTO DE SENTENÇA CONDENANDO O PACIENTE A 16 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO COMO INCURSO NOS ARTIGOS 1º, INCISO V, DA LEI Nº 9.613/98, 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/86, 1º, INCISO I, E 3º, INCISO II, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90, E 299 DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E TAMBÉM COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRETENSÃO DE APELAR EM LIBERDADE. ORDEM DENEGADA. 1 - Não se mostra possível conferir o direito de apelar em liberdade a acusado que permaneceu preso durante o processo em virtude de provimento devidamente fundamentado, notadamente se agora se encontra condenado a 16 anos e 6 meses de reclusão, pela prática dos delitos descritos nos artigos 1º, inciso V, da Lei nº 9.613/98, 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, 1º, inciso I, e 3º, inciso II, ambos da Lei nº 8.137/90, e 299 do Código Penal, reconhecidas as necessidades da custódia para assegurar a aplicação da lei penal e como garantia da ordem pública. 2 - Habeas corpus denegado (folha 498). [...]

Compreenda-se o envolvimento, na espécie, quer da preventiva, quer do verdadeiro início de cumprimento da pena, no que houve a recomendação à prisão na sentença condenatória. Ante qualquer controvérsia sobre o direito de ir e vir, há de abrir-se a Constituição Federal, observando-se normas que surgem como garantias maiores do cidadão. Extrai-se do artigo 5º nela contido: a) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal - inciso LIV; b) ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança - inciso LXVI; c) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória - inciso LVII. Neste exame preliminar, conclui-se pelo desatendimento a esses ditames constitucionais. A preventiva foi decretada consoante peça que se encontra às folhas 39 e 40. Aludiu-se à ordem pública e, aí, apontou-se a necessidade de prevenir a repetição de fatos criminosos. Mais do que isso, fez-se referência ao acautelamento do meio social e à credibilidade da Justiça, consignando-se a gravidade do crime e a repercussão. Pois bem, têm-se parâmetros reveladores, a princípio, de agentes episódicos - servidores públicos que teriam claudicado na arte de proceder, incidindo em práticas criminosas. Supor-se a continuidade dos delitos é passo demasiadamente largo, contrariando a ordem natural das coisas, o afastamento da atividade desenvolvida na Administração Pública, na fiscalização própria às relações jurídicas concernentes aos tributos. O objetivo de acautelar o meio social surge com dose maior de subjetivismo, servindo, na forma em que vazado, à prisão de todo aquele que seja acusado, simplesmente acusado, de um ato delituoso, invertendo-se, com isso, valores, presumindo-se não o que normalmente ocorre, mas o extravagante, o excepcional, a postura à margem do que se espera do homem médio. Sob o ângulo da credibilidade da Justiça, o que asseverado condiz com a punição, então, a ferro e fogo, tornando-a meio de justicamento e não órgão que implique a equidistância desejada na

atuação do próprio Estado. Pouco importa a gravidade do crime e a impressão no meio social. Quanto mais grave o crime e maior a reverberação, tem-se a conveniência de resguardar-se as prerrogativas do acusado, as franquias, a intangibilidade da ordem jurídica constitucional. Com esses enfoques é que a Justiça se impõe e se torna acreditada perante os concidadãos. [...]

Todavia não se conta com uma linha sobre a imputação de ato dos acusados, muito menos do paciente. A inserção do trecho fez-se com generalidade imprópria, razão pela qual não se mostra idônea a alicerçar a prisão. Indispensável seria a menção de fato concreto e não de notícia, talvez mesmo por ouvir dizer. Por último, na preventiva, cogitou-se da possibilidade de fuga. Ora, esta é sempre factível, consubstanciando até mesmo um direito natural do homem, no que se sinta injustiçado por certa determinação. [...]

Diante de novo título a respaldar a custódia, ao contrário da óptica externada no julgamento procedido no Superior Tribunal de Justiça, impossível é ter-se como implicitamente adotados os fundamentos do ato pretérito, da prisão no início do processo. Em jogo a liberdade de ir e vir, a formalização do pronunciamento, a clareza da deliberação é exigível, descabendo presumir-se, ou seja, conceber decisão implícita. A Carta da República, entretanto, está no ápice da pirâmide das normas jurídicas. Dotada de rigidez, a todos impõe-se e os dispositivos do Código de Processo Penal, pedagogicamente transcritos nesta decisão, não guardam harmonia com as garantias acima referidas. É hora de dar-se concretude aos ditames constitucionais, pagando-se, assim, o preço por viver-se em um Estado Democrático de Direito. Jamais é demais frisar-se que, em Direito, o meio justifica o fim, mas não este aquele. A prisão, tal como formalizada, surge temporã. 3. Concedo a medida acauteladora, para determinar a expedição de alvará de soltura a ser cumprido com as cautelas legais, ou seja, caso o paciente não se encontre sob a custódia do Estado por motivo diverso do retratado na prisão preventiva formalizada no Processo nº 2003.5101505176.5, da Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal, ou na sentença, ainda não coberta pela cláusula da irrecorribilidade, prolatada pela mesma 3ª Vara Federal. 4. Publique-se. Brasília, 15 de junho de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.” “(STF HC 84.038-8-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, Decisão de 15.6.2004, DJ I 23.6.2004, p. 5)

Para que suba ao Supremo Tribunal Federal um *habeas corpus*, que tenha um tribunal estadual ou tribunal regional federal como coator, se se trata de pessoa não amparada pelo privilégio de foro, há a necessidade de que o feito tenha sido julgado, anteriormente, por, no mínimo, 3 (TRÊS) órgãos jurisdicionais, usualmente um juiz singular, uma turma ou câmara criminal e uma turma criminal do STJ.

É o que ocorreu no caso relatado. O paciente do *habeas corpus* acima identificado permaneceu preso durante toda a instrução criminal no primeiro grau; seu recurso à segunda instância restou negado, assim como denegou-se *habeas corpus* ajuizado no Superior Tribunal de Justiça. Condenado a 16 anos de reclusão, o paciente foi posto em liberdade, por força da decisão transcrita acima. Anote-se que, em razão da citada decisão do Ministro-Relator no STF, todos os demais envolvidos na rumorosa operação de cobrança de propinas

em operações de fiscalização tributária no Rio de Janeiro livraram-se soltos, em face de extensão da decisão de 15 de junho de 2004, requerida e deferida pelos demais condenados.

Ao Supremo Tribunal Federal incumbe velar pela guarda da Constituição da República, entre outras atribuições a ele conferidas pela própria Lei Maior. Na competência do Supremo Tribunal Federal não consta a de examinar, por meio de liminar em *habeas corpus*, se estão presentes ou não os requisitos de fato que autorizam a manutenção da prisão de qualquer pessoa. Ainda que o fundamento da prisão se transmude da prisão preventiva para a prisão em razão de sentença condenatória recorrível, não se pode transformar a Corte Suprema brasileira em juízo de primeira instância, nem em mero tribunal recursal para condenados pela prática de crimes comuns.

Nos termos do ordenamento jurídico pátrio, não compete ao STF dizer se há ou não presunção de que o paciente irá fugir, nem fazer considerações que inserem a fuga entre os direitos inalienáveis do preso, como fazem alguns. Ora, não será direito também inalienável da sociedade manter Cortes de Justiça para que os ofensores da lei sejam preservados na cadeia, para onde foram mandados por três instâncias judiciais? Ademais, se o STF é uma Corte que não examina matéria de fato, como verbera-se em inúmeros de seus acórdãos; o que dizer do exame que faz o STF acerca do subjetivismo excessivo em que teriam incorrido as instâncias anteriores, ao decretar a prisão preventiva dos condenados? Resta, ainda, questão relevante a ser posta, que consiste em localizar, em todo o direito conhecido desde a mais remota Antigüidade, um só fundamento que torne possível a um tribunal que afirma não examinar fatos, decidir “melhor”, através de um de seus membros, do que o fizeram as três instâncias anteriores que negaram os pedidos de liberdade de condenados, em sua maioria réus confessos. Considerar o STF como a única Corte correta, em razão do fato de ter sido a única a identificar que não há fundamento de fato nem de direito para a manutenção de condenados a 16 anos de prisão na cadeia, é mitificar a decisão daquela Corte, algo que, como já se viu nesta Tese, somente traz prejuízos para a sociedade brasileira. Não há como manter

a passividade, quanto se quer plantar a idéia de que o STF é a única Corte capaz de produzir argumentação judicial que leve a decisões justas. Esse é o resultado, certamente lamentável, que se colhe, quando não há árbitros suficientemente fortes para pôr um cobro à superposição de competências e, no caso presente, à invasão da competência do juiz de primeira instância, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Na espécie, é preciso, pôr fim logo a esse estado indefinido de coisas, repelindo o mito de que a decisão posterior é sempre melhor do que a decisão anterior, mito que ainda invade alguns setores do STF.

III.2.2 – A destruição do Mandado de Injunção instituído pela Carta Política de 1988: o STF como instância que se recusa a dizer a última palavra acerca do direito aplicável a situações da vida nacional

Convocada Assembléia Nacional Constituinte - ANC, pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição de 1967, os trabalhos constituintes foram iniciados sem o aproveitamento de qualquer projeto prévio de constituição, inobstante houvesse se reunido previamente à Assembléia uma comissão, chefiada pelo jurista Afonso Arinos, que elaborou um projeto encaminhado pelo Presidente da República à ANC. Elaboraram-se, assim, projetos de subcomissões temáticas e de comissões, até chegar-se à conhecida Comissão de Sistematização, que comandou as negociações a respeito do texto final de cada uma das Partes da Lei Maior.

Um dos receios que mais freqüentemente eram mencionados, entre aqueles que participaram dos trabalhos de elaboração da Carta Constitucional ou de assessoramento aos constituintes (como o autor da presente Tese), consistiu na necessidade de serem definidos instrumentos claros em razão dos quais a efetividade das normas constitucionais que estavam sendo elaboradas fosse a maior possível. Temia-se pela não efetividade de normas da Constituição, não em virtude da qualidade técnico-jurídica dos comandos que estavam sendo criados, mas, sim, em razão das fortes dissensões político-ideológicas que marcavam o interior da constituinte, o Brasil e o mundo, à época.

A Assembléia Nacional Constituinte, é consabido, dividiu-se em dois grandes grupos, política e ideologicamente distanciados por milhares de léguas: o chamado “Centrão” e as forças reunidas em torno de idéias de “centro-esquerda”, sabendo-se que, em 1987/1988, não havia, em todo o mundo conhecido, sequer um ser vivente que tenha demonstrado ser capaz de prever que, no ano de 1989, dar-se-ia a queda do “Muro de Berlim” ou que, no ano seguinte, dissolver-se-ia a URSS e as experiências de socialismo real no

mundo, com duas ou três conhecidas exceções. Assim dividida a Constituinte, encontrar redações para textos de normas constitucionais que resistissem ao debate político-ideológico entre essas forças não era tarefa fácil. Com mais razão se receava, portanto, que, promulgada a Constituição, poderiam ocorrer problemas não pontuais de efetividade das normas que mais inovassem na outorga de direitos ou na imposição de obrigações.

Assim, no âmbito do órgão então conhecido como “Assessoria Legislativa do Senado Federal”, elaborou-se o texto da norma que veio a ser aprovado e incorporado à Constituição como o art. 5º, inciso LXXI, segundo o qual “LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”. É útil frisar que, ao contrário do que se pode supor, o instituto teve uma única e definida finalidade, qual seja, a de conferir efetividade às normas constitucionais e uma só origem: o órgão de assessoramento mencionado, não tendo havido, em nenhum momento, quando se encetaram discussões acerca das primeiras redações do dispositivo, inspiração em direito alienígena algum.

A sede por “efetividade” de normas era desmedida. Já no dia 6 de outubro de 1988, um dia após a promulgação da Constituição, ingressava no protocolo do Supremo Tribunal Federal o Mandado de Injunção nº 1, tendo como requerente a Associação Brasileira das Agências de Viagens – Conselho Nacional – ABAV e como Requeridos os “Estabelecimentos Bancários”. O que ocorreu com o MI 1/88 também se passou com sucessivos Mandados de Injunção, nos primeiros meses de vigência do instituto. Questões relativas à competência do Supremo Tribunal Federal ou a inépcia da petição inicial foram a causa do arquivamento ou do não conhecimento de inúmeros deles. A título de exemplo, o Mandado de Injunção nº 2 pleiteava a integralização de norma pela União; o MI 4 pretendia que o Banco Central produzisse normativo; o MI 7 pretendia que fossem emitidas normas por Governador e Mesa de Assembléia Legislativa; o MI 16 pleiteava o mesmo (a produção de norma) pelo Tribunal

Superior Eleitoral. Mencionam-se esses mandados de injunção apenas para exemplificar.

