



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

**INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL:
DETERMINAÇÃO, PREVISIBILIDADE E OBJETIVIDADE
DO DIREITO BRASILEIRO**

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

**Brasília
2013**

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

**INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL:
DETERMINAÇÃO, PREVISIBILIDADE E OBJETIVIDADE
DO DIREITO BRASILEIRO**

Tese de Doutorado elaborada sob a orientação do Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes, do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB), apresentada perante Banca Examinadora, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, Estado e Constituição.

**Brasília
2013**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade de
Brasília. Acervo 1010998.

F363i Fernandes, Ricardo Vieira de Carvalho.
Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação,
previsibilidade e objetividade do direito brasileiro / Ricardo Vieira de
Carvalho Fernandes. - - 2013.
352 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade de Brasília (UnB), Faculdade de
Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutorado em Direito,
Estado e Constituição, 2013.

Inclui bibliografia.

Orientador: Jorge Amaury Maia Nunes.

1. Direito constitucional. 2. Filosofia do direito. 3. Decisão judicial. 4.
Poder Judiciário. 5. Opinião Pública. 6. Mídia - influência. 7. Direito e
política. 8. Relações pessoais e direito. I. Nunes, Jorge Amaury Maia. II.
Título.

CDU 340

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes

**INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL:
DETERMINAÇÃO, PREVISIBILIDADE E OBJETIVIDADE
DO DIREITO BRASILEIRO**

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, na Área de Concentração “Direito, Estado e Constituição”, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Universidade de Brasília (UnB).

Brasília, 27 de setembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes - Orientador
Universidade de Brasília (FD/UnB)

Prof. Dr. José Ricardo Ferreira Cunha
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Prof. Dr. Celso de Barros Correia Neto
Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler
Universidade de Brasília (FD/UnB)

Prof. Dr. Valcir Gassen
Universidade de Brasília (FD/UnB)

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima
Universidade de Brasília (FD/UnB) - Suplente

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao orientador desta tese, e hoje um querido amigo, Dr. Jorge Amaury Maia Nunes, por ter aceito me orientar nos caminhos turvos que se abriam sobre o tema quando do ingresso no programa de doutorado, bem como pelas nobres e sensatas observações e pelas indicações bibliográficas que foram fundamentais para o conteúdo agora exposto.

Aos participantes da banca de qualificação, e também da banca de defesa desta tese, Dr. *José Ricardo Ferreira Cunha* e Dra. *Cláudia Rosane Roesler* pelas profundas colocações e críticas, proferidas com a leveza de suas personalidades, para que o trabalho final ganhasse corpo.

Ao Dr. Valcir Gassen pelas proficuas trocas acadêmicas ao longo destes últimos anos e pela aceitação do convite para participar da banca de defesa desta tese.

Ao Dr. *Celso de Barros Correia Neto* e Dr. *Frederico Henrique Viegas de Lima* pela aceitação em participar da banca de defesa desta tese.

A Dr. *Rodrigo Kaufman*, estudioso do pragmatismo, pelos diálogos acadêmicos iniciais que ajudaram bastante na configuração do sumário e das linhas principais da abordagem.

Aos professores Dr. *Terrie Ralph Groth* e Dra. *Loussia Penha Musse Felix* por terem me concedido um pouco de seus conhecimentos jurídicos no início da pesquisa.

À Ms. *Cristiani de Santis Mendes de Farias Mello* por ter ajudado na identificação de um importante precedente jurisprudencial significativo para o segundo capítulo.

Mais uma vez, como no mestrado, a todos os bibliotecários e servidores da Biblioteca Jurídica Onofre Gontijo Mendes - PGDF, em especial à *Cristiany Ferreira Borges*, pela busca rápida e eficaz de dezenas de obras e outros tantos artigos científicos, sem os quais essa tese não se concretizaria.

Por fim, a todos os discentes, docentes e servidores da UnB, cujo convívio muito me alegrou durante os anos de estudo doutoral.

DEDICATÓRIA

À família e aos amigos,
cujo convívio faz parte dos grandes momentos de felicidade da vida.

RESUMO

A presente tese de doutorado tem como objeto imediato a decisão judicial em relação ao processo de escolha decisória; não sob o enfoque unicamente teórico, mas sob a ótica do que realmente ocorre quando da tomada de decisão judicial. Com esse desiderato, foram identificadas as influências extrajurídicas sobre as decisões judiciais como sendo o conjunto de percepções, considerações ou fatores não pertencentes ao direito que, tomados pelo magistrado, consciente ou inconscientemente, são capazes de influir, de forma decisiva ou não, no julgamento da demanda, independentemente de terem sido expressamente, ou não, lançadas na fundamentação da decisão judicial. Antes de adentrar nesta análise, encontrou-se apoio em correntes teóricas que valorizam os aspectos empíricos da prática judicial, como o Realismo Jurídico de Oliver Holmes, Félix Cohen, Jerome Frank e Alf Ross, o Pragmatismo Jurídico de Richard Posner e a Teoria Estruturante do direito de Friedrich Müller. Com esse olhar, foram observadas as influências das pré-compreensões, pré-conceitos e ideologia do julgador, da mídia e da opinião pública, das relações pessoais e da política em sentido *lato* sobre a decisão judicial. Após considerar demonstrada a existência de tais influências extrajurídicas, buscou-se identificar se o cenário apresentado é ou não compatível com os ideais de determinação, previsibilidade e objetividade do direito. Determinação jurídica diz respeito à completude qualitativa do conjunto de razões jurídicas para o direcionamento da decisão judicial para um resultado. É dizer, haverá determinação sempre que o conjunto de razões jurídicas (fontes, cânones hermenêuticos, metanormas etc.) vincular o julgador de maneira forte o suficiente a direcionar a escolha judicial. Ao contrário, a indeterminação ocorre quando este conjunto de razões vincula fracamente o resultado, cabendo ao próprio magistrado buscar em fontes não-jurídicas as razões de suas escolhas. Sobre este aspecto, foi possível chegar à conclusão de que há situações de indeterminação no direito brasileiro e, ao mesmo tempo, de que existe importante determinação jurídica no cenário pátrio. Ou seja, apesar de existirem importantes situações em que se vislumbra indeterminação jurídica, o direito brasileiro mostra-se, em regra, determinado pelo conjunto de razões jurídicas que vinculam o julgador. Já previsibilidade jurídica liga-se à ideia de segurança jurídica, notadamente no que se refere à cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito. Defende-se que o direito será previsível quanto mais for determinado pelo conjunto de razões jurídicas disponíveis. Isto é, existe uma relação convergente entre previsibilidade e determinação. A pacificação da jurisprudência e a utilização de precedentes vinculantes favorece a previsibilidade jurídica enquanto as viradas de jurisprudência sem modulação dos efeitos para o futuro tem o efeito contrário. A objetividade, por sua vez, diz respeito à veracidade das proposições jurídicas: se uma dada interpretação é correta independente da vontade do observador. Tema que necessitou de maior verticalização teórica com vistas à explorar seus aspectos essenciais com o escopo de apresentar um novo conceito de objetividade, no qual se conjugou objetividade mínima (o direito é correto na medida em que a maioria das pessoas acredita que ele é) com autoridade (decisões jurídicas emanadas de órgãos competentes) e aceitação social (aceitação generalizada dos conceitos determinados pela autoridade detentora do poder). Ao final foram apresentados aspectos concernentes à contenção (intrínseca ao processo decisório) e ao controle (posterior à publicação decisória) da decisão judicial, ora de forma prescritiva ora descritiva, com o escopo de demonstrar os meios jurídico-sociais de administração da realidade demonstrada.

Palavras-chave: direito constitucional; filosofia do direito; decisão judicial; Poder Judiciário; direito e mídia; opinião pública; direito e relações pessoais; direito e política.

ABSTRACT

This doctoral thesis has as its object the immediate judgment on the process of choice decisions, not only in the theoretical approach, but from the perspective of what really happens when the judicial decision-making. With this aim, we identified the extralegal influences on judicial decisions as the set of perceptions, considerations or factors outside the law which, taken by the magistrate, consciously or unconsciously, are able to influence, in a decisive way or not, in the judgment demand, irrespective of whether explicitly or not released in the reasons for judgment. Before embarking on this analysis, we found support at current theoretical value the empirical aspects of judicial practice, as the legal realism of Oliver Holmes, Felix Cohen, Jerome Frank and Alf Ross, Pragmatism of Richard Posner and Legal Theory Structuring the right Friedrich Müller. With this view, we observed the influence of pre-understandings, preconceptions and ideology of the judge, the media and public opinion, personal relations and politics in the broadest sense of the court decision. After considering demonstrated the existence of such extralegal influences, we sought to identify if the scenario presented is compatible with the ideals of determination, predictability and objectivity of law. Legal determination concerning the completeness of the set of qualitative legal reasons for targeting the ruling for a result. That is, there will always determine the set of legal reasons (sources hermeneutical canons, metanormas etc.). Bind the judge so strong enough to direct judicial choice. In contrast, indeterminacy occurs when these reasons weakly binds the result, leaving the magistrate himself seeking non-legal sources on the reasons for their choices. On this point, it was possible to conclude that there are situations of uncertainty in Brazilian law and at the same time, there is important in determining legal parental scenario. That is, although there are important situations in which one sees legal indeterminacy, Brazilian law shows up, as a rule, determined by the set of legal reasons bind the judge. Already legal predictability binds to the idea of legal certainty, especially in relation to knowability, reliability, and accountability of law. It is argued that the right will be more predictable as it is determined by the set of available legal reasons. That is, there is a predictable relationship between convergent and determination. The pacification of the case law and the use of binding precedent favors legal predictability while the face of jurisprudence without modulation effects for the future has the opposite effect. Objectivity, in turn, relates to the truth of legal propositions: whether a given interpretation is correct regardless of the will of the observer. Issue that needed more theoretical vertical aiming at exploring its essential with the aim of presenting a new concept of objectivity, which was coupled minimal objectivity (the right is correct in that most people believe that it is) with authority (legal decisions issued by government entities) and social acceptance (general acceptance of certain concepts by the detaining authority's power). At the end were presented aspects concerning the containment (intrinsic to the decision-making process) and control (after publication decisions) of the court decision, sometimes prescriptively descriptive either, with the aim of demonstrating the means legal and social administration from reality demonstrated.

Keywords: constitutional law, philosophy of law, judicial decision, Judiciary, law and media, public opinion, law and personal relations, law and politics.

ABREVIATURAS

ABA – Associação Brasileira de Advogados
ADI – Ação direta de inconstitucionalidade
ADC – Ação declaratória de constitucionalidade
ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental
Ajufe – Associação de Juízes Federais do Brasil
AMB – Associação de Magistrados do Brasil
ANADEP – Associação Nacional de Defensores Públicos
ANAJUR – Associação Nacional dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União
ANAPE – Associação Nacional de Procuradores de Estado
ANPJ – Associação Nacional de Promotores e Procuradores de justiça
ANPR – Associação Nacional de Procuradores da República
CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CF – Constituição Federal
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
EUA – Estados Unidos da América
HC – *Habeas corpus*
IAB – Instituto dos Advogados do Brasil
MI – Mandado de injunção
MS – Mandado de segurança
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TSE – Tribunal Superior Eleitoral
TJ – Tribunal de Justiça
TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRN – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

RE – Recurso extraordinário

Resp – Recurso especial

RMS – Recurso ordinário em mandado de segurança

**INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL:
DETERMINAÇÃO, PREVISIBILIDADE E OBJETIVIDADE
DO DIREITO BRASILEIRO**

INTRODUÇÃO	1
1. A CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA PARA O TEMA	11
1.1.Delimitação do conceito de influências extrajurídicas	11
1.2.O conceito de direito no positivismo e no pós-positivismo jurídicos	17
1.3.Algumas correntes teóricas sobre a decisão judicial	34
1.3.1. Realismo jurídico: <i>Oliver Holmes, Félix Cohen, Jerome Frank e Alf Ross</i>	35
1.3.2. Pragmatismo jurídico: a contribuição de <i>Richard Posner</i>	54
1.3.3. A teoria (estruturante) da norma de Friedrich Müller.....	76
1.4.A decisão judicial	85
1.5.Conclusões parciais	91
2. AS INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL: DO JUIZ À POLÍTICA	97
2.1.Influências intrínsecas à natureza humana do julgador: pré-compreensões, pré-conceitos e ideologia	101
2.1.1. Conclusões parciais.....	121
2.2.Influências da mídia e da opinião pública	123
2.2.1. A opinião pública.....	124
2.2.2. A influência da mídia	127
2.2.3. Conclusões parciais.....	142
2.3.Influências das relações pessoais	144
2.3.1. O entrelaçamento entre as relações pessoais e estatais: os casos de polícia e o <i>jeitinho</i> brasileiro.....	145
2.3.2. Relações entre juiz, grandes escritórios e amigos advogados.....	151
2.3.3. Influência do poder político e econômico local e portaria do CNJ.....	164
2.3.4. Influência relacional na indicação de desembargadores e ministros: relações familiares, pessoas influentes, advogados e políticos.....	167
2.3.5. Conclusões parciais.....	174
2.4.Influências políticas e decisões de natureza política	175

2.4.1.	Conceito amplo de política.....	176
2.4.2.	A relação dos operadores do direito com a política.....	180
2.4.3.	A interação do Judiciário com atores políticos e institucionais.....	185
2.4.3.1.	Questões políticas e o teor político de julgamentos do STF.....	189
2.4.3.2.	Pauta política dos governos: políticas governamentais e a força da Fazenda Pública.....	195
2.4.4.	Análise de consequências e perspectiva de cumprimento da decisão: mais decisões políticas.....	201
2.4.5.	Conclusões parciais.....	207
3.	DETERMINAÇÃO, PREVISIBILIDADE E OBJETIVIDADE DO DIREITO BRASILEIRO E OS LIMITES ÀS INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS.....	210
3.1.	Determinação do direito brasileiro.....	211
3.1.1.	Determinação e indeterminação jurídicas.....	211
3.1.2.	Jurisprudência, recursos e autoridade: fontes de determinação.....	222
3.1.2.1.	(In)Determinação de provas.....	232
3.1.2.2.	(In)Determinação de proposições jurídicas	238
3.1.2.3.	(In)Determinação na aplicação de princípios (e de pautas morais).....	246
3.2.	Previsibilidade do direito brasileiro.....	253
3.2.1.	Previsibilidade e segurança jurídicas.....	253
3.2.2.	Previsibilidade sob a ótica da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.....	262
3.3.	Objetividade(s) do direito brasileiro.....	267
3.3.1.	Espécies de objetividade	272
3.3.1.1.	Objetividade metafísica: máxima, modesta ou mínima.....	274
3.3.2.	Objetividade ou subjetividade da prática decisória nacional.....	281
3.3.3.	Objetividade mínima com aceitação: a solução proposta.....	291
3.3.4.	Conclusões parciais.....	297
3.4.	Limites às influências extrajurídicas.....	302
3.4.1.	Contenção das influências extrajurídicas sobre a decisão judicial.....	306
(i)	Fiscalização da mídia e da opinião pública.....	307
(ii)	Atenção aos julgamentos com forte pressão da mídia e da opinião pública.....	307
(iii)	Publicação da agenda de despachos e reuniões de desembargadores e ministros.....	308

(iv) Maior peso argumentativo em decisões de natureza política ou que aplicam princípios.....	309
(v) Interpretação, metódica, racionalidade, lógica e todo o conjunto de razões jurídicas.....	311
(vi) Jurisprudência pacificada e precedentes vinculantes	314
(vii) Julgamentos colegiados.....	316
(viii) Suspeição em razão de amizade íntima ou inimizade entre o magistrado e o advogado	317
(ix) Reclamações administrativas junto ao CNJ, recursos e demais meios de controle	317
3.4.2. Controle das decisões judiciais após sua publicação.....	318
(i) Clareza e simplicidade da linguagem sem necessidade de abandono da técnica....	318
(ii) Recursos.....	319
(iii) Controle político, midiático e da opinião pública.....	320
(iv) Publicidade das reais razões de decidir.....	320
(v) Campo probatório.....	321
- - -	
<i>Amicus curiae</i> e audiências públicas – canalizadores de influências sócio-culturais..	322
 CONCLUSÃO	324
 REFERÊNCIAS	333

INTRODUÇÃO

I. Considerações iniciais, objeto, problema e hipótese

A advocacia é uma experiência enriquecedora ao operador do direito. Toma-se partido, assume-se um lado da causa. De início, cabe uma referência ao anedotário popular sobre o direito. “Uma pessoa pergunta a um advogado: ‘*Doutor*’, *neste caso quem tem razão segundo o direito? O advogado responde: depende; de que lado está meu cliente?*”. A advocacia pretende-se parcial.

Mas se a mesma pergunta fosse feita a um juiz a resposta seria diferente: ele provavelmente informaria que o direito (lei, jurisprudência, Constituição) favorece a pretensão de ‘a’. Porém, se a mesma pergunta fosse feita a outro juiz diferente, talvez a resposta pudesse ser favorável a ‘b’. Como se sabe, isso não está descartado.

Ora, se o direito admite mais de uma resposta, qual delas é a correta? E se não existir uma resposta correta, quem dirá o que é correto? Segundo que parâmetros? Qual a carga de subjetividade que uma decisão judicial ostenta? Qual deveria ostentar? O direito é objetivo? É previsível? É determinado? No cenário onde podem surgir respostas diferentes, elementos extrajurídicos poderiam ser determinantes para a escolha judicial? Essas são algumas questões que incomodam operadores do direito e que pretendem ser respondidas, ainda que modestamente, nesta tese.

Nesse cenário, algumas decisões judiciais chamam a atenção. O julgamento do mensalão com condenações históricas, onde se notou um forte apelo da mídia na formação da opinião pública. As súmulas vinculantes sobre as algemas, o nepotismo etc. que em certa medida criam padrões de comportamento (direito) novo. Ainda no STF, a possível consequência de “gerar” a inconstitucionalidade de mais de 500 leis tendo força para modificar para constitucional o resultado do julgamento um dia depois da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o

ICM-Bio (ADI-QO 4029); ou a declaração de Constitucionalidade com efeitos *ex nunc* na ADI 3756, que se referia aos gastos da Câmara Legislativa do Distrito Federal fora dos percentuais da Lei de Responsabilidade Fiscal, vigente há mais de 7 anos, à época. Há diversos outros exemplos que refletem situações de dissenso moral razoável (homoafetividade, células-tronco e transgênicos, cotas raciais ou sociais, aborto de fetos anencefálicos) ou questões meramente políticas (fidelidade partidária, ficha limpa, horário gratuito para novos partidos políticos).

Há, também, decisões na jurisdição ordinária não tão comentadas, mas deveras importantes. A decisão do TJRJ que absolveu Sergio Naia – aquele que “construía prédios com areia da praia”, com direito até a conchinhas do mar – diante da constatação científica (várias perícias técnicas de instituições respeitadas) de que o concreto era firme e não continha areia da praia. O *caso da Escola Base*, de São Paulo, em que o casal de donos japoneses foi preso cautelarmente com esteio no clamor popular (imprensa) em face de uma suspeita de que estariam abusando sexualmente dos alunos menores; absolvidos à unanimidade anos mais tarde – falidos, entre outras consequências. O difícil *caso Mestre D’Armas* no DF, cujo juiz de plantão concedeu a liminar para reintegração de posse com a ordem de retirada de mais de 100 famílias; liminar revogada no dia seguinte, mas a solução ainda não encontrada. Isso sem falar na notícia de presos esquecidos em cadeias, ou um caso nos anos noventa em que o TJDF não aceitou a oitiva da única testemunha de um homicídio pelo fato de ser homossexual; decisão modificada no STJ.

Alguns desses casos poderiam ser chamados de casos difíceis (*hard cases*), outros não: estão na esfera de julgamento em que o direito oferece, ou pelo menos pretende oferecer, uma resposta determinada. Em um ou em outro caso, esses simples exemplos demonstram um espaço de *liberdade* ou de *discricionariedade* para o magistrado, um espaço vazio – onde o direito não oferece nenhuma resposta, ou sua resposta não é exequível, ou é flagrantemente injusta.

O que fazer diante disso?

As respostas são variadas acerca do preenchimento do espaço de indeterminação jurídica. A moldura de Kelsen, que pode ser preenchida *em qualquer sentido possível* desde que dentro do quadro formado pelo direito. A discricionariedade judicial de Hart, quando o direito não fundamenta a resposta em nenhum sentido, que, mesmo após seu pós-escrito, permite ao juiz criar direito novo, como um *legislador consciencioso*. A resposta correta de Dworkin que, à luz do metafórico, solitário e metafísico *Hércules*, encontra a única resposta desde que se observe o *direito como integridade* na reconstrução racional do direito vigente. As possibilidades de controle argumentativo-instrumental de Alexy e MacCormick, que nunca encontrarão a única resposta correta – que será compatível com *os mais variados resultados* –, mas que alcançará as melhores possíveis em um sentido relevante; e no mesmo caminho Manuel Atienza...

As respostas pragmatistas de Richard Posner – de caráter inevitável segundo ele –, que deixaram de lado a análise econômica do direito para focar nas consequências (que podem ser, inclusive, políticas). O círculo hermenêutico de Gadamer, com suas pré-compreensões inevitáveis, onde a realidade influencia o julgador a cada momento que o toca, mas que não o impede de formar um *projeto de interpretação*. O princípio da solidariedade social do Supremo Tribunal Federal em confronto com princípios de cunho individualista, ou vice-versa; só para citar uma colisão. As decisões com olhar na realidade de Oliver Holmes: considerado um dos quatro melhores juízes dos EUA mesmo não pretendendo utilizar o direito como parâmetro. A teoria discursiva de Habermas, cuja reflexão no agir comunicativo busca promover a democracia. As considerações de Luigi Ferrajoli de que *é bom que o direito seja impreciso, incompleto e incoerente, porque isso é o que o permite ser mais justo*. Seguido, em alguma medida, pelos pós-positivistas no que toca à abertura dos princípios à moral: *justiça e correção do direito*. O panprincipiologismo de Lagartos e felicidade de Lenio Luis Streck; só para citar uma das críticas. A tópica. A retórica...

São muitos os pontos de partida (ou os de chegada). A contribuição do autor nessa paisagem pretende ser a demonstração de que, tanto na teoria quanto na prática, alguns elementos extrajurídicos influenciam a decisão judicial. Se for assim, pensar a decisão judicial como insuscetível de influência, o juiz como um robô aplicador da decisão legislativa (ou de princípios morais), pode ser uma resposta insincera do direito. E, se isso for claro, será preciso apresentar, mesmo que modestamente, uma resposta prescritiva de como o direito deve ou deveria observar ou controlar essa realidade.

No entendimento do autor, uma tese de doutorado deve ir além da investigação acadêmica e mostrar em que medida o estudo realizado contribui para a evolução social. Por isso, com o escopo contribuir para com os estudos nacionais sobre os fundamentos da principal forma de aplicação e concretização do direito – a decisão judicial –, se faz necessária a delimitação do objeto e do problema de pesquisa.

O presente estudo tem como objeto imediato a decisão judicial, que será observada em duas perspectivas distintas: (i) a escolha da decisão, do caminho a seguir e (ii) o seu controle após a publicação. Para tanto, será preciso deter o olhar sobre a determinação, a previsibilidade e a objetividade do direito: os objetos mediatos da pesquisa. Destarte, o objeto central da pesquisa é investigar a decisão judicial nas duas perspectivas citadas sob o prisma da determinação, da previsibilidade e da objetividade do direito.

Este pretende ser um estudo sobre a Teoria Geral do Direito ou, se assim se pudesse conceituar, sobre a Teoria Geral da Decisão Judicial, pois se situa sobre os fundamentos essenciais da decisão judicial. Contudo, com vistas a analisar detalhes necessários ao estudo do objeto proposto e à construção do pensamento, o estudo utilizará também componentes de filosofia do direito e de dogmática processual civil, processual constitucional e constitucional.

A tese também abordará a interpretação de normas jurídicas, mas sem se preocupar com a análise profunda da hermenêutica jurídica. Isso se justifica por não se tratar de um estudo sobre a interpretação, mas sim sobre a construção e o controle da decisão judicial. O mesmo pode ser dito sobre a argumentação jurídica e outras técnicas utilizadas para fundamentar a decisão, as quais estarão presentes no estudo com a mesma finalidade.

Esta não é uma tese sobre a *justiça substancial* – da decisão judicial ou do direito. Não se busca identificar os critérios para se alcançar justiça por meio do Poder judiciário. Busca-se, em outra medida, verificar se as variáveis extrajurídicas que exercem influência sobre a pessoa do julgador modificam as respostas judiciais para o que é justo.

Então, é uma tese sobre o quê? Sobre os fundamentos de construção e controle da decisão judicial, segundo o olhar da realidade. Por isso, transpassa a Teoria Geral do Direito, a dogmática e a filosofia do direito. Não se tem um pilar único ou um referencial teórico linear. Isso se justifica pela escolha do pesquisador em observar o objeto de pesquisa de uma maneira integrada, não dicotomizada.

Dessa forma, não se espere uma tese jusfilosófica, hermenêutica ou sobre norma jurídica. Mas sim sobre a decisão judicial observada por óculos diversos, cuja delimitação temática se restringe às influências extrajurídicas em sua construção.

Nesse cenário, o objetivo específico é desvendar se influências extrajurídicas pesam sobre a decisão judicial nas situações de indeterminação do direito com vistas a sugerir, quando possível, formas de sua contenção ou controle com o escopo de resguardar, mesmo que minimamente, a objetividade do direito.

Como objetivo geral, a tese busca contribuir para a evolução qualitativa das pesquisas sobre a temática, bem como fomentar o debate público sobre como se dá a efetiva atuação do Poder Judiciário na formulação de seu ato precípua de julgar.

Para tanto, a hipótese formulada é que «influências extrajurídicas operam, consciente ou inconscientemente, sobre o processo construtivo da decisão judicial, singular ou colegiada, em situações de determinação ou de indeterminação do direito, podendo ou não ser significativas para a escolha judicial». Uma vez demonstrada tal hipótese, serão apresentados, ainda que sucintamente, parâmetros de contenção dessas influências para reduzir eventual subjetividade na escolha decisória e, ainda, de controle posterior à publicação da decisão judicial.

Destarte, algumas questões precisam ser respondidas. (i) Há influências extrajurídicas que influem significativamente sobre a decisão judicial? (ii) As situações de indeterminação do direito favorecem a influência de elementos não-jurídicos na construção da decisão judicial? (iii) Se sim, existem formas de conter e controlar tais influências com vistas a manter o mínimo de objetividade esperada para o direito? (iv) Diante desse cenário, é possível defender que o direito é objetivo, previsível e determinado?

Pretende-se nesta pesquisa, apesar da adoção de bases teóricas, não se furtar a observar a realidade judicial¹. Em essência, o que se busca é observar a realidade da formação da decisão a partir de lentes próprias da teoria. Com isso, almeja-se a pesquisa crítica da teoria sem se esquecer do funcionamento da realidade posta.

Por se tratar de objeto teórico, a pesquisa bibliográfica ou teórica foi identificada como uma forma eficaz, visto que permite a investigação da produção científica até então divulgada. Buscou-se identificar os estudos científicos nacionais e estrangeiros mais relevantes sobre o tema, com o objetivo de realizar um trabalho com amplitude suficiente para demonstrar a realidade social estudada e, por fim, apresentar a novidade científica exigida para uma tese de doutorado.

¹ Richard Posner (*Comó deciden los jueces*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 23) queixa-se que nos Estados Unidos a atual crítica ao Poder Judiciário sofre de “falta de realismo em relação aos juízes”.

Inicialmente, o método a ser aplicado é o hipotético-dedutivo², ou seja, o trabalho partirá de uma hipótese para se chegar à conclusão que poderá refutar ou corroborar o ponto de partida, do geral para o particular. Não obstante, na análise dos casos concretos estudados, haverá apoio no método indutivo³, realizado por meio da análise de conteúdo⁴, com a conclusão sendo retirada de casos específicos que demonstrem a realidade estudada. Algumas decisões judiciais analisadas ao longo do trabalho, contudo, ingressarão no estudo somente como ilustrações dos argumentos desenvolvidos.

Serão utilizadas, sobretudo, duas fontes: doutrinária, consubstanciada em exposições teóricas em artigos científicos, livros, capítulos de livros, além textos legíveis em meio eletrônico, e documental, caracterizada por textos legais e jurisprudenciais, entrevistas publicadas em jornais impressos ou em meios eletrônicos, além de notícias extraídas de sites oficiais de órgãos públicos.

² Apesar da aplicação do referido método, não é desconhecida a ocorrência de que a utilização hegemônica do método científico hipotético-dedutivo, defendido por Popper, vem sendo questionada por autores como Boaventura de Souza Santos (Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 2, n. 2, mai./ago. 1988. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>. Acesso em 15 abr. 2012), o qual afirma ter este método simplificado arbitrariamente a realidade. O mesmo autor sustenta que “nas ciências sociais não há consenso paradigmático, pelo que o debate tende a atravessar verticalmente toda a espessura do conhecimento adquirido. O esforço e o desperdício que isso acarreta é simultaneamente causa e efeito do atraso das ciências sociais” (*Idem, Ibidem*).

As pesquisas sociais são pesquisas de qualidade, e não de quantidade, não se pode tentar solucionar questões subjetivas pela aplicação do positivismo dogmático apenas, sendo fundamental que a criatividade do pesquisador esteja a todo tempo construindo o caminho metodológico necessário ao alcance dos objetivos da pesquisa (GOMES, Romeu. *A análise de dados em pesquisa qualitativa*. in MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 67-80). Não obstante, a opção pelo método dedutivo parece se mostrar adequada à presente investigação.

³ Independente da opção metodológica central pelo método dedutivo, há de se considerar que a utilização de outras metodologias de pesquisa não causam prejuízo à investigação científica, visto que atualmente impera o *pluralismo metodológico*. Nesse sentido, há mais de 20 anos advogava Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84): “a nossa época se caracteriza pelo *pluralismo metodológico*, não só porque indução e dedução se completam, na tarefa científica, como também por se reconhecer que cada setor ou camada do real exige o próprio e adequado instrumento de pesquisa”. Boaventura de Souza Santos (Um discurso sobre as ciências..., op. cit.) também faz a mesma reflexão: “a ciência pós-moderna não segue um estilo unidimensional, facilmente identificável; o seu estilo é uma configuração de estilos construída segundo o critério e a imaginação pessoal do cientista”.

⁴ BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. 3ª ed. Lisboa: Edições 70, 2004.

Para uma pesquisa com objetivos científicos, os dados da realidade não podem ser observados com a dedução de valores pessoais do investigador. Por isso, o pesquisador do presente trabalho teve a pretensão de buscar uma investigação imparcial, apesar de, todavia, acreditar na impossibilidade de uma postura absolutamente desprovida de valor, neutra. Objetivou-se, portanto, a imparcialidade quanto à realidade social estudada, já que a neutralidade absoluta é antropologicamente impossível⁵.

Nas ciências naturais, o distanciamento do pesquisador é mais nítido, enquanto nas ciências sociais, como lembra Inocêncio Mártires Coelho, “são imprecisos os limites entre sujeito e objeto”⁶. Não obstante, a separação entre sujeito e objeto é possível de ser buscada nos estudos sociais, apesar da observação de que “sem a participação criadora do sujeito restará comprometida ou pelo menos empobrecida a apreensão do objeto”⁷. Um pouco do pesquisador sempre se encontra no estudo realizado.

II. Plano da pesquisa e aspecto inovador da tese:

Dois planos serão observados: um descritivo e outro prescritivo. Nos três primeiros capítulos, pretende-se realizar uma análise *descritiva* da construção da decisão judicial e de quais seriam as possíveis influências sobre o magistrado. Essa verificação se dará no plano teórico, mas, como dito, sempre com o olhar voltado à realidade: como uma questão judicial é decidida.

No primeiro capítulo, serão apresentados o conceito de influências extrajurídicas e as teorias jurídicas que olham para o direito e a decisão judicial segundo as ingerências da realidade

⁵ Nesse sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 107-110.

⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional*. in MENDES *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 15-102, 2002, p. 90.

⁷ *Idem, Ibidem.*

que a tocam. Com isso, mostra-se que existem correntes teóricas que aceitam que a decisão judicial não é uma construção distinta da realidade ou da sociedade.

No segundo capítulo, serão investigados os diversos cenários de influências extrajurídicas sobre a decisão judicial, sejam internas à pessoa do julgador, sejam externas a ele. São elencados exemplificativamente quatro cenários de influências, a saber: influências internas ao julgador, da mídia e opinião pública, das relações pessoais e da política.

A partir das conclusões de segundo capítulo, o terceiro observa se o direito, ainda considerando as influências não jurídicas que sofre, pode ser considerado determinado, previsível e objetivo. No final do terceiro capítulo, caso haja constatação de que elementos extrajurídicos influenciam a decisão judicial, pretende-se apresentar breves indicações prescritivas de como o direito contribui para a contenção destas influências e o controle da decisão judicial. O olhar continua sob o âmbito teórico, mas com a pretensão de formular algumas considerações, mesmo que modestas, sobre a atividade judicial típica.

A inovação objetivada pela tese é a apresentação de uma investigação teórica que retire o véu sobre algumas influências extrajurídicas (midiáticas, relacionais, políticas etc.) que podem ser determinantes para a decisão judicial. Além disso, inova ao apresentar uma forma distinta de olhar para a determinação, a previsibilidade e a objetividade do direito, bem como ao sugerir no último capítulo meios de contenção e controle, até o onde se conhece, inéditos.

Embora existam alguns trabalhos monográficos sobre a influência da política sobre o Supremo Tribunal Federal, os quais foram devidamente observados com vistas a fortalecer o ponto de partida, não foi identificado nenhum trabalho que tratasse do tema das influências extrajurídicas sob um enfoque teórico de identificação, cotejo com a teoria e com a realidade e, por fim, análise à luz de conceitos jusfilosóficos da determinação, previsibilidade e objetividade. Demonstra-se, assim, o ineditismo da tese.

Para arrematar o início, pertinente o questionamento de Bobbio⁸: “o que significa transformar o mundo? Absolutamente nada. Ou pelo menos nada até o momento em que não se diga com a máxima clareza quais são os objetivos desta transformação e com que meios se pode alcançá-las”.

À tese.

⁸ *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 108.

1. A CONTRIBUIÇÃO TEÓRICA PARA O TEMA

1.1. Delimitação do conceito de influências extrajurídicas

Hodiernamente, é inegável que os magistrados brasileiros⁹, sobretudo os Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas não só eles, decidem causas que tangenciam ou contêm questões políticas, morais, econômicas etc. É nesse contexto que surgem discussões sobre *judicialização das relações sociais*¹⁰, *judicialização da política*¹¹, *ativismo judicial*¹², entre outras formulações que colocam na pauta do dia o papel do Poder Judiciário. Este é o primeiro ponto de partida.

⁹ Para fins de recorte metodológico a presente tese restringirá seu objeto sobre as decisões judiciais proferidas pelos juízes brasileiros. Não obstante, o fenômeno ocorre em diversos sistemas jurídicos, talvez em todos os países.

¹⁰ O termo *judicialização* ou *judicialização das relações sociais* refere-se ao deslocamento da decisão de “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral”, entre outros, em caráter final, para o Poder Judiciário (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em 30.08.2012, p. 6). É a absorção pelo Judiciário de questões da vida social dos cidadãos, da vida política da nação, de relevância religiosa, científica, moral etc. que antes eram tratadas fora do judiciário. Esse fenômeno refere-se, não a um único objeto – como a judicialização da política, por exemplo –, mas a todos os objetos que são submetidos, de uma forma mais larga, ao Judiciário. A judicialização depende de dois olhares: um quantitativo (aumento do número de ações que serão decididas pelo Judiciário) e outro qualitativo (novas matérias antes decididas em outras esferas passam a ser decididas pelo Judiciário).

¹¹ O termo refere-se a fenômeno que tem ganhado aspectos de universalização; é corrente em países de democracia avançada como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e Estados Unidos (VIANNA *et al.*, op. cit., p. 11). Diz respeito à judicialização restrita ao tema político. É, pois, processo mais restrito que a judicialização; abarca o aumento da importância do Judiciário no jogo político e na divisão do poder estatal. Rafael Favetti (*Controle de constitucionalidade e política fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 34) o conceitua como “o fenômeno no qual há uma transferência do conflito político de sua arena própria [arena política] para uma arena jurídica”, o qual “é típico de Estados com separação de poderes e significa expansão do papel do Judiciário no sistema de Poder”.

¹² *Ativismo judicial* se mostra como um fenômeno distinto da judicialização, pois se trata de uma postura judicial. A judicialização (de qualquer objeto social, seja político ou não) é «fato» e, por isso, não se confunde com o ativismo judicial, que é uma «postura», uma forma de agir dos magistrados. Neal Tate (op. cit., p. 27 e ss) demonstra que são fenômenos distintos. O ativismo judicial “é possível em um cenário ausente de judicialização da política e vice-versa” (POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000, p. 123). Em pesquisa anterior (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. Apresentada como dissertação de mestrado em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, 2010, p. 90. Transformada em livro com título *Ativismo judicial: limites e possibilidades no neoconstitucionalismo*. Belo Horizonte: Forum, no prelo), sem deixar de pontuar a dificuldade conceitual, ativismo judicial foi definido como uma atitude ou comportamento dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico – ou seja, com regulação de condutas sociais ou estatais, anteriormente não reguladas, independente de intervenção legislativa – ou com a imposição ao Estado de efetivar políticas públicas determinadas (ativismo jurisdicional); ou ainda como um comportamento expansivo fora de sua função típica, mas em razão dela (ativismo extrajurisdicional). Sobre o ativismo judicial ver também RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Não se pretende aqui analisar estes fenômenos, apesar de tangenciá-los em alguns momentos. O presente estudo procura identificar como o direito tem se colocado neste cenário contemporâneo de judicialização de muitos temas da vida social e política, de forma a observar a decisão judicial como objeto imediato de pesquisa.

Fala-se muito que o juiz decide – ou deveria decidir – com base no direito (Constituição, leis, jurisprudência etc.). A célebre expressão de Montesquieu de que o juiz é a boca da lei¹³ ainda exerce influência, mesmo com nítida mudança paradigmática¹⁴ desde então. Pretende-se que o direito seja objetivo, determinado, previsível e imparcial. Serão estas pretensões utópicas? Isso será investigado ao longo da pesquisa.

Mas será que o juiz utiliza somente o direito para decidir? Algumas vezes, parece que fatores não estritamente jurídicos são a principal causa para determinada decisão judicial, embora, mesmo nestes casos, a fundamentação finque espeque em razões jurídicas, omitindo-se

¹³ “[O]s juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”. (*O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, capítulo quatro do Livro XI, p. 172). Essa colocação deve ser estudada à luz do cenário histórico de sua formulação, publicada em 1748. Entre os séculos XVII e XVIII os teóricos – contratualistas ou não – precisavam formular as bases do que viria a ser o Estado moderno. A sociedade europeia medieval buscava a limitação do soberano, a imposição de balizas as suas arbitrariedades. Roger Silva Aguiar (O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004, p. 146) condensa o pensamento da época ao aduzir que a “colocação da lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo, atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”. Nessa época o jusnaturalismo ainda reinava, mas a expressão se encaixou perfeitamente aos ideais positivistas que sobrevieram.

¹⁴ O termo «paradigma» no âmbito das Ciências Sociais é cunhado pela primeira vez por Thomas Kuhn (*A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 218), segundo o qual “indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada” e conclui que “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade científica partilham e, inversamente, uma comunidade científica consistem em homens que partilham um paradigma”. Habermas (*Direito e Democracia: entre a Faticidade e a Validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 194-195) restringe a concepção de Kuhn ao direito da seguinte forma: “Por esse último [paradigma de Direito], entendo as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como os mesmos princípios constitucionais e sistemas de direitos podem ser realizados no contexto percebido de uma dada sociedade.” O termo é utilizado com essa conotação. Sobre os paradigmas do Estado de Direito, Estado do Bem Estar-Social e Estado Democrático de Direito, ver SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal e sua posição contramajoritária na Constituição da República de 1988*. Apresentada como tese de doutorado em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, 2012, p. 36-54. Sobre o Estado Constitucional de Direito, ver FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 15-22; ver também FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 18-20; 22-29.

sobre as razões decisórias efetivas. Raramente verificam-se decisões judiciais que informam expressamente a utilização de causas não-jurídicas (como as consequências da decisão, por exemplo). Utilizar-se de razões jurídicas para fundamentar uma decisão cuja razão essencial foi extrajurídica não parece demonstrar a sinceridade que se espera do direito. Além disso, ausência de clareza como esta inviabiliza o efetivo controle da decisão.

A presença destas razões extrajurídicas, citadas expressamente ou não, é notoriamente perceptível em algumas situações: (i) casos difíceis (*hard cases*), como os que tratam de desacordos morais razoáveis¹⁵, como aborto, homossexualidade, transtornos mentais, início da vida, suicídio assistido, entre outros; (ii) julgamentos tributários; (iii) matéria previdenciária no tocantes à aposentadoria etc.

Os casos difíceis do direito são um dos grandes problemas teóricos (e pragmáticos) da atualidade. Eles fornecem grande parte do combustível para a discussão interminável entre positivistas e pós-positivistas¹⁶ jurídicos sobre o conceito de direito, seu critério de validade e suas formas de interpretação. Mas, como dito e se verá adiante, não é somente em relação aos casos difíceis que o debate é fecundo.

A presente tese observa esse cenário com o objetivo de estudar *se e como* elementos extrajurídicos estão presentes como razões de decidir, mesmo que não sejam expressamente citados na fundamentação. «Extrajurídico» é algo que está fora do direito (do latim, *extra*: fora

¹⁵ A expressão denota a situação em que a pauta de valores sociais esteja claramente dividida em relação a um determinado tema, reflete temas flagrantemente controvertidos em termos morais.

¹⁶ Na presente tese será usada a expressão «pós-positivismo» ou, às vezes, «antipositivismo» para conceituar a corrente teórica que se opõe hoje ao positivismo, como alguns intitulam no Brasil ou no exterior. O termo foi introduzido no País por Paulo Bonavides em 1995, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional, conforme lembra Antônio Cavalcanti Maia (As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico*, a. 16, Salvador, mai./ jun./ jul. 2007. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/transform_sistemas_jur%C3%ADdicos_acmaia2.pdf. Acesso em 01 set. 2012, p. 3, nota 6).

de), que é externo ao direito, que se refere a um objeto não-jurídico¹⁷. «Elementos» podem ser entendidos como fatores, percepções ou considerações, internos ou externos ao julgador, que eventualmente podem influenciar a decisão judicial. Quando se referir a esta potencialidade de influência dos elementos não-jurídicos o termo utilizado será «influências extrajurídicas».

Assim, em linhas gerais, influências extrajurídicas são percepções, considerações ou fatores (elementos) externos ao direito que podem eventualmente integrar as razões (causas) da decisão judicial, de forma decisiva ou não. «Razões de decidir» ou «razões da decisão» são os motivos da escolha judicial, não se confundindo com a fundamentação (motivação)¹⁸ que aparece depois da escolha de qual caminho seguir¹⁹.

Em termos conceituais, a expressão «influências extrajurídicas sobre a decisão judicial» pode ser entendida como o conjunto de percepções, considerações ou fatores não pertencentes ao direito que, tomados pelo magistrado, consciente ou inconscientemente, são capazes de influir, de

¹⁷ No presente estudo, os termos «não-jurídico» e «extrajurídico» serão utilizados como sinônimos.

¹⁸ *Razões da decisão* referem-se ao que realmente levou à tomada da decisão judicial, aos *motivos* que levaram o julgador a decidir, são as *causas* da decisão. Já as *razões da fundamentação* referem-se à exposição dos motivos, dos fundamentos da decisão; é a motivação da decisão, que é obrigatória por força do art. 93, IX da CF. A diferenciação entre as *razões da decisão* ou *razões de decidir* e as *razões da fundamentação* ou os *fundamentos* ou a *motivação* é necessária na medida em que se pretende verificar eventual descompasso entre ambas. Sendo assim, conceito de influências extrajurídicas envolve os motivos da decisão, as *razões de decidir* e não as *razões* utilizadas na fundamentação, que podem ser ou não compatíveis com aquelas. É possível fazer uma considerável analogia com o Direito Administrativo: as *razões da decisão* seriam equivalentes aos motivos do ato administrativo, enquanto as *razões da fundamentação* seria a própria motivação do ato, conforme por todos MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 382-383. A possibilidade ou não dessas *razões não-jurídicas* estarem contidas na fundamentação da decisão é um segundo aspecto a se analisar mais a frente.

¹⁹ O juiz primeiro decide, depois fundamenta. Nesse sentido, BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 248; CARDOZO, Benjamin N. *Selected Writings*. New York: Fallon Publications, 1947, p. 179 e SILVA, Rafael Santos de Barros e. *Câmbios de jurisprudência: venire contra factum proprium* do Poder Judiciário. Apresentada como dissertação de mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Programa de Pós-graduação em Direito, Brasília: UnB, 2012, p. 14. Essa constatação é mais evidente nos Tribunais, onde cada magistrado possui uma equipe de assessores a quem confia a redação da fundamentação de decisão que tomou.

O foco principal da observação na desta tese diz respeito a este primeiro momento, que envolve desde as primeiras percepções sobre a causa, a colheita de provas (se for o caso) e a interpretação de normas envolvidas até a escolha do caminho a ser seguido.

forma decisiva ou não, no julgamento da demanda, independentemente de terem sido expressamente, ou não, lançadas na fundamentação da decisão judicial.

São facilmente elencados exemplos destas possíveis influências, a saber: as pré-compreensões do magistrado, seus sentimentos, seu temperamento, sua ideologia, seus valores pessoais, sua ideia de justiça, a mídia, a opinião pública, a composição da corte, a pauta política dos governos, suas relações pessoais, sua deferência a ‘autoridades’ (governantes, políticos etc.), suas relações políticas em sentido lato, as consequências das decisões, a perspectiva de seu cumprimento etc.

O juiz é um ser humano e, como tal, todos os aspectos que o circundam podem, em tese, influir em suas decisões. Nessa perspectiva, até mesmo a separação ou o divórcio do juiz, ou problemas mais sérios com o(s) filho(s), ou a morte de um ente querido, ou a descoberta de uma doença crônica, tudo isso pode ter alguma influência sobre seu ofício²⁰. O jornal que o juiz lê ou a que assiste²¹, as conversas com os juristas de sua convivência, os eventuais estudos acadêmicos, sua participação em congressos²², tudo isso poderia interferir no julgamento. Em síntese, qualquer fator da vida do magistrado pode captar influência. Afinal, ele também é gente.

²⁰ Aqui não se está dizendo que esses fatos da vida influem decisivamente sobre a decisão judicial, mas sim que, ao encarar o magistrado como ser humano, todos os fatores que fazem parte de suas experiências podem surtir efeitos sobre seu labor. Sobre a pré-compreensão do intérprete no ato de julgar e as influências das experiências de vida do juiz, Fátima Nancy Andrighi (já Ministra do STJ) redigiu inusitado artigo em que conta um caso relatado por Calamandreí de um cavalo mordedor cuja ação foi severamente reprovada. Depois, conta que um cavalo mordeu seu filho na infância; como seria sua decisão se fosse julgar um caso de indenização por mordida de cavalo? É a partir daí que desenvolve aspectos como a possível canalização inconsciente da conduta e a necessidade de cuidado do magistrado para não cair na tentação de julgar somente conforme sua visão de mundo, pois “é certo que no ato de sentenciar não há como fazer evadir todo o sentido crítico que são prescritos pela concepção individualista”. (*A minha pré-compreensão do ato de julgar*. 24 dez. 1997. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%c3%a9-Compreens%c3%a3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em 27.08.2012).

²¹ Sobre as influências da mídia sobre a decisão judicial, ver trabalho monográfico (tese de doutorado) de Helena Abdo publicado sob o título *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011. Tema que será detalhado no item 2.2.

²² Um dos fortes indicadores das influências extrajurídicas sobre o magistrado é a Portaria n. 170 do CNJ, de 26 de fevereiro de 2013, que regula a participação de juízes em congressos e palestras, limitando sua participação em alguns casos, bem como a subvenção privada além de 30% do custo total do evento. Não houvesse influências, não haveria porque tamanho cuidado com questões acadêmico-educacionais ligadas à magistratura.

Sendo assim, os aspectos a serem considerados seriam tão extensos e complexos que seria absolutamente impossível alcançar alguma conclusão científica. Some-se a isso o fato de que, diante da complexidade da mente e do pensamento humano, não seria possível isolar, nem mesmo em tese, cada um dos aspectos subjetivos que determinam a tomada de uma decisão, jurídica ou de qualquer outra espécie.

Mesmo assim, há de se considerar uma percepção notória e latente da realidade da vida: não há como se separar a pessoa do julgador de suas experiências. Exatamente por esta percepção que se busca verificar em qual medida as influências não-jurídicas estão presentes nas escolhas jurisdicionais.

Ainda a título de exemplo, é de se imaginar como seria o julgamento de um pedófilo por uma juíza que tenha sido violentada na infância²³, ou como seria o julgamento de um homicida que atira em uma senhora de idade por um juiz que teve sua avó morta nas mesmas circunstâncias, ou da fixação do dano moral decorrente do extravio de bagagem por um magistrado que teve sua mala perdida com todas as fotos e lembranças de sua lua de mel... Dizer que essas experiências não mudam, para melhor ou para pior, a decisão judicial seria imaginar o ser humano como uma máquina.

É a partir dessa concepção de que o juiz é um ser humano e de que, por isso, sofre influências de diversos fatores – decisivos ou não, controláveis ou não pelo direito, expressos ou não na motivação decisória – que a tese objetiva suas respostas. Para tanto, com o escopo de realizar um recorte metodológico observável, foram escolhidas alguns elementos específicos de

²³ A título de exemplo, há pesquisas empíricas nos EUA que demonstram que em uma turma “em que todos os que julguem um caso de discriminação sexual sejam homens decidirá muito provavelmente [probabilidade encontrada] de forma distinta a como faria se um deles fosse mulher”. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 43, tradução própria.

influência para serem pesquisados²⁴. Pretende-se verificar se, em algum momento ou em algum caso, as razões não-jurídicas podem ser ou parecer ser determinantes para a decisão tomada²⁵.

Ora, conceituou-se o termo influências extrajurídicas como fatores não-jurídicos que podem influir sobre a decisão judicial. Mas para saber o que pode ser não-jurídico é prioritário que se identifique o que é jurídico. Para isso, o conceito de direito torna-se essencial, uma vez que a expressão utilizada encontra-se estritamente ligada ele.

Antes disso, cabe pontuar a complexidade dessa tarefa utilizando-se das palavras de Hebert Hart: “poucas indagações sobre a sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de maneiras tão diversas, estranhas e até paradoxais quanto a pergunta: *o que é o direito?*”

O conceito de direito tem enfoques diferentes no(s) positivismo(s), no(s) pós-positivismo(s), no(s) realismo(s) jurídico(s), no(s) pragmatismo(s), no(s) neopragmatismo(s), na(s) teoria(s) crítica(s) ou cética(s)²⁶. Algumas dessas correntes precisam ser olhadas mais de perto.

1.2. O conceito de direito no positivismo e no pós-positivismo jurídicos

A própria escolha entre a teoria positivista ou pós-positivista sobre o direito – para isolar somente esse campo – é uma escolha moral, ou seja, cada pesquisador pode escolher o caminho a

²⁴ A seleção de quais «influências extrajurídicas» serão estudadas deu-se a partir de uma decisão científico-ideológica, relacionada às escolhas empíricas do pesquisador, conforme observação de sua possibilidade por MINAYO (*Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, *passim*). Cumpre esclarecer que não houve opção pelo estudo de casos para a comprovação da hipótese formulada, mas sim a confrontação de algumas decisões judiciais escolhidas com a teoria formulada.

²⁵ Não se pretende realizar uma análise quantitativa das decisões judiciais, ou mesmo realizar um estudo de caso que comprove a influência extrajurídica sobre a decisão judicial. Não obstante, a partir de inferências (método indutivo) e da análise de conteúdo de algumas decisões selecionadas, poderá ser possível indicar no campo teórico a existência dessas influências.

²⁶ Não existe um positivismo jurídico, mas vários. Não existe um pós-positivismo, mas vários. E assim sucessivamente. Cada uma das correntes citadas apresenta subdivisões e ramificações de autores que é inviável falar em uma única visão para cada uma delas. A doutrina, porém, aglomera alguns pensamentos para fins didáticos.

trilhar, pois ambas as terias apresentam bons fundamentos e nenhuma delas é insuscetível a críticas. Tanto positivistas²⁷ quanto pós-positivistas²⁸ concordam que essa escolha é, em si, moral.

O positivismo jurídico é uma teoria sobre a validade e a interpretação do direito²⁹, que se opôs à teoria reinante à época de seu alvorecer, o jusnaturalismo³⁰. Em sua origem, buscava atribuir cientificidade ao direito³¹, tarefa intentada por Kelsen. No presente tópico, importa somente avaliar o conceito de direito segundo seu critério de validade porquanto a interpretação não é objeto da presente tese.

O juspositivismo, em essência, acredita na separação entre direito e moral. As várias correntes do positivismo jurídico vislumbram o distanciamento da moral em diferentes níveis. Antes de partir para elas, um breve olhar para seu precursor mais conhecido.

²⁷ Nesse sentido, HART, Hebert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 258-274; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 144-145; *Idem*, *O positivismo jurídico diante da principiologia*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 179.

²⁸ Dworkin (*A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 20-21) afirma que a moral está inevitavelmente presente na escolha da teoria acerca das aspirações do direito. Nesse mesmo sentido, FIGUEROA, Alfonso Garcia. Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 80 e MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 41.

²⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 85.

³⁰ Para os jusnaturalistas, “o objeto do conhecimento humano é dado pela cognição humana (...) como parte do que, na constituição da realidade, pode ser conhecido (...) pelo entendimento humano *contando apenas com seus próprios recursos*”. “Não foi por acaso que o jusnaturalismo moderno encontrou no racionalismo o ambiente favorável a seu florescimento”. Para essa corrente, o direito é “um sistema de normas, não de fatos; e normas que não se podem encontrar no mundo oferecido à inspeção dos sentidos (...). O direito natural é conhecido (como os objetos matemáticos, como tudo o mais que pertença à constituição metafísica) pela capacidade humana de pensar e conhecer racionalmente, abstração feita de quaisquer condições sob as quais os objetos da experiência espaço-temporal (os objetos do mundo sensível, que conhecemos empiricamente) nos possam ser dados”. (FARIA, Paulo Francisco Estrela. Prefácio à obra MICHELON JÚNIOR, 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: Revista dos Tribunais, 2004, p. 14). Para os jusnaturalistas, existiriam princípios jurídicos encontrados da moralidade geral – uma moralidade única, apreendida por todos –, encontrada, primeiro, em Deus e, depois, na racionalidade humana.

³¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O momento do positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 233.

O «positivismo normativista» de Kelsen pregou a separação absoluta entre o direito e a moral³², a política³³, a sociologia; entre direito e tudo que não fosse declarado como tal segundo seus parâmetros de validade³⁴. Sob a influência de Kant, desenvolveu em 1934 a *Teoria Pura do Direito*, “purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural”, para “aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”³⁵. Seu objetivo era “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe eram estranhos”³⁶.

A norma hipotética fundamental como parâmetro de validade da Constituição³⁷ (bastante criticada por seu possível regresso ao infinito, cuja resposta remeteu à Constituição histórica; a Constituição como parâmetro de validade das leis)³⁸; a produção normativa limitada ao legislador³⁹; o direito como sistema fechado de normas jurídicas⁴⁰; a estrutura escalonada da ordem jurídica⁴¹; a interpretação fechada dentro da moldura normativa⁴², entre outros aspectos foram contribuições que fizeram sua história.

³² Fundamenta a separação na dificuldade de se identificar uma única moral válida e na existência de valores relativos. Informa que “a validade da ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral” (*Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 75).

³³ Nesse desiderato, buscou o afastamento de alegados efeitos “meramente negativos” da política. No prefácio à primeira edição, redigido em 1934, adianta seus propósitos: separar rigorosamente a ciência jurídica da política, pois os postulados políticos “apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a melhor das boas-fês, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe”. Prescreve a separação da política tendo em vista a “autolimitação da ciência jurídica”, que “muitos consideram como uma renúncia a uma posição de destaque”. *Ibid.*, p. XIII.

³⁴ Mesmo assim, vislumbra uma estreita conexão entre elas e a ciência jurídica. *Ibid.*, p. 1-2. Por isso, pretendeu separar os espaços do direito e das demais ciências sociais.

³⁵ *Ibid.*, p. XI.

³⁶ *Ibid.*, p. 1.

³⁷ *Ibid.*, p. 215-245.

³⁸ Aqui se recorda que a validade de uma norma jurídica se fundamenta em uma norma jurídica superior, e assim sucessivamente até chegar à norma fundamental. *Ibid.*, p. 247; 260-263; 368-369.

³⁹ *Ibid.*, p. 258-263.

⁴⁰ Que constituem seu único objeto. *Ibid.*, p. 79.

⁴¹ A célebre pirâmide com a Constituição no ápice. *Ibid.*, p. 246-258.

⁴² “O Direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. Busca a vontade do legislador, a ser determinada “de qualquer forma possível”. *Ibid.*, p. 390-391.

Para Kelsen, o conceito de direito se liga a sua pureza; restringe-se às normas jurídicas, cujo conteúdo é desimportante, mas a forma essencial. Direito é “ordem de conduta humana”, sendo “*ordem* um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade [norma fundamental]”⁴³. Para ele, em suma, o direito é um sistema fechado de normas. Assim sendo, o que não é norma jurídica válida é extrajurídico.

Esse é o ponto de partida para a discussão contemporânea acerca da separação entre o direito e a moral⁴⁴, essencial ao conceito de direito. Ocorre que um fato histórico⁴⁵ acabou por colocar *em cheque* essa teoria: a Segunda Guerra Mundial. Esse fato histórico, fez com que o mundo não mais aceitasse leis como as de *Nuremberg*: válidas, porém flagrantemente injustas. Não era mais admitido que o direito fosse posto a serviço de arbitrariedades; um mínimo de moralidade precisava ser resgatado para a aferição de validade da norma.

Os Tribunais Constitucionais surgem nesse contexto para a contenção do poder nas duas potências totalitárias perdedoras: Alemanha em 1951 e Itália em 1956⁴⁶. Some-se a isso que nessa

⁴³ Ibid., p. 33.

⁴⁴ O debate sobre a moral e o direito é milenar. O jusnaturalismo – primeiro teológico, depois racional – reinou na teoria jurídica por alguns séculos medievais. Retrata-se aqui, porém, o momento da sedimentação do positivismo jurídico, tendo em Kelsen o grande referencial. Suas ideias sem dúvida foram o epicentro da sepultação do jusnaturalismo e perpetuação do positivismo por longos anos. Segundo Luis Roberto Barroso (Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XXIII, nº 1. São Paulo: Editora NDJ, jan-2007, p. 22)., o jusnaturalismo foi afastado com o crescimento do positivismo: o direito natural é empurrado “para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX”. Todavia, é o método científico-racionalista de Kelsen da primeira metade do século XX que enterra de vez o jusnaturalismo.

⁴⁵ Em verdade, é possível vislumbrar quatro fatos históricos a embasar o início do pós-positivismo: 1) o massacre de seres humanos promovido pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial; 2) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, que simbolizou o nascimento de uma nova ideologia mundial muito mais comprometida com os direitos fundamentais; 3) o Julgamento de Nuremberg, onde ocorreu a condenação de membros do alto escalão de Hitler ante a acusação de crimes contra a humanidade e 4) as Constituições após no segundo pós-guerra e a criação dos Tribunais Constitucionais que se seguiram. Sobre eles, ver FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 99 e ss.

⁴⁶ Interessante observar a conclusão de Javier Pérez Royo (2007, p. 796) de que os Tribunais Constitucionais surgem unicamente nos países europeus que tiveram excepcionais dificuldades para transitar do Estado Liberal do século XIX para o Estado Democrático do século XX, como a Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha. O caráter de sua criação se deu muito mais como função negativa, de conter a abusos de poder. Não é por outra razão que o mesmo autor (Ibid., p. 797) conclui que a função da Corte Constitucional “*no es hacer o bien, sino evitar que se haga el mal*, entendiendo por tal la actuación de los demás poderes del Estado al margen de lo previsto em la Constitución”. Em suma, as Cortes Constitucionais ingressam no sistema para controlar os Poderes constituídos

época “os juristas europeus, especialmente os alemães, passaram por uma crise de identidade, típica de qualquer fase de transição”⁴⁷.

Acrescente-se mais um ingrediente: o julgamento pelo Tribunal Constitucional alemão, em 1958, do caso *Lüth*, com um viés altamente valorativo, vislumbrando a Constituição “como ordem de valores ou ordem objetivo-axiológica, que conforma a vida social e demanda sua aplicação em todos os âmbitos do direito”⁴⁸. O Tribunal identificou os direitos fundamentais segundo uma estrutura dual: como direitos subjetivos e como decisões valorativas que expressam um *conteúdo axiológico de validez universal* que, tomadas em conjunto, dão origem a um *sistema de valores*⁴⁹.

Tudo isso, favorece o florescimento de novas ideias sobre o conceito de direito e seu critério de validade. Juristas em todo o mundo começam a pensar em como superar ou reestruturar o positivismo jurídico. Mesmo assim, no início da segunda metade do século passado, os ideais positivistas mantiveram seu prestígio. É nessa época, em 1961, que o positivista Hebert Hart publica sua obra mais importante, *O conceito de direito*⁵⁰. Com ela, passou a ser o grande nome do positivismo do século XX, comentado até os dias atuais⁵¹.

Hart vislumbra o direito como um sistema de regras sociais divididas em dois grandes grupos: as «regras primárias», que estabelecem obrigações, deveres e proíbem transgressões e as

evitando nova concentração de poder contra os cidadãos. O primeiro Tribunal Constitucional do mundo, criado na Áustria em 1920 na nação perdedora logo após a Primeira Guerra Mundial, teve a mesma finalidade: foi claramente constituído para evitar o surgimento de déspotas.

⁴⁷ MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10.

⁴⁸ BVerfGE 7, 198; CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Editorial Porrúa, 2006, p. 5. Diversos outros julgamentos se seguiram com a mesma indicação de que a Constituição Alemã é uma ordem objetiva de valores, tanto que Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2008) e Friedrich Müller (*Teoria estruturante do direito – I*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011) formulam suas teorias olhando para essa fonte de produção de decisões.

⁴⁹ CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 7-8.

⁵⁰ São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁵¹ Faleceu em dezembro de 1992 sem completar o pós-escrito de sua obra, que foi publicado após sua morte mesmo que de forma incompleta, conforme ele mesmo mencionou (MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Tradução Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 15).

«regras secundárias», que se relacionam com as primárias, mas não constituem obrigações ou sanções. As normas secundárias: ou estabelecem competências (poderes) de julgamento e de execução de leis – «regras de julgamento»; ou permitem ao legislador alterar o direito vigente – «regras de modificação»; ou estabelecem critérios que determinam a validade de todas as outras regras – «regra de reconhecimento», que impõe aos agentes públicos que apliquem as regras consideradas válidas⁵². O respeito, voluntário ou não, a esta última regra é a essência de seu conceito de direito, pois somente as regras consideradas válidas segundo a regra de reconhecimento pertencem ao direito⁵³.

Mais de uma década depois, em 1977, sob a influência desse novo cenário pós-guerra, Dworkin publica, *Levando os direitos a sério*⁵⁴, o primeiro de uma série de livros onde questiona o conceito positivista de direito, seu critério de validade e a separação entre direito e moral, mantendo como alvo o pensamento de Hart. Alguns anos mais tarde, em 1986, do outro lado do atlântico, Robert Alexy publica sua visão sobre o direito com o título *Teoria dos direitos fundamentais*⁵⁵ com o desiderato de formar uma teoria que fundamentasse o trabalho que era executado pelo Tribunal Constitucional alemão.

Juntas, essas obras serviram como um dos parâmetro iniciais do pós-positivismo⁵⁶. A visão positivista acerca da relação entre o direito e a moral é estruturalmente afetada. Percebe-se

⁵² “Onde quer que essa norma de reconhecimento seja aceita, tanto os indivíduos quanto as autoridades públicas dispõem de critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação”. Continua o autor: em sociedades complexas, “os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplas e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, há mecanismos destinados a solucionar possíveis conflitos, hierarquizando-se esses critérios segundo uma ordem de subordinação e primazia relativas” (HART, Hebert. *O conceito de direito*, op. cit., p. 130).

⁵³ Todo o parágrafo, Ibid., p. 103-142.

⁵⁴ 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Nesse período ainda não era tão clara a aproximação total do direito com a moral, como resta afirmado no livro *O império do direito* (Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010), publicado primariamente em 1986.

⁵⁵ São Paulo, Malheiros, 2008.

⁵⁶ Dworkin desenvolve sua teoria observando a prática do *common law* americana, enquanto o desenvolvimento das ideias de Alexy ocorrem no *civil law* alemão, bem como a já citada prática do Tribunal Constitucional deste país. Existem fortes divergências entre a teoria de Dworkin e de Alexy, algumas das quais serão analisadas adiante.

que o movimento pós-positivista, embora tenha origens culturais e geograficamente diversas, tem início na mesma época e com pontos em comum em relação à aproximação do direito com a moral. Trata-se de um movimento de crítica ao positivismo, sobretudo em relação ao seu distanciamento completo da moral, como era posto à época, que permitia a vigência de direito completamente injusto – como se viu nas leis de *Nuremberg*, por exemplo.

No Brasil, é somente na década de 90 que os ataques ao positivismo se intensificaram⁵⁷, primeiramente com questionamentos sobre a hermenêutica⁵⁸ e sobre o distanciamento da ciência jurídica em relação à sociedade⁵⁹, além da tradução de algumas obras que enfrentavam o positivismo⁶⁰. Contudo, na década seguinte, a recepção acrítica de Dworkin e Alexy, em parte devido à forte divulgação de suas distinções entre princípios e regras, gerou o que alguns têm chamado de panprincipiologismo⁶¹.