O próprio Supremo Tribunal Federal hesitou consideravelmente, até assumir uma posição, por seu Plenário, quanto aos limites que se permitia atingir com o mandado de injunção. A toda evidência, a hesitação do STF está diretamente ligada ao fato de que, havendo a mora do Poder Legislativo, era lícito esperar que este, sendo “notificado” acerca da demora em emitir a norma, “desse lugar” à concretização do direito, que seria feita – esperava-se – pelo Supremo Tribunal Federal. Outras questões tiveram que ser resolvidas. A principal delas referiu-se ao caráter auto-aplicável ou não do mandado de injunção e aos limites que o Supremo Tribunal aceitava conferir ao instituto. Mais uma vez, restou clara a hesitação da Corte em exercer o papel de concretizador da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. O “*leading case*” para todas essas questões foi representado pelo MI 107-Questão de Ordem-DF, tendo o Pleno do STF reconhecido a natureza mandamental do mandado de injunção e sua auto-aplicabilidade, decidindo a ele aplicar o procedimento do mandado de segurança, no que coubesse. O acórdão traz a seguinte ementa:

“Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto—aplicabilidade, ou não. — Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo .5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de Direito Constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. — Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo artigo 102, I, “Q” —, auto—executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto—aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.” (STF Pleno, MI 107-3-DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 23.11.89, DJ 21.09.90)

É interessante notar que o inteiro teor do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI 107/89 possui nada menos que 102 páginas, como pode ser constatado no endereço eletrônico daquela Corte.

Resolvida a questão da competência, do caráter auto-aplicável e da natureza do mandado de injunção, posta nos primeiros meses de vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal parecia ter pacificado o entendimento quanto ao alcance do mandado, como se pode ver no julgamento do MI 525-7-SP, sendo Relator o Min. Maurício Corrêa. O feito foi também julgado em sessão do Tribunal Pleno do STF e restou assim ementado:

“Mandado de Injunção. Juros. Limite Constitucional de 12%: Ausência de norma regulamentadora do art. 192, § 3º, da Constituição. Mora do Congresso Nacional reconhecida, para a regulamentação do dispositivo. Precedentes. Mandado de Injunção parcialmente deferido para comunicar ao Poder Legislativo sobre a mora em que se encontra, cabendo-lhe tomar as providências para suprir a omissão.”

Estava fixado no acórdão o limite que o STF se permitia atribuir ao mandado de injunção, qual seja, o mandado de injunção, no entendimento reiterado da Corte, conferia ao Órgão Máximo do Poder Judiciário federal apenas e tão-somente “autorização” para emitir comunicações ao Poder Legislativo, informando-lhe acerca do atraso em que incorria na elaboração e promulgação de determinada lei regulamentadora, cuja falta estava impedindo pessoas de obter direitos assegurados na Constituição.

Como o Poder Legislativo, via de regra, recebia as comunicações do STF e mantinha a tramitação dos projetos de lei regulamentadores no mesmo ritmo lento usual no Congresso Nacional (não havendo urgência regimental ou constitucional), a interpretação dada pelo STF ao dispositivo constitucional que havia criado o mandado de injunção implicava, na prática, na destruição por completo do instituto. Nada de regulamentação! Nada de legislação! Não é

dado ao Poder Judiciário legislar, na tripartição de poderes, asseveravam os acórdãos do Supremo Tribunal Federal.

Essa interpretação destruidora era lamentada no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, mas era tranqüilamente tolerada. Ao julgar o MI 608-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, o Pleno do STF assim entendeu:

"I - Entidades de assistência social: imunidade das contribuições sociais (CF, art. 195, § 7º): arguições plausíveis de inconstitucionalidade das restrições impostas à imunidade por dispositivos da L. 9.732/98, por isso, objeto de suspensão cautelar na ADIn 2028, pendente de decisão definitiva. II – Mandado de Injunção: não se prestando sequer para suprir, no caso concreto, a omissão absoluta do legislador – tal a modéstia de suas dimensões, conforme demarcadas pelo STF, e que o Congresso vem de negar-se a ampliar – menos ainda se prestaria o malfadado instrumento do mandado de injunção a remediar os vícios de inconstitucionalidade que possa ostentar a lei editada para implementar a Constituição." (STF Pleno, MI 608-3-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1/6/2000, DJ 25.08.2000)

No voto condutor do acórdão, o Ministro Sepúlveda Pertence deixa registradas estas significativas considerações:

"Certo, as modestíssimas dimensões que lhe emprestou o Supremo Tribunal no MIQO 107 (RTJ 126/871) constituíram uma grande frustração para a imensa maioria da doutrina, esperançosa de efeitos miríficos do mandado de injunção para vencer a inércia do legislador, reticente às inovações da Constituição.

Donde, o número de críticas de que foi alvo a decisão. Algumas, apenas iracundas, sem enfrentar racionalmente os óbices nela colocados ao wishful thinking dos autores. Outras, porém, impõe-se reconhecer, de grande dignidade científica: relembro uma só delas, a preciosa monografia Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo, Brasília Jurídica, 1999, de Jorge Hage, ilustre magistrado e professor no Distrito Federal.

Agora, porém – quiçá lamentavelmente – as críticas, se continuarem, terão de mudar de direção: já não cabe atribuir ao STF haver frustrado a vontade da Constituinte, após a Câmara dos Deputados, na reforma constitucional em curso do Poder Judiciário, haver repellido, por acachapante maioria, a proposta de prescrever, de modo a reverter o entendimento auto-restritivo, que no mandado de injunção, se destinaria "o provimento jurisdicional a suprir a norma para o interessado, no âmbito do pedido...". (STF Pleno, MI 608-3-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 1/6/2000, DJ 25.08.2000. Acórdão, Inteiro Teor, p. 13)

Agora, seguindo a linha exposta pelo ilustrado Ministro Sepúlveda Pertence, as críticas podem não necessitar mudar de direção. Isto se dá porque, em regra, não há mais muitas leis a serem elaboradas pelo Congresso Nacional, para regulamentar dispositivos da Constituição, a não ser poucas leis que o próprio Poder Legislativo não tem a mais mínima “pressa política” em aprová-las, nem o tem várias das partes envolvidas, a exemplo da lei regulamentadora da greve no serviço público. A ausência da lei é funcional para servidores e para a Administração Pública, como se tem observado nos movimentos paredistas de servidores pós-1988.

Uma significativa e importante posição assumida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal ocorreu recentemente, quando do julgamento, entre outros assemelhados, do MI 562-RS. Leia-se a ementa:

“Mandado de Injunção. Artigo 8º, § 3º do ADCT. Direito à Reparação Econômica aos Cidadãos Alcançados pelas Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica. Mora Legislativa do Congresso Nacional. 1. Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que ‘a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, ‘hic et nunc’, de uma situação de inatividade inconstitucional.’ (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2. Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou ‘aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3. Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do ‘quantum’ devido. 4. Mandado de injunção deferido em parte.” (STF Pleno MI 562-RS, rel. Min. Ellen Gracie, j. 20.02.03, DJ 20.6.2003)

É certo que as pessoas prejudicadas pelas Portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica, após intensa batalha no seio da Assembléia Nacional Constituinte, lograram obter a inclusão de seu direito de serem ressarcidas perdas causadas por atos de exceção durante o período da Revolução de 1964. Tal, juntamente com a criação do mandado de injunção, não foi suficiente para a concretização do direito.

Conquanto o caso seja peculiar, pois somente requereria a fixação do *quantum* indenizatório que tais pessoas teriam que receber, o posicionamento adotado pelo STF sinaliza uma solução que, longe de representar um “protagonismo” judicial irresponsável, confere ao mandado de injunção uma “força nova”, que é a de reconhecer que o Poder Legislativo não quer participar da concretização do direito assegurado a determinada pessoa ou grupo de pessoas. Se assim o é, nada impede que o Poder Judiciário estabeleça procedimento judicial – e, portanto, legal, seguro, ponderado – para a fixação do *quantum* indenizatório devido pelo Estado, de modo a tornar viável pagamento perseguido há mais de três lustros.

Se esse posicionamento do STF representa mudança de paradigma ou se é simples exceção, justificada pelas peculiaridades do caso concreto, o tempo dirá.

III.2.3 – A destruição do teto de juros estabelecido pela Constituição de 1988: o STF como agente econômico

A Constituição de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro regra singular, fixando um teto para a taxa de juros e acréscimos cobrados pelos agentes financeiros aos demais agentes econômicos no País. A regra aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte é a seguinte:

“Art. 192.....

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.”

Trata-se de autêntico tabelamento de juros, “por força de lei”, algo que, é bem verdade, não se conhece no restante do mundo. Todavia, como o Brasil ocupou, por muitos anos, posição “de ponta”, entre os detentores das maiores taxas de inflação do mundo, o tabelamento de juros pela Assembléia Constituinte pôde ser compreendido como uma reação dos juristas à inoperância dos economistas para debelar a inflação e as estratosféricas taxas de juros cobradas nos empréstimos em geral no País.

Todavia, como o sistema econômico move-se por suas próprias leis, que não guardam nenhuma relação necessária com o que se cria no âmbito normativo, os embates entre os defensores e os opositores da concretização do ditame constitucional vieram tão logo a Constituição foi promulgada. Esse embate chegou ao Supremo Tribunal Federal.

A questão relevante a considerar estava na interpretação do § 3º, do art. 192, da Constituição, eis que, conforme classificação que se tornou corriqueira no Direito Constitucional, tal dispositivo era, quanto à aplicabilidade, para alguns, norma constitucional de eficácia plena e, para outros, norma

constitucional de eficácia limitada. No primeiro caso, evidentemente, os efeitos que decorreriam da norma seriam diretos, imediatos e integrais, ao passo que, no segundo caso, a norma somente adquiriria concretude se seu conteúdo fosse regulado por lei ordinária.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal. O “leading case” a respeito da interpretação da norma constitucional em questão é a ADIn 4, de 1991, que restou assim ementada:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Taxa de juros até doze por cento ao ano (parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal). QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE: 1º - impedimento de Ministros; 2º - ilegitimidade na representação do autor (Partido Político), no processo; 3º - descabimento da ação por visar à interpretação de norma constitucional e não, propriamente, à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; 4º - impossibilidade jurídica do pedido, por impugnar ato não normativo (parecer SR nº 70, de 06.10.1988, da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República). MÉRITO: eficácia imediata, ou não, da norma do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal, sobre a taxa de juros reais (12% ao ano). Impedimento de um dos Ministros. Não impedimento de outro. Demais preliminares rejeitadas, por unanimidade. MÉRITO: ação julgada improcedente, por maioria de votos (declarada a constitucionalidade do ato normativo impugnado). 1. Ministro que oficiou nos autos do processo da ADIN, como Procurador-Geral da República, emitindo parecer sobre medida cautelar, está impedido de participar, como membro da Corte, do julgamento final da ação. 2. Ministro que participou, como membro do Poder Executivo, da discussão de questões, que levaram à elaboração do ato impugnado na ADIN, não está, só por isso, impedido de participar do julgamento. 3. Havendo sido a procuração outorgada ao advogado signatário da inicial, por Partido Político, com representação no Congresso Nacional (art. 103, inc. VIII, da C.F.), subscrita por seu Vice—Presidente, no exercício da Presidência, e, depois, ratificada pelo Presidente, é regular a representação processual do autor. 4. Improcede a alegação preliminar, no sentido de que a ação, como proposta, visaria apenas à obtenção de uma interpretação do Tribunal, sobre certa norma constitucional, se, na verdade, o que se pleiteia, na inicial, é a declaração de inconstitucionalidade de certo parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República e seguido de circular do Banco Central. 5. Como o parecer da Consultoria Geral da República (SR. Nº 70, de 06.10.1988, D.O. de 07.10.1988), aprovado pelo Presidente da República, assumiu caráter normativo, por força dos artigos 22, parágrafo 2º, e 23 do Decreto nº 92.889, de 07.07.1986, e, ademais, foi seguido de circular do Banco Central, para o cumprimento da legislação anterior à Constituição de 1988 (e não do parágrafo 3º do art. 192 desta última), pode ele (o parecer normativo) sofrer impugnação, mediante ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de ato normativo federal (art. 102, I, ‘a’, da C.F.). 6. Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no ‘caput’, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com a observância de todas as normas do ‘caput’, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma. 7. Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeira Nacional. 8. Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos.” (STF ADIn 4-7-DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 7/3/91, DJ 25/6/93)

Não parece haver dúvida quanto ao fato de que o Supremo Tribunal Federal, em uma sucessão de julgados, decidiu assumir a posição de guardião não da Constituição, mas, sim, do entendimento dos economistas que se posicionavam contrários à fixação de um teto normativo para os juros.

Como as taxas de juros jamais se mostraram sensíveis a essa interpretação do STF, tendo se mantido, sistematicamente, em níveis elevadíssimos e sem paralelo em todo o mundo, quer parecer que essa liberdade “para cima” na fixação da taxa de juros pelas instituições financeiras brasileiras teve no Supremo Tribunal Federal seu principal artífice.

Como se sabe, a redação do art. 192 e parágrafos, da Constituição, foi inteiramente alterada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, que suprimiu da Carta Magna o teto para os juros. Parece inequívoco, porém, que a interpretação dada pelo STF, para o dispositivo que fixara o teto, transformou o Supremo Tribunal em agente *ad hoc* da gestão da economia, função jamais imaginada pelos constituintes que fixaram a competência da Corte.