Importa consignar que o Brasil – na teoria e na prática do Judiciário – recepcionou essa ordem de ideias, pontuada sob diversos nomes, desde que se falasse em ponderação de princípios

⁵⁷ Nesse sentido, Dimitri Dimoulis no prefácio da obra de MacCormick, *H. L. A. Hart*, op. cit., p. XVI.

⁵⁸ Nesse sentido, Amílton Bueno de Carvalho (*Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993) apresenta crítica à jurisprudência que se autointitula alternativa, com ataques diretos à construção jurisprudencial da época, que segundo ele serviria para “esclerosar o direito”.

⁵⁹ Tarefa perpetrada pela Teoria Crítica do Direito que formulou questionamentos contundentes ao positivismo e à forma de estruturação da ciência jurídica, que não exercia seu importante papel de “(re)construção da sociedade”, sobretudo no que se refere às referências sociais e à legitimidade do direito. Nesse sentido, por todos, COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

⁶⁰ Paulo Bonavides em 1994, na quinta edição de seu Curso de Direito Constitucional, já apresentava críticas ao positivismo. Antes disso, foi este mesmo autor que também primeiro traduziu um texto de Friedrich Müller, questionador do positivismo ainda em 1984, conforme declaração de Müller em entrevista publicada na obra *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 274-275.

⁶¹ Diversos são os autores que apresentam críticas ao principiologismo do direito. Sobre a crítica: Daniel Sarmiento (*Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 02 set. 2012) critica a **judiciocracia**, o oba-oba constitucional e a panconstitucionalização. Ver também Lenio Luiz Streck (O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de março de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em 27.08.2012). Sua crítica completa encontra-se na obra: *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011. É uma teoria importante, mas é preciso afastar os excessos.

e na sua separação das regras, as quais se queria afastar a qualquer custo, muitas vezes sem saber por quê.

É tempo de apresentar as linhas gerais do positivismo e do pós-positivismo jurídicos com vistas a atingir o desiderato de conceituar o direito e, por consequência, os elementos extrajurídicos.

O juspositivismo – cuja característica essencial é a separação teórica entre direito e moral – pode ser dividido em diversas correntes⁶², mas, para o fim ora almejado, importa a diferenciação entre «positivismo exclusivo» e «inclusivo»⁶³. Esta distinção diz respeito, respectivamente, à separação mais ou menos rígida entre os citados campos. Para os exclusivistas, a moral nunca pode ser parâmetro de validade do direito, porquanto o que define o que é direito é um fato social (fato bruto) – uma conduta humana que escolhe os temas que serão direito sob a ótica formal. Enquanto para os inclusivistas, apesar de a moral não ser essencialmente parâmetro jurídico de validade, pode ser utilizada, em alguma medida, para definir e aplicar o direito.

O «positivismo exclusivo» professa que o direito é rigidamente separado da moral, não havendo qualquer proximidade possível entre eles para validação do direito, salvo, eventualmente, no momento construtivo da norma, desde que assim pretenda o legislador – uma possível, mas não obrigatória, interação genética⁶⁴. Algo é juridicamente válido porque alguns

⁶² Para aprofundamento da origem histórica e espécies do positivismo jurídico, ver a obra de Noberto Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, *passim*.

⁶³ Sobre as características do positivismo exclusivo e inclusivo, ver TAVARES, Rodrigo. *Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 402-404; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 134-147; FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 184, nota 63. Para a crítica a ambas as correntes, ver DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*, op. cit., p. 328-339.

⁶⁴ HART, Hebert. *O conceito de direito*, op. cit., p. 258-273. No mesmo sentido, DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 132-136.

fatos sociais (legislar, por exemplo) lhe concedem validade. Assim, a validade das normas jurídicas está estritamente ligada a estes fatos sociais (fato bruto) que criam a convenção social⁶⁵.

A identificação do que é direito não depende nem pode depender de critérios morais. Nas palavras de Dimitri Dimoulis, é “uma versão rigorosa da tese da separação entre direito e moral”⁶⁶. Seus mais expressivos representantes são Joseph Raz⁶⁷, Hebert Hart (antes de seu pós-escrito)⁶⁸ e Kelsen, conforme já citado. No Brasil, Dimitri Dimoulis⁶⁹.

É possível identificar as teses fundamentais do exclusivismo como: a) “o direito deve ser explicado por referência a fatos sociais e, por consequência, é irrelevante para a compreensão e descrição de uma ordem jurídica qualquer especulação sobre seus fundamentos metafísicos; b) o valor moral não é condição necessária da juridicidade da norma”, conforme elenca Cláudio Fortunato Michelon Júnior⁷⁰.

⁶⁵ De forma diversa de como ocorre com o jusnaturalismo, cuja validade do direito independe de qualquer verificação empírica, restringindo-se à metafísica, aos valores considerados essenciais, o juspositivismo admite a validade do direito a partir da decisão humana (fato social) que decide criá-lo.

⁶⁶ *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 135. No mesmo sentido, SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, a. 1, n. 1, jan./mar 2006, p. 335.

⁶⁷ O único fator juridificante é a conduta humana que cria o direito (sob a ótica da autoridade). O único objeto juridicamente relevante é a norma jurídica independentemente de seu conteúdo ou da intenção de seu criador, conforme o próprio autor (*The authority of law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 35-53). Um dos elementos chaves de sua teoria é seu conceito de *autoridade*, única fonte do direito. Duas são as condições para o exercício da autoridade: 1) As pessoas obedecem porque confiam na autoridade ou são intimidados por ela; se cumprem o comando simplesmente porque acreditam que ele é correto, não se exerce autoridade e 2) o cumprimento das ordens é independente de qualquer juízo de valor; as pessoas obedecem aos comandos mesmo que sejam contra (Ibid., p. 5-20). Raz é “para muitos o último positivista puro”, conforme assevera Figueroa (*Criaturas de la moralidad*, op. cit., p. 201).

⁶⁸ Embora sua posição tenha sido modificada após a publicação póstuma de seu pós-escrito, em 1994, quando passou a defender o «positivismo inclusivo» ou «brando» (*soft positivism*), sua posição anterior serve como exemplo. No trecho de sua obra onde se refere à relação entre moral e direito, afirma que não pode existir uma “ligação necessária ente o direito e a moral”. (*O conceito de direito*, op. cit., p. 261-3; 323). MacCormick (*H. L. A. Hart*, op. cit., p. 14-7) demonstra que, segundo Hart, seu pós-escrito serviu para deixar clara sua posição; não estaria, pois, modificando sua teoria. Contudo, essa nova explicação de sua tese demonstrou diferenças em relação à leitura anterior.

⁶⁹ *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 141-147. O autor critica tanto o positivismo inclusivo quanto o exclusivo de Raz, mas defende a abordagem exclusivista. Por isso, acredita-se possível colocar seu *positivismo pragmático jurídico-político* nessa concepção, tão somente no que concerne à separação entre o direito e a moral como critério de validade do direito, mesmo considerando profundas diferenças em relação à interpretação, como, por exemplo, sua aproximação com o pragmatismo e o realismo jurídicos; “o direito como ele é” (Ibid., p. 159).

⁷⁰ *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 30. O autor faz referência aos fundamentos do

Como o direito é estabelecido unicamente por fatos sociais que o criam⁷¹, as leis têm validade independentemente de seu conteúdo, de serem justas ou não, uma vez que a aferição de sua validade refere-se a um critério puramente formal⁷². Este ponto é o que mais levantou críticas após a Segunda Guerra. A sensação mundial de que leis injustas não deveriam ser cumpridas, aliada à forte crítica dos pós-positivistas, fizeram com que alguns teóricos do positivismo tentassem adaptar sua teoria ao mundo atual.

Com isso, desenvolve-se o «positivismo inclusivo» ou débil⁷³. Esta concepção tenta conciliar o positivismo com as abordagens pós-positivistas ou moralistas. Para os inclusivistas, a moral não é sempre decisiva para definir o direito, mas em alguns casos pode ser. Seus representantes não abandonam a tese da separação entre direito e moral, mas consideram que podem existir sistemas jurídicos nos quais “os imperativos morais desempenham um papel crucial na identificação da validade das normas jurídicas”⁷⁴. Na explicação de Jules Coleman, o caráter jurídico das normas pode depender, algumas vezes, da moral substancial e não somente da sua origem como fonte social⁷⁵.

positivismo epistemológico, utilizando nomenclatura de Bobbio, mas sua descrição é perfeitamente adequada ao positivismo jurídico exclusivo.

⁷¹ Nesse sentido, ver RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 59-93; 279-316.

⁷² O termo «formal» indica tão somente que nessa visão do positivismo, “a validade da norma nunca pode ser julgada de acordo com critérios de mérito externos, isto é, decorrentes de outros sistemas normativos (adequação moral, política, econômica, técnica, científica, artística etc.)”. Já o termo «validade» diz respeito à pertença da norma a determinado ordenamento jurídico. Explicação em conformidade com DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit. p. 113-115.

⁷³ Sobre as características e críticas ao positivismo inclusivo, ver ALDAY, Rafael Escudero. Alguns argumentos frente al positivismo jurídico incluyente. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 375-391.

⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit. p. 139.

⁷⁵ COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 100.

Entre os representantes dessa concepção, estão Jules Coleman⁷⁶, Luigi Ferrajoli⁷⁷, Luis Prieto Sanchís⁷⁸, Hart (após seu pós-escrito), Luis M. Cruz⁷⁹, os quais não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, “mas reconhecem que pode haver uma ligação contingente entre estas esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica”⁸⁰. A indicação do que é direito não depende necessariamente de critérios morais, embora possa circunstancialmente deles depender⁸¹.

Não resta absolutamente claro em que momento a moral serviria como critério de aferição da validade do direito. Alguns respondem que a moral somente se torna direito se o direito assim o determinar, outros deixam a questão em aberto. Sobre o ponto, Coleman defende que os princípios morais só se tornam princípios jurídicos quando os princípios jurídicos mais básicos, que não incluem princípios morais, os designam com jurídicos⁸². Na mesma linha, Dimitri Dimoulis assevera que o positivismo inclusivo “se transforma em uma visão moderada do moralismo [pós-positivismo], afirmando que a vinculação entre direito e moral é necessária nos sistemas jurídicos *que assim o convencionam* (e não em todos como afirmam os moralistas)”⁸³.

Em suma, para o positivismo jurídico, é direito tudo o que a sociedade determina que seja (o fato social cria direito), a partir da produção estatal da norma jurídica. O direito permanece separado da moral, não há uma vinculação necessária entre esses campos, seja em sua

⁷⁶ Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart's postscript*. Essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 99-147.

⁷⁷ *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Tradução Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001, p. 20-32; ver também *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

⁷⁸ Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101-35.

⁷⁹ *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Editorial Porrúa, 2006.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil...*, op. cit., p. 4. O autor ainda cita como representantes dessa corrente: Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo.

⁸¹ TAVARES, Rodrigo. *Neopositivismos...*, op. cit., p. 403.

⁸² *The practice of principle: in defense of pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 32-45.

⁸³ *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 142, itálico não original.

forma rígida (nunca há vinculação) ou flexível (pode haver vinculação, desde que o sistema jurídico assim proceda). A moral não é um elemento jurídico, salvo se a sociedade de alguma forma assim determinar, seja por meio da Constituição, de leis ou, em alguma medida, da jurisprudência. Os princípios morais, por si sós, não ingressam no ordenamento, mesmo na versão inclusivista; princípio jurídico é jurídico na medida em que foi inserido no sistema pelo legislador e princípio moral é moral, extrassistema, portanto.

O «pós-positivismo», por sua vez, vê o direito mais próximo da moral. No que se refere à conceituação e validade do direito, é possível dividir essa corrente em duas: uma «modesta», representada por Alexy⁸⁴, e outra «rígida», defendida por Dworkin⁸⁵.

Só uma lembrança histórica: no século XX, o mundo viu um amontoado de regimes totalitários que usaram o direito para perpetuar sua hegemonia: o nazismo alemão (1933-1945), o facismo italiano (1919-1945), o franquismo espanhol (1939-1975), o salazarismo português (1929-1974). Com fim da Segunda Guerra, a humanidade percebeu que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei. (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos”⁸⁶. É esse contexto que dá forças ao pós-positivismo⁸⁷.

⁸⁴ Sua obra clássica sobre o tema é

⁸⁵ Uma outra forma de divisão entre as teses positivistas seria com relação à separação entre regra e princípio, nessa concepção tanto Dworkin quanto Alexy promovem uma distinção forte entre estas duas categorias de normas, conforme ficou consignado na dissertação de mestrado do mesmo autor dessa tese FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 118-144.

⁸⁶ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 10.

⁸⁷ No Brasil, os seguintes autores representam essa visão pós-positivista, notadamente no campo do Direito Constitucional: Luis Roberto Barroso (*Neoconstitucionalismo...*, op. cit., p. 22), Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 264), George Marmelstein (*Curso de...*, op. cit., p. 11), André Rufino do Vale (*Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva/Série IDP, 2009, p. 42), Luís Sérgio Mamari Filho (*A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18), Roger Silva Aguiar (*O positivismo e o pós-positivismo...*, op. cit., p. 152), entre diversos outros.

O «pós-positivismo modesto» diz que o sistema jurídico permanece aberto para a moral, uma vez que, quando for necessário, o direito pode ser submetido à correção⁸⁸. Não há uma vinculação necessária, mas a moral serve, em alguma medida, como critério de aferição da validade do direito, mediante a ponderação de princípios jurídicos adequando-os ao caso concreto. Os princípios jurídicos, caracterizados por sua baixa densidade normativa, seriam um grande elo de ligação com a moral.

Alexy deixa claro que uma ordenação flexível de valores constitucionais (não há valor constitucional absoluto⁸⁹) na aplicação dos princípios pressupõe a existência de uma carga argumentativa em sua aplicação⁹⁰. Em texto posterior demonstra com maior clareza que não adere à posição de Dworkin de que entre direito e moral há ou deve haver uma vinculação necessária⁹¹.

Dimitri Dimoulis, lembra que esta concepção modesta do pós-positivismo utiliza como matriz a *fórmula de Radbruch*, que, por sua importância, pede-se licença para citar:

O conflito entre justiça e a segurança jurídica deveria ser resolvido no sentido de que o direito positivo, garantido através da legislação e do poder, deve prevalecer mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, é injusto ou inadequado. A não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance um nível tão insuportável, que a lei, enquanto ‘direito injusto’, deve recuar diante da justiça.

É impossível traçar uma linha divisória mais clara entre os casos do injusto (*Unrecht*) legislativo e das leis que continuam sendo válidas, apesar de seu conteúdo injusto

⁸⁸ Sobre a pretensão de correção do direito pela moral em sua aplicação judicial, ver ALEXY, Robert. Derecho y corrección. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2005.

⁸⁹ *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 111-114

⁹⁰ *Ibid.*, p. 163. É por esse motivo que se preocupa tanto com a argumentação jurídica, de forma específica aos direitos fundamentais e mais objetiva nesta mesma obra (p. 548-574), bem como de forma geral, formulando sua tese de razão prática especial na obra *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁹¹ The nature of legal philosophy. *Ratio juris*, v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004. Neste trabalho, Alexy informa expressamente alguns obstáculos da vinculação necessária entre direito e moral. Dimitri Dimoulis (*Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 90) comenta esse artigo: “talvez o autor inaugure uma nova fase de seu pensamento, distanciando-se da abordagem moralista de seus escritos anteriores”. Em sua obra clássica (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 153-179) isso também já estava delineado, de forma menos clara. Para ele, a aplicação dos princípios depende da valoração em uma ordem hierarquizada de valores, utilizando-se do sopesamento (forma racional). A aplicação das regras não, verificam-se as antinomias.

(*unrichtig*). Podemos, porém, estabelecer de forma muito clara uma outra linha de separação. Nos casos em que a justiça não é nem mesmo pretendida e a igualdade – que constitui o núcleo da justiça – é negada de forma consciente no ato de criação do direito positivo, em tais casos a lei não constitui somente ‘direito injusto’, mas carece totalmente de natureza jurídica. Isto ocorre porque podemos definir o direito, incluindo o direito positivo, somente como ordenamento e legiferação determinados pelo intuito de servir a justiça⁹².

O «pós-positivismo rígido» pode ser explicado melhor nas palavras de seu mais notório defensor. Para Dworkin, “os princípios morais que os juízes costumam citar para justificar suas decisões jurídicas (...) também são princípios jurídicos, e que, portanto, os positivistas taxonômicos erram ao separar princípios jurídicos de princípios morais do modo como fazem”⁹³. Para ele, existe uma vinculação necessária entre o direito e a moral, uma vez que os princípios morais ingressam necessariamente no direito, mesmo que seja necessário criar princípios jurídicos para tanto⁹⁴.

Em relação à versão rígida, as críticas principais ao pós-positivismo referem-se à dificuldade de se aferir qual é a moralidade pública ou comum, se é que ela existe em uma sociedade pluralista. Em decorrência desse retorno à moral, há autores que procuram caracterizar essa corrente, em alguma medida, como jusnaturalista⁹⁵.

⁹² Apud DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 93. Não foi possível a leitura do original na fonte por razões restritivas da leitura em alemão.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 330.

⁹⁴ Ibid., p. 14; 121-126. “Para o bem ou para o mal, porém, os juízes se deparam com questões morais, e vituperar contra a teoria moral não vai transformar essas questões em problemas matemáticos” (Ibid., p. 126) p. 121-126). Em seu livro inicial afirma que existe uma “conexão entre prática social e juízos normativos”. *Idem, Levando os direitos a sério*. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 91-92.

⁹⁵ Manuel Atienza (Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho? In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et al.* (org.). *Hermenêutica Constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 455-484) mostra uma conexão entre algumas teses jusnaturalistas e as teorias de Dworkin, Alexy, Carlos Nino e, em alguma medida, Ferrajoli. Luis Prieto Sanchís (*Los principios como vehículos de la moral en el derecho*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et al.* (org.). *Hermenêutica Constitucional...*, op. cit., p. 423-425) qualifica expressamente Dworkin de jusnaturalista. Alfonso García Figueroa (Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et al.* (org.). *Hermenêutica Constitucional...*, op. cit., p. 27-43) também tangencia essa conclusão demonstrando dois tipos de antipositivismo: o interno (pós-positivismo/jusnaturalismo) e o externo (que critica a própria dialética que mantém positivistas e não-positivistas).

É bastante fácil perceber uma gradação de aproximação entre direito e moral nas várias teorias jurídicas expostas. O «positivismo exclusivo» pretende-se absolutamente fechado à moral na aplicação do direito, aceitando-a tão somente, se assim quiser a autoridade criadora, na gênese da norma jurídica. O «positivismo inclusivo» defende que o direito é criado por fatos sociais (pela escolha do legislador), mas a moral pode, em *alguma medida* ou quando a autoridade decidir incorporá-la em normas jurídicas, ser parâmetro de validade e aplicação do direito.

Já o «pós-positivismo modesto», apesar de aceitar os padrões de validade do positivismo (direito positivo, fato social, autoridade), acredita que o direito pode precisar de correção e isso ocorre quando se aplicam princípios jurídicos, que permitem o ingresso de princípios morais no direito; os quais necessitam de valoração para ser aplicados.

É muito tênue a linha divisória entre as duas últimas correntes. A essência da distinção está no fato que, para os pós-positivistas modestos, o direito precisa de correção (pretensão de correção) quando é aplicado por meio de princípios, enquanto o positivismo inclusivo somente aceita a moral para fins de correção eventual, quando o direito legislado for absolutamente injusto ou quando o direito incorporar princípios morais⁹⁶.

Por fim, o «pós-positivismo rígido» de Dworkin vislumbra a vinculação necessária entre direito e moral, na medida em que os princípios jurídicos são um espelho dos princípios morais, os quais serão necessariamente incorporados ao direito.

Mais importante que essa discussão interminável sobre o conceito e a validade do direito é a formulação prática de quais os níveis de previsibilidade, determinação e objetividade o direito

⁹⁶ Mesmo assim, é difícil divisar de forma certa os pontos de distinção, pois, como dito, a tentativa de aproximar autores diversos nas correntes citadas nem sempre proporciona uma linha exata de argumentação de cada um. Mas essa diferenciação já é suficiente para prosseguir, visto que esta não é uma tese sobre o positivismo ou o pós-positivismo, além do que para conceituar o direito a explicação até aqui parece bastar.

oferece. Até mesmo um dos mais fervorosos nesse debate, Dworkin, questiona o quão necessária é essa reflexão:

Será que vale a pena discutir isso [a inclusão ou não de princípios morais no conceito de direito positivista exclusivo ou inclusivo]? Sem dúvida, é importante o que consideramos relevante para decidir que direitos e deveres jurídicos as pessoas e as autoridades públicas têm. Mas nada de importante depende de qual parte do que é relevante nós descrevemos como ‘direito’⁹⁷.

Diante de todo esse panorama, para finalizar esse tópico como se iniciou – informando que a escolha da teoria conceitual do direito é, em si, uma decisão moral –; é tempo de escolher sob que ótica serão observados o direito e, por consequência, as influências extrajurídicas. Não obstante, cumpre consignar que tanto para os positivistas quanto para os pós-positivistas o direito não contempla a política, a sociologia, a psicologia etc. A divergência ocorre quanto à inclusão da moral.

No presente estudo, acredita-se que o «pós-positivismo modesto» parece ser a melhor teoria, pois aceita e valoriza o direito legislado, bem como os parâmetros constitucionalmente determinados, sem se descuidar da proteção contra arbítrios do legislador (pretensão de correção), além de buscar formas racionais para aplicação dos princípios jurídicos, contidos em abundância na Constituição de 1988.

Além disso, permite superar as teses positivistas de que o direito pode ser fortemente determinável *ex ante*, que parecem ser ingênuas em uma sociedade pluralista como a atual, que apresenta alterações extremamente significativas a cada década. Some-se a refutação da tese de Dworkin, sobretudo pelo fato: da impossibilidade de identificação do direito vigente sob o critério por ele desenvolvido; da dificuldade de se encontrar a moralidade política adequada em

⁹⁷ *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 336.

uma sociedade pluralista, mesmo com o melhor de todos os esforços hercúlios para se encontrar a *integridade*; da impossibilidade de se encontrar a única resposta correta.

Sendo assim, o direito pode ser conceituado como um sistema de normas obrigatórias (regras e princípios) devidamente juridicizadas pelo legislador (constituente ou ordinário), que se abre à moral sempre que o direito legislado for injusto ou quando a autoridade criadora do direito (poder constituinte, legislador etc.) positivou princípios ou normas com baixa densidade normativa, seja na Constituição, seja nos diplomas ordinários por meio de cláusulas gerais ou conceitos abertos.

Não se encontram sob o mundo jurídico: as convicções ideológicas e pessoais do julgador; a política; a mídia e a opinião pública, apesar de a moralidade pública contribuir para o direito e sua aplicação (princípios) ou correção; as relações pessoais do juiz; as consequências das decisões; a perspectiva de cumprimento das decisões. Estes são somente alguns dos pequenos extratos dos infindáveis possíveis elementos extrajurídicos que podem eventualmente influir sobre a decisão judicial. Porém, por questões de recorte metodológico estas serão as influências analisadas.

É certo que esse debate teórico é rico e estimulador, mas o que realmente importa nesse cenário é identificar qual é o tamanho dos espaços abertos de decisão judicial e o que fazer com eles. Embora ainda não tenha sido exposto, cada uma das teorias citadas admite um espaço maior ou menor de indeterminação jurídica que precisará ser preenchido pelo aplicador do direito. Sob qualquer ótica teórica ou pragmática que se observe, é impossível acreditar na inexistência de indeterminação jurídica, mesmo que mínima. Até mesmo nos espaços de determinação jurídica podem existir espaços abertos ao preenchimento judicial, conforme se verificará.

O conceito de direito sob a ótica de seu contato com a moral é só a ponta do iceberg de questões bem mais profundas que somente a análise da prática judicial pode demonstrar⁹⁸. Esse é um ponto de partida, um importante ponto de partida, mas que ainda está distante das respostas procuradas. Há, pois, de se concordar com Dworkin quando afirma que “a diferença não se encontra entre teorias que incluem e teorias que excluem a moral, mas entre teorias que a introduzem em estágios distintos de análise”⁹⁹. Por hora, já se tem a delimitação das influências extrajurídicas consideradas para fins da presente pesquisa.

É hora de adentrar na contribuição de algumas correntes e pensamentos teóricos sobre o objeto examinado: a decisão judicial e as possíveis influências sobre ela.

1.3. Algumas correntes teóricas sobre a decisão judicial

Neste capítulo será estudada a contribuição das correntes teóricas que visam a demonstrar as influências da realidade sobre a decisão judicial.

No século XIX, algumas teorias já mostravam preocupação com o formalismo jurídico e com a necessidade de observância da realidade pelo direito. Norberto Bobbio constata essa tentativa em três momentos distintos: primeiro a *escola histórica do direito* (Savigny e Puchta) em que se pretendeu considerar o direito consuetudinário como fonte primária do direito; segundo a *concepção sociológica do direito* observada no movimento do *direito livre* (François Gény e Eugene Ehrlich) e a *jurisprudência dos interesses* na Alemanha¹⁰⁰; terceiro o *realismo jurídico* norte-americano, “o mais violento e radical da revolta antiformalista”¹⁰¹.

⁹⁸ “Entender um sistema jurídico exige que olhemos por trás da cortina de fumaça linguística e conceitual e encontremos o que realmente se passa em nome do ‘direito’ (...)” MacCormick (*H. L. A. Hart*, op. cit., p. 12).

⁹⁹ *A justiça de toga*, op. cit., p. 31-32.

¹⁰⁰ Na Alemanha, a superação da *jurisprudência dos conceitos* da era de Puchta por uma jurisprudência com teor realista tem início com Jhering ainda em 1861. Suas críticas levaram ao desenvolvimento de uma *jurisprudência pragmática*, que foi o ponto de partida da *jurisprudência dos interesses*, a qual objetivava em sua gênese “conhecer com rigor histórico os interesses gerais que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, esses

Tem-se como ponto de partida¹⁰² o realismo jurídico norte-americano do final do século XIX e primeira metade do século XX, com um breve olhar sobre o realismo escandinavo de Alf Ross. Depois, passa-se a observar o pragmatismo jurídico e a teoria da norma de Friedrich Müller.

1.3.1. Realismo jurídico: *Oliver Holmes, Félix Cohen, Jerome Frank e Alf Ross*

A aproximação entre o direito e a experiência, operada pelo realismo jurídico demonstra a tentativa moderna de identificar que, de fato, as decisões judiciais não são compostas somente de aspectos lógicos e científicos. A realidade – tanto no aspecto social quanto no psicológico e pessoal do magistrado – também influencia as decisões judiciais. Com esse ideal, houve teóricos que buscaram captar o momento constitutivo do direito na realidade social, “onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam”¹⁰³.

Segundo Julio Cueto Rúa, o realismo jurídico é uma corrente que acolhe teorias separadas por agudas diferenças, mas que têm em comum uma investigação jurídica com base “empírica, circunstanciada, histórica e socialmente localizada”, cujas conclusões “não pretendem ter valor absoluto, senão relativo, pois se encontram limitadas por uma série de notas temporais,

interesses”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 55-77.

¹⁰¹ *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5ª ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 66-68.

¹⁰² Não obstante, não é desconhecido o fato de que o olhar do direito para realidade, o empirismo jurídico, que contempla o realismo jurídico norte-americano e o escandinavo, existe desde os romanos até os dias atuais, conforme ressaltou Miguel Reale (*Filosofia do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 91-93).

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, op. cit., p. 64.

especiais e sociais”¹⁰⁴. Em suma, essa corrente teórica procurou encontrar certa previsibilidade da decisão judicial levando em conta a realidade posta segundo um olhar histórico.

O argentino Carlos Ignacio Massini, destacando os aspectos empíricos e sociais dessa corrente, apresenta os seguintes termos acerca do realismo jurídico:

A razão pela qual a ordem jurídica existe, não pode ser a perfeição teórica de suas estruturas formais: leis, instituições, conceitos jurídicos, etc. senão a perfeição prática, operativa, de seus conteúdos.

(...) Para terminar o que já expusemos largamente, diremos que nos parece demonstrado que ao pertencer o direito à ordem prática, aquela das coisas que o homem faz para lograr a sua própria perfeição e aperfeiçoamento, consiste, própria e principalmente, em uma ação social do homem retificado pela justiça¹⁰⁵.

No final do século XIX, Oliver Wendell Holmes Jr., o precursor americano dessa corrente¹⁰⁶, publica em 1881 sua obra fundamental: *The common law*¹⁰⁷, em que promove um ataque direto ao formalismo jurídico. Alguns anos depois, mais precisamente em 08 de janeiro de 1897, Oliver Holmes, ministrou uma palestra na Universidade de Boston intitulada *The Path of the Law*, cuja repercussão fora excepcional¹⁰⁸. Ele sugeriu um novo enfoque para o exame dos fenômenos jurídicos, o qual era baseado na realidade observável¹⁰⁹; na vida.

¹⁰⁴ In Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. México: Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política, 1991, p. 11.

¹⁰⁵ *Sobre el realismo jurídico: el concepto de derecho, su fundamento, su concrecion judicial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978, p. 18 e 20.

¹⁰⁶ Noberto Bobbio (*Teoria da norma jurídica*, op. cit., p. 67) adjectiva Holmes como “o pai espiritual” do realismo jurídico, o qual atuou como juiz da Suprema Corte americana por longos anos – de 1902 a 1932 –, tendo sido o primeiro a repudiar, no exercício de suas funções, o tradicionalismo jurídico das Cortes e a introduzir uma interpretação mais sensível às mudanças da consciência social. Embora muitas vezes tenha sido voto vencido. Até hoje ainda é considerado uma dos melhores juizes dos EUA, conforme anotou Jefferson Luiz Carmargo, tradutor para o português da obra de Dworkin (*A justiça de toga*, op. cit., p. 3, nota do tradutor).

¹⁰⁷ Traduzido para o português como *O direito comum: as origens do direito anglo-americano*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

¹⁰⁸ Publicada como artigo no mesmo ano na *Harvard Law Review*, v. X, n. 8, mar. 1897. Em português: HOLMES, Oliver Wendell. O Caminho do Direito. In: MORRIS, Clarence (org). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 425-439.

¹⁰⁹ RÚA, Julio Cueto in Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 7.

Seu esforço jurídico inicial foi de elaborar uma classificação científica e lógica do direito que demonstrasse as falhas do formalismo. MacCormick ressalta o ataque de Holmes contra “quaisquer situações ontológicas sobre direitos e deveres jurídicos”, pois o direito somente existe quando voluntariamente respeitado ou quando aplicado judicialmente; a multiplicação de *entidades jurídicas*, “objetos obscuros” como “direitos” e “deveres”, trazia o risco de confusão metafísica ou moral¹¹⁰. É Richard Posner quem melhor sistematiza a aversão de Holmes ao formalismo, cuja crítica direcionava-se contra seu conceitualismo e cientificismo, sua natureza estática e a separação entre direito e vida¹¹¹.

Em artigo publicado em 1899, Holmes demonstrou que também se preocupava com aspectos linguísticos, pois o significado das palavras, mesmo no dicionário, não apresenta sentido unívoco. Após apresentar uma tentativa de solução dos problemas de significado a partir do que seria um “falante normal do inglês”, conclui que, mesmo para fins práticos, a teoria é muito importante¹¹².

Mais do que pela teoria, sua obra é marcada pela exaltação da experiência, da construção do direito com apoio na realidade. Em *O direito comum* enuncia sua célebre frase: a “vida do direito não foi a lógica; foi a experiência”¹¹³. Chegara inclusive a reconhecer a “esterilidade” de uma jurisprudência que menospreza as condições sociais, psicológicas e morais de onde o direito retira sua seiva vivificadora; onde “o direito suga todas as seivas da vida”¹¹⁴.

Para Holmes, a compreensão filosófica dos historiadores proporcionaria visão mais expressiva da realidade jurídica do que a inteligência analítica dos lógicos. Um ponto de notório

¹¹⁰ *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 320-321.

¹¹¹ *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23.

¹¹² HOLMES, Oliver Wendell. The theory of legal interpretation. *Harvard Law Review*, v. 12, n. 6, p. 417-420, jan.1899, *passim*.

¹¹³ HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum*:..., op. cit., p. 21.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 54 e 21.

destaque em sua obra é a valorização dos aspectos históricos da jurisprudência. Contudo, sua tese não se propôs a ser um estudo de história do direito, uma vez que buscou somar a essa historicidade um esforço filosófico¹¹⁵. Por um lado, o direito está continuamente “deduzindo novos princípios da vida” (da realidade), por outro, a manter “velhos princípios da História” ainda não abandonados¹¹⁶. Tenta, pois, compatibilizar a história com a realidade social. Olha para trás ao mesmo tempo que olha para o presente.

É o próprio autor que informa a adaptação da norma jurídica a um novo estado de coisas com o passar do tempo, adaptando-se à nova realidade¹¹⁷. E essa adaptação é feita com o olhar da jurisprudência para a realidade. E, se for o caso, é preciso inclusive superar a jurisprudência ultrapassada.

A história precedente, independentemente dos propósitos que a norteiam, ilustra bem o paradoxo entre forma e substância no desenvolvimento do direito. Na forma seu crescimento é lógico. A teoria oficial é de que cada decisão nova decorre silogisticamente de precedentes existentes. Entretanto, da mesma forma que a clavícula no gato apenas recorda a existência de alguma criatura primitiva a quem aquele osso era útil, os precedentes no direito sobrevivem por longo tempo, quando a aplicação que tiveram chega ao fim e é esquecida a razão de sua existência. Segui-los resulta frequentemente em fracasso e confusão de um ponto de vista simplesmente lógico¹¹⁸.

E essa adaptação da jurisprudência ao mundo real, à vida, é tarefa realizada pela decisão judicial. Os juízes são os pontos de conexão entre o direito e a realidade. Ele não explica como se daria essa ligação com a realidade, quais os critérios utilizados, como pretendem os positivistas (modestos ou rígidos) em relação à moral, mesmo assim ressalta essa necessidade conectiva.

¹¹⁵ Prefácio de Mark DeWolfe Howe In HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum...*, op. cit., p. 18.

¹¹⁶ HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum...*, op. cit., p. 55.

¹¹⁷ Ibid., p. 32.

¹¹⁸ Ibid., p. 54.

Em uma das passagens de *O direito comum*, Holmes assevera que a vida do direito não é composta somente pela lógica; a experiência também exerce influência sobre o fenômeno jurídico;

as necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, instituições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com seus semelhantes, tiveram participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens¹¹⁹.

Holmes, em essência, era um empirista. Valorizava a influência da realidade – sobretudo em seus aspectos históricos e sociais – sobre o fenômeno jurídico. Nessa seara, o professor de Harvard ressaltou que as decisões judiciais, em última instância, são “resultantes da ação de muitas forças – costumes, regulamentos, precedentes e opinião pública”¹²⁰. Demonstrava, portanto, que a decisão judicial sofre influência de fatores extrajurídicos, sobretudo os decorrentes da realidade social historicamente posta.

Julio Cueto Rúa ajuda a desvendar a tese de Holmes a esse respeito, informando que ele entendia que as motivações lógicas das decisões judiciais esconderiam os verdadeiros fatores que levaram o magistrado a tomar determinada decisão. Isso é exatamente um dos pontos importantes que a presente tese se propõe a investigar: se as razões da decisão judicial, as razões efetivas da escolha judicial, coadunam-se com as razões jurídicas postas em sua fundamentação.

Esses reais motivos, conforme a análise de Holmes por Cueto Rúa, estariam ligados à influência social sobre os magistrados, pois eles estariam “contaminados de elementos econômicos, sociológicos, políticos ou éticos” de sua época¹²¹. Estes seriam os reais elementos motivadores da sentença, pois estariam inculpidos na vivência dos juízes.

¹¹⁹ Ibid., p. 29.

¹²⁰ Prefácio de Mark DeWolfe Howe In HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum...*, op. cit., p. 17.

¹²¹ In Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 9.

No pensamento de Holmes, havia também uma grande preocupação em predeterminar qual seria a posição judicial diante de uma determinada situação. Pretendia descortinar certa previsibilidade relativa às decisões judiciais. A tarefa do advogado seria predizer, à luz de determinados elementos de julgamento, a ocorrência de um determinado acontecimento jurisprudencial¹²². A previsibilidade do direito estava nessa possibilidade de prever resultados de julgamentos futuros e não na previsibilidade da norma legislada, de sua interpretação¹²³. Ao se perguntar: *que é direito?* Holmes responde: “o direito, para mim, se resume, sem mais nem menos, nas profecias sobre a ação efetiva dos tribunais”¹²⁴.

Em sua visão tornava-se virtualmente impossível para o jurista dizer o que *é* o direito em um caso particular. Poder-se-ia dizer qual era a previsão do que seria o direito, nunca o que o direito *é*. Nesse sentido, o melhor que o operador do direito poderia fazer seria “predizer, de modo mais ou menos seguro e penetrante, como o assunto em questão seria resolvido através do processo judicial”¹²⁵. Buscava, portanto, a previsibilidade da jurisprudência, tendo como substrato análises históricas da realidade.

O direito era previsão de comportamento judicial, porém essa previsão devia efetuar-se acudindo aos oráculos do passado, às coleções de jurisprudência, onde se encontrariam as verdadeiras respostas se se tivesse a inteligência de interpretá-las como expressões de um ato de vontade influenciado por considerações de ordem econômico, social e política, além das tradicionais considerações lógicas e históricas¹²⁶.

Segundo Holmes, a lei se faz por juízes sensíveis simultaneamente aos ditames da tradição, a seus próprios e à opinião da comunidade sobre o que é exigido pela ordem pública; o

¹²² Ibid., op. cit., p. 8.

¹²³ Aqui uma consideração: Holmes escrevia sobre a realidade do *common law* americano, onde a participação do Judiciário na construção do direito é mais evidente, pois o direito legislado não é tão frequente como no *civil law*, embora ele exista também naquele sistema. Mesmo assim, é possível recepcionar seus pensamentos, desde que observadas as devidas peculiaridades.

¹²⁴ O Caminho do Direito. In: MORRIS, Clarence (org). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 427.

¹²⁵ Prefácio de Mark DeWolfé Howe In HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum...*, op. cit., p. 17.

¹²⁶ RÚA, Julio Cueto in Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 10.

direito nada mais seria que a formulação judicial da ordem pública, dentro de limites aceitos¹²⁷. Nas palavras de Julio Cueto Rúa, para Holmes o direito seria “a previsão da provável conduta judicial frente a um determinado curso de conduta. (...) O advogado seria como um meteorologista” que identifica os fatores climáticos e realiza uma previsão do que deveria ocorrer na natureza no futuro¹²⁸. Para Holmes, as decisões judiciais anteriores seriam as variáveis ou os dados ‘climáticos’ para a confecção da previsão da decisão futura. O direito seria uma previsão daquilo que os juízes farão quando confrontados com um conjunto de fatos específicos¹²⁹.

Como se vê, ele pressupunha certa regularidade na conduta dos juízes¹³⁰. Pregava a possibilidade de se prever o resultado de um julgamento, sem, contudo, apresentar dados empíricos que demonstrassem o acerto de sua teoria. Diante dessa ausência de pesquisas empíricas comprobatórias do acerto das previsões judiciais, esta parte do pensamento do autor não conseguiu respaldo científico duradouro a partir da segunda metade do século XX.

Sem embargo da previsibilidade do resultado do julgamento, que hoje resta superada¹³¹, Oliver Holmes deixou uma grande contribuição para a pesquisa jurídica contemporânea, qual seja, a identificação de que a realidade social influencia o direito e o transforma a todo o momento.

¹²⁷ *O direito comum...*, op. cit., p. 50; 55; 17-18.

¹²⁸ In Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 8.

¹²⁹ Nesse sentido, POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

¹³⁰ Esse pressuposto de regularidade é exatamente o que Jerome Frank analisa na obra *Derecho e incertidumbre*, op. cit., *passim*. Nas ideias deste autor, que será analisado adiante, como o resultado da decisão judicial depende da produção correta e criteriosa das provas, não seria possível visualizar na prática a regularidade pensada por Holmes, pois a produção probatória influenciaria inevitavelmente no resultado do julgamento.

¹³¹ Nos EUA, ainda há atualmente pesquisas que buscam realizar este intento. Sobre elas, ver POSNER, Richard A. *Comó deciden los jueces*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 31-70. O autor cita nove teorias que pretendem analisar o comportamento judicial e alguns dos resultados alcançados. Não obstante, consigna as limitações preditivas de algumas delas, como na p. 37. Thomas Miles e Cass Sunstein (The new legal realism. University of Chicago Law & Economics, *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 191, dez. 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=1070283>. Acesso em 16 mar. 2012) apresentam também alguns números atuais acerca da realidade americana. Apesar do esforço nenhuma delas consegue demonstrar com exatidão o futuro decisório, tendo em vista situações em que mesmo os conservadores votam com os progressistas e vice-versa.

Outro doutrinador de destaque do realismo clássico foi Félix Solomon Cohen, cujo propósito era a formulação de princípios de conduta judicial, os quais partiriam de uma análise sistemática de fundo econômico e social, jungida a pressupostos morais e psicológicos no pensamento dos juízes¹³². A ênfase de seu pensamento encontrava-se na ética e na valoração moral¹³³.

Registre-se que Cohen, quando apontava os aspectos psicológicos não se referia às reações individuais, mas aos hábitos psicológicos de todas as pessoas¹³⁴. Cita como exemplo dessa constatação, um juiz que tenha suas sentenças comumente reformadas pelo tribunal de apelação; ele perderia prestígio profissional, fato que contribuiria para a limitação efetiva da discricionariedade judicial¹³⁵. Porém, em seus escritos de 1950, concluiu que o estudo dos fatores psicológicos não levou a nenhum resultado útil para prever as decisões judiciais¹³⁶.

Para Cohen, direito é “o corpo de normas com as quais os tribunais (...) decidem os casos”, entre as quais se incluíam os precedentes judiciais. Mas não lhe importava qualquer decisão. O corpo de norma que lhe interessava não eram as normas efetivamente enunciadas pelos tribunais, mas as decisões sistematicamente relacionadas, uma vez que buscava o conhecimento sistemático das decisões judiciais¹³⁷.

Considerava que, mesmo havendo um “grande campo de incerteza no direito vigente”, era importante estudar as determinantes sociais que governam o curso da decisão judicial¹³⁸.

¹³² COHEN, Félix Solomon. *Ethical Systems and Legal Ideals: an Essay on the Foundations of Legal Criticism*. Westport: Greenwood Press, 1933, p. 238-240.

¹³³ *Ibid.*, p. 2.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 241-243.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 242-243. Richard Posner (*Comó deciden los jueces*, op. cit., p. 22-27; 102-107) defende que essa característica de não querer ver suas decisões reformadas é hoje um importante limite externo para as instâncias ordinárias.

¹³⁶ COHEN, Félix Solomon. Field theory and judicial logic. *Yale Law Journal*, n. 59, 1950, p. 261.

¹³⁷ COHEN, Félix Solomon, *Ethical Systems and...*, op. cit., p. 238-239.

¹³⁸ COHEN, Félix Solomon. Transcendental Nonsense and Functional Approach. *Columbia law Review*, n. 35, p- 808-847, 1935, p. 843-845.

Visualizava uma uniformidade previsível da conduta dos Tribunais ao tempo que reconhecia que as decisões judiciais são influenciadas pelas forças sociais, ou seja, a sentença “é um acontecimento social”¹³⁹.

Fica claro que Félix Cohen se vinculava a um realismo social, o qual busca encontrar a previsibilidade da decisão judicial nos fatores sociais. Ainda que não opusesse maiores reparos à concepção de direito como norma, concentrava seu interesse “no processo dinâmico de sua aplicação pelos órgãos da comunidade e nas consequências dessa aplicação sobre aqueles que a integram”¹⁴⁰. Além desses aspectos, ele também tentou identificar os juízos de valor inculpidos implicitamente nas sentenças. Aproximando esses dois pontos, identificou as decisões judiciais como verdadeiros “fatos sociais em grande escala” capazes de suprimir as “distorções egocêntricas” – que seriam as opiniões valorativas do juiz em particular¹⁴¹.

Como se nota, Cohen vai além de Holmes ao consignar que não só a realidade social exerce influência sobre a decisão judicial, mas também os aspectos psicológicos – identificados como juízos de valor do magistrado. Em que pese consignar que as ‘distorções egocêntricas’ (particularidades valorativas dos juízes) seriam suprimidas pela realidade social sistematizada¹⁴², ele identifica elementos psicológicos como fatores de influência do conteúdo do direito. Nessa perspectiva, nas palavras de Julio Cueto Rua, Cohen defendia um *realismo mitigado*, preocupando-se tanto com os cânones axiológicos que guiam o juiz em sua missão interpretativa quanto com o conjunto dos fatores psicossociológicos que influem em suas decisões; seria, portanto, um realismo sacionormativista¹⁴³.

Jerome Frank sintetiza o pensamento de Félix Cohen nos seguintes termos:

¹³⁹ Ibid., p. 845.

¹⁴⁰ RÚA, Julio Cueto in Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 11.

¹⁴¹ COHEN, Félix Solomon. *Field theory and...*, op. cit., p. 238.

¹⁴² Ibid., loc. cit.

¹⁴³ In Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 11-12.

1) as ‘pautas valorativas’ ou ‘atitudes valorativas’ que utilizam os juízes particulares podem ser descobertas sem muita dificuldade; 2) ao descobri-las, saberemos antecipadamente que normas jurídicas aplicará um juiz particular em um caso particular, como interpretará estas normas e como ‘interpretará os fatos’ desse caso; 3) desta maneira, é possível prever, com um razoável grau de precisão, as sentenças da maioria dos futuros pleitos judiciais¹⁴⁴.

Apesar de Cohen ter notado a influência das particularidades do juiz ou de sua personalidade socialmente influenciada sobre as decisões tomadas, foi McDougal quem, inspirando-se também em Holmes, tentou posteriormente classificar os elementos influenciadores da tomada de decisão judicial em sociológicos (*environmental*) e estritamente psicológicos (*predispositional*)¹⁴⁵. Com isso, passaram a ser distinguidos os fatores sociológicos dos subjetivos, estritamente psicológicos, que gravitam sobre a vontade, os pré-juízos, os sentimentos, as pretensões, conscientes ou inconscientes etc. Dessa forma, com acréscimos à contribuição inicial de Holmes, desenvolveram-se a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico nos Estados Unidos¹⁴⁶.

Outro importante autor da concepção realista clássica norte-americana foi Jerome Frank. Ele foi contemporâneo de Holmes, mas publicou sua obra mais significativa em 1951¹⁴⁷, trazendo seus escritos temporalmente mais para próximo de Cohen e Alf Ross (que será analisado a seguir), travando com Cohen intensos debates. Frank amplia enormemente o campo aberto por Holmes¹⁴⁸.

¹⁴⁴ FRANK, Jerome, op. cit., p. 36.

¹⁴⁵ Apud RÚA, Julio Cueto in Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 10. Não foi possível encontrar a fonte original porquanto não havia indicação bibliográfica do autor, somente citou seu nome. Cumpre consignar que esta distinção não era tão clara em Cohen.

¹⁴⁶ RÚA, Julio Cueto in Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 10.

¹⁴⁷ Sua obra de maior relevância foi *Short of sickness and death: a study of moral Responsibility in Legal Criticism*. *New York University Law Review*, v. 26, n. 4, out-1951, p. 545-633, traduzida para o espanhol em um pequeno livro com o título *Direito e Incertidumbre*, op. cit., *passim*.

¹⁴⁸ Segundo Bobbio (*Teoria da norma jurídica*, op. cit., p. 67), Frank foi o “mais radical defensor” da escola realista, tendo ido muito além das ideias de Holmes.

Para Frank, o direito é “comportamento judicial”; é o que “os juízes decidem no caso concreto”¹⁴⁹. Porém, diferentemente das teses de Holmes, Cohen e Ross, seus estudos dedicaram-se mais aos aspectos circundantes à prova, mais especificamente aos relativos à produção da prova, do que aos fatores histórico-filosóficos destacados por seus antecessores teóricos.

Julio Rúa, prefaciador da tradução argentina de sua obra, destaca a essência de seu pensamento: “a incerteza judicial, derivada do processo de recepção da prova e da credibilidade a atribuir às testemunhas, pode ser diminuída mas não eliminada”¹⁵⁰. Frank apresenta uma preocupação acentuada com a fixação de critérios para a redução da incerteza judicial na produção das provas. Em seu livro apresenta diversas sugestões com esse intento¹⁵¹.

Buscava, pois, a redução da incerteza na produção probatória com o escopo de diminuir a imprevisibilidade da decisão judicial. Contudo, é mister destacar que Frank não acreditava na regularidade da conduta judicial tal como posta por Holmes.

Quando abordou inicialmente o tema da previsibilidade da decisão judicial, Jerome Frank destacou a dificuldade de se prever a conduta judicial futura, porquanto são diversos os fatores que interferem na tomada de decisão, entre os quais ressaltou substancialmente a produção da prova¹⁵². A prova produzida erroneamente é capaz de causar prejuízos tanto às partes quanto à previsibilidade da decisão. O objeto central dos estudos do autor é essa falibilidade do direito na produção probatória, a qual pode gerar dramas judiciais incapazes de correção.

¹⁴⁹ RÚA, Julio Cueto in Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Direito e Incertidumbre*, op. cit., p. 13.

¹⁵⁰ Ibid., p. 18. Sobre esse ponto, no próximo capítulo será analisada decisão judicial do TJDFR em que afastou a idoneidade de uma testemunha em razão de sua opção sexual.

¹⁵¹ Por exemplo, sobre a apreensão correta dos fatos citados por testemunhas, ver FRANK, Jerome. *Direito e Incertidumbre*, op. cit., p. 91-97.

¹⁵² Ibid., p. 28.

Mais que isso, em sua obra *Law and Modern Mind*, ele conclui que a certeza, um dos pilares da segurança jurídica almejada pelo direito, não passa de um mito¹⁵³. Percebe-se nesse ponto seu distanciamento da tese de Holmes, visto que este visualizava uma maior previsibilidade na conduta judicial. Na mesma obra citada, Frank visualiza aspectos psicológicos como elementos de transformação do direito.

A teoria de Jerome Frank não é normativa, uma vez que se preocupa pouco com as normas jurídicas, além de apresentar uma visão realista; tampouco é sociológica, ao estilo de Cohen, na medida que este se preocupa em analisar os fatores que produzem a regularidade dos comportamentos judiciais¹⁵⁴. Frank tinha interesse na regularidade da produção da prova, não nos aspectos normativos ou sociológicos. Preocupava-lhe “o processo em virtude do qual os juízes de primeira instância fixam os ‘fatos’ do caso, os quais são capazes de determinar a aplicabilidade ou inaplicabilidade de uma determinada norma”¹⁵⁵.

Frank observou que os fatos deduzidos em juízo, no melhor dos casos, são as crenças do julgador sobre os fatos reais passados, e não a reprodução exata destes. Para a sentença não importam os fatos reais, mas sim essas crenças¹⁵⁶. Essa constatação demonstra claramente sua preocupação com a produção da prova, pois é essa prova produzida que irá compor a sentença; e não os próprios fatos ocorridos na realidade.

Nas palavras de Bobbio, a tese fundamental sustentada por Jerome Frank “é que não existe um direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam estes fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo pensamento jurídico”; para ele, o direito seria

¹⁵³ FRANK, Jerome. *Law and Modern Mind*. Piscataway: Transaction Publishers, 2009.

¹⁵⁴ RÚA, Julio Cueto in Prólogo da obra FRANK, Jerome. *Direito e Incertidumbre*, op. cit., p. 21.

¹⁵⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁵⁶ FRANK, Jerome. *Direito e Incertidumbre*, op. cit., p. 26. Para uma análise mais profunda do direito como representação da realidade, ver BECKER, L.A. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, L.A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

contínua criação do juiz, “obra exclusivamente do magistrado no ato em que decide uma controvérsia”¹⁵⁷.

Além disso, há de se ressaltar a preocupação de Frank com os excessos dos magistrados, conforme lembra Richard Posner, uma vez que pretendia conter o que poderia se tornar “uma arrogante confiança [do juiz] na correção de suas próprias crenças”, pois elas sempre poderiam estar erradas, e duvidar disso seria uma visão autoritária¹⁵⁸.

Não foi somente nos EUA que o realismo jurídico fez escola, do outro lado do atlântico, nos países escandinavos, essa corrente também se afirmou. Seus principais representantes foram Hägerström, Olivecrona, Lundsted, Ross, entre outros¹⁵⁹. Conforme observa Cláudio Fortunato Michelin Júnior, o realismo escandinavo – que de modo geral sustenta a tese da ilegitimidade do uso descritivo da linguagem, como em enunciados jurídicos tipicamente positivistas de “direito subjetivo” ou “dever jurídico” – não vê possibilidade de interpretar tais enunciados em termos de fatos duros¹⁶⁰ (direito criado pelo legislador). Essa concepção realista critica o próprio conceito juspositivista de validade¹⁶¹.

Aqui, a análise se limitará às ideias de Alf Ross, o grande representante do realismo escandinavo; o realista que mais direto debateu com Hart. Ross identificou o desmembramento do realismo em psicológico e comportamental. Este encontra a realidade do direito nas ações dos Tribunais: “uma norma é vigente se houver fundamentos suficientes para se supor que será aceita pelos tribunais como base de suas decisões”; enquanto aquele, o psicológico, descobre a realidade

¹⁵⁷ *Teoria da norma jurídica*, op. cit., p. 67.

¹⁵⁸ *Comó deciden los jueces*, op. cit., p. 139.

¹⁵⁹ Para a análise completa do realismo escandinavo, com o detalhamento das obras de Hägerström, Olivecrona e Ross, ver MICHELON JÚNIOR, 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: Revista dos Tribunais, 2004, p. 62-91.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 62-63.

¹⁶¹ Os escandinavos introduzem um referencial empírico para o conceito de validade. Ross critica o conceito metafísico de validade, nos termos kelsianos, para ele validade se diz respeito ao direito como “ele realmente é”, conforme ensina Michelin Júnior (*Aceitação e objetividade:...*, op. cit., p. 82-83).

do direito nos fatos psicológicos: “uma norma é vigente se é aceita pela consciência jurídica popular”. Uma consequência normal dessa consciência “é que, inclusive, [a própria consciência] seja determinante das reações do juiz. O critério efetivo não é a aplicação como tal, mas sim o fator determinante por trás dela”¹⁶². Portanto, como Cohen, valoriza os aspectos psicológicos sob a ótica social.

Impende consignar algumas considerações sobre este empirista convicto que também foi um dos grandes representantes do realismo jurídico, mas na escola escandinava. Alf Ross expôs seu pensamento muito claramente ao consignar que

a ciência do direito jamais poderá ser separada da sociologia do direito. Embora a ciência do direito esteja interessada na ideologia, é sempre uma abstração da realidade social. Mesmo que o jurista não esteja interessado no nexos que liga a doutrina à vida real, esse nexos existe¹⁶³.

Além disso, era defensor da influência da realidade concreta sobre a decisão judicial e, mais ainda, também sobre a vontade do legislador (para o autor, política jurídica)¹⁶⁴. Ao investigar teoricamente se o direito seria criado pela vontade do legislador (não como uma vontade metafísica, mas como atividade conscientemente determinada por deliberação racional e argumentação) ou se seria criado independentemente dessa vontade (como consequência de um historicismo ou do destino como necessidade fatal), concluiu que haveria um determinismo em que a realidade influencia, dentro de determinados limites, o legislador.

Portanto, também lhe interessava a gênese do direito legislado:

A política é possível porque o legislador não é impotente. As possibilidades da política jurídica [influência da realidade sobre legislador] são limitadas porque o legislador, tampouco, é todo-poderoso. Ele se defronta com forças sociais (em particular, a consciência jurídica, os interesses econômicos e as relações de poder) que não podem ser exorcizadas com meras palavras.

¹⁶² ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2007, p. 99, 97.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 389-430.

(...) [limites estes que] podem ser comparados com as margens de um rio, as quais estão determinadas pela erosão da corrente e seus depósitos e, ao mesmo tempo, determinam o curso da água¹⁶⁵.

Em outra passagem, informa que seria possível a previsibilidade, em certa medida, do direito. Para ele, seria possível “calcular tendências em evolução”, mas tais cálculos não seriam mais que “probabilidades baseadas na presunção de que não ocorrerão mudanças substanciais nos conhecimentos e atitudes dados”¹⁶⁶. Portanto, sua teoria se aproxima da de Holmes em dois pontos: respeita a realidade social como instrumento que influencia o conteúdo jurídico e aceita certa previsibilidade da conduta judicial, embora em menor escala que em Holmes.

Ross ainda apresenta uma interessante passagem em que contrapõe sua teoria realista ao idealismo jurídico. A teoria idealista, segundo Ross, se apoia na existência de dois mundos distintos: “o *mundo da realidade*, que abarca todos os fenômenos por meio da experiência dos sentidos” e o “*mundo das ideias* ou *validade*, que abarca vários conjuntos de ideias normativas absolutamente válidas (a verdade, o bem e a beleza) que apreendemos imediatamente por meio de nossa razão”. Este último seria um conhecimento independente da experiência, portanto, *a priori*. Para o idealismo, o direito pertenceria a ambos os mundos, pois estaria fundado simultaneamente na experiência externa e no raciocínio *a priori*¹⁶⁷.

O realismo jurídico, contrariamente, assenta-se sobre bases empiristas que se fundamentam na “rejeição da metafísica, no conhecimento especulativo baseado na apreensão *a priori* pela razão”¹⁶⁸. Para Ross, haveria somente um mundo e um conhecimento: o empírico, que se concentra na verificação da efetividade do direito e não em sua validade. E continua:

¹⁶⁵ Ibid., p. 406.

¹⁶⁶ Ibid., p. 407.

¹⁶⁷ Ibid., p. 91-92.

¹⁶⁸ Ibid., p. 94.

As ideias são construções metafísicas erigidas com base numa falsa interpretação da força obrigatória experimentada na consciência moral. Como todas as outras ciências sociais, a ciência do direito tem que ser, em última análise, um estudo dos fenômenos sociais, a vida de uma comunidade humana; e a tarefa da filosofia do direito deve consistir na interpretação da *vigência* do direito em termos de efetividade social, isto é, de uma certa correspondência entre o conteúdo normativo ideal e os fenômenos sociais. (...) Todas as teorias realistas concordam em interpretar a vigência do direito como em termos de efetividade social das normas jurídicas¹⁶⁹.

Em suma, o realismo jurídico por ele defendido assenta suas bases tão somente na realidade social, visando sempre à efetividade do direito, deixando de lado questões sobre a validade jurídica e sobre os conceitos metafísicos considerados *a priori*.

Percebe-se em sua obra que há também uma tendência de valorização de elementos psicológicos influenciadores do direito, os quais estariam jungidos aos fatores sociais. Esse é um ponto mais nítido em sua teoria do que na de Holmes. Contudo, não se encaixaria com perfeição em nenhuma das classificações de McDougall, tendo em vista identificar tanto elementos sociológicos quanto psicológicos a influírem na composição do direito. Sobre isso, é aclaradora a indicação de Eduardo García Máynez de que “uma interpretação correta da vigência do direito só se pode chegar, no sentir do próprio Ross, através de uma síntese dos pontos de vista psicológico e comportamental ou sociológico”¹⁷⁰.

Em outras palavras, a tese de Ross pode ser inserida em um realismo eclético que visa a conjugar os aspectos da realidade social com os fenômenos psicológicos. Em suas próprias palavras,

Só é possível atingir uma interpretação sustentável da vigência do direito por meio de uma síntese do realismo psicológico e do realismo comportamental, (...). Minha opinião é comportamentista na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no

¹⁶⁹ Ibid., p. 94-95.

¹⁷⁰ MÁYNEZ, Eduardo García. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Fontamara, 2004, p. 91-94.

comportamento verbal externamente observado do juiz; é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa normativa cujo conteúdo nós conhecemos¹⁷¹

Norberto Bobbio, ao estudar o realismo, conclui que as correntes identificadas como tal colocam em relevo a *eficácia*, mais do que a *justiça* (mais afeta aos jusnaturalismo) ou a *validade* (mais valorizada pelo positivismo normativista), travando uma batalha em duas frentes: “contra o jusnaturalismo, que teria uma concepção *ideal* de direito, e contra o positivismo em sentido estrito, que tem uma concepção *formal* do direito”¹⁷². Para os pensadores realistas, estas duas correntes pecariam por abstração: a primeira porque substitui o direito real pela aspiração à justiça e a segunda porque o substituiria pelas regras impostas e formalmente válidas.

Não obstante, continuando com o renomado professor italiano, cumpre ressaltar sua conclusão: à parte o extremismo inaceitável do realismo jurídico, um de seus grandes méritos foi impedir “a cristalização da ciência jurídica em uma dogmática sem ímpeto inovador”¹⁷³. Em outras palavras, há de se aplaudir as teorias realistas do passado pela introdução no pensamento jurídico de uma perspectiva teórica de mobilidade e elasticidade do sistema perante a realidade social que cria e modifica o direito.

Dimitri Dimoulis explica que o realismo jurídico, que considera decisivo o processo de aplicação de normas, se diferencia tanto do positivismo jurídico tradicional quanto do pós-positivismo (nomeado por ele como moralismo). Segundo o autor, essa corrente discorda da aplicação do direito por meio do silogismo jurídico, pois a validade do direito não depende de normas abstratas e da doutrina, mas sim da vontade do aplicador¹⁷⁴.

¹⁷¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, op. cit., p. 100.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*, op. cit., p. 64.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 68-69.

¹⁷⁴ *Positivismo jurídico:...*, op. cit., p. 148-153; p. 149, nota 258.

Muitos outros autores, como Benjamin Cardozo, Roscoe Pound, Karl Llewellyn, Walter Cook representaram o pensamento realista do direito, os quais não serão objeto de análise aqui pela necessidade de fechamento do objeto de pesquisa.

Antes, um breve olhar sobre Cardozo¹⁷⁵. Ele acredita “que a lei criada pelos juízes é uma das realidades da vida”; que os juízes “são todos mortais” e, por isso, são levados por “forças que não conseguem reconhecer nem identificar”, algumas “subscientes”; que o poder que se coloca nas mãos dos juízes “é grande e está sujeito, como todo poder, a abusos”; que os métodos são importantes para isso; que o direito é vivo; que o ser humano juiz, onde se inclui como exemplo, é falível¹⁷⁶. É nesse cenário que tenta apresentar métodos para a decisão judicial que não podem esquecer de olhar para a realidade¹⁷⁷.

Nesse momento, o leitor atento faria uma arguição: qual seria a contribuição do realismo jurídico clássico para a pesquisa jurídica na atualidade? Substancialmente, ao menos no que se refere ao presente estudo, o que há de mais relevante a ser resgatado é a constatação de que a realidade – social, psicológica do julgador, da opinião pública, da prova etc. – influencia o conteúdo jurídico, uma vez que é capaz de influir no conteúdo da decisão judicial (norma jurídica concreta).

Diversas contribuições dos teóricos citados ainda estão vivas na atualidade. Como em Holmes: o olhar para o passado (aspectos históricos) e para o presente (experiência), subordinado à *ação de muitas forças*: econômicas, sociais, políticas etc., somado ao seu intento de justificar racionalmente as efetivas razões de decidir; além da tentativa de buscar as efetivas razões das decisões judiciais. Ou em Cohen, cujo realismo de bases sociológicas propunha: a decisão

¹⁷⁵ Para Posner (*Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 28), ele foi o responsável por consolidar os insights de Holmes em seu livro *The nature of the judicial process*. Tradução na nota abaixo.

¹⁷⁶ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 2-19.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 71-104.

judicial é composta de valores sociais (fatos sociais em grande escala) e de valores dos juízes (psicológicos), todos os quais precisavam ser estudados porquanto existe um grande espaço aberto a essas influências (campo de incerteza). Em Frank: direito como comportamento judicial e, por isso, a produção e valoração da prova e todos os aspectos dogmáticos dessa representação da realidade precisavam ser domados. Ou, por fim, em Ross: aspectos comportamentais e psicológicos compõem o direito de base empírica e não metafísica; são sua verdadeira medida, a mostrar que não somente os norte-americanos se preocuparam com a dinâmica entre realidade e direito.

Tudo isso respalda o intento de demonstrar que o direito é vivo e dinâmico e que encontra sua verdadeira expressão na aplicação concreta por meio da decisão judicial, ressaltando em grande medida a participação do juiz na formulação da decisão judicial, seja quando olha para seus próprios valores, seja quando olha para os da sociedade¹⁷⁸. Como já disse Cardozo: “podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos”¹⁷⁹.

Esses pensamentos não foram enterrados com seus idealizadores, mas, ao contrário, estão presentes nos dias atuais, ressalvada, porém, a possibilidade de previsão de resultado de julgamentos, que nunca conseguiu ser comprovada, quiçá nos dias atuais em que a existência de casos difíceis e de espaços de indeterminação jurídica é mais evidente.

Pensamento que será intensamente reforçado, mesmo que sob outro enfoque, na investigação do pragmatismo e da teoria da norma de Müller.

¹⁷⁸ Aqui não se pretende expor as contundentes críticas à dificuldade de se identificar a moral média ou a moral da sociedade, com a qual se concorda; mas tão somente destacar essa posição do realismo de buscar na realidade, seja qual for (visão do juiz sobre seus valores ou visão do juiz sobre os valores sociais).

¹⁷⁹ *A natureza do processo judicial*, op. cit., p. 4.

1.3.2. Pragmatismo jurídico: a contribuição de *Richard Posner*

Não se pretende aqui adentrar nos meandros filosóficos do pragmatismo, ou mesmo mergulhar na sua contribuição para o mundo atual, mas sim fazer uma prefacial apresentação de seus três pilares fundamentais – antifundamentalismo, consequencialismo e contextualismo – como pontos de partida para a análise de algumas ideias de seu mais vigoroso defensor no direito contemporâneo, Richard Posner¹⁸⁰.

O pragmatismo teve início nos EUA no fim do século XIX e seu desenvolvimento ocorreu no início do século XX. Sua origem é inusitada: surge em 1871 com a fundação do *Clube Metafísico* por um grupo de jovens estudantes de diferentes cursos da cidade de Cambridge, nos EUA¹⁸¹. O nome foi ironicamente escolhido, pois seu objetivo era exatamente contradizer os estudos metafísicos tradicionais. Entre seus membros, além dos que seriam os três principais representantes dessa concepção – Charles Peirce, William James e John Dewey –, estava, a partir de 1872, Oliver Wendell Holmes¹⁸².

Como lembra William James, esse pensamento surge com a reformulação de antigas formas de pensamento¹⁸³, entre as quais o utilitarismo de John Stuart Mill e o ceticismo

¹⁸⁰ Cumpro consignar que este jurista não é o único referencial teórico da presente tese, mas um de seus importantes influenciadores. Tanto o autor desta tese quanto o orientador da pesquisa, Jorge Amaury Maia Nunes, acreditam que a adoção de um único referencial teórico não serviria para o estudo de tão rico objeto de pesquisa. Posner é, pois, um importante marco do pensamento ora exposto, como também o são Alexy, Friedrich Müller, Cláudio Michelon Júnior, Coleman e Leiter, Rodrigo Kaufmann e diversos outros autores citados repetidas vezes no corpo do texto. Sobre Posner, além desta observação, é preciso notar que seus livros são redigidos na perspectiva do *common law*, fato que não permite a recepção de muitos de seus pensamentos e, ao mesmo tempo, provoca a necessidade de filtragem cuidadosa dos que forem aqui utilizados.

¹⁸¹ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria política e social*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 11. A autora conta detalhes sobre o início desse movimento e analisa com profundidade monográfica o pragmatismo.

¹⁸² KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 117. Esse livro resulta de sua tese de doutorado defendida na UnB. Talvez este seja o autor brasileiro que conhece com maior profundidade o pragmatismo jurídico, notadamente as obras de Rorty que não se limitam ao direito, mas foram por ele largamente aplicadas a este campo.

¹⁸³ *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*, Columbia: University of Columbia, 1907. Disponível em <<http://ebooks.adelaide.edu.au/j/james/william/pragmatism/index.html>>. Acesso em 05 set. 2012. Trata-se de um conjunto de palestras do autor. Interessante observar que o autor dedica a obra a John Stuart Mill, “de quem eu aprendi a abertura pragmática de espírito”. No mesmo sentido, KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 83.

característico do iluminismo escocês¹⁸⁴. Dada a infinidade de pensamentos e a ausência de pretensão de unicidade entre seus autores, o pragmatismo se aproxima muito mais de um estilo de pensamento do que propriamente de uma escola ou uma corrente própria¹⁸⁵.

Pragmatismo é um pensamento filosófico muito mais ligado à atitude intelectual que a uma explanação teórica. É uma forma de pensar e agir. Trata-se de uma *atitude*, não de um dogma¹⁸⁶. Em essência, essa concepção procura atacar os dogmas e os espaços comuns com um olhar para frente, para o futuro; valorando as consequências futuras sobre o contexto posto, com uma perspectiva antifundamental, contrária a dogmas e verdades absolutas. A prática, o contexto e a experiência são elementos importantes de suas colocações.

Thamy Pogrebinski informa que antifundamentalismo, consequentialismo e contextualismo formam o núcleo teórico do pragmatismo¹⁸⁷.

O «antifundamentalismo» é uma espécie de rejeição aos conceitos comuns, às verdades fundamentais, aos conceitos metafísicos, às ideias transcendentais. Nas palavras de Kaufmann, essa noção remete “à refutação de qualquer noção abstrata, formulação metafísica ou construção teórica que remeta diretamente a um mundo paralelo ou a entidades paralelas, como a ‘verdade’, a ‘ética’ e a ‘justiça’”¹⁸⁸. Trata-se de uma permanente rejeição de quaisquer espécies de entidades abstratas, de categorias apriorísticas, dogmas, entre outros tipos de fundações possíveis do

¹⁸⁴ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo:...*, op. cit., p. 14. A autora observa que há quem tente traçar a origem do pragmatismo no romantismo alemão de Nietzsche, no pensamento anglo-saxão ou no ceticismo e no empirismo da antiguidade clássica.

¹⁸⁵ Nesse sentido, POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-40; *Idem*, What has pragmatism to offer law? *Southern California Law Review*, n. 63, 1990, p. 1660 e KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 35; 85; 109.

¹⁸⁶ *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 40.

¹⁸⁷ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo:...*, op. cit., p. 16. Embora seja cabível a reflexão de Rodrigo Kaufmann (*Direitos humanos...*, op. cit., p. 84) de que, sob uma perspectiva estritamente pragmatista, não faz muito sentido tentar estabelecer os conceitos fundamentais ou mesmo o núcleo do que representa o pragmatismo, dado sua própria crítica aos conceitos fundamentais: antifundamentalismo. Porém, apesar da crítica, este mesmo autor também informa que estas três características formam o tripé de sustentação dos ideais pragmatistas.

¹⁸⁸ *Direitos humanos...*, op. cit., p. 90.

pensamento¹⁸⁹. É uma recusa à ideia de certeza e dos conceitos filosóficos transcendentais, que se caracteriza por uma crítica incessante; crítica como pensamento.

O antifundamentalismo de Charles Peirce fica evidente em sua constatação de que as conclusões da ciência são tomadas sempre por tentativa e erro, são experimentais, portanto falíveis. Já a racionalidade do método pragmatista estaria em sua busca por autocorreção por meio de aplicação contínua de questionamento sobre suas próprias conclusões. Assim, poderia identificar seus próprios erros¹⁹⁰. Questiona ainda se haveria possibilidade de haver um único significado a um princípio teórico¹⁹¹. Em James, a refutação a conceitos fundamentais fica clara em sua ideia de verdade, que refuta a verdade transcendental, metafísica; e se encontra na experiência, na realidade. As teorias, segundo ele, teriam características dinâmicas e evolutivas na medida em que são utilizadas com instrumento e não como ponto de chegada¹⁹². Dewey, o responsável por dar notoriedade ao pragmatismo¹⁹³, identifica como elemento do discurso filosófico a instabilidade, por isso seria utópico alcançar a certeza e a segurança, papel que não seria atribuição da filosofia, mas da análise da experiência; pois a certeza absoluta é inalcançável¹⁹⁴.

O «consequencialismo», cuja característica principal é o olhar para o futuro, também é frequente nos pragmatistas clássicos. Não se trata de renegar o olhar para o passado, mas sim valorar efetivamente as futuras consequências. A preocupação com o passado é apenas relativa¹⁹⁵. Para Pogrebinschi, a referência ao passado não é um dever para o pragmatista, deve

¹⁸⁹ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo:...*, op. cit., p. 26.

¹⁹⁰ *The essential Peirce: selected philosophical writings – vol. 2.* Bloomington: Indiana University Press, 1998, p. 42-50.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 134-135.

¹⁹² *Pragmatism:...*, op. cit., s. pg.

¹⁹³ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 115.

¹⁹⁴ *The essential Dewey: pragmatism, education, democracy – vol. I.* Bloomington: Indiana University Press, 1998, p. 103-108.

¹⁹⁵ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 92.

ser feita apenas quando for “metodologicamente interessante ao próprio estabelecimento do futuro”¹⁹⁶. Já os conceitos de *verdade e justiça* passam a ser prospectivos e práticos e a receberem sentido com uma noção de utilidade e eficiência¹⁹⁷. A verdade e a significação precisariam passar pelo *teste consequencialista* para serem verificadas.

Esse atributo se encontra claro em todos os três autores clássicos. Em Peirce, a máxima pragmatista estaria em considerar os efeitos futuros, que poderiam ter suportes práticos. Essa máxima seria equivalente ao *teste das consequências*; a análise das consequências práticas¹⁹⁸. Para James, “para se obter uma clareza perfeita em nossos pensamentos sobre um objeto, precisamos apenas considerar quais efeitos práticos concebíveis o objeto pode acarretar”¹⁹⁹. A análise das consequências neste autor levava em conta aspectos utilitários²⁰⁰. Dewey estrutura a análise das consequências a partir de seu conceito de verdade: enquanto a filosofia tradicional observava a verdade referindo-se a questões antecedentes, seu conceito instrumental diz respeito ao atingimento de determinados fins relacionados a certas perguntas feitas; portanto esse conceito não é estático, mas sim dinâmico – por força da verificação das consequências, que informará a verdade no futuro²⁰¹.

A última característica do pragmatismo é o «contextualismo». É o olhar da filosofia para o contexto, para a experiência. Trata-se de “reivindicar consideração às crenças políticas, religiosas, científicas, enfim, à cultura da sociedade e às relações que mantém com as instituições e práticas sociais”; podendo-se dizer que a experiência é o mais abrangente dos contextos²⁰². O pragmatismo afasta qualquer possibilidade de ideia individual formada a partir de uma

¹⁹⁶ *Pragmatismo:....*, op. cit., p. 38.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 93.

¹⁹⁸ *The essential Peirce:....*, op. cit., p. 132-135.

¹⁹⁹ *Pragmatism and other writings*. New York: Penguin Books, 2000, p. 25.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 119.

²⁰¹ *The essential Dewey:....*, op. cit., p. 110-114.

²⁰² POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo:....*, op. cit., p. 49.

neutralidade metafísica, na medida em que não há como desprezar as pré-compreensões e preconceitos de cada pessoa²⁰³. Essa observação se dá com um enfoque prático. A prática referida pelo pragmatismo remete à ação.

Quem explica essa ideia de ação é Peirce: “(...) é melhor que nossas crenças sejam tais que possam verdadeiramente guiar nossas ações de modo a satisfazer nossos desejos”²⁰⁴. Aqui está presente a noção de instrumentalidade ligada ao conceito de crença do autor, que independentemente de ser verdadeira ou falsa, liga-se ao estado de acreditar, o qual precisa ser alcançado com a ressonância e concordância da comunidade de pessoas²⁰⁵. James também informa a importância do contexto a partir da noção de crença. Para ele, as crenças das pessoas contêm e são alteradas pela experiência: as ideias, que são parte das experiências das pessoas, “transformam-se em verdades apenas no sentido de que elas nos ajudam a estabelecer relações satisfatórias com outras partes de nossa experiência”²⁰⁶. Dewey, que foi quem melhor descreveu o contexto na visão pragmática clássica²⁰⁷, o contexto estaria tão inevitavelmente presente na vida que até dificultaria a sua percepção; além disso, ele estaria presente no hábito da fala: em tudo o que falamos e ouvimos²⁰⁸.

O objetivo desse breve olhar foi de traçar um perfil do pragmatismo clássico antes da leitura do pragmatismo jurídico de Posner. Mas, antes disso, é preciso entender a relação do pensamento clássico com o realismo jurídico norte-americano.

O pertencimento de Holmes ao *Clube Metafísico* e alguns aspectos de contato entre o pragmatismo clássico e o realismo jurídico levaram parte da doutrina a afirmar que este seria uma

²⁰³ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 101.

²⁰⁴ Como tornar nossas ideias claras. In: *Ilustrações da lógica da ciência*. Tradução Renato Rodrigues Kinouchi. Aparecida: Ideias & Letras, 2008, p. 45.

²⁰⁵ Ibid., p. 43-44.

²⁰⁶ *Pragmatism:...*, op. cit., s. pg.

²⁰⁷ Nesse sentido, POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo:...*, op. cit., p. 57.

²⁰⁸ *The essential Dewey:...*, op. cit., p. 206-208.

vertente daquele. Um dos que dizem isso é o mais citado pragmatista jurídico da atualidade, Richard Posner: “Holmes, Cardozo e os realistas eram pragmatistas, ainda que Holmes não fosse na íntegra (...)”²⁰⁹. Em diversos autores realistas norte-americanos ou escandinavos, as características do pragmatismo encontram-se presentes.

O antifundacionalismo, movido pelo rechaço a conceitos metafísicos, está presente na aversão às entidades jurídicas ontológicas de Holmes; na falibilidade do direito e refutação de sua certeza em Frank²¹⁰ ou na contraposição de Ross ao idealismo jurídico. O contextualismo é a característica mais evidente no realismo jurídico. Pode ser encontrada em todos os realistas, como no olhar sociológico de Cohen; na tentativa de Frank de se observar os fatos como ocorrem na realidade; no empirismo convicto de Ross e nem se fala em Holmes, que foi contextualista tanto na teoria quanto na prática como *Justice* da Suprema Corte. Já o consequencialismo é também bem nítido na análise das consequências da decisão judicial citada por Cohen e em algumas considerações de Holmes. Contudo, o olhar dos realistas não era para o futuro, não se buscava a verdade adiante. A consequência era observada segundo seus reflexos no presente, na realidade social que envolve o direito vigente, com respeito ao passado; não no futuro.

²⁰⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 38. No mesmo sentido, KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 115-116. Em outro trecho, Posner (*Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 324-327) demonstra que Holmes era um *positivista* na medida em que buscava afastar a moral do direito, objetivava ele que a “moral pudesse ser totalmente banida do direito”. Mesmo com essa afirmação, Holmes se contradiz em alguns trechos mostrados por Posner, como quando aconselha a advogados a estudarem economia para ajudar nas escolhas para o futuro, depois afirma: “Holmes está tanto rejeitando a moralidade quanto propondo uma moralidade capaz de definir o futuro do direito” (Ibid., p. 324). Mesmo apontando contradições como estas, Posner não deixa de olhá-lo como um positivista e, da mesma forma, um pragmatista, mas com uma observação de que essa sua característica positivista (não moralista) é contra a fé pragmatista. Mas o pragmatismo “é uma casa de muitos cômodos” (Ibid., p. 325). Dworkin (*A justiça de toga*, op. cit., p. 256) também afirma que Holmes era um positivista. Ao analisar a questão de se saber se Holmes era pragmatista, Rodrigo Kaufmann (*Direitos humanos...*, op. cit., p. 119, nota 7) responde “sem a menor hesitação” que “a discussão é estéril e ineficiente”, pois “pragmatismo é uma terminologia que se consolidou na filosofia e somente ganhou autoridade no Direito com as obras de pensadores mais recentes, como Posner. Não há dúvida, entretanto, que os trabalhos de Holmes são claramente pragmatistas.

²¹⁰ Este autor cita expressamente William James para respaldar sua crítica aos valores morais médios da sociedade, quando refuta os conceitos de certeza de Cohen. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 64.

Além dos citados, Benjamin Cardozo informa expressamente que seu olhar para a realidade é, em si, pragmatista: “filosofia jurídica do *common law* [americano] é, no fundo, a filosofia do pragmatismo”; em seguida, informa o sentido utilitarista de seu pragmatismo ao declarar que o propósito do direito é “o bem-estar da sociedade”; além de demonstrar o antifundacionalismo ao atacar os dogmas do *common law* e o consequencialismo em seu olhar voltado para o futuro²¹¹.

Percebe-se, pois, que o realismo é, em alguma medida relevante, pragmatista²¹². Todavia, identificar todas as coincidências e divergências entre suas ideias não é necessário, nem produtor (uma vez que o pragmatismo não pretende observar-se como uma escola ou uma corrente, mas como uma atitude), nem mesmo relevante. Na prática, as duas formas de pensar valoram a realidade, a experiência, o contexto; informam que o direito não é estático nas leis, mas é vivo e dinâmico na aplicação judicial; que o direito não é metafísico, transcendental ou distante da realidade como pregavam alguns formalistas (como os positivistas normativos). Isso é o que precisa ser levado em conta. Com isso, concordam pragmatistas e realistas.

Superando o pragmatismo filosófico clássico e sua interlocução com o realismo jurídico, é tempo de realizar um difícil intento: demonstrar o pragmatismo jurídico de Posner em poucas linhas, sem ser cansativo e sem esquecer aspectos relevantes. Para tanto, optou-se por apresentar seus pensamentos mais recentes em diálogo com outros autores e entre suas próprias obras, sempre com o foco sobre a decisão judicial.

Posner define pragmatismo “como uma abordagem prática, instrumental e não essencialista”, que se interessa “por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente’

²¹¹ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*, op. cit., p. 42-43; 74; 76-83; 106. No mesmo sentido, Posner (*Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 40-42), em uma análise detalhada, diz que Cardozo é um pragmatista.

²¹² Sobre a relação entre o pragmatismo, o realismo jurídico e outros movimentos, ver POSNER, Richard A. *Para além do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, capítulo 19, p. 409-428. Título original *Overcoming law*, publicado em 1995.

é. Portanto, olha para frente e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com problemas do presente e do futuro”²¹³.

Não tem medo de mudar os cânones do passado.

Para José Eisenberg, o «pragmatismo jurídico» não é uma teoria do direito – visto que nem Roscoe Pound, nem Holmes, nem Cardozo tentaram formular uma –, “nem mesmo busca fazê-lo hoje seu principal expoente no mundo jurídico contemporâneo, Richard Posner”²¹⁴. Ainda segundo Eisenberg, pragmatismo jurídico é

um método que prescreve que (a) se analise o contexto de normas gerais e precedentes válidos que iluminam o contexto do caso particular, (b) se defina com clareza as conseqüências desejadas pela comunidade política para a ação engendrada, e (c) que princípios jurídicos, éticos ou morais, venham a ser mobilizados como simples instrumentos heurísticos no processo de fazer um juízo²¹⁵.

Em *Para além do direito*, Posner afirma que seu pragmatismo jurídico observa os precedentes como “uma diretriz e não como um dever”; mas rejeita o “conselho conservador”, segundo o qual tudo que já existe é melhor, e o “conselho fatalista”, de que todas as conseqüências são imprevistas²¹⁶. É “*instrumental*, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o *juiz* pragmatista seja necessariamente um ativista”²¹⁷. É empírico e guarda ceticismo em relação às crenças sobre a verdade. É antiformalista. É a favor e, ao mesmo tempo, contra o senso comum, na medida em que o senso

²¹³ Ibid., p. 4.

²¹⁴ *Para que serve o pragmatismo jurídico?* Disponível em <http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2012, p. 1

²¹⁵ Ibid., loc. cit.

²¹⁶ POSNER, Richard A. *Para além do direito*, op. cit., p. 5. Neste livro, propõe a fusão entre liberalismo democrático, pragmatismo e economia.

²¹⁷ Ibid., loc. cit.

comum pode mudar (ou ser mudado)²¹⁸. Assim, as crenças culturais (e jurídicas) podem ser aceitas, mas também podem ser mudadas, mesmo que sua veracidade não possa ser demonstrada.

Em *Cómo deciden los jueces*, afirma que seu pragmatismo jurídico prefere “a efervescência à imobilidade”; rejeita a metafísica; vê com olhar duvidoso a descoberta de “verdades objetivas”; aprecia a experimentação e, “nos limites da prudência, prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado”²¹⁹. Sua característica antifundamentalista é evidente quando discute “a pobreza dos rótulos” para o direito²²⁰ ou quando diz que não está falando de um dogma, mas de uma *atitude* (bem na linha pragmatista de ação): uma atitude instrumental voltada para o futuro²²¹.

No prefácio da obra *Problemas de filosofia do direito*, Posner demonstra que está preocupado com os problemas “por atacado” da filosofia jurídica, como de descobrir em qual sentido o direito é objetivo (determinado, impessoal) e não político e pessoal; como o significado de justiça, o papel do juiz (dicricionarietà), os problemas da interpretação, entre outros e não com os problemas “a varejo”, como proibir o aborto ou a pena capital²²². É também nesta obra, cujo problema central é a objetividade da decisão judicial, que o autor informa expressamente sua predileção pelo realismo e pragmatismo jurídicos. Mas em todas as obras aqui mencionadas isso é evidente.

O pragmatismo jurídico de Posner, apesar de utilizar os elementos do pragmatismo clássico, não se compromete com eles²²³. Ele formula seu próprio pragmatismo: que aceita alguns cânones formalistas do direito, os precedentes, os textos legais, mas se eles forem úteis às

²¹⁸ Ibid., p. 6. Ao definir seu pragmatismo jurídico, utiliza palavras como prático, instrumental, voltado para frente, ativista, empírico, cético, antidogmático, experimental. Ibid., p. 11.

²¹⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 40.

²²⁰ Ibid., p. 35. A quinta e última parte desse livro é voltada às abordagens antifundamentalistas.

²²¹ Ibid., p. 40-41.

²²² Ibid., p. XI e XII.

²²³ Nesse sentido, *Idem, Para além do direito*, op. cit., p. 4.

consequências por ele tão valorizadas. Será visto que ele não afirma que o pensamento pragmatista deve sempre ser usado, mas, ao contrário, há diversas situações que o direito é claro e a aplicação formalista satisfaz.

Adentrando na decisão judicial, Posner defende uma «teoria pragmática do comportamento judicial» em que “o fundamento dos juízos (sejam jurídicos ou de outro tipo) há de encontrar-se em suas consequências e não na dedução a partir de premissas ao modo de um silogismo”, conforme sua definição na obra *Cómo deciden los jueces*²²⁴. A decisão judicial “há de ser fundamentada nos efeitos que a decisão provavelmente terá, e não na dicção textual de uma lei ou de um precedente ou, para dizer de uma forma diferente, de uma regra pré-existente”²²⁵. Nota-se, portanto, que tanto a razão ou o motivo de decidir como a fundamentação da decisão judicial se vinculam às consequências; as quais “têm um ar familiar” com o utilitarismo, uma proximidade com ele²²⁶, além de permitir um olhar voltado para o futuro²²⁷.

Posner identifica nada menos que nove teorias sobre o comportamento judicial: atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista. Cada qual, com exceção desta última, com uma abordagem que tenta fundar a escolha judicial em alguma influência extrajurídica específica. Não cabe aqui analisar cada uma delas, mas tão somente verificar o cotejo entre a teoria adotada pelo autor e três outras que estabelecem seu contraste.

Para ele, legalismo é uma teoria descritiva do comportamento judicial que parte do pressuposto de que “as decisões judiciais estão pré-determinadas ‘pelo direito’”, concebido este como um “corpo de regras pré-existentes estabelecidas em materiais jurídicos canônicos tais

²²⁴ *Idem*, *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 51-52. Esta obra centra sua análise na decisão judicial e na prática decisional.

²²⁵ *Ibid.*, p. 52.

²²⁶ *Ibid.*, p. 51-52.

²²⁷ *Idem*, *Problemas de filosofía do direito*, op. cit., p. 41.

como os textos constitucionais e legislativos e as decisões prévias do mesmo tribunal ou de outro [tribunal] superior, bem como as regras que podem ser derivadas desses materiais por meio de operações lógicas”; prega a máxima de um “governo das leis e não dos homens”²²⁸.

Já a teoria atitudinal informa que “a melhor forma de explicar as decisões dos juízes é recorrendo a identificar as preferências políticas que estes projetam em seus casos”; as decisões sofreriam influências ideológicas e pessoais do julgador²²⁹. A teoria sociológica da decisão estaria mais vinculada à dinâmica e polarização de pequenos grupos sociais, enquanto a psicológica, aos aspetos intrínsecos do julgador, que revelam a incerteza do direito. E assim por diante.

Note-se que, não se pretende aqui fazer uma recepção acrítica dessas teorias e pesquisas citadas em cada qual, uma vez que são formuladas em uma realidade distinta, seja no tocante ao sistema político bipartidário, seja no que diz respeito ao sistema jurídico da família do *common law*. No entanto, é importante notar a contribuição de seu pensamento.

Para tanto, é viável admitir sua teoria legalista como próxima ao positivismo jurídico tradicional e o modelo atitudinal como uma aceção que entende que os magistrados são politicamente influenciáveis²³⁰. Dessa forma, é possível apreender as ideias de Posner com a devida adaptação à realidade nacional.

A sua já citada «teoria pragmática da decisão judicial» poderia ser encaixada em uma visão eclética entre o legalismo e o atitudinalismo na medida em que utilizaria uma visão quadripartida das influências sobre a decisão: determinada pelo conjunto de doutrinas jurídicas (regras e estandares), de técnicas de aplicação de tais doutrinas (como técnicas de vinculação ao

²²⁸ *Idem*, *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 53.

²²⁹ *Ibid.*, p. 31-32.

²³⁰ Para fins da percepção nacional de seus termos, pense aqui em um conceito *lato* de política, que envolve as decisões de cunho ideológico, ou aquelas que valoram aspectos político-partidários ou ainda aquelas apartidárias, mas que tratam de políticas públicas.

precedente ou técnicas de interpretação), de pontos de vista sociais e éticos (medidas políticas em sentido *lato*) e de pura discricionariedade (algo como a sorte ou o azar). Então, o que é importante se extrair dessa abordagem?

Diferentemente do que afirmam alguns de seus críticos ele não despreza o texto legal ou constitucional, nem tampouco os precedentes; entretanto, admite a existência de um espaço de influência política, moral, social (e outros elementos não-jurídicos) e de um espaço de *discricionariedade judicial* que permite a escolha de consequências e outros cânones de utilidade. Isto é, não é verdade que ele despreza o texto legal, que apresenta as consequências como fundamento único da interpretação: o melhor a fazer é “nos concentrar na comparação das consequências práticas de aplicações propostas de um texto legal *nos casos em que seu significado não esteja claro*”²³¹. Ele não propõe o desprendimento da legislação ou da Constituição, mas isso pode ocorrer quando o texto normativo não é claro ou quando houver razões práticas suficientes que demonstrem sua injustiça.

Também não propõe o afastamento da jurisprudência firmada. Ao apresentar argumentos contra as razões romancistas de Dworkin em relação à lealdade do juiz para com a jurisprudência, afirma que também há razões práticas para segui-la e se manter fiel à tradição jurídica. Isso, porém, “não envolve nenhuma *obrigação*; e, se houver boas razões para romper com o passado em prol do presente e do futuro, um juiz não deve hesitar em fazê-lo”, da mesma forma que faz a ciência ao superar fundamentos anteriores²³². Ele não se prende a explicar quais seriam essas *boas razões* para se afastar do texto legal ou da jurisprudência. Propõe, contudo, sugestões instrumentais que serão apresentadas em seguida.

* * *

²³¹ *Idem, Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 43. Destaque não original.

²³² *Idem, Para além do direito*, op. cit., p. 12.

No ponto, necessária uma breve digressão, é preciso declarar uma preocupação com os cânones e formas de interpretação tanto positivistas como pós-positivistas (nesta, referente à racionalidade da ponderação de princípios). Trata-se do problema de uma dita “interpretação objetivista”, que desconsidera o que está oculto na decisão, como se o «não dito» fosse desimportante. “Pelo contrário. A leitura da Psicanálise sabe da importância das reticências... (...) A Verdade verdadeira, a verdade que se esconde por detrás do texto, herança da Filosofia da Consciência, não se sustenta após o giro linguístico”²³³. *Há muito mais entre o céu e a terra (decisão judicial) que a vã filosofia possa explicar.* É essa uma preocupação da presente tese e também de Posner em muitos de seus livros.

Destarte, é preciso identificar o que ocorre na formação das decisões judiciais. E um de seus empecilhos é a «mistificação profissional»²³⁴. Isso está presente tanto nos EUA como aqui. L. A. Becker, importante crítico processualista do Paraná, demonstra o papel do juiz na sacralização do direito, refletindo sobre o papel do sacrificador (juiz) que está familiarizado com o mundo dos deuses (da deusa Themis); como um mágico qualificado; ou mesmo a própria divindade, um juiz-deus²³⁵. O uso de línguas mortas, as vestes talaes, as barreiras de acesso à fala (seja por falta de capacidade postulatória, seja pela tecnicidade do discurso), a vestimenta ‘adequada’ (terno e gravata) como parte do acesso, os palácios (de Justiça), o púlpito, o lugar privilegiado do juiz, entre outras vicissitudes são o lugar comum do direito.

²³³ ROSA, Alexandre Morais da. Prefácio. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 13-14. Essas palavras não são de Posner, mas bem que poderiam ser a ele atribuídas, pois está no centro de suas percepções.

²³⁴ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 13. Como os profissionais da medicina, o direito objetiva manter a linguagem e o acesso distante da maioria das pessoas, pois com isso mantém seu status privilegiado. “Os juizes tem convencido muita gente – começando por si mesmos – de que fazem uso de técnicas e materiais esotéricos [como aspectos ocultos de uma ciência religiosa] para construir de maneira desinteressada o edifício de doutrinas livres de decisionismo, de política ou ignorância” (Ibid., p. 14).

²³⁵ A erosão do sagrado processual. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 138-140.

O juiz se confunde com um sacerdote, “que pede ajuda e inspiração à superstição e à mágica, e lê a motivação da sua sentença no voo dos pássaros ou nas vísceras palpitantes da vítima imolada”, conforme já dizia Calamandrei²³⁶. Em que pese esta citação tenha sido publicada em 1954, até hoje um fio dessa sacralização da decisão judicial ainda está presente. Posner também observa essa dificuldade de desnudamento da decisão judicial em face da sacralização do direito: “sabem que têm que acabar com a desconfiança do profano e o fazem, em parte, desenvolvendo uma mística que sobredimensiona não só a habilidade profissional [do juiz], senão também seu caráter desinteressado”²³⁷.

* * *

Cumpramos observar a proximidade do pensamento de Posner com a realidade brasileira quando afirma que a interpretação “frequentemente é um disfarce para encobrir a discricionariedade do juiz, e não um guia para tomada de decisões”²³⁸.

O autor preocupa-se com a decisão judicial. Está interessado em demonstrar como realmente os juízes decidem e também como deveriam decidir. Antes de aclarar sua posição ideológico-pragmatista, seus escritos deixam evidente que ele pretende descobrir o que de fato ocorre na escolha do juiz e o que está por detrás da fundamentação da decisão judicial.

Para ele, a liberdade de decisão que têm os juízes é uma liberdade “involuntária”, que é resultado da incapacidade do legalismo em determinar qual é o resultado da decisão, bem como de sua dificuldade corretiva²³⁹. Essa incapacidade ou impossibilidade cria uma “zona de indeterminação” na qual os juízes possuem liberdade decisória – como uma tábua rasa na qual

²³⁶ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Pádua: Cedam, 1954, p. 48.

²³⁷ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 13.

²³⁸ *Problemas de filosofía do direito*, op. cit., p. 43. Aqui, o que Posner nomeia de discricionariedade, pode ser entendido por muitos como voluntarismo judicial. Ocorre que, conforme será amplamente debatido no segundo e terceiro capítulos, existe e sempre existirá em qualquer sistema jurídico um espaço, maior ou menor, aberto ao juiz para decidir. A decisão judicial não poderá, nem mesmo em tese, ter todos os aspectos de escolha restringidos pelo direito.

²³⁹ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 20.

gravam suas decisões – em vez de ver-se constrangidos pelo ‘direito’ a adorar uma decisão em particular”²⁴⁰.

Conforme será demonstrado nos capítulos seguintes, isso não é uma suposição, é uma realidade! Não se trata de *conceder* ou *permitir* teoricamente maior ou menor liberdade ao juiz²⁴¹, mas sim de *constatar* o que demonstram todas as evidências: embora tenha pretensão de completude, o direito não é completo em si mesmo²⁴². Há *espaços livres de direito*²⁴³ nos quais, apesar de poderem ser justificados juridicamente²⁴⁴, as razões específicas da decisão são muito mais afetas a uma escolha não-jurídica do julgador (à sua noção de justiça, por exemplo) que a regras ou princípios jurídicos.

São os espaços de *discrecionariade judicial* dos positivistas²⁴⁵ ou os espaços *abertos à valoração* dos pós-positivistas²⁴⁶. Posner, como diversos autores contemporâneos, não fecha os

²⁴⁰ Ibid., loc. cit.

²⁴¹ Nesse sentido, Posner afirma que “a questão da liberdade a ser concedida aos juizes é intratável em nível teórico”. Trata-se de um problema político e não-jurídico. *Idem, Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 185.

²⁴² Nesse sentido, “(...) não há código jurídico, independentemente do detalhamento que tenha, que possa antecipar e oferecer uma resposta a todos os casos que se apresentem”. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 152.

²⁴³ Para utilizar a expressão de Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 533). Seu sentido, não obstante, precisa ser interpretado conforme delimitado pelo autor: “uma ‘lacuna’ da lei não representa algo semelhante a um ‘nada’, mas significa a falta de uma regra *determinada*” (Ibid., p. 532).

²⁴⁴ Em face da proibição do *não liquet* (art. 126 do CPC), o magistrado precisará entregar uma decisão para as partes ou para a sociedade (ações objetivas ou ações coletivas), mesmo que suas *causas* (os motivos da escolha para um lado ou para outro) não forem jurídicas, ou essencialmente jurídicas. A justificação é mais fácil de encontrar, sobretudo nos princípios jurídicos, mas a efetiva escolha pelo caminho a seguir, às vezes, não está evidente no conjunto de normas, cânones e postulados jurídicos.

²⁴⁵ Nos termos da teoria de Hart, essa discrecionariade é mais evidente nos momentos em que “o direito não pode fundamentar a decisão em nenhum sentido” (*O conceito de direito*, op. cit., 351). É o mesmo espaço dentro da moldura de Kelsen (*Teoria pura do direito*, op. cit., p. 390) em que “existem várias possibilidades de aplicação”.

²⁴⁶ Alexy (*Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23) fala de “um campo de ação em que se tem de escolher entre várias soluções”, onde se faz necessário um “juízo de valor” (nesse ponto a expressão não aponta para a moral média, mas remete a um juízo de eleição do melhor resultado em algum sentido, em que se valorará a melhor qual é a melhor opção). São os espaços que “permitem mais de uma decisão possível” (*Idem, Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 551), vislumbrados, sobretudo em “casos problemáticos”, aqueles “em que são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente” (Ibid., p. 548). MacCormik (*Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XV) também visualiza estes espaços abertos: “é inerente à própria natureza do direito que as normas com frequência fiquem aquém de sua própria virtude essencial, revelando-se vagas para um determinado contexto prático”. Dworkin (*Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 128) também admite os espaços de discrecionariade nos *casos*

olhos a essa constatação de que o direito é muitas vezes indeterminado (assunto do item 3.1). Friedrich Müller, o próximo autor a ser apresentado, também não deixa de observar a existência de um espaço inevitável de composição da decisão pelo juiz. Em suma, por quaisquer óculos que se veja, existe um espaço (maior ou menor) de discricção intrínseco à decisão judicial.

Sobre esse espaço aberto ao juiz, diz Posner: os juízes americanos têm “uma ampla margem de autoridade discricional”, como a valoração dos fatos pelos juízes de primeira instância ou a criação de direito pelos juízes de apelação²⁴⁷. Por isso, é muito provável que “sua atividade de julgar se veja influída por seu temperamento, emoções, experiências, antecedentes pessoais e sua ideologia (...), assim como por uma compreensão ‘objetiva’ de qual há de ser a melhor política legislativa a adotar para resolver o assunto a que se refere o caso”²⁴⁸.

É fato que no *common law* há um maior espaço para a criação judicial de direito que no *civil law*, já que neste sistema o direito legislado ou codificado é mais frequente. Mas também é fato que se observa contemporaneamente uma aproximação entre os dois sistemas jurídicos, conforme observam René David, em trabalho monográfico²⁴⁹, e Pilar Domingo²⁵⁰. Luiz Werneck Vianna e outros destacam que a literatura já sugere, de modo recorrente, para a existência no Brasil da incorporação de influências de sistemas do *common law*²⁵¹.

difíceis, “quando nenhuma regra regula o caso”. Independentemente de sua resposta correta, com a qual não concordamos, ele admite estes espaços abertos (ao menos em relação às regras). Isso porque seu conceito de direito de vinculação necessária entre direito e moral propõe uma solução intradireito, pois princípios jurídicos têm uma estreita relação com os princípios morais (estes estão inseridos em seu conceito de direito).

²⁴⁷ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 197.

²⁴⁸ Ibid., loc. cit.

²⁴⁹ *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993, *passim*.

²⁵⁰ Judicialization of politics or politization of the Judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, v. 11, n. 1, fev. 2004, p. 106. Para o autor, há uma gradual convergência entre ambos os sistemas.

²⁵¹ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacius Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 11. No mesmo sentido, VALLE, Vanice Regina Lírío (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p. 24-25.

Isso se nota com o crescimento da importância dos precedentes, como: a criação de precedentes com força vinculante (súmula vinculante, recursos repetitivos, cf. art. 543-B e 543-C do CPC,); a tentativa do STF de impor maior força aos seus precedentes (tentativa ainda não alcançada do STF de transformar as decisões no controle difuso em decisões com efeitos *erga omnes*, cf. Rcl 4335²⁵², ou transcendência dos motivos determinantes em ações do controle concentrado, cf. Rcl 1917²⁵³); as súmulas representativas de jurisprudência, etc.

Inobstante a proximidade ou distanciamento entre os sistemas, conforme se estudará no item 3.1, também há no *civil law* brasileiro um significativo espaço de discricionariedade, como, por exemplo, em questões probatórias (valoração das provas colhidas em audiência, aceitação ou não da dilação probatória, na própria forma de transcrever os testemunhos proferidos etc.); na escolha dos precedentes não vinculantes (cujo espaço de discricionariedade diminui com a pacificação da jurisprudência e aumenta quanto mais ela for vacilante); na interpretação de leis e institutos recém-criados (sem parâmetros na doutrina ou na jurisprudência); nas decisões sobre omissão legislativa (zona de incerteza na verificação da *mora* e do que vem a ser *obrigação*

²⁵²BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, decisão monocrática do relator julgada em 21/08/2006, publicado em DJ 25/08/2006 PP-00076, pedido de vista do Ministro Lewandowski em 19.04.2007, sobre o debate entre os Ministros vide informativo nº 454. Foi nessa reclamação que se discutiu se a decisão do STF em controle difuso (Habeas Corpus que pacificou a impossibilidade de não progressão de regime prisional para os crimes hediondos e assimilados) teria efeitos *erga omnes* independentemente da suspensão do ato pelo Senado Federal (art. 52, X da CF). Essa posição não foi, nem tampouco é adotada pelo STF, mas demonstra um processo de valorização dos precedentes da Corte.

²⁵³BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Rcl 1987, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21-05-2004 PP-00033 EMENT VOL-02152-01 PP-00052. A expressão refere-se à transcendência dos motivos que embasaram a decisão judicial em controle concentrado para além do dispositivo da decisão, estendendo-se à *ratio decidendi*, à fundamentação do julgado. Em outro local dissemos: “Essa teoria consiste no reconhecimento da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões da Corte Suprema em controle abstrato de normas, não só em relação ao *dispositivo* do acórdão, mas também em relação aos seus *fundamentos determinantes*. Ou seja, a fundamentação principal da decisão teria efeitos contra todos e vinculante”. FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Jurisprudência do STF*: anotada e comentada. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 141-142. Essa transcendência, embora admitida na Rcl 1987, julgada em 2003, foi inadmitida no julgamento da Rcl 2475 ao fundamento vencedor de que se tratava de questão de passagem (*obiter dictum*), mesmo com o voto vencido de quatro Ministros do STF no sentido de sua adoção.

constitucional específica em contraposição às normas programáticas); nos dissensos morais razoáveis etc.

Há, pois, um significativo espaço de discricionariedade judicial também no Brasil. E isso ocorre mesmo diante da maior vinculação aos precedentes, uma vez que, embora a jurisprudência seja capaz de reduzir a indeterminação jurídica em relação às questões pacificadas, ela não detém a capacidade de fechar todos os espaços de liberdade judicial.

Portanto, alguns espaços continuarão sempre abertos ao juiz: seja para o próprio tribunal que fixa o precedente vinculante, seja em relação à representação judicial dos fatos ocorridos no mundo real (prova)²⁵⁴, seja na zona *gris* ou zona cinzenta das cláusulas gerais (texto legislativo vago)²⁵⁵, seja na opção (não-lógica) por uma argumentação com base em regras ou em princípios²⁵⁶, seja no espaço para a analogia²⁵⁷, seja nos desacordos morais razoáveis etc.

Percebe-se, pois, que argumentos como os juízes precisam decidir *conforme o direito* ou que os juízes não podem decidir com base na política ou na moral são essencialmente ingênuos ou superficiais quando se pretende realizar uma análise mais profunda sobre a decisão judicial.

O mosaico acima apresentado, embora distante de ser exaustivo, é uma pequena demonstração de que existe proximidade entre a realidade institucional brasileira e os ensinamentos de Posner, notadamente no que se refere à constatação de um razoável espaço de discricionariedade judicial.

* * *

²⁵⁴ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 199.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 201.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 201-202.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 204-208.

Por fim, retomando Posner com o fito de identificar as *boas razões* para se afastar um precedente, sua sugestão é instrumental como seu pragmatismo²⁵⁸. A opção pelo precedente ou por sua superação segue dois princípios: um que visa a evitar a contradição com os próprios precedentes do magistrado, «princípio da coerência» interna, e outro que diz que, qualquer que seja a base da decisão tomada (jurídica ou não), o juiz deve declarar as verdadeiras razões de decidir, os verdadeiros motivos que o levaram à escolha, «princípio da publicidade»²⁵⁹.

Este princípio evidencia a sinceridade com que o direito precisa olhar a decisão judicial. Nos termos do proposto nesta tese, podem existir elementos extrajurídicos na composição da decisão judicial, declará-los é a maneira mais eficiente de fornecer efetividade ao controle da decisão pela mídia, opinião pública, políticos, sociedade, órgãos judiciais superiores etc²⁶⁰. Por isso, esta recomendação é adotada ao final da presente tese (item 3.4).

Em suma, as sugestões que Posner oferece para identificar as *boas razões* são instrumentais, mesmo que às vezes flerte com alguma teoria material – como já fez no passado com a análise econômica do direito²⁶¹ e com alguns parâmetros da democracia²⁶². Cumpre

²⁵⁸ Posner é um relativista moral. Dworkin (*A justiça de toga*, op. cit. p. 116-126), seu declarado rival, analisa as teses forte e fraca de seu relativismo moral, perfilhando uma crítica a sua posição, bem como informando trechos de sua obra que apresenta aspectos substanciais acerca da moral.

²⁵⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 179-180.

²⁶⁰ A fundamentação pode conter aspectos jurídicos e não jurídicos (contábeis, econômicos, financeiros, políticos, religiosos etc.), desde que sejam sinceros. No item 2.4, será demonstrado que há espécies decisórias que dependem de um juízo político da magistratura. Em decisões como estas, a exposição das reais causas da decisão é necessária ao controle (popular, político, midiático, da comunidade acadêmica etc.).

²⁶¹ Em 1981, publica *The Economics of Justice*, que depois se transforma em *Economic Analysis of Law*, em que busca respostas econômicas para o direito. com o passar do tempo a influência econômica sobre seu pensamento é bastante atenuada. Mesmo que ainda hoje se apoie em conceitos econômicos para justificar algumas de suas ideias, não os usa como critério de correção material, mas de forma instrumental. Nesse sentido, cf. *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 520. Em suas próprias palavras: “pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar”, fato que “não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas” (Ibid., loc. cit.). Breves linhas sobre a maximização da riqueza, as pessoas são maximizadoras de suas riquezas, não no conceito financeiro, mas em um conceito de satisfação, ou seja, buscam atividades que lhes sejam úteis e proveitosas. Sendo que a *riqueza*, mais o que se referir à soma dos preços ofertados e solicitados, diz respeito a um desejo, que independe da capacidade de pagamento. Aquele desejo que faz uma pessoa aceitar um emprego em que ganhe menos pelo único fato de que trabalhar menos é um valor (desejo) mais importante para ela naquele momento. Esse conceito de maximização da riqueza é relacionado com o direito com vistas a identificar, no *common law*, diversas possibilidades de determinação das respostas jurídicas em diversos setores, como demonstra o autor.

informar, contudo, que não tenta formular uma receita de bolo metódica para a verificação das *boas razões*, apenas externa comentários instrumentais sem interesse de criar um padrão para casos futuros. Lembre-se que, por ser pragmatista, não proporá respostas prontas e “verdadeiras” (*sic.*).

Em que pesem os momentos de aproximação com teorias materiais, suas sugestões são notadamente adjetivas, como, por exemplos, a que implica levar a cabo *balanço de interesses*, que, “por assim dizer, é uma resolução judicial de conflitos orientada em função de políticas ou resolução judicial de tipo legislativo”²⁶³. Em espaços como estes, em que o direito não permite a identificação da resposta (ao menos não de forma segura), o processo de escolha da decisão deve incluir, segundo ele, a análise das *consequências*, que engloba uma *percepção política* (em sua concepção lata)²⁶⁴.

Aqui se concorda com a seguinte conclusão de Posner: a escolha entre uma interpretação restritiva ou extensiva ou a eleição de regras e princípios está cheia de incertezas, nas quais “os juízes devem escolher sobre a base de fatores que estão fora das fronteiras do ‘direito’ concebido ao modo legalista”²⁶⁵. A decisão pela escolha da autoconstrução judicial, pela utilização da analogia, pela rígida adesão aos precedentes, pela equidade, pela ponderação de princípios, pela análise das consequências é essencialmente política (em sentido lato) e não-jurídica²⁶⁶.

²⁶² POSNER, Richard A. *Para além do direito*, op. cit., p. 22-31. Nesse trecho ele assume sua simpatia pelo liberalismo.

²⁶³ *Ibid.*, p. 152.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 207-213. Utiliza termos como políticas públicas, ou somente política, para referir-se a um juízo que não é baseado em um raciocínio jurídico, mas em um raciocínio não-jurídico que ele chama de considerações de política pública ou raciocínio baseado em políticas. Já que considera a interpretação uma atividade intuitiva e natural (*Ibid.*, p. 218), conclui que um raciocínio não-jurídico é inevitável, por exemplo, na verificação de qual norma será utilizada por analogia entre mais de uma existente, ou na opção por uma interpretação restritiva ou extensiva, ou na adoção de uma argumentação sobre regras ou sobre princípios.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 227.

²⁶⁶ *Idem*, *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 180.

E não é somente Posner que diz isso. No Brasil, Inocêncio Mártires Coelho também chega à mesma conclusão, mas partindo de outro caminho: da interpretação. Sua conclusão é de que a escolha do *método* pelo intérprete é guiada por suas pré-compreensões [poderia ser: ideologia, política etc.] e essa escolha acaba “condicionando, se não mesmo determinando, o conteúdo das decisões”²⁶⁷.

* * *

Talvez, o que se possa absorver de mais relevante da visão de Posner é a perspectiva consequencialista de seu pragmatismo jurídico, sua visão de que o direito pode ser usado para tentar melhorar a sociedade²⁶⁸ e ainda – talvez a mais importante para esta tese – a sinceridade com que observa a decisão judicial, demonstrando que muitos dos pensadores atuais esquecem de olhar para o que efetivamente ocorre nos tribunais.

Além disso, um pouco do olhar dicotômico existente na discussão contemporânea sobre a decisão judicial – ativista ou não ativista; kantiana ou utilitarista; objetivista ou subjetivista; previsível ou não previsível; razões de direito ou razões morais e políticas²⁶⁹ – pode mostrar quanto o formalismo está distante do que realmente ocorre no processo decisório judicial. É por isso que, em alguma medida, é necessário abandonar velhos conceitos sobre o direito e sobre a decisão judicial para poder observá-la exatamente como ela é confeccionada na prática judiciária.

Isso poderia colocar em questão até mesmo os termos utilizados na presente tese, como jurídico e extrajurídico, positivismo e pós-positivismo. Entretanto, (I) a presente tese não é pragmatista, mas sofre sua influência, bebe dessa fonte sem se limitar a ela: apreende a visão do

²⁶⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, ago. 2001, p. 28-29.

²⁶⁸ Claro que questões de legitimação no *civil law* brasileiro impedem a utilização de diversas de suas propostas, mas com alguma cautela é possível perceber que algumas dessas práticas já ocorrem no Brasil. Mas isso é assunto para os capítulos seguintes.

²⁶⁹ Ele afirma que o raciocínio jurídico “é um reduto de classificações dicotômicas”. POSNER, Richard A. *Para além do direito*, op. cit., p. 305.

pragmatismo para demonstrar que o direito (e a decisão judicial) vai muito além do simples formalismo positivista e que não é só o pós-positivismo de Alexy e Dworkin²⁷⁰ que contemplam explicações para a decisão judicial. Há muito mais a ser observado na prática diária da magistratura que simples divagações teóricas sobre como sopesar princípios ou aplicar silogisticamente as regras, pois é sabido que quando o tribunal quer, ele dá um jeito de adaptar o direito à realidade²⁷¹.

II) A opção por dicotomizar conceitos tem uma clara opção de demonstrar que a decisão judicial não pode mais ser observada por um simples olhar formalista, que separa o juiz de toda a realidade que o cerca. A dicotomia se faz necessária para mostrar o quão entrelaçado está o direito com a realidade que o toca, a ponto de muitas vezes o direito se confundir com ela. Acredita-se relevante demonstrar as diferenças para mostrar também as proximidades. E, fazer isso a partir de um procedimento de crítica pela crítica, como fazem Rorty²⁷², Mangabeira Unger²⁷³, entre outros, não é o que se propõem aqui.

É possível criticar o formalismo sem afastar seus pontos fortes. É viável criticar o pós-positivismo Dworkiano sem aderir ao formalismo. É cabível opor-se aos estudos críticos e ao formalismo sem aderir ao pragmatismo²⁷⁴.

²⁷⁰ Já foi dito que a visão de ambos é extremamente diversa quanto ao conceito de direito e os caminhos para a decisão judicial, coincidindo, contudo, em sua divisão de regras e princípios. No Brasil, muitas obras não olham para estas diferenças e colocam ambos como defensores de uma mesma concepção.

²⁷¹ Remete-se à demonstração desse ponto para o capítulo 2 da presente tese. Contudo, com o escopo de não deixar o “é sabido” sem qualquer referência, cita-se dois julgados: ADI 3756 ED (da aplicação da LRF ao DF), em que o STF declarou a constitucionalidade de uma norma, mas com efeitos *ex nunc*, a partir de fundamentos como a boa-fé e dispositivo de transição da Lei de Responsabilidade Fiscal cujo prazo já tinha se esvaído e ADI-QO 4029 (da inconstitucionalidade da lei de criação do ICMBio), em que o mesmo tribunal declarou a inconstitucionalidade de uma norma com efeitos *ex tunc* e, no dia seguinte, voltou atrás e declarou sua constitucionalidade por razões consequencialistas expressamente declaradas na fundamentação porquanto, do contrário, mais de 500 outras leis teriam que ser declaradas inconstitucionais.

²⁷² *Objetivismo, relativismo e verdade*. Escritos filosóficos I. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

²⁷³ *O direito e o futuro da democracia*. Tradução Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

²⁷⁴ Nesse sentido, POSNER, Richard A. *Para além do direito*, op. cit., p. 13.

Aqui se pretende investigar como as decisões judiciais são tomadas na prática e se sua fundamentação mostra-se compatível com as verdadeiras razões (causas ou motivos) da escolha. Para tanto, é possível se extrair contribuições das mais variadas correntes, desde que se diga com clareza aonde quer chegar²⁷⁵ e o caminho que se pretende percorrer.

Os órgãos humanos (coração, pulmão, fígado), os ossos, os músculos, tudo isso pode ser observado em sua individualidade, mas isolar cada um de sua relação complexa com o resto do corpo pode resultar na morte (mesmo que da parte retirada). É por isso que a medicina holística é utilizada a milhares de anos e mesmo assim persiste curando pacientes. Com o mesmo fundamento, e talvez por isso, a decisão judicial precisa ser observada da forma como ela realmente é, na prática jurisdicional.

1.3.3. A teoria (estruturante) da norma de Friedrich Müller

O pensamento desse autor alemão foi introduzido no Brasil em 1984, por meio da tradução de um de seus textos por Paulo Bonavides²⁷⁶. Atualmente, apesar de não ser tão citado como seu compatriota Alexy, algumas de suas obras esclarecem sua teoria estruturante e seu olhar diferenciado para a norma jurídica. Ideias que não são recentes, datam da segunda metade do século passado, mais especificamente entre as décadas de 60 e 70²⁷⁷. Fato que não retira a atualidade de alguns de seus ensinamentos.

Uma das grandes contribuições de Friedrich Müller para a atualidade foi a constatação de que a norma jurídica não se confunde com o texto da norma. Este é criado pelo legislador

²⁷⁵ Nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*, op. cit., p. 108.

²⁷⁶ Conforme o próprio Müller afirma em entrevista publicada em um de seus livros. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução diversos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 274-275. O texto foi publicado na *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política* (II, 2, Rio de Janeiro, Forense, p. 249 e ss., jan. 1984).

²⁷⁷ Em entrevista (*O novo paradigma do direito:...*, op. cit., p. 271) informa que começou a trabalhar na teoria da norma jurídica em 1962/63, mas que as primeiras publicações datam de 1966 e que passou a se identificar como pós-positivista desde 1970/71.

(ordinário ou constitucional), enquanto a norma jurídica somente é conhecida quando de sua concreção, na medida em que se agregam ao texto da norma («programa da norma») os elementos fáticos que também a irão compor («âmbito da norma»). O texto da norma jurídica *ex ante* não se aplica aos casos concretos sem que a ela seja acoplado o tom da realidade pelo aplicador do direito. Em suas palavras: “uma norma jurídica é mais do que seu texto de norma. A concretização prática da norma é mais do que a interpretação do texto”²⁷⁸.

A percepção da realidade que circunda a norma jurídica é uma de suas grandes contribuições. Para Müller, essa realidade é um elemento extrajurídico, mas que se une ao texto da norma (programa da norma) – de forma interdependente e com o mesmo grau hierárquico que o seu texto²⁷⁹ – para demonstrar o domínio da norma (âmbito da norma), o seu verdadeiro potencial de concretude. E assim, a realidade se torna direito na medida em que se une ao texto da norma para demonstrar seu real domínio de aplicação.

Por isso, afirma que um dos erros mais fundamentais do positivismo é “a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade”²⁸⁰. A realidade fará parte da norma jurídica no momento de sua aplicação (seja pela administração, seja pelo judiciário), visto que comporá o âmbito de aplicação da norma, dando-lhe sua real dimensão. Na concretização prática do direito, “*direito e realidade* não são grandezas que subsistem autonomamente por si. (...) [são] em princípio eficazes no mesmo grau hierárquico, podendo ser distinguidos apenas em termos relativos”²⁸¹.

Não obstante, não deixa de valorizar o texto normativo (programa normativo) como ponto de partida para a aplicação do direito, já que a integração dos fatos na concretização da

²⁷⁸ *Metodologia do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

²⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 58.

²⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito – I*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

²⁸¹ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 58-59.

norma por meio dos valores “nunca substituí normativamente os *facta bruta* [fatos sociais que criam o direito, conforme os positivistas], nem poderia substituí-los de acordo com o primado aqui estabelecido da vinculação da norma como tal”²⁸². Contudo, para se identificar a *normatividade concreta* da norma jurídica aplicável à espécie, é preciso identificar seu conteúdo material: que se dá em concreto²⁸³. Assim, esta normatividade contém necessariamente “componentes da realidade social em sua remodelação normativa”²⁸⁴.

Esse é o ponto de substancial convergência entre sua teoria e os pensamentos realistas e pragmatistas jurídicos. O direito não se mostra materialmente distante da realidade, não é só instrumentalmente posto pelos fatos sociais que o criam independente de seu conteúdo. Na verdade, para Müller, a criação dos textos normativos é relevante, tendo em vista que, como dito, o aplicador do direito parte deles para fixar o conteúdo da norma jurídica. Mas somente os fatos brutos não esgotam o conteúdo material da norma jurídica, pois este é dado pela junção da realidade com os textos de lei.

Mas a visão de Müller sobre a realidade se coloca de forma muito mais estruturada que as já citadas correntes e pensamentos. Para o alemão, os elementos extrajurídicos que demonstrarão o alcance da norma, compondo o seu âmbito, fazem parte do próprio conceito de norma jurídica. A decisão judicial é elaborada “com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de materiais do Direito Comparado, quer dizer, com a ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao teor literal da norma, chegando mesmo a transcendê-lo”²⁸⁵.

²⁸² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 156.

²⁸³ *Ibid.*, p. 157.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 157-158.

²⁸⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 55-56.

Entretanto, não são somente estas fontes da decisão judicial que ajudarão a elaborar o conteúdo efetivo da norma, há elementos fáticos como o direito consuetudinário (tradição²⁸⁶), elementos extralinguísticos contidos em motivações empíricas, do funcionamento efetivo das instituições etc. Tudo isso, faz parte de mais um elemento da norma jurídica: sua «normatividade».

Essa concepção o permite romper com a visão positivista²⁸⁷. Lembre-se que, para o positivismo, os fatos sociais que criam o direito podem inserir qualquer conteúdo na ‘norma’. E, uma vez criada a lei e ela sendo válida («regra de reconhecimento» de Hart, «regra de autoridade» de Raz ou «parâmetro de validade» superior de Kelsen), seu conteúdo já estará previamente estabelecido e determinado²⁸⁸. A função do intérprete/aplicador do direito é tão somente identificar o conteúdo da ‘norma’ legislada (constitucional ou legal) de forma subjetiva (vontade do legislador) ou objetiva (vontade da norma)²⁸⁹ e aplicar o direito à espécie. Friedrich Müller rompe com essa visão positivista ao consignar que a norma é muito mais que seu texto normativo.

Paulo Bonavides, ao apresentar uma de suas obras, comenta que a originalidade de sua contribuição consiste “em estruturar cientificamente a realidade jurídica, com abrangência tanto dos conteúdos da norma, como das propriedades formais do direito, por via de uma

²⁸⁶ No Brasil, o direito consuetudinário poderia ser interpretado como a tradição jurídica de longa data, como por exemplo a posse no direito civil, há discussões sobre a posse em locais mais remoto e às vezes em capitais que prescindem de qualquer texto normativo. Decorrem da tradição jurídica que transpassa mais de dois séculos de existência. Desconsiderar essa tradição, seria desconsiderar litígios que até hoje são decididos judicialmente.

²⁸⁷ É por isso que se intitula pós-positivista, cf. *Idem, Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 24, nota 37.

²⁸⁸ Afirma que a lógica positivista de Kelsen seria “uma lógica imaginária sem quaisquer critérios de correção normativo-conteudista”. *Idem, Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 29. “Para além do projeto justificado de manter, a serviço da racionalidade jurídica, a dogmática jurídica livre de excursos difusos a paragens filosóficas, históricas, políticas, a teoria pura do direito se converte no velamento de implicações conteudistas”. *Ibid.*, p. 32.

²⁸⁹ *Idem, Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 22-23.

interconexidade surpreendente”, que leva em conta todos os aspectos esquecidos pelo positivismo²⁹⁰.

Interessante observar a evolução de suas ideias desde a refutação ao isolamento sistêmico de Kelsen, onde a realidade não exerce qualquer influência; passando pelo rechaço ao decisionismo de Carl Schmitt, com sua supervalorização da correção conteudista na medida em que o conteúdo da norma é absorvido pelo ato de decisão; até a indicação dos excessos da teoria sociológica do Estado, segundo a qual o ordenamento juridicamente isolado da realidade “não existe”²⁹¹. Em sua teoria, entretanto, o texto da norma é o ponto de partida para encontrar a norma jurídica (que é o ponto de chegada), enquanto a realidade faz parte desse caminho.

Dessa forma, o professor alemão estrutura a norma jurídica a partir de três conceitos matrizes que a compõem: «programa da norma», «âmbito da norma» e «normatividade».

O teor literal da prescrição juspositiva é somente a ‘ponta do *iceberg*’. Por um lado, o teor literal serve, em regra, à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma é apenas sugerido como um elemento coconstitutivo da prescrição. Por outro lado, a normatividade, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição não é produzida por esse mesmo texto²⁹².

O «programa da norma» equivale ao texto normativo. Ele é o ponto de partida para se identificar a norma jurídica. Isso porque o texto da norma não contém a «normatividade», nem tampouco a sua estrutura material concreta (âmbito da norma)²⁹³. O programa da norma (texto) restringe o âmbito da norma na medida em que o primeiro “desfruta de uma importância decisiva para a escolha dos fatos do âmbito normativo que são coparticipantes da decisão”²⁹⁴. O texto da

²⁹⁰ Apresentação à edição brasileira, In: MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 8.

²⁹¹ *Idem*, *Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 27-46.

²⁹² *Idem*, *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 54-55.

²⁹³ *Ibid.*, p. 57.

²⁹⁴ *Idem*, *Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 154.

norma é uma das condições a ser observada para a identificação do conteúdo material de sua abrangência, é o início da investigação de seu conteúdo.

Não se trata de afirmar que o texto não tem relevância ou tem pouca importância, mas sim que ele precisa ser observado também a partir dos fatos que lhe dão contorno. Esses fatos (realidade) que complementam o texto da norma contemplam o «âmbito da norma» (ou domínio da norma). Este «âmbito da norma» “é o recorte da realidade social da sua estrutura básica”; assim, os fatores da concepção estruturante compreendem “a estruturação ao mesmo tempo fática e jurídica dos âmbitos normativos”²⁹⁵.

O âmbito normativo compõe a norma em mesmo nível hierárquico que seu texto base (programa) e pode ser gerado, ou não, pelo direito, já que “apresenta componentes criados pelo direito bem como elementos outros de origem não-jurídica”²⁹⁶. Normas que remetem a conceitos de outras áreas ou que têm menor densidade normativa (principiológicas) compreendem uma maior participação fática em seu âmbito ou domínio.

Mas não são todos os fatos (ou dados da realidade) que compreendem o âmbito da norma, mas somente aqueles essenciais para identificação de seu conteúdo. O âmbito não é uma soma de fatos,

mas um nexó formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão, em regra, conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Em virtude da sua conformação jurídica e de sua seleção pela perspectiva da do programa da norma, o domínio da norma transcende a mera faticidade de um recorte da realidade extrajurídica²⁹⁷.

²⁹⁵ Ibid., p. 229-231.

²⁹⁶ *Idem*, *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 58. Assim, a norma jurídica, segundo sua teoria, é vista como “modelo de um ordenamento parcial, provocado pelos fatos não apenas no que se refere à criação do direito, e não apenas eficaz quanto aos fatos do âmbito do ordenamento social, sob o ponto de vista do direito positivo, mas como cofundador do conteúdo de sua normatividade”. *Idem*, *Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 218.

²⁹⁷ *Idem*, *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 59.

A «normatividade», por sua vez, é um processo estruturado²⁹⁸ de aceitação da norma pela sociedade, depende dos aspectos sociais relevantes para seu cumprimento. Não depende só do texto da norma, mas também dele, visto que pertence à estrutura global da norma “segundo o entendimento veiculado pela tradição”, que não é produzido pelo texto da norma em si²⁹⁹. O domínio ou âmbito da norma é “um fator coconstitutivo da normatividade”³⁰⁰. Então, tanto programa da norma (texto) quanto âmbito da norma são elementos constitutivos da normatividade. E os três estruturam juntos a norma jurídica.

Um bom exemplo de seus três conceitos matrizes poderia ser o art. 121 do Código Penal (Matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos). Este é o programa da norma, é o texto normativo. Já o âmbito normativo é preciso ser investigado conforme os fatos que o contornam: como a identificação do que é “alguém”, retirando-se de seu âmbito coisas e animais; a verificação do que é vida/morte, utilizando-se conceitos médicos de morte (que pode ser encefálica, orgânica etc.). Isso só para falar do tipo básico, quando se entra em aspectos de tentativa, atenuantes, agravantes etc. existem diversas condicionantes como as formas teóricas de tentativa, a conceituação de “motivo de relevante valor social ou moral” (§ 1º) ou de “meio insidioso ou cruel” (§ 2º, III) ou “mediante dissimulação” (§ 2º, IV) etc.

Todos estes conceitos, a despeito de estarem estabelecidos no programa da norma (texto), precisam ser materialmente concluídos (pela jurisprudência, pelos fatos, pela medicina, pela doutrina etc.) e essa composição com o texto de outros elementos externos forma o âmbito da norma (conteúdo). É de observar que estes conceitos fazem parte da norma jurídica e não dos

²⁹⁸ Ibid., p. 57. “A determinação da normatividade e da validade normativa, bem como sua articulação geral no sentido do âmbito normativo e do programa normativo são o ponto de partida da metódica jurídica”. *Idem, Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 219.

²⁹⁹ *Idem, Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 54.

³⁰⁰ Ibid., p. 59.

fatos a serem nela subsumidos, ou seja, é preciso identificar o que é meio cruel para depois verificar se o crime que se julga foi realizado com crueldade.

E isso para citar somente um exemplo do ramo do direito que prima pela máxima legalidade das regras. Poder-se-ia exemplificar com regras sobre direitos da personalidade, posse, propriedade, enfiteuse, vizinhança, fato gerador tributário como “condição necessária e suficiente para sua ocorrência” (*sic*)... Assim, outros exemplos poderiam ser postos somente no que se refere ao mundo das regras. Evidente, pois, que normas com menor densidade normativa (principiológicas) requerem ainda maior participação do magistrado na fixação do âmbito normativo. Em suma, quanto mais alta for a densidade normativa (quanto mais densa e explicada for a norma), menor será a necessidade de o julgador participar da identificação de seu âmbito e vice-versa. Mas em quaisquer dos casos, o juiz participa da identificação (criação) do conteúdo da norma (âmbito).

Essa é a sua teoria estruturante. Em que pese tenha sido elaborada para o direito público, é o próprio autor que enaltece sua aplicação a todos os ramos do direito³⁰¹. Assim, a lição mais importante que se extrai de seus pensamentos é a ideia de que a norma jurídica, e por consequência o direito, não subsiste sem a percepção da realidade. Quer queira, quer não queira, o julgador necessariamente precisará observar alguns dados da realidade para fixar o âmbito de aplicação da norma jurídica. Isso independe de um olhar intencional para as consequências ou para a moral (social, do juiz, de um grupo etc.). Para decidir uma questão jurídica, o magistrado precisa observar os fatos que complementam a norma jurídica.

Seria um esquecimento falar da influência dos fatos sobre a identificação do conteúdo da norma jurídica sem mencionar o brasileiro que mais difundiu essa visão no mundo: Miguel Reale.

³⁰¹ Nesse sentido, MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito:...*, op. cit., p. 68 e 275; *Idem*, *Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 8 e 158-159.

O olhar empírico para o direito está presente em seu culturalismo e em sua teoria tridimensional, segundo a qual “em todo fato jurídico se verifica uma integração de elementos sociais em uma ordem normativa de valores, uma subordinação da atividade humana aos fins éticos da convivência”³⁰².