III.2.4 – A destruição do princípio do juiz natural: o foro privilegiado de autoridades federais: o caso “Meirelles”: o STF como o Tribunal escolhido pelas autoridades governamentais

Implantou-se no Brasil prática alçada ao plano normativo e arraigada nas entranhas do sistema jurídico nacional, segundo a qual há Cortes “melhores” do que outras, no que se refere ao julgamento de questões cíveis, penais ou administrativas de alguma forma ligadas ao desempenho da função pública.

A Constituição Federal está repleta de exemplos, assim como ocorre com as Constituições dos Estados-Membros da Federação brasileira. O privilégio de foro está disseminado em todos os escalões da vida administrativa do País, garantindo foro especial para governadores, juizes em distintos graus, promotores e procuradores que oficiem perante Tribunais, o Presidente da República, Ministros de Estado entre outros.

Seguindo essa linha, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004, que “altera disposições das Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, e 9.650, de 27 de maio de 1998”. Os artigos 1º e 2º da Medida Provisória tem a seguinte redação:

“Art.1º. Os arts. 8º e 25 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º.....
§ 1º.....

.....
III - pelos Ministros de Estado da Fazenda; do Planejamento, Orçamento e Gestão; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Assistência Social; do Trabalho e Emprego; do Meio Ambiente; das Relações Exteriores; e Presidente do Banco Central do Brasil;

....." (NR)
"Art. 25.

.....
Parágrafo único. São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil." (NR)

Art. 2º O cargo de Natureza Especial de Presidente do Banco Central do Brasil fica transformado em cargo de Ministro de Estado.”

Como, a teor do art. 62, da Constituição de 1988, as medidas provisórias têm força de lei, desde a data de sua publicação, a Administração Federal brasileira passou a contar, a partir de agosto de 2004, com mais um ministro de Estado: o presidente do Banco Central do Brasil.

Somente não é estranha a transformação de um cargo de presidente de autarquia especial em cargo de ministro de Estado para aqueles que não acompanharam os eventos que antecederam à edição da MP 207/2004, quando a mídia disseminou notícias e dúvidas acerca da correção da vida financeira privada do novo ministro de Estado.

Entendeu-se relevante incluir breve referência ao fato nesta Tese, em razão das óbvias implicações que cercaram a medida governamental. Ao optar por anômala transformação de cargos públicos, tornou-se inequívoco que o Poder Público intentava conferir, não ao presidente do Banco Central do Brasil, mas, sim, ao cidadão que atualmente ocupa aquele cargo, a condição de beneficiário de foro privilegiado no Supremo Tribunal Federal, para ações que apurem a prática de infrações penais comuns ou crimes de responsabilidade.

Após a edição da medida provisória em comento e se esta vier a ser convertida em lei, os presidentes do Banco Central do Brasil não serão mais alcançados pelos braços da Justiça Federal de Primeira Instância, juízo natural para causas contra eles, mas, sim, pela mão do Supremo Tribunal Federal. A medida suscita dúvidas e perplexidades. O que estaria subjacente a esta “escolha do juiz”? Por que os governantes atuais não aceitam o juízo natural da Justiça Federal? Talvez a resposta esteja nas considerações sistêmicas que campeiam no pragmatismo jurídico. Em lugar da preocupação dos formuladores de políticas e de decisões jurídicas com as conseqüências de uma ou outra decisão que seja proferida contra o presidente do Banco Central do Brasil, estaria havendo a eliminação da possibilidade de repercussões dessas decisões afetarem os projetos políticos dos grupos que empolgam o poder.

Quaisquer que sejam os fundamentos e as decisões finais que serão proferidas pelo Congresso Nacional (votação da Medida Provisória) e pelo Supremo Tribunal Federal (votação da constitucionalidade da Medida Provisória), vale aqui o registro, para desenvolvimento posterior da questão que cerca o privilégio de foro no Judiciário brasileiro.

III.2.5 – A destruição do direito adquirido dos aposentados à não redução de proventos: o STF como agente político/pragmático do Poder Executivo

Também quando era concluída a revisão da versão final da presente Tese, foi divulgado, através do “site” do Supremo Tribunal Federal, na rede Internet, o inteiro teor do voto contrário proferido pelo Ministro Eros Grau, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8-Distrito Federal, em que *“o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao caput do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da EC nº 41/2003 o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma Emenda Constitucional. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 18.08.2004”*.

Em julgamento com duração de cerca de oito horas, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a cobrança de contribuição previdenciária de inativos, introduzida pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003. As primeiras análises feitas em relação a essa decisão caminham no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, adotando posição claramente conservadora, interpretou uma Emenda à Constituição e a própria Constituição, alterando dispositivos até há bem pouco considerados intocáveis.

Objeta-se que uma questão de tão grandes repercussões sobre a sociedade, como o é a taxação de inativos, deveria ser submetida à consulta popular, através de plebiscito ou referendo. Isto conduz ao questionamento acerca da representação no Congresso Nacional, que votou e aprovou a Emenda Constitucional nº 41/03, que taxa inativos, e à legitimidade que teria o

Supremo Tribunal Federal para interpretar, com exclusividade, e em termos finais, a Constituição e uma Emenda à Constituição, proferindo a derradeira decisão acerca do modo como uma e outra devem ser aplicadas.

Parece estar havendo, novamente, mudança de paradigma, no Supremo Tribunal Federal, que teria adotado o pragmatismo, em sentido inteiramente voltado para favorecer o exercício do Poder, tal como se pode constatar em declarações, que teriam sido proferidas após o julgamento, por um dos membros da Corte, segundo o qual o governo não pode ser levado a enfrentar dificuldades em razão das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Se tais declarações foram ou não pronunciadas, não se pôde apurar, até a conclusão desta Tese. Entretanto, convém ler os trechos abaixo, extraídos do voto do Ministro Eros Grau, a favor da taxaço de inativos, entre outros fundamentos, apoiado no fato de que essa tributação é justificada pelo princípio da razoabilidade e do novel “princípio da solidariedade”. Os inativos, pode-se lamentavelmente ler abaixo, não devem viver ensimesmados, separados da comunidade. Confira-se trecho do voto:

“34. – Concluindo, nem se argumente com a tese dos ‘direitos humanos’, para afirmar-se um tipo especial de imunidade dos inativos à incidência da contribuição. Pois é certo que esta encontra seu fundamento no princípio da solidariedade(69) e unicamente a concepção do homem separado da comunidade, ensimesmado, preocupado apenas com o seu interesse pessoal, homem considerado como nômada isolada, fechada sobre si própria, apenas essa concepção justificaria tal imunidade. A dignidade da pessoa humana somente poderá tornar-se concreta na medida em que se compreenda que o destino dos indivíduos está em participarem de uma vida coletiva, que os indivíduos não vivem unicamente orientados pelo seu interesse, como simples pessoas privadas, sem relação com o universal [= com a vontade universal], como diria HEGEL. É isso mesmo porque seus interesses pessoais só deixam de ser abstratos, tornando-se efetivos, no seio da comunidade política. De modo que essa imunidade(70) corresponderia a um privilégio que não se justifica por referência ao bem comum, como se dá, por exemplo, nos casos da imunidade parlamentar e da imunidade tributária de que gozam reciprocamente União, Estados-membros e Municípios. Ainda que não se tome em conta considerações puramente atuariais na discussão da matéria, não se justifica essa vantagem contra o direito comum.(71) 35. - Com esteio em todos esses argumentos, rejeito a arguição de inconstitucionalidade e julgo improcedente a ação direta, salvo exclusivamente no que respeita aos incisos do parágrafo único do artigo 4º da EC 41/03. (69)“A seguridade social será financiada por toda sociedade”, diz o artigo 195 da Constituição do Brasil.(70) A menção a pretendida imunidade como tal, já a fizera o Min. OCTÁVIO GALLOTTI, no julgamento da medida cautelar na ADI 1.441. (71) Um autor anônimo do século XVII (Droit public de la province de Bretagne, avec des observations relatives aux circonstances actuelles, s.l., 1.789, pp. 137-138, nota de rodapé) referia: “Qu’est-ce qu’un Privilège? C’est un avantage que le Prince accorde gratuitement ou à prix d’argent, mais toujours contre le droit commun”. (Excerto do voto proferido pelo Min. Eros Grau no julgamento da ADIn 3.105-8 – Distrito Federal, divulgado pelo STF na Internet)

CAPÍTULO 3 – OS TRIBUNAIS SUPERIORES QUE NÃO JULGAM: UMA AMOSTRA DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL TRAVESTIDA EM PRODUÇÃO AVASSALADORA DE JULGADOS EM TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

III.3.1 – A produção jurisdiccional às avessas ou como se recusar a prestar jurisdiccão: a argumentação jurídica utilizada para a não apreciação de causas levadas aos Tribunais Superiores brasileiros (a amostra “Pertence”)

Um exercício que se pode realizar, antes da conclusão desta Tese, é o teste da hipótese de que a prestação jurisdiccional nos tribunais brasileiros é preponderantemente mítica, havendo clara troca de sinais entre os produtores e receptores das decisões judiciais. Trabalhando-se, como forma de redução conceitual, com um processo de que participem duas partes, ocorrem conflitos quando, por exemplo, uma das duas partes não quer a solução rápida do litígio e busca emperrar o andamento do feito, usando de todos os meios legais disponíveis para tanto; ou quando o órgão judicial incumbido de dizer o direito busca identificar o mais ínfimo defeito formal, qualquer que seja o defeito, para, assim, negar jurisdiccão aos que o buscam. A negativa de jurisdiccão se faz dialeticamente: presta-se jurisdiccão sem que tal solucione o conflito de interesses, ou seja, presta-se jurisdiccão sem ferir o mérito da controvérsia.

Na página do Supremo Tribunal Federal na rede Internet selecionou-se ao acaso um dos ministros da Corte, para verificação da solução dada para os feitos sob a relatoria do ministro escolhido. A seleção recaiu sobre o Ministro Sepúlveda Pertence, que é, hoje, o decano da Corte, não podendo ser jamais taxado de conservador nem de um renitente “progressista”. Como a distribuição de recursos, no Supremo Tribunal Federal, é feita por sistema que utiliza algoritmo (processo informatizado de cálculo), para garantir a equitatividade da distribuição entre os Ministros, é lícito supor que os resultados verificados com ministros que não se enquadrem em “extremos históricos” da Corte sejam, probabilisticamente, semelhantes. A probabilidade de os resultados abaixo se

reproduzirem pode, inclusive, ser calculada estatisticamente, o que não se fará nesta Tese, que tem, evidentemente, outra finalidade.

Procurou-se agrupar processos do ano de 2004, segundo os **fundamentos** para o **acolhimento** ou o **não acolhimento** do recurso, quando distribuídos para o Ministro Sepúlveda Pertence. Os resultados estão resumidos abaixo:

JULGAMENTO DE MATÉRIA “FORMAL”: MATÉRIA PROCESSUAL OU PROCEDIMENTAL:

- **Deficiência do traslado do agravo não permite saber sobre fato : AI 496987 AgRg/CE** (fato que não se permitiu conhecer: a que parcelas de FGTS se refere o extraordinário); **AI 233798 AgRg/Rg** (não permite saber sobre tempestividade - agravo regimental manifestamente infundado: multa de 2% sobre valor da causa); **AgRg AI492403/SP** (fax incompleto); AgRg no AI 498220 / AL (multa 2%); **AI 498348 AgRg SP** (multa 2%); **AgRg no AI 193992 / BA** (interposição de recurso via fax junto ao TSE antes da vigência da Lei 9800/99 - necessidade de transmissão do original dentro do prazo recursal: precedentes); **AgRg no AI 219441 AgRg SP** (idêntico ao anterior quanto ao uso de Fax sem juntada de original antes do fim do prazo recursal; acréscimo apenas de "ressalva do relator" Sepúlveda); **AgRg no AI 295972 PE** (Juizado Especial; intempestividade: prazo fixado em horas; contagem minuto a minuto a partir do momento da intimação: PRECEDENTE: RMS 21.030, Pertence, DJ 19.02.93; traslado deficiente - ausência da cópia da petição do RE);

- **RE não decide matéria infraconstitucional - alegada ofensa à Constituição, se existisse, seria reflexa:** Uso de precedente - Uso da Súmula 636 para negar seguimento aos recursos: **AI 416970 AgRg/BA; AI 418972 AgRg/RS; AI 439077 AgRg/RS; AI 224839 AgRg/GO; AI 226690 AgRg/SP; AI 416698 AgRg/MG; AI207672 AgRg/SP; AI 429753 AgRg/PR (multa 5%); AgRg AI 496270 PB (multa 5%); AgRg no AI 220485 MG; AgRg no AI 488805 - RJ** (prazo para ajuizamento de embargos do devedor - exame inviável no RE); **AgRg no AI 496562 - SP** (Súmulas 282 e 356); **AgRg no RE 308.760 - CE** (Análise envolveria revolvimento de matéria de fato e reexame de prova -