Segundo ele, a norma jurídica aparece dialeticamente integrada a uma estrutura tridimensional «fato-valor-norma». Com isso, a norma deixa de ser um esquema abstrato e distante da realidade para constituir algo concreto, cuja juridicidade deflui do contexto fático-axiológico³⁰³. Sem qualquer pretensão de detalhamento sobre sua teoria³⁰⁴, essa breve lembrança quis demonstrar que na segunda metade do século XX, este brasileiro também demonstrou que a norma não poderia ser observada como simples dever ser.

Retomando Müller, cumpre frisar que sua visão é relevante para a presente tese na medida em que demonstra que existem elementos extrajurídicos influenciadores da decisão judicial, alguns dos quais, segundo a teoria estruturante, farão parte, em maior ou menor medida, da norma jurídica.

Nessa perspectiva, alguns fatores extrajurídicos que eventualmente possam compor a norma serão, por isso, parte integrante da decisão judicial. Como as percepções do juiz sobre a realidade, suas convicções e ideologia (pré-concepções) necessariamente fazem parte de seu olhar para os fatos, é possível dizer que alguns desses elementos irão compor o próprio conteúdo da norma jurídica.

³⁰² *Teoria do direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.

³⁰³ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, *passim*. “O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa” (Ibid., p. 120).

³⁰⁴ Por razões metodológicas, não há espaço para adentrar em sua teoria.

1.4. A decisão judicial

Até aqui se falou em decisão judicial sem se mencionar qual compreensão a expressão merece. Resgatando a dogmática processual, decisão judicial é qualquer ato do magistrado com conteúdo deliberativo, incluindo-se sentenças³⁰⁵, acórdãos³⁰⁶, decisões no controle concentrado³⁰⁷, sentenças coletivas³⁰⁸ etc. Isto é, qualquer mandamento judicial com conteúdo decisório é aqui considerado decisão judicial.

Segundo os processualistas clássicos, decisões judiciais são normas jurídicas individuais; são normas jurídicas concretas dirigidas a um ou a vários sujeitos individualizados³⁰⁹. Contudo, este conceito não abarca de forma completa a definição hodiernamente formulada. Francesco Carnelutti já mostrava preocupação conceitual ao diferenciar legislação de jurisdição, sendo esta *lex specialis* e aquela *lex generalis*³¹⁰.

Na atualidade, questiona-se: onde enquadrar as sentenças coletivas, as decisões em controle abstrato, as súmulas vinculantes ou os recursos repetitivos? Evidentemente são *lex generalis* criadas pelo Poder Judiciário. Portanto, é possível constatar que o conceito de decisão judicial hoje abarca não somente as normas jurídicas individuais de caráter concreto, mas também as decisões que expressam um mandamento geral de origem judicial, como as citadas.

³⁰⁵ Chiovenda a define como “a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu”; o *acórdão* que é “uma sentença proferida por um órgão colegiado superior”. (*Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 212-213).

³⁰⁶ Que é, segundo Ernesto Manzi, é “uma sentença proferida por um órgão colegiado superior” (*Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios*. São Paulo: LTR, 2009, p. 27).

³⁰⁷ A decisão proferida no controle de constitucionalidade em abstrato, a qual ostenta o nome de acórdão é, segundo Jorge Amaury Maia Nunes (informação verbal), apenas *judicialiforme*, teria forma de decisão judicial, mas natureza política. Sobre a natureza política dessa decisão, ver NUNES, Jorge Amaury Maia *et al.* *Em torno e por causa da ADPF 33*. In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* (org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva/Série IDP, 2010, p. 146-152.

³⁰⁸ Como aquelas capazes de gerar *lex generalis* pelo método judicial ao invés do método legislativo, conforme assinala Francesco Carnelutti (*Direito processual civil e penal*. v. 1. Campinas: Péritas, 2001, p. 60-61).

³⁰⁹ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010, p. 60.

³¹⁰ *Direito processual...*, op. cit., p. 61.

Há de se considerar que, também e além disso, a formação da decisão mudou. Alguns processualistas clássicos diziam que a decisão era formada pelo simples silogismo da premissa maior (lei) subsumida à premissa menor (fato)³¹¹, para outros, a decisão se estruturava como uma implicação de silogismos, “no sentido que cada uma das premissas representa a conclusão de outro silogismo”³¹². Existia ainda a aceção de que a sentença é ato lógico, mas não só isso; é “ato lógico complexo, que impõe um *juízo crítico e valorativo dos fatos e das normas*, para a extração de uma conclusão”³¹³. Extraí-se de todos esses posicionamentos que a construção da decisão judicial, na visão clássica, decorreria de um processo essencialmente lógico.

Todavia, essa percepção mudou. Na atualidade, a doutrina não fecha os olhos para a participação do juiz na decisão: seja na escolha do método interpretativo ou argumentativo, seja na análise dos fatos (e provas), seja na impossibilidade de o juiz se afastar de suas pré-compreensões sobre o direito e a realidade que o cerca, seja nos espaços vazios de direito etc.

Nesse sentido, Carnelutti informa que o crescimento da complexidade da vida social requereu maior atuação do intérprete em face da diversidade de textos legais³¹⁴. Miguel Reale, em suas clássicas *Lições preliminares do direito*, já pregava que em tempos atuais

o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica (...). Não pode absolutamente ser contestado o caráter *criador* da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam³¹⁵.

³¹¹ Ernesto Manzi (*Da fundamentação...*, op. cit., p. 30) informa que, apesar de essa ser uma visão reducionista e simplista, era a posição clássica.

³¹² CARNELUTTI, Francesco, *Direito processual*, op. cit., p. 247-248.

³¹³ MANZI, Ernesto. *Da fundamentação...*, op. cit., p. 31.

³¹⁴ *Direito processual...*, op. cit., p. 55-56.

³¹⁵ *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 291.

Então, no estágio doutrinário atual não é concebível entender a formação da decisão judicial como atividade quase inanimada, puramente lógica. Jorge Amaury Maia Nunes defende que tanto no sistema do *common law* quanto no *civil law* haverá espaço para a criação de direito pelo magistrado; contudo, “a admissão do fato (em si inegável) da criação do Direito pelo julgador não implica concordar com formas exacerbadas de ativismo judicial (...)”³¹⁶.

O juiz fornece a real configuração da norma em concreto, conforme a já analisada teoria de Müller. Ele identifica criativamente, no momento da aplicação/interpretação da norma, a extensão de seu conteúdo. Para Inocêncio Mártires Coelho, a “interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito”³¹⁷. André Rufino do Vale, de maneira idêntica, também visualiza “um caráter inevitavelmente criativo” da aplicação da norma³¹⁸. Vários autores defendem essa ideia³¹⁹.

Com essa breve explanação da formação da decisão judicial, não se busca o aprofundamento das teorias hermenêuticas ou jurídico-argumentativas, mas tão-somente frisar que o juiz participa do processo de aplicação da norma com um viés criativo em relação ao texto posto. Ou seja, ele não é mais *a boca da lei*³²⁰, mas sim a mente que interpreta e concretiza o texto da lei, com as idiosincrasias que lhe são inerentes, criando norma jurídica concreta (ou abstrata e geral, como as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado), na medida

³¹⁶ *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010, p. 62-63.

³¹⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 15-102, 2002, p. 97.

³¹⁸ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva/Série IDP, 2009, p. 3.

³¹⁹ Nesse sentido, Carlos Alberto Menezes Direito (A decisão judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000, p. 34), afirma que “o Juiz tem função criadora”.

³²⁰ *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, capítulo quatro do Livro XI, p. 172.

em que “toda norma só vigora, efetivamente, na interpretação concretizadora que lhe atribui o aplicador legitimado a dizer o direito”³²¹.

Ora, se o conteúdo de uma norma (âmbito normativo, cf. Müller) somente é desvendado em sua concreção pelo magistrado, quiçá no processo constitucional realizado pelo Supremo Tribunal Constitucional, onde muitas vezes o texto fluído da Constituição oferece, no máximo, um longínquo ponto de partida. Seja na análise de princípios ou de regras constitucionais, a atividade do Supremo é ainda mais criativa. Isso é claro em julgamentos em que o *texto* constitucional não mostra qualquer resposta, como no caso das cotas raciais ou sociais (ADI 3330), ou o da homoafetividade (ADI 4277 e ADPF 132), ou das células-tronco (ADI 3510), ou do aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54), entre outras.

A esses aspectos some-se que, no caso de decisão do STF em sua atuação como Corte Constitucional, a participação do magistrado é ainda mais relevante por ser esta, segundo Gilmar Mendes, “uma prerrogativa evidentemente política”³²². Konrad Hesse, do mesmo modo, observa que essa justiça extraordinária tem que decidir questões com teor e alcance políticos em quantidade muito maior do que as instâncias ordinárias³²³.

Jorge Amaury Nunes e outros ensinam que o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, apesar de a doutrina afirmar de maneira quase incontroversa sua natureza jurisdicional, possui natureza política, autônoma, diversa do juízo legislativo, portanto, paralegislativa ou supralegislativa³²⁴. Sua natureza pode ser defendida como função constitucional autônoma, conforme o faz Canotilho³²⁵.

³²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da Constituição...*, op. cit., p. 97.

³²² MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

³²³ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 420-421.

³²⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia *et al.* *Em torno e por causa da ADPF 33*. In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* (org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva/Série IDP, 2010, p. 146-152.

³²⁵ *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 894.

Não importa aqui descer aos detalhes da natureza jurídica da decisão judicial proferida pelo STF em sede de controle concentrado ou na criação da súmula vinculante³²⁶. O que interessa é consignar que estas decisões são, em última análise, judiciais (proferidas por um órgão judicial), independentemente de sua natureza ser política, jurisdicional ou autônoma. A necessidade de fundamentação (art. 93, IX da CF), o cenário em que é tomada, os argumentos que utiliza, a linguagem que ostenta, tudo isso e muito mais demonstram que é uma decisão judicial. Por isso, será analisada no bojo do presente trabalho.

Não obstante, por diversos fatores (textura aberta do texto constitucional, impacto e relevância de suas decisões, não vinculação à própria jurisprudência etc.) a discricionariedade judicial ou espaço de liberdade para decidir é notadamente maior nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Nem por isso, a decisão desta Corte deixa de ser objeto desta pesquisa ou assume papel de protagonista. Trata-se de uma decisão judicial e, por isso, será estudada, assim como as sentenças coletivas, os recursos repetitivos etc.

É inegável que o texto mais aberto da Constituição favorece a participação criativa de todos os magistrados que a interpretam, qualquer que seja o órgão jurisdicional a interpretá-la. Todos os 16.804 juizes brasileiros³²⁷ interpretam-na e nessa atividade terão, guardado o respeito à jurisprudência do Supremo, se houver, maior liberdade para tanto.

Por fim, cumpre ressaltar que o conjunto reiterado de decisões judiciais forma a jurisprudência de um tribunal. Para Karl Larenz, a jurisprudência tem uma relevante tarefa prática de que decorre, em países de direito codificado, a) de que as leis carecem permanentemente de interpretação, b) de que elas necessitam de “colmatar lacunas”, c) de que elas precisam se

³²⁶ Sobre este instituto observado sob ótica da segurança jurídica, ver trabalho monográfico de Jorge Amaury Maia Nunes (*Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010).

³²⁷ Cf. *Justiça em números*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em 11 set. 2012.

adequar a diferentes situações, d) “da crescente necessidade, cada vez mais complexa, de clareza e sintonização das normas entre si” e ainda e) de ter a função de evitar contradições valorativas, o que, por sua vez, decorre da ideia de justiça³²⁸.

É o mesmo autor que informa que a jurisprudência, mesmo em países do *civil law*, como a Alemanha, produz enunciados de direito vigente, além de formar “enunciados de onde se retirem critérios de decisão que possam conduzir à solução de casos jurídicos”³²⁹. Em outras palavras, é cada vez mais notório que a jurisprudência é fonte de direito, quiçá primária: na medida em que é emanada por um órgão estatal legitimado e que produz pautas de conduta geral e “abstrata”, como súmulas vinculantes, recursos de repetitivos ou decisões do controle concentrado.

Cada vez mais, a jurisprudência se torna relevante para a vida social. Miguel Reale há muito já dizia que prevalecem as “fontes do direito de caráter estatal” sobre qualquer emanção dos costumes³³⁰. E se a jurisprudência contém um pouco do juiz que a cria (com suas pré-compreensões e influenciado por inúmeros elementos extrajurídicos), o direito conterà um pouco do que antes não continha e o que é extrajurídico se tornará jurídico, com a possibilidade inclusive de se tornar vinculante. É a jurisfação dos fatos sociais pela decisão judicial³³¹.

³²⁸ *Metodologia da ciência jurídica*. Tradução de José Lamego. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 326.

³²⁹ *Ibid.*, loc. cit.

³³⁰ *Lições preliminares...*, op. cit., p. 148-154.

³³¹ Sobre o termo jurisfação, Miguel Reale esclarece que “tendo os termos legalizar e legalização um significado especialíssimo, usamos as palavras jurisfação e jurisfazer quando queremos exprimir que algo se torna jurídico. Dizendo que o poder se jurisfaz, dizemos mais do que se disséssemos que o poder se legaliza, porque a juridicidade não é a legalidade, visto como é fenômeno jurídico na sua mais vasta amplitude”. In: *Jurisfação do Poder*, Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 59, Ed. Saraiva, 1977, p. 43.

1.5. Conclusões parciais

O direito legislado (seja por meio de regras ou de princípios) nunca será completo e exauriente. Pode-se inclusive afirmar que a completude do direito é um mito, há espaços vazios de direito. Por mais que se defenda que os princípios jurídicos possam contemplá-los, há situações em que a decisão será tomada com esteio em princípios morais, mesmo que seja fundamentada por princípios jurídicos.

Acerca da incompletude de regras, um interessante exemplo foi o Código Geral Prussiano de 1794. Este código pretendia definir todas as relações jurídicas nos países prussianos, “isto é, ser completo, racional e para sempre vinculatório. Ele continha pelo menos 19.000 artigos, coroados, com toda autoconfiança, por uma proibição geral de interpretação judicial”³³². Mas esse código ‘perfeito’ se mostrou um amontoado de regras desajeitadas³³³: não solucionou o problema. O mesmo ocorreu com o Código Civil de Napoleão, cuja proibição de interpretar também ecoava sobre suas páginas. Consta que quando descobriu que seu código estava sendo comentado, afirmou: “meu código está perdido!”³³⁴.

Diante dessa manifesta incompletude jurídica³³⁵, a sociedade contemporânea (e o legislador) abandona aos poucos a tentativa de esgotamento de previsão de condutas por meio de regras detalhadas para toda e qualquer situação. Na atualidade, não se pretende o esgotamento *ex ante* de possíveis condutas e sanções.

É por isso que se insere na legislação uma série de normas de natureza principiológica (ou princípios, se se preferir). Opta-se por normas com menor densidade normativa, deixando um

³³² SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária, 1995, p. 252.

³³³ Ibid., loc. cit.

³³⁴ ROCHA, Lincoln Magalhães da. Palestra em comemoração ao bicentenário do Código Civil Francês. Disponível em <<http://www.ticonrole.gov.br/portal/pls/portal/docs/2045356.PDF>>. Acesso em 10 set. 2012.

³³⁵ Nesse sentido, Richard Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 152) afirma que “não há código jurídico, independentemente de quão detalhado seja, que possa antecipar e oferecer uma resposta a todos os casos que se apresentem”.

grande número de questões para serem complementadas pela decisão do aplicador. Isso ocorre em diversos ramos jurídicos, como algumas normas constitucionais (mas não todas elas, nem tampouco a maioria delas), ou cíveis (como as nomeadas ‘cláusulas gerais’ que estabelecem o princípio da boa-fé, ou a função social do contrato), ou empresariais (como as que estabelecem o dever de diligência e probidade para o administrador), ou processuais (como as de equidade no CPC, quando a lei permitir ou para fixação de honorários em algumas causas), ou tributárias (como as normas antielisivas ou as que preveem equidade).

Em cada uma das disciplinas didaticamente individuadas é possível encontrar princípios expressos (sem contar os implícitos, *sic.*) que oxigenam o sistema jurídico e permitem aos juízes aplicar o direito à espécie – mesmo que o direito não informe a solução, como nas situações de indeterminação (que podem ocorrer em um sistema de regras ou de princípios).

E o que isso tem a ver com o que foi dito até aqui?

Desde o início da presente pesquisa, busca-se demonstrar que a teoria jurídica mostra que a realidade transborda para o direito concretizado judicialmente. Isso é inevitável e de uma clarividência latente e, desde a conceituação de direito para fins de delimitação do que é extrajurídico, mais evidências se têm apresentado.

No início, demonstrou-se que tanto positivistas inclusivos quanto pós-positivistas aceitam uma interação em menor ou maior grau do direito com a moral. Sobre isso, sempre permanecem algumas questões: moral social? Moral média social? Como identificá-la? Moral individual? Moral do julgador? E a política? E as tradições? Costumes?

Mesmo os positivistas exclusivos, que não aceitam a moral como parâmetro de validade e interpretação da norma, vislumbram os espaços de discricionariedade judicial sem informar como devem ser preenchidos. E, por isso, questões semelhantes surgem, porém restritas a como

encontrar as respostas seguindo cânones interpretativos não exaurentes e não hierarquicamente dispostos ou como preencher este espaço de liberdade decisória.

Apresentaram-se o realismo jurídico, o pragmatismo jurídico de Posner e a teoria da norma de Müller, com os quais se pretendeu apresentar respostas alternativas à interação da norma jurídica (ou do texto da norma) com a realidade que a circunda. Foi explicado, ainda de início, que diversas correntes do pensamento se propõem a apresentar respostas às escolhas judiciais, a mostrar que as consequências das decisões podem em alguma medida ser importantes para a sociedade.

Apesar de todas as correntes informarem como o magistrado deve julgar a causa, com maior ou menor aceitação *teórica* da discricionariedade judicial (porque na prática ela sempre existe), nenhuma das proposições é obrigatória. Acrescente-se que a possibilidade de escolha do método interpretativo (ou argumentativo) é guiada pela livre escolha o intérprete, o que, conforme já dito, acaba “condicionando, se não mesmo determinando, o conteúdo das decisões”³³⁶. O próprio cânone interpretativo escolhido pode ser utilizado em conjunto ou separadamente com outros, produzindo as decisões mais variadas.

Por fim, acrescentem-se alguns dados a esse cenário: a existência de cerca de 28.000 leis federais vigentes no ano de 2001³³⁷; a edição de 150.425 normas federais desde a promulgação da Constituição de 1988³³⁸; a confecção de 996.977 normas estaduais (incluindo as normas

³³⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, ago. 2001, p. 28-29. No mesmo sentido, MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et al.* (orgs.) *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 227.

³³⁷ Dados de 2001. Fonte: Informativo *Desburocratização: em defesa do cidadão*. Ministério do Planejamento. Ano II. n° 10. Programa Nacional de Desburocratização. setembro-outubro/2001.

³³⁸ Incluindo as normas complementares “portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.”. AMARAL, Gilberto Luiz do *et. al.* *Quantidade de normas editadas no Brasil: 20 anos da Constituição federal de 1988*. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2008. Disponível em <http://www.ibpt.com.br/img/_publicacao/13081/162.pdf>. Acesso em 10 set. 2012.

secundárias) e de 227.973 leis estaduais desde 1988³³⁹ e a emissão de 2.628.962 normas municipais (incluindo as normas secundárias) e de 450.675 leis municipais³⁴⁰. Na década de 1980, Aliomar Baleeiro estimou que existiam no Brasil 65.000 leis vigentes, já Pontes de Miranda, as estimou em 45.000³⁴¹. Ninguém sabe, na verdade, quantas elas são³⁴².

Agora, pense a miscelânea de correntes teóricas com seus respectivos caminhos para a solução do litígio somada ao contingente legislativo vigente. Por fim, uma tudo à quantidade de juízes nacionalmente legitimados a decidir: 16.804 juízes³⁴³, cada qual podendo encontrar a resposta utilizando quaisquer métodos, estratégias e cânones existentes. O juiz Hércules de Dworkin morreria de desgosto antes mesmo de ter existido.

Trata-se de um panorama, no mínimo, desafiador.

Aqui, alguém poderia pensar: é preciso urgentemente padronizar a interpretação, limitar o poder dos magistrados, uniformizar os julgamentos. O direito brasileiro tem alguns procedimentos dogmáticos para preservar certa previsibilidade de julgamento, como o julgamento de recursos repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC), as súmulas dos tribunais, as súmulas vinculantes do STF, entre outras. E assim se forma a jurisprudência brasileira.

Mas a interrogação ainda não foi afastada: como os juízes decidem nessa paisagem?

A reflexão de Jeremy Waldron cabe nesse contexto:

Quero dizer que uma grande parte da autoridade, da legitimidade – se permitirem, da simples *atração* – de um sistema jurídico é que podemos nos considerar sujeitos ao governo por leis, não por homens.

³³⁹ Ibid., loc. cit.

³⁴⁰ Ibid., loc. cit.

³⁴¹ Conforme recorda ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 84. Segundo o autor, isso decorre do estilo brasileiro de não revogar expressamente as leis, mas de terminar a nova lei com a fórmula de que “todas as disposições em contrário ficam revogadas”.

³⁴² Nesse sentido, Ibid., loc. cit.

³⁴³ Conforme dados mais atualizados do CNJ, existiam no Brasil em 2010: 11938 juízes estaduais, 3117 juízes do trabalho e 1749 juízes federais, cf. *Justiça em números*. Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em 11 set. 2012.

(...) O raciocínio judicial coloca um desafio especial para a jurisprudência no que se refere a esta questão [distinção entre os tradicionalistas jurídicos e os seguidores dos Estudos Jurídicos Críticos]. Supõe-se que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam especiais e distintos, não diretamente políticos, mas que expressem certo espírito subjacente de legalidade. Trata-se de questão de certa importância para a jurisprudência descobrir se essas afirmações a respeito do caráter especial do raciocínio judicial podem ser sustentadas³⁴⁴.

É exatamente esse o ponto: investigar quais são as influências da política, da moral, da ideologia, da mídia, das relações pessoais sobre a fixação do raciocínio judicial.

Frisou-se que há um grande espaço para a escolha dos parâmetros de concretude da norma jurídica. Parte da doutrina não fecha os olhos para a participação do juiz no resultado do processo. A questão aqui não é dizer que o poder foi deslocado para os tribunais ou que os juízes estão sendo ativistas, não é esse o foco. Não se pretende falar que o Judiciário detém o cetro do poder na sociedade contemporânea, ou que este órgão tomou espaço do legislador, nada disso está em questão.

O que se coloca é que há concepções que não desprezam o valor do juiz na aplicação do direito, que defendem que ele delimita o real sentido da norma aplicável à espécie. Isso, nesta pesquisa, independe de qualquer formulação sobre deslocamentos de poder entre os três Poderes estatais. O objetivo é, independentemente de se pensar o direito de modo menos ou mais formalista, identificar a interação do direito com parâmetros que não estão sob sua esfera de determinação.

A lei é e deve ser o grande ponto de partida para uma decisão judicial. E, muitas vezes, esse ponto de partida é extremamente próximo do ponto de chegada. Contudo, isso vai depender de sua densidade normativa (quanto mais alta, mais limitado estará o juiz), de sua clareza, de sua congruência com um emaranhado de outras leis, com a Constituição etc.

³⁴⁴ *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

Ora, existem muitos espaços em que o direito firma de maneira extremamente clara a posição jurídica a ser tomada. Esses são os espaços de determinação em que o papel do juiz é bastante reduzido, por vezes limitado à análise das provas. Mas mesmo nesses espaços de determinação jurídica, há um pouco do juiz na análise e valoração dos fatos. Isto é, mesmo nos espaços de determinação, a participação do juiz pode ser essencial para a distribuição do direito ao litigante.

Então, no próximo capítulo pretende-se demonstrar a existência de influências extrajurídicas sobre a decisão judicial, com a premissa (até aqui defendida) de que «existe sempre um pouco do juiz em cada um de seus julgados». Em maior ou menor grau, esse ser humano imperfeito é também um criador de direito. E, por isso, um carreador nato de elementos extrajurídicos para o corpo jurídico.

2. AS INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS SOBRE A DECISÃO JUDICIAL: DO JUIZ À POLÍTICA

Cada cabeça uma sentença. Essa antiga constatação popular há muito já demonstrava que as pessoas são diferentes entre si e que cada qual tem uma maneira própria de observar a realidade: com suas vivências, experiências, pensamentos, sentimentos, prazeres etc. Os juízes não são diferentes, sofrem influências do meio em que vivem: são os fenótipos da biologia – independentemente da condição genética, os seres são influenciados pelo ambiente em que vivem.

Em artigo publicado em 2010, Luís Roberto Barroso constatou que existem diversos fatores extrajurídicos capazes de repercutir em maior ou menor grau sobre as decisões judiciais. Fatores como os valores pessoais do juiz, a interação do Judiciário com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados, a opinião pública, etc. têm real afetação nas decisões³⁴⁵.

O presente capítulo presta-se a desmembrar as possíveis influências extrajurídicas sobre a decisão judicial. Essa separação tem o cunho eminentemente didático, uma vez que possibilita a individualização hipotética dos diversos contextos de influência, sejam internos ou externos ao julgador. Todos passíveis de interferir sobre o processo de escolha da decisão judicial. Ou seja, todos eles podem estar contidos, em alguma medida, nas reais razões (causa) de decidir.

Todavia, há de se considerar que o pensamento humano é consideravelmente complexo³⁴⁶; não pode ser reduzido ou isolado de suas diversas conjecturas temperamentais,

³⁴⁵ *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em <[http://www.lrbarroso.com.br/shared/download /artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf)>. Acesso em 30 ago. 2012, p. 28-43.

³⁴⁶ Fato de tamanha notoriedade que independe de comprovação. Não obstante, há juristas que também abordam o tema. Nesse sentido, Richard Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 82), após afirmar a complexidade do pensamento, complementa: “nossas percepções são produzidas pela interação entre as imprecisões sensoriais – o impacto do mundo externo nos sentidos – e o aparato classificatório que se encontra no cérebro”. Cita como exemplo dessa complexidade cerebral a conjugação de informações conscientes e inconscientes no ato de aprender a andar de

sentimentais ou racionais. E esta tão instigante complexidade, demonstra que é absolutamente impossível separá-las em compartimentos isolados do cérebro: tudo ocorre ao mesmo tempo. Quando se pensa, uma complexidade de sentimentos, percepções, lembranças, paixões, temperamentos, desejos, raciocínios, tudo aflora de forma conjunta para constituir as pré-concepções do pensar humano. E é dentro dessas mentes de pensamento complexo que se formam as decisões judiciais, que se criam sentenças, votos e decisões monocráticas.

Sendo assim, as influências de natureza interna ou externa ao julgador sempre penetrarão no direito através de suas mãos ou de sua caneta (ou melhor, senha digital). Isso porque, como dito, em maior ou menor medida, «o juiz sempre cria direito», seja quando analisa provas e fatos como premissa menor a ser subsumida na norma, seja quando investiga (ou cria) a própria premissa maior na identificação do *âmbito da norma* a ser aplicada (Müller). Isso ocorrerá tanto na concretização de regras como na de princípios. Isso ocorrerá sempre.

Na aplicação de regras, como seu conteúdo e efeitos estão mais bem definidos *ex ante*, o espaço de liberdade criativa do juiz é diminuto, visto que normalmente se trata de um espaço de significativa determinação jurídica. Ao contrário, na concreção de normas legais ou constitucionais com menor densidade normativa (princípios, cláusulas gerais etc.), a participação do magistrado na identificação ou criação da norma é mais evidente, pois necessita escolher tanto o próprio princípio aplicável (existência conflituosa) quanto seu grau de sua aplicabilidade.

Seja em uma distinção forte entre regras e princípios – como em Dworkin e Alexy³⁴⁷, onde “princípios são normas de otimização realizáveis em vários graus, e regras são normas que

bicicleta (gravidade, senso de direção, balanceamento do peso, equilíbrio etc). Mesmo que muitas destas combinações cerebrais sejam puras reações (reflexos), sua constatação demonstra que um só pensamento tem inúmeras influências mentais, perceptíveis ou não.

³⁴⁷ Esse é um ponto de concordância entre suas teorias, ambos vislumbram uma separação bipartida e rígida entre princípios e regras. Para Dworkin (*Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 184), a aplicação de princípios depende da análise dos pesos dos princípios expressos nos precedentes, enquanto a aplicação de regras se dá de forma «tudo-ou-nada». Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 92-103), por sua vez, elabora a aplicação de princípios

estabelecem uma hipótese e um mandamento definitivo”³⁴⁸ –, seja em uma distinção fraca – como em Hart e Raz³⁴⁹, em que “princípios são normas mais gerais e abstratas, e as regras menos gerais e abstratas”³⁵⁰ –, quando se está diante de aplicação de princípios o papel criador do juiz é mais amplo, ele tem mais liberdade para fixar o âmbito da norma (Müller) ou para otimizar os mandamentos aplicáveis (Alexy³⁵¹).

Isso porque, nestes casos, ele atua em um espaço em que o direito é normalmente menos determinado pelo conjunto razões jurídicas³⁵². Situação em que a moral, a política, a pessoalidade do julgador etc. – ou seja, elementos não-jurídicos – serão, não somente fatores de influência sobre a decisão, mais do que isso, serão necessariamente utilizados para a escolha.

com mais detalhes a partir da noção de sopesamento, em que se objetiva definir em situações de colisão qual dos interesses tem maior peso no caso concreto, além de trabalhar com a «máxima da proporcionalidade» e de valorizar a carga argumentativa nessa seara. Já as regras, para ele, são aplicadas aos fatos nelas subsumidos, enquanto os conflitos existentes são solucionados por meio da introdução de cláusulas de exceção ou de afastamento da regra inválida.

³⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 139.

³⁴⁹ Em seu pós-escrito, Hebert Hart (*O conceito de direito*, op. cit., p. 335), após reconhecer que “um defeito” de seu livro foi “que a questão de princípios só é abordada de passagem”, passa a demonstrar que, para ele, a diferença entre princípios (chamados por ele de “princípios não-conclusivos”) e regras é uma questão de grau: “pode-se estabelecer com segurança um contraste razoável entre normas entre as normas ‘quase conclusivas’, cujas condições, se aplicadas, bastam para definir o resultado jurídico exceto em alguns casos (nos quais suas disposições podem chocar-se com as de outra norma considerada mais importante), e os princípios, que são geralmente não-conclusivos e apenas indicam uma decisão, embora possam com muita frequência não determiná-la”. Já para Joseph Raz (*Razão prática e normas*. Tradução José Garcez Chirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 43), “os termos ‘princípios’ e ‘regras’ são frequentemente utilizados de forma intercambiável, embora a palavra ‘princípios’ geralmente tenha uma implicação de maior generalidade e maior importância do que a palavra ‘regras’. (...) De maneira geral, entretanto, não me ocuparei da distinção entre regras e princípios”.

³⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios:...*, op. cit., p. 139.

³⁵¹ Para ele (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 158-163), a aplicabilidade dos princípios parte de uma «ordenação hierarquizada flexível de valores», ou seja, nenhum princípio tem mais valor em abstrato ou em absoluto, todos os princípios têm valor relativo. E para escolher pela maior aplicabilidade de um dos princípios em colisão, para demonstrar a preferência do julgador por algum deles, pesa sobre a escolha uma maior «carga argumentativa». Assim, em que pese a liberdade seja mais evidente para o juiz neste espaço de aplicação de princípios, aumenta-se o ônus da fundamentação da escolha. Ônus que é diminuto na aplicação de regras. Tanto na teoria quanto na prática, o juiz não precisa informar (e não costuma fazê-lo) por que escolheu tal regra, ele identifica uma entre as tantas existentes e parte direto para a subsunção.

³⁵² Entende-se por conjunto de razões jurídicas não somente as normas jurídicas, mas também os cânones hermenêuticos, os *standares* jurídicos, as metanormas, os postulados etc, ou seja, todo o conjunto de fontes, técnicas de aplicação, de interpretação etc. formuladas pelo direito (ordenamento e ciência jurídicas). Esse ponto será estudado no item 3.1.

A *valoração* entre princípios aplicáveis (colidentes) utilizará necessariamente conceitos morais *do julgador* – ‘este princípio é melhor ou mais justo que aquele para o caso concreto’ –, os quais envolvem todos os campos de suas vivências, mas podem também se embasar em outros elementos, como a análise de consequências ou influências necessariamente externas, como a pressão da mídia, da opinião pública, de atores institucionais, de grandes advogados etc. Portanto, as influências extrajurídicas são mais evidentes na concreção de princípios, já que nessa circunstância se está diante de um espaço de maior indeterminação e, por isso, um pouco mais de juiz comporá a decisão.

Nesse contexto, antes de adentrar nas influências específicas, uma premissa há de ser considerada: «o juiz é sempre um ser humano»³⁵³. E como tal não pode ser imaginado como um ser absolutamente racional, como um robô ou um computador que interpreta e aplica o direito independentemente de suas pré-compreensões. Os já citados autores do realismo e do pragmatismo jurídicos, bem como Müller contribuíram para demonstrar que o direito está repleto de realidade, que não há como colocar o julgador em uma redoma de cristal que o isole do mundo e o coloque em um espaço ideal como o do juiz *Hércules* de Dworkin.

Diante desse cenário, cumpre alertar que a anunciada partição deste capítulo permite mostrar, sem qualquer pretensão de esgotamento, o leque de influências extrajurídicas que pode ter ingerência sobre o magistrado e, por consequência, sobre a decisão judicial. Ou seja, a divisão proposta é meramente didática, porém importante para demonstrar alguns elementos potencialmente influenciadores da decisão judicial.

³⁵³ Nesse linha de olhar para a decisão judicial estão POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 18, 47, 82; *Idem*, *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 10 e 41; BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual, op. cit., 2012, p. 190 e SOUZA, Arthur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 135, 142-143.

2.1. Influências intrínsecas à natureza humana do julgador: pré-compreensões, pré-conceitos e ideologia

Já disse Descartes, no século XVII: “a essência do homem é pensar”; “sou uma coisa que pensa, isto é, que duvida, que afirma, que ignora muitas, que ama, que odeia, que quer e não quer, que também imagina e que sente. (...), *penso, logo existo*”³⁵⁴. Esse famoso trecho do racionalista clássico realça que, no auge do pensamento racional, não se esquecia dos sentimentos e das paixões humanas.

Os intérpretes/aplicadores/construtores das normas jurídicas – os juízes – não podem ser vistos como seres inanimados que aplicam as normas segundo critérios puramente racionais; são pessoas concretas – de carne e osso – com suas idiossincrasias.

É na observação da humanidade do julgador que a doutrina percebe que a neutralidade não pode ser alcançada. A neutralidade se desprende da imparcialidade do julgador; esta é passível de ser identificada e protegida pela dogmática processual³⁵⁵; enquanto a neutralidade humana, conforme ressaltou Zaffaroni, mostra-se antropologicamente impossível³⁵⁶. É possível afirmar que o ser humano totalmente neutro não existe, nem mesmo estatisticamente, já que não se separa de suas vivências e pré-compreensões.

O mito da neutralidade na aplicação do direito tem origem remota: no centro da Idade Média. Decorre de um formalismo conceitualista, que se pretendia neutro e objetivo. Nesse período, a cientificação do direito tinha razão de ser. Sobre o período, Antônio Manuel Hespanha evidencia que

³⁵⁴ DESCARTES, René. *Discurso do método e Meditações*. (Os pensadores) Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 58-62.

³⁵⁵ Nesse sentido, são as normas que determinam o afastamento do julgador por motivos de suspeição ou impedimento, nos termos dos arts. 134 a 138 do CPC.

³⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994, p. 107-110.

(...) o direito doutrinal (*Professorenrecht*) readquire a sua tradicional indisponibilidade perante o poder e, de certa forma, pode legitimamente reclamar aquele papel de árbitro entre governantes e governados que se incorporou tão duradouramente na ideologia espontânea dos juristas e na auto-representação que eles tinham do seu papel sociopolítico. Foi isto que deu origem à imagem contemporânea de um Estado dirigido por juízes (*Richterstaat*) como ideal de organização³⁵⁷.

O mito da neutralidade do julgador foi dito e repetido por algum tempo. Hoje, contudo, esse mito resta superado. Luis Roberto Barroso salienta que a neutralidade, “entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influencias sociais”, e conclui: “isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção”³⁵⁸.

Os processualistas clássicos asseveram o mesmo. Mauro Cappelletti, por exemplo, afirma que o papel do juiz é muito mais complexo do que previam as doutrinas tradicionais, que diziam que o juiz tinha somente a função de declarar o direito como uma atividade passiva ao estilo da *boca da lei* de Montesquieu³⁵⁹.

Os processualistas recentes também têm a mesma visão. Comentando a dogmática processual civil, Fredie Didier Júnior destaca que “não se pode confundir *neutralidade* com *imparcialidade*. (...) Ninguém é neutro, porque todos têm medos, traumas, preferências,

³⁵⁷ *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2 ed. (s.local) [Portugal]: Publicações Europa-América, 1998, p. 189, § 8.3.3. Até mesmo na cientificidade jurídica atual essa pretensão científico-racional impera, ao menos na academia. Não se pode escrever uma pesquisa de cunho científico em primeira pessoa, usa-se sempre a linguagem impessoal, embora a ciência política já tenha abandonado essa prática linguística.

³⁵⁸ Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 12 set. 2012, p. 6.

³⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*(a). Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 33.

experiências etc. Já disse o poeta que nada do que é humano é estranho ao homem (Terácio:...)»³⁶⁰.

Outro que fala sobre o mito da neutralidade é o processualista crítico L.A. Becker:

Existe o juiz neutro? Se acreditarmos na neutralidade do juiz, precisamos acreditar na neutralidade do processo civil, do direito e da ciência. Hoje é difícil acreditar cegamente em todas essas neutralidades, sem incorrer em equívocos graves, e até certa ingenuidade. Veremos, portanto, que é impossível o juiz ser neutro, basicamente porque nem a ciência, nem o direito, nem o processo civil estão isentos de ideologia³⁶¹.

Poder-se-ai apresentar longas páginas com alguns recortes sobre a ausência de neutralidade do julgador, porém, além de cansativo, isso não parece necessário. Importa, aqui, investigar se a ausência de neutralidade do juiz influencia sua decisão. Então, busca-se identificar em que medida essa não-neutralidade pode influir no julgamento.

Se a neutralidade é impossível, então as vivências e as pré-compreensões do julgador estão presentes em sua decisão judicial, pelo menos aos olhos de quem não admite a neutralidade humana. Sendo assim, o juiz carrega consigo uma carga de experiências de vida, de valores pessoais (moral pessoal, pré-julgamentos, pré-conceitos etc.), de desejos e aspirações do que deveria ser o direito (ideologia).

Essas experiências prévias e pré-juízos do julgador são comumente nomeados de pré-compreensões do julgador³⁶². Nessa medida, a pré-compreensão da realidade e do direito não é mais desprezada, visto que toda interpretação contém em si um pouco das experiências do

³⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivum, 2007, p. 73.

³⁶¹ *O mito da neutralidade do juiz*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16673-16674-1-PB.htm>>. Acesso em 10 set. 2012, s. pg.

³⁶² “Os fatores políticos e pessoais criam pré-concepções, muitas vezes inconsciente, que o juiz projeta em cada caso”, diz sobre o ponto Richard Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 21, tradução nossa).

intérprete. Nessa linha, Miguel Reale, na página inicial das clássicas *Lições preliminares*, argumenta que toda pergunta já envolve, de certa forma, uma *intuição* do perguntado³⁶³.

De forma mais profunda, foi Gadamer que adentrou nos meandros das influências das pré-compreensões sobre a interpretação. Dizia ele que “o que vale para as perspectivas implícitas num uso linguístico, as tendências significativas que as *palavras* carregam, vale ainda mais para as nossas antecipações relativas aos *conteúdos* de um texto; antecipações que determinam positivamente a pré-compreensão que dele temos”³⁶⁴.

Inocência Mártires Coelho advoga a mesma tese quando observa que há um conjunto de fatores que “dirigem e modelam a nossa compreensão inicial sobre a matéria (...) que, de alguma forma, já foram vivenciados por nós e precisamente por isso guiarão os nossos passos na caminhada da reflexão”³⁶⁵. Adiante completa: “toda compreensão se dá a partir da *pré-compreensão* do intérprete”³⁶⁶.

Essas pré-compreensões estariam contidas no que Barbosa Moreira nomeou de *personalidade do juiz*: “o complexo de traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade”, a qual contempla as características somáticas do magistrado, como sexo, idade, cor da pele, condições de saúde física etc. e “até elementos relativos ao seu *background* familiar, às suas convicções religiosas, filosóficas, políticas, aos conceitos (preconceitos) que tenha acerca dos mais variados assuntos, à sua vida

³⁶³ *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1, grifo nosso.

³⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3ª ed. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 62. Em uma de suas principais obras, afirma que “a compreensão deve ser entendida como parte do acontecimento semântico, no qual se forma e se realiza o sentido de todo enunciado” (*Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 11ª ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 231). Nesse contexto, não descarta a importância das pré-compreensões na apreensão do sentido do texto interpretado. Até mesmo o aprendizado da linguagem, em seu “uso mediano”, faz parte dos conhecimentos existentes. Mas para sair de um círculo fechado de opiniões prévias, é preciso que se coloque “a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias”; pois “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”. O processo de interpretação “implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais” (Ibid., p. 357-358).

³⁶⁵ *Elementos de teoria da Constituição...*, op. cit., p. 18.

³⁶⁶ Ibid., p. 97.

afetiva, e por aí afora”³⁶⁷. Tudo isso, pode, na perspectiva ora defendida, influir na decisão judicial.

Nesse sentido, Jorge Amaury Maia Nunes afirma que não se ignora que “o prolator da decisão judicial, regularmente investido, carrega para o exercício da função toda a carga das suas experiências de vida, suas convicções ideológicas, seus pré-conceitos, seus pré-juízos, suas frustrações e preferências” e conclui dizendo que essas influências, “de modo mais ou menos efetivo, influirão na escolha do que configurará a premissa maior do esquema decisório externo. Deveras, esses intangíveis vivenciais – que são a própria história de vida do magistrado – repercutirão (ainda que ele não o queira) na formação do comando sentencial”³⁶⁸. Com isso concorda a doutrina³⁶⁹.

Richard Posner, por sua vez, aponta que “as pré-concepções desempenham um papel ainda quando pensamos racionalmente”³⁷⁰. Para ele, uma determinada posição pode variar ao largo de todo um espectro político, racial, religioso ou de gênero que está relacionado com (e muitas vezes influído por) uma determinada inclinação política, ou por experiências pessoais, ou profissionais, ou por diferenças na personalidade, e “estes atributos podem convergir e formar um molde mental que, por sua vez, gerará as pré-concepções específicas com as quais um juiz abordará um caso”³⁷¹.

³⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145 e segs.

³⁶⁸ *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010, p. 65.

³⁶⁹ Nessa linha, mesmo que o recorte possa ser reducionista, Habermas (*Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*, op. cit., 2003, p. 247) aduz que a “interpretação tem início numa pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e estado das coisas (...)”. No mesmo sentido, Häberle (*Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 14) mostra que a interpretação não é apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão do sentido da norma.

³⁷⁰ *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 81-82.

³⁷¹ *Ibid.*, loc. cit.

Portanto, consciente ou não das influências que carrega em seus pensamentos, o julgador necessariamente as considerará na confecção da decisão, mesmo que isso não conste da fundamentação publicada para o julgado. Isso ocorrerá sempre, inclusive diante de todo o esforço para pensar “racionalmente”. Todavia, a ausência contumaz de informação expressa sobre suas pré-compreensões ou ideologias (democráticas, feministas, de proteção de minorias, político-esquerdistas, político-direitistas etc.) na fundamentação da decisão é uma grande dificuldade a ser encarada para fins de demonstração de tais evidências.

Não se sabe ao certo por que muitos juízes negam a influência de suas pré-concepções sobre as decisões que proferem. Richard Posner tenta identificar os motivos: a falta de consciência delas, ou a força da retórica, ou a influência da propaganda do modelo legalista, ou o receio de retaliação sobre sua discricionariedade, ou para evitar responsabilidades por decisões impopulares [é mais fácil dizer: “a lei me compeliu a fazê-lo”]³⁷². Muitos magistrados preferem dizer que interpretaram as palavras das leis da mesma forma que os matemáticos fazem cálculos e interpretam fórmulas.

Antes de adentrar em exemplos específicos, é relevante expor o que alguns magistrados publicaram sobre a possível influência de suas pré-compreensões. Fátima Nancy Andrichi, em artigo já citado, comenta um caso apresentado por Calamandrei de um cavalo que tinha o hábito de morder, cuja ação foi severamente reprovada pelo tribunal. Nesse contexto, ela informa que um cavalo mordeu seu filho na infância. “Desde então, quando ouço falar em cavalo mordedor, sou inexorável”³⁷³. Partindo dessa história hipotética, questiona como seria se fosse julgar um caso de indenização por mordida de cavalo.

³⁷² *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 87.

³⁷³ *A minha pré-compreensão do ato de julgar*. 24 dez. 1997. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%C3%A9-Compreens%C3%A3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em 10 set. 2012, p. 1.

A partir daí desenvolve argumentos sobre a possível canalização inconsciente das vivências do magistrado sobre seu ato decisório e, ao final, alerta para a necessidade de cuidado que ela (ou qualquer outro magistrado) deve ter para não cair na tentação de julgar somente conforme sua visão de mundo, pois “é certo que no ato de sentenciar não há como fazer evadir todo o sentido crítico que são prescritos pela concepção individualista”³⁷⁴.

Carlos Alberto Menezes Direito também avaliou a decisão judicial em artigo que indica que a simples letra da lei não é tudo para a interpretação. O juiz, segundo ele, também *olha e deve olhar* para a realidade. A “decisão judicial é, essencialmente, uma decisão humana” e, por isso, é “uma decisão que está subordinada aos sentimentos, emoções, crenças da pessoa humana investida do poder jurisdicional”, os quais “têm influência decisiva no trabalho de interpretação que o Juiz realiza”³⁷⁵. A importância dessa citação é que veio de um magistrado que sentia no dia-a-dia, conforme cita, a presença de um sentimento de realidade e de justiça a influir sobre as decisões que proferia.

Dois casos concretos de que participou são salutares para demonstrar que muitas vezes as convicções pessoais (de justiça) são a verdadeira razão de decidir. Primeiro, um caso “acerca da verificação do *quorum* de instalação de assembleia geral de determinado clube carioca. Apliquei, então, a doutrina da força normativa dos fatos de Georg Jellinek”³⁷⁶. Poderia ter aplicada qualquer outra teoria, poderia dizer que isso se respaldava em princípios gerais do direito (e indicar algum), ou aplicar por analogia algo próximo a *affectio societatis* ou alguma regra específica da lei 6.404/76, ou ainda ponderar princípios constitucionais. Não importa; sua

³⁷⁴ Ibid., p. 2.

³⁷⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000, p. 26-30. “O Juiz, quando interpreta, jamais é neutro. (...) Dizer que o Juiz é neutro quando presta a jurisdição é uma hipocrisia” (Ibid., p. 30-32). Informa no texto a presença da razoabilidade ou da lógica do razoável como fundamento de correção da lei, além de citar a importância da realidade e da análise das consequências para a decisão judicial.

³⁷⁶ Ibid., p. 36-37.

percepção foi de que alguns determinados fatos conduziam ao que era *justo* e isso lhe permitia decidir. Em suma, o que aplicou foi sua concepção particular de *justiça*, cuja base de sustentação se firma em suas pré-compreensões, em sua particular maneira de ver o mundo.

O segundo caso, que cita como bom exemplo da análise das consequências, trata da fixação de dano moral. Diz respeito à primeira vez que o STJ “assumiu a responsabilidade de mexer na jurisprudência assentada, com base na Súmula n° 07³⁷⁷, para corrigir o excesso que desmoraliza a atividade judicante”³⁷⁸. Diz ele:

Na ocasião, todos concordaram que, embora o constituinte dos oitenta não tenha criado o Superior Tribunal de Justiça com esse objetivo, impunha-se rever a jurisprudência, em caráter excepcional, para evitar a decisão judicial absurda. No seu voto, o Ministro Naves ressaltou que ‘seja lá qual for o critério originariamente eleito, o certo é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foi constitucionalmente cometida tão relevantes missões, forneça disciplina e exerça controle de modo que o lesado, sem dúvida alguma, tenha reparação, mas de modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente atingido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa’ (Resp n° 53.321-RJ)³⁷⁹.

É nítido que o STJ foi de encontro a sua então jurisprudência assentada por razões de *justiça material* (vedação ao enriquecimento sem causa), mesmo contra as suas competências constitucionais originárias, conforme ressaltou o próprio Ministro Menezes Direito, que participou do julgamento. O trecho do voto destacado deixa implícito que o Ministro relator entendeu, segundo critérios de sua própria vivência, que o critério “originalmente eleito”, “seja lá

³⁷⁷ Ibid., p. 37-38. Que afasta o reexame de fatos e provas, permitindo unicamente a subida de recursos sobre questões jurídicas. Sabe-se, contudo, que esta súmula hoje é afastável quando o STJ acredita relevante o julgamento do caso, seja em relação ao dano moral excessivo ou ínfimo, seja respeitante a qualquer outra matéria. Quando quer conhecer o recurso especial a Corte diz que não se trata de valoração da prova, mas de aferição da qualificação jurídica dada aos fatos ou valoração jurídica da prova. Por todos, REsp 4.589, rel. Min. Athos Carneiro, RSTJ 27/303 e REsp 24.654-8, rel. Min. Waldemar Zveiter, RSTJ 52/131. O mesmo ocorre no STF para afastar a súmula 279, cf. RE 88.716, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 92/250 e ERE 77.539, RTJ 74/144.

³⁷⁸ Ibid., p. 39-40.

³⁷⁹ Ibid., p. 40.

qual for”, não condizia com sua visão de razoabilidade, de justiça (com a qual o colegiado concordou). Não se está aqui defendendo a inafastabilidade da súmula 7 do STJ, mas sim demonstrando que não foram razões jurídicas que levaram a essa decisão, mas sim razões essencialmente ligadas ao critério de justiça, à moral (o que é justo) dos que julgaram a lide.

Mesmo admitindo a possibilidade de os conceitos morais (no caso, valorações de justo ou injusto, razoável ou não-razoável) servirem de parâmetro de correção ou concreção do direito³⁸⁰, é nítida a influência da personalidade dos julgadores, de suas pré-compreensões acerca do que é um valor de dano moral considerado justo. Sendo em uma valoração eminentemente moral, a qual apoia o direito mas não se confunde com ele, é nítida a participação das pré-concepções e ideologia dos magistrados nesse espaço de abertura (indeterminação) jurídica.

A doutrina não diferencia termos como pré-compreensões, pré-conceitos ou «ideologia»; os utiliza como se sinônimos fossem. Talvez não seja mesmo possível diferenciá-los. Contudo, é possível que haja nuances entre eles que sejam salutares à identificação de seu correto conteúdo. Terry Eagleton em sua obra *Ideologia: uma introdução*, em que analisa o conceito de ideologia, mostra o quão diversos, e às vezes antagônicos, são os sentidos do termo. Ele elenca pelo menos quinze conceitos de cunho político, epistemológico, pejorativo ou não, eis alguns: unidade de ideias de determinado grupo ou classe; pensamentos (falsos ou não) que ajudam a legitimar o poder político; formas de pensamento motivadas por interesses sociais; conjunto de crenças motivadas a um fim³⁸¹.

Sendo assim, a percepção inicial se confirma: não é possível distinguir com fidelidade os termos supramencionados. Mesmo assim, é possível adotar, para os fins desta pesquisa, uma

³⁸⁰ No primeiro capítulo, item 1.2, se disse que, segundo o conceito de direito adotado (pós-positivista modesto, na linha de Alexy) a moral não faz parte do direito, em que pese seja utilizada para sua correção, quando o direito for claramente injusto, ou em espaços de indeterminação jurídica, quando o legislador abre espaço para a moral, por meio de princípios ou conceitos vagos.

³⁸¹ EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora UNESP/Boitempo, 1997, p. 15 e ss.

percepção de «ideologia» como uma forma mais coesa de ver o mundo, como uma conexão de ideias no mesmo sentido, como um modelo mental mais elaborado das pré-compreensões, que contenha um sentido mais delineado. Seria, por exemplo, um bom termo para definir as convicções pessoais sobre a democracia, ou sobre a social-democracia, ou sobre o próprio conceito de justiça, ou sobre qual é o papel do Poder Judiciário no Estado brasileiro.

Enquanto os termos pré-compreensões, pré-julgamentos, pré-juízos, pré-conceitos etc. procuram indicar de uma forma menos coesa ou coerente os conhecimentos adquiridos com a experiência, como, por exemplo, quando um juiz *sente* que uma testemunha está mentindo. Não obstante, não se pretenderá imputar aos sentidos de ideologia ou pré-concepções qualquer rigor técnico-conceitual ou excludente entre si.

Já dizia Nilo Bairros de Brum: “nem mesmo as práticas dos setores mais neutros da ciência estão livres das influências ideológicas, (...) podendo-se dizer que toda a atividade jurídica é uma prática ideológica”³⁸². Sendo assim, tanto a ciência quanto a prática jurídicas contêm elementos ideológicos e não são, como já dito, neutros.

Exemplos hipotéticos da ideologia de um juiz existem em situações bem visíveis em Varas de Fazenda Pública ou Varas Federais quando se percebe, pelo conjunto de suas decisões, que algum magistrado é claramente pró-Fazenda ou pró-contribuinte/cidadão³⁸³. Ou ainda na Justiça do Trabalho, em que há juízes que são pró-trabalhador e outros que não o são. Richard Posner indica que, nos EUA, existem juízes que são tendentes a se pronunciar pró-governo, têm

³⁸² *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 11.

³⁸³ Poderia até se investigar se isso estaria ligado (como causa ou efeito) à história profissional do magistrado. Mesmo sem qualquer prova científica disso, com base na vivência do pesquisador, é nítido que o juiz que atuou como Auditor da Receita, Procurador de Estado ou da Fazenda Nacional costuma ter um olhar mais pró-Fazenda. Mais isso é só uma percepção pessoal desprendida de demonstração científica. Nos EUA, a pesquisa de Frank CROSS (*Decision making in the U.S. Courts of Appeals*. Palo Alto: Stanford University Press, 2007, p. 43-53) as características profissionais prévias do juiz, como, por exemplo, ele ter sido anteriormente fiscal, podem ser significativas para a decisão (bem como a ideologia do presidente que o indicou, mas isso não vem ao caso por aqui).

“a inclinação pró-governamental”³⁸⁴. Fátima Nancy Andrigui, nesse mesmo sentido, lembra que “há juízes que, sem explicação confessada são irredutíveis em condenar sempre ou nunca condenar”³⁸⁵. Esses são somente exemplos hipotéticos de que existem influências extrajurídicas sobre a decisão judicial, nestes casos da ideologia do juiz.

E quanto à magistratura como um todo, seria possível falar em ideologia do Poder Judiciário? Se fosse feita uma pesquisa empírica, talvez se encontrasse a busca da justiça como pilar central, mesmo que não se indicasse unissonamente o que é o justo. E aqui se concorda com Richard Posner quando afirma que de maneira geral os juízes estão intencionados em produzir boas decisões, julgamentos justos, em entregar *justiça* em seu labor diário³⁸⁶. Mas a que justo? Ao custo de superar a lei quando for necessário? Ou de afastar a jurisprudência? Ou mesmo a julgar contra as provas, mas a favor da justiça (sem explicitar isso, por óbvio)?

Mesmo sem poder responder todas essas perguntas, pesquisas empíricas podem ajudar. Luiz Werneck Vianna e outros realizaram pesquisa de opinião no fim do século passado, mais de dez anos após a promulgação Constituição de 1988. Antecipa-se sua conclusão: o Poder Judiciário não se mostra mais neutro em relação aos anseios sociais. Os dados mostram que “a perspectiva de um Judiciário neutro em relação aos processos de mudança social contou com adesão de apenas 16,5% dos juízes de primeiro grau em atividade”, ou seja, 83,5% defendem

³⁸⁴ E isso, independente ao partido de indicação. Seria uma tendência anterior ao ingresso na magistratura, seria uma característica “dos antecedentes pessoais de um juiz”, que podem estar relacionadas a um trabalho anterior no Ministério da Justiça em sua juventude, por exemplo, em que ficara impressionado pela competência e imparcialidade dos servidores desse departamento. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 88-89.

³⁸⁵ *A minha pré-compreensão do ato de julgar*, op. cit., p. 2. Não resta claro se se referia à esfera penal, mas parece ser.

³⁸⁶ *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 11-27. Mesmo sabendo que estes conceitos são eminentemente morais, nos parece que os juízes, de modo geral, pensam assim, mesmo que cada qual tenha uma percepção moral do que é *justo* ou *boa decisão*.

uma não-neutralidade³⁸⁷. Percebe-se aqui uma clara intenção de permitir o influxo da realidade sobre o direito por meio das decisões judiciais.

Em outra pesquisa dos mesmos autores, 74% dos magistrados responderam que “o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais”³⁸⁸. Aqui a conclusão é diferente: os magistrados acreditam (e realizam isso na prática) que a decisão judicial deve ser utilizada como meio de correção dos problemas sociais. Não somente a lei, portanto.

Em outra pesquisa de opinião entre os magistrados, Armando Castelar expõe que 48,7% dos entrevistados concordaram inteiramente com a afirmação de que a nova situação da economia do país (após 10 anos de reformas econômicas) dependerá de um Judiciário mais ágil, acessível, previsível e imparcial; ao mesmo tempo em que 74,5% dos juízes acreditam que intervenções judiciais da União simplesmente para retardar o cumprimento de suas obrigações são muito frequentes³⁸⁹. Em suma: querem ver suas decisões cumpridas, inclusive aquelas que digam respeito a grandes valores (onde a União costuma intervir mais).

Luiz Werneck Vianna e outros concluem a partir de outras pesquisas que houve uma mudança de posição do Judiciário ao longo dos anos, sobretudo após a Constituição de 1988; antes como um poder periférico, “encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais”, passa a se mostrar como uma instituição central à democracia brasileira, “quer no que se refere à sua expressão propriamente política quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social”³⁹⁰. Aqui o olhar é para o Judiciário como instituição.

³⁸⁷ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacius Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997, p. 14.

³⁸⁸ SADEK *apud* VIANNA *et al.*, *Ibid.*, loc. cit., p. 17. Não se encontrou a fonte original.

³⁸⁹ *O judiciário e a economia na opinião dos magistrados* (relatório de pesquisa). São Paulo: IDESP, 2001.

³⁹⁰ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacius Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 9.

Essas pesquisas demonstram uma clara posição dos magistrados (ou do Poder Judiciário como instituição) em olhar para a realidade de maneira “sensível aos problemas sociais”. Isso, por si só, já mostra uma ideologia, talvez não compartilhada por todos, mas pela substancial maioria dos juízes. Isso mostra fortes indícios de que sua vontade de buscar soluções para os problemas sociais brasileiros pode influir nas decisões que tomam.

Talvez seja por esse motivo ideológico (resolver problemas sociais, por exemplo) que tantas decisões pelo Brasil em ações civis públicas têm imposto obrigações ao Estado para realização de políticas públicas ante a quadros de omissão inconstitucional. É certo que cumprir a Constituição é uma obrigação de todos os Poderes e que a omissão inconstitucional legitima, segundo determinadas correntes do direito, o Judiciário a agir. Aqui não se diz o contrário, mas sim que existem também outras correntes que falam exatamente o contrário: a omissão não legitima o Judiciário a agir, ou só uma omissão flagrante o faria³⁹¹. Assim, no fim das contas, a decisão por uma ou outra posição é essencialmente ideológica, pessoal do julgador. Reflete sua ideia de direito, sua percepção sobre o papel do Judiciário na democracia brasileira.

Entenda-se que não se está aqui fazendo um juízo de valor sobre se é certa ou errada uma postura, digamos, mais ativista ou menos³⁹². O que se diz é que a opção por ordenar a construção de escolas, hospitais, casas para menores infratores ou abrigos para famílias invasoras

³⁹¹ A própria percepção de legitimidade do Judiciário para agir diante da omissão inconstitucional é moral (de cunho ideológico ou de política judiciária). Isso porque, apesar de haver referências constitucionais de legitimação (mandado de injunção e da ADI por omissão etc.) e obrigações constitucionais para com a infância, saúde, educação etc., *essa legitimação não decorre estritamente de um texto claro e denso (alta densidade normativa) da Constituição*. A Carta não diz o que é omissão (ou a *mora* que pressupõe) ou como configurá-la ou ainda até onde ir diante dela. Em linhas gerais, a maior ou menor possibilidade de intervenção judicial decorre da aceitação ou não de uma postura mais ou menos ativa de intervenção judicial nas políticas públicas. E aí as pré-compreensões podem ser a principal causa de uma decisão.

³⁹² Sobre o ativismo judicial, no sentido de legitimidade de algumas posturas e legitimidade de outras, ver FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial...*, op. cit., *passim*. No sentido de uma maior ilegitimidade do ativismo, ver RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

é uma opção de cunho pessoal (ideológico)³⁹³ do juiz. Isso porque esta espécie de decisão necessita de uma ponderação de valores (ou de princípios, se preferir): de um lado, a separação rígida de poderes, a liberdade de conformação do legislador ou a democracia (com os quais se vinculam formalistas, ou positivistas, ou legalistas, ou democráticos), de outro, o do direito da criança, ou do idoso, ou do preso, ou dos doentes, ou dos sem terra, ou a força normativa da Constituição (com os quais se vinculam pragmatistas ou pós-positivistas ou os que não aguentam mais ver essas situações de descaso)...³⁹⁴

Em suma, ao final, será uma decisão muito mais afeta à pauta ideológica do(s) julgador(es) que ao direito positivo, já que este não ajuda na resposta (zona de indeterminação jurídica), nem mesmo a moral média social (se é que existe uma) determina *uma* resposta.

Elival da Silva Ramos, por exemplo, que escreveu um livro contra o ativismo judicial do STF reforçando significativamente o positivismo (reflexivo e integral), posiciona-se mais favoravelmente à autocontenção judicial; para ele, em linhas gerais, uma postura mais ativa do judiciário em questões políticas ou de políticas públicas sociais é ilegítima³⁹⁵. Nos EUA, Antonin Scalia, um fervoroso defensor do *originalismo* ou, em suas palavras, *textualism*³⁹⁶ – que seria um

³⁹³ E a abertura do pós-positivismo para a moral não fará surgir a resposta para a aceitação ou não da legitimação decorrente da omissão. Essa escolha é essencialmente moral (de cunho ideológico ou político). Não uma moral média, ou social, ou que busque a integridade de Dworkin, mas de valoração pessoal do julgador: pesa mais colocar crianças em escolas que o princípio democrático (liberdade de conformação do legislador) ou, por outro lado, pesa mais a separação de poderes que construir um abrigo para sem tetos. Essas decisões são tomadas por uma pauta pessoal-ideológica (sobre o que cada juiz pensa do direito e do papel do Judiciário). Em suma, a moral não é direito, embora o apoie.

³⁹⁴ A rotulagem dualista elencada é meramente provocativa, uma vez que mesmo positivistas poderão ser favoráveis à realização de políticas públicas diante da omissão inconstitucional ou pragmatistas podem não o ser na mesma situação fática. A intenção é somente instigar o pensamento de que a decisão é acima de tudo uma decisão moral ou política do julgador e somente dele (ou do colegiado). E, nesse cenário, a verdadeira razão de decidir partirá da visão que o juiz tem do mundo e não de uma pauta jurídica determinada.

³⁹⁵ *Ativismo Judicial...*, op. cit., *passim*. Ele não é juiz, é professor e Procurador do Estado de São Paulo, mas se fosse sua posição estaria mais clara.

³⁹⁶ O *textualismo* de Scalia está extremamente ligado à realidade constitucional americana, pois retrata uma visão de que o judiciário (e mais detidamente a Suprema Corte) precisa identificar o que dizia o texto original dos fundadores, dos constituintes de uma constituição extremamente sintética e escrita em 1787. Mesmo assim afirma que o texto não pode ser estritamente construído, mas razoavelmente construído a partir de tudo o que contenha a mensagem

formalismo de regras³⁹⁷ –, também defende uma autocontenção judicial³⁹⁸. Mesmo que em algumas de suas decisões ele fuja desta postura³⁹⁹, é possível afirmar que Scalia tem uma convicção ideológica nesse sentido.

Na outra ponta, poderia se colocar Gilmar Ferreira Mendes, cujos escritos e decisões demonstram que é favorável a uma postura mais ativa do Judiciário em questões de omissão inconstitucional⁴⁰⁰. Não que isso indique que ele sempre será favorável à intervenção judicial em políticas públicas, mas dá indícios de que sua visão ideológica se liga mais à corrente que legitima o Judiciário a agir ante a omissão inconstitucional.

Longe de querer fazer qualquer previsão de decisões judiciais futuras, tudo isso expõe que as convicções pessoais de cunho ideológico também estão presentes na decisão judicial, não como razões acessórias, mas como motivos ou causas principais da decisão. Em alguns casos a escolha pode ter uma causa muito mais afeta à ideologia ou às pré-compreensões do juiz, que ao direito ou ao peso relativo dos princípios sopesáveis ou ponderáveis, pois o direito tem respostas igualmente defensáveis para lados opostos.

É tempo de caminhar para a prova de que as influências pessoais do julgador (de suas pré-concepções ou ideologia) podem ser a principal razão de ser de uma decisão. Com apoio na

original. SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 23-25.

³⁹⁷ Sobre as várias formas do formalismo segundo a concepção norte-americana, ver POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 18, nota 16.

³⁹⁸ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1998, *passim*.

³⁹⁹ Nesse sentido, POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 19-20.

⁴⁰⁰ Nesse sentido, na doutrina MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva/IDP, 2011, p. 1285-1335. Em seus julgados, por todos, MI (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 divulg 30-10-2008. Não obstante, em contato acadêmico com ele na condição de professor da pós-graduação *stricto sensu* da UnB, mostrou diversas preocupações com a possibilidade de intervenção judicial em algumas áreas (políticas públicas). Disse (informação verbal, maio de 2012) que a análise judicial quanto à questão dos medicamentos, por exemplo, é somente superficial, ou seja, o Judiciário não consegue mexer na estrutura do problema, mas sim na superfície, em problemas episódicos. Segundo o professor, a estrutura do problema depende de cálculos médicos e estatísticos da Administração, de convicções políticas (Executivo e Legislativo) etc. Com essa ressalva, que às vezes não é nítida, poder-se-ia indicar sua ideologia como sendo, digamos, mais pró-ativa no controle das omissões constitucionais.

análise de conteúdo⁴⁰¹, é hora de identificar no discurso a presença de termos que possam demonstrar direta ou indiretamente a presença das pré-compreensões do juiz. Para tanto, serão analisados alguns casos concretos que demonstram a existência das pré-compreensões do julgador.

O primeiro caso, cuja existência foi informada por Jorge Amaury Maia Nunes, é um famoso caso de homicídio que ocorrera na região do Conic em Brasília na década de 90, em que a única testemunha era um homossexual⁴⁰². Houve a pronúncia do réu em primeira instância, mas a Turma de julgamento o TJDFt entendeu por bem reformar esta decisão para absolvê-lo ante à inidoneidade (suspeição) da testemunha ante a sua opção sexual.

A ementa do julgamento de segunda instância conteve única e exclusivamente a rejeição do testemunho por razões de suspeição: “(...) Decisão que se louvou em único testemunho suspeito – Despronúncia – Recursos providos – Unânime. Não pode ser considerado indício o testemunho de pessoa declarante suspeita, com evidente interesse na causa”. Porém, o voto continha dois fundamentos para afastar a validade probatória do testemunho: a) “*desvio ético e moral da testemunha*” e b) sua intimidade com a vítima do crime.

Interposto recurso especial, o voto do Ministro relator Luiz Vicente Cernicchiaro, que deu provimento ao Resp 154.857, julgado em 26.05.1998, teve como principal fundamento a impossibilidade de se afastar testemunha em razão de sua opção sexual, *in verbis*:

Voto do relator: A história das provas orais evidencia evolução, inclusive no sentido de superar preconceitos com algumas espécies, de que é exemplo, o depoimento testemunhal efetuado por certas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade

⁴⁰¹ Análise de conteúdo é um método de pesquisa utilizado nas ciências sócias para análise *qualitativa* do discurso, que, em geral, “têm por objeto situações complexas ou estritamente particulares”. Pode ser utilizada para analisar: “atitudes, motivações, expectativas, valores etc”. Investiga o discurso a partir da busca por conteúdos particulares (textuais, implícitos, etc.) que demonstrem a existência expressa ou implícita de fatores característicos que comprovem da hipótese pesquisada. Baseia-se na “presença ou ausência de tal ou qual conteúdo particular”. O referido método permite a “confiabilidade” e “validez” da pesquisa. RICHARDSON, Roberto Jarry *et al.* *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, 38-47.

⁴⁰² Número do processo: 199700718891.

(ao menos plena) a pessoas recebidas com restrição na sociedade. Exemplos: escravos, estrangeiro, preso, prostituta. (...) Hoje, juridicamente, a distinção está sendo afastada. Todavia, mais no plano formal do que da efetiva isonomia material. A pouco e pouco, o acentuado desnível vai desaparecendo. (...) O final do século XX precisa caracterizar-se como reação aos estereótipos que mantêm os excluídos em situação marginalizada.

Ementa: RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA – HOMOSSEXUAL. (...) Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isenção, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica⁴⁰³.

O Revisor discordou do relator ao fundamento de que seria uma discussão fática, que se fundava em indícios de amizade íntima entre a vítima (e não o acusado) e a testemunha. O vogal teve que decidir: ficou com o relator ao afirmar que se havia interesse da testemunha por outros motivos (que não de opção sexual), cabia ao júri decidir. Com isso, o STJ decidiu pela pronúncia.

Observe, contudo, que a recusa do testemunho da vítima contemplou, entre outros, os seguintes fundamentos indicativos das pré-compreensões dos desembargadores da Turma do TJDF: “*desvio ético e moral da testemunha*”, “não posso considerar como indício o testemunho de uma pessoa *amoral*, amiga íntima da vítima, com a qual vivia no mesmo teto”, “como penso não se deve aceitar compromisso de honra [de homossexual e ‘amante’ da vítima]”⁴⁰⁴.

O conteúdo da decisão fala por si. Os desembargadores do TJDF na ocasião externaram seu preconceito contra a opção sexual, evidentemente um pré-julgamento, uma pré-concepção que influenciou definitivamente no resultado de um julgamento que poderia absolver

⁴⁰³ REsp 154.857/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/1998, DJ 26/10/1998, p. 169.

⁴⁰⁴ Ibid., loc. cit..

alguém de um crime grave como o homicídio. Mas nem sempre os pré-julgamentos são expostos na decisão, ou melhor, quase nunca.

Há outros exemplos de preconceito por parte de magistrados em relação a homossexuais, embora menos explícitos em suas conclusões, como “diante da palavra das vítimas, *ainda que sejam homossexuais*, e da prova testemunhal (...)”⁴⁰⁵ ou “o homossexual também goza do direito de propriedade. Quem manifesta essa opção não tem suprimida a capacidade de identificar quem subtraiu seus haveres mediante grave ameaça”⁴⁰⁶. Há ainda outros mais contundentes:

Roubo Qualificado. *Vadiagem*. Assalto ocorrido alta madrugada. (...) *Homossexual* com quem se envolvera pouco antes a vítima em prática amorosa. Interpelação da vítima pelos agentes sobre pagamento que seria devido ao homossexual. (...) Prova inconclusiva. Comportamento insincero da vítima ao omitir fato relevante ligado aos acontecimentos. *Credibilidade do depoimento abalada* (...) ⁴⁰⁷.

Além das decisões que refletem preconceitos sexuais (pré-compreensões, portanto), há ainda um caso que demonstra a existência de *pré-concepções religiosas* sobre a decisão judicial. Trata-se da ADI 3510, julgada pelo STF em 29.05.2008 para declarar a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (11.105/2005) que permitiu a pesquisa com células-tronco no Brasil, a qual foi circundada por um intenso e caloroso debate em diversos setores e nichos – mídia, igreja, associações, academia, empresas, grupos de interesse etc. – com diversos fundamentos

⁴⁰⁵ Acórdão n. 98419, APR1766197, Relator GETULIO PINHEIRO, 2ª Turma Criminal, julgado em 28/08/1997, DJ 15/10/1997 p. 24.645. Destaque não original.

⁴⁰⁶ Acórdão n. 105290, APR1778997, Relator GETULIO PINHEIRO, 2ª Turma Criminal, julgado em 07/05/1998, DJ 10/06/1998 p. 52. Fundamentos do recurso do MPDFT (constante no acórdão): “a decisão está fundamentada em elementos não contidos no processo, uma vez que não existe uma única informação quanto ser a vítima homossexual, conforme fundamentado na decisão, que se revela preconceituosa, ainda mais porque nenhum dos Apelados mencionaram ser a vítima homossexual ou que se tratava de um programa mal sucedido, e, ainda, que os autores de crimes de roubo não escolhem vítimas, pouco importando o caráter, a moral e a idoneidade da vítima”. Trecho do voto do relator para o acórdão: “Não afastamos a possibilidade de que o MM. Juiz, que colheu toda a prova testemunhal, inclinou-se em considerar a vítima homossexual, pois a experiência ensina que a maioria dos que manifestam essa opção sexual, para usar expressão da moda, ostentam — nem todos — trejeitos que lhes são peculiares. Isso, no entanto, considerada a conclusão do douto sentenciante, não lhe retira a proteção legal de ver respeitados seus direitos, incluído, como é o caso, o de propriedade (...)”. Trecho do voto da vogal: “O que fazia a vítima no local do crime, a 1:00 h da manhã, ou sua preferência sexual, são fatores que não podem interferir no julgamento dos acusados”. Sentença não encontrada.

⁴⁰⁷ Acórdão n. 44968, APR886387, Relator CARLOS AUGUSTO FARIA, Turma Criminal, julgado em 10/03/1988, DJ 10/03/1988 p. 1. Grifos não originais.

extrajurídicos (religioso, médico, ético, biológico etc.). O que menos foi evidenciado neste julgamento foram as questões jurídicas que cercavam a temática.

Analisando-se detidamente os votos e o debate ocorrido, percebe-se que os argumentos utilizados por todos os Ministros não contiveram somente motivações estritamente jurídicas, havendo apoio argumentativo na ciência biológica e médica⁴⁰⁸, na política⁴⁰⁹, na economia (países desenvolvidos)⁴¹⁰, na literatura⁴¹¹, entre outros. Apesar de utilizarem fundamentos não-jurídicos, a motivação utilizada por todos os Ministros, fez referência a princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade, da proteção à saúde, entre outros. Com isso, foi possível legitimar o discurso por um invólucro eminentemente jurídico.

Este e outros casos difíceis, que evidenciam um desacordo moral razoável, encontram-se normalmente em uma grande «zona de indeterminação jurídica», por isso se buscam notadamente fundamentos com bases não-jurídicas (ética, política, religião, ciência, medicina etc.). Contudo, não é este o ponto de interesse nessa ocasião.

⁴⁰⁸ Além da petição inicial do Procurador-Geral da República, os votos de todos os Ministros adentraram em aspectos da ciência médica e biológica: Ministro Aires Brito (dados positivos das pesquisas e doenças crônicas que poderiam ser tratadas, o início da vida segundo pesquisas médicas, etc), Ministra Ellen Gracie (pesquisa médica inglesa sobre a origem da vida humana após 14 dias), Ministro Menezes Direito (início da vida, microscópios, ética), todos os demais direta ou indiretamente referenciaram textos médicos ou biológicos.

⁴⁰⁹ O voto do Ministro Marco Aurélio demonstra uma forte presença de *argumentos políticos* na medida em que expõe e reverencia os ideais democráticos a partir de números estatísticos extraídos da votação da Lei de Biossegurança, que segundo ele, foi aprovada por 95% da população brasileira, 96% dos Senadores e 85% dos Deputados (representantes do povo), ressaltando a ideia de soberania popular. Nesse sentido, vide RESENDE, Wagner Silveira. O STF como elite política a partir das práticas decisórias: o papel da argumentação. *Revista Eletrônica de Ciência Política*, vol. 1, n. 2, dez. 2010. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/politica/article/viewFile/20431/13624>>. Acesso em 22.08.2011, p. 276-277. A Ministra Ellen Gracie também fez alusão à decisão democrática da maioria, informando que o STF não deveria adentrar nessa seara.

⁴¹⁰ O voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski apresentou um argumento *econômico ou desenvolvimentista* segundo o qual o Brasil deveria tratar o tema com *mais rigor* nos moldes do tratamento dado pelos países do “mundo civilizado” (França, Alemanha, Espanha, Estados Unidos e Países Baixos). Wagner Silveira Resende (Ibid., loc. cit., p. 277-279) nomeia este fundamento de decidir como “argumento de política de desenvolvimento comparado”. A Ministra Ellen Gracie também utiliza o estudo comparado para afirmar o contrário, que a legislação brasileira é compatível com a inglesa.

⁴¹¹ O argumento exposto pelo Ministro Lewandowski também adentrou na esfera da *literatura* ao indicar as obras de ficção de Aldous Huxley (*Admirável mundo novo*), George Orwell (*1984*) e Kafka (*O processo*) como fundamentos para seu receio quanto aos efeitos danosos que poderiam advir da falta de *rigor ético* da Lei de Biossegurança quanto à pesquisa de células-tronco, vislumbrando a possibilidade de um futuro nada promissor à humanidade. Wagner Silveira Resende (Ibid., loc. cit., p. 278) nomeia este argumento de *ad terrorem*. Também buscou respaldo na literatura o voto do relator, Ministro Aires Brito, ao citar Fernando Pessoa.

Aqui, o que importa é a posição do Ministro Menezes Direito, ou melhor, o que o levou (causa ou motivo) a tomar a decisão. Antes mesmo do julgamento, a imprensa já considerava como certo seu voto pela inconstitucionalidade devido às suas ligações com a Igreja Católica⁴¹². Era inegável sua ligação muito próxima com esta Igreja, era um católico praticante e devotado.

Considerando que a Igreja posicionou-se fortemente contra essa lei por acreditar que o embrião *in vitro*, célula-tronco, seria vida humana⁴¹³, a posição deste Ministro naturalmente foi influenciada. O que demonstra que, muito além dos fundamentos estampados em seu voto, por trás deles, de sua escolha, existiram razões não-jurídicas (de cunho religioso) que, apesar de não terem se tornado públicos em seu voto, foram (ou talvez tenham sido) sua causa principal. Trata-se de sua pré-concepção religiosa da realidade. Não que sua visão de mundo fosse restrita a este fundamento. Como se disse no início, o pensamento humano é deveras complexo para ser partido ou isolado dos demais sentimentos, pensamentos, raciocínios etc. Mas as evidências são gritantes.

À época a convicção religiosa do Ministro Menezes Direito (voto vencido) e do então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, autor da ADI, foram ressaltadas. Ambos eram católicos praticantes. Talvez, se o falecido Ministro tivesse participado do julgamento da ADPF 54 (aborto de fetos anencefálicos) muito provavelmente sua posição seria contrária ao aborto, já que a Igreja Católica defende com muita veemência essa posição. De novo, não se pretende fazer previsões de julgamento, mas sim e unicamente demonstrar que sua visão de mundo, sua ideologia religiosa, foram a razão fundamental de sua escolha judicial.

⁴¹² “Menezes Direito, entretanto, é um dos ministros cujo voto é computado como certo contra as pesquisas”, conforme a reportagem publicada na ocasião: FREITAS, Silvana de. Julgamento sobre células-tronco pode ser interrompido nesta quarta, *Folha de São Paulo on-line*, 05.03.2008. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u378761.shtml>>. Acesso em 15.08.2011. Isso devido às suas ligações com a Igreja Católica.

⁴¹³ Nesse sentido, *Presidência da CNBB reafirma posição contra Lei de Biossegurança*. Notícia. Disponível em <<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=253462>>. Acesso em 13 set. 2012. Diversos movimentos e protestos ocorrerão na ocasião contra a constitucionalidade da lei ou “em defesa da vida”, alguns deles noticiados nesse site.

2.1.1. Conclusões parciais

Todos os casos concretos ora apresentados confirmam a hipótese acenada no início deste tópico: as pré-compreensões, pré-julgamentos, experiências, ideologia etc. são elementos extrajurídicos que têm potencialidade de influir decisivamente sobre a decisão judicial. Esta influência extrajurídica existe e não pode ser esquecida pela ciência jurídica. É mais ingenuidade não os enxergar, *é tapar o sol com a peneira*.

Os exemplos dos preconceitos contra os homossexuais são relevantes porque mostram influências pessoais que afrontam o ordenamento jurídico, pois fazem cair por terra princípios constitucionais basilares de respeito à pessoa e à igualdade. Só que, muito além disso, eles fazem crer que existe uma imensidão de pré-julgamentos que influenciam em maior ou menor medida a colheita da prova testemunhal ou a valoração da prova.

Mesmo sem mencionar, o juiz pode dar maior credibilidade a uma ou outra testemunha, por qualquer critério que eleja, consciente ou não: como nervosismo, a segurança com que fala, sua vestimenta, seu grau de instrução, seu grau de proximidade com as partes, etc. Esse é um mundo à parte da decisão judicial: explicitando isso ou não, as vivências do juiz (inclusive seus pré-conceitos pré-formados) necessariamente estarão presentes na colheita da prova e sua valoração. Assim, a decisão judicial sempre terá um pouco do juiz que a profere, inevitavelmente. Isso se se levar em conta somente a fixação da premissa menor: as questões sobre provas.

Ainda há de se analisar a interpretação/aplicação da norma: a identificação da premissa maior. Também aí o juiz pode utilizar substancialmente elementos extrajurídicos (porque quer ou porque o direito não é determinado, não importa) para fixar a proposição jurídica aplicável, para identificar o âmbito da norma, para ponderar princípios em colisão. Trata-se da identificação da norma jurídica em seu todo completo, passível de aplicação à espécie. O exemplo da influência religiosa no julgamento da ADI 3510 demonstra isso.

Que elementos extrajurídicos influenciam em maior ou menor grau a decisão, isso já está demonstrado. Que em alguns casos essa influência externa pode ser a principal razão de decidir, isso também se demonstrou. Agora, se isso é dito ou não na fundamentação da decisão, aí é outro problema.

Na verdade, um grande problema, pois, já que o processo judicial é influenciável por questões pessoais, pela forma como o juiz vê o mundo, a omissão dos verdadeiros fundamentos da decisão, sejam jurídicos ou não (políticos, ideológicos etc.), além de pautar-se na insinceridade, é, em última análise, uma afronta à República brasileira. Isso porque é ínsito ao princípio republicano a controlabilidade dos atos públicos, e a ausência dos reais fundamentos de decidir impossibilita o controle hierárquico (recursal) e popular da decisão (opinião pública).

Já disse Posner, que existe um «princípio da publicidade» da decisão judicial, não aquele que no Brasil se encontra constitucionalizado (arts. 37 e 93, IX da CF), mas um que decorre dele, um mais específico, que informa que as verdadeiras causas da decisão devem estar efetivamente contidas na sentença⁴¹⁴.

E nada impede que os fundamentos utilizados sejam extrajurídicos (ou seja, que contemple realidade, fatos, valores, arte, medicina, consequências, política, sentimentos de justiça etc.). Como já disse Reale, “o direito é como o rei Midas: (...) converte em jurídico tudo aquilo que toca”⁴¹⁵.

Sendo assim, existe no direito um espaço de subjetividade inato, que vai desde a colheita da prova, passando por sua valoração (questões de fato) até a interpretação de um texto normativo com alta densidade normativa e, por fim, a escolha da norma aplicável por ponderação

⁴¹⁴ *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 179-180.

⁴¹⁵ *Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 56.

de princípios (questões de direito). E este espaço de subjetividade ou discricionariedade⁴¹⁶ será maior quanto menor for a densidade normativa do texto da norma a ser aplicada. Quanto mais indeterminado for o direito, mais o juiz terá liberdade decisória, maior será o espaço de ingresso de elementos extrajurídicos por suas mãos.

Frise-se: nestes espaços, maior será a «subjetividade do julgador» e não do direito. Isso porque o direito ainda terá vários meios de uniformização dessas decisões, de controle hierárquico etc. A realidade entra no direito pelas mãos do juiz, mas é controlada pelas mãos do conjunto de todos os magistrados, mesmo que, ao fim e a cabo, sejam alguns poucos desembargadores ou ministros que ditarão a decisão final, ainda sim serão muitas vezes e não uma.

2.2. Influências da mídia e da opinião pública

O direito e a decisão judicial são controláveis pela «opinião pública»: ela exerce um importante papel sobre a configuração do direito. Opinião pública e mídia se interrelacionam e influenciam mutuamente e podem, juntas ou separadas, influir sobre a decisão judicial, seja negativamente (criando juízos paralelos que não condizem com o processo) ou positivamente (controlando o Judiciário e suas decisões – esta será tratada no item 3.4).

⁴¹⁶ Há quem considere o termo discricionariedade judicial como sendo equivocado, como Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier (Existe a chamada “discricionariedade judicial”? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 18, n. 70, p. 232-234, 1993) que restringe seu uso à conveniência e oportunidade administrativa. No mesmo sentido é a posição do próprio orientador desta tese, Jorge Amaury Maia Nunes. Não obstante, acredita-se que o termo discricionariedade administrativa é sim restrito à conveniência e oportunidade *da administração*. Mas, por tudo o que se argumenta nesta tese, defende-se o uso do termo discricionariedade judicial como sendo um espaço de liberdade do juiz dentro das várias possibilidades e interpretações possíveis. Há, pois, um espaço de discricionariedade *judicial*, que não diz respeito à conveniência e oportunidade (restrito à administração), mas sim à *escolha* afeta ao juiz; escolha esta que não se restringe somente às zonas de indeterminação relativas às cláusulas gerais, mas a todos os espaços de indeterminação do direito em que as razões jurídicas (fontes, cânones hermenêuticos, postulados etc.) não determinam de forma única ou uniforme a decisão judicial. É dizer, existem diversos pontos ou temas em que a decisão cabe ao juiz dentro de balizas do direito; as quais servem como as margens de um rio, que limitam o curso d’água sem afastar o espaço aonde água, peixes e impurezas seguem. É a discricionariedade do juiz.

2.2.1. A opinião pública

Segundo Rubens Figueiredo e Sílvia Cervellini, opinião pública é “a expressão de modos de pensar de determinados grupos sociais ou da sociedade como um todo (que pode ser delimitada em municípios, estados, regiões ou países) a respeito de assuntos de interesse comum em um dado momento”⁴¹⁷.

Patrick Champagne conta que antes das pesquisas de opinião, a expressão opinião pública “era, supostamente, formada no plano coletivo, entre indivíduos diferentes que, no entanto, estão de acordo no quadro da mesma atitude (...)”⁴¹⁸; que o termo ganha uma noção pseudo-erudita no início dos anos 60 do século passado. E atualmente é usado por muitos como fator de legitimação do discurso. E conclui: “não existe ‘verdadeira opinião pública’, mas somente crenças na boa maneira de apreendê-la e avaliá-la”; o que existe é “apenas uma definição ‘social’ que é, por natureza, historicamente variável, e refere-se de fato, muito concretamente, ao campo social dos agentes que têm interesse a invocá-la, manipulá-la ou agir sobre o que, do ponto de vista social, é designado por esse nome”⁴¹⁹.

Não obstante, a força dessa entidade “inexistente” de forma uníssona, mas ao mesmo tempo tão presente, impõe mais investigação sobre seus termos. Opinião pública é comumente associada à mídia, à moral, à cultura, à sociedade, à pesquisa de opinião, à escolha eleitoral⁴²⁰.

Conforme destacado por Hebert Blumer, acompanhado por outros autores, opinião pública não se confunde com opinião majoritária, a primeira não corresponde simplesmente à opinião da maioria, refere-se, sim, a uma tendência central fixada por meio da concorrência de

⁴¹⁷ *O que é opinião pública*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996, p. 23-24.

⁴¹⁸ *Formar a opinião: o novo jogo político*. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 80-81.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 118.

⁴²⁰ FIGUEIREDO, Rubens e CERVELLINI, Sílvia. *O que é opinião pública*, op. cit., p. 14-15.

opiniões que podem apontar em diversos sentidos, inclusive antagônicos⁴²¹. Por isso, a participação de uma minoria atuante em sua construção é tão significativa.

No que diz respeito à origem, a opinião pública, segundo Rubens Figueiredo e Sílvia Cervellini, é criada no debate público, “ou seja, [em] um processo de discussão coletiva, implícito ou explícito”⁴²². A opinião de uma pessoa leva sempre em conta “o que lhe ensina seus pais, o que pensam as pessoas de suas relações, as informações que recebe da mídia, a análise de formadores de opinião (que pode ser um político, um artista, um jogador de futebol etc.) e assim por diante”⁴²³: assim se formam as opiniões.

Contudo, para a formação da opinião *pública* exige-se a expressão da opinião, sua divulgação mesmo que dentro do grupo que a expressa, seja em debates de grupos de pessoas, em discussões sindicais, em pesquisas de opinião. Por fim, essa expressão deve ser capaz de gerar *discussão pública*, de produzir opinião⁴²⁴. Em suma, para os autores, opinião pública é composta por opiniões, que se expressam publicamente e que tem capacidade de produzir mais opinião.

Já para Nilza Mouzinho de Sena, “opinião corresponde sempre a um juízo formulado a respeito de qualquer fato e a sua dimensão pública surge quando essa opinião é partilhada com um vasto número de indivíduos a tal ponto que, a observação emitida poderia ser de qualquer um deles”⁴²⁵. Sendo assim, pode haver opinião pública de um grupo de pessoas que se reúne em um “Clube Metafísico”⁴²⁶, de um grupo associativo, de um grupo sindical, de um grupo de pressão, de uma cidade, de um estado de um país, da humanidade.

⁴²¹ A massa, o público e a opinião. In: *Comunicação e indústria cultural: leituras de análise dos meios de comunicação na sociedade contemporânea e das manifestações da opinião pública, propaganda e ‘cultura de massa’* nessa sociedade. São Paulo: Companhia Editorial Nacional/EDUSP, 1971, p. 184.

⁴²² FIGUEIREDO, Rubens e CERVELLINI, Sílvia. *O que é opinião pública*, op. cit., p. 21.

⁴²³ Ibid., loc. cit.

⁴²⁴ Ibid., p. 22.

⁴²⁵ Espaço público, opinião e democracia. *Estudos em Comunicação*, n 1, p. 270-304, abr. 2007. Disponível em <http://www.ec.ubi.pt/ec/01/_docs/artigos/sena-nilza-espaco-publico-democracia.pdf>. Acesso em 14 set. 2012, p.

⁴²⁶ Referência ao já citado Clube que deu origem do pragmatismo, conforme informado no item 1.3.2.

A formação da opinião pública é um fenômeno múltiplo: percorre um indivíduo que recebe e apreende informações familiares, escolares, relacionais etc. – a partir dessas vivências forma suas opiniões – até a formação de opinião de um grupo maior, como formadores de opinião (professores, artistas, jornalistas, políticos etc.) ou formadores de massa (aquelas pessoas que têm a capacidade de serem ouvidas e seguidas, como comentadores televisivos, blogueiros, líderes etc.)⁴²⁷.

Um exemplo significativo e bastante atual da manifestação da opinião pública foram as manifestações ocorridas durante a Copa das Confederações em praticamente todas as capitais brasileiras. Como se viu, essas manifestações sociais, com as quais se concorda plenamente, foram expressões latentes da opinião pública dos brasileiros – nem sempre convergentes em seus pedidos principais, mas que se somavam em relação a insatisfações gerais contra os rumos da política e da desigualdade social. Não foi a mídia que colocou milhões de brasileiros nas ruas, foi a força da opinião pública, cuja origem (redes sociais, e-mails, telefonemas etc.) foi esparsa.

Ainda sobre a formação da opinião pública, pela extensão da comunicação de massa, a mídia exerce um expressivo papel de influência na opinião do grupo de pessoas que a recebe (lê o jornal, assiste à TV etc.). Para Patrick Champagne, a opinião pública é fortemente influenciada por grupos de pressão e pela mídia. O que antes era um espaço de organização da comunidade ou sindical passa a ser formalizado pela mídia. Mas essa formalização é uma dinâmica complexa; uma manifestação localizada sobre problemas fundiários, por exemplo, pode não ter nenhuma ou ter pequena repercussão se for noticiada somente pela mídia local. Para sair do silêncio (...) da mídia e entrar “em uma espécie de ‘círculo mágico’ que coloca um acontecimento (...) ‘sob os holofotes da atualidade’, é necessário ser capaz de produzir alguma coisa que se assemelhe ao

⁴²⁷ FIGUEIREDO, Rubens e CERVellini, Sílvia. *O que é opinião pública*, op. cit., p. 44-55.

que o campo jornalístico percebe, habitualmente, como ‘evento que mereça a primeira página’⁴²⁸.

Nesse cenário midiático, existem “decididores” do que será publicado (não somente os donos dos meios de comunicação e os editores, mas sobretudo eles), bem como exigências econômicas, de grupos de imprensa, políticas (parlamentares, governo, lobistas), de acontecimentos sociais, de atores coletivos (instituições ou grupos, midiáticos ou não) ou individuais (como assessores de imprensa, jornalistas) etc⁴²⁹. Tudo gira em um complexo sistema que é somente em parte controlável, pois algumas notícias podem escapar à vontade dos atores que a iniciaram⁴³⁰.

Opinião pública não se confunde com a mídia, mas esta é extremamente influente em formar ou alterar as opiniões coletivas. Ou melhor, os meios de comunicação de massa exercem influência na formação da opinião pública⁴³¹. E sendo dessa forma, destaca-se o especial interesse deste trabalho para captar as influências que potencialmente exerce sobre a decisão judicial.

2.2.2. A influência da mídia

Como disse Terrie Groth: “os juízes também leem jornais”⁴³².

A influência da mídia sobre a decisão conta atualmente com um importante estudo doutoral de Helena Abdo intitulado *Mídia e processo*, que será um dos referenciais deste tópico. Ela se preocupa com as influências dos meios de comunicação de massa sobre o processo; com

⁴²⁸ *Formar a opinião: o novo jogo político*. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 80-81, p. 222-223.

⁴²⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 230.

⁴³¹ ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75. Mas não é somente a mídia que influencia a opinião pública, mas o contrário também. Muitas vezes o interesse da mídia na divulgação de determinado tema decorre da captação de intenções de seu grupo de leitores ou telespectadores, da opinião do público.

⁴³² Informação verbal, dia 11/08/2012, compartilhada em conversa sobre a presente tese. Ele é professor adjunto da Universidade de Brasília.

os efeitos endoprocessuais causados pelo desrespeito ao dever de objetividade da mídia⁴³³. Acerca da objetividade, diz que a veracidade absoluta da informação precisa ser buscada como parâmetro ideal de conduta. Informa que a ausência de verdade objetiva da mídia pode causar dano, inclusive indenizável, conforme precedentes do STJ⁴³⁴.

Ressalta que a mídia é importante para a publicidade mediata do processo na medida em que deixa as pessoas informadas (direito à informação), o que permite o controle da opinião pública, mas essa informação precisa ser verdadeira, completa, imparcial, isenta; em suma, objetiva⁴³⁵. Cita diversos casos de abusos da imprensa no dever de informar com veracidade o que ocorre no processo, causando diversos danos, alguns irreparáveis.

Em sua conclusão, ressalta a necessidade de impor limites à atuação da mídia em processos judiciais (que para ela não seria censura). Entre suas sugestões para tanto, estão a contratação pela mídia de profissionais especializados para comentar notícias processuais, a contratação pelos tribunais de assessores de imprensa, a utilização da linguagem técnica correta, a concessão de visibilidade similar para ambas as partes do processo, entre outras⁴³⁶.

Sobre a influência da imprensa sobre o juiz e a decisão judicial, destaca:

Em suma, a objetividade pode ser considerada um escudo protetor do livre convencimento (motivado) do juiz, pois, ao mesmo tempo que assegura que a publicidade mediata [do processo judicial] se realize de forma correta, previne a formação de ideias preconcebidas e condicionamentos externos de qualquer natureza, tanto por parte do público (opinião pública) quanto por parte do próprio magistrado⁴³⁷.

O que se evidencia ao longo de toda sua pesquisa é que a mídia, para o bem ou para o mal, tem uma potencialidade de influir tanto na configuração da opinião pública quanto na

⁴³³ *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19-21.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 124-125. Um dos precedentes citados: STJ, 4ª Turma, Resp 453.598, DJ 19.12.2003.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 107-110; 223; 226.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 224-231.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 230.

própria decisão judicial. Histórias de prisões baseadas na força da mídia e da opinião pública por ela influenciada, exageros, condenações pela mídia, entre outras são relatadas. Todas as quais demonstram fidedignamente a potencialidade da influência da mídia sobre a decisão judicial.

Segundo Castanho de Carvalho, a informação midiática é de elevada importância devido a) a sua força para a formação da opinião, b) a influência que exerce sobre a capacidade de discernimento e comportamento dos sujeitos receptores da mensagem e c) o grande poder de persuasão exercido pela sua reiteração⁴³⁸. Isso ganha enorme relevância se se tratar de meios de comunicação de massa, como a mídia televisiva. Acrescente-se a isso que, na atualidade, a replicação da notícia pode tomar grandes proporções em meio virtual (websites da imprensa, blogs, facebook, twitter etc.), já que muitas vezes a reprodução sucessiva é automática.

Barbosa Moreira também já demonstrou preocupação com a influência dos meios de comunicação de massa sobre o processo, ao falar de possíveis distorções da imagem processual causadas pela mídia. Alegou que a linguagem processual é extremamente técnica e que, por isso, não é de fácil entendimento por qualquer pessoa⁴³⁹. É devido a esta potencialidade de influência da mídia sobre a decisão judicial que se abre o presente tópico. Alguns casos concretos demonstram essa influência.

Um famoso caso ocorrido nos anos 90 demonstra o forte aspecto negativo que a mídia pode ter sobre o processo, se o magistrado não perceber que ele também pode ser influenciado pela mídia e pela opinião pública. Trata-se do *Caso Escola Base* ocorrido em São Paulo, contado em detalhes na obra de Alex Ribeiro que leva o nome do colégio⁴⁴⁰.

⁴³⁸ *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 209-210.

⁴³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar do novo século. In: *Temas de Direito Processual*, quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 33-35.

⁴⁴⁰ *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Editora Ática, 1995.

Em março de 1994, a mãe de um aluno da escola suspeitou que ele pudesse estar sendo vítima de abuso sexual; comentou com outra mãe e foram juntas à Delegacia. O delegado Edélson Lemos acreditou nas duas e deu como certa a história. Tratou de chamar logo seus amigos da imprensa: *hora do show*⁴⁴¹. Aqui tem início cenas de terror, de abuso da imprensa e do direito contra o casal de senhores japoneses, donos da escola, e mais cinco suspeitos – todos os quais foram previamente condenados pela mídia, e depois pelo direito (prisão cautelar), sem contraditório ou ampla defesa e sem provas para tanto.

Alex Ribeiro conta que a partir do feriado de páscoa de 1994 as notícias da imprensa deixaram de ser um relato formal, para mergulharem em uma cobertura sensacionalista ao lado das mães das crianças supostamente abusadas⁴⁴². Os “jornais, incapazes de avaliar a histeria que se instalava, engoliram a história e deixaram a opinião pública ainda mais indignada com os ‘horrores’ da escolinha”⁴⁴³. Helena Abdo lembra de algumas manchetes sensacionalistas da ocasião, como da *Folha da Tarde* que publicou “Perua escolar carrega crianças para a orgia”, ou do *Notícias Populares* que destacou “Kombi era motel na escolinha do sexo”⁴⁴⁴.

Nesse furor da imprensa, prisões cautelares foram decretadas, as quais se basearam em um simples *fax* do médico legista (laudo não conclusivo) que informava dilatação e pequenos cortes no ânus de uma das crianças (posteriormente verificado que eram causados por assaduras frequentes que tinha)⁴⁴⁵. As circunstâncias das prisões também chocam. O delegado armou um *circo* para prender os suspeitos (que já tinham sido condenados por ele e pela mídia): chamou a

⁴⁴¹ Ibid., p. 64-75. Sobre o Delegado, Alex Ribeiro especula: “a vida policial é assim: quando não se tem um bom contato político, fica-se de molho. Mas na hora em que surge um caso de projeção, é só aproveitar, pois a sorte muda quase que de estalo e a carreira está feita. O caso da Escola Base era a chance esperada para uma promoção. O momento não poderia ser mais favorável. Lemos chefiava interinamente a 6ª DP porque o delegado titular estava doente. (...) Lemos, contudo, nega que tivesse usado o caso para se promover”. Ibid., p. 67-68.

⁴⁴² Ibid., p. 47.

⁴⁴³ Ibid., p. 56.

⁴⁴⁴ *Mídia e processo*, op. cit., p. 164.

⁴⁴⁵ RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base*, op. cit., p. 83-95; 131-145.

imprensa; convocou o casal de japoneses e outros suspeitos; disse aos advogados que não haveria prisões (mesmo com os mandados em mãos); convocou todos ao mesmo tempo⁴⁴⁶.

Nesse cenário teatral se deram as prisões que foram noticiadas por todos os meios de comunicação de massa e replicadas pelo país. As prisões cautelares foram deferidas pelo juiz-corregedor José Galvão Bruno sem que nem mesmo tivesse visto os autos e as provas, pois “confiava no delegado” (o mesmo que armara todo o show)⁴⁴⁷. Segundo um dos advogados “o juiz teria argumentado que uma decisão tão radical [de revogar as prisões cautelares] tiraria toda a autoridade do delegado. Seria desmoralizante. Galvão Bruno também teria comentado que tinha receio da opinião pública”⁴⁴⁸.

Na obra de Alex Ribeiro, há diversas fotos do ocorrido: uma delas demonstra o quanto a opinião pública se voltou contra o casal de japoneses e os demais acusados, no muro da escola foram pichadas frases como “estuprador de crianças”, “cadeira elétrica para todos”⁴⁴⁹. Tudo isso ocorreu em menos de dois meses, da ida das mães à delegacia ao arquivamento dos inquéritos a pedido do Ministério Público. Um verdadeiro espetáculo, com direito a leões (mídia), gladiadores (delegado e a Justiça paulista), e escravos a serem sacrificados (o casal e demais acusados).

A escola fechou: afinal, quem confiaria neles?(!). Antes disso, contudo, o casal havia conseguido, a duras penas, com empréstimos e apertos, elevar o número de aluninhos de 17 para 72, em dois anos, desde a compra da escola em 1992. E não foi só o fim de um projeto. Alex Ribeiro conta que Ayres, o senhor japonês, “não dorme sem tranquilizantes. Está sempre alerta

⁴⁴⁶ Ibid., p. 77-78. Alex Ribeiro conta que os advogados estranharam a marcação do mesmo horário para ouvir todos os suspeitos. Todos eles perguntaram o delegado se havia alguma prisão a ser feita, se havia mandados de prisão expedidos, mas o delegado Lemos negou todas as vezes que arguido. Todos consultaram os computadores e nenhuma decisão havia sido proferida até os depoimentos. Mas as ordens de prisão cautelar já estavam nas mãos do delegado. Assim, todos que foram depor no dia 05 de abril de 1994 foram presos.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 97-107. O título do capítulo é “O juiz-corregedor que prende por telefone”, onde afirma: a “prisão fora autorizada através de um telefonema” (Ibid., p. 98). Alex Ribeiro demonstra que a prova do IML não era conclusiva, conforme havia sido ressaltado pelo jornal *O Estado de São Paulo*.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 98.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 52-53.

quando anda na rua. Irrita-se com facilidade (...)” e sua esposa, Cida, “viu desmoronar o projeto de toda uma vida. Desde cedo sonhara com a escolinha. Hoje, nem aulas pode dar. Quem confiaria a ela uma sala cheia de alunos? Dinâmica, empreendedora, vê-se obrigada a passar as horas em casa, deprimida. Tornou-se adepta dos calmantes, também”⁴⁵⁰. O livro foi publicado mais de um ano após os acontecimentos.

Em conclusão: muitos foram os erros, mas o principal foi – no foco do presente trabalho – do direito. Por óbvio que a mídia errou, mas o juiz nunca poderia ter proferido decisão sem olhar as provas (confiando no delegado, *sic*), sem avaliar o que realmente existia nos autos e o que era o mundo paralelo criado pela mídia. O direito errou: erraram o delegado e, sobretudo, o juiz que profere uma decisão no meio de paixões da mídia e da opinião pública, em um caso que conhecia pelos jornais. Esse é um típico caso que demonstra que a mídia é capaz de influir decisivamente sobre a decisão judicial.

Helena Abdo comenta que a imprensa forma *juízos* ou *processos paralelos* (*trial by media*), que “são exatamente aqueles conduzidos pelos meios de comunicação social sem observância da objetividade e com prejuízo ao devido processo legal”⁴⁵¹. É a visão que a mídia forma sobre um processo judicial, que não condiz com o que está estampado no processo que pretende tornar público. Que não guarda similitude com o processo real⁴⁵². Se os autos judiciais são uma representação da realidade, os processos paralelos seriam uma representação dos autos judiciais (representação da representação), mas que não exprimam a verdade sobre estes.

Para García e Vijande, as campanhas da mídia sobre os processos judiciais não podem ser considerados simples juízos paralelos, visto que têm incidência concreta sobre as partes, o

⁴⁵⁰ *Caso Escola Base*, op. cit., p. 164.

⁴⁵¹ *Mídia e processo*, op. cit., p. 157 e ss; p. 160.

⁴⁵² ABDO, Helena. *Mídia e processo*, op. cit., p. 117.

juiz, as testemunhas, o júri e quaisquer outros participantes do processo⁴⁵³. Esse é o foco da presente pesquisa: demonstrar que a mídia pode ser um fator externo ao direito a influir sobre a decisão judicial (pode influir sobre o(s) juiz(es), sobre os jurados etc.).

Um dos exemplos indicados por Helena Abdo da impropriedade dos juízos paralelos realizados pela mídia foi um famoso caso americano ocorrido na década de 1960 nos EUA, *Sheppard v. Maxwell*⁴⁵⁴, onde Samuel Sheppard foi acusado de matar a esposa, Marilyn, grávida de quatro meses, com um taco de golfe. A Suprema Corte anulou todo o julgamento devido à influência da mídia, que consignou ter criado uma verdadeira “atmosfera carnavalesca”: nomes e endereços das 75 pessoas convocadas para o corpo de jurados foram publicados, citou-se o depoimento de uma testemunha acusatória que jamais ocorreu, provas totalmente estranhas ao processo ganharam destaque etc. Para Abdo, este foi um marco na influência endoprocessual causada pela falta de objetividade da mídia⁴⁵⁵.

Outro exemplo citado por ela foi o do *Edifício Palace II*, que desabou no Rio de Janeiro em 1998, depois de ser erguido pela construtora do então deputado Sérgio Naya. Para a autora, neste caso a mídia distanciou-se da objetividade esperada da informação jornalística⁴⁵⁶. Fato reconhecido pela própria sentença absolutória⁴⁵⁷, que afirmou expressamente que a divulgação do laudo pericial foi falseada e distorcida pela imprensa.

Segundo o juiz da causa, Heraldo Saturnino de Oliveira, a imprensa optou “pela simples e escancarada distorção. Frases foram destacadas e, para dar credibilidade à indagação estudada

⁴⁵³ GARCÍA, Antônio del Moral e VIJANDE, Jesús Maria Santos. *Publicidad y secreto em el processo penal*. Granada: Comares, 1996, p. 21-22.

⁴⁵⁴ As informações foram retiradas de duas obras: ABDO, Helena. *Mídia e processo*, op. cit., p. 162-163 e GARCÍA, Antônio del Moral e VIJANDE, Jesús Maria Santos. *Publicidad y secreto em el processo penal*, op. cit., p. 30-31.

⁴⁵⁵ *Mídia e processo*, op. cit., p. 163.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁵⁷ 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, processo n. 1998.001.184167-8.

do narrador ou narradora, mostradas em *close-up* sem qualquer menção ao texto que lhe dava sentido”⁴⁵⁸. Em outro trecho, indica:

[o]s culpados pela tragédia, antecipadamente culpados e submetidos à execração pública e apontados para linchamento pelos mais exaltados. Argamassa era exibida pela televisão como se fosse concreto, reboco era esfarelado entre os dedos em meio a gritos de que tinha sido utilizado como concreto (...) impurezas (...). Verificou-se depois que o Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança [do Rio de Janeiro], que o Instituto Nacional de Tecnologia e que dois insuspeitos professores da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro consideraram o concreto de boa qualidade, afastaram a possibilidade de utilização da areia da praia e de uso de água imprópria para sua utilização⁴⁵⁹.

A sentença foi absolutória e se baseou na prova técnica constante dos autos. Em segunda instância, a 5ª Turma do TJRJ condenou Sérgio Naya e o engenheiro da obra, Sérgio Domingues, por dois votos a um à detenção de dois anos e oito meses, convertida em prestação de serviços à comunidade e pagamento de multa, respectivamente de 360 e 200 salários mínimos⁴⁶⁰. Em 2005, ambos foram absolvidos pela 7ª Câmara Criminal do TJRJ por cinco votos a zero, mantendo-se a sentença absolutória ao fundamento de que houve erro processual do Ministério Público ao tentar modificar a acusação em segunda instância, além disso, a perícia técnica teria sido inconclusiva quanto ao erro de cálculo: só uma das perícias havia concluído nesse sentido, as outras não⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Conforme trecho da sentença copiado por MARCOLINI, Rogério. O caso Naya e a independência do Judiciário. *Boletim IBCCrim*, n. 105, ago. 2001, p. 545-546.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁶⁰ A notícia do julgamento foi publicada no mesmo dia pela Agência Brasil de comunicação e outros órgãos de imprensa. Por todos, Sérgio Naya é condenado pelo desabamento do Palace II. *Notícia Agência Brasil*, 17.12.2002. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2002-12-17/sergio-naya-e-condenado-pelo-desabamento-do-palace-ii>>. Acesso em 17 set. 2012.

⁴⁶¹ A imprensa não fez alarde sobre o tema, mas ressaltou a absolvição. Nesse sentido, TJ absolve Sérgio Naya e engenheiro por desabamento do Palace 2. *Folha on-line*, 07.06.2005. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u109809.shtml>>. Acesso em 17 set. 2012.

Não se pretende aqui fazer qualquer juízo de valor sobre a correção ou não do julgamento do TJRJ. Oito pessoas morreram e centenas de vidas foram arruinadas, alguém (erro ou dolo) ou alguma coisa (natureza etc.) deu causa ao desabamento, afinal prédios não costumam cair⁴⁶². Todavia, não há espaço aqui para analisar a fundo tal decisão. Ela serve, contudo, para demonstrar que a mídia teve forte influência na composição da opinião pública neste caso concreto, mas isso parece, ao final, não ter gerado reflexos endoprocessuais. Ao contrário, ao que tudo indica, mesmo com o forte clamor público e midiático na tentativa de culpabilizar Naya (um rico deputado...) a decisão judicial se ateve às provas dos autos.

Ao comentar este caso, Helena Abdo afirma que a imprensa escolhe sempre um lado da controvérsia e depois se cala se o outro lado ganhar. Para ela, o que se torna ainda mais grave é que a notícia acaba sendo replicada pelos demais meios de comunicação, sem que “nenhum deles demonstre preocupação com a objetividade da informação”⁴⁶³. Inclusive Rui Barbosa já foi acusado inveridicamente pela imprensa, tendo-lhe sido “imputados, mais de uma vez e injustamente, atos ilícitos e prejudiciais ao erário público, quando do exercício de cargos políticos”⁴⁶⁴.

Em alguns casos a imprensa erra, em muitos outros ela acerta. Mas a liberdade de imprensa impede que ela seja calada (para o bem da democracia, diga-se). Mas a questão ora levantada é: seja em momentos que ela acerta, seja em outros que ela erra – quando deixa de ser objetiva para aderir um dos lados da causa –, «a imprensa sempre será um fator potencialmente capaz de influir sobre a decisão judicial».

⁴⁶² A sensação de impunidade atinge inclusive o autor desta pesquisa, o que demonstra tamanha a influência das vivências sobre a neutralidade das pessoas, mas o Ministério Público teve todos os meios para demonstrar a culpabilidade dos réus. Se não o fez (por falha, pela incapacidade material de provar o ocorrido ou porque eles eram inocentes), não importa o motivo. Importa que a sociedade teve a chance de punir os acusados pela tragédia e a Justiça, diante das provas dos autos (e não da influência da mídia ou da opinião pública), os considerou penalmente inocentes.

⁴⁶³ *Mídia e processo*, op. cit., p. 161.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 117.

Até aqui as referências disseram respeito aos processos ordinários, que por algum motivo geraram interesse da mídia. Agora, é hora de reservar um pouco de atenção sobre eventuais influências da mídia nos julgamentos do STF e, até mesmo, sobre a transmissão ao vivo das sessões da Corte.

No julgamento do mensalão petista (AP 470), por exemplo, a participação da mídia e da opinião pública pode ter influído em um importante ponto do julgamento: *a prescrição*. Talvez se a imprensa, a sociedade civil e alguns Ministros não estivessem tão atentos à prescrição neste processo, ele pudesse não ter sido julgado antes de sua consumação. Isso é perceptível até nas palavras do relator, Ministro Joaquim Barbosa, conforme destacado pela colunista da Folha de São Paulo, Mônica Bergamo:

Ele [Min. Barbosa] também questiona a imprensa. Quando procurado por repórteres para falar do processo contra petistas, provoca, ao fim da entrevista: ‘E sobre o outro, vocês não vão perguntar nada?’. Recebe como resposta ‘sorrisos amarelos’. ‘A imprensa nunca deu bola para o *mensalão mineiro*’, diz ele⁴⁶⁵.

O Ministro criticou a cobrança da imprensa somente sobre o *mensalão petista*, e afirmou na mesma entrevista que o *mensalão mineiro* corre um risco maior de prescrição⁴⁶⁶. Ora, então uma das razões de o mensalão (petista) ter sido julgado é também a investida da imprensa. Não somente esta entrevista demonstra isso, mas diversas manifestações de cobrança da mídia, da sociedade civil e dos próprios Ministros do STF (utilizando-se da imprensa) provam tal fato.

⁴⁶⁵ BERGAMO, Mônica. 'A imprensa nunca deu bola para o mensalão mineiro', diz Joaquim Barbosa. *Coluna - Folha de São Paulo*, 07.08.2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/1132824-a-imprensa-nunca-deu-bola-para-o-mensalao-mineiro-diz-joaquim-barbosa.shtml>>. Acesso em 17 set. 2012.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, loc. cit.

Houve, sem dúvida, uma grande pressão midiática para que não houvesse prescrição. A investida da mídia contra sua consumação teve manifestações ainda em março de 2011⁴⁶⁷. Cumpre ressaltar que a imprensa foi em grande medida alimentada pelos próprios Ministros do STF. No final de 2011, por exemplo, o Ministro Lewandowski, revisor do processo, ressaltou pela imprensa a possibilidade de prescrição neste processo⁴⁶⁸. Esta sua entrevista foi utilizada pela mídia para cobrar celeridade ao STF⁴⁶⁹. O Ministro Marco Aurélio também alertou para o risco de prescrição em abril de 2012⁴⁷⁰.

Utilizando-se destas e de outras informações a imprensa cobrou firmemente e por diversas vezes agilidade do STF nesse julgamento⁴⁷¹, tendo divulgado inclusive campanhas pela

⁴⁶⁷ Nesse sentido, ver Prescrição do crime de formação de quadrilha esvazia processo do mensalão. Em agosto deste ano, 22 réus do processo sobre o pior escândalo da Era Lula vão estar livres de uma das principais acusações. *O Estado de São Paulo*, 21.03.2011. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,prescricao-do-crime-de-formacao-de-quadrilha-esvazia-processo-do-mensalao,697674,0.htm>>. Acesso em 17 set. 2012.

⁴⁶⁸ *Folha/UOL: O sr. acha que corre o risco, inclusive com o passar do tempo, e depois eles podem recorrer, que essas penas para muitos ali sejam inclusive prescritas? Ricardo Lewandowski: Sem dúvida nenhuma. Com relação a alguns crimes não há dúvida nenhuma que poderá ocorrer a prescrição.*

Folha/UOL: E como a alguns são imputados apenas crimes de penas mais curtas podem não ser punidos? Ricardo Lewandowski: Podem não ser punidos. Mas essa foi uma opção que o Supremo Tribunal Federal fez de fazer com que todos os réus fossem julgados no mesmo processo. Se apenas aqueles que tivessem foro privilegiado, exercendo mandato no Congresso Nacional fossem julgados no Supremo Tribunal Federal talvez esse problema da prescrição não existiria por conta de uma tramitação mais célere do processo. Eu naquele momento me manifestei no sentido que deveria ser desmembrado o processo.

*Folha/UOL: E agora, enfim, tomou-se essa decisão sob o risco de muitos ali terem as penas prescritas. Ricardo Lewandowski: Pois é. Talvez não se... O tribunal não tivesse antevisto a complexidade do processo. São 38... Fonte: Leia a transcrição da entrevista de Ricardo Lewandowski à Folha e ao UOL. Entrevista. *Folha de São Paulo*, 14.12.2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1020956-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-ricardo-lewandowski-a-folha-e-ao-uol.shtml>>. Acesso em 17 set. 2012.*

⁴⁶⁹ A citada entrevista de Lewandowski despertou o interesse da imprensa. Um dos exemplos disso foi que, menos de um mês desta entrevista ter sido publicada, a imprensa já o interpelava novamente sobre a prescrição, cf. Lewandowski diz que por ele não haverá prescrições no mensalão. *Notícias Terra*, 10.01.2012. Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5550835-EI7896,00-Lewandowski+diz+que+por+ele+nao+havera+prescicoes+no+mensalao.html>>. Acesso em 17 set. 2012, cujo destaque foi “nas minhas mãos, não ocorrerá nenhuma prescrição do mensalão”, disse o ministro”. A reportagem fez referência a sua citada entrevista.

⁴⁷⁰ Entrevista por telefone à *Jovem Pan News*. Fonte: Mensalão precisa ser julgado para evitar prescrição, diz ministro Marco Aurélio Mello. *Jovem Pan News*, 17.04.2012. Disponível em <<http://jovempan.uol.com.br/videos/mensalao-precisa-ser-julgado-para-evitar-prescricao-diz-ministro-65173,1,0>>. Acesso em 17 set. 2012.

⁴⁷¹ Um das inúmeras investidas da imprensa nesse sentido chega a mencionar, em abril de 2012, a “sombria profecia do Ministro Ricardo Lewandowski” sobre a possível prescrição. Nesse sentido: FARINA, Carolina. Mensalão: por que alguns réus podem ficar livres das penas - Demora no julgamento pode resultar na prescrição de parte de crimes. Entenda como se dá o processo - e como ele pode afetar a vida dos mensaleiros. *Revista Veja*, 14.04.2012.

não-prescrição⁴⁷². Já em 2012, a pressão para evitar a prescrição foi do então presidente, Ayres Britto, sobre o revisor do processo, mas a imprensa não parou com as investidas na cobrança por celeridade: deu grande espaço para a cobrança sobre o revisor⁴⁷³. Estas cobranças, segundo a própria imprensa, irritaram até alguns Ministros do STF⁴⁷⁴.

Não se pretende realizar uma análise histórico-jornalística deste caso, mas sim demonstrar, como se acredita ter realizado, que a mídia teve um papel fundamental na cobrança por celeridade neste julgamento.

Não somente o mensalão teve forte atenção da mídia. Seria possível afirmar que a maioria dos julgamentos em que o STF enfrenta os chamados *casos difíceis* envolve um forte interesse da mídia. Entretanto, em nenhum outro processo a relação de causa e efeito foi tão evidente, já que neste caso a possível influência da mídia sobre o mérito pode ter decorrido de sua cobrança pela celeridade do julgamento.

Disponível em < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/entenda-o-que-e-prescricao-e-seus-efeitos-para-mensaleiros>>. Acesso em 17 set. 2012.

⁴⁷² Manifestação simultânea em SP, RJ e DF alerta para prescrição do mensalão. *O Estado de São Paulo*, 21.04.2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,manifestacao-simultanea-em-sp-rj-e-df-alerta-para-prescricao-do-mensalao,863793,0.htm>>. Acesso em 17 set. 2012; *Abaixo assinado contra prescrição do mensalão*. Disponível em <<http://www.peticaopublica.com.br/PeticaoAssinar.aspx?pi=STFXMENS>>. Acesso em 17 set. 2012 ou *Campanha contra a prescrição do mensalão*. Disponível em <<http://www.portalcafebrasil.com.br/4-livre/74-politica/8353-campanha-contra-prescricao-do-processo-do-mensalao>>. Acesso em 17 set. 2012.

⁴⁷³ Nesse sentido, por todos: Pressão por voto do mensalão abre crise no STF. Após cobrança de Ayres Britto, presidente da Corte, Lewandowski diz nunca ter atrasado ou antecipado julgamentos; processo deve ser liberado nesta terça-feira. *O Estado de São Paulo*, 25.06.2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,pressao-por-voto-do-mensalao-abre-crise-no-stf,891505,0.htm>>. Acesso em 17 set. 2012.

⁴⁷⁴ “A divisão da Corte quanto à celeridade do julgamento vem acirrando os ânimos de alguns ministros, principalmente as relações já nada tranquilas entre Joaquim Barbosa, o relator, e Ricardo Lewandowski, o revisor. Hoje, existe uma espécie de mal-estar entre os dois, embora não admitam abertamente. Apesar de nunca terem sido próximos, as relações ficaram mais distantes nos últimos dois meses. Desde junho, Lewandowski demonstra desconforto: primeiro com a marcação do julgamento do mensalão, depois com as pressões para a entrega do processo revisado, no final de julho. Algumas dessas pressões vieram justamente de Barbosa, relator do processo. Os ministros Marco Aurélio de Mello e Celso de Mello também manifestaram preocupação a auxiliares e assessores por conta do ritmo acima do normal no julgamento do mensalão. No caso do ministro Celso de Mello, isso ficou claro durante a análise de uma preliminar nesta quarta-feira, quando ele quase foi impedido de fazer suas exposições pelo presidente do STF. Marco Aurélio chegou a reclamar: ‘estamos aqui numa maratona’, afirmou o ministro. Outros magistrados também são contrários à pressa na análise da ação penal, um deles é Lewandowski, o ministro revisor”. Fonte: Pressa no julgamento do Mensalão irrita Ministros do STF. Notícia. *Correio do Brasil*, 16.08.2012. Disponível em <<http://correiodobrasil.com.br/pressao-no-julgamento-do-mensalao-irrita-ministros-do-stf/502143/#.UffDEI1Roc>>. Acesso em 17 set. 2012.

Por fim, um último tema. Em que pese não seja restrito à influência da imprensa, mas sim do próprio STF como instituição midiática. Impende fazer uma breve reflexão sobre a transmissão ao vivo dos julgamentos pela *TV Justiça*. Sobre o tema, Hubner Mendes, um importante crítico paulista, concedeu entrevista que se pede licença para transcrever:

Época – *Peluso quer que a corte faça reuniões prévias fechadas antes das decisões plenárias. O que o senhor acha?* Há muita desconfiança contra essa ideia, mas baseada numa compreensão equivocada do ideal de transparência. Brandeis, um juiz famoso da Suprema Corte americana, cunhou uma frase que se tornou mote dos movimentos de reivindicação por transparência. Ele dizia algo como “a luz do sol é o melhor desinfetante”. A transparência é uma conquista democrática, pré-requisito para o exercício legítimo do poder. Isso todos sabem e concordam. Porém, a transparência está repleta de armadilhas e precisa ser bem compreendida. O sol nem sempre nos faz ver melhor. Ao contrário, o excesso de luz pode cegar. Por trás desse manto da transparência, há, no Supremo, uma corte ainda extremamente obscura.

ÉPOCA – *Mesmo com a transmissão ao vivo e em cores das sessões plenárias?* O Supremo não é transparente para quem acha que transparência é algo um pouco mais exigente do que oferecer decisões na internet e transmitir julgamentos pela TV. Não vejo nada de tão valioso na publicidade de uma sessão em que ministros basicamente leem os votos pré-fabricados em gabinetes. Se quisermos que juízes deliberem com a franqueza e a modéstia intelectual que isso exige, temos de deixá-los reunir-se a portas fechadas.

Época – *Mas a portas fechadas não seria uma alternativa perigosa?* Pensar que a portas fechadas deixa os ministros livres para arbitrariedades é um erro. O que deve estar sujeito ao escrutínio público é a qualidade da decisão escrita que eles entregam ao final da deliberação, não a deliberação em si. Se o ministro estiver mal-intencionado, não serão as portas abertas que evitarão arbitrariedades. O arranjo atual, de portas abertas, produz consequências piores do que as outras opções. Tente ler uma dessas decisões com pluralidade de votos e extrair dela um mínimo denominador comum, uma regra que oriente casos futuros. Raramente vai encontrar⁴⁷⁵.

Há de se concordar que a transmissão dos julgamentos do STF não desnuda tudo o que se passa nas mentes dos Ministros ou todas as influências sobre eles, nem tampouco evidencia o conteúdo de algumas reuniões reservadas em que demonstram preocupação com determinadas

⁴⁷⁵ Disponível em: <<http://zelmar.blogspot.com/2011/06/conrado-hubner-mendes-o-supremo-ainda-e.html>>. Acesso em 17 set. 2012.

causas⁴⁷⁶, ou algumas conversas informais (despachos ou audiências) que ocorrem em seus gabinetes ou no *Salão Branco* – onde recebem advogados, autoridades e políticos nos dias de sessão –, ou ainda conversas informais entre os próprios Ministros.

Contudo, a divulgação televisionada dos julgamentos favorece o acesso à informação (cf. Lei 12.527/2011), já que dá publicidade a diversos posicionamentos dos Ministros (sobretudo os debates) que não seriam conhecidos se os julgamentos fossem secretos⁴⁷⁷ ou resultassem de uma simples junção de votos escritos. Além de dar visibilidade e transparência às decisões do STF⁴⁷⁸ e, por conseguinte, permitir o controle por parte de toda a população brasileira (opinião pública, mídia) ou por parte de advogados e da comunidade jurídica (legitimidade democrática⁴⁷⁹), é certo que a transmissão ao vivo influencia o posicionamento dos Ministros.

Sobre o tema, Daniel Barile em tese de doutorado sobre a institucionalização do Supremo Tribunal Federal assim se posiciona:

Por um lado, restringir a publicidade dos julgamentos colegiados, atualmente veiculados pela *TV Justiça*, embora possa comungar de voto favorável de muitos Ministros, é factível que há uma resistência muito grande de tal empreitada pela crítica que adviria da opinião pública. O próprio ex-presidente Fernando Henrique Cardoso já deu declaração em jornais manifestando que a exclusão de julgamentos televisivos seria “antidemocrático”, embora muitos críticos adotem o posicionamento de que essa exposição favorece a “teatralidade” e certa contenção no uso das palavras, diante da repercussão e gravação das sessões.

Por certo, o televisionamento das decisões do Supremo é obra única de Cortes Constitucionais. Se em outras Cortes, como a americana, por exemplo, o advogado sequer tem contato com audiência perante o Ministro, no Brasil, a ampla publicidade que se dá pela veiculação dos julgamentos, ao vivo, pela *TV Justiça*, renderia uma história à parte, a considerar a efetividade deste modelo. Ainda repercutem no Plenário do

⁴⁷⁶ Ex-assessores de Ministros relatam que estas reuniões ocorrem para tratar de temas de grande relevância nacional, embora não sejam frequentes. Como solicitaram reserva na informação, fica-se este relato como especulação do que pode ocorrer.

⁴⁷⁷ Como ocorre “na maior parte dos países”, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e ...*, op. cit., p. 40.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 40, nota 125.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, loc. cit.

Supremo as vozes da discussão sobre a viabilidade eficiência da transmissão dos casos pela televisão. (...)

O fato real é que a transparência ou a publicidade é quase um caminho sem volta (...)⁴⁸⁰.

Também há de se concordar: o televisionamento das sessões é quase que um caminho sem volta. Essa transmissão pode ser, junto com outras medidas, como a presença de *amicus curiae* ou a realização de audiências públicas⁴⁸¹ um importante instrumento de legitimação e controle da decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, impende ressaltar que a preocupação desta parte da pesquisa foi de demonstrar que «a decisão judicial pode ser influenciada (e muitas vezes o é) pela mídia», seja em instâncias ordinárias ou excepcionais. O casos estudados evidenciam tal conclusão.

Ao tratar desse caso, Helena Abdo ressalta que “a prisão cautelar dos então suspeitos foi determinada sem fundamento em qualquer dos requisitos legais e tão somente pela pressão exercida pelos meios de comunicação e pela atenção e espaço que o caso ganhou em toda a mídia”⁴⁸². O clássico caso americano, citado por ela, também é um exemplo de que a mídia realmente pode influir sobre a decisão judicial. A pressão da imprensa para o início do julgamento do mensalão também pode ter tido relevante influência para seu início e, por isso, ter modificado o resultado do julgamento, já que, se ocorreu dessa forma, evitou-se a consumação da prescrição em relação à maioria dos crimes.

⁴⁸⁰ SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal e sua posição contramajoritária na Constituição da República de 1988*. Apresentada como tese de doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Programa de Pós-graduação em Direito, Brasília: UnB, 2012, p. 162-163.

⁴⁸¹ No sentido de que as audiências públicas e a sustentação oral de *amicus curiae* são relevantes para uma atuação mais democrática do STF, sobretudo em um olhar neopragmatista, ver KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, especialmente p. 323-376.

⁴⁸² *Mídia e processo*, op. cit., p. 164.

2.2.3. Conclusões parciais

Além dessas, muitas outras investidas da mídia – conscientes ou não, direcionadas ou não para algum fim – podem influenciar decisões judiciais pelo país. Como já dito, as decisões judiciais são confeccionadas por pessoas: devidamente legitimadas, mas pessoas, seres humanos e, como tais, estão inseridas na sociedade, leem jornais, assistem TV. Em suma: vivem.

Não obstante os aspectos prescritivos que aparecem no item 3.4 desta tese, aqui é prudente antecipar um deles. O juiz deve tomar bastante cuidado com o apelo da mídia acerca de um processo sobre seus cuidados. Deve analisar a causa com a atenção e o cuidado que ela exigir⁴⁸³. Por mais simples que possa parecer, recomendação como esta poderia ter salvo os acusados da Escola Base – pessoas inocentes que tiveram suas vidas arruinadas, notadamente pelo descuido de um magistrado. Quando a mídia estiver presente, o cuidado com estas causas deve ser ainda maior, pois existe a possibilidade de que haja um *juízo paralelo* capaz de influir sobre a própria percepção do juiz sobre a realidade, conforme consignado no item precedente.

Estas breves linhas, além de demonstrar uma relação (mídia, processo e decisão judicial) que parece óbvia para alguns (como os céticos, os pragmatistas e os que têm mais contato com o poder) e tão distante para outros (como alguns positivistas), podem ressaltar um ponto não tão claro. Explica-se: se algo despertar o interesse da mídia sobre algum processo judicial, a questão

⁴⁸³ Por óbvio que todas as causas precisam ser tratadas com atenção e zelo, não se prega o contrário. Não obstante, é conhecida a realidade do judiciário brasileiro, que encontra quantidades desumanas de processos por magistrado. Então, o alerta é para o cuidado maior para não se deixar levar pelo convencimento da mídia naqueles processos que despertem o interesse midiático.

pode envolver, além da vocação pela informação, «interesses muito mais sensíveis» (políticos⁴⁸⁴, sociais⁴⁸⁵, pessoais⁴⁸⁶, financeiros⁴⁸⁷, escusos etc.) que, à primeira vista, possam ser percebidos.

Por isso, nessas questões, o(s) juiz(es) legitimado(s) a decidir precisará(ão) tomar muito mais cuidado para não se tornarem marionetes nas mãos do sistema. O que está nas entrelinhas dos autos, ou do interesse midiático talvez precise ser lido.