Súmula 279 - AgRg manifestamente infundado: multa de 2%); **AgRg no RE 356675 - RS** (servidores lotados em zona de fronteira - acórdão julgou indevida a concessão aos recorrentes; recorrido é InSs); **Emb.Decl. no AI 365205 ED /SP** (ED convertidos em AgRg; multa de 5%); **AgRg no AI 415162 - RJ** (Ref. Súmula 282);

- **STF não examina direito local** - Súmula 280: AgRg RE367339/Rs; AgRg no AI 481833/SP (complementação de proventos instituída pelas L. 4819/58 e LC 200/74, ambas do Estado de São Paulo - Precedente: RE 168.046 - EDv, Ilmar Galvão DJ 2.5.2003); EDecl no RE 339160 RS (inviabilidade de exame no RE matéria que envolve direito local; AgRg provido, em parte, para determinar que sejam compensados e distribuídos os ônus da sucumbência, ressalvada a hipótese de concessão de justiça gratuita); AgRg no RE 387352/RS (igual ao anterior); AI 476066 AgRg MG (falta prequestionamento e vedado exame de direito local);

- **Ausência de prequestionamento de matéria constitucional e não oposição de E Decl**; ausência de negativa de prestação jurisdicional: **AI 205276 AgRg/SP ; AgRg no AI 463206/SP** (questão relativa às peculiaridades do cabimento de rescisória na JTrabalho; ausência de prequestionamento: Súmulas 282 e 356 - AgRg manifestamente infundado: multa de 2% sobre o valor da causa);

- **Questão constitucional do RE não cogitada pelo acórdão recorrido**: AI 404952 AgRg/SP; AI 499454 AgRg/RN;

- **Ausência de procuração (recurso inexistente)**: AI 504704 AgRg/MT: AI 426704 AgRg/RS;

- **RE trabalhista** - matéria processual: AI 503657 AgRg (multa de 2% valor corrigido da causa, CPC 557, 2º)

Não impugnação da decisão agravada: **AI 498025 AgRg/SP** (multa de 5% valor causa); **AgRg no AI 495753 - SP** (necessidade de impugnação dos fundamentos da decisão que indeferiu o RE - PRECEDENTES - Súmula 284); **AgRg no AI 418173 - SP** (multa 5%);

- **Embargos de Declaração manifestamente protelatórios** (multa de 1%): Emb. Decl. no Ag. Reg. no. Agravo de Instrumento 227408 AgRg-ED/DF; Emb. Decl no AgRg no AI 270678 /MG (multa 1%);

- **Interposição de recurso idêntico:** AgRg no AgRg no AI ou de Petição AI 448677 (multa de 1% valor da causa e indenização de 10% - CPC art. 18 - Partes: CEF versus Antonio - CEF é a multada); AgRg AI 457845 AgRg BA(multa de 5% - alega que AgRg apenas reitera argumentos já afastados pela decisão agravada com base em jurisprudência pacificada do Tribunal - agravante é Sidnei e agravada é Companhia Municipal de Abastecimento);

- **Ainda cabia interposição de Agravo Regimental:** AgRg no AI 497244 AgRg RJ (decisão monocrática que negou seguimento a embargos de declaração da qual ainda era cabível a interposição de AgRg; Regimental manifestamente infundado; multa 2%);

- **Queixa Crime não recebida** - Inq. 1937/DF;

- **Contraditório e ampla defesa a todos os litigantes e processos:** AI 402493 AgRg/SE;

Decisão Recorrida assentada em Fundamento Constitucional Suficiente não Atacado no RE (Súmula 283): **AgRg no AI 280971 RJ**; AgRg no AI 439841 - SP (Súmula 283);

- **Intempestividade: AgRg no AI 500700 - RJ** (Agravo de instrumento Criminal - intempestividade - súmula 699 - "Agravo Regimental protocolado antes da publicação da decisão agravada no órgão oficial, não comprovada a ciência anterior do agravante: precedentes.");

- **Intuito protelatório: AgRg no RE 232982 - SP** (reconhecimento de estabilidade do art. 29 do ADCT - PRECEDENTES - intuito protelatório e litigância de má-fé - multa de 1% e indenização de 10% em favor da agravada, ambos sobre o valor corrigido da causa - CPC art. 28);

- **Rescisória** - AgRg no RE 408.409 - PB (Súmulas 282, 356, 343 - o RE em rescisória volta-se contra a fundamentação do acórdão nela proferido e não a da decisão rescindenda - MOTIVAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA - necessidade de impugnação); AgRg no RE 411931 - CE (multa de 5%);

JULGAMENTO “COM APRECIACÃO DO MÉRITO”:- Uso de precedente: ADI 1910/DF (prazo para rescisória - precedente ADI 1753); AgRg na AOriginária 1031 (nem todos os Juízes de 1º grau estão impedidos); **ICMS Crédito : AI 488374 AgRg/SP**; **USO DE PRECEDENTE DO PLENO: AgRg no RE 420926/PE** (agravante: CEF - FGTS, diferenças de Correção Monetária - fev. 89 , jun e jul 90 e posteriores a fev 91; ausência de questão de direito temporal a ensejar o conhecimento do RE por ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da CF: aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal no julgamento do RE 226.855, Pleno, Moreira Alves, DJ 13.10.2000. 2. Agravo regimental manifestamente infundado: aplicação da multa de 5%); **AgRg no AI 200749 AgRg RS** (j. 18/5/2004 - DJ 25.6.2004, p. 6; "decisão recorrida na linha do entendimento firmado pelo STF no sentido da continuidade da exigência do PIS na forma da LC 7/70, à vista da inconstitucionalidade dos Decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88: precedente (RE 169.091-7, Pleno, 7.6.95, Pertence, DJ 4.8.95). 2. Agravo regimental manifestamente infundado: aplicação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor corrigido da causa (C. Pr. Civil, art. 557, § 2º); **AgRg no AI 260430 / SP** (Precedentes: RE 172.394, Galvão 15.9.95 = validade de decretos do Estado de S. Paulo que determinaram CM de débito tributário antes do vencimento da obrigação; RE 183.907, Galvão, Pleno, 29.3.2000: índice de CM, in casu, não pode superar o aplicado na atualização de tributos federais; improcedência de alegações de ofensas constitucionais decorrentes da cobrança cumulativa de multa, juros moratórios e CM e de aplicação automática de multa de 30 por cento); AgRg no AI 387263/GO (incabível incorporação aos proventos de servidor de valor referente a horas extras antes da conversão do regime celetista para estatutário - PRECEDENTE: MS 22.455, PLENO, NÉRI DA SILVEIRA, DF 7.6.2002); **AgRg no RE 256166 - SC** (contribuição social - Precedente RE 228.321, Pleno, Carlos Velloso, DJ 30.5.2003);

Os julgados examinados conduzem a uma só conclusão. Se os dados pesquisados com respeito à produção jurisdicional do ilustrado Ministro Sepúlveda Pertence são uma amostra representativa da produção jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (e não há elementos que autorizem conclusão de que não o sejam), há produção jurisdicional às avessas, de caráter eminentemente mítico, que mais se amolda ao figurino da não prestação jurisdicional. Na quase totalidade dos casos examinados, ou o recurso tem defeitos formais, ou ele simplesmente não se amolda ao figurino da ofensa direta à Constituição, que o STF exige para que seja conhecido, apreciado e provido ou desprovido.

Falar, assim, em oitenta mil ou cem mil causas, significa, em verdade, oitenta mil ou cem mil “conjuntos” de partes que, com grandioso dispêndio de dinheiro público, recorrem ao STF, sem a mais mínima possibilidade de terem acolhidos seus pleitos, o que transforma também o Supremo Tribunal em uma **quarta** instância, passível de ser utilizada para fins meramente protelatórios, por partes não bem intencionadas processualmente.

Acrescente-se que, como se viu, cerca da metade dessas demandas tem a participação do Poder Público, o que torna duvidosa a prática disseminada no Supremo Tribunal Federal, de aplicar multas para grande número de recorrentes. Essas multas, como se pode bem ver, são lançadas à conta da sociedade. Há, assim, tentativas verazes, como essa, de conter o número elevado de recursos. Nada afasta, porém, o caráter mítico dessa “prestação jurisdicional” às avessas. Isto já permite que sejam alinhados, na seção seguinte, em conclusão, os principais mitos identificados no sistema em que operam os tribunais superiores brasileiros.

III.3.2 – A argumentação judicial desnudada: os principais mitos que afetam o exercício da jurisdição pelos Tribunais Superiores brasileiros

Como decidem os tribunais superiores brasileiros? De que raciocínio jurídico se servem? Pode-se afirmar que há, no Brasil, uma "argumentação judicial" isolada ou subproduto da "argumentação prática" em linha com a nova retórica e seus expoentes? Utiliza-se, entre nós, de simples processo mental, apegado às idiosincrasias que perpassam o espírito dos produtores de decisões judiciais ou servem-se de um processo mental, desapegado do psicologismo do autor, obedecendo, com rigor, a precedentes vinculativos? Ou se trata de simples exercício silogístico - o silogismo judicial - parametrizado por um formalismo jurídico repetido há séculos, sendo a lei a premissa maior, os fatos a menor e a conclusão como término *ad quem* do conflito de interesses?

Os questionamentos não cessam: juízes e tribunais, seguidores incondicionais da lei, por definição, o que fazem, na ausência da lei? E na presença da lei? São influenciados pelas condições pessoais, culturais, sociais ou políticas? Caberia falar em neutralidade axiológica, no tocante às decisões judiciais?

As perguntas se sucedem e se multiplicam e o dilema evoca Heidegger, Wittgenstein, Gadamer, Apel e Rorty, com suas advertências de que devemos aprender a nos calar, diante daquilo que não se pode falar, uma vez que, tudo o que pode se pronunciado, pode sê-lo de forma clara e o que não pode ser falado tem de ser omitido (Wittgenstein); uma teoria do conhecimento não se pode fundar sobre a psicologia, mas, sim, sobre a lógica (Kant, Heidegger); a compreensão, a interpretação e a aplicação fazem parte de um processo unitário, no qual a norma adquire sentido pleno somente quando é aplicada, já que o justo não se descola da situação que exige justiça (Gadamer). E, sobretudo, aprendemos que a construção do conhecimento, antes atada à Dialética e à Lógica, retomou a companhia da Retórica. Uma boa forma de

discurso começa por uma boa questão, pelo perguntar contínuo, pela busca de posições não radicais e não definitivas (Gadamer). Ao perguntar contínuo devem-se seguir, ao menos, algumas respostas, sob pena de sucumbir o espírito ou o pensamento, imerso na dúvida. Esta Tese procurou oferecer algumas respostas ao perguntar contínuo, ou, pelo menos, ofereceu algumas alternativas para a compreensão de muitas perguntas.

A aplicação da norma é incumbência do juiz. Para atingir o justo, a sociedade há muito faz concessões aos juízes; por um lado confere-lhes a atribuição de, diariamente, aplicar silogisticamente o direito às relações de fato controvertidas. Aos juízes a sociedade dá o poder de aplicar a lei e o direito, caso existam, consoante suas convicções. Por outro lado, a sociedade tem legitimado, na ausência da lei e do direito, ou diante da controvérsia, o ativismo judicial, que faz dos juízes legisladores positivos, pretensamente para que se atinja o justo. Ao aplicar a norma ou ao criá-la o juiz provoca alterações na realidade que o cerca, que, a partir de um microscópico poder de influência individual, transformam-se, ao fim e ao cabo, no exercício de um Poder do Estado de dimensões gigantescas para a sociedade.

Não há teorias definitivas – assim entendidas aquelas aceitas amplamente -, na atual quadra da história, a respeito da origem, do conteúdo e do próprio ato de produzir e fundamentar decisões judiciais.

A relevância do estudo da argumentação judicial é, pois, uma consequência inarredável. As alterações da realidade decorrentes ora são inovações, ora são retrocessos com consequências por vezes inapagáveis para a vida do homem.

Portanto, atada ao formalismo da aplicação silogística da lei ou não, a argumentação judicial tem de ser estudada, compreendida e, quiçá, mudada. Deve ser estudada sob o ângulo da previsibilidade dos pronunciamentos judiciais, o que atrai inúmeras considerações respeitantes ao percurso que vai da pré-concepção (o círculo hermenêutico), à existência ou inexistência da lei,

até alcançar a inovação da ordem jurídica com a decisão de um caso concreto ou com o pronunciamento de ordem abstrata.

Necessário examinar o que se passa entre a realidade objetivada pela decisão judicial e o mundo da existência (ser), já que há não muito nos afastamos do conhecimento puramente racional, eis que uma definição neokantiana de justo (moralidade) teve que ser introduzida nas preocupações dos produtores de conhecimento. O que é justiça? Por que não nos podemos afastar dela. É preciso saber o que é o justo. No mínimo, é preciso que se entenda o que é o justo afirmado insistentemente nas pesquisas que buscaram retratar como produzem decisões os juízes brasileiros.

A partir do aprofundamento das considerações acerca da apreensão do objeto pensado pelo ser pensante, das teses que se ocupam da refutação, da pré-compreensão e da previsibilidade, pretende-se tornar mais facilmente previsíveis as situações em que o juiz irá conceder o direito pleiteado pela parte, caso possamos provar que existe um “stare decisis” brasileiro, como querem alguns. De igual modo, são totalmente previsíveis as situações em que o direito deduzido em juízo não será confirmado pela decisão judicial, quando uma sucessão de fundamentos procedimentais são utilizados para negar a pretensão deduzida em juízo, sem sequer examinar seu mérito. Ainda imprevisíveis, poderiam ser melhor aclaradas situações em que o direito será confirmado na instância superior, nos casos em que o juiz decide figurando um conceito de justo, refletindo seu interior ou respondendo a circunstâncias do envoltório social que cerca o julgador ou das características psicológicas do julgador, o modo como pensa e reage diante da realidade que o cerca.

Toda essa indecisão teórica conduz a que as decisões dos tribunais superiores brasileiros tornem-se uma mera ficção. Em uma redução fácil de ser comprovada com exemplos inúmeros, quando se apresentam questões tormentosas, as Cortes respondem com decisões políticas. Para a generalidade dos feitos, as Cortes respondem com os precedentes. Ocorre que o “precedente” a que incumbe fazer referência não é aquele vinculativo

("binding") ou que deve ter a parte vinculadora separada dos *obiter dicta*. Não há que fazer divagações! O "precedente" de que se cuida é o mesmo caso, repetido às centenas ou aos milhares, mas que, em razão de princípios como a ampla defesa, a segurança jurídica, o devido processo legal e outros mais, tem de ser "julgados". Não é difícil entender, pois, a ficção, o "julgamento" mítico; o "julgamento" relativo a *levas e mais levas* de processos e não de questões de fato ou de fato e de direito.

Vista a questão da previsibilidade por esse prisma, passam a fazer sentido algumas aproximações modernas relativas ao conteúdo e à previsibilidade da argumentação judicial, tal como se observa nos estudos relativos ao relacionamento, que aparentava ser espúrio, entre a inteligência artificial e direito. Também passam a ter relevância quaisquer iniciativas que impeçam, dificultem ou até mesmo facilitem o acesso às decisões judiciais, mas que se possa demonstrar que tenham por escopo a negação da prestação jurisdicional.

O Brasil efetua o que jocosamente denominar-se-ia "julgamento de carrinho" nos tribunais superiores, ou, como se implantou há pouco no Tribunal Superior do Trabalho, a mais alta Corte Recursal trabalhista brasileira, o julgamento por "planilhas", ou o "julgamento por listas", no STF. Julgam-se "carrinhos" de processos, tornando o julgamento nada mais do que a leitura apressada de algumas centenas de ementas de acórdãos elaborados por diligentes servidores das Cortes Superiores de nosso país (os juízes são peças figurativas nesse cenário). Ou reúnem-se os funcionários na tarde anterior ao dia do julgamento e trocam "planilhas" com a síntese da decisão que cada juiz (ministro) deverá proferir (leitura da "síntese"). No momento do julgamento, nada mais há que discutir. Sustentações orais, nesse cenário, são odiadas, como se viu. Ou julgam-se listas de processos "por matérias", como já se mencionou em seção anterior.

Esse parece ter sido o único meio encontrado, no sistema de julgamentos de nossos tribunais superiores, para dar conta do quase infinito número de

processos que, “por atacado”, como também já se asseverou, chegam às Instâncias Superiores.

Esta tese procurou demonstrar, assim, que o Brasil foi levado a esse esdrúxulo “stare decisis” tropical, que deforma, obscurece ou nega a argumentação judicial no País. Ao decidir acerca do direito pleiteado pelas partes, o juiz brasileiro abandona a argumentação lógica, no sentido tradicional do termo, sendo a premissa maior – a lei e a premissa menor – o fato subsumido com uma peculiaridade: a premissa menor não decorre da lei, mas, sim, da única interpretação da lei admitida pelas circunstâncias do avolumado número de processos nas Cortes. Buscam-se nas Cortes, frise-se, não a elaboração do argumento que decide o litígio, mas, ao reverso, as hipóteses que permitem a denegação do recurso.

Esta tese demonstrou, ademais, que o modelo de argumentação judicial utilizado no Brasil, quando ainda subsiste, possui grandes defeitos. Ele não guarda nenhuma vinculação mesmo com o conhecimento científico moderno, que coloca, de um lado, o conhecimento racional, do outro, o conhecimento baseado na experiência. Nada tem a ver com a busca da verdade (Heidegger), no sentido ontológico (platônico) de adaptação do ser ao objeto. Remoto é, ademais, qualquer vínculo aristotélico, no sentido de que a verdade nada mais é do que a adequação do intelecto à realidade. Em última análise, os tribunais brasileiros efetivamente não apreciam o mérito dos recursos a eles propostos.

A consequência de tudo isso é que a argumentação judicial brasileira é mitificada pela figura da inexistência do precedente vinculativo e do fundamento obrigatório mas vazio de sentido. Por isso, ela inexiste como produção empírica ou racional da maioria dos julgadores. Julgadores, muitos, que não julgam. Alguns proferem “votos prontos” e não possuem, infelizmente, qualquer compromisso com a produção científica de conhecimento, nem com as consequências sociais que as decisões possam acarretar para a sociedade e seus segmentos.

Tão graves quanto essas considerações é constatar que um “pré-conceito” de justiça, de justo, habita a mente do julgador brasileiro. Ocorre, nesse passo, talvez a maior distorção que se pode constatar. Munido da pré-concepção de justo, o juiz decide quem deve vencer a demanda. A argumentação judicial vem depois, a reboque do ingresso, na mente do julgador, de sua concepção do que é o justo. Supondo-se que não haja precedentes na mente do juiz, ele, em seu íntimo, decidirá quem deve vencer a demanda. Em seguida, elabora os argumentos, para atender à exigência, de origem constitucional, da fundamentação das decisões judiciais.

O juiz traz consigo um conjunto de pré-conceitos oriundos de sua situação social, econômica, política, cultural etc. Diante de uma demanda judicial, a força desses pré-conceitos prejudica uma visão objetiva dos fatos e das circunstâncias que o envolvem. No seu íntimo, já existe, como que *a priori*, uma forte inclinação, impulsionando-o para um dos lados da lide consentâneo com seu enquadramento valorativo. Desta sorte, todos os seus argumentos são construídos *a posteriori*, com vistas à sustentação de sua escolha pré-conceitual. Essa interpretação encontra boa parte de sua fundamentação teórica no realismo jurídico, tão bem explicitado por Jerome Frank.³³¹

Em síntese, o juiz decide primeiro acerca do resultado, para, depois, buscar o princípio; “descobre” os fundamentos da decisão e constrói um mito: a argumentação judicial ao inverso. Certamente nem Jerome Frank, nem Karl Llewellyn, nem Roscoe Pound, nem Benjamin Cardozo imaginaram as distorções que esse “envolvimento psicológico/político/social” iriam produzir nas decisões e no funcionamento de órgãos do Poder Judiciário em países como o Brasil.

Bem de ver que tal se mostra ainda mais grave, porquanto os tribunais superiores brasileiros atuam, com enorme frequência, como legisladores positivos, mormente em pronunciamentos que são obrigadas a proferir Cortes

³³¹ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Anchor Books, 1963.

como o Supremo Tribunal Federal, diante de 3.250 ações diretas de inconstitucionalidade, lá ajuizadas, entre o ano de 1988 e o dia 11 de julho de 2004, 5.793 cartas rogatórias, 4.499 pedidos de intervenção federal, 4.049 homologações de sentença estrangeira, 2.020 suspensões de segurança, todos entre 1990 e 2004 (11 de julho de 2004), afora os milhares de habeas corpus, agravos de instrumento e recursos extraordinários chegados à Corte.³³²

Os tribunais superiores deveriam operar as cirurgias reparadoras das leis brasileiras, revivificando-as, ou adicionando a funcionalidade perdida por tais leis, para lhes dar eficácia ou efetividade social. Foram eleitos e aceitos pela sociedade como capazes de pronunciar a última palavra a respeito da legalidade de atos jurídicos e da constitucionalidade das leis. Cortes como tais deveriam exercer a função suprema de representantes da Nação que alguns, como HAMILTON, JAY e MADISON divisaram para o Judiciário Norte-Americano de seu tempo e do futuro, no presciente O FEDERALISTA.

Os dados obtidos acerca da conduta de juízes e tribunais brasileiros e de sua situação, qualificação e motivação quando da produção de julgados compreendem, certamente, material que terá de ser objeto ainda de inúmeros estudos futuros, mormente tendo em vista que o volume de distorções do Judiciário brasileiro o tem tornado alvo de críticas, inclusive de organismos internacionais. Por inacreditável que possa parecer, transformou-se o Judiciário pátrio em foco de atenção de economistas, que crêem poder diagnosticar os males e os remédios para as distorções que entendem afetar juízes, juízos e tribunais servindo-se das divagações utilitaristas de Jeremy Bentham, das lições acerca dos grandes oligopólios de Marshall, do empresário schumpeteriano com seu espírito empreendedor, ou de regressões não lineares que utilizam regressões com variáveis “Probit” (correlação entre variáveis qualitativas), ou seja, um exercício valorativo misturado à

³³² Os dados são do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário - BNDPJ, mantido no âmbito do Supremo Tribunal Federal e serão detalhados e analisados com mais vagar na seção relativa ao funcionamento dos tribunais superiores brasileiros desta tese.

econometria, com o qual pensam poder extrair conclusões até mesmo acerca da influência da celeridade das decisões judiciais sobre o chamado “custo Brasil”.

Compreender a argumentação judicial brasileira, portanto, é tarefa não apenas árdua, mas também complexa na sua concepção e desenvolvimento. Encontrar o real e o mitificado e deparar-se com uma transmutação do tradicional **civil law** para um quimérico e imperfeito sistema de **stare decisis** é realmente um mistério e um desafio.

Vale, pois, como última etapa desta empreitada árdua, listar os mitos que puderam ser identificados, ao longo das pesquisas empreendidas para a elaboração desta Tese. Alguns deles já puderam ter seu desvendamento sugerido ao longo da análise que se fez, enquanto que outros devem merecer acompanhamento, estudos e novas pesquisas, que poderão redundar em sua compreensão e na definição de tarefas a serem cumpridas, se se quiser que deles não surjam empecilhos para o exercício máximo do direito de acesso à jurisdição, com a busca do justo, neste sofrido País que é o Brasil. A lista é a seguinte:

- o mito de que levar um processo ao Supremo Tribunal Federal corresponde ao ideal em termos democráticos, já que é assim assegurado o pleno exercício dos direitos fundamentais de proteção judiciária e da amplitude do direito de defesa;

- o mito de que somente a mais elevada Corte de Justiça brasileira - o Supremo Tribunal Federal - pode determinar o cumprimento de Cartas Rogatórias, homologar sentenças estrangeiras ou decidir sobre extradições, ainda que a homologação seja de sentenças de divórcio, as extradições sejam de criminosos condenados em seus países e as rogatórias se refiram à assuntos prosaicos, em se tratando do Excelsa Corte Brasileira, que é o STF, quais sejam, em regra, a citação de criminosos que se encontrem no território brasileiro, ou a coleta do depoimento de testemunhas, ou a citação de pessoas e empresas em geral;

- o mito de que o Supremo Tribunal Federal não julga fatos, mas somente questões de direito e, quanto a estas, somente julga questões constitucionais;

- o mito de que o irrestrito acesso ao recurso extraordinário, ao agravo de instrumento e ao agravo regimental é a forma perfeita e acabada de realização da democracia no Brasil, uma vez que assegura, a quem quer que seja, o acesso à Instância Máxima do Poder Judiciário brasileiro;

- o mito de que a segurança jurídica plena, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, somente pode ser alcançada se houver manifestação prévia do Ministério Público e/ou da Advocacia-Geral da União em todo e qualquer processo que tenha acesso ao Supremo Tribunal Federal;

- o mito de que o julgamento por uma Turma de ministros é a melhor forma de realizar a democracia e a garantia de direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal, ainda que a suposta sessão da Turma, para “julgamento”, restrinja-se, o mais das vezes, à leitura apressada de centenas de ementas de acórdãos (votos), elaborados previamente, por assessores de ministros ou até mesmo por estagiários;

- o mito de que, ainda que um processo receba, no Supremo Tribunal Federal, despacho monocrático indeferitório ou de negativa de seguimento vazado em três ou quatro linhas, sem fundamento de direito, ou ainda que o processo seja julgado mediante os “carrinhos repletos de processos”, ou ainda que os votos sejam adremente elaborados, na sua integralidade, por assessores e estagiários, sem a mais mínima participação de seu prolator, ainda que tudo isso ocorra, impera o mito de que a realização da democracia somente ocorrerá se houver a subida FÍSICA do processo até a última instância recursal, quer seja ela a segunda instância ordinária, a terceira instância, ou até mesmo a quarta instância, desde que os autos subam para “julgamento fictício” no Supremo Tribunal Federal;