Este interesse é um forte indício, mas não o único, de que o caso dependerá de maior atenção do juiz: de que precisará olhar mais detidamente para o que não está evidente nos autos e em suas próprias pré-compreensões da vida. Fechar os olhos para isso é uma opção (“ideologia da ocultação”⁴⁸⁸), perceber isso também é.

A pergunta acerca das influências que entram em jogo no comportamento judicial resulta crítica no caso do Tribunal Supremo dos Estados Unidos. Os magistrados deste tribunal desempenham sua atividade sob menos limites [seus precedentes não o vinculam, p. ex.] que os juízes federais inferiores, salvo no que se refere à pressão política imposta pela opinião pública. Este limite é mais forte no caso dos magistrados do Tribunal Supremo porque suas decisões têm uma maior visibilidade e uma maior repercussão na vida social⁴⁸⁹.

Um Ministro do Supremo me disse: “temos de começar a condenar, porque a pressão é muito grande”; as palavras são de Antonio Carlos de Almeida Castro, o Kakay, renomado

⁴⁸⁴ Será que por trás da pressão midiática no caso do mensalão não houve interesse dos partidos de oposição a patrocinar algumas das investidas feitas sobre o STF? Em casos como o das pesquisas de célula tronco (ADI 3510, citada no item 2.1) o interesse da CNBB e de outras entidades religiosas em influenciar o julgamento da Corte foi evidente, mas há outros casos que a origem das notícias dos meios de comunicação é difusa e imperceptível “a olho nu”.

⁴⁸⁵ Será que as demandas cíveis de casos como do *Palace II* não precisariam deste olhar? Ou será que isso é desvirtuar o processo por uma opção ideológica? Será que nenhum juiz que julgou causas como estas pensou (consciente ou inconscientemente) que estaria fazendo justiça ao retirar do deputado rico (ou outros milionários) para dar aos pobres cidadãos que perderam suas casas (ao estilo *Robin Hood*)? Será que a mídia não teria o papel de aumentar essa percepção já inata em alguns juízes?

⁴⁸⁶ Será que o caso *Escola Base* não tinha o interesse pessoal do delegado em sua promoção? Será que, por isso, deixou de conduzir com imparcialidade seu ofício? Será que muitos outros casos penais, administrativos etc. não podem padecer do mesmo mal?

⁴⁸⁷ Será que discussões societárias podem ser definidas com base na prova testemunhal? Causas que têm milionários valores envolvidos e interesse da imprensa em algum sentido precisam de uma atenção especial ou são como quaisquer outras que não discutem tais montantes (afinal o direito é o mesmo)?

⁴⁸⁸ Para utilizar termo de Antônio Carlos Wolkmer (*Ideologia, Estado e direito*, op. cit., p. 154).

⁴⁸⁹ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 25. Sua aplicabilidade à realidade brasileira é perfeita.

advogado responsável pela defesa de políticos, banqueiros e celebridades em Brasília⁴⁹⁰. Se isso não for influência da mídia e da opinião pública será de quê?

2.3. Influências das relações pessoais

A frase citada pelo advogado para finalizar o ponto anterior, se acaso proferida, demonstra duas situações: 1) a mídia e a opinião pública podem exercer influência sobre o Judiciário (até mesmo sobre o STF) e 2) há advogados que podem ser mais próximos de algum(ns) magistrado(s) ou da cúpula do Judiciário regional ou nacional. Este segundo item será analisado agora.

Em 2012, correu uma notícia nos bastidores do direito de que o advogado Márcio Thomaz Bastos teria cobrado 15 milhões de reais para defender Carlinhos Cachoeira⁴⁹¹. Outro advogado que cuida dos interesses dos poderosos e também cobra valores milionários é Antônio Carlos de Almeida Castro, o Kakay, “sempre acionado pelos políticos envolvidos em escândalos de corrupção. Do DEM ao PT, oito entre dez políticos em apuros em Brasília, não importa o quadrante ideológico, têm recorrido ao advogado nos últimos anos”, diz reportagem de *O Globo*⁴⁹². Porque será que o trabalho de alguns advogados é tão bem remunerado e tão significativo para alguns clientes?

Essa é uma pergunta que talvez fique sem resposta. Contudo, algumas constatações e inferências serão formuladas adiante para sugerir uma maior probabilidade de êxito dos

⁴⁹⁰ SCHAFFNER, Fábio e SANTOS, Klécio. Ao lado do poder. “A vaidade é o pior problema do advogado”, diz Kakay. Entrevista, *Zero Hora*, 23.06.2012. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2012/06/a-vaidade-e-o-pior-problema-do-advogado-diz-kakay-3800228.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

⁴⁹¹ No sentido de que a informação poderia ser verdadeira, ver JARDIM, Lauro. Um milhão de amigos. *Veja*, 27.05.2012. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/brasil/quem-vai-pagar-o-advogado-de-carlinhos-cachoeira/>>. Acesso em 18 set. 2012. No sentido contrário, conforme informação do próprio advogado, ver, Senador e bicheiro não economizam com defesa. *O Globo*, 06.05.2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/senador-bicheiro-nao-economizam-com-defesa-4822786>>. Acesso em 18 set. 2012.

⁴⁹² Fonte: Senador e bicheiro não economizam com defesa, *Ibid.*, loc. cit..

escritórios mais abastados, seja com o viés técnico, relacional ou ambos. E, se assim for, é possível sugerir que podem existir influências das relações pessoais sobre a decisão judicial.

Uma premissa precisa ser reiterada antes de prosseguir: conforme já dito anteriormente, este trabalho parte da presunção de que os juízes, de modo geral, têm boas intenções, pretendem entregar *justiça* aos jurisdicionados (mesmo que existam várias concepções do justo para cada qual). Sendo assim, a argumentação a seguir (item 2.3.1) contempla os magistrados, servidores e autoridades que tentam burlar o sistema, que detêm interesses escusos: os criminosos; enquanto as seguintes (itens 2.3.2 a 2.3.4) tratam da existência de relações intrínsecas e, algumas, inevitáveis entre o juiz e o advogado e, em alguma medida, as partes.

2.3.1. O entrelaçamento entre as relações pessoais e estatais: os casos de polícia e o *jeitinho brasileiro*

Em 1872, Ihering já advertia para a possibilidade de pessoas mal intencionadas utilizarem o sistema jurídico e judicial para conseguir vantagens em suas relações privadas. Dizia ele:

(...) o ladrão, objeta-se, comete uma falta não apenas contra a vítima do roubo, mas também contra a lei do Estado, contra o ordenamento jurídico e contra a norma moral. Não o faz, talvez, o devedor que, ciente e maliciosamente, questiona o empréstimo já obtido, ou o vendedor, o locador que rompem o contrato, o mandatário que abusa da confiança...? (...) Não estaremos com isso estimulando o lucro despudorado e premiando a perpetração da deslealdade?⁴⁹³.

Alguns empresários e empresas têm esta prática no Brasil⁴⁹⁴. Há quem use o direito e o Poder Judiciário para ganhar tempo, para não pagar suas dívidas ou não cumprir suas obrigações.

⁴⁹³ *A Luta pelo Direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001, p. 80.

⁴⁹⁴ Isso é bem nítido na área tributária. Como em muitas Procuradorias no país, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal tem um Núcleo de Grandes Devedores responsável pelas dívidas tributárias de maior monta. Nesta área, é

Trata-se do popular: *ganhou mas não levou*; ou ainda: *perdeu mas não pagou*. E muitos desses brasileiros estão fortemente ancorados no *status quo* do direito: confiam na impunidade, na morosidade da justiça, na blindagem patrimonial (*sic*) por *laranjas*, nos paraísos fiscais etc. E muitas vezes se infiltram na estrutura estatal de poder por meio de relacionamentos escusos e corruptos.

Desde o Brasil colônia, a rede de relacionamento pessoal pôde ser notada como um importante instrumento de poder. Roberto DaMatta avaliou que a comunidade brasileira deste período era necessariamente heterogênea, complementar e hierarquizada: “sua unidade básica não esta[va] baseada em indivíduos (ou cidadãos), mas em relações e pessoas, famílias e grupos de parentes e amigos”⁴⁹⁵. O indivíduo isolado e sem relações “é algo considerado altamente negativo, revelando apenas a solidão de um ser humano marginal. (...) o que vale é a relação”⁴⁹⁶. O que imperava era a origem familiar ou as relações que os indivíduos conseguiam criar com as estruturas de poder (governantes, administradores etc.).

Os administradores viam seus cargos como verdadeira *franchise* para lucros pessoais, enquanto os cidadãos buscavam favores do governo, os quais eram concedidos em bases pessoais (relacionais), às vezes em troca de outros favores⁴⁹⁷. O aparelho estatal nacional foi estruturado em uma burocracia extremamente ineficiente, complexa e corrupta, atolada em leis inexecutáveis, incongruentes e disformes⁴⁹⁸. Para se conseguirem as coisas, para que a lei (boa) fosse cumprida,

possível notar que muitos empresários ou empresas simplesmente optam por não pagar tributos. Sua política de negócios é essa. Somente pagam em juízo na iminência de serem presos por crimes tributários, ou se verem seus bens leiloados (quando não têm a prática de colocar os bens em nome de *laranjas*). Com isso, ganham tempo, investem os valores etc.

⁴⁹⁵ *A casa & a rua*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 77.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 77-78.

⁴⁹⁷ ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*, op. cit., p. 28.

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 451.

era necessário uma série de relações interpessoais, presentinhos⁴⁹⁹, afagos. Estrutura que, também após a independência, continua a permear o aparato de poder.

Assim, desde o surgimento do Estado brasileiro, já independente, foram criadas “redes de relações de família, amizade, cumplicidade, compadrio, lealdade, patronagem, cunhadismo, apadrinhamento, clientelismo, que envolvam troca de favores e presentes, além de dívidas de gratidão, sob lemas cínicos como ‘uma mão lava a outra’, ‘é dando que se recebe’”⁵⁰⁰. Para Ricardo Vélez Rodríguez, “não existe, na mentalidade do povo, nem das elites, claramente definida, a linha de demarcação entre interesses familiares e aqueles pertencentes à esfera pública. (...) Esse fato levou a sabedoria popular a cunhar slogans como ‘aos amigos os cargos, aos inimigos, a lei’; ‘governar é nomear, demitir e prender’”⁵⁰¹. Ou o recente “quem quer rir, tem que fazer rir”⁵⁰².

No Brasil, desde muito, segundo Marinoni e Becker, há “um sistema de relações pessoais infiltrado, ou melhor, embaraçado em um sistema legal, universalmente estabelecido e altamente racional”⁵⁰³. E isso perdura até hoje, talvez em menor medida. Keith Rosenn observa que até hoje no Brasil “há uma tendência de confundir o patrimônio público com o privado”⁵⁰⁴. Exemplos de corrupção e infiltração de relações corruptas nas entranhas formais do poder são comumente foco de reportagens, algumas ligadas à própria estrutura policial⁵⁰⁵.

⁴⁹⁹ Ainda no século XXI a situação dos presentinhos era uma prática reiterada. Mais recentemente veio o art. 5º da Resolução nº 3/2000 da Comissão de Ética Pública do Ministério do Planejamento, que informa que presentes de até R\$ 100,00 são permitidos. Afinal, eles estão tão *presentes* na cultura brasileira...

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 451-452.

⁵⁰¹ Notas sobre a moral social na cultura brasileira. *Carta Mensal*, v. 43, n. 506, mai. 1997, p. 10.

⁵⁰² Referência à famosa frase do filme *Tropa de Elite*, 2007. Cena disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=8yzA0qapuNU>>. Acesso em 19 set. 2012.

⁵⁰³ Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 453. No mesmo sentido, DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 247.

⁵⁰⁴ *O jeito na cultura jurídica brasileira*, op. cit., p. 28.

⁵⁰⁵ Vários são os exemplos, para citar somente um deles: Policiais sequestram e exigem dinheiro para libertar bandidos. *Fantástico*, Rede Globo, 24.06.2012. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/>

Para Roberto DaMatta, os sistemas impessoal (estatal) e pessoal (relações) alimentam-se mutuamente na exata medida em que querem destruir um ao outro⁵⁰⁶. Isso é evidente também nos dias atuais: veja-se, por exemplo, o acesso ao serviço público. Os sistemas constitucionais anteriores ao atual não previam a obrigatoriedade de concurso público, as contratações eram por indicação (rede de relações). Na década de 70 e 80 isso começa a mudar com alguns concursos para carreiras típicas de Estado, como Magistratura, Ministério Público e Advocacia Pública, entre outras. Com a Constituição de 1988 o concurso passou a ser obrigatório: instituiu-se a meritocracia. Mas a letra fria da CF, embora vigente, clara e eficaz não conseguiu afastar de pronto as relações pessoais, como o apadrinhamento. Isso pode ser demonstrado com dados recentes: 19,4% das ADIs julgadas procedentes entre 1988 e 2003 tiveram como fundamento principal a defesa do concurso público e a proibição de vinculação de vencimentos⁵⁰⁷.

Ainda no que se refere ao serviço público, no final da primeira década do século XXI (2008), tamanho era o apadrinhamento de parentes no serviço público que o Supremo Tribunal Federal teve que legislar para o país: editou a súmula vinculante 13 para proibir o nepotismo. Mesmo considerando que, há época, já havia um grande número de leis vedando tal prática, esse fato judiciário reflete um marco sobre a temática. Dessa forma, a tentativa de destruição mútua entre estado (impessoal) e as redes de relações pessoas continua: um ganha espaço quando o outro cede. Neste tema, o sistema relacional perdeu poder⁵⁰⁸.

A mesma exemplificação poderia ser traçada com as compras públicas – licitação, dispensa, inexigibilidade, contratação integrada etc. Até os dias atuais é sabido e notoriamente

0,,MUL1681125-15605,00-POLICIAIS+SEQUESTRAM+E+EXIGEM+DINHEIRO+PARA+LIBERTAR+BANDIDOS.html>. Acesso em 19 set. 2012.

⁵⁰⁶ *Carnavais, malandros e heróis*, op. cit., p. 238.

⁵⁰⁷ Dados de ampla pesquisa monográfica que analisou montante significativo de ADIs no período: 300 de um total de 1660. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 155.

⁵⁰⁸ Apesar de os políticos já terem reinventado o nepotismo sob o disfarce de “nepotismo cruzado”, um político indica um parente para o gabinete do outro e vice-versa.

noticiado que as redes de relações obscuras tentam escapar da impessoalidade constitucional e legalmente imposta. Um dos exemplos esteve no noticiário: reportagem para o Fantástico, transmitida em 18.03.2012, descortinou um grande esquema de corrupção em licitações cariocas, que refletiam, inclusive, em contratos nacionais⁵⁰⁹.

Há infiltração de corrupção também no Legislativo: por todos, o já citado mensalão (AP 470) que condenou diversos réus recentemente. Todos os casos citados são somente poucos exemplos entre centenas que são divulgados constantemente, isso sem falar no que não se torna público. A rede de relações corruptas sobre o poder é invisível e atinge ainda muitos meandros.

Todavia, não é somente no Executivo e no Legislativo que estas relações pessoais obscuras se estabelecem e se infiltram no Estado. No Judiciário isso também é notado: ele não escapou desse sistema relacional, de troca de favores, de corrupção⁵¹⁰. Na década de 1980, segundo Keith Rosenn, o sistema forense tinha sido “subvertido pela corrupção”⁵¹¹. Para sustentar sua tese elenca situações concretas divulgadas em 1983: um juiz criminal do Rio de Janeiro reclamou do desaparecimento de 142 processos e do arquivamento desautorizado e ilegal de 72 em sua Vara, todos eles sobre homicídio⁵¹²; um delegado condenado por vários crimes não cumpriu qualquer sentença porque todos os processos desapareceram⁵¹³.

⁵⁰⁹ Repórter se infiltra e flagra corrupção em repartição pública. *Fantástico*, Rede Globo, 18.03.2012. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1679161-15605,00.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

⁵¹⁰ Nesse sentido, ver SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. Sobre essa mesma perspectiva na organização judiciária do século XX, ver CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. São Paulo: Saraiva, 1960 e CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁵¹¹ *O jeito na cultura jurídica brasileira*, op. cit., p. 93-94.

⁵¹² Fonte: *Jornal do Brasil*, 28 de novembro de 1983, 1º caderno, p. 12.

⁵¹³ Fonte: *Jornal do Brasil*, 2 de novembro de 1983, 1º caderno, p. 12 e *Jornal do Brasil*, 18 de setembro de 1983, 1º caderno, p. 28.

Nos dias atuais também não faltam exemplos: Desembargador Hécio Valentim do TJMG suspeito de vender decisões judiciais a traficantes, denunciado ao STJ em 2012⁵¹⁴; Desembargador Oswaldo Cruz e Desembargador Rafael Godeiro, ambos os ex-Presidentes do TJRN, que foram afastados da magistratura pelo STJ por terem desviado cerca de 20 milhões de reais da conta dos precatórios judiciais, ocorrido desde 2009 e noticiado em 2012⁵¹⁵; escândalo da licitação irregular do fórum do TRT de São Paulo, em que “169 milhões foram desviados por um esquema liderado pelo juiz Nicolau dos Santos Neto” de 1992 a 1998⁵¹⁶. Todos casos recentes⁵¹⁷.

Estes são exemplos de que existe no Brasil, ainda nos dias atuais, uma rede de relacionamentos escusos que se infiltra nas três esferas do poder constituído. Para Keith Rosenn, isso seria infiltração do *jeito* (o *jeitinho brasileiro* de levar vantagem em tudo) e das relações pessoais sobre as estruturas estatais formais, que gera “resultados indiretos do lado corrupto e do aspecto do serviço público do *jeito*” como: aumento do “custo Brasil”, crescimento do mercado informal, diminuição do PIB, perda de credibilidade governamental, aumento dos juros etc⁵¹⁸. Mas sua conclusão mais importante no que se refere à estrutura jurídica é: “ao atuar como válvula de escape, o *jeito* tende a evitar a acumulação de pressão e desgastes suficientes para que se

⁵¹⁴ Desembargador é suspeito de liberar traficantes em troca de dinheiro. *Fantástico*, Rede Globo, 22.04.2012. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1679873-15605,00-DESEMBARGADOR+E+SUSPEITO+DE+LIBERAR+TRAFICANTES+EM+TROCA+DE+DINHEIRO.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

⁵¹⁵ Este caso é ainda mais estupefacente, pois alguns dos participantes do esquema de corrupção contam como gastaram os 20 milhões: carros de 650 mil, mansões e até papel higiênico com fotos de notas de euro (quase a casa do Tio Patinhas). Corrupção no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Fantástico*, Rede Globo, 13.05.2012. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=H5SPHdKWJ2I>>. Acesso em 19 set. 2012.

⁵¹⁶ Escândalo do TRT – 1999. *Memória Globo*, Rede Globo. Disponível em <<http://memoriaglobo.globo.com/Memoriaglobo/0,27723,GYN0-5273-257163,00.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

⁵¹⁷ Apesar de a fonte ser a imprensa, os referidos casos foram ressaltados a título de exemplo, sem que se pretenda um rigor científico sobre eles.

⁵¹⁸ *O jeito na cultura jurídica brasileira*, op. cit., p. 97-107.

promovam as tão necessárias reformas jurídicas e administrativas”⁵¹⁹. Como em uma panela de pressão, se não deixar vazar o ar, explode.

Essa foi uma breve introdução, cujo objetivo é demonstrar que as estruturas de poder, relacionamento, afagos etc. se imiscuem ao sistema jurídico (portanto ao direito) em todos os Poderes, os quais são também influenciadores da decisão judicial. Esse é o *lado negro da força* que, desde tempos imemoriais, é o maior inimigo da ordem *Jedi*. Ele precisa ser demonstrado nesta tese, pois não seria possível falar das relações entre os grandes advogados e escritórios e o Judiciário sem que se deixasse claro que «a conjuntura de relação antagônica entre personalidade e impessoalidade está presente de forma invisível também na atualidade».

Até aqui se falou dos “casos de polícia” que influenciam o Estado, o direito, o Judiciário e, em algumas situações, a decisão judicial. A presente tese não pretende tratar dessas relações de corrupção, mas somente aclará-las para (i) realçar que elas são fatores de influência sobre a decisão que também estão presentes no sistema judicial do País e (ii) informar que a presente tese não tratará deste meandro, pois se pretende observar o lado lícito – às vezes imoral – da prática judicial.

2.3.2. Relações entre juiz, grandes escritórios e amigos advogados

É preciso diferenciar o mundo acima descrito (corrupção, *jeito*, relações escusas etc.) da existência natural e inata da subjetividade no direito e na decisão judicial. Isso vem sendo demonstrando desde o início desta obra: o direito, especialmente as decisões judiciais, é feito também de pessoas; os juízes não são robôs. Isso é inevitável. Algum espaço de subjetividade existe de forma inerente à decisão judicial.

⁵¹⁹ Ibid., p. 105.

Considerando que o Brasil é extremamente desigual – na sociedade, na distribuição de renda, nas empresas, no Estado, no direito; que há milhões de pobres e miseráveis e pouquíssimos endinheirados –, seria possível verificar essa desigualdade também na decisão judicial?

Nas palavras do então Ministro Sepúlveda Pertence: “o pobre só tem acesso à Justiça como réu (...)”⁵²⁰. Quantos casos se conhecem em que ricos e poderosos foram parar na cadeia⁵²¹? Quantos outros casos vão para o noticiário com o *Zé da Esquina* que está preso há anos por roubar melancias, bonés ou R\$ 10,00⁵²²? As respostas estão nos noticiários. Mas a lei não é a mesma para todos?

Dura lex sede lex. A lei é dura, mas é menos um pouco com as *partes* que sejam, por si sós, influentes, relacionais ou com as que podem pagar bons advogados – que tenham equipe técnica muito bem treinada, que conheçam melhor o sistema recursal, que tenham bom *trânsito* no Judiciário etc. Lembre-se que se está diante de “um sistema social em que convivem diferentes concepções de sociedade, política, economia e, naturalmente, cidadania. Num sistema onde a palavra é a relação”⁵²³.

[Aqui se põe de lado a corrupção, investiga-se a desigualdade inerente ao sistema].

O próprio direito ampara as diferenças sociais. Vejam-se, por exemplo, as prisões especiais no Brasil (quem tem curso superior, advogados, alto escalão do governo federal,

⁵²⁰ Citado por CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Alternativo. *Revista Consulex*, a. 1, n. 7, ju. 1997, p. 37.

⁵²¹ Talvez o mensalão (AP 470) seja um caso paradigmático para o direito e a decisão judicial. Nele, caciques do poder foram efetivamente condenados. Talvez isso se torne a regra, mas por hora ainda é exceção.

⁵²² A obra de Osmar Alves de Melo (*Corrupção: fonte de injustiça e impunidade*. Brasília: LGE Editora, 2009) conta diversos casos de corrupção (uns muito noticiados pela mídia, outros menos) envolvendo políticos, autoridades, pessoas famosas e influentes que não deram em nada. Isto é, onde os acusados (com vasta prova) não foram punidos. Nas pgs. 243-244, elenca casos de desconhecidos com os quais a Justiça foi implacável. A eles, a lei.

⁵²³ DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 78.

estadual e municipal, jornalistas, policiais, pilotos de aeronaves mercantis etc.)⁵²⁴; ou a oitiva de determinadas autoridades do alto escalão do governo “em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz” (art. 221 do CPP); ou ainda a extinção a suspensão da punibilidade para os crimes tributários, tão somente se o contribuinte tiver dinheiro para pagar o tributo ou parcelar, respectivamente⁵²⁵. Isso sem falar de legislação em causa própria⁵²⁶ e algumas benesses legais que deixam o campo das prerrogativas e alcançam o de verdadeiros privilégios.

As desigualdades também alcançam a advocacia. Ao tratar do poder simbólico no direito, Pierre Bourdieu constata que os advogados “se dividem em grupos diferentes animados de interesses divergentes, e até mesmo opostos, em função sobretudo da sua posição na hierarquia interna do corpo, que corresponde sempre de maneira bastante estrita à posição da sua clientela na hierarquia social”⁵²⁷.

Naturalmente, os melhores advogados, os mais competentes, os que têm também bom relacionamento acabam sendo contratados por quem tem mais recursos⁵²⁸. E as partes com menos dinheiro para pagar por esses advogados serão representadas por advogados “que trabalham ao

⁵²⁴ Para todos os dispositivos legais, pessoas e espécies de prisão, ver MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. *Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro*, op. cit., p. 461-462, nota 1293.

⁵²⁵ Cf. art. 83 da Lei 12.382/2011 combinado com algumas outras leis.

⁵²⁶ O art. 180 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados determina que o Deputado que tiver interesse na votação deve declarar-se impedido e avisar à Mesa diretora para efeito de quórum. Diversos outros dispositivos como este estão presentes em outros Regimentos legislativos pelo país, contudo em alguns Estados e Municípios a legislação em causa própria ainda ocorre. Um exemplo disso é a colocação de nomes de ruas, avenidas e praças em nome de parlamentares ou prefeitos que estão em pleno exercício do mandato, conforme ocorreu no Município de Palmas em 2009. Nesta situação, o Ministério Público do Estado de Tocantins recomendou ao Prefeito o veto da lei aprovada pela Câmara Municipal. Disponível em <http://www.mp.to.gov.br/portal/sites/default/files/08052009_RECOMENDACAO.pdf>. Acesso em 20 set. 2012. Há ainda casos em que há fixação de subsídio mensal e vitalício para ex-Governadores em afronta à impessoalidade e ao princípio republicano, como ocorreu no Estado do Mato Grosso do Sul. O STF declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, cf. ADI 3853, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139.

⁵²⁷ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 218.

⁵²⁸ MACHADO, Mário Brockmann. Comentários. In: LAMOUNIER, Bolivar *et al.* (orgs.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1981, p. 27.

desamparo das redes relacionais de que se servem os escritórios das grandes corporações”⁵²⁹ ou por defensores públicos⁵³⁰ ou por advogados dativos.

O que seria um bom (ou um excelente) advogado? Aquele que, na visão do cliente, ostente, por exemplo: boas referências (já ganhou causas para alguém próximo), boa formação (preferencialmente com pós-graduações nas melhores instituições), bom currículo (escreva livros, seja palestrante, seja professor: de preferência de Universidade Federal etc.), bons relacionamentos judiciais (transitem bem nas varas e tribunais)⁵³¹, bons relacionamentos interpessoais (os que conhecem outros advogados para indicar em outras especialidades, que conhecem bons peritos, bons contadores etc.)⁵³², boa redação e lógica jurídicas (saiba fazer uma boa peça ou recurso), diligente e atencioso (conheça bem o cliente e todos os seus processos, mesmo que tenha centenas deles e, quando for o caso, vá despachar com o magistrado) etc.⁵³³. Tudo se interrelaciona, desde a parte técnica (jurídica) até os relacionamentos interpessoais (extrajurídico).

Não que todos os clientes exijam tais atributos, muitos não estão interessados em nada disso: querem é ganhar a causa. Mas estas seriam características que potencialmente poderiam influir no resultado da demanda, já que demonstram uma melhor habilidade técnica e relacional para mostrar ao juiz da causa que seu cliente tem o “melhor direito”.

⁵²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 464.

⁵³⁰ Embora as Defensorias Públicas estejam se estruturando e se tornando verdadeiros corpos de competentes advogados, como alguns grandes escritórios e algumas boas Procuradorias pelo país, há ainda muitos Estados que ainda não as instituíram ou as deixam sucateadas. É a estas que o texto se refere.

⁵³¹ Muitos clientes gostam de saber se o advogado conhece membros da magistratura. Costumam até mesmo perguntar se o advogado tem “acesso” a este ou aquele magistrado, sobretudo em Brasília (onde estão os Tribunais superiores e o Supremo). Licença para o uso da primeira pessoa: já tive a oportunidade presenciar reuniões com clientes assim.

⁵³² Nesse sentido, a reportagem de Murilo OHL e outros (O poder das conexões. *Você S/A*, n. 156, jun. 2011, p. 26-35) destaca que a cada dia os profissionais estão sendo exigidos, requisitados e desejados pela ampla capacidade de relacionamento interprofissões e interpessoais. “Dominar a fundo uma área do conhecimento e montar redes relevantes [de conexões interpessoais], sem abrir mão da qualidade de vida, são o futuro do trabalho” (p. 34).

⁵³³ Características identificadas a partir da vivência pessoal do autor na área, portanto sem prova científica.

Considerando que, conforme já demonstrado, a identificação do âmbito da norma (Müller) ou da própria norma a incidir (ponderação de princípios) – premissa maior⁵³⁴ –, ou mesmo a prova representativa dos fatos – premissa menor – dependem em alguma medida da participação do juiz, a presença na causa de um corpo jurídico mais preparado pode significar a diferença entre a vitória e a derrota. Isso porque sempre haverá diversos caminhos e estratégias a seguir que levarão a uma maior ou menor chance de êxito. Afinal, existem várias interpretações possíveis tanto para fatos e suas respectivas provas⁵³⁵ quanto para a proposição jurídica a incidir⁵³⁶.

Dessa forma, uma advocacia de maior qualidade (grandes escritórios, escritórios de ponta, bancas conceituadas) tem melhores condições para expor seus argumentos, novas teses, formar jurisprudência, modificá-la⁵³⁷. E essa qualidade reflete dois traços mais específicos: «técnica» (teses jurídicas, redação, recursos, cautelares etc.) e «cuidado» (atenção, dedicação à causa, acompanhamento próximo, relações etc.).

Os grandes escritórios normalmente procuram os melhores advogados nestes dois aspectos citados. Recrutam os bons alunos diretamente de Universidades Federais ou das melhores particulares, ou fazem rigorosos testes de seleção, ou contratam por indicação. Buscam, e muitas vezes conseguem, os melhores profissionais. Isso se dá por alguns possíveis motivos: pagam melhor remuneração, proporcionam participação em maiores lucros, incentivam o

⁵³⁴ Leia-se aqui: tanto em espaços de maior indeterminação jurídica quanto em espaços de maior determinação. Como dito, a participação do juiz na aplicação do direito naqueles espaços é mais significativa, visto que nestes há maior participação de elementos extrajurídicos sobre a decisão judicial (pré-compreensões, opinião pública etc.). Todavia, também nos espaços de maior determinação, o juiz, ainda que de forma menos significativa, participa da fixação do âmbito normativo (verificando quais os fatos estão abrangidos pela norma, quais efetivamente compõem a premissa maior, p. ex.), mesmo encontrando diversos elementos jurídicos para ajudá-lo nessa tarefa (jurisprudência, p. ex.).

⁵³⁵ Nesse sentido, Jerome Frank (*Derecho e incertidumbre*, op. cit., p. 64-73) ao considerar a subjetividade existente na prova testemunhal.

⁵³⁶ Nesse sentido, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 572-573.

⁵³⁷ Para Mauro Machado (Comentários, op. cit., p. 27), estes escritórios (maiores e melhores) são usualmente contratados pelos *litigantes habituais*.

estudo, investem na formação, permitem o aprendizado em causas mais importantes etc. Com mais recursos podem pagar melhor remuneração e contratar especialistas, mestres, doutores e pós-doutores, além de advogados mais experientes ou aqueles relacionais. Com isso, adquirem corpo técnico muito superior à média nacional.

Isso é mais claro se comparados aos pequenos escritórios ou advogados de bairro ou de vizinhança, cuja realidade aponta para: falta de dinheiro⁵³⁸, inexistência de maior organização⁵³⁹, dificuldade de se qualificar e aperfeiçoar – “correndo o risco de se tornarem de segunda linha”⁵⁴⁰ –, privação de relações pessoais de influência junto ao Judiciário⁵⁴¹, atuação às vezes em condições de subemprego⁵⁴², normalmente sem tempo para dedicação “de perto” às causas.

Diante disso, os grandes escritórios têm mais capacidade de reter talentos advocatícios, de absorver e formar advogados que aprendam (ou já saibam) «técnica» e «cuidado». Mesmo que ambas as características estejam dispersas em vários profissionais, o corpo de advogados de escritórios de ponta tem melhores condições de contê-las globalmente. Uns advogados mais técnicos, outros mais cuidadosos fazem com que a banca detenha, em conjunto, estas características.

Ao tratar da influência das relações pessoais sobre o processo, Marinoni e Becker elaboraram um quadro sinóptico que demonstra as diferenças entre os grandes e pequenos escritórios, o qual agora se transcreve.

⁵³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 470.

⁵³⁹ Ibid., loc. cit.

⁵⁴⁰ AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo: Alfa Ômega, 1991, p. 129.

⁵⁴¹ CHIARLONE, Sergio. *Introduzioni allo Studio del diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1975, p. 103-104. Apud MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 471-472. Livro inexistente no COMUT e em todas as bibliotecas das Universidades Públicas brasileiras em 2013.

⁵⁴² ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e mercado de trabalho*. Campinas: Julex, 1988, p. 71.

GRANDES ESCRITÓRIOS	PEQUENOS ESCRITÓRIOS E ASSESSORIA JURÍDICA POPULAR
representam os <i>litigantes habituais</i> , grandes corporações, grupos hegemônicos	representam os <i>litigantes eventuais</i> , população de menor renda, movimentos populares
muito bem remunerados	mal remunerados ou voluntários; idealistas
boa infra-estrutura administrativa; apoio administrativo rápido e eficiente	trabalho isolado e de poucos recursos; pouco ou nenhum apoio administrativo
informação atualizada; maior facilidade de acesso ao conhecimento e às fontes de consulta	sem biblioteca adequada, sem informação atualizada
maior disponibilidade de tempo para acompanhar processos	menor disponibilidade de tempo para acompanhar a multiplicidade de lides variadas, casos que necessitam aceitar para manter sua sobrevivência material
maior experiência (trajeto técnico) adquirida no trato de sucessivas questões similares; maior especialização	pluralidade de assuntos nas ações, impedindo uma maior especialização (carência técnica)
maior facilidade de estabelecer comunicações informais com os ocupantes de cargos do judiciário	menos acesso aos ocupantes de cargos do Judiciário
maior capacidade para estabelecer um planejamento estratégico que maximize ganhos e vitórias a longo prazo independentemente de eventuais perdas em casos isolados; disposição para investir na gradual formação de jurisprudência futura favorável	impedidos de aceitar perdas estratégicas devido à pressão dos clientes
a existência de uma grande quantidade de casos similares permite que o empresário opere em verdadeira economia de escala, diluindo as perdas com os ganhos e, desse modo, o risco	quando existe apenas um caso não há como diluir o risco

Quadro extraído de MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 464-465.

Todos os fatores positivos dos grandes escritórios, indicados no quadro, bem como todas as características esperadas para um bom advogado ou escritório, citadas um pouco antes, são potencialmente capazes de influir sobre a decisão judicial, uns mais outros menos. Dessa forma, os grandes escritórios têm melhores condições de empreender esse desiderato, seja em aspectos puramente técnicos (demonstrar mais habilmente suas teses, direcionar teses ainda não

pacificadas etc.), seja no desenvolvimento de relações informais com magistrados ou servidores dos fóruns.

Há, sem dúvida, nas práticas cotidianas relações de poder que se estabelecem entre profissões jurídicas⁵⁴³, mais especificamente entre advogado e magistrado, que podem influir sobre a decisão judicial. Nesse cenário, é possível notar a presença do bom relacionamento entre advogado e magistrado/Judiciário como um dos fatores existentes na condução da causa para um bom resultado. Redigir a melhor peça pode não surtir tanto efeito quanto redigi-la e mostrar os principais pontos oralmente em despachos pessoais. Afinal, cada juiz ou assessor lê milhares de páginas por dia, mostrar os principais pontos de um processo é uma boa técnica. Entram em cena “os famosos ‘embargos auriculares’, pedidos feitos oralmente no gabinete do juiz, para o que há inclusive previsão legal e orientação do CNJ⁵⁴⁴”.

Apesar de muitas vezes (talvez a maioria delas) os despachos pessoais com os juízes não servirem para alterar seu posicionamento sobre as proposições jurídicas⁵⁴⁵, podem servir: para demonstrar pontos fortes de interpretação de novas leis, ou para mostrar aspectos relevantes da liminar requerida, ou para chamar atenção para questões probatórias. Assim, é possível que o juiz se dedique mais aos pontos indicados oralmente, seja para refutá-los ou para adotá-los. Afinal,

⁵⁴³ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Apresentada como tese de doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, São Paulo: USP, 2010, p. 47.

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 468-469. A previsão legal encontra-se no art. 7º, VI e VII do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94). A orientação do CNJ está no Pedido de Providências n. 1.465, 04.07.2007, onde se lê: “O magistrado é *sempre obrigado* a receber advogados em seu gabinete de trabalho, a qualquer momento durante o expediente forense”. O CNJ, depois de motivado por recurso intempestivo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), informou que “A decisão do CNJ sobre a obrigatoriedade de juízes atenderem a advogados a qualquer momento se restringe à comarca de Mossoró, no Rio Grande do Norte (RN), não tendo efeito vinculante geral”, cf. *Decisão sobre obrigatoriedade dos juízes atenderem a advogados é restrita a Mossoró*. Notícia, CNJ. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4129:juiz-auxiliar-do-cnj-defende-as-para-a-promo-de-cidadania-na-amaz&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em 20 set. 2012.

⁵⁴⁵ Leia-se: teses que ele já conheça, que já tenha julgado em algum sentido, que já tenha posição formada. Elas fazem parte das já demonstradas pré-compreensões. Ao analisar um tema já julgado, salvo se houver um câmbio de jurisprudência que o influencie, o juiz já parte de suas vivências anteriores (experiências) sobre aquele tema.

nenhum magistrado (de juiz a ministro) gosta de ter suas decisões reformadas⁵⁴⁶. Em assim sendo, a presença pessoal do advogado pode influir na decisão judicial. E, como dito, normalmente os escritórios de ponta têm melhores condições profissionais e de tempo para realizar essa atividade.

Lembre-se ainda dos ex-desembargadores e ex-ministros que passam a exercer a advocacia após a aposentadoria⁵⁴⁷. A rede relacional é notável, a deferência do tribunal (leia-se: magistrados e servidores) é enorme, sobretudo os que puderam trabalhar ao seu lado. “Seria impossível negar, diante disso, o peso significativo das relações pessoais, pois o juiz que estabeleceu relações com os funcionários e com os demais juízes de um tribunal, certamente terá maiores facilidades de acesso aos expedientes extraprocessuais”⁵⁴⁸. Mais um ponto para quem pode contratá-los, menos um para a igualdade processual.

Noutro giro, apesar de não se referir diretamente à decisão judicial, as relações com os servidores da justiça podem ser relevantes para a velocidade do julgamento. Nessa perspectiva, Marinoni e Becker lembram do “contato pessoal” com os funcionários do cartório ou da vara e concluem: “esse contato direto e frequente costuma ser uma causa determinante para diferenciar a velocidade do andamento do processo”⁵⁴⁹. A conclusão atingida pelos autores decorre da pesquisa empírica de Arthur Stamford da Silva, cuja verificação permitiu concordar com os resultados alcançados: as causas acompanhadas “de perto” com a criação ou o uso de uma relação pessoal no balcão do cartório ou secretaria da vara têm velocidade aumentada em relação àquelas

⁵⁴⁶ Nesse sentido, POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, p 144; p 166.

⁵⁴⁷ A quarentena foi criada com a EC 45/04. CF, art. 95 (...). Parágrafo único: Aos juízes é vedado: V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Ora, se não houvesse influência, não haveria necessidade desta limitação temporal.

⁵⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. *Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro*, op. cit., p. 470.

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. *Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro*, op. cit., p. 469.

que são deixadas à marcha processual da letra fria do CPC⁵⁵⁰. E a velocidade (o tempo) tem fortes reflexos financeiros⁵⁵¹, notadamente nas causas mais vultuosas.

Dessa forma, os escritórios de ponta “têm plenas condições de lançar mão de relações pessoais informais com integrantes do Judiciário para fazer valer os interesses de seus clientes”⁵⁵². Tudo isso indica, ou pelo menos confere fortes indícios, que estes escritórios têm mais capacidade de oferecer melhores resultados, têm melhores chances de êxito, têm um peso na balança da deusa *Themis* mais favorável a seus clientes. Mais isso não é tudo, há ainda o elemento sorte. “Como é sabido, nem sempre vence a partida, tampouco o processo, o melhor jogador (é a famosa ‘zebra’) ou mesmo o que jogou melhor”⁵⁵³.

Para finalizar este ponto como se iniciou, é tempo de falar algo sobre famosos advogados brasileiros: citam-se dois exemplos. Kakay, “um dos mais influentes advogados de Brasília, é especialista em defender políticos encrencados”⁵⁵⁴. Ele possui uma rede de relacionamentos invejável, que vai desde políticos e autoridades a bilionários privados, conhece bem a legislação, as estratégias jurídicas e, mais ainda, as midiáticas e políticas⁵⁵⁵.

Quem contrata Kakay – apelido que Almeida Castro cunhou para si mesmo, inventando até a grafia – compra um pacote raro no mercado jurídico. Ele faz a defesa técnica e

⁵⁵⁰ SILVA, Arthur Stamford. Procedimentos estatais e procedimentos para-estatais: uma descrição da práxis forense em Pernambuco. In: *Anais da 45ª Reunião anual da SBPC*. Recife: UFPE, 1993, p. 115.

⁵⁵¹ Nesse sentido, L. A. Becker (O dilema dos litigantes:..., op. cit., p. 76-77) fala do “bônus do tempo do processo”, ao referir-se à influência do tempo sobre os custos, sobretudo no que se refere à antecipação ou não da tutela. Ver também BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual, op. cit., p. 235-236. Conforme assevera Ivan Ribeiro (*Robin Hood versus King John*: como os juízes locais decidem casos no Brasil? Disponível em <http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf>. Acesso em 21 set. 2012, p. 15) “de fato, uma parte com melhores condições econômicas está em melhor posição para participar do caso, uma vez que tem mais facilidade de acesso à justiça, melhores advogados, mais recursos para suportar tanto as despesas do processo quanto o tempo para obter uma decisão, entre outras vantagens”.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro, op. cit., p. 466-467. No mesmo sentido, MACHADO, Mário Brockmann. Comentários, op. cit., p. 27.

⁵⁵³ BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual, op. cit., p. 159.

⁵⁵⁴ O advogado especialista em crises, política, celebridades e mídia. *Zero Hora*, 26.06.2012. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2012/06/o-advogado-especialista-em-crisis-politica-celebridades-e-midia-3800214.html>>. Acesso em 21 set. 2012.

⁵⁵⁵ Isso tudo é contado em ampla reportagem sobre sua vida. *Revista Piauí destaca o advogado Kakay: 'Defensor dos poderosos'*, 04.11.2011. Disponível em <<http://w180graus2-teste.tempsite.ws/geral/revista-piaui-destaca-o-advogado-kakay-defensor-dos-poderosos-470714.html>>. Acesso em 21 set. 2012.

*atua também como assessor de imprensa, perito em imagem e especialista em regimento do Congresso, além de ser frequentador de Comissões Parlamentares de Inquérito, íntimo de ministros e chefes de partido, interlocutor de jornalistas respeitados, amigo de empresários biliardários e expert nos códigos do poder brasileiro*⁵⁵⁶.

Sabe da influência que a imprensa exerce sobre processos importantes: “quando o vazamento de uma notícia negativa é inevitável, ele se antecipa e o faz diretamente a um repórter. Assim, a notícia é publicada com a sua versão e se torna, em boa parte das vezes, banal”, diz reportagem⁵⁵⁷. Conta que as empresas conhecem a influência dos grandes escritórios sobre o processo judicial: “em disputas jurídicas de peso, corporações multinacionais costumam contratar de uma vez vários escritórios brasileiros. Assim, impedem seus opositores de contar com os melhores quadros”⁵⁵⁸. Sem dúvida um advogado de peso, que utiliza como poucos conhecimentos técnicos, conhecimentos extrajurídicos (sobre a mídia, p. ex.), suas experiências e uma rede relacional de impressionar.

Outro exemplo é o advogado Márcio Thomaz Bastos, que tem no currículo mais de cinquenta anos de advocacia criminal, sabe exatamente os meandros processuais penais. Afinal, mais de meio século entre júris e HCs ensina o que livro ou “caderninho” nenhum pode fazê-lo⁵⁵⁹, conhece o poder da mídia e das relações sobre os julgamentos que atua. Além de currículo e experiência advocatícia invejáveis, ele ainda teve a oportunidade de participar da indicação de oito Ministros do STF na condição de Ministro da Justiça do governo Lula⁵⁶⁰. O respeito e a deferência ao advogado ficaram evidentes nas palavras de alguns Ministros do STF no

⁵⁵⁶ Ibid.

⁵⁵⁷ Ibid.

⁵⁵⁸ Ibid.

⁵⁵⁹ Caderninho era a referência que Eurico Gaspar Dutra fazia à recém promulgada Constituição de 1946. “Contam os historiadores e os cronistas da época que o presidente Eurico Gaspar Dutra, diante de uma dúvida, perguntava aos assessores jurídicos o que estava escrito no “Caderninho””. MAIEROVITCH, Wálter. Jefferson quis melar para alcançar a prescrição. *Carta Capital*, 14.08.2012. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/jefferson-quis-melar-para-alcancar-a-prescricao/>>. Acesso em 21 set. 2012.

⁵⁶⁰ Na ocasião, teve o cuidado de entregar todos seus bens pessoais à administração de um Banco para demonstrar sua idoneidade. Atuou ativamente em uma época em que as operações da Polícia Federal foram constantes.

juízo da AP 470, em tratamentos como “ilustre advogado criminalista Márcio Thomaz Bastos”⁵⁶¹. Todavia, cumpre ressaltar que esta proximidade não interferiu na condenação por unanimidade de seu cliente neste julgamento.

Ao assumir a defesa de Carlinhos Cachoeira foi muito criticado por cobrar supostos honorários de 15 milhões de reais. Muitas das queixas da opinião pública foram de que o ex-Ministro da Justiça estaria defendendo um dos maiores contraventores do país... que estaria recebendo dinheiro ilícito... Até mesmo um promotor de justiça, chegou a fazer uma representação contra ele junto ao MP de Goiás. O que levou Thomaz Bastos a publicar artigo na Folha de São Paulo ressaltando o direito de defesa de qualquer acusado⁵⁶², bem como o Presidente nacional da OAB à época, Ophir Cavalcante, a sair em defesa do exercício profissional da advocacia empreendida por Bastos⁵⁶³. No julgamento do mensalão também houve críticas ao que seria “sua tentativa de influenciar o STF”: “não pode [Thomaz Bastos] condenar a dose de influência da mídia. Porque ele também se lança ao jogo de influência”, disse repórter⁵⁶⁴.

Ambos são criminalistas que atuam em importantes casos contra políticos, empresários, autoridades, em suma: a alta cúpula política e econômica do Brasil. Dizer que os conhecimentos técnicos arraigados em mais de meio século de advocacia de Thomaz Bastos, e em outros tantos anos de Kakay, não influenciam a decisão judicial é caminhar contra as evidências. Não

⁵⁶¹ A deferência ou proximidade do Ministro Lewandowski é duramente criticada em Coluna da *Revista Veja* redigida por Augusto Nunes. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/direto-ao-ponto/lewandowski-le-o-que-marcio-thomaz-bastos-escreve/>>. Acesso em 21 set. 2012.

⁵⁶² BASTOS, Márcio Thomaz. *Advogado precisa de liberdade para defender liberdade*. *Revista Consultor Jurídico*, 29.05.2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/liberdade-advogado-condicao-necessaria-defesa-liberdade>>. Acesso em 21 set. 2012.

⁵⁶³ OAB defende exercício profissional do advogado Márcio Thomaz Bastos. *Notícia OAB*, 23.05.2012. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/23956/oab-defende-exercicio-profissional-do-advogado-marcio-thomaz-bastos>>. Acesso em 21 set. 2012.

⁵⁶⁴ COUTTO. Pedro do. Mensalão: argumentos de Thomaz Bastos chegam a ser ridículos. *Tribuna da Internet*. 13.06.2012. Disponível em <<http://www.tribunadaimpresa.com.br/?p=40156>>. Acesso em 17 set. 2012.

obstante, estes conhecimentos técnicos se unem ao bom relacionamento judicial e à devida atenção com os processos que cuidam.

Frederico Almeida, em estudo doutoral da ciência política, assevera que os advogados que prestam serviços técnicos especializados aos políticos profissionais acumulam, com estes serviços, “quantidades consideráveis de capitais políticos [conhecimentos e redes de relacionamento], nas redes de relacionamento com agentes do campo político, ao passo que mantêm sua vinculação estrita ao campo jurídico”⁵⁶⁵. Assim, pela própria atividade que exercem, notadamente em tribunais superiores e no STF, é inevitável que estabeleçam mais proximidade com os magistrados pela própria convivência reiterada que mantêm. Se comparado com advogados que não têm trânsito no Tribunal, é possível inferir que ao menos a marcação de horário nas agendas dos Ministros (STJ, TSE, STF) seja tarefa facilitada. O que, por si só, já é um desequilíbrio.

Para o presente trabalho, a conclusão do sétimo capítulo de sua tese é significativa ao demonstrar que a advocacia tem participação privilegiada nas estruturas de poder da Justiça, “representada pela grande proporção de membros das elites jurídicas [Ministros de tribunais superiores e do STF] que são ou foram, exclusivamente ou não, advogados”⁵⁶⁶.

Assim, se misturam elementos jurídicos, extrajurídicos, processuais, pessoais, relacionais, sorte... É o processo judicial, é o Brasil: que reflete no mundo jurídico a realidade social da desigualdade posta. Mais chance, mais direito, mais *justiça* aos melhores advogados ou às melhores bancas. Mas isso tem um custo financeiro que poucos clientes podem pagar, em geral grandes empresas, ricos empresários, políticos. Aos pequenos advogados restam consolos: a *alea*

⁵⁶⁵ *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Apresentada como tese de doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, São Paulo: USP, 2010, p. 189.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 292. Nesse sentido, em relação às composições do STJ e do TST no ano de 2007 e do CNJ no biênio 2005-7, o pesquisador concluiu a partir de dados empíricos que existe “predominância do capital profissional representado pela passagem pela advocacia” (*Ibid.*, p. 206).

(o elemento sorte⁵⁶⁷), a busca ao inalcançável pote de ouro no fim do arco-íris (estudar, se reciclar, produzir, enfim: trabalhar para tentar atingir, o máximo possível, *técnica e conteúdo*) e a lei (se estiver diante de questões com maior determinação jurídica, claro).

Nesse cenário, há quem diga que a relação de amizade íntima ou inimizade severa entre advogado e juiz não interfere no julgamento da causa⁵⁶⁸. No processo civil, as causas de suspeição por amizade ou inimizade são restritas às partes⁵⁶⁹. O afastamento do juiz em relação ao advogado se refere aos impedimentos familiares⁵⁷⁰. Aqui, por tudo o que foi dito, concorda-se com a recente posição do STJ no sentido de aceitar a suspeição pelo motivo citado, mesmo sem expressa previsão legal para tanto⁵⁷¹. Isso porque se acredita que a proximidade entre o julgador e o advogado pode sim influenciar a decisão judicial.

2.3.3. Influência do poder político e econômico local e portaria do CNJ

É tempo de apresentar pesquisas que concluem que a influência do poder local sobre a decisão pode ser mais significativa que a força dos grandes escritórios de advocacia. Isto é, que existe forte ingerência do poder econômico e político local sobre as decisões de interesse regional e local.

⁵⁶⁷ Sobre a *alea* e o processo, ver *Ibid.*, capítulo “Processo e jogo”, p. 148-181.

⁵⁶⁸ Nesse sentido, era a jurisprudência mais antiga do STJ, cf. REsp 600.737/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 26/09/2005 e REsp 4.509/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, DJ 26/11/1990. Contudo, mais recentemente, o entendimento do STJ tem caminhado para a possibilidade de declaração de suspeição em razão da amizade íntima ou inimizade cabal entre magistrado e advogado. Nesse sentido, por todos, ver AgRg no Ag 961.656/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJe 24/04/2008, no qual foi mantido o seguinte entendimento do tribunal *a quo*: “consoante flexibilização jurisprudencial, a inimizade entre o juiz e o advogado da parte, conquanto não prevista expressamente no rol do art. 135, do CPC, pode ensejar a oposição de exceção de suspeição. Inexistente nos autos prova cabal de que o Julgador considera-se inimigo capital do advogado da parte ou que a tenha, por tal razão, prejudicado, não há falar em parcialidade”.

⁵⁶⁹ CPC, art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

⁵⁷⁰ CPC, art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:(...) IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

⁵⁷¹ AgRg no Ag 961.656/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJe 24/04/2008, conforme citado três notas acima.

[Também aqui não se exploram casos escusos: corrupção, venda de sentenças etc.⁵⁷²].

Essa constatação foi feita por pesquisa publicada em 2006 que demonstrou numericamente a influência das relações de poder local sobre a decisão judicial. Trata-se do trabalho de Ivan Ribeiro que realçou a influência das relações de partes com poder econômico ou político local em todos os Estados brasileiros, situação nomeada por ele de “subversão paroquial da Justiça”⁵⁷³.

A pesquisa partiu da mesma premissa aqui levantada: “de fato, uma parte com melhores condições econômicas está em melhor posição para participar do caso, uma vez que tem mais facilidade de acesso à justiça, melhores advogados, mais recursos para suportar tanto as despesas do processo quanto o tempo para obter uma decisão, entre outras vantagens”⁵⁷⁴. Não obstante, mesmo diante dessa alegada vantagem processual, seus dados empíricos comprovaram que a rede de influências dos grupos políticos ou econômicos locais sobre a Justiça Estadual é mais significativa que o poder econômico (que permite a contratação de escritórios de ponta) das multinacionais e das grandes corporações de caráter nacional⁵⁷⁵.

As conclusões foram as seguintes: a) os juízes favorecem a parte mais poderosa: “uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato

⁵⁷² Ao menos essa é a linha argumentativa traçada neste item. Todavia, cumpre ressaltar que a pesquisa da qual se retiram as conclusões deste tópico não investiga se a subvenção do direito ao poder econômico e político local decorre de situações escusas. Logo, como em tal pesquisa não há prova ou indícios de corrupção, reitera-se a premissa inicial desta pesquisa de que os magistrados, em sua ampla maioria, estão bem intencionados.

⁵⁷³ RIBEIRO, Ivan. *Robin Hood versus King John*: como os juízes locais decidem casos no Brasil? Disponível em <http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf>. Acesso em 21 set. 2012. A pesquisa ganhou a primeira colocação do prêmio IPEA-Caixa na categoria profissional em 2006 e foi orientada por Celso Lafer. O estudo procurou identificar ações judiciais tramitando nos Tribunais de Justiça de diversos Estados brasileiros em que uma parte com reconhecido poder local estivesse em litígio contra a) “um cidadão local sem poder político ou econômico, podendo ser uma pessoa física ou uma pequena empresa”; b) “uma empresa nacional, listada entre os 300 maiores grupos econômicos listados pelo *Balanço Anual da Gazeta Mercantil*, ou uma grande multinacional” ou c) “uma grande empresa estatal”. Cumpre mencionar que o próprio pesquisador ressalta que, dada as restrições metodológicas da pesquisa, a amostra foi pequena (86 decisões judiciais em 16 Estados brasileiros). O que não invalidou as conclusões. A grande maioria dos casos envolveu a discussão de cláusulas contratuais.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 14.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 16.

que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder”; b) “Uma parte com poder apenas local tem cerca de 38% mais chances de que uma cláusula contratual que lhe é favorável seja mantida e entre 26% e 38% mais chances de ser favorecido pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional”; c) “Nos Estados Brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual não seja mantida pelo Judiciário”.

A partir destas conclusões, o pesquisador buscou inferências dos motivos das influências do poder (econômico e político) local sobre a Justiça, um dos argumentos levantados foi de que “uma parte com poder local tem mais condições de influenciar o juiz do que uma parte de fora do Estado, mesmo quando esta última tem mais recursos financeiros”⁵⁷⁶. Os dados falam por si. É a influência do já citado *jeito* na cultura jurisdicional brasileira.

Portanto, as pesquisas e os dados até aqui apresentados são salutares para concluir que relações, escritórios de ponta, poder econômico e político local, sobretudo este último, são potenciais influenciadores da decisão judicial. O CNJ, percebendo tal influência, regulou em 2013 a participação de magistrados em congressos, simpósios, encontros jurídicos, culturais e similares. Trata-se da Resolução n. 170 do CNJ, de 26 de fevereiro de 2013, que limitou, por exemplo, a subvenção das entidades privadas com fins lucrativos à 30% do custo total do evento de magistrados.

Não houvesse influências econômico-financeiras sobre as decisões, tal situação não seria regulada pelo órgão máximo de controle administrativo da magistratura nacional. A resolução citada é a melhor comprovação de que o poder econômico causa, ou no mínimo tem potencialidade de causar, influência sobre a tomada de decisão judicial.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 18.

2.3.4. Influência relacional na indicação de desembargadores e ministros: relações familiares, pessoas influentes, advogados e políticos⁵⁷⁷

É possível especular que redes de relações interpessoais se formem desde a infância (por razões de parentesco ou amizades familiares) passando pelo início da educação fundamental e média (amigos de infância) pela formação jurídica (relacionamentos entre operadores do direito) e por toda a vida profissional ou pessoal do advogado/magistrado. Advogados, juízes, promotores são todos operadores jurídicos que convivem no fórum, na vida acadêmica e, às vezes, na vida privada. E em que perspectiva tais relações interferem sobre a decisão judicial?

[Mais uma vez, aqui se põe de lado aspectos escusos do *jeito* brasileiro, investigam-se as conjecturas relacionais do processo de nomeação de desembargadores e ministros].

Além das relações de amizade, há ainda as relações de parentesco. Detendo-se a estas, Ricardo Costa de Oliveira conseguiu traçar um quadro sobre a composição do TJPR cujo resultado foi de que, de 1891 a 1981, dos 110 desembargadores 73 tinham vínculo de parentesco com famílias tradicionais do domínio político, econômico e social do Estado⁵⁷⁸. Desde o Império, estruturas de parentesco uniam os bacharéis aos integrantes da classe economicamente dominante⁵⁷⁹.

Há também estudo que demonstra redes relacionais familiares atuantes na indicação de Ministros do STJ, que são filhos de ex-Ministros do STF, decorrentes de “uma estratégia de reprodução do poder familiar e de manutenção de posições dominantes”⁵⁸⁰. Perceba que neste

⁵⁷⁷ O presente tópico poderia estar contido no tópico sobre as influências políticas sobre o julgamento, já que ela também pode ser observada nessa questão. Não obstante, será tratado aqui por razões metodológicas: acreditar que o tema é mais afeto às relações pessoais como um todo do magistrado e não somente as políticas.

⁵⁷⁸ OLIVEIRA, Ricardo Costa de. *O silêncio dos vencedores: genealogia, classe dominante e Estado no Paraná*. Curitiba: Moinho do Vento, 2001, p. 312-317.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 154-155.

⁵⁸⁰ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada:...*, op. cit., p. 293; 228-231.

quadrante, as relações de parentesco se misturam às relações políticas, econômicas e sociais. Tudo em uma rede de poder, de relações.

Entretanto, não são somente as relações de parentesco que podem influir sobre a composição dos magistrados até os dias atuais. Há também as relações pessoais, de poder e políticas, como as que são necessárias às escolhas de desembargadores e ministros das altas cúpulas judiciais, seja pelo quinto constitucional para advogados e promotores⁵⁸¹, seja por promoção por merecimento para magistrados⁵⁸².

O próprio sistema de freios e contrapesos estabelece que a nomeação para estes órgãos deve ser realizada pelo chefe do Executivo com a respectiva aprovação pelo Legislativo. Mas para chegar lá, *muita água – leia-se: política e relação – tem que rolar*.

Primeiro o «quinto constitucional». Tanto na vaga do MP quanto na vaga da advocacia, o candidato precisa ter bons relacionamentos nas respectivas instituições de classe para figurar na lista sêxtupla. As trajetórias são diversas: uns conseguem o apadrinhamento do Procurador-Geral ou do Presidente da Ordem, outros conseguem o apoio de órgãos de classe ou associações, outros são carismáticos e detêm o apoio de grande parte da categoria profissional, outros ainda possuem bons “divulgadores” de seus nomes (formadores de opinião).

Mas uma situação essas campanhas têm em comum: todos que pretendem figurar na lista precisam ter (i) apoio de pessoa(s) influente(s) na instituição (MP ou OAB) ou (ii) apoio amplo da classe. É uma minicampanha eleitoral. Quanto mais influente for a rede de relacionamento,

⁵⁸¹ CF, “art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista triplíce, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação”.

⁵⁸² CF, art. 93 (...) “III - o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância”.

melhor. A concorrência com outros grandes nomes da carreira é inevitável. Por isso, quanto mais apoio melhor. Variadas redes relacionais surgem nesse período.

Superada a fase da lista sêxtupla, segue-se à seguinte: da lista tríplice. Há, então, a saga político-relacional dentro do Tribunal respectivo. Visitar cada desembargador do conselho ou corte especial é uma rotina. Nessas reuniões, o candidato precisará conseguir apoio ao seu nome. Três ficarão de fora – *game over!* – e três passarão para a próxima fase. Os três vitoriosos, por sua vez, precisarão de apoio político junto ao chefe do Executivo local ou nacional, respectivamente para tribunais estaduais ou federais. Aí precisarão falar com políticos e pessoas influentes junto a eles. Dos três, o que mostrar a melhor política⁵⁸³ ganha o jogo e transforma-se em desembargador.

Essa breve exposição, ainda que não exaustiva, demonstra que os magistrados do quinto constitucional chegaram lá com o apoio de muitos colegas de profissão e políticos⁵⁸⁴. E eventualmente julgarão causas de alguma dessas pessoas (como parte ou como representante da parte ou da sociedade – advogado ou promotor). Sendo assim, mesmo que não se sintam impedidos de participar do julgamento, terão uma maior predisposição para receber e ouvir essas pessoas. Não que isto seja relevante para a decisão, mas também não que seja desimportante⁵⁸⁵. Ao menos receber bem e ouvir melhor essas pessoas, isso provavelmente ocorrerá.

Ora, mas o quinto constitucional é determinado pela própria Constituição. É uma forma de oxigenar a magistratura. Faz parte do essencial sistema de freios e contrapesos: um poder

⁵⁸³ Aqui, o que pode definir o jogo pode ser o currículo, o perfil, a simpatia do governante pelo candidato ou por algum político que o apoie, troca de favor do chefe do Executivo com outros políticos o apoiam etc. Afinal, esta nomeação é estritamente política. As variáveis são infinitas, mas o que importa é que o candidato terá que pedir muito apoio. Salvo se for pessoalmente amigo ou parente de quem tem o poder da caneta.

⁵⁸⁴ Daniel Barile da Silveira (*A institucionalização do Supremo Tribunal Federal...*, op. cit., p. 202) também chega à mesma conclusão ao consignar que a escolha no quinto constitucional é “política, seja na instituição de origem, seja por parte de agentes externos que navegam na seara da negociação para ascenderem a tribunais locais ou superiores”.

⁵⁸⁵ Afinal, receber advogados e promotores é uma “obrigação legal” do magistrado (art. CPC e LOMAN). Podem receber qualquer um. Mas talvez o tempo e a atenção dedicados aos “amigos” – que o ajudaram a chegar lá – pode resultar em um melhor conhecimento de seus argumentos...

controla o(s) outro(s). Isso vale para os Tribunais de segunda instância e para os superiores. É, pois, da própria essência das nomeações pelo quinto a existência de relações pessoais para o ingresso do magistrado. As influências extrajurídicas parecem assim tão óbvias...

Não se pense que na promoção dos magistrados de carreira para o tribunal não há política e relações. As «promoções por merecimento» levam em conta um critério político-relacional, porém deveras restrito à própria instituição. Não houvesse política institucional e relações, o CNJ não teria baixado a Resolução nº 06/2005 para regular o certame e estabelecer, entre outras disposições, que a escolha do juiz a ser promovido deve ser feita em “sessão pública, com votação nominal, aberta e fundamentada” (art. 1º). É “eleição” da mesma forma, com direito à impugnação do pleito⁵⁸⁶ ou de algum nome⁵⁸⁷, ou ainda à anulação pelo STF da nomeação feita pela Presidenta⁵⁸⁸. Também depende do relacionamento pessoal do juiz com os desembargadores ou, quiçá, com pessoas ou políticos que os conheçam⁵⁸⁹. O campo é deveras mais restrito a influências externas, mas elas também ocorrem aqui. E se assim for, cá estão também as influências relacionais com possíveis partes, advogados ou promotores de processos que julgarão. Afinal, o apoio político para nomeação por merecimento pode vir de muitas frentes.

⁵⁸⁶ Nesse sentido, ver notícia do CNJ sobre a suspensão do processo de escolha no TJPE. *CNJ suspende nomeação de desembargadores por merecimento em Pernambuco*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/evento/96-noticias/3607-cnj-suspende-nomea-de-desembargadores-por-merecimento-em-pernambuco>>. Acesso em 19 set. 2012.

⁵⁸⁷ CNJ; CONSULTA 0000939-87.2012.2.00.0000, Relator: Conselheiro NEY JOSÉ DE FREITAS Requerente: Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES. Assunto: Possibilidade - Promoção por Merecimento - Acesso - Tribunal - Composição - Dez Desembargadores - Magistrado - Relação de Parentesco - Desembargador - Moralidade Administrativa - Funcionalidade do Tribunal; CNJ, 111) PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO 0001552-10.2012.2.00.0000, Relator: Conselheiro JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM, Requerente: Sueli Pereira Pini, Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Assunto: TJAP - Edital 056/2010/GP - Vacância - Cargo - Desembargador - Processo Administrativo 12911/2010 - Promoção - Critério - Merecimento - Ilegalidades - Processo de Escolha - Juizes de 3ª Entrância - Anulação - Realização - Nova Votação - Ocorrência - Novas Ilegalidades - Violação - Princípios da Legalidade e Publicidade - Precedente - PCA nº 0001113-96.2012.2.00.0000.

⁵⁸⁸ STF, MS 30585/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12.9.2012.

⁵⁸⁹ Uma ligação do Governador ou de um Deputado para o Presidente do Tribunal ou algum desembargador com quem tenham contato pode significar muito, já que a cúpula do Tribunal também lida com política: aumentos salariais, criação de cargos e órgãos, projetos de lei (art. 96, II da CF). Mesmo com orçamento próprio (art. 99 da CF), a lei orçamentária precisa ser votada.