- o mito de que não há nenhuma distorção na democracia no fato de o Poder Público ser quase monopolista, como demandante dos serviços do Supremo Tribunal Federal, às custas do contribuinte brasileiro, qualquer que seja a utilidade (“conseqüência”) dessa demanda;

- o mito de que não há nenhum dano para a prestação de jurisdição no Brasil, quando dois tribunais superiores – o Supremo Tribunal Federal e o

Superior Tribunal de Justiça – acumulam competências iguais, para decidir determinadas questões e não resolvem, prontamente, essa distorção;

- o mito de que é necessário o funcionamento de um tribunal especial, como foro privilegiado e exclusivo para autoridades governamentais, sem que tal seja repellido pelo Supremo Tribunal Federal, sempre que este é provocado para examinar a questão, diante da confusão não resolvida, na mente de muitos brasileiros, entre “foro competente”, “privilégio de foro” e “suposta garantia de impunidade” ou “maior facilidade de sucesso na defesa, quando feita perante o Supremo Tribunal Federal”;

- o mito de que as ações de inconstitucionalidade, em controle concentrado, têm de passar por dois julgamentos (Medida Cautelar e Julgamento de Mérito), quando o primeiro julgamento é efetuado, atualmente, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, como se tal entendimento, em matéria de exame de constitucionalidade, diferisse, do exame de mérito, em uma Instância Suprema que insiste que não julga matéria de fato;

- o mito de que é necessário o traslado de autos para julgamento no Supremo Tribunal Federal, Corte que, repita-se, afirma e reafirma não deter competência para julgar fatos, quando a simples comunicação da lide e das decisões proferidas na instância *a quo* já seria suficiente para que o Supremo Tribunal Federal decidisse se iria ou não conhecer de recurso;

- o mito de que, em uma Corte, como o Supremo Tribunal Federal, na qual cerca de 80% dos processos são movimentados pelo Poder Público, a aplicação de multas em razão de recursos manifestamente protelatórios ou manifestamente infundados, a serem pagas pelos cofres públicos, inibe a avalanche de recursos até a última instância, nas causas em que é parte algum ente do Poder Público;

- o mito de que há qualquer utilidade no ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, de 3.294 ações diretas de inconstitucionalidade, de 1988 a agosto de 2004, com 2.229 Medidas Cautelares interpostas, como preliminares a essas ações, julgadas, no mesmo período, sem que haja efeito *erga omnes* e efeito vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIns ou nas MCs a elas atreladas, já que, qualquer juiz brasileiro, inobstante a decisão que o STF profira nas 3.294 ADIns, pode julgar causas com a

mesma causa de pedir exatamente consoante a interpretação particular de dispositivo de lei que tenha o juiz singular ou o tribunal.

- o mito de que não resulta nenhum prejuízo para a Nação da leniência com que se trata a existência de matérias repetidas, às centenas, ou aos milhares, no Supremo Tribunal Federal, não havendo nenhum interesse na provocação do legislativo para que produza a norma legal que impedirá o ajuizamento de novas demandas repetidas, aceitando-se, passivamente, essa situação de **desvalorização da prestação jurisdicional**.

Buscando evitar repetições, ainda há que mencionar:

- o mito de que a justiça é a última esperança dos desassistidos, para ganhar/recuperar posição de igualdade com os poderosos;

- o mito de que o sistema judicial é imperfeito porque as leis inexistem ou são imperfeitas;

- o mito de que não há imperfeição alguma em um sistema judicial no qual um preso notório é libertado, sem ter pago indenizações a que foi condenado, ou no sistema em que o acusado da morte de um Prefeito seja libertado, após 3 instâncias terem se manifestado em contrário; ou em que um juiz diga que não deve ser cobrado por um serviço público e, logo em seguida, outro determine exatamente o contrário;

- o mito de que a decisão judicial posterior, realizada em grau de revisão, é sempre melhor do que a decisão judicial anterior;

- o “Upper-Courts myth” (mito das cortes superiores), no sentido de que basta ir a uma Corte com argumentos intelectuais, histórica e intelectualmente corretos, que estes irão prevalecer, quando se estiver diante de injustiça institucionalizada;

- o mito de que o aumento do número de juízos, juízes e servidores administrativos eleva a eficiência de um sistema judicial e reduz a morosidade na decisão dos feitos;

- o mito de que mecanismos informais de “procura por litígios”, na porta da residência das famílias ou em associações comunitárias, é uma forma de elevar o “acesso à Justiça”, enquanto que a tendência, em tais casos, é a

criação permanente de litígios antes inexistentes, uma vez que o sistema depende de agentes da comunidade, remunerados, que somente permanecerão com o “emprego” se “produzirem” litígios; ou se os órgãos do Judiciário forem à porta das famílias, estimulando, nestas, o espírito belicoso permanente: questiúnculas, para as quais a comunidade tem soluções duradouras, são levadas para juízes, em regra, inexperientes;

- o mito de que os juízes julgam melhor coletivamente, embora os julgamentos “coletivos”, em “turmas” ou “câmaras” sejam fictícios, já que votos são preparados, especialmente, por assessores e estagiários, não havendo tempo útil para qualquer revisão significativa de julgados, diante de milhares de processos a serem “julgados”;

- o mito de que súmulas vinculantes ou impeditivas de recursos acabam com o excesso de processos nos tribunais superiores;

- o mito de que juízes julgam segundo a lei;

- o mito de que juízes, ao julgar, não precisam se preocupar com as conseqüências de suas decisões;

- o mito de que, para mudar um paradigma concernente ao funcionamento ou ao modo de julgar de uma Corte, é preciso que mude a lei;

- o mito de que a fundamentação das decisões judiciais nas Cortes Superiores é a única garantia que possui o cidadão, no Estado de Direito, de que terá um julgamento justo e segurança jurídica;

- o mito de que não conhecer um recurso não significa negar a prestação jurisdicional e que conhecer dele significa prestá-la;

- o mito de que julgar processos pela leitura da ementa ou do número do feito é prestar jurisdição;

- o mito de que a presença de juízes de cortes superiores em congressos paroquiais de direito, para fazer conferências, inclusive sobre temas ainda não enfrentados pelo Tribunal a que pertence ou lá sob apreciação seria uma imposição do sistema democrático, não afetando, em nada, o direito da sociedade, que paga pelas viagens dos magistrados, até mesmo para receber honrarias (“títulos”);

- o mito de que juízes de cortes superiores não são influenciados pela presença de grandes advogados ou de ex-juízes no patrocínio de causas;

- o mito de que a participação de advogados e procuradores, atuando como juízes das cortes superiores democratiza os julgamentos; já se sugeriu que, se inexistisse o mito, deveriam ser convocados sindicalistas e donas de casa, para também participar dos julgamentos;

- o mito de que a morosidade dos julgamentos é uma questão pessoal e não institucional ou legal;

- o mito da infalibilidade do juiz, que é uma questão estrutural;

- o mito da imprevisibilidade das decisões das instâncias superiores, que é uma questão de desconhecimento do modo como são tomadas tais decisões;

- o mito de que o Estado tem interesse na rápida solução dos litígios nas Cortes Superiores em que ele é parte;

- o mito de que o recurso *ex-officio* é um instrumento para corrigir erros freqüentes de juízes, que podem afetar o Poder Público.

A argumentação judicial brasileira é um mito. Sem precedentes vinculativos, ela os utiliza, entretanto, à farta. Essa argumentação não existe, como produção empírica ou racional da maioria dos julgadores. Os julgadores brasileiros, rigorosamente falando, raramente julgam; quem o faz, com incontida freqüência, são milhares de assessores e estagiários, sumamente valorosos, mas que não possuem nenhum compromisso com a produção científica de conhecimento. Estes últimos deveriam ser objeto de estudos, em razão do papel transcendental que desempenham na solução dos conflitos de interesse surgidos a cada instante na sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

Ao fim desta longa empreitada, alguns resultados importantes foram alcançados. O primeiro resultado consistiu na compreensão de alguns fatores que explicavam a morosidade ou a aceleração da prestação jurisdicional no Brasil e que guardam relação com a própria natureza da jurisdição que é efetivamente prestada no País, como se insistiu ao longo de toda esta Tese. A prestação é mítica, no sentido desenvolvido no corpo do trabalho e, assim, chega-se ao raciocínio tão simples quanto antigo: o direito tardo é o não direito. E, vale acrescentar: o direito não prestado pode um dia vir a ser cobrado pela sociedade, tanto que esta se conscientize que está sendo obscurecida a realidade, para que não enxergue sequer “sombras” das figuras mitificadas da prestação jurisdicional.

O segundo resultado consiste na uniformização da argumentação judicial. O uso do precedente - de algum tipo de precedente - é capaz de operar economia substancial de recursos públicos na prestação jurisdicional e de aperfeiçoar essa prestação. Não basta, para tanto, que se implementem súmulas vinculantes ou impeditivas de recurso, se for mantido o sistema de dupla admissibilidade de petítórios recursais, do qual as instâncias superiores parecem não conseguir se libertar.

O terceiro resultado é buscado por advogados e, certamente, por todos os demandantes de serviços judiciais. Trata-se da previsibilidade. Alguns entendem necessário introduzir a previsibilidade como variável relevante na produção de decisões judiciais. Têm em mente, em uma primeira aproximação, a exclusão, lançando para o mais remoto passado, o juiz arbitrário, onipotente, capaz de, a cada minuto e consoante suas idiosincrasias, produzir o inesperado, inclusive à margem da lei.

Mas buscam, também, a possibilidade de antecipar com benefícios, a próxima decisão que será tomada em um juízo.

Ao longo deste trabalho e consistente com a pesquisa teórica empreendida, procurou-se lançar luz sobre as práticas dos tribunais pátrios, para, a partir deles, procurar distinguir o real do mítico. Em verdade, as teorias da fundamentação jurídica e judicial, simultaneamente, pela sua diversidade e pela sua convergência, são capazes de nos conduzir à identificação de um “Juiz Plural”, denominação que se aplica àquele que decide, mas que pode fazê-lo sob diferentes motivações: utilizando o tradicional formalismo jurídico, servindo-se do variado repertório de instrumentos de fundamentação jurídica que se expôs, e também se utilizando de métodos de obscurecimento do real, ou seja, de mitificação ou negação da prestação jurisdicional.

É sempre ilustrativo lembrar que, no *Fédon*, por exemplo, disseminando o pensamento de Sócrates, Platão lança para os séculos seguintes, elementos fulcrais da dialética, traduzidos na exasperação do ser humano, diante da necessidade de conhecer e diante da distância entre a ignorância e o conhecimento.

Platão trombeteou a ignorância do sábio, provocando a todos com palavras que devem ser lançadas para reflexão na conclusão desta tese. Afirma ele:

“Não sei resolver nem sequer se quando se adiciona uma unidade a outra, a unidade à qual foi acrescentada à primeira torna-se duas, ou se é a acrescentada e a outra que assim se tornam duas pelo ato de adição. Fico admirado! Quando as duas unidades estavam separadas uma da outra, cada uma era uma, e não havia dois; logo, porém, que se aproximaram uma da outra, esse encontro tornou-se a causa da formação do dois. Também não entendo por que motivo, quando alguém divide uma unidade, esse ato de divisão faz com que esta coisa que era uma se transforme pela separação em duas! Essa coisa que produz duas unidades é contrária à outra: antes, acrescentou-se uma coisa à outra – agora, afasta-se e separa-se uma de outra. Nem sequer sei por que um é um. Enfim, e para dizer tudo, não sei absolutamente como qualquer coisa tem

origem, desaparece ou existe, segundo este procedimento metodológico. Escolhi então outro método, pois, de qualquer modo, este não me serve.”³³³

A “causa”, a “coisa em si”, a “contradição”, o “bom senso”, o “desconhecer”, o “método”, o “conhecer” são conceitos que estão imbricados nessa densa exposição platônica e, evidentemente, na vida do homem.

Não basta ao homem permanecer no plano filosófico do conhecimento geral. Tornou-se possível, já na antigüidade, alcançar conhecimentos específicos, em campos do saber que necessitavam de desvelamento, para que o homem pudesse conviver em sociedade. A produção de conhecimento jurídico é uma dessas alternativas de especificação do conhecimento humano.

O que é o conhecimento jurídico? Será ele apenas uma espécie do gênero conhecimento humano? Ou o conhecimento humano é insuscetível de divisões, havendo “caixas” ordenadas de matérias, nas quais cabe todo o saber do Direito, da Filosofia, da Física, da Química que servem apenas o fim de organizar, metodologicamente, o conhecimento.