Agora, a seleção dos 11 escolhidos para o Supremo Tribunal Federal. Referindo-se à realidade americana, Richard Posner, identifica “o caráter altamente politizado do processo de designação para o Tribunal Supremo”⁵⁹⁰. Isso também é assim em *terrae brasilis*. Segundo Vladimir Freitas, o candidato à vaga, “goste ou não”, tem que se submeter à “luta política”⁵⁹¹. “Se estas são as regras do jogo, não tem o candidato outra opção. Por isso, é ingênuo supor que ele é má pessoa ou mal intencionado porque visitou o político X ou obteve o apoio do senhor Y”⁵⁹². E muitos políticos ou pessoas influentes no governo precisarão ser visitadas e a elas o candidato deverá fazer um pedido (expresso ou implícito) de apoio ao seu nome.

A “nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal envolve muitas negociações”, destaca Fabiana Luci de Oliveira em pesquisa monográfica sobre o STF, e continua: “são *lobbies* de diversos setores, envolvendo políticos, juristas e até mesmo associações como a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe)”⁵⁹³. O Presidente seleciona um nome observando a existência de “certa compatibilidade de ideias e valores entre o indicado e a linha seguida pelo governo, considerando também a aceitabilidade que essa nomeação terá no senado”⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 75.

⁵⁹¹ FREITAS, Vladimir Passos de. A indicação para a vaga de ministro do Supremo. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de setembro de 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-set-25/segunda-leitura-indicacao-vaga-ministro-supremo>>. Acesso em 20 set. 2012.

⁵⁹² *Ibid.*, loc. cit. Diz o autor: “Aberta a vaga — na verdade muito antes dela — movimentam-se os candidatos. A disputa é surda, discreta. Tem regras próprias. É preciso chegar à presidência da República e conquistar a almejada indicação. Um nome entre 200 milhões de habitantes. Ter a simpatia dos ministros do STF não decide, mas ajuda bastante. Na corrida pela indicação é inútil falar com muitos. De nada adiantará ter o apoio de um deputado distante da cúpula do Executivo, dos prefeitos da região X ou um abaixo-assinado da associação dos trabalhadores da agricultura. É necessário, isto sim, ter sustentação política dos que decidem. Mas, quem são eles? A presidente da República, evidentemente, é a figura principal. Mas dificilmente um candidato terá acesso pessoal, visto que ela não é da área jurídica. E por não conhecer as pessoas, ela, tal qual todos os presidentes que a antecederam, vale-se de sugestões de pessoas de sua confiança. Estas pessoas, normalmente, são os que estão à frente do Ministério da Justiça e da Casa Civil, eventualmente um amigo particular. Além deles, o vice-presidente da República e os presidentes da Câmara e do Senado são figuras importantes. E o candidato deve trazer o apoio do governador de seu estado, apoio este que não é uma carta enaltecendo-o, mas sim uma visita e um empenho pessoal”.

⁵⁹³ *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 24.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

Nesse sentido, conta que o jornal *Correio Braziliense* publicou, em maio de 2003, declaração do Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, “de que as três [primeiras] nomeações feitas pelo Presidente Lula ao STF (Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ayres Britto) levaram em conta a afinidade dos escolhidos com as propostas do governo que tramitavam no Congresso nacional, em especial a reforma do Judiciário”⁵⁹⁵. Ao analisar a nomeação de Lewandowski aduz que os diversos lobbies resultaram:

na confecção de uma lista com 11 nomes encaminhada pelo ministro da Justiça, Thomaz Bastos, ao presidente Lula. Foi aventada a possibilidade da indicação de um nome ligado à cúpula do PT (...), mas ante a possibilidade de resistência do Senado esses nomes foram deixados de lado. (...) De acordo com notícias veiculadas na mídia, o presidente Lula teria conversado pessoalmente com três dos candidatos ao Supremo antes de fazer a indicação, Lewandowski, (...), Misabel de Abreu Machado Derzi (...) e Luiz Edson Fachin (...). Ao ser indagado em entrevista ao site Consultor Jurídico (‘Idéias do Escolhido’, 2006), o futuro ministro afirmou:

‘Eu integrei a lista de 11 ilustres nomes (...). Acredito que a ideia do presidente Lula foi escolher um nome técnico. (...) O Ministro Márcio Thomaz Bastos costuma ter um papel muito importante nas escolhas e acho que ele teve nesta. Foi conselheiro da OAB paulista e conheço o Márcio há muitos anos’.

O arranjo político-institucional das relações é evidente também nas nomeações para o STJ, quem diz isso é Eliana Calmon⁵⁹⁶. Para ela, algumas das escolhas são “resultado de conchavos” no tribunal: “existe um grupo com liderança forte que patrocina a eleição de pessoas amigas, de candidatos que lhes são simpáticos, de tal forma que as listas são feitas fechadas”⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Ibid., loc. cit. Ela não cita a data da publicação do jornal.

⁵⁹⁶ RECONDO, Felipe. Grupo elege pessoas amigas, com listas fechadas. Entrevista: Ministra Eliana Calmon. *O Estadão de São Paulo*, 22.11.2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,grupo-elege-pessoas-amigas-com-listas-fechadas,470184,0.htm>>. Acesso em 21 set. 2012.

⁵⁹⁷ Ibid. Segundo a entrevista, a Ministra fez um “protesto solitário”. Seguem alguns trechos: “Lamentavelmente, os magistrados de carreira cultivam a amizade de forma discreta. Enquanto os advogados, que ascendem aos tribunais, têm grande rede de amizades. E contam, no tribunal, com um grande aliado, um grande amigo que faz toda a campanha. (...) *Existe um grupo formado no STJ para decidir as indicações?* Sim. Existe um grupo com liderança forte que patrocina a eleição de pessoas amigas, de candidatos que lhes são simpáticos, de tal forma que as listas são feitas fechadas, ou seja, os três nomes que são indicados já são conhecidos antes da votação. Eu já sabia os três nomes que iam se sagrar nessa última eleição. (...) *Como esse grupo se formou?* É um pouco de cordialidade, de ameaça, de bem querer e até um pouco de ingenuidade”.

Uma das perguntas que demonstram exatamente o que aqui se tenta expor foi: *no STJ há decisões que têm sinais de favorecimento?* “Todo tribunal tem. Não temos tribunais de santos. Temos tribunais vulneráveis a isso. Nós fiscalizamos uns aos outros, pois julgamos em colegiado, mas de forma tímida”⁵⁹⁸. Precisa dizer mais alguma coisa?(!)

Tudo isso – que não importa em desconsiderar a importância da lei, da jurisprudência ou do direito – pretende exteriorizar que, se o sistema de nomeações indica a presença de política, relações, influência; se a composição é construída dessa forma; então, existe potencialmente um *espaço de influência* para estas relações de antes com os casos a serem julgados depois do ingresso do desembargador ou ministro.

Todavia, se essas influências serão significativas ou não para a decisão judicial, isso não se consegue provar⁵⁹⁹. É possível, tão somente, inferir que o julgamento de processos de amigos (sejam parte, advogado ou promotor) há, ou pode haver, mais atenção aos fundamentos de seu antigo aliado. No mínimo, o magistrado não deve delegar este processo aos assessores, ou se o fizer, o observará de perto. Afinal, a gratidão faz parte da estrutura emocional ou sentimental de muitas pessoas. Se cada desembargador ou ministro tem centenas de milhares de processos para julgar por ano, olhar “de perto” uma causa já seria uma diferença em relação aos demais processos.

Dessa forma, conclui-se que: não que isso possa mudar as razões de decidir, mas não que não possa. Isso é impossível de provar, salvo se fosse possível ler pensamentos. Mas se essas influências relacionais podem existir, por que não, em tempos da lei de acesso à informação (Lei

⁵⁹⁸ Ibid.

⁵⁹⁹ A demonstração de que *lobbies*, política e relações não influenciaram a decisão judicial está nítida no voto do relator do mensalão (AP 470), Min. Joaquim Barbosa, que foi duro com o PT (para alguns até duro demais, ‘querendo’ a condenação), mesmo diante da aproximação política anterior que o levou à indicação pelo então Presidente Lula.

12.527/2011), publicar a agenda de quem oficialmente despacha com desembargadores e ministros?

É exatamente o que previu a lei 12.831, de 06 de maio de 2013 – Lei do conflito de interesses. Tal diploma normativo, aplicável ao primeiro e segundo escalão do Poder Executivo Federal, determinou que tais dirigentes devam “divulgar, diariamente, por meio da rede mundial de computadores - internet, sua agenda de compromissos públicos” (cf. art. 11 do referido diploma), com vistas a prevenir conflitos de interesses privados com o escopo público do cargo que ocupam.

É nesse sentido que vai a recomendação de «tornar pública, diariamente, na internet, a agenda de despachos pessoais de desembargadores e ministros com advogados e partes (e os processos aos quais estão ligados), bem como de sua agenda pública». Isso permite, no mínimo, a promoção do contraditório e da ampla defesa em seu aspecto material, uma vez que possibilitará à parte observar a movimentação da parte adversa em relação ao processo de seu interesse. Além de ser, por conseguinte um limitador das influências pessoais, relacionais e políticas sobre as decisões.

2.3.5. Conclusões parciais

De todo o exposto, retira-se uma conclusão: existem influências das relações pessoais sobre a decisão judicial, seja de grandes escritórios, de amigos advogados, de estagiários no dia-a-dia nos balcões da secretaria (podendo influir na velocidade de julgamento, portanto, na decisão), de familiares, de políticos e amigos na indicação às vagas de desembargador e ministro, entre outras.

O trajeto para o ingresso dos desembargadores e ministros demonstra que participantes da rede de relacionamento responsável pela nomeação podem se tornar parte, advogado ou

promotor em alguma causa distribuída ao magistrado. Se a presença desse amigo ou aliado – ou quem um dia foi um – vai ser significativa ou não, isso somente é demonstrável caso a caso, com provas cabais do interesse no litígio. Todavia, julgar um aliado – ou a causa patrocinada por um – ou alguém que o ajudou na nomeação parece ser bem diferente de julgar um processo cujo causídico ou parte é desconhecido.

Para os que possam alegar que, por isso, o quinto constitucional ou a forma de ingresso no Supremo permite maior influência extrajurídica (política, relações etc.) sobre a decisão que o ingresso pela via do concurso público para juiz substituto, apresentaram-se algumas linhas sobre a influência relacional que ocorre também na promoção por merecimento. É dizer, haverá relações inevitavelmente.

No cenário exposto, a resposta e o limite à decisão judicial estarão na contenção e no controle: judicial (recursos, precedentes, julgamentos colegiados etc.), da opinião pública (mídia, política partidária, sociedade civil, comunidade jurídica etc.), administrativo (do CNJ e do próprio tribunal), entre outros (cf. item 3.4). Mas, em maior ou menor medida, conscientemente ou não, haverá de forma inevitável espaço para essas influências não-jurídicas sobre a decisão, conforme os termos que serão abordados no capítulo 3.

2.4. Influências políticas e decisões de natureza política

Neste tópico, propõe-se estudar algumas relações entre direito e política, ou melhor, o quanto política pode ser a decisão judicial em sua formação. Há diversos estudos que tratam da relação entre estes dois objetos sociais, muitos dos quais, no direito, investigam um quadro de *judicialização da política*⁶⁰⁰, ou de *ativismo judicial*⁶⁰¹, ou da *construção judicial do direito*,

⁶⁰⁰ Conceito citado no item 1.1, na primeira página da tese após a introdução.

⁶⁰¹ Da mesma forma, conceito citado no item 1.1, na primeira página da tese após a introdução.

entre outros. Nas linhas a seguir, nenhum destes será o foco de pesquisa: busca-se olhar para a construção da decisão judicial, para as participações políticas neste ato processual. De forma mais específica, verifica-se «se as políticas (institucionais, governamentais, decisórias) influenciam ou podem influenciar a gênese da decisão judicial».

2.4.1. Conceito amplo de política

O conceito de política pode ser tão controverso quanto o próprio conceito de direito, cujas correntes se digladiam desde muito até os dias atuais em um debate absolutamente interminável⁶⁰². As ciências sociais, por óbvio, não podem ter outro objeto senão a sociedade⁶⁰³: coincidem neste quadrante o direito e a política. Ambos são fenômenos sociais.

Sendo a sociedade um feixe de relações interindividuais, de associação de indivíduos com grupos e instituições e vice-versa e de grupos e instituições entre si, a diferenciação estará “em diferentes aspectos conjuntos”⁶⁰⁴. O que se diversifica entre eles, então, é o foco de observação da sociedade. Dessa forma, partindo para a diferenciação objetiva, enquanto o direito estuda as normas e os fenômenos jurídicos⁶⁰⁵, o político, objeto de estudo da ciência política, é “uma qualidade do comportamento humano, na medida em que este se volva para o poder”⁶⁰⁶. O poder em si⁶⁰⁷, independente de qualquer finalidade, valoração ou normatividade⁶⁰⁸.

⁶⁰² A discussão sobre o conceito de direito foi tratada no item 1.2.

⁶⁰³ BONAVIDES, Paulo. A ciência política e o problema dos valores. In: *Reflexões: política e direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 167.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 168.

⁶⁰⁵ Com toda a amplitude que lhes cabe, seja acerca da interação *corretiva* ou *principiológica* entre direito e moral, seja nos demais aspectos já tratados no item 1.2.

⁶⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. A ciência política e o problema dos valores, op. cit., p. 168.

⁶⁰⁷ Sobre a evolução do pensamento sobre o tema, ver FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007. Expõe a superação da teoria clássica do poder, segundo a qual o poder seria algo concreto como um bem ou objeto, por isso apropriável e transferível; poderia, pois, ser contratado (*contrato social*) e transferido a outrem. O poder na visão atual ganha um caráter inapropriável, visto que não se dá, não se transfere, não se troca e não se aliena, mas se exerce, por só existir em ação (*Ibid.*, p. 174-175). Sobre o fenômeno do poder como «potencialidade», ver ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981. Para esta autora, que trouxe grande contribuição para o tema, a palavra *poder*, “como

Desde muito a distinção entre direito e política é discutida nas ciências sociais, sendo desejável ao direito que se mantenha a divisão tradicional entre os dois campos⁶⁰⁹. Divisão que, para o Estado Democrático de Direito, é essencial (cada qual tem seu espaço delimitado constitucionalmente)⁶¹⁰. Na política, “vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e o respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”⁶¹¹. Essa é uma crença mitológica, talvez com origens nas ideias kantianas de Hans Kelsen de que a ciência jurídica não se envolve com nenhuma outra ciência, é um sistema isolado, fechado: distante, pois, da moral e da política⁶¹².

Na origem do direito, contudo, os campos se comunicam. As leis são os troféus resultantes das batalhas legislativas disputadas⁶¹³. O legislador cria direito. São os já citados fatos sociais (fatos brutos) mencionados por positivistas como Hart⁶¹⁴, Raz⁶¹⁵ e Dimitri Dimoulis⁶¹⁶. O

seu equivalente grego, *dynamis*, e o latino, *potentia*, com seus vários derivados modernos, ou o alemão *Macht* (que vem de *mögen* e *möglich*, e não de *machen*), indicam seu caráter de potencialidade. O poder é sempre, como diríamos hoje, um potencial de poder, não uma entidade imutável, mensurável e confiável como a força. Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam” (Ibid., p. 212). O poder como «imposição», pode ser consultado em VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao direito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 267. Segundo ele, poder é “um mecanismo do qual se dispõe para se obter alguma vantagem ou conseguir algum interesse. É a capacidade de agir, produzindo efeitos, ou evitando que eles se produzam, segundo a vontade própria de quem *pode*”.

⁶⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. A ciência política e o problema dos valores, op. cit., p. 168.

⁶⁰⁹ Nesse sentido, KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 7. Nas palavras de Dimitri Dimoulis (*Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 153): “Sabemos que a tese da separação entre o direito e a política diz respeito aos aplicadores do direito e aos teóricos que não devem introduzir elementos de avaliação política pessoal na descrição do sistema jurídico”. Inocêncio Mártires Coelho (*Elementos de teoria da Constituição...*, op. cit., p. 60) fala de um *acordo tácito* ou *cumplicidade* entre legisladores e juízes, em que o Parlamento continua com o monopólio da redação das leis, mas o judiciário fica liberado para interpretá-las. Portanto, “cada um no seu quadrado”, “cada macaco no seu galho”. Direito e política têm espaços distintos de atuação

⁶¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial...*, op. cit., p. 16. A política tem seu espaço determinado, bem como o direito. Cada qual caminha em suas áreas de competência, com procedimentos próprios de tomada de decisão, fundamentação etc.

⁶¹¹ Ibid., loc. cit.

⁶¹² *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1-3; 67-78.

⁶¹³ WHITTINGTON, Keith E. *The handbook of law and politics*. Oxford: Daniel Kelemen e Gregory Caldeira (eds.), 2008, p. 3.

⁶¹⁴ *O conceito de direito*, op. cit., p. 35-51; 59-66.

⁶¹⁵ *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 82-93.

⁶¹⁶ *Positivismo jurídico: introdução...*, op. cit., p. 134-141.

direito é criado pela política, mas a relação para por aí. Não obstante, em teoria, em sua aplicação ou concreção, o direito não se apoia na política⁶¹⁷.

Há, contudo, essenciais diferenças entre ambos no que se refere aos respectivos procedimentos e práticas de sua realização. O direito é visto como um espaço onde impera a razão, onde as decisões são tomadas por meio do silogismo clássico ou, mais recentemente, através de uma fórmula racional de ponderação de princípios (aberto à moral ou a valorações, mas não à política), mas sempre com fundamento na razão. Além disso (e também por isso), as decisões jurídicas (judiciais ou administrativas) devem ser necessariamente fundamentadas⁶¹⁸.

Outro mundo é o da política: suas decisões são livres, não são racionais, são escolhas do grupo, do corpo legislativo, que independem de qualquer fundamentação⁶¹⁹; de forma diversa, dependem de apoio, de acordos, de jogos de interesses. Entretanto, em ambas as práticas sociais há procedimentos pré-determinados (voto, interstício, composição, legislatura ou ação judicial, princípio da inércia etc.). Tanto no direito como na política, há limites prévios de atuação.

Não obstante, apesar da distinção conceitual, em muitos casos os limites entre direito e política é tão tênue que não é possível distinguir exatamente quais são os campos e argumentos de cada um⁶²⁰. Algumas dessas zonas limítrofes serão agora pesquisadas.

⁶¹⁷ Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*:..., op. cit., p. 18-20. “Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura tradicional sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição e pelas leis” (Ibid., p. 20).

⁶¹⁸ Em relação à decisão judicial, a imposição parte do art. 93, IX da CF. Já no caso das decisões administrativas (contidas no conceito de ato administrativo), há quem defenda que não devem ser todas elas motivadas ou mesmo motiváveis, mas a tendência atual é que se exija a motivação também neste campo. Por todos, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 384. Segundo ele, a motivação deve ser a *regra geral*. A lei 9.784/99, aplicável somente à União (e ao Distrito Federal, por força de lei distrital que a recepcionou nesta esfera), informa os casos em que a motivação do ato administrativo é obrigatória em seu art. 50.

⁶¹⁹ A escolha entre construir uma escola ou um hospital, ou de alocar qualquer dos dois na área x ou y independe de qualquer pauta racional ou de motivação.

⁶²⁰ Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*:..., op. cit., p. 4-5.

Aqui, não se busca estudar o fenômeno político ou *a política*, mas sim «políticas»: conceito largo, a abarcar diversas formas de política, não somente circunscritas às políticas partidárias ou governamentais, ou ao objeto específico da ciência política⁶²¹. Logo, é preciso determinar como o vocábulo políticas será utilizado.

Política é uma expressão muito ampla, “é um termo equívoco que há de ser submetido a uma cuidadosa análise antes de aplicar-se proveitosamente à análise da conduta judicial”⁶²². Pode referir-se à filiação a um partido político, à fidelidade ao programa de um partido, a uma ideologia política de um juiz (como sua visão do direito e da finalidade jurídica: positivista, legalista, pós-positivista, pró-ativismo, pró-democracia, pró-governo, liberal, conservador etc.), à análise consequentialista da decisão (o olhar para o futuro do pragmatismo, já que as correntes tradicionais não admitem esta visão), à política laboral (sindicais, ou relacionais para alcançar postos mais elevados na profissão)⁶²³.

Diante dessa vastidão de sentidos, Richard Posner diz que «políticas» poderia ser uma definição adequada, na medida em que poderia incluir “juízos políticos puramente técnicos, juízos que implicam determinar quais são os melhores meios para alcançar determinados fins” ou qualquer assunto de natureza governamental⁶²⁴. Conceito que se encaixa aos fins ora objetivados,

⁶²¹ João Feres Júnior e Thamy Pogrebinski (*Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 3) alertam que, para a teoria política, uma definição superficial de seu objeto: *o político*, como buscar seu sentido comum (governo, eleições, partidos etc.), esteriliza boa parte da reflexão sobre política. Não obstante, como não se pretende adentrar em discussões mais profundas sobre a temática, admite-se a possibilidade de utilizar termo que não seja propriamente da ciência política. Por isso, será utilizado o vocábulo *políticas*, como sugere Posner. Assim, é possível investigar diversas relações de poder que potencialmente podem influir sobre a decisão judicial.

⁶²² POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 20.

⁶²³ Ibid., loc. cit. Com acréscimos nossos.

⁶²⁴ Ibid., p. 20-21. “Recorde o leitor que a política partidária não é a única política: e que a política se torna ideologia, que a sua vez, se volta a um sentido comum, instituição moral, ideias básicas de políticas razoáveis e outros elementos comuns e que não se pode erradicar da tomada de decisões judiciais” (Ibid., p. 88).

já que nesta tese adota-se um conceito largo de política(s), que engloba as possíveis relações de poder eventualmente incidentes sobre o magistrado ou tribunal⁶²⁵.

Sendo assim, os elementos políticos ou as políticas que podem estar presentes no processo de escolha da decisão judicial são amplos, incluem fatores de natureza político-partidária (como possíveis pressões institucionais do corpo legislativo, ou das minorias parlamentares), governamental (como as do Executivo para o cumprimento das políticas públicas traçadas), político-ideológica⁶²⁶, estratégica, que analise as consequências etc. Mesmo que as razões (motivos, causas) políticas não estejam expressamente contidas na fundamentação da decisão judicial, é possível identificar situações em que elas foram fundamentais para a decisão: esse é o ponto que se defende aqui.

No mundo real, “a autonomia [entre direito e política] será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos”⁶²⁷.

2.4.2. A relação dos operadores do direito com a política

Frederico Almeida conseguiu indicar em tese doutoral dados empíricos de que existe uma forte interação de operadores do direito com a política. Essa relação está presente em quatro categorias: *bacharéis-políticos* (agentes com formação jurídica, mas com atividade política

⁶²⁵ Cumpre ressaltar que em muitas das já citadas influências extrajurídicas, como especialmente nos dois tópicos anteriores (2.2. mídia e opinião pública e 2.3. relações pessoais), também pode se observar relação de poder. Contudo, como frisado no início deste capítulo 2, as divisões temáticas são meramente didáticas e se interpenetram mutuamente. Neste tópico, pretende-se observar influências institucionais, de atores políticos, bem como da análise das consequências da decisão (que seria uma pauta essencialmente política, mais dinamizada nos países do *common law*).

⁶²⁶ Conforme indicados no item 2.1. A opção por abordá-los naquele ponto foi devido à sua proximidade do que se indicou como pré-compreensões, mas poderiam também ser abordados neste item. Como dito, a divisão é puramente didática, mas todas elas se imbricam de tal forma que talvez seja impossível individualizá-las na realidade.

⁶²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial...*, op. cit., p. 29. Não se sabe, contudo, se essas influências serão decisivas “com frequência” como sugere o autor.

predominante, sobretudo no legislativo), *político-juristas* (participam diretamente da construção do Estado nacional Brasileiro, agentes com trânsitos recorrentes nos campos jurídico e político, p. ex., Nelson Jobim e Michel Temer), *juristas da política* (assessores de gabinete e advogados de partido, que prestam serviço a políticos profissionais e “acumulam, dessa forma, quantidades consideráveis de capitais políticos, redes de relacionamento com agentes do campo político”, p. ex., Lewandowski, antes de ser Ministro, Kakay, Marcio Thomaz Bastos⁶²⁸) e *juristas-políticos* (assim como os político-juristas, transitam entre os campos político e jurídico com relativo equilíbrio, embora mantenham vinculação predominante com o mundo jurídico)⁶²⁹.

A própria composição do Congresso Nacional demonstra a interação dos operadores jurídicos com a política partidária. Em 1982, por exemplo, “60,6% dos deputados federais eram formados em direito. Em 1986 este percentual caiu para 35% e, em 1995, para 30,4%, ou seja, quase um terço do total da Câmara. Em junho de 1999, aproximadamente 28% dos parlamentares formaram-se em cursos jurídicos”⁶³⁰. Em 2007, o número de deputados formados em direito foi de 110 do total de 513, o que totaliza 22% de deputados-bacharéis⁶³¹. Em que pese o número venha caindo, a participação ainda é bastante significativa, alcançando quase um quarto do total da representação brasileira.

A relação de advogados e promotores de justiça com a política resta demonstrada também no processo de indicação/nomeação para a magistratura (tanto através do quinto constitucional para tribunais de segunda instância e superiores como por meio das indicações

⁶²⁸ Cf. indicado no item 2.3.2.

⁶²⁹ *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Apresentada como tese de doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, São Paulo: USP, 2010, p. 186-190.

⁶³⁰ Cf. SADEK, Maria Tereza e DANTAS, Humberto. Os bacharéis em direito na reforma do judiciário: técnicos ou curiosos? *São Paulo em Perspectiva*, v. 14, n. 2, abr./jun. 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200013>. Acesso em 24 set. 2012.

⁶³¹ *Na Câmara 110 deputados indicam advocacia como profissão*. Notícia OAB, 26.03.2007. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/9393/na-camara-110-deputados-indicam-advocacia-como-profissao>>. Acesso em 24 set. 2012.

para o STF), conforme demonstrado no item 2.3.4. Por conseguinte, ao se tornarem magistrados, a relação com a política (governamental, partidária, institucional, relacional) que foi necessária à nomeação não parece desaparecer por completo⁶³².

Especificamente em relação ao STF, a trajetória de seus membros antes do ingresso na corte também demonstra a existência de significativo contato prévio com a política: de 1985 a 2008, 50% dos Ministros do STF exerceram cargos políticos no Executivo ou no Legislativo antes de sua indicação⁶³³. Em outra pesquisa, nota-se que 66,66% dos Ministros nomeados (14 de um total de 21) de 1988 até março de 2012 exerceram alguma atividade política prévia, seja no Executivo, seja no Legislativo⁶³⁴. O contato dos Ministros com a política partidária antes de sua nomeação também é significativa no período de 1985 a 2008: 40% dos Ministros do STF exerceram lideranças associativas ou corporativas⁶³⁵.

Mais do que isso, a pesquisa doutoral de Daniel Barile da Silveira constata, a partir de dados empíricos sobre a composição do STF desde 1988 até 2012, “que a trajetória dos Ministros envolve o trânsito na esfera política para o atingimento do cargo”; e conclui que “isto não indica, de forma alguma, uma corrupção do sistema pela prevalência de ideais políticos aos técnico-

⁶³² Cumpre consignar que não há qualquer indicação de falta de independência ou parcialidade do julgador com esta constatação. Não se sabe se essa relação com a política no procedimento de indicação pode ser transferida em alguma medida para a decisão judicial. Não foram encontradas evidências disso. Todavia, a imparcialidade do julgador pode ser afetada em julgamento de causa que tenha como parte algum aliado na indicação de seu nome. E, conforme consignado no item 2.3.4, a parcialidade pode ocorrer também, em alguns casos, em relação aos advogados ou membros do MP que o tenham ajudado em sua indicação.

⁶³³ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada*..., op. cit., p. 179. Esta pesquisa considerou na categoria de cargos políticos somente os cargos de parlamentares municipais, estaduais e federais e de Ministro de Estado. As demais indicações para cargos em comissão do segundo escalão do governo não foram computados como cargos políticos. A pesquisa mostra, contudo, que a indicação de Ministros com contato formal com a política tem diminuído recentemente.

⁶³⁴ SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal*..., op. cit., p. 199. Esta pesquisa utilizou um conceito mais amplo de cargos políticos, incluindo também alguns cargos do segundo escalão do governo federal, como Assessor jurídico da Casa Civil. Por isso, o percentual diverge em relação à pesquisa informada na nota anterior. Não obstante, ambas demonstram um significativo grau de contato prévio com a política em relação a metade ou mais da metade dos Ministros do STF.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 196.

jurídicos, inaférivel nesta pesquisa, mas indica que é preciso circular em dois mundos [político e jurídico] para ser nomeado”⁶³⁶.

A aproximação direito/política também é evidente em relação às associações de magistrados (AMB, Ajufe etc.), de promotores ou procuradores (ANPJ, ANPR etc.), de advogados (ABA, IAB etc.), de advogados públicos (ANAPE, ANAJUR etc.), de defensores públicos (ANADEP etc.). A participação nas lideranças associativas cria também para seus líderes (magistrados, promotores, advogados privados ou públicos e defensores) uma ampla rede de relações políticas⁶³⁷.

A OAB, por sua vez, tem intrínseca e substancial relação com a política e com o poder estatal, sobretudo por ter acumulado prestígio junto à sociedade civil e ao Estado (p. ex., com sua efetiva participação na transição do regime militar para a democracia), o que permite a seus membros de cúpula (regional ou nacional) o trânsito entre os campos jurídico e político⁶³⁸.

Essas associações e instituições exercem influência sobre o resultado de alguns julgamentos de seu interesse com a utilização de todo seu peso político. E não é somente nas

⁶³⁶ *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal...*, op. cit., p. 207.

⁶³⁷ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada:...*, op. cit., p. 198.

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 292. A título de exemplo, no julgamento da ADI 3026 (Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 29-09-2006) pelo STF, em que se discutiu a natureza jurídica da OAB, é possível notar a influência desta instituição sobre a decisão proferida. Isso se dá por algumas evidências: (1) o Ministro Nelson Jobim expressamente consignou em seu voto a existência uma disputa corporativa entre o Ministério Público e a OAB; (2) a OAB ingressou como *amicus curiae* na ação em 14.02.2005; (3) o forte *lobby* exercido pela OAB na tramitação da referida lei 8.609/94 (acusada inclusive de tramitação legislativa clandestina – cf. *Os Estatutos da OAB*. Disponível em <http://www.oabcubatao.org.br/hist_oab_estatutos.htm>. Acesso em 23 set. 2102 – fato que demonstra seu grande interesse no julgamento; (4) a tipificação da natureza jurídica desta instituição foi desenvolvida unicamente para especialmente para ela, criando uma natureza *sui generis* (não se sujeita ao controle do TCU, contrata no regime celetista e sem concurso público etc.), sem precedente na história brasileira, mesmo tendo sido criada como autarquia federal; (5) sua natureza jurídica foi diferenciada em relação a todos os outros conselhos federais de fiscalização profissional; (6) a OAB tem participação privilegiada nas estruturas de poder da Justiça, “representada pela grande proporção de membros das elites jurídicas [onde se incluem os Ministros do STF] que são ou foram, exclusivamente ou não, advogados” (ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada:...*, op. cit., p. 292).

ações de seus interesses, também atuam em ações judiciais em que haja tensão entre as carreiras jurídicas⁶³⁹.

Segundo Frederico Almeida, também na reforma do Judiciário (EC 45/04) houve notória atuação destas entidades corporativas e de representantes institucionais, notadamente do STF e da OAB, como grupos de pressão legislativa, a qual foi significativa tanto para sua aprovação quanto para a modelação de seus termos⁶⁴⁰. O autor mostra com profundidade como se deu o jogo de forças e embates políticos para a aprovação da reforma e sua implementação⁶⁴¹.

A conclusão da mesma pesquisa foi de que há uma efetiva atuação de operadores jurídicos (pessoal ou associativamente) sobre as decisões político-legislativas que dizem respeito ao Judiciário e à atividade judicial como um todo⁶⁴². As categorias indicadas acima como *bacharéis-políticos*, *político-juristas*, *juristas da política* e *juristas-políticos* estão “na base da interdependência entre campo jurídico e campo político, conexão ainda mais intensa no campo político da justiça”; estes mesmos agentes são, contudo, os responsáveis por manter uma “*relativa autonomia do campo jurídico em relação ao campo político*”⁶⁴³.

Isso é somente um indicativo de que o direito não vive separado da política: a relação entre estes campos vai além da criação da lei (fato bruto). Alguns operadores jurídicos têm próxima relação com a política.

⁶³⁹ No julgamento do mensalão, por exemplo, a Ajufe (Associação dos Juizes Federais do Brasil) saiu em campo em defesa do presidente do STF, Ayres Britto, estampando na página inicial de seu website (*Ajufe divulga nota em solidariedade a Ayres Britto*. Notícia, 21.09.2012. Disponível em <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4577>. Acesso em 23 set. 2012) contrariedade a uma notícia de que o Conselho Federal da OAB iria *apurar* se ele teria violado prerrogativas profissionais de um advogado desse processo (OAB apurará se Britto violou prerrogativas de Toron. *Revista Consultor Jurídico*, 20.09.2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-20/conselheiro-federal-oab-apurara-britto-violou-prerrogativas-toron>>. Acesso em 23 set. 2012). Existe uma dinâmica de tensionamento e composição no embate político entre as diversas profissões jurídicas, sobretudo em relação à magistratura e as demais (ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada*:..., op. cit., p. 199). Este mesmo autor também demonstra um campo fecundo de tensionamento e embates entre a advocacia e as carreiras jurídicas estatais (Ibid., p. 269-279).

⁶⁴⁰ Ibid., p. 279-283. O autor identifica “a força da OAB nos debates da Reforma” (Ibid., p. 281).

⁶⁴¹ Ibid., p. 281-283.

⁶⁴² Ibid., p. 290.

⁶⁴³ Ibid., p. 295. Grifo não original.

2.4.3. A interação do Judiciário com atores políticos e institucionais

Nos EUA, há várias pesquisas empíricas que apresentam dados de influências políticas sobre a decisão judicial, sobretudo no que se refere à Suprema Corte, mas também em relação aos tribunais de segunda instância. Thomas Miles e Cass Sunstein afirmaram em 2007 que, diante da existência de dados concretos que permitem maior acerto na previsibilidade das decisões, existiria um movimento naquele país chamado *novo realismo jurídico*⁶⁴⁴. Posner também utiliza e cita diversas pesquisas com o mesmo objeto, mas não fala de um novo realismo⁶⁴⁵.

Um dos temas que mais recebeu atenção das pesquisas atuais foi a influência da ideologia político-partidária do juiz sobre a decisão⁶⁴⁶. Nos estudos norte-americanos, já há provas de *amortecimento ideológico* – diminuição da ideologia conservadora (republicana) do magistrado quando julgar em colegiado com participação de juízes liberais (democratas) – ou a *ampliação ideológica* – crescimento do perfil conservador diante de colegiado composto somente por juízes liberais e vice-versa⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ Que acrescentaria dados e comprovações empíricas às constatações de Holmes, Cardozo e outros. MILES, Thomas J. e SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, University of Chicago Law & Economics, n. 191, dez. 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=1070283>. Acesso em 16 mar. 2011.

⁶⁴⁵ *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 35-40. Utiliza-as como respaldo de sua teoria pragmatista. Cita nove teorias (muitas com pesquisas empíricas) que explicam variadas influências sobre a decisão judicial, algumas indicadas no item 1.3.2. Para ele, todavia, algumas dessas pesquisas sobretudo aquelas do modelo atitudinal (que identifica “as preferências políticas que os juízes projetam sobre seus casos”) que poderiam ser questionadas, apesar de indicarem que alguns resultados em casos politicamente significativos podem ser antecipados com alto grau de precisão. Isso porque, a indicação do *Justice* pelo partido do Presidente é somente um indicador imperfeito da ideologia política do juiz. Há outros parâmetros ideológicos ou políticos que poderiam, ao mesmo tempo, influenciar as decisões; ou ainda novos temas cujo resultado é imprevisível. Seriam as “limitações preditivas”. Mesmo diante disso, as pesquisas demonstram uma forte tendência.

⁶⁴⁶ MILES, Thomas J. e SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism, op. cit. Citam pesquisas em diversos tribunais do país.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, loc. cit. Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 43) também cita algumas dessas pesquisas, cujos resultados demonstram que uma turma composta por uma maioria republicana ou democrata muito provavelmente decidirá de forma diversa de uma formada toda por republicanos ou democratas.

Há pesquisas que demonstram votações estratégicas para alcançar um resultado⁶⁴⁸, outras que concluem que o poder negociador do juiz dissidente é menor em um tribunal com maior número de membros (como os nove *Justices* da Suprema Corte) que os que contenham menos (como a média de três das turmas de apelação)⁶⁴⁹, ou que mostram a tendência dos magistrados em evitar dissentir (votam com a maioria)⁶⁵⁰.

Ainda na experiência americana, uma obra de 1979 que virou *best-seller* evidenciou como fatores políticos podem influenciar bastante as decisões judiciais. Trata-se do livro *Por detrás da Suprema Corte*, que descortina como as conjecturas políticas (internas e externas à Corte), que vão desde a escolha dos *Justices* que comporão a Suprema Corte até o julgamento de causas relevantes, podem preponderar em diversas situações sob julgamento⁶⁵¹.

Em obra mais recente, Jeffrey Toobin⁶⁵² também demonstra como as vicissitudes do processo decisório da Suprema Corte norte-americana pode ter ascendência sobre o resultado de seus julgamentos; informa a influência de questões religiosas em algumas decisões e até mesmo dos atentados de onze de setembro sobre a visão da Corte sobre os direitos humanos, entre outras.

⁶⁴⁸ Com no caso *Bush vs. Gore* em que dividiu a Suprema Corte: “os cinco magistrados conservadores votaram a favor do resultado liberal (...) e os quatro magistrados liberais votaram a favor do resultado conservador”. Afinal estava em jogo a contagem eleitoral (questionada por Gore) que definiria quem seria o presidente vencedor naquela eleição. A decisão definiu o presidente naquele ano, pois caso fosse inversa as evidências demonstram que o resultado seria oposto. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 42, tradução do autor.

⁶⁴⁹ SUNSTEIN, Cass R. *et al. Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 75-77.

⁶⁵⁰ Inclusive para evitar a erosão de boas relações entre os colegas. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 44.

⁶⁵¹ WOODWARD, Bob e ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985. Publicação original na data citada no texto. Há exemplos como as concatenações políticas para a nomeação de Burger como Presidente da Corte, estratégias de votação da corte com vistas ao efetivo cumprimento da tese encampada na decisão *Brown vs. Board of Education* (acerca da segregação racial), de 1954, que demorou mais de uma década para ser implantada, entre outros.

⁶⁵² *The Nine: inside the secret world of the Supreme Court*. Nova Iorque: Anchor Books, 2010.

Outras obras contam estratégias políticas para frear o ativismo judicial da Corte no fim dos anos 70 e na década de 80⁶⁵³.

Todavia, no Brasil a realidade é muito diversa, seja porque não há uma dicotomização político-partidária, ou porque a relação dos magistrados de todas as instâncias com a política é significativamente diversa⁶⁵⁴, ou porque o regime militar impediu o livre funcionamento do STF e de outros tribunais por um longo período⁶⁵⁵, ou porque a realidade cultural, social e jurídica é extremamente diversa. No Brasil, “o carimbo político é menos relevante ou, no mínimo, menos visível”⁶⁵⁶.

Não obstante, há estudos no Brasil que procuram demonstrar diversas relações do Judiciário com a política e outros elementos não-jurídicos, sobretudo em relação ao STF. Existe clássico estudo de Oscar Vilhena Vieira que direciona o olhar para a superação das limitações impostas ao STF pelo governo militar e seu relevante e necessário papel para a implementação da democracia⁶⁵⁷. Há quem estude o processo de institucionalização do STF, como a tese doutoral

⁶⁵³ Uma situação fática de extrema importância para o estudo da relação entre direito e política diz respeito à rejeição do nome de Robert Bork para a Suprema Corte dos Estados Unidos no fim dos anos oitenta. Após períodos ativistas da Corte de Warren nos anos sessenta e sua exacerbação nos anos setenta com a Corte Burger, a sociedade norte-americana pretendia frear esse movimento com a valorização do *self restraint* que se converte em *strict constructionism* – personificado em Bork – e com a recuperação do originalismo. O tema e os detalhes políticos que circundaram esse fato são descritos às minúcias por Miguel Beltran na obra *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

⁶⁵⁴ Naquele país, há diversos magistrados eleitos. O que inevitavelmente os aproxima da política. Já no Brasil, o ingresso por meio de concurso, além da proibição do magistrado se filiar a partidos políticos (art. 95, parágrafo único, III da CF) demonstram um grande abismo entre a realidade desses países. Sobre a comparação entre as condicionantes externas sobre o juiz em sua atividade de julgar no *common law* americano (magistrados eleitos ou indicados) e em países de *civil law* (seleção técnica e indicação), ver POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 143-177.

⁶⁵⁵ Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira (*Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 79-82) demonstra como o STF foi calado pelo governo militar, sobretudo após o AI 5 que permitiu a aposentadoria compulsória de três Ministros, Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva, possivelmente por conta de dois HCs a líderes estudantis presos em congresso da UNE. Período de “grande silêncio” do STF. Sua atuação livre começa a se dar de forma mais evidente somente após os primeiros anos da década de 90 (Ibid., p. 96; 97-137). O mesmo Ato Institucional suspendeu diversas garantias da magistratura.

⁶⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial:...*, op. cit., p. 33.

⁶⁵⁷ Mostrou por meio de estudo de casos a evolução da jurisprudência da corte na superação das amarras institucionais deixadas pelo regime militar, que não imperaram somente no ápice da repressão com a aposentadoria compulsória de três Ministros após terem concedido HC e líderes estudantis da UNE com base no AI 5, mas permaneceram sobre os primeiros anos de vigência da CF de 1988, sobretudo pela manutenção dos Ministros.

de Daniel Barile⁶⁵⁸. Também existe pesquisa, como a de Fabiana Luci de Oliveira, que analisa empiricamente número bastante significativo de ADIs (300) sob o enfoque quantitativo e qualitativo, na tentativa de traçar o perfil dos Ministros⁶⁵⁹.

Há estudo que demonstra a influência do ensino jurídico para a elitização do Judiciário brasileiro⁶⁶⁰; e diversas afirmações sem comprovação empírica, mas originadas de inferências fundamentadas, como de que existe poder político informal dos magistrados mais antigos (decanos) em uma turma ou tribunal⁶⁶¹; ou que ocorrem as influências da composição da turma ou câmara sobre a decisão⁶⁶²; ou de que o Presidente de uma turma ou tribunal pode ter influência nas decisões na medida em que escolhe a pauta de julgamento⁶⁶³; entre diversas outras.

Sem dúvida, há relação entre o direito e a política também no Brasil. Essa é uma premissa inafastável. Porém, por se tratar de uma tese doutoral, impende comprovar o alegado.

Contudo, assevera que o tribunal “parece ter cometido algumas omissões” em alguns casos importantes no cenário nacional, como relativo à desproporção dos eleitores de São Paulo na Câmara dos Deputados, ou no bloqueio da poupança no plano cruzado, ou no controle das omissões inconstitucionais (à época ainda não implementado com caráter concretista – que veio ocorrer somente em 2007, com os julgamentos de alguns mandados de injunção: MI 721, MI 670, MI 708, ver também MI 758, julgado em 2008), entre outras. Mas conclui que, apesar dessas omissões, o balanço é positivo na implementação da democracia (*Supremo Tribunal Federal:...*, op. cit., p. 80; 142-147; *passim*).

⁶⁵⁸ Nessa pesquisa empírica, o autor observa como se deu o papel do tribunal nas conjecturas históricas das alterações de sua competência desde sua criação, com o desenvolvimento de uma tradição institucional, com a profundidade de quem produz e observa outras pesquisas empíricas, com detalhes sobre o tempo de tramitação dos processos no STF; a curva ascendente do número de processos autuados até 2006 (passando dos 127 mil), que se torna descendente a partir de 2007, finalizando 2011 com 64 mil processos autuados e 97 mil julgamentos; a origem acadêmica, política e funcional de cada um dos Ministros desde 1988 até 2012, entre outros. E conclui que o STF apresenta-se como uma instituição sólida, mantendo estratégias de não enfrentamento dos demais Poderes, como de não adentrar em terrenos políticos complexos, mas que sua institucionalização depende do relacionamento institucional entre os poderes. (*A institucionalização do Supremo Tribunal Federal...*, op. cit., p. 118; 158; 279-290; 320-322; *passim*).

⁶⁵⁹ Desenvolve sua pesquisa na área da ciência política (que contribui para a pesquisa jurídica) restrita ao controle concentrado do STF por meio de ADIs selecionadas no período de 1998 a 2003. Desce em detalhes sobre a composição da corte para investigar tendências restritivas ou ativistas de cada Ministro (ou grupo de Ministros). (*Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 81-112; *passim*).

⁶⁶⁰ ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada:...*, op. cit., p. 87. Sua conclusão é de que, embora a elitização seja evidente, é perceptível o ingresso da classe média na magistratura por razões de investimentos nos estudos, p. ex.

⁶⁶¹ Nesse sentido, FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*, op. cit., p. 139.

⁶⁶² Sobre o tema, ver BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial:...*, op. cit., p. 4-5.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 41, nota 129.

2.4.3.1. Questões políticas e o teor político de julgamentos do STF

Há poucas exceções ao dever judicial de decidir⁶⁶⁴, uma delas é o espaço de discricionariedade administrativa⁶⁶⁵, outra é a teoria das questões políticas⁶⁶⁶, há ainda temas que estão fora da jurisdição de um tribunal⁶⁶⁷.

A doutrina ou teoria das «questões políticas», que prevê que as matérias políticas têm arena própria e que não devem ser definidas no contexto judicial, tem origem remota nos EUA⁶⁶⁸. Robert Nagel demonstra como foi o influxo dessa teoria na doutrina e nas decisões da Suprema Corte norte-americana, desde 1953 até os dias atuais⁶⁶⁹. O autor analisa com profundidade a influência de questões políticas sobre decisões constitucionais e a doutrina americanas⁶⁷⁰ e

⁶⁶⁴ Vigê a proibição do *non liquet*: o Judiciário não pode deixar de julgar as causas a ele submetidas, cf. CPC, art. 126. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

⁶⁶⁵ Muito do que será dito adiante pode ser aplicável à discussão judicial do mérito administrativo, uma vez que o judiciário adentra nesse ponto segundo o *postulado* (cf. termo de Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*:..., op. cit., p. 151-160) da *razoabilidade*, que utiliza critérios essencialmente “políticos”. Sobre o tema relacionado a questões políticas, ver PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas*:..., op. cit., p. 94.

⁶⁶⁶ “Há poucas exceções ao dever judicial de decidir. A doutrina dos ‘assuntos políticos’ é uma delas”. POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 97.

⁶⁶⁷ Nesse sentido, *Ibid.*, loc. cit.

⁶⁶⁸ Nesse sentido, Danielle Pamplona (*O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas*: a postura do juiz. Curitiba: Juriá, 2011, p. 98-104) traça um paralelo entre a teoria das questões e o célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803), que originou o controle de constitucionalidade naquele país. Para ela, o voto do juiz Marshall “contém o embrião da doutrina das *political questions* (*Ibid.*, p. 99).

⁶⁶⁹ Sobre este tema, ver NAGEL, Robert F. *Direito político, política legalista*: uma história recente da teoria da questão política. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade* (ANPR). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149-176, *passim*.

⁶⁷⁰ O autor informa que no caso *Baker vs. Carr* a Suprema Corte enumerou categorias ou classes não taxativas de questões políticas, adotando de forma clara a teoria. Sobre essas categorias, a análise feita por Henry Hart e Wechsler na segunda edição da obra *The Federal Courts and The Federal Systems*, de 1973, demonstra que um olhar mais próximo sobre cada uma dessas classes revela uma tendência à impossibilidade jurídica dessas demandas (*Ibid.*, p. 152). Todavia, o autor percebe que na edição posterior desta obra, de 1988, e nos julgados que se seguiram nesse ínterim a influência da teoria das questões políticas “foi pequena e declinante” (*Ibid.*, p. 152-153). Adiante assevera que James Thayer, anos antes de Alexander Bickel, reconheceu que a política afeta de fato o conteúdo constitucional; o primeiro já tratava a maior parte das matérias constitucionais como políticas. Bickel, um pouco depois, permitia um pequeno lugar para a política na etapa inicial da jurisdição (admissibilidade); admitia assim um pouco de discricionariedade política, mas conservava um grande papel para os princípios em um segundo momento. Com isso, aceitava um reduzido espaço para aspectos políticos abandonando o restante ao critério jurídico. As ideias deste autor eram uma ameaça significativa a uma teoria apolítica do Direito Constitucional. Seus opositores Henkin, Redish e outros refutaram a teoria das questões políticas ao informar que as teorias que limitassem significativamente o poder do

conclui que, atualmente, “todas as matérias constitucionais têm aspectos políticos” e que há uma “fusão entre direito e política” na Suprema Corte daquele país⁶⁷¹, tendo havido a rejeição intensamente jurídica dessa teoria⁶⁷².

No Brasil, a doutrina das questões políticas foi importada dos EUA por Rui Barbosa. Para ele, “atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aquêles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder”; nem mesmo diante de direitos individuais, já que “o exercício dela [lei] não lesa direitos constitucionais do indivíduo”⁶⁷³. Mais adiante, passou a defender a exceção para conhecimento de questões políticas que afrontassem direitos individuais⁶⁷⁴. Vislumbrava, assim, impossibilidade de conhecimento de questões políticas pelo Judiciário. Aliomar Baleeiro, por sua vez, não desconhecia a teoria, porém ressaltava que, ante às diferenças entre a realidade nacional e a americana, seria pouco eficaz sua aplicação por aqui⁶⁷⁵.

Em 1925, o STF, no julgamento do HC 14518, adotou a teoria: “tratando-se de ato político, não é lícito ao Poder Judiciário Federal entrar na apreciação dos fatos e motivos que o determinaram, sob pena de abuso de poder”⁶⁷⁶. Segundo Lêda Boechat, “quando queria eximir-se de julgar alguma causa ou pedido, foi comum o Supremo Tribunal apelar para o argumento de

judicial review deveriam ser, por esse motivo, rejeitadas. (Ibid., p. 160-166). Portanto, mesmo nos EUA a doutrina das questões políticas perdeu substancialmente sua força.

⁶⁷¹ Ibid., p. 176; 165.

⁶⁷² Ibid., p. 152-153. Para ele, o declínio da teoria talvez “tenha ajudado a pavimentar o caminho para um papel altamente político do Poder Judiciário Federal”. Cede espaço, pois, às discussões sobre o ativismo judicial.

⁶⁷³ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. 37, tomo 5. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 1910, p.134.

⁶⁷⁴ Ibid., p.134

⁶⁷⁵ A função política do Judiciário. *Revista Forense*, n. 238, p. 5-14, 1972, p. 14.

⁶⁷⁶ Citada por PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas:...*, op. cit., p. 121-122.

que se tratava de ‘ato político’ ou ‘questão política’⁶⁷⁷. Em momentos mais recentes o STF também fez referência à teoria, mas para afastá-la⁶⁷⁸.

De pronto, é possível consignar que a opção por julgar ou não questões políticas passa em grande medida por uma opção do julgador (discricionariedade judicial), uma escolha “política”. Detendo-se aos julgamentos do STF, é possível perceber que quando o tribunal não tem interesse em adentrar nas questões políticas ele usa termos, como “*interna corporis*”⁶⁷⁹, “questão política”⁶⁸⁰, bem como ressalta o espaço político e a separação de poderes. Com isso, mantém a discussão na arena política. Todavia, “em diversos casos, o STF adentra nas veredas da política proferindo decisões que acabam sendo, numa análise rigorosa, estritamente políticas”⁶⁸¹. Aqui, pretende-se verificar o quão políticas são tais decisões.

No tocante às medidas provisórias, em regra o tribunal não adentra na identificação de seu conteúdo político, deixando a discussão sobre seus requisitos constitucionais dentro da esfera política⁶⁸². Esta delimitação dos requisitos estaria enquadrada como questão política⁶⁸³, podendo,

⁶⁷⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal* (1910-1926 – t. 2). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 294.

⁶⁷⁸ Ver, p. ex., RE 57.924, julgado em 11.04.1969. O relator Themístocles Cavalcanti assim se manifestou: “Essa teoria [das questões políticas] tem sido superada por outra fórmula consagrada na Constituição de 1946 e na atual, que considera da competência do Poder Judiciário o exame de qualquer lesão a direito individual”.

⁶⁷⁹ No sentido de que o STF não julga questões regimentais tratadas como *interna corporis*, ver MS 22503, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/1996, DJ 06-06-1997. A sistemática interna dos procedimentos das casas legislativas é questão interna corporis, cf. MS 25588 AgR, Relator(a): Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe-084 divulg. 07-05-2009.

⁶⁸⁰ Nesse sentido, MS 24645, Relator(a): Min. Celso de Mello, DJ 27/11/2003, informando que o MS Parlamentar que visa a unicamente interromper o processo legislativo está fora dos limites materiais do *mandamus*; também ADI 2262 MC, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/2000, DJ 01-08-2003

⁶⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal*. 06.06.2012. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 22 set. 2012.

⁶⁸² “Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidencie-se improcedente” (ADI 1397 MC, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 27.06.1997).

⁶⁸³ “Este posicionamento consolidado, que tem fulcro constitucional inserto no art. 62, § 5º, do Texto Magno [A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais], tal qual se funda na regra da divisão dos Poderes (art. 2º, da CF), primeiramente, exclui da apreciação judicial atos de natureza política (...)” (SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal...*, op. cit., p. 267).

contudo, ser excepcionada se houver “excesso” do Executivo⁶⁸⁴, cf. ADIs n. 1753, 2213, 2226, 4048, 4049.

Portanto, a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que os critérios constitucionais de relevância e urgência são uma questão política que é definida na arena política. Porém, por exceção, com base em critérios vagos (excesso, razoabilidade), o tribunal pinça determinados casos para serem julgados, sob razões de que o excesso do Presidente resulta em abuso de seu poder legislativo. Dessa forma, uma decisão essencialmente política é trazida, por exceção, para a arena jurídica.

Existe, portanto, uma ampla discricionariedade judicial na escolha de julgar ou não estes requisitos constitucionais. São, portanto, os Ministros do STF que escolhem se vão julgar ou não os critérios utilizados pelo Presidente com base em conceitos necessariamente morais (excesso, razoabilidade). O direito não diz o que é “excessivo” ou “razoável”, em que medida se configura, quais são os parâmetros de sua aferição⁶⁸⁵.

Há diversas outras causas em que o Poder Judiciário opta por conhecer discussão sobre questões políticas, participando de mudanças significativas do cenário eleitoral⁶⁸⁶. Em outras

⁶⁸⁴ Diante disso, Daniel Barile constata que “de fato, como a noção de “excesso” é um conceito indeterminado e depende da avaliação dos Ministros acerca da interpretação caso a caso, é possível verificar que o julgamento ocorre estrategicamente, no sentido de que a Corte pode escolher o que decidir nestes casos, justificando as razões da escolha” (ibid., p. 288). A pesquisa empírica deste autor mostra que a corte adota um comportamento estratégico de omitir-se em relação à análise dos conceitos políticos (e abertos) de “relevância” e “urgência” das MPs (art. 62, *caput* da CF). Para tanto, apresenta dados: de 1988 a 2006, o STF julgou (favorável ou desfavorável) somente 17,8% dos casos a ele submetidos sobre medidas provisórias, não se manifestando em outros 82,2%; de 2007 a 2011, em 13% dos casos se posicionou e em 87% absteve-se por prejudicialidade (Ibid., p. 266-288).

⁶⁸⁵ O direito está longe de apoiar esta decisão, já que se trata de conceito (excesso ou razoabilidade) puramente moral. Não se está dizendo aqui que a moral não é utilizada como apoio à aplicação de princípios ou para a correção do direito, cf. delimitado no item 1.2, mas sim que neste contexto específico (dizer o que é ou não excessivo ou o que é ou não razoável em termos de “relevância” e “urgência”) a decisão encontra-se em um espaço de grande indeterminação jurídica (se apoiando, no máximo, em precedentes jurisprudenciais que não firmam o teor normativo aos novos fatos que aparecem para julgamento – aplicando-se muito mais por analogia que por identidade). Excesso ou razoabilidade não são princípios, mas postulados ou metaprincípios de aplicação do direito (cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 151-160). Talvez fosse possível dizer que esta escolha seria política, tomada no plano jurídico.

⁶⁸⁶ A fidelidade partidária é um bom exemplo disso. Sobre o tema, ver análise detalhada de RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial:...*, op. cit., p. 245-256). Três situações mudaram para que o STF alterasse sua posição

searas, o Supremo também profere julgamentos essencialmente políticos, como quando superou o teor de sua jurisprudência para dar nova interpretação ao princípio da presunção de inocência e asseverar que somente é possível a prisão após o trânsito em julgado da decisão condenatória (HC 84078), em cujo voto vencido do Ministro Joaquim Barbosa constou “nós estamos criando um sistema penal de faz de conta”, somente em relação a um réu de São Paulo foram julgados nessa casa “nada menos que sessenta e dois recursos”, somente 4% dos REs penais que julgou foram procedentes, “portanto, se resolvermos, *politicamente – porque essa é uma decisão política* –, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por esta Corte, temos que *assumir politicamente o ônus por essa decisão*”⁶⁸⁷. Outro exemplo foi o caso do HC 86864, em que o tribunal abrandou o teor da súmula 691⁶⁸⁸ diante da prisão de um político famoso.

Nesse contexto, há de se concordar com conclusões parciais de Daniel Barile:

Portanto, a partir destas visões, faz-se com que se expurgue do pensamento coletivo que a norma jurídica, constitucional que seja, garante de *per se* a independência judicial, tanto reivindicada pela magistratura ou por setores mais conservadores do Direito. Tal qual se entende, a norma jurídica serve, assim, como fecundo ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito, sendo que, por um outro lado, apenas se poderá ter uma medida da real decisão prolatada quando da análise do comportamento judicial, no contexto da conformação dada pela arena política⁶⁸⁹.

anteriormente consolidada: 1) a composição da corte, que foi mantida após a promulgação da CF de 1988, em 2007 estava totalmente alterada; 2) a visão da corte sobre seu papel, assumindo uma postura, digamos, mais ativista e 3) os fatos, já que na época a imprensa passou a noticiar o troca-troca de partidos. Qualquer que fosse o fundamento, com base em princípios, em regras eleitoras etc. o TSE pretendeu reprimir o troca-troca de partidos e recebeu o *ok* posterior do STF. Exatamente assim, simples assim, político assim. Há outras decisões com cunho eminentemente político. Como no caso da configuração do tempo de propaganda eleitoral de novos partidos, que foi desenhado por decisão do STF (ADI 4430 e ADI 4795 MC, julgados em 27, 28 e 29.6.2012). Ou no julgamento da ADI 4467, que poderia modificar o resultado das eleições para Presidente em 2010 na medida em que aceitou a votação de eleitores somente com um documento de identidade, sem a necessidade do título de eleitor.

⁶⁸⁷ HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 divulg. 25-02-2010.

⁶⁸⁸ Súmula 691: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

⁶⁸⁹ SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal...*, op. cit., p. 67.

Aqui se pretendeu analisar a «jurisprudência política» sobre questões políticas e outros temas para demonstrar que «o STF profere julgamentos com forte teor político». Demonstrou-se o que a doutrina já ressalta: a decisão do Tribunal Constitucional é uma decisão essencialmente política⁶⁹⁰, mas com fundamentos jurídicos. A esse respeito, o Ministro Celso de Mello já se pronunciou: “essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte”⁶⁹¹. Portanto, em muitos casos: decide politicamente, mas os fundamentos não adentram nas opções políticas. Vale dizer, são insinceros quanto aos motivos elencados na fundamentação. Situação cuja crítica será apontada adiante.

Por fim, nas decisões sobre a política ou que afetam a política, outro ingrediente poderia ser estudado: «a pressão exercida por políticos e detentores de poder sobre os julgamentos que influenciam o jogo partidário». Apesar de não se ter encontrado mais indícios que um único caso, pode-se mencionar que é possível a existência de pressão política sobre o julgamento de questões importantes para a política. Isso parece ter ocorrido antes do julgamento do mensalão, quando o ex-presidente Lula supostamente teria procurado o Ministro Gilmar Mendes na tentativa de exercer pressão sobre a data de início do julgamento⁶⁹².

⁶⁹⁰ Cf. NUNES, Jorge Amaury Maia *et al.* Em torno e por causa da ADPF 33, op. cit., p. 150-155.

⁶⁹¹ ADPF 45 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004.

⁶⁹² “O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva procurou o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes para tentar adiar o julgamento do mensalão em troca de blindagem na CPI do Cachoeira. Segundo reportagem da revista Veja, Lula conversou com o ministro no dia 26 de abril, no escritório do ex-ministro da Justiça e ex-presidente do STF Nelson Jobim, em Brasília. (...) Como argumento para seu pedido, Lula teria dito que o mais correto seria julgar o mensalão após as eleições municipais de outubro. Além disso, teria contado que também iria conversar com outros ministros do Supremo. ‘Fiquei perplexo com o comportamento e as insinuações despropositadas do presidente Lula’, disse à Veja Gilmar Mendes, que confirma o encontro com Demóstenes em Berlim, mas diz que pagou todas as despesas e tem como comprovar”. Lula pressiona Gilmar Mendes para adiar mensalão, diz Veja. Notícia. *O Globo*, 26.05.2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/lula-pressiona-gilmar-mendes-para-adiar-mensalao-diz-veja-5031778#ixzz26mOa4FRy>>. Acesso em 17 set. 2012.

2.4.3.2. Pauta política dos governos: políticas governamentais e a força da Fazenda Pública

O peso da Fazenda Pública sobre temas não corriqueiros pode ser decisivo para a decisão judicial. A transposição do Rio São Francisco, a construção de grandes hidrelétricas, a ampliação de aeroportos são exemplos de políticas públicas de tamanho peso sobre o Brasil que as ações judiciais que as questionem serão necessariamente influenciadas pelo cenário econômico que as envolve.

Em temas que envolvem a Fazenda Pública, “estudos empíricos certamente demonstrariam uma atuação favorável ao erário, revelada emblematicamente em questões de vulto, como as relativas ao FGTS, à COFINS, ao IPI alíquota zero, por exemplo”; em todas elas, o STF alterou sua própria jurisprudência e a do STJ, dando ganho de causa à União⁶⁹³.

Um trabalho monográfico do início deste século pode demonstrar esse peso político. Trata-se de pesquisa de Rafael Favetti que concluiu que o STF foi decisivo para validar a política econômica e fiscal dos anos 1990⁶⁹⁴. A investigação percorre alguns detalhes sobre o processo de aprovação EC 03/93 (que criou a ADC), notadamente em relação aos motivos que lhe deram causa, e sobre o julgamento da ADC 1, que declarou a constitucionalidade desta Emenda Constitucional e da COFINS, modificando o desenho fiscal daquela década⁶⁹⁵.

⁶⁹³ No caso do FGTS, “deixou de considerar o tema do direito adquirido como infraconstitucional”. No da COFINS, “mudou orientação sumulada pelo STJ, mesmo depois de haver recusado conhecimento diversos recursos extraordinários na matéria, e sequer mudou os efeitos, como seria próprio em razão da alteração da jurisprudência”. No IPI alíquota zero, “considerou que a decisão do plenário por 9 a 1, decisão de das turmas e mais 5 dezenas de decisões monocráticas não firmavam jurisprudência. Em seguida, mudou a orientação, igualmente sem modular efeitos”. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*:..., op. cit., p. 37 e nota 113.

⁶⁹⁴ FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*, op. cit., *passim*.

⁶⁹⁵ Cumpre observar que as contribuições sociais, gênero tributário da qual a COFINS é espécie, não participam da repartição de receitas com os Estados e Municípios, como ocorre com o Imposto de Renda e o Imposto sobre Produtos Industrializados. É por isso que Rafael Favetti (Ibid., p. 147; 154) afirma que a declaração de constitucionalidade da COFINS permitiu a centralização da arrecadação.

Vivia-se em uma época em que o pano de fundo da economia acenava para a forte repercussão do déficit público federal (mais saliente no governo FHC). Diante disso, “para aliviar seu caixa, a União lançou mão das contribuições sociais”, mas esse “novo desenho exigia uma implementação rápida e efetiva”⁶⁹⁶. É aí que entra em cena a atuação do governo federal: elaborou a PEC que deu origem à ADC com a finalidade ajudar nesse novo desenho planejado.

O contexto ajudou: havia uma forte pressão da mídia e da opinião pública pelo controle fiscal do governo para a redução do déficit público. Assim, o déficit público

manteve uma relação de mão dupla com o controle de constitucionalidade: primeiro, a política fiscal condicionou o desenho institucional do controle de constitucionalidade [segundo o autor, essa foi a principal motivação para a aprovação da EC 03/93]. A partir desse novo desenho, através do controle concentrado de constitucionalidade, o STF permitiu a alteração do desenho fiscal⁶⁹⁷.

O autor demonstra o quão significativo, político e delicado foi o julgamento da ADC 1, em que a União exerceu forte influência institucional sobre decisão judicial, notadamente na figura de Gilmar Mendes, à época Subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil, o qual foi “peça chave” nessa articulação: já detinha nacionalmente um forte peso acadêmico em matéria de controle de constitucionalidade; mantinha relações acadêmicas com o Ministro relator da ADI 1, Moreira Alves, que foi seu orientador no mestrado da UnB, tendo Gilmar publicado livro em sua homenagem; foi o mentor intelectual da ADC tendo elaborado o projeto de emenda constitucional que a criara, bem como acompanhado de perto a tramitação⁶⁹⁸. Ele foi o mais evidente interlocutor da União nesse processo.