Aceita a existência do conhecimento jurídico, como objeto do ser humano plenamente justificável em razão da vida em sociedade, não é possível escapar das segmentações tão caras ao normativismo, representadas pela divisão do direito não como ciência, mas para fins metodológicos, em direito público e direito privado. Porém, essa divisão causa preocupações, uma vez que, um dos traços que o Estado (o “público) adquiriu – a separação de poderes – colocou em embates não resolvidos o exercício da jurisdição. Estranhamente, esse exercício, concebido originalmente como forma de enunciação do direito que a sociedade queria vigente e eficaz, parece estar se tornando inviável em algumas Cortes. Inseridas no rol de órgãos que se ocupam do coletivo, do geral, do público e, mais tarde, do estatal, essas Cortes não têm logrado provar a existência de benefícios para a sociedade de julgamentos sucessivos, de um

³³³ PLATÃO. Diálogos: O Banquete – Fédon – Sofista – Político. Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1972, p. 109.

mesmo processo, ou a repetição de julgamentos, em distintas instâncias, de uma mesma causa (matéria), a menos que se aceite a estranha tese de que a Corte Superior à atual julgará “melhor” do que a que ora detém o processo.

Outra questão tratada nesta tese refere-se ao papel do juiz. Adotada a tese central do realismo norte-americano, no sentido de que, antes de iniciar a construção do raciocínio judicial, o juiz define qual é a decisão que será exarada, decidida e fundamentada, uma questão que remanesce para ser pesquisada consiste na possibilidade ou não, sem riscos para a democracia, da aceleração dos julgamentos das cortes superiores, através da eliminação da fundamentação das decisões judiciais.

Insiste-se que a fundamentação da decisão judicial é um pressuposto indispensável da democracia, calcado que estaria no direito fundamental ao devido processo legal (“due process of law”) trazido do constitucionalismo norte-americano. Aquele que sofre a interferência do Estado em sua esfera individual de existência deve saber quais são os fundamentos pelos quais direitos ou liberdades lhe serão cerceados. E, ao tomar conhecimento dos fundamentos (“razões de decidir”), habilita-se a exercer outro direito fundamental, que é o sagrado direito à amplitude da defesa.

Uma razão para tornar essa concepção pueril residiria no fato de que, segundo alguns realistas, o órgão da jurisdição, antes de determinar quais serão os fundamentos de sua decisão, profere a inversão do silogismo adotando um conceito de justo. Fundado em suas concepções pessoais, no entorno que o cerca, nas circunstâncias sociais, políticas e culturais, na sua herança pessoal e familiar, o juiz, munido de uma definição do que é justo, decide a quem será concedido o bem da vida sobre o qual litigam as partes. Somente depois disso é que há de se seguir a fundamentação da decisão judicial (“judicial reasoning”).

Portanto, se a decisão judicial se apóia em um conceito de justo, não há como conceber ofensa ao princípio democrático ou a qualquer outro princípio fundamental aceito pelos povos da terra.

O aspecto inicialmente mencionado merece detida atenção, eis que, é perfeitamente lícito supor que a eliminação da fundamentação das decisões judiciais venha a ser um instrumento de ampliação impressionante da produção e da produtividade dos órgãos jurisdicionais brasileiros.

A eliminação já ocorre, em razão de algumas situações que foram tratadas nesta tese, a saber:

a) o julgamento não existe, porque limitou-se à enunciação de precedentes;

b) o julgamento não existe, porque não há julgadores habilitados a julgar os feitos (dedicação a atividades não jurisdicionais, a exemplo da quase infinita participação em eventos que interessam à pessoa do julgador ou de seus auditórios e não ao mister para o qual foi nomeado); emblemático, para mencionar um exemplo, é a participação de julgadores de tribunais superiores em seminários, simpósios, reuniões e encontros os mais diversos, para falar sobre o novo Código Civil brasileiro; quando sequer se produziram julgados de Primeira Instância sobre os institutos novos introduzidos pelo Código Civil de 2002, entregam-se julgadores de Instância Recursal a emitir opiniões sobre temas que tais.

c) o julgamento não existe e não há fundamentação judicial relevante e gnoseologicamente válida, outrossim, na decisão proferida a partir de votos que não são da lavra do julgador nomeado por órgão do Estado para exercer a jurisdição, mas, sim, de um corpo valoroso e proativo de assessores; se a sociedade aceita conviver com julgadores ou órgãos jurisdicionais que não elaboram seus julgados, que razões haveria para se rejeitar a utilização de outras formas de julgar, que não passem pela redação de 500 páginas de aparentes fundamentos, como ocorreu no HC 82424-RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

d) o julgamento não existe porque nele se limita à leitura de ementas do que serão os futuros “acórdãos”, com aprovação em bloco;

e) o julgamento não existe porque aquilo que seria a fundamentação não passa de tentativa de demonstração de erudição por parte do julgador, sem que as centenas de páginas da aparente fundamentação tenham relação séria e concludente com o objeto do julgado;

Outras idéias surgidas ao longo da análise que aqui se empreendeu devem ser sopesadas com grande interesse. Uma delas refere-se à redução/corte radical do número de juízes e a redefinição de funções do Ministério Público. Como se acentuou, trata-se de autêntico “luxo”, que nem a Inglaterra se concedeu, a manutenção de um órgão de acusação, de investigação e de fiscalização de direitos difusos, juntamente com a função inespecífica e, como se disse no corpo da Tese, idéia rejeitada pelos próprios membros do *Parquet*, de “assessores de luxo” de juízes – com a vênia dos eminentes membros do MP – “assessores de luxo” de desembargadores e ministros. Observe-se que a expressão é utilizada por membros do próprio “Parquet”, para caracterizar a inutilidade de sua atuação como *custos legis*, quando há inúmeras outras funções que podem exercer em prol da sociedade.

Não se necessita mais do que uma emenda à Constituição para corrigir essa anomalia.

Outra frente de atuação consiste na redefinição dogmática do princípio da ampla defesa. Ele está sendo utilizado à farta, para gáudio dos chicaneiros. O discurso é quase irrepreensível: o processo tem que demorar, para que não sejam cometidas injustiças.

Um dos mais notórios beneficiários desse estado de coisas é o Estado, que se aproveita da obsessão pelo princípio da ampla defesa e pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição – proteção judiciária, para entulhar os tribunais com processos (papéis e não causas).

Há necessidade, outrossim, de alterar o sistema recursal, eliminando-se a dupla admissibilidade, fonte de atrasos incriveis na prestação jurisdicional definitiva. É preciso, também, eliminar o “passeio” de autos à instância superior, quando de algum recurso. As instâncias que alegam não terem competência para examinar matéria fática não devem receber autos integrais de processos. Um sistema recursal pode tornar-se eficiente com alguns passos, mas estes têm de incluir o impedimento à subida automática de autos de processo e a obrigatoriedade, da qual o Brasil não tem demonstrado querer se afastar, de as instâncias superiores dizerem, fundamentadamente, se aceitam ou não julgar determinado recurso.

De resto, esta Tese permitiu avançar algumas idéias acerca de como o juiz brasileiro decide (ou não decide). Algumas respostas talvez sejam, agora:

- a) através de precedentes, que são uma versão moderna da pré-compreensão;
- b) através do psicologismo, que seria o elemento inconsciente ou subconsciente do processo judicial;
- c) através da pré-compreensão do justo;
- d) através da persuasão de auditórios;
- e) através da análise de conseqüências.

Isto, todavia, não assegura plena previsibilidade, o que parece continuar a exigir a presença de Cortes Superiores no Brasil, desde que elevem sua eficiência, reduzam seu tamanho e sua voracidade pela produção de julgamentos míticos. Em sociedades pauperizadas pela miséria econômica e social, como a brasileira, não se há de manter o luxo de gastar recursos escassos na produção de decisões judiciais míticas inteiramente desnecessárias.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS:

AARNIO, Aulis. *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit.* Bruxelles: E. Story-Scientia, 1992.

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

_____. *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann).* São Paulo: Saraiva, 1996.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; Bulygin, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico.* São Paulo: Quartier Latin, 2002.

ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria Geral do Processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANDRADE, André, Org. *A Constitucionalização do Direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.* São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. O Direito nas Sociedades Humanas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

APEL, Karl-Otto. Transformação da Filosofia. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. A Parcialidade dos Juízes. Campinas, SP: Edicamp, 2002.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega. Fundamentos Aristotélicos do Direito Natural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

ARISTÓTELES. Organon. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.

_____. Ética a Nicômaco. Bauru, SP: Edipro, 2002.

_____. Retórica. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de, Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa, Acadêmica, São Paulo, 1993

_____. Neoliberalismo e Direito: Crise de Paradigmas na Crise Global, in Teoria do Direito e do Estado, Leonel Severo Rocha, Org., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy Editora, 2002.

BARTHÉLEMY, Joseph & DUEZ, Paul. Traité du droit constitutionnel. Paris: 1933.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Direito Constitucional: instituições de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. Introducción al derecho constitucional comparado. México: Fondo de Cultura Económica, 1975.

BITTAR, Eduardo C. B. Linguagem Jurídica. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico. Barueri, SP: Editora Manole, 2003.

_____. Teorias sobre a Justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. Teoria da Norma Jurídica. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. A Teoria das Formas de Governo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

_____. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. NICOLA, Matteucci e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2002.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). Hermenêutica Plural. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BRUSIIN, Otto. O Pensamento Jurídico. Campinas: Edicamp, 2001.

BURDEAU, Georges. L'État. Paris: Éditions du Seuil, 1970.

_____. Les libertés publiques. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1961.

_____. Traité de Science Politique, Vols. II e IV. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

CAPUTO, John D. Radical Hermeneutics: repetition, deconstruction and the hermeneutic project. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 1987.

CALAMANDREI, Piero. A Crise da Justiça. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. A Natureza do Processo e a Evolução do Direito. Porto Alegre: Ajuris, 1978.

CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen. Teoria e Prática da Argumentação Jurídica. Lógica. Retórica. Curitiba: Juruá, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. Direito Processual Civil e Penal. Vols. I e II. Campinas: Peritas Editora, 2001.

_____. Como Nasce o Direito. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

_____. A Morte do Direito. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot S.A., 1994.

CASSIRER, Ernst. O Mito do Estado. Publicações Europa-América, 1961.

CÍCERO. Dos Deveres. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. O Direito e os Direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. Roteiro de Lógica Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMTE, Auguste. Curso de Filosofia Positiva. Os Pensadores. São Paulo: Editora Abril, 1973.

CONTE, Amedeo G. Saggio Sulla Completezza degli Ordinamenti Giuridici. Torino: G. Giappichelli Editore, 1962.

COSTA, Elcias Ferreira da. Analogia Jurídica e Decisão Judicial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

COSTA, Reginaldo da. Ética do Discurso e Verdade em Apel. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

CRUET, Jean. A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis. São Paulo: CL Edijur, 2003.

CUEVA, Mario de la. La Idea del Estado. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica/Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Uma Teoria do Discurso Constitucional. São Paulo: Landy Editora, 2002.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

DETIENE, Marcel. A Invenção da Mitologia. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, D.F.: UnB, 1992.

DILTHEY, Wilhelm. Sistema da Ética. São Paulo: Ícone, 1994.

DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. A Justificação do Direito e sua Adequação Social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livrado do Advogado, 2002.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy Editora, 2003.

DUGUIT, Leon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 1996.

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

ELIADE, Mircea. Mito e Realidade. São Paulo: Editora Perspectiva, 1989.

ENGELMAN, Wilson. Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

ESSER, Josef. Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

FABREGNETTES, Polydore. Lógica Judiciária e a arte de julgar. São Paulo: C. Teixeira, 1914.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. Qual o Futuro dos Direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FARRAR, John. Introduction to Legal Method. London: Sweet & Maxwell, 1977.

FERRARA, Francesco: Interpretação e Aplicação das Leis; ANDRADE, Manuel A. Domingues: Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis. Coimbra: Coleção Stvdivm, Armênio Amado – Editor Sucessor, 1987.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FERRY, Luc. *Filosofia Política II: el sistema de las filosofías de la historia*. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1997.

FEYERABEND, Paul. *Against Method*. Londres: NLB, 1975.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New York: Anchor Books, 1963.

_____. *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press, 1950.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1977.

_____. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Revista de Occidente, S.A., 1946.

GAREIS, Karl; Kocourek, Albert. *Introduction to the Science of Law: systematic survey of the law and principles of legal study (with an introduction by Roscoe Pound)*. New York: Augustus M. Kelley Publishers, 1968.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. Entre a Lei e o Direito: uma contribuição à teoria do direito alternativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e Interesse. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

_____. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. La Lógica de las Ciencias Sociales. Madrid: Tecnos, 1996.

_____. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. In: The Philosophy of Law (ed. R.M. Dworkin). Oxford: Oxford University Press, 1977.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2000.

_____. Ensaios e Conferências. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.

_____. Introdução à Metafísica. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987.

HEINEMANN, F. A. Filosofia no Século XX. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, Antonio. Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSEN, Johanes. Teoria do Conhecimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HÖFFE, Otfried. Justiça Política. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HOLMES, Oliver Wendell. O Direito Comum. As origens do direito anglo-americano. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.

JAMES, William. Pragmatismo: Um Nombre Nuevo para Viejos Modos de Pensar. Buenos Aires: Aguilar Argentina S.A. de Ediciones, 1967.

JAMESON, Fredric. Pós-Modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Ática, 1997.