Esse histórico julgamento foi responsável pela modificação (ou aceitação do modelo da União) do desenho fiscal daquela década, que se fundou nas contribuições sociais. A pesquisa

⁶⁹⁶ Ibid., 95-124.

⁶⁹⁷ Ibid., p. 154

⁶⁹⁸ Ibid., p. 139-141

demonstra como as questões de grande importância para o governo federal podem ser manejadas no Supremo Tribunal com vistas a influir no resultado da decisão.

O julgamento da ADPF 46, que decidiu pela manutenção do monopólio dos Correios, também foi um caso em que o empenho do Executivo para que o resultado lhe fosse favorável pode ter fortemente influenciado significativamente sobre a decisão judicial⁶⁹⁹. No dia 03.08.2012, por nove votos a um, o STF decidiu manter o monopólio desta empresa em relação a cartas simples e cartões postais, contudo houve empate em relação ao destino das encomendas comerciais (que correspondiam a 50% do faturamento da empresa⁷⁰⁰).

Diante desse cenário perturbador para o governo federal e para os Correios, o Ministro das Comunicações, Hélio Costa, foi pessoalmente ao STF para conversar “a portas fechadas com Ayres Britto e Gilmar Mendes, presidente da Corte. Para Costa, uma decisão contrária ao monopólio representaria ‘a extinção dos Correios’”⁷⁰¹. A cultura política [e jurídica] dominante “ainda considera aceitável que Ministros de Estado visitem pessoalmente os Ministros do STF, por vezes após iniciado o julgamento”⁷⁰².

Fatos como estes costumam ser decisivos para a decisão judicial. Como um magistrado poderia desconsiderar o impacto de sua decisão sobre a realidade nacional⁷⁰³. Se 50% do faturamento dos Correios decorrem das encomendas comerciais e apenas 4% das cartas, é de se

⁶⁹⁹ ADPF 46, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau, DJe-035 divulg. 25-02-2010.

⁷⁰⁰ “Costa [então Ministro das Comunicações] disse que o monopólio da correspondência nacional representa 4% do faturamento da empresa, e a entrega de correspondência comercial, 50%”. NOBLAT, Ricardo. Decisão do STF mantém monopólio dos Correios. *O Globo, Blog do Noblat*, 06.08.2009. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/08/06/decisao-do-stf-mantem-monopolio-dos-correios-211690.asp>>. Acesso em 26. set. 2012.

⁷⁰¹ “O ministro das Comunicações, Helio Costa, empenhou-se na defesa dos interesses econômicos da ECT. Na terça-feira, após classificar de desastre a eventual abertura do mercado de cartas comerciais à iniciativa privada, ele foi ao STF para conversar a portas fechadas com Ayres Brito e Gilmar Mendes, presidente da Corte”. Ibid.

⁷⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*..., op. cit., p. 37.

⁷⁰³ Sendo assim, esse julgamento serve de exemplo tanto para o este ponto quanto para o seguinte que investiga a possibilidade da análise de consequências sobre a decisão judicial.

inferir que o faturamento dos envios comerciais possa estar subsidiando o das cartas⁷⁰⁴. Dados como estes podem ser significativos para uma decisão. E, por isso, sua apresentação (seja em petição, seja oralmente) é um dos fortes argumentos de defesa em relevantes ações defendidas pela advocacia pública, no caso pela Advocacia-Geral da União ao lado dos advogados da estatal.

Outra situação expressiva em relação à utilização da suspensão política de decisões de instâncias inferiores deu-se na Suspensão de Liminar e Sentença (SLS) n. 1619, julgada em 10.09.2012, na qual o então Presidente do STJ, Ministro Felix Fisher, deferiu parcialmente a ordem para suspender decisão que impossibilitava a Transocean Brasil e a Chevron Brasil, de operar no Brasil.

Em decisão liminar, o TRF 2ª Região havia suspenso “as atividades de extração e transporte petrolífero das duas empresas”, em face de terem sido responsáveis por vazamentos de petróleo no Campo de Frade. O Presidente do STJ havia indeferido a suspensão, mas em agravo regimental reconsiderou em face de “novos dados e documentos”⁷⁰⁵. Para o Ministro, o aspecto mais relevante para reconsiderar a decisão foram os reflexos bilionários da manutenção da decisão, que passariam de 6 bilhões de reais em perda de arrecadação: “grave dano à economia pública”⁷⁰⁶. O direito cede diante de algumas influências econômicas.

⁷⁰⁴ “Ele alegou ainda que a abertura ao setor privado comprometeria o sigilo postal e a obrigatoriedade de entrega: ‘Se acabar com o monopólio na entrega da correspondência comercial, não tem como fazer a entrega da carta social, ou seja, iam deixar os Correios só com o osso e entregar o filé para as empresas particulares. A empresa não sobreviveria’”, segundo o Ministro. NOBLAT, Ricardo. Decisão do STF mantém monopólio dos Correios, op. cit.

⁷⁰⁵ A notícia publicada no website do tribunal ressalta que a ANP atuou com a entrega de memoriais e despacho: “Felix Fischer observou, em memoriais distribuídos pela ANP, que o Plano de Abandono de Poço, determinado na decisão do TRF2, já foi satisfatoriamente concluído. Segundo a agência, ainda há óleo residual nas fissuras do subsolo e, com isso, permanece a necessidade da ação da Chevron para o seu recolhimento. ‘Por essa razão, tenho para mim que, neste momento, autorizar a Chevron a manter apenas as operações de mitigação dos danos decorrentes do acidente no Campo de Frade, sob a supervisão e coordenação da ANP, tutela de forma efetiva o meio ambiente e, portanto, mais uma vez, prestigia o princípio da prevenção/precaução’, afirmou o presidente do STJ”. *Transocean pode atuar em localidades diversas do Campo de Frade*. Notícia STJ, 01.10.2012. Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107179>. Acesso em 02 set. 2012.

⁷⁰⁶ “Quanto à alegação de grave lesão à economia pública, Felix Fischer concluiu que a agência comprovou com documentos o prejuízo financeiro que acometeria o poder público na hipótese de a Transocean permanecer impossibilitada de realizar as atividades de perfuração em outras áreas que não no Campo de Frade. De acordo com a

O pedido de suspensão de segurança ou de tutela antecipada é um instrumento processual que tem o condão de desequilibrar o processo em favor da Fazenda Pública⁷⁰⁷. Isso porque concede um instrumento processual de argumentos políticos inacessível às partes privadas. Instrumento este que pode ser utilizado, em casos mais importantes, com o apoio da presença simbólica do Advogado-Geral da União, Procurador-Geral de Estado ou de Município. Por vezes, quando a demanda é ainda mais significativa Prefeitos, Governadores ou Secretários de Estado podem fazer a diferença, como ocorreu no caso dos *Correios* acima citado⁷⁰⁸.

Alguns realistas jurídicos americanos, como Holmes, diziam que seria possível prever o resultado de decisões judiciais, o que não foi confirmado empiricamente. Entretanto, diante dos fundamentos ora aduzidos, é possível fazer uma previsão do julgamento, por exemplo, da ADI 4645, que questiona a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) estatal, instituído pela Lei 12.462/2011, inicialmente aplicável às grandes obras do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) e à construção de aeroportos e, depois, estendido às obras da Copa de 2014 e outros eventos esportivos (Lei 12.688/2012).

ANP, no Brasil, das 78 sondas de perfuração marítima em operação, dez são da Transocean. A agência alega que seria impossível a substituição imediata ou a curto prazo das sondas da empresa. O ministro verificou na documentação apresentada pela ANP que, com a interrupção das atividades, deixariam de ser produzidos, aproximadamente, 126 milhões de barris de petróleo e 2,4 bilhões de metros cúbicos de gás natural. Citou trecho da argumentação da ANP: “Estima-se que deixarão de ser arrecadados, aproximadamente, R\$ 2,64 bilhões em *royalties* e R\$ 4,07 bilhões em participação especial, ou seja, a União, os estados, os municípios e o Fundo Social deixarão de arrecadar, aproximadamente, R\$ 6,71 bilhões em dois anos”. *Ibid.*, loc. cit..

⁷⁰⁷ Sua previsão legal é esparsa em algumas leis. Em relação ao mandado de segurança, havia previsão na Lei 4.348/64, que foi revogada pela Lei 12.016/09, que a previu no art. 15. “Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”. Sua aplicabilidade a qualquer ação foi determinada pela Lei 8.437/92, art. 4º. “Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

⁷⁰⁸ Essa é uma prática conhecida em ações relevantes da Fazenda Pública, que não ocorrem somente no STF em julgamento de ações concentradas.

Esse novo regime modifica importantes concretizações do princípio da igualdade nas licitações públicas ao permitir, por exemplo, a contratação da mesma empresa que fez os projetos básico e executivo para executar a obra na modalidade contratação integrada. A ADI aponta “inconstitucionalidades que dizem respeito à essência e ao todo do RDC”⁷⁰⁹. Todavia, mesmo com parecer do Procurador-Geral da República, juntado aos autos no dia 27.02.2012, no sentido da procedência da ação⁷¹⁰, é possível prever que o RDC não será declarado inconstitucional. Isso porque este regime de contratação é essencial para a concreção de diversos projetos gigantescos sem dimensão no passado próximo, como estádios e projetos para os grandes eventos esportivos.

Também por estes fundamentos (peso político da Fazenda Pública e existência de um instrumento processual de cunho político em suas mãos), reitera-se a conclusão do ponto precedente: as decisões que tratam de questões políticas devem ser devidamente fundamentadas conforme as verdadeiras razões de sua prolação, seja na suspensão de segurança que já exige isso, seja nas demais ações que contenham entre suas razões (causas, motivos) dados fáticos, econômicos, médicos, sociais, fiscais etc.⁷¹¹

⁷⁰⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby e REOLON, Jaques Fernando. Regime diferenciado de contratações públicas – RDC. In: FERNANDES, Ricardo VC e ALVES, Tatiana Muniz S. Licitações, contratos e convênios administrativos: desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2013 (no prelo). Na ADI são impugnados, “notadamente os seguintes dispositivos: art. 1º e 65, que delegam ao Executivo a escolha do regime jurídico aplicável, art. 6º, § 3º, que estabelece presunção de sigilo do custo das obras, art. 9º, que permite a contratação integrada, para realização de obras e serviços de engenharia, art. 10, que permite o estabelecimento de remuneração variável para obras e serviços públicos e art. 15, § 2º, que dispensa a publicação em diário oficial, entre outros”.

⁷¹⁰ Luís Roberto Barroso (*Constituição, democracia e supremacia judicial*:..., op. cit., p. 37) coletou dados acerca da influência da manifestação do Ministério Público Federal em cem pedidos de extradição, cujo resultado foi: “apenas três resultaram em decisões que não acompanharam a manifestação do Ministério Público”. Em que pese alerte que estes dados não são uma pesquisa empírica, permitem “intuir que um percentual muito significativo das decisões do STF acompanha a manifestação do Ministério Público”.

⁷¹¹ Por exemplo, poderia haver decisões cujo pano de fundo fosse “se não tributar aposentados a previdência quebra”, ou “se não julgar assim o déficit público quebra o Brasil” etc. Estas razões econômicas, fiscais ou política podem ser o principal motor de uma decisão, mas se não são postas em sua fundamentação é impossível o controle posterior de sua veracidade. O que impede o controle da jurisprudência firmada. Quanto maior for a sinceridade maior será o controle.

2.4.4. Análise de consequências e perspectiva de cumprimento da decisão: mais decisões políticas

Por fim, outra pauta política que é utilizada pelo Judiciário brasileiro, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal, é a análise das consequências da decisão. Isso talvez seja imanente à decisão judicial do órgão de cúpula nacional⁷¹² e, em alguma medida, necessário à importância das causas que julga. Os Ministros do STF “entendem que suas decisões têm forte impacto nas políticas públicas e levam em consideração essa percepção nas votações”⁷¹³. E, por isso, analisam as consequências de suas decisões, sobretudo naquelas de maior repercussão nacional.

Richard A. Posner, com o pragmatismo jurídico que defende, é um grande defensor de que o Judiciário não deve olhar somente para trás (jurisprudência) e para o presente (moralidade social ou moralidade política), mas pode e deve ter um olhar para o futuro (consequências). Em que pese esteja diante de um sistema jurídico com bases diversas do *civil law*⁷¹⁴, parte de seus ensinamentos pode ser apreendida: pode “ser necessário que projetemos em nossa imaginação as consequências de interpretações alternativas; e a interpretação que tenha, após tomadas as considerações, as melhores consequências, pode, em virtude desse fato, ser a interpretação ‘correta’”⁷¹⁵.

⁷¹² Alguns autores, como Oscar Vilhena Vieira (Supremo Tribunal Federal:..., op. cit., p. 84-85) e André Barile Silveira (*A institucionalização do Supremo Tribunal Federal*, op. cit., p.), classificam a matéria julgada pelo STF quanto ao conteúdo em três espécies de competência: *constitucional*, que diz respeito às ações constitucionais concentradas, *recursal*, que se refere que chega ao tribunal de forma recursal das ações difusas de natureza concreta e *originária*, que é a competência remanescente, como o julgamento de autoridades, que segundo Vilhena é uma “jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade”. Em todas elas, a relevância dos julgamentos do STF é assistida com frequência pelos noticiários. Embora a primeira apareça com mais frequência e a última tenha tomado conta da nação por mais de dois meses no julgamento do mensalão, a segunda (recursal), apesar de não tão noticiada pela mídia é responsável por firmar a interpretação da Constituição em diversas disciplinas (tributário, administrativo etc.), já que responde por 92% dos casos que analisa, segundo dados de Barile (Ibid., loc. cit., p. 145).

⁷¹³ FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*, op. cit., p. 153.

⁷¹⁴ Já foi citado neste trabalho, no item 1.3.2, a convergência dos grandes sistemas de direito. Contudo, mesmo assim, ainda há diferenças essenciais que os separam, notadamente no que se refere à construção judicial do direito.

⁷¹⁵ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 141. Ele não acredita em uma interpretação materialmente correta, por isso coloca o termo entre aspas. Utiliza o termo parafraseando Dworkin, já que a crítica mútua entre os dois é declarada.

A análise das consequências não é a melhor interpretação, mas como diz Posner, *pode ser*. Mas aqui se acredita em sua utilização por exceção (para Posner, é a regra), já que em inúmeros casos não será uma interpretação adequada⁷¹⁶. Abandonando essa rápida fuga aos aspectos prescritivos, retome-se a verificação da realidade de forma descritiva.

A análise das consequências é uma das possibilidades de decidir que o STF utiliza em diversos julgados, a qual resta evidente na análise da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade⁷¹⁷. A modulação nada mais é que a verificação mental das consequências da declaração de inconstitucionalidade: se elas forem prejudiciais ou nefastas para o país ou para a ordem jurídica, o STF modula os efeitos temporais da inconstitucionalidade⁷¹⁸.

Embora a corte não costume dizer que está ponderando as consequências de eventual nulidade *ex tunc* ou *ex nunc*, é exatamente o que faz, visto que os conceitos indeterminados (segurança ou excepcional interesse social, cf. art. 27 da Lei 9.868/99) liberam os Ministros para decidir segundo seus próprios critérios. É, pois, uma decisão de cunho político: uma pura análise de consequências.

Assim, essa possibilidade de modulação dos efeitos abriu um flanco para que o STF passasse a utilizar a relativização da teoria da nulidade para criar novas técnicas decisórias, como

⁷¹⁶ Não se considera possível alcançar, em uma sociedade pluralista, um conceito materialmente universal para a correção da decisão judicial. Nessa visão, não há, portanto, uma única resposta correta, mas sim, conforme já consignado, decisões controláveis e justificáveis, conforme Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 571; 551; *Teoria da argumentação jurídica...*, op. cit., *passim*), Maccormik (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, op. cit., *passim*), Atienza (*As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Viehweg, Alexy, Mackormick e outros. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 211-226) e muitos outros autores.

⁷¹⁷ Que é utilizado tanto no *controle difuso* quanto no *controle concentrado*, mas é utilizada unicamente por este tribunal. No sentido da utilização no controle difuso, ver HC 82959.

⁷¹⁸ Trata-se da declaração de inconstitucionalidade com caráter limitativo ou restritivo no tempo (modulação dos efeitos temporais), que se baseia no art. 27 da lei 9868/99, sendo comumente determinada sua nulidade: a) a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*); b) a partir de outra data futura ou c) para suspender a aplicação da lei até que o legislador atue.

as diversas formas de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade⁷¹⁹, entre outras. Em todas elas, o que se verifica é uma decisão de natureza política.

Um dos exemplos mais notórios de que o Supremo Tribunal utiliza a análise política de consequências em suas decisões se deu no julgamento da ADI 4029-QO, na qual, um dia depois do julgamento pela inconstitucionalidade da lei que criou o instituto Chico Mendes (ICMBio), o tribunal precisou voltar atrás em sua decisão⁷²⁰. No dia 07.03.2012, a corte havia julgado parcialmente procedente a ação, conforme já constava formalmente no extrato de ata da decisão.

No dia seguinte, após questão de ordem levantada pelo Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, em que ressaltou que, se se mantivesse a decisão do dia anterior, aproximadamente 500 leis seriam declaradas inconstitucionais ante ao mesmo vício formal. Diante dessa situação fática inesperada, a Corte teve que mudar de posição: alterou o resultado para declaração a constitucionalidade da lei, julgando improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade (*pasmem*⁷²¹) da Resolução 01/2002 que colidia com a Constituição.

Do voto do Ministro Fux, relator, retira-se: “hodiernamente, quando se faz uma análise da postura judicial, ora se entende que uma Suprema Corte deve ser minimalista, ora se entende que deve ser maximalista e ora se entende que tem que ser *consequencialista*”; (...) “porque nós fomos surpreendidos com esse número avassalador de leis ritualmente votadas”⁷²². Esse foi o fundamento para acolher a questão de ordem.

⁷¹⁹ Para sua utilização em conjunto com a «teoria do fato consumado», utilizada nos casos de criação de Municípios, ver ADI 3689, 3682, 2240.

⁷²⁰ ADI 4029, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-125 divulg 26-06-2012. Todas as informações a seguir constam do inteiro teor do acórdão.

⁷²¹ O STF nunca havia utilizado esta técnica no controle de constitucionalidade. Criou aí, em 2012, uma nova hipótese de decidir, utilizando um critério puramente político, diga-se.

⁷²² ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, DJe-125 divulg 26-06-2012. Grifou-se.

O Ministro Gilmar Mendes assim ponderou sobre as consequências: “De fato, a situação é extremamente grave, talvez uma das mais graves com as quais nós já tenhamos nos deparado, tendo em vista a dimensão, que vai muito além do caso que foi objeto de discussão, uma vez que, pelo que se fala, de alguma forma poderia incidir sobre algo em torno de quinhentas leis ou medidas provisórias já convertidas em lei”. Já a Ministra Carmen Lúcia: “é, exatamente, a economia, a vida econômica, a vida empresarial. Podemos criar um caos”⁷²³. Seguiu-se uma discussão puramente técnica de como redigir o novo acórdão. Um precioso exemplo da análise de consequências – uma pauta puramente política.

O STF, “nestes casos, atua em espaços vazios de poder, litigiosos por excelência, preenchendo-os com a autoridade de seu julgamento e permitindo, ainda, a estruturação de um repertório jurisprudencial mais harmonizado e menos casuístico”⁷²⁴. E quanto mais vazio, mais deve pesar sobre a corte o ônus da argumentação sobre suas decisões nessa seara (política).

Lênio Luiz Streck analisa o julgamento da ADI 4029 assim:

Insisto: juiz não escolhe; juiz decide! Explicitando melhor: discussões que envolvem projetos futuros, bem-estar social, consequências que resultaram da aplicação do direito em questão, não são decisões que pertencem à esfera do Judiciário, mas que devem ser tomadas pelos meios políticos adequados (legislativos e/ou executivos). No Judiciário devemos levar o direito a sério, decidindo segundo argumentos de princípios⁷²⁵.

Permita-nos discordar, mesmo em teoria. Diante do que foi dito até aqui, esse argumento não convence. Que argumentos eles poderiam utilizar: segurança jurídica? Ok, a decisão seria exatamente a mesma. O que muda com “argumentos de princípios”? Nada! Ou melhor, pode sim mudar, mas para pior: os “argumentos de princípios” podem ser utilizados para esconder as

⁷²³ Todos trechos de votos retirados da parte final do inteiro teor do acórdão, julgamento da “questão de ordem”.

⁷²⁴ SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo...*, op. cit., p. 65.

⁷²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal*. 06.06.2012. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 22 set. 2012.

verdadeiras razões de decidir, deixando de lado o que realmente deu causa à decisão. Então, a real publicidade da decisão – que, no caso, foram as consequências – seria dissimulada pela citada forma de argumentação. Com isso, restaria descumprido o ideal de sinceridade processual, conforme já exposto, bem como haveria redução significativa da controlabilidade decisória – pela mídia, opinião pública, política partidária etc.

Princípios são normas jurídicas e quando se estiver diante deles, há de haver “argumento de princípios”, mas quando se está diante de uma decisão puramente política de análise fática de consequências, dessa forma se deve argumentar (expor os motivos). Cada um no seu espaço. O controle está exatamente na explanação dos reais motivos.

Não obstante, isso vale se o autor estiver falando somente da fundamentação. Se tiver falando em outro resultado para a referida decisão, pergunta-se: então no caso do ICMBio ele acha que o Supremo deveria decidir pela inconstitucionalidade de mais de 500 leis? Isso seria produtor? Acredita-se que esteja se referindo à fundamentação...

Retomando o tema principal: em todos os casos citados, a segunda fase do julgamento (análise dos efeitos da inconstitucionalidade) não passa de pura e simples análise de consequências. É, pois, uma abertura da jurisprudência à discricionariedade judicial do STF, que possibilita modular os efeitos conforme entender relevante sua necessidade. Aqui, não se discorda de sua utilização (que, como dito, é necessária em alguns casos), porém, há de se alertar para uma reflexão necessária, sobre a densidade dos fundamentos para o uso da modulação de efeitos. Isso porque «nos espaços de maior discricionariedade há de pesar sobre o julgador um maior ônus de motivação».

Não obstante, não é somente o STF que utiliza a análise política de consequências em suas decisões. Como já se ressaltou, o incidente de «suspensão de segurança» ou «suspensão de tutela antecipada» também utiliza os conceitos significativamente abertos de “manifesto interesse

público ou de flagrante ilegitimidade” para evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”⁷²⁶, cujo o preenchimento é pura ponderação de consequências com base nos fatos documentados no incidente: “se não conceder a suspensão qual o problema pode causar?”, ou “a decisão tem potencialidade de causar (futuro, consequência) uma grave lesão à...”. Sendo assim, além do STF, os presidentes de todos os tribunais do Brasil (TJs, TRFs, TRTs, TREs, STJ, TSE, TST, STM) detêm esta competência essencialmente política.

Por fim, cumpre ressaltar ainda um amplo espaço para a análise das consequências nas «ações coletivas». Em verdade, as decisões nesse campo são, como as ações de controle concentrado, decisões que se diferenciam da *lex specialis*, pois são *lex generalis*. Contemplam, assim, uma natureza “inegavelmente declaratória e condenatória”, podendo ser determinadas de diversas maneiras, como, por exemplo, por provimento mandamental⁷²⁷. A decisão judicial nestas espécies de ação, além dos efeitos que lhe são próprios (declaratórios, constitutivos ou condenatórios), contempla efeitos para todos (*erga omnes*), “uma qualidade especial desses efeitos”⁷²⁸.

Exatamente por isso, por sua eficácia deveras abrangente, as decisões judiciais no campo das ações civis públicas, ações populares ou ações coletivas estrito senso, refletem um maior rigor em relação às possíveis consequências, já que não se sabe ao certo a quantidade de pessoas envolvidas ou o impacto efetivo da decisão (em aspectos ambientais, por exemplo). Como disse Pedro Lenza em sua tese sobre ação civil pública, “a judicialização dos ‘novos direitos’ implica o aumento da discricionariedade do magistrado, na medida em que diversos os caminhos à efetivação da tutela específica”⁷²⁹. De novo, também aqui, se está diante de um espaço maior

⁷²⁶ Cf. Lei 12.016/09, art. 15 e Lei 8.437/92, art. 4º, já citados.

⁷²⁷ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 341-346

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 347.

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 366

liberdade para o julgador, que equivale a dizer, de frente a um maior espaço para a análise das consequências da decisão: para a política.

Não se pode esquecer que, dentro da análise das consequências, há também um espaço político para o julgador refletir sobre a perspectiva de cumprimento da decisão, que é mais evidente no contexto das ações coletivas. Sobre o tema Luís Roberto Barroso comenta:

Tribunais, como titulares de poder em geral, não gostam de correr o risco de que suas decisões não sejam efetivamente cumpridas. E, portanto, esta é uma avaliação ordinariamente feita por órgãos judiciais, ainda que não seja explicitada. Tribunais não têm tropas nem a chave do cofre. Em muitas situações, precisarão do Executivo, do Congresso ou mesmo da aceitação social para que suas deliberações sejam cumpridas⁷³⁰.

É, pois, uma outra pauta não-jurídica (consequencial ou política) que necessitará ser considerada pelo juiz antes de proferir uma decisão.

2.4.5. Conclusões parciais

Para Luis Roberto Barroso, no mundo real não vigora nem a equiparação nem a separação plena entre direito e política; ele visualiza, portanto uma posição eclética entre “o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com crença na existência de um muro divisório entre ambos”⁷³¹. Propõe, então, um caminho do meio entre o formalismo e o realismo jurídico clássico. Assim, o direito conteria um pouco de política ou discricionariedade⁷³².

Há de se concordar. Conforme amplamente demonstrado, o direito é influenciado pela política, seja como influência externa, seja nas relações entre seus operadores, seja como opção de decisão (estratégica ou necessária, não importa). Direito e política(s) se interagem e

⁷³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*:..., op. cit., p. 38.

⁷³¹ Ibid., p. 4.

⁷³² O autor não usa este termo.

interpenetram não somente na criação legislativa, mas também na judicial. Aliás, não se pode dissociar a atividade política das demais realizações humanas, a não ser por um processo de [pura] abstração⁷³³.

Isso é o que realmente ocorre e que continuará ocorrendo independentemente de qual for a teoria jurídica escolhida para justificar o direito. E isso será assim, “ainda quando [os juízes] estejam comprometidos de coração com a norma judicial segundo a qual a aplicação do direito há de ser apolítica”⁷³⁴. Essa é a prática judicial, é a prática humana de decidir situações atípicas.

Há, portanto, uma autonomia relativa ou parcial entre direito e política. O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, o que é essencial ao Estado de Direito e à confiança da sociedade. “Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer esse fato não envolve qualquer capitulação, mas antes dá transparência a uma relação complexa na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro”⁷³⁵.

Destarte, nessa textura aberta verificada em algumas espécies decisórias ou em determinados temas jurídicos, há um maior espaço de discricionariedade judicial, um maior espaço de liberdade do julgador, visto que “a liberdade de decisão que tem os juízes é uma liberdade involuntária”⁷³⁶.

Quando mais aberto (indeterminado) for o direito, mais ponderação, reflexão, responsabilidade deve ter o julgador para tomar uma decisão que pode não atingir somente uma pessoa, mas milhares delas. É por isso que se defende que nesses casos pesa (ou deve pesar) sobre o julgador um ônus muito mais significativo de argumentação, de fundamentação. Ele

⁷³³ REIS, Palhares Moreira. *O poder nas tiranias e ditaduras*. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005, p. 148.

⁷³⁴ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 87-88.

⁷³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial:...*, op. cit., p. 46.

⁷³⁶ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 20, trecho traduzido.

precisa explicar, com base em fatos, fundamentos jurídicos, princípios, consequências, etc. os reais motivos que o levaram à decisão.

Mesmo vislumbrando esse cenário, é preciso ter em mente que, “ainda quando não possa oferecer todas as soluções pré-prontas em seus enunciados normativos, conceitos ou precedentes, o direito limita as possibilidades legítimas de solução”⁷³⁷. Tema que será retomado no item 3.4.

Os julgamentos apresentados neste capítulo estão em um amplo espaço de discricionariedade em razão dos reflexos políticos, econômicos, sociais etc. que ostentam. Mas essa não é a regra geral, na maioria dos casos o Judiciário age sem ser pressionado por esse cenário. Assim, os juízes “podem se posicionar como *árbitros*, resolvendo conflitos baseados na estrita legalidade e na principiologia do direito, sofrendo menos influxos do cenário político-econômico e, portanto, agindo mais independentemente”⁷³⁸.

Por fim, cumpre ressaltar que a apresentação das influências não-jurídicas não teve o escopo de questionar seus aspectos maléficos, prejudiciais ou ruins – até porque se pretendeu não realizar juízo de valor a respeito –, mas de apresentar o cenário de que a decisão judicial é muito mais que silogismo, leis, constituição, princípios, direito... É um misto de tudo isso com a realidade que cerca sua aplicação. Nesse sentido, a oxigenação do direito com a realidade pode ser, ao contrário, benéfica, necessária e essencial à sua aplicação – conforme se ressaltou em alguns pontos do capítulo 1, que serão retomados no fim do capítulo 3.

Adiante será confrontada a realidade descrita neste capítulo com a teoria e filosofia do direito, com vistas a verificar se a constatação de que a decisão judicial sofre ou pode sofrer influências de diversos fatores extrajurídicos rompe com os dogmas de objetividade, determinação e previsibilidade do direito.

⁷³⁷ Ibid., p. 44.

⁷³⁸ SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal...*, op. cit., p. 65

3. DETERMINAÇÃO, PREVISIBILIDADE E OBJETIVIDADE DO DIREITO BRASILEIRO E OS LIMITES ÀS INFLUÊNCIAS EXTRAJURÍDICAS

No capítulo anterior, ficou assentado que existem espaços *gris* em que o direito toca a política (ou a política toca o direito), seja a partir de influências externas (dos atores políticos e governamentais, da Fazenda Pública etc.), seja na própria política decisória imanente a algumas ações ou tribunais (uma política interna dos operadores do direito: uma escolha política, porém fundamentada). Além disso, demonstrou-se que, em alguma medida, as relações pessoais, a mídia, a opinião pública e as próprias pré-compreensões e ideologia do julgador são fatores que influenciam ou podem influenciar a decisão judicial.

Mas o quanto essa constatação modifica a visão (ou percepção) de que o direito *é* ou *deve ser* determinado, previsível e objetivo? Isso depende do que se considera por cada um desses termos e em que medida eles podem ser observados.

O direito, segundo Antônio Carlos Wolkmer, “é a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos (certeza, segurança, completude) e as forças de controle do poder de um determinado grupo social”⁷³⁹. Se assim for, então determinação, objetividade e previsibilidade são, em última análise, uma opção ideológica. Não são, pois, decorrências do direito, senão objetivos ideológicos da ciência jurídica⁷⁴⁰.

Em linhas gerais, «objetividade» diz respeito à veracidade da visão humana acerca de um objeto da realidade; da correção de uma proposição jurídica ou de uma interpretação; do quanto a interpretação de uma norma jurídica pode ser aferida segundo critérios objetivos

⁷³⁹ *Ideologia, Estado e direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 154.

⁷⁴⁰ Sobre o liberalismo e as críticas a suas concepções de indeterminação e objetividade, ver COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 317-323; 331; 334; *passim*. “A contradição fundamental refere-se à tensão supostamente inescapável entre nossa necessidade dos outros e o nosso medo deles, que tem como uma de suas mais significativas analogias políticas a nossa necessidade de poderes centralizados para proteger a nossa autonomia e nosso medo de que esses mesmos poderes usurpem essa autonomia” (Ibid., p. 335).

(portanto, não subjetivos e verdadeiros). Os que se preocupam com a objetividade do direito “estão preocupados em saber se as decisões a que os juízes chegam são *objetivamente* corretas ou se são corretas apenas porque o juiz assim as considera”⁷⁴¹. Sendo assim, a questão é saber se uma interpretação é verdadeira, conforme a realidade, independentemente da visão do intérprete, ou seja, objetiva. Isto é, se a correção (verdade) de uma proposição existe (ou é aferível) independentemente das ideias do observador⁷⁴².

Já a «previsibilidade» refere-se aos padrões esperados para o direito. Está relacionada à segurança jurídica, à confiabilidade no direito, à adequação das condutas sociais ao que se espera do ordenamento jurídico e da decisão judicial, visto que é inerente à coercitividade jurídica, ao menos sob a ótica da legitimidade, o fato de que as pessoas precisam saber o que é o direito para poder ordenar (ou não) suas condutas dentro dessa conformidade. Isso porque, “para que o exercício do poder coercitivo seja justificado, deve ser imposto a indivíduos que sejam capazes de adequar sua conduta às exigências dele”⁷⁴³.

Apresentada prefacialmente a noção geral de objetividade e previsibilidade, é tempo de adentrar verticalmente no objeto mediato da pesquisa: determinação, previsibilidade e objetividade do direito sob o enfoque da decisão judicial na teoria e na realidade nacional.

3.1. Determinação do direito brasileiro

3.1.1. Determinação e indeterminação jurídicas

A «determinação jurídica» refere-se a quanto o direito pode ser justificado por razões jurídicas: o direito é determinado quando utiliza parâmetros e fontes jurídicas como causa ou

⁷⁴¹ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 316.

⁷⁴² KRAMER, Matthew H. *Legal positivism and objectivity*. Disponível em <http://www.societies.stir.ac.uk/sppa/lawandphilosophy/papers/LAWandPHIL_Kramer.pdf>. Acesso em 12 ago. 2012.

⁷⁴³ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 346.

justificativa para suas decisões. E é indeterminado na medida em que não fornece razões suficientes para apoiar suas escolhas, sendo necessário utilizar-se de razões não-jurídicas para decidir ou justificar a decisão.

Coleman e Leiter ressaltam uma importante diferença nesse tema: a (in)determinação pode ser de *razões* (ou justificações) ou de *causas*⁷⁴⁴. A primeira diz respeito à identificação das *justificativas* postas como razões das decisões, diz respeito ao conjunto de razões jurídicas para fundamentar um resultado. Já a indeterminação de causas “é uma afirmação sobre a inadequação do *conjunto de razões jurídicas* como causas de opiniões jurídicas”; refere-se à busca de explicações dos resultados da decisão, dos meios utilizados pelo juiz para atingir a solução jurídica: é a identificação das causas ou motivos da escolha⁷⁴⁵.

Aqui se preocupa com a indeterminação de causas, que foram mencionadas no início (item 1.1) como razões de decidir ou razões da decisão – motivos ou causas da escolha judicial. Isso porque, conforme amplamente demonstrado, é grande o número de decisões que podem ser justificadas pelo direito (em argumentos de princípios, analogia, equidade etc.)⁷⁴⁶, mesmo quando sua causa seja política, moral (justo), midiática, relacional etc. A justificação não é o problema aqui observado, a causa ou o motivo da escolha sim.

É preciso ainda distinguir dois tipos de indeterminação: um geral (da linguagem) e outro específico (do direito). A linguagem é, de maneira geral, indeterminada: “todas as línguas naturais contêm predicados vagos e conceitos de semelhança de família”; como, por exemplo, determinar se uma pessoa é careca ou não⁷⁴⁷. O discurso jurídico não é uma exceção. Porém,

⁷⁴⁴ Ibid., p. 317.

⁷⁴⁵ Ibid., loc. cit.

⁷⁴⁶ Nesse sentido, para L. A. Becker (O dilema dos litigantes:..., op. cit., p. 53) os princípios como são aplicados no Brasil podem ser utilizados para fundamentar qualquer decisão.

⁷⁴⁷ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 323. Não há espaço aqui para adentrar na profunda e dinâmica discussão sobre a indeterminação da linguagem, que necessariamente será um dos pontos de indeterminação do direito. Como dito, o objetivo são as indeterminações específicas do direito.

além do ceticismo semântico, Coleman e Leiter lembram que a indeterminação específica do direito diz respeito ao conjunto de razões jurídicas, que pode ser muito pobre (e aí os problemas são as lacunas) ou muito rico (podendo gerar situações de contradição)⁷⁴⁸.

Em sendo assim, a investigação sobre a (in)determinação do direito passa pela identificação de suas fontes e razões. É possível afirmar, embora não seja doutrinariamente pacífico, que fontes do direito são o conjunto de normas jurídicas tidas como primárias (Constituição, lei⁷⁴⁹, jurisprudência⁷⁵⁰) e secundárias (decretos, portarias, contratos, doutrina etc). Mas não somente as fontes do direito ajudam na escolha decisória. Há também os cânones interpretativos, as metanormas, os postulados etc. Aplicam-se regras com base no silogismo; e princípios por meio de técnicas ou critérios de ponderação ou sopesamento de seus pesos relativos⁷⁵¹, ou ainda de forma subsidiária, conforme preconiza a teoria clássica⁷⁵². Técnicas

⁷⁴⁸ Ibid., p. 326.

⁷⁴⁹ E todas as normas emanadas pelo julgador. O art. 59 elenca as fontes jurídicas primárias como sendo: emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução. É possível dizer que os decretos autônomos do Presidente (art. 84, VI da CF: organização interna do poder ou extinção de cargos vagos) também são fontes primárias, mas eles não têm relevância para regular as ações sociais. São elas, e somente elas, que podem obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo, nos termos no art. 5º, II da CF.

⁷⁵⁰ Fonte interpretativa da norma, capaz de clarificar (criativamente) o âmbito normativo (cf. Müller) da norma criada pelo legislador. Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 169) já dizia que, a par da diferença brasileira em relação ao *common law*, “não há como não negar à jurisprudência a categoria de fonte do direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto”, na medida em que cria a norma jurídica particular e, além disso, a significação e conteúdo jurídico são o significado que o juiz lhes confere; “não tem sentido continuar a apresentar a jurisprudência (...) como fonte secundária ou acessória”. Isso sem contar as novas formas de normatividade judiciária dadas pelas súmulas vinculantes e pelos recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC). As súmulas vinculantes chegam sim a regular e impor condutas, conforme se vê no caso das algemas (SV 11), no caso do nepotismo (SV 13), entre outras. Sobre a súmula vinculante, inclusive acerca de sua natureza jurídica, ver NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010, *passim*.

⁷⁵¹ Não se pretende aqui entrar na acalorada discussão acerca da separação entre regras e princípios, tão somente explicar que as técnicas de aplicação ou de interpretação do direito são consideradas razões jurídicas. Sobre a lei do sopesamento e o princípio metajurídico (máxima) da proporcionalidade, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 163-175. Sobre ponderação, ver BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92-145.

⁷⁵² A clássica Lei de Introdução do Código Civil (Lei 4.657/42), *lex legum*, já dizia: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Inclusive Hart (*O conceito de direito*, op. cit., p. 334-340), acusado por Dworkin de não considerar a categoria de princípios e só aceitar as normas do tipo “tudo ou nada”, responde em seu pós-escrito que, apesar de não ter dado a devida atenção a esses padrões, eles são necessários e inevitáveis. “Acredito que os argumentos originários desses princípios não-conclusivos são de fato uma característica importante da decisão judicial e do pensamento jurídico. (...)”, e foi de

estas, em sua maioria, não normatizadas, mas pertencentes ao conjunto de razões jurídicas. Em suma, haverá indeterminação de causas quando este conjunto não for suficiente para determinar a escolha de um resultado.

A ideia de comunidade interpretativa de Owen Fiss serve de apoio para prosseguir. Diz ele que “os atos de interpretação e compreensão necessariamente pressupõem fortes elementos subjetivos. Ao mesmo tempo, a liberdade do intérprete não é absoluta. O intérprete não é livre”; está sujeito a um conjunto de normas interpretativas de natureza material e procedimental, que estabelecem circunstâncias em que deve ocorrer a interpretação⁷⁵³. Mas essas regras somente serão utilizadas se forem reconhecidas pela comunidade de intérpretes.

Assim, o papel da comunidade interpretativa do direito é reconhecer os cânones interpretativos de cada disciplina jurídica⁷⁵⁴, além de aceitar a autoridade hierárquica de um árbitro para solucionar controvérsias. A presença de procedimentos e de uma hierarquia de autoridade para solucionar controvérsias “que eventualmente poderiam dividir ou destruir uma comunidade interpretativa é uma das características peculiares da interpretação jurídica”⁷⁵⁵; a qual contempla os cânones hermenêuticos, argumentativos, postulados e outros, bem como a autoridade da jurisprudência em seu reconhecimento.

Logo, fontes jurídicas (estatais ou não), cânones hermenêuticos, *standards* jurídicos, linguagem do direito, postulados, metanormas etc., tudo isso é utilizado como padrão de

fato um grave erro de minha teoria não ter enfatizado sua força não-conclusiva. (...) Não apenas chamei a atenção (...) para o que denominei (...) ‘padrões jurídicos variáveis’, que especificam fatores a serem considerados e ponderados em relação a outros, mas também tentei (...) explicar por que algumas áreas da conduta se prestam melhor à regulamentação, não através de padrões variáveis (...), mas através de normas quase conclusivas [regras]”. (Ibid., p. 339).

⁷⁵³ *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 280.

⁷⁵⁴ Ibid., p. 281-283. Por exemplo, no direito constitucional, é perceptível que, muitas vezes, a identificação da norma aplicável, a fixação de seu âmbito, parte de um esforço de relacionar dois princípios colidentes com vistas a identificar o conteúdo e os efeitos da norma aplicável. No direito civil ou penal, é diferente.

⁷⁵⁵ Ibid., p. 285.

determinação para a decisão judicial. Esse conjunto expressa as razões jurídicas. Sendo mais específico, Humberto Ávila afirma que o direito (aqui, razões jurídicas, pois pensado dinamicamente no contexto da tomada de decisão judicial) é

um conjunto composto de normas (princípios, regras) cuja interpretação e aplicação depende de postulados normativos (unidade, coerência, hierarquização, supremacia da Constituição etc.), critérios normativos (superioridade, cronologia, especialidade), *topoi* (interesse público, bem comum etc.) e valores⁷⁵⁶.

Há uma relação entre estas razões jurídicas e a determinação do direito. Em princípio, o direito será tanto mais determinado quanto mais existam subsídios jurídicos que demonstrem um caminho a seguir; e mais indeterminado quanto menos existam instrumentos jurídicos a determinar uma decisão.

Contudo, há de se ressaltar a constatação de Coleman e Leiter de que quando o conjunto de razões jurídicas é muito rico, apesar de superar lacunas, é capaz de gerar contradições e resultados conflitantes⁷⁵⁷. Logo, a determinação jurídica não se refere à *quantidade* de razões disponíveis, mas sim à *qualidade* ou força delas: o quanto possam contribuir para a escolha de um resultado.

Destarte, surge um ponto importante: a pobreza ou riqueza das razões jurídicas. Uma é a de que “o direito é indeterminado sempre que o conjunto de razões jurídicas for empobrecido”, podendo gerar lacunas; a outra é a de que “o direito é indeterminado sempre que o conjunto de razões for muito rico”, podendo gerar contradições⁷⁵⁸.

Portanto, no primeiro caso surgem as lacunas, que são mais evidentes em um sistema jurídico primitivo, mas que estão presentes em qualquer sistema jurídico: sempre haverá lacunas

⁷⁵⁶ A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, a. 1, v. 1, n. 4, jun. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em 28 set. 2012, p. 17.

⁷⁵⁷ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 338-339.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 336.

no direito, sempre haverá esse grau de indeterminação. Não obstante, isso não parece ser preocupante, já que é possível se concordar com a afirmação de que as “lacunas genuínas em sistemas jurídicos maduros (...) é, na melhor das hipóteses, enganosa (...), dado o conjunto de padrões e de ferramentas aceitas (...). Para quase qualquer disputa que possamos imaginar, existe algum modelo ou norma jurídica que influa na sua solução”⁷⁵⁹. Isso porque existem princípios, analogia, equidade...

Pode-se dizer, contudo, que a relação de vinculação seja *fraca* entre as normas à disposição dos juízes e a questão diante deles. Há uma diferença entre não haver nenhuma fonte jurídica vinculante (lacuna) e existir uma relação de vinculação fraca entre fontes e resultado.

Haverá indeterminação sempre que o conjunto de razões jurídicas não firmar elementos *fortes* de vinculação do julgador. O que permite concluir que o direito pode ser indeterminado sem que sua indeterminação decorra da existência de lacunas⁷⁶⁰, mas sim da fraqueza das razões jurídicas que vinculem a escolha judicial.

Nessa visão, o direito será mais indeterminado (ou menos determinado) quando se estiver diante de normas com baixa densidade normativa (princípios, ou regras pouco densas), ou de conjuntos de normas que, juntas, ainda mantenham pouca densidade, ou de cláusulas gerais, ou de legislação nova pendente de interpretação, ou de fatos nem sonhados pelo legislador e nunca vistos pela jurisprudência [espaços vazios de direito], entre outros. Nestes espaços de menor determinação, maior será a *discricionariedade judicial* (subjetividade, portanto), vez que existe maior quantidade de resultados possíveis tendo em vista a menor vinculação a um

⁷⁵⁹ Ibid., loc. cit.

⁷⁶⁰ Nesse sentido, Ibid., p. 338.

resultado único ou uniforme⁷⁶¹. É possível adiantar que a jurisprudência tem um importante papel na determinação jurídica, mesmo nessas hipóteses mais abertas, conforme adiante será tratado.

Há, pois, uma relação entre indeterminação e discricionariedade⁷⁶²: quanto mais indeterminado for o direito aplicável a um caso concreto, maior será a participação do juiz na escolha da proposição jurídica a concretizar, seja em relação ao âmbito da norma, seja na escolha da própria norma incidente. Nessas situações de determinação fraca, o direito será mais indeterminado (ou menos determinado)⁷⁶³. Com isso, se abre à maior participação do magistrado.

Apesar de isso ser inevitável, de existir subjetividade na aplicação do direito, essa constatação

⁷⁶¹ Já foi dito que não se acredita em um único resultado para as lides jurídicas, por isso a referência ao termo *uniforme*. Contudo, há situações de determinação do direito que permitem aferir resultados *únicos*, como, por exemplo, algumas interpretações estampadas em súmulas vinculantes para casos idênticos aos já julgados. A SV 31, que afirma que não incide ISS sobre locação de bens móveis, é um bom exemplo. Se um contribuinte for autuado pela Receita municipal, é certo que, se juntar provas de que realiza locação de bens móveis, o auto de infração será declarado nulo.

⁷⁶² Como já foi defendido em nota anterior, aqui se discorda das críticas ao uso do termo discricionariedade judicial. Sobre o tema assim nos referimos: “Há quem considere o termo discricionariedade judicial como sendo equivocado, como Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier (Existe a chamada “discricionariedade judicial”? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 18, n. 70, p. 232-234, 1993) que restringe seu uso à conveniência e oportunidade administrativa. No mesmo sentido é a posição do próprio orientador desta tese, Jorge Amaury Maia Nunes. Não obstante, acredita-se que o termo discricionariedade administrativa é sim restrito à conveniência e oportunidade *da administração*. Mas, por tudo o que se argumenta nesta tese, defende-se o uso do termo discricionariedade judicial como sendo um espaço de liberdade do juiz dentro das várias possibilidades e interpretações possíveis. Há, pois, um espaço de discricionariedade *judicial*, que não diz respeito à conveniência e oportunidade (restrito à administração), mas sim à *escolha* afeta ao juiz; escolha esta que não se restringe somente às zonas de indeterminação relativas às cláusulas gerais, mas a todos os espaços de indeterminação do direito em que as razões jurídicas (fontes, cânones hermenêuticos, postulados etc.) não determinam de forma única ou uniforme a decisão judicial. É dizer, existem diversos pontos ou temas em que a decisão cabe ao juiz dentro de balizas do direito; as quais servem como as margens de um rio, que limitam o curso d’água sem afastar o espaço aonde água, peixes e impurezas seguem. É a discricionariedade do juiz”.

⁷⁶³ A (in)determinação jurídica é aqui demonstrada como uma graduação. Não é possível dizer que o direito é 100% determinado em um específico caso concreto, pois, mesmo que a proposição jurídica aplicável seja fortemente determinada (jurisprudência pacífica, simples aplicação de regras...), haverá ainda indeterminação em relação à produção e valoração da prova acerca dos fatos que permitam a aplicação dessa premissa maior. Ao contrário, o direito também nunca será 100% indeterminado, uma vez que sempre haverá padrões jurídicos existentes a apoiar alguma escolha, ou seja, nunca o juiz poderá decidir conforme sua única e exclusiva convicção. Existirão sempre princípios e regras constitucionais que precisará adotar ou refutar, jurisprudência que precisará adotar ou refutar, analogia, etc. Ele nunca poderá dizer: “é assim porque é assim, ou porque eu penso assim”. Sobre ele pesa o ônus da justificação da escolha. E na fundamentação ele terá que explicar qual foi a sua escolha com base em alguma razão jurídica que a sustente. Essas limitações do decisionismo judicial são padrões de *contenção* da decisão. Isto é, há *condicionantes internas* (e *externas*) que não permitem o magistrado voar em seus próprios pensamentos. Por isso se diz que existem campos de aplicação judicial são mais determinados e outros que são menos determinados (ou mais indeterminados). Nesse sentido, em qualquer decisão judicial haverá um grau (maior ou menor) de indeterminação e, por conseguinte, um grau de discricionariedade (e, também por consequência, um grau de subjetividade). Ora, se assim não fosse, as pessoas aceitariam ser julgadas por máquinas dotadas de inteligência artificial...

está longe de defender decisionismos⁷⁶⁴, visto que pesa sobre a decisão instrumentos de contenção (internos) e de controle (externos), que serão adiante estudados.

A segunda situação citada, de que a riqueza de razões jurídicas pode levar à indeterminação do direito pela contradição, pode ser exemplificada pelo já citado Código Geral Prussiano do ano de 1794, cujos 19.000 artigos não passaram de um sistema incompleto, conflituoso e incongruente de “regras desajeitadas”⁷⁶⁵. Sempre se reconheceu que “mesmo uma lei cuidadosamente pensada não pode conter uma solução para cada caso (...): que toda lei contém inevitavelmente *lacunas*”⁷⁶⁶.

Não é a pluralidade de regras que solucionará a indeterminação do direito⁷⁶⁷, tendo em vista que uma grande quantidade de razões jurídicas pode resultar em diversos resultados conflitantes. Também é verdade, porém, “que raras vezes os padrões jurídicos são formalmente contraditórios”⁷⁶⁸.

Sendo assim, duas considerações se abrem. A primeira (i), já tratada acima, de que a indeterminação decorre da fraqueza da vinculação das razões jurídicas sobre a produção de um resultado. Já a segunda (ii), diz respeito aos resultados conflitantes decorrentes da aplicação de princípios jurídicos⁷⁶⁹, já que a ponderação de princípios colidentes reflete dimensões de pesos

⁷⁶⁴ Vide nota anterior.

⁷⁶⁵ SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária, 1995, p. 252.

⁷⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 519.

⁷⁶⁷ A completude do sistema jurídico nunca será alcançada; nem mesmo em teoria. Nesse sentido, para Ana Paula de Barcellos (*Ponderação, racionalidade e atividade judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 276): “É certo que não se pode pretender antecipar por inteiro as complexidades da vida real para o fim de identificar todas as circunstâncias que podem interferir na aplicação de um enunciado normativo. Isso seria impossível”. Isso vale tanto para a fixação de critérios abstratos para a determinação da decisão judicial quanto para a legislação.

⁷⁶⁸ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 334-335. “(...) complexidade não é contradição, e simplesmente chamá-la de outro nome não faz com que seja”.

⁷⁶⁹ Não somente a aplicação de princípios, que podem colidir, mas todas as formas de antinomias. É sabido que mesmo os critérios específicos para sua superação (superioridade, cronologia e especialidade) podem apresentar falhas.

relativos que não sugerem uma resposta pronta⁷⁷⁰, seja em relação ao princípio aplicável (caráter *prima facie*⁷⁷¹), seja em relação ao resultado (efeito) dele decorrente. Em casos assim (i e ii), a indeterminação das razões jurídicas é mais evidente, ou seja, o conjunto de elementos jurídicos não aproxima o julgador de um resultado uniforme. Há mais indeterminação⁷⁷².

Quando o direito for mais indeterminado, haverá maior liberdade para o julgador (discricionariedade), pois as razões jurídicas o vinculam de forma fraca. Isto é, quando estas razões não disponibilizam ao magistrado balizas seguras sobre as quais deva atuar (não vinculando-o fortemente), forçam-no a buscar a resposta em outras fontes (moral, política, consequências, imprensa etc.). Se assim for, é possível concordar com a conclusão de Coleman e Leiter de que há

boas razões para pensar que o direito será indeterminado em um grupo de casos importantes. As normas jurídicas podem não justificar suficientemente algum resultado em um caso. Normas diferentes, mas obrigatórias, dentro de um sistema jurídico podem, cada uma delas, justificar resultados conflitantes.

Estes casos de indeterminação existem, mas não são todos, nem mesmo a maioria.

Nessas situações, o juiz precisará encontrar a resposta com base em critérios não-jurídicos, sobretudo na sua concepção de justiça, de direito, de equidade – portanto, pautas morais, ideológicas e, às vezes, políticas. O direito comporta espaços decisórios onde o juiz

⁷⁷⁰ Nesse sentido, COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 339.

⁷⁷¹ Por todos, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 103-106.

⁷⁷² Sobretudo quando se estiver diante de dissensos morais razoáveis. A moral não se confunde com o direito, mas apoia a decisão na aplicação de princípios em face de seus pesos relativos. Isto é, como os princípios são aplicados segundo dimensões de peso (mais importante, menos importante) de cada um dos que colidam no caso concreto, tanto mais indeterminado será o direito quanto maior for o dissenso moral social. Em outras palavras, hipoteticamente, se existisse uma questão em cuja aplicação houvesse convergência total da moralidade social a decisão sobre princípios aplicáveis seria absolutamente determinada. Tendo em vista que a concreção de princípios parte de valorações, tanto mais será determinado o direito quanto mais for determinada a moral. Estes são os casos em que os padrões jurídicos são fortemente determinados pela moral – por isso, *as razões jurídicas* são menos determinantes. Não obstante, mesmo na concreção de princípios a decisão não se pauta unicamente na moral, mas se apoia também em precedentes judiciais, postulados, às vezes analogia ou argumentação sobre regras (não é toda a discussão de princípios constitucionais que é baseada em argumentos de princípios, cf. ADC 29 e 30 e ADI 4578, voto do Ministro Luiz Fux).

navega com maior liberdade (indeterminação jurídica). No entanto, coabitam no sistema jurídico espaços de menor liberdade do julgador (determinação jurídica). E isso está em alguma medida ligado à aplicação de regras e princípios⁷⁷³, mas não somente a este campo.

A aplicação de regras é, em geral, mais determinada que a aplicação de princípios⁷⁷⁴. Contudo, isso não é sempre assim. A título de exemplo, veja como é simples (e determinada) a aplicação do princípio da igualdade diante de uma política de cotas sociais ou raciais que assegure 95% das vagas para cidadãos que se declarem nestas categorias. A resposta é simples e determinada⁷⁷⁵: a medida é inconstitucional, seja qual for a pauta utilizada (razoabilidade, identificação do caráter concreto do princípio etc.). É dizer, a decisão parece ser determinada em uma medida relevante, mesmo diante de uma pauta principiológica.

Agora pense aplicar regras específicas do PIS/COFINS cumulativo à dedução de insumos da atividade fabril. Trata-se de análise extremamente complexa. Para a própria identificação do âmbito da norma é preciso pesquisar o que é insumo (buscando apoio até em

⁷⁷³ Exemplifica-se: o art. 75, § 1º, I da CF, por exemplo, exige como requisito para a investidura de um Ministro do TCU que ele tenha “mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade”, esta é uma norma com grande determinação jurídica. Ou a que exclui da competência tributária dos estados relativa ao ICMS as “operações que destinem mercadorias para o exterior” (art. 155, § 2º, X, ‘a’ da CF). A interpretação e a aplicação dessas normas é simples. Ao contrário, saber se é possível, por exemplo, divulgar na internet os vencimentos e nomes de servidores públicos não é tarefa tão fácil, uma vez que trata de colisão de princípios de intimidade e publicidade, entre outros. Naturalmente, regras são mais determinadas que princípios. Mas isso, por si só, não permite dizer que toda aplicação de regras será determinada e que toda aplicação de princípios será indeterminada.

⁷⁷⁴ A aplicação de regras normalmente se dá silogisticamente (premissa maior = regra jurídica; premissa menor = fatos; em havendo subsunção dos fatos à norma, aplicam-se seus efeitos). Já a aplicação de princípios depende da identificação dos princípios em colisão, que normalmente mostram um resultado *prima facie* (cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 103-106), do sopesamento entre eles (medida de peso: qual tem o maior peso no caso concreto, cf. Alexy (Ibid., p. 93-103), segundo critérios de proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (cf. Ibid., p. 116-120). O que Alexy denomina *máxima* de proporcionalidade é uma metanorma, um princípio de aplicação de princípios. Por isso, Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161-175) o coloca na categoria de postulado (“deveres que estabelecem a vinculação entre *elementos* e impõem determinada *relação* entre eles”. Ibid., p. 142), que parece ser mais indicado. Sobre a racionalidade da ponderação em três níveis: 1º - identificação dos enunciados normativos em tensão; 2º - identificação dos fatos relevantes e 3º - decisão, ver BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*, op. cit., p. 92-145. Para a crítica à ponderação como forma racional, ver STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 194, abr./jun. 2012, p. 18-20.

⁷⁷⁵ Mesmo que não seja absolutamente objetiva ou que possa não obter unanimidade de concordância social, a resposta é altamente determinada. A objetividade e a concordância serão tratados no item 3.3.

conceitos contábeis), a relação das resoluções e instruções normativas com a lei (conflito de legalidade), isso com o agravante de ainda não haver pacificação da jurisprudência do STJ e do CARF a respeito⁷⁷⁶. É uma aplicação de regras pouco determinada, uma vez que as razões jurídicas apoiam escolhas em vários sentidos.

O direito é mais determinado no primeiro exemplo, visto que a solução é encontrada de forma simples e objetiva⁷⁷⁷; enquanto é menos determinado no segundo, mesmo que neste se refira a regras. Naquele, é possível vislumbrar soluções mais uniformes, portanto, o espaço de discricionariedade é menor; já neste, o direito não aponta para soluções uniformes; ou seja, há maior indeterminação jurídica no mundo das regras. Mas essa parece ser a exceção.

Diante de tudo o que foi demonstrado neste e nos capítulos antecedentes, sem dúvida é possível afirmar *há indeterminação no direito brasileiro*. Muitas vezes, o conjunto de razões jurídicas não será fortemente vinculante a ponto de determinar um resultado único ou, no mínimo, soluções uniformes para questões semelhantes, nem mesmo resultados aproximados entre si.

⁷⁷⁶ Até agosto de 2013 a jurisprudência a respeito ainda não havia se firmado.

⁷⁷⁷ Esse caso é um exemplo de determinação jurídica que decorre de uma determinação moral. Isso se dá pela relação de proximidade entre estes dois campos na aplicação de princípios. Vale dizer, o direito será mais determinado na aplicação de princípios, quanto mais a moral (social) seja determinada sobre o mesmo tema. Conforme já informado no item 1.2, a aplicação de princípios se apoia na moral na medida em que depende de valorações: melhor, pior, mais importante, menos. Até porque necessita em alguma valoração para ponderação ou sopesamento dos pesos relativos de cada princípio em colisão. Não obstante, já se disse que o conceito de direito utilizado, embora não faça uma vinculação necessária entre direito e moral, a aceita como parâmetro de correção ou como critério de aplicação de princípios. Assim, é possível dizer que o direito é determinado nesse caso, já que o resultado se deu pela utilização de razões jurídicas (sobretudo o princípio da igualdade e o postulado da razoabilidade; ou, em outra opção, pela própria ponderação do princípio da igualdade de cada grupo envolvido). Não obstante, o conjunto de elementos jurídicos só foi capaz de levar o julgador a um resultado determinado porque a moralidade neste caso é mais determinada. Ou seja, a maioria das pessoas, contrárias ou não às cotas, poderá dizer: “essa política inviabiliza a possibilidade de participação de outras classes que não a de excluídos, por isso, mesmo sendo favorável, concordo que o percentual utilizado não está correto”. Não se pretende aqui defender qualquer conceito de moral média social ou de apoiar uma conexão necessária entre moral e direito, mas tão somente de demonstrar a percepção de que no exemplo uma aplicação de princípios foi determinada em face da própria determinação das razões morais.

A indeterminação é mais evidente em (i) casos difíceis (sobretudo diante do dissenso moral razoável), (ii) novos casos (legislação nova ou fatos não legislados⁷⁷⁸), (iii) ausência de regras específicas (analogia, princípios, equidade). Todas situações em que haverá maior discricionariedade do julgador ante à ausência de forte vinculação decisória pelas razões jurídicas.

Não obstante, isso não significa que o direito é indeterminado em uma medida relevante, nem tampouco que a decisão judicial não encontra parâmetros e limites internos e externos, mas, ao contrário, conforme agora se pretende demonstrar, «existe forte determinação no direito brasileiro», o que não refuta a existência da indeterminação em casos importantes.

3.1.2. Jurisprudência, recursos e autoridade: fontes de determinação

O «direito brasileiro é determinado em uma medida relevante». Isso é defensável mesmo que não se fechem os olhos para importantes indeterminações existentes. A partir daqui serão analisados os padrões de determinação do direito nacional.

Muito se fala da principiologização ou panprincipiologismo do direito brasileiro⁷⁷⁹, sobretudo no campo constitucional. A moda dos princípios pegou no Brasil. Em artigo em que critica o neoconstitucionalismo, Humberto Ávila demonstra que na Constituição de 1988 há muito mais regras que princípios, “ela não é principiológica”, pois sua opção “foi,

⁷⁷⁸ A referência é aos fatos sobre os quais não há regras, como, p. ex., algumas questões relativas ao mercado virtual. Não serão necessariamente casos difíceis, podem ser fáceis, porém ainda indeterminados, pois é somente com a pacificação da jurisprudência que a aplicação de analogia ou ponderação (ambos parâmetros discricionários) se torna mais determinada.

⁷⁷⁹ Nesse sentido, ver artigo recente de Lenio Luiz Streck (Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 194, abr./jun. 2012, p. 8-10) onde cria uma lista de princípios que decorrem simplesmente “de pretensão retórico-corretiva, além da tautologia que os conforma”. Nas palavras de L. A. Becker (O dilema dos litigantes:..., op. cit., p. 53-54), em vez de serem guardados para os *hard cases*, “os princípios tornaram-se a panacéia para aplicar a toda e qualquer situação. Como são vagos (...) podem ser preenchidos com qualquer coisa que seja do interesse da parte, sem necessidade de fundamentação vigorosa. (...), podem ser usados para atribuir à norma jurídica qualquer conteúdo, conforme a conveniência. Inclusive na bricolagem judicial que lhe sobrevém. Daí a fortuna por estas plagas de princípios bombril (...)”.

primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios”; tanto que, por isso, é qualificada de analítica, “justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios”; é essencialmente regulatória⁷⁸⁰.

Essa escolha por uma Constituição baseada em regras decorre de uma escolha política⁷⁸¹ e, talvez, sistêmica (*civil law*)⁷⁸² e histórica⁷⁸³. As regras têm função de eliminar ou reduzir os custos e controle do poder e sua utilização diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade para a maior parte dos casos⁷⁸⁴. O momento histórico ajuda a entender a opção: buscava-se em essência assegurar o direito dos cidadãos contra o Estado autoritário de outrora. Para tanto, quanto mais regras limitassem a atuação do Estado contra os cidadãos, melhor.

Somem-se dados dos julgamentos do STF: de 1988 a 2010, apenas 6.199 ações (0,51% do total) foram tipicamente constitucionais (Corte Constitucional); 95.306 ações (7,80% do total) partiram de sua competência originária (ações penais, *habeas corpus* etc.) e 1.120.597 ações (91,69% do total) foram originadas por recursos de casos concretos (Corte de Cassação),

⁷⁸⁰ “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 28 set. 2012, p. 4. A Constituição é composta basicamente “de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos”. Além de ser recheada por regras de competência para os poderes e para a federação.

⁷⁸¹ Se é que existe alguma “vontade constitucional” ou escolha de um emaranhado desconexo de vontades nada convergentes da Assembleia de 1987-1988, que conteve uma Comissão de Sistematização que tentou sistematizar o insistemizável, com “61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de um milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final” (PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1); com artigos inclusive não votados pela Assembleia, como afirmou Nelson Jobim... Crítica nenhuma à democracia, ao contrário, a CF/88 é sim democrática: e bastante. Essa Constituição democrática optou por ser mais detalhista, por dar maior densidade normativa a diversos temas.

⁷⁸² Não obstante, mesmo no *civil law* é possível a opção por uma Constituição mais sintética e principiológica, como o fez a Lei Fundamental de Bonn, segundo lembra Humberto Ávila (“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, op. cit., p. 4).

⁷⁸³ Todas as Constituições brasileiras fizeram, umas mais outras menos, essa opção.

⁷⁸⁴ ÁVILA, Humberto, *ibid.*, loc. cit.

conforme demonstra ampla pesquisa da *FGVRio*⁷⁸⁵. É possível inferir que na competência recursal, em que pese possam figurar discussões sobre princípios constitucionais, é muito mais significativo o debate acerca da aplicação de regras constitucionais a casos concretos, notadamente se comparada a sua competência como Corte Constitucional. Logo, é possível defender que mesmo no STF a discussão sobre regras é muito mais ocorrente que sobre princípios⁷⁸⁶.

Esse argumento é corroborado por outros dados. Pesquisa de Fabiana Luci de Oliveira, que analisou quantitativa e qualitativamente os julgamentos do STF de 1988 a 2003, com uma amostra bastante significativa, concluiu que cerca de 33% das ADIs julgadas tiveram como argumentos vencedores temas afetos ao federalismo e à separação dos poderes nas Constituições e leis estaduais, como, por exemplo, a impossibilidade de Estados e Municípios legislarem sobre trânsito e transporte (art. 22, XI da CF – regras constitucionais de competência, portanto) ou relativa à obrigatoriedade dos Estados em seguirem os ditames da CF e quase 10% trataram de afronta ao concurso público⁷⁸⁷. Isso demonstra que, mesmo em sua função de Tribunal Constitucional, há um amplo número de ações