JAPIASSU, Hilton. O Mito da Neutralidade Científica. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

_____. Nem tudo é relativo: a questão da verdade. São Paulo: Editora Letras & Letras, 2001.

KALINOWSKI, Georges. Concepto, Fundamento y Concrecion del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

_____. Introducción a la Lógica Jurídica: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973.

_____. Lógica del Discurso Normativo. Madrid: Editorial Tecnos, 1975.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. O que é Justiça? São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KNEALE, William e KNEALE, Marta. O Desenvolvimento da Lógica. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

KOLM, Serge-Christophe. Teorias Modernas da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KONDER, Leandro. O Futuro da Filosofia da Práxis. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.

KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LAKATOS, Imre; Musgrave, Alan. La Crítica y el Desarrollo del Conocimiento. Actas del Colóquio Internacional de Filosofia de la Ciência celebrado em Londres em 1965. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1975.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2002.

LLEWELLYN, Karl N. Jurisprudence. Realism in Theory and Practice. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

LLOYD, Dennis. A Idéia de Lei. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de La Constitución. Barcelona: Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo Procedimento. Brasília, D.F.: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MAINE, Henry Sumner. Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas. Tucson: University of Arizona Press, 1986.

MALBERG, R. Carré. Teoría General del Estado. México, D.F.: Editora Fondo de Cultura Económica, 2001.

MALISKA, Marcos Augusto. Pluralismo Jurídico e Direito Moderno. Notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. Curitiba: Juruá, 2000.

MANELI, Mieczyslaw. A Nova Retórica de Perelman: filosofia e metodologia para o Século XXI. Barueri, SP: Manole, 2004.

MARCONDES, Danilo. Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTÍNEZ, Soares. Filosofia do Direito. Lisboa: Almedina, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial: e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MELLINKOFF, David. The Language of the Law. Boston: Little, Brown and Company, 1963.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Argumentação nas Decisões Judiciais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz, Org. Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy Editora, 2003.

MICHELON Jr., Cláudio Fortunato. Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MONCADA, Luís Cabral de. Direito-Positivo e Ciência do Direito. Textos escolhidos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MONCADA, L. Cabral de. Filosofia do Direito e do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MONTEIRO, João Paulo. Hume e a Epistemologia. Lisboa: Imprensa Nacional, 1984.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MORAES, Emanuel de. A Origem e as Transformações do Estado. Patamares da Democracia. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1997.

MORAIS, Regis de. Sociologia Jurídica Contemporânea. Campinas: Edicamp, 2002.

MORESO, José Juan. La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MORRIS, Clarence (Org.). Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MULLER, Friedrich. Direito, Linguagem, Violência: elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NAGEL, Ernest. The Structure of Science. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1961.

NAGEL, Thomas. A Última Palavra. São Paulo: Unesp, 2001.

NASCIMENTO, Walter Vieira. Lições de História do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY Jr, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Coord. Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de impugnação às decisões

judiciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos; v. 7)

NIETZSCHE, Friedrich. "A Filosofia na Época Trágica dos Gregos". Pré-Socráticos. Os Pensadores (p. 127-139). São Paulo: Nova Cultural, 2000.

OSAKABE, Haqira. Argumentação e Discurso Político. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PASSOS, J.J. Calmon de. Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERELMAN, Chaïm e Olbrechts-Tyteca, Lucie. Tratado da Argumentação: a Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. FORIERS, P. La Motivation des Décisions de Justice. Bruxelles: Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1978.

_____. Org.). Le Problème des Lacunes en Droit. Etudes publiées par Ch. Perelman. Bruxelles: Centre National de Recherches de Logique, 1968.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINTO, Paulo Roberto Margutti. Iniciação ao Silêncio. Análise do Tractatus de Wittgenstein. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PISTORI, Maria Helena Cruz. Argumentação Jurídica: da antiga retórica a nossos dias. São Paulo: Editora LTr, 2001.

PLATÃO. Diálogos: O Banquete - Fédon – Sofista - Político. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1972.

_____. Apologia de Sócrates – Banquete. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

_____. A República. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

_____. As Leis, ou da legislação e epinomis. São Paulo: Edipro, 1999.

PONTES, Kassius Diniz da Silva; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. O Raciocínio Jurídico na Filosofia Contemporânea: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.

POPPER, Karl. A Lógica da Investigação Científica. in Abril Cultural (Pensadores), 1975.

POSNER, Richard A. Law, Pragmatism, and Democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POULANTZAS, Nicos (org.). A Crise do Estado. Lisboa: Moraes, 1978.

POUND, Roscoe. Introdução à Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

_____. Justiça Conforme a Lei. São Paulo: Ibrasa, 1976.

_____. Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millennium Editora, 2003.

PRÉ-SOCRÁTICOS. Fragmentos, Doxografia e Comentários. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati, Org. Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1997.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
_____. Justiça e Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REBOUL, Olivier. Introdução à Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RICOEUR, Paul. Le Juste. Paris: Le Seuil, 1996.

RIGAUX, François. A Lei dos Juízes. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROBLES, Gregório. Las Reglas del Derecho. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

RORTY, Richard. Objetivismo, relativismo e verdade. Escritos Filosóficos I. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. Ensaio sobre Heidegger e outros. Escritos Filosóficos 2. Rio de Janeiro: Reluma Dumará, 2002.

_____. A Filosofia e o Espelho da Natureza. Rio de Janeiro: Relume - Dumará, 1994.

SANCHIS, Luis Prieto. Sobre Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. Ley, Principios, Derechos. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.

SANTIAGO, Carlos. Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

SARAIVA, Paulo Lopo. Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade. Campinas: Edicamp, 2002.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. Metodologia Jurídica. Campinas, SP: Edicamp, 2001.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

SCHNAID, David. Filosofia do Direito e Interpretação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICHES, Luis Recaséns. Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX. México: Editorial Porrúa, S.A., 1963.

SINGER, Peter. Ética Prática. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOBRAL, Gilson. Mito e Logos. Brasília, D.F.: Círculo de Estudos Clássicos de Brasília: Thesaurus, 2001.

STEGMÜLLER, Wolfgang. A Filosofia Contemporânea: introdução crítica. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUDATTI, Ariani Bueno. Raciocínio Jurídico e Nova Retórica. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A Democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TOULMIN, Stephen. Os Usos do Argumento. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VANDEVELDE, Kenneth J. Pensando como um Advogado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. Direito e Força: uma visão pluridimensional da coação jurídica. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Malheiros, 2000.

VERGNIÈRES, Solange. Ética e Política em Aristóteles. São Paulo: Paulus, 1998.

VERNANT, Jean-Pierre. Mito e Sociedade na Grécia Antiga. Rio de Janeiro: José Olympio; Brasília, D.F.: UnB, 1992.

VIANNA, Luiz Wernneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIDIGAL, Erick. Protagonismo Político dos Juízes: risco ou oportunidade. Prefácio à magistratura da pós-modernidade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília, D.F.: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, José Ribas. Teoria do Estado (A Regulação Jurídica). Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1995.

WALZER, Michael. Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória: Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória; o que é uma ação contrária à lei? São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WIGGERSHAUS, Rolf. A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico e significação política. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

WHITE, Stephen K. Razão, Justiça e Modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas. São Paulo: Ícone, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado Lógico-Filosófico - Investigações Filosóficas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta, 1997.

_____. La giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ARTIGOS:

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e Direito, *in* Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, vol. 2, n. 6, pp. 258-260.

_____. Inautenticidade do Pensamento Dogmático na Ciência do Direito Contemporânea, *in* Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco, Ano XXVII/XXVIII, n. XXVII/XXVIII, p. 136.

ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. Disponível em: <sphere.rdc.puc-rio.br/sobrepuc/depot/direito/revista/online/rev08_alex1.html>. Acesso em 22/7/2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo, *in* Revista de Informação Legislativa, n. 91, jul./set. 1986, pp. 5/62.

BASTOS, Celso. A Crise das leis, *in* Jornal Correio Braziliense, 11.10.99, p. 13.

BATISTA, Roberto Carlos. A Interpretação Constitucional Como Concretização. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/artigos/cons/2307-02.htm>> . Acesso em 21/7/2003

BAUDOIN, Jean. Une contribution paradoxale au renouvellement des idées politiques: l'épistémologie de Karl Popper, in *Revue du Droit Public*, septembre-octobre 1987, p. 1181-1198.

BOUVERESSE, Jacques. A Filosofia das Ciências de Karl Popper. *Humanidades*, v. II, n. 5 (1983), p. 55-61.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, 1997, pp. 147-156.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público, mimeo, Setembro 1999.

_____. Direito, Estado e Estado de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 108, pp. 5-24.

_____. Repensando a Interpretação Constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 5, agosto, 2001.

CORREAS, Carlos I. Massini. Sobre la Significación y Designación de las Normas. La Contribución de Georges Kalinowski a la Semántica Normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie*, a. XXXVI, n. 106, Enero-Abril 2003. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/106/art/art3.htm>>. Acesso em 14.6.2004.

DEMO, Pedro. *Sociedade Provisória*, Centro João XXIII, Rio de Janeiro, mimeo, 1973.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? Disponível em <www.usp.br/revistausp/n21/ftercio.html>. Acesso em 21/7/2003.

HAFNER, Carole D. Legal Reasoning Models. College of Computer Science, Northeastern University, Boston, MA. Disponível em <<http://www.ccs.neu.edu/home/hafner/hafner-legal.doc>>. Acesso em 1/9/2003.

KIESO, Doug. Legal Reasoning in the United States from 1870 to the present. Disponível em <<http://www.ags.uci.edu/~dkieso/legal.htm>>. Acesso em 22/7/2003.

LEAL, Rogério Gesta. A Teoria do Conhecimento em Habermas. Conceitos Aproximativos. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. - v. 9 (2002), p. 181-193.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A Hermenêutica Jurídica de Gadamer. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 37, n. 145, pp. 101-112, jan./mar.2000.

LUHMANN, Niklas. A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. AJURIS. v. 17, n. 49, jul. 1990, p. 149-168.

MAIA, Alexandre da. A argumentação jurídica em Robert Alexy como uma teoria da identificação: bases teóricas para a multiplicidade na dogmática. Disponível em: <<http://www.institutolegis.com.br>>. Acesso em: 20/5/2003.

OLIVEIRA, Luciano, Direito, Sociologia Jurídica, Sociologismo – Notas de uma discussão, mimeo

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. O Raciocínio Tópico e a Concepção Sistemática do Direito. Disponível em <<http://sphere.rdc.puc->

rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev13_paulo.html>. Acesso em 22/7/2003.

NEVES, Marcelo. Do Pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco, v. 1, n. 1, 1995, p. 89-120.

PESSOA, Robertônio Santos. Poder, Estado, Direito, Justiça e Liberdade em Kant e Hegel. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2883>>. Acesso em: 29/4/2003.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados. IPEA, Rio de Janeiro, julho de 2003. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0966.pdf>. Acesso em 29/8/2003.

_____. Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto? IPEA, Rio de Janeiro, julho de 2003. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0963.pdf>. Acesso em 29/8/2003.

QUESADA, Francisco Miro. El Horizonte de la Actual Filosofía del Conocimiento (Panorama y Prospecto). Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. IX, n. 36, pp. 237-244, 1972.

RABENHORST, Eduardo R. Sobre os limites da interpretação. O debate entre Umberto Eco e Jacques Derrida. RABENHORST, Eduardo R. Prim@ Facie, ano 1, n. 1, jul./dez. 2002.

REGO, George Browne. Considerações Sumárias sobre os Conceitos de Experiência e Pensamento Reflexivo na Filosofia de Dewey. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Revista Estudos Universitários, v. 19, n. 1, p. 117-137, dez. 2001.

SICHES, Luis Recaséns. La Naturaleza del Pensamiento Jurídico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. out./dez.1972, p. 283-290.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7, 1995, p. 251-273.

SOUZA, Luciane Moessa. Mudança de paradigmas e a práxis jurídica contemporânea. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 39, n. 154, abril/junho 2002.

SUNSTEIN, Cass R. Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning. The Law School; The University of Chicago. Disponível em <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=289789>. Acesso em 01/09/2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito *in concreto*. Revista Forense, vol. 360, Mar/Abr. 2002, p. 23-33.

TISCORNIA, Daniela. Una metodologia per la rappresentazione della conoscenza giuridica: l'ontologia formale applicata al diritto. Artigo per conferenza di filosofia del diritto, Bologna, 1995. Disponível em <<http://www.idg.fi.cnr.it/organizzazione/personale/pubblicazioni-tiscornia/Bol94.rtf>>. Acesso em 15/9/2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. A Democracia Acorrentada e Liberta. Encontros Internacionais da UnB: alternativas políticas, econômicas e sociais até o final do século, Brasília, Editora da Universidade de Brasília.

_____. O Pensamento Jurídico como Imaginação Institucional: Direito, Instituições, Juízes. NOMOS, Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vol. XV, n.1/2, p. 38-43, Jan./Dez. 1996.

_____. Por um Novo Bretton Woods. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 44, pp. 115-130, mar. 1996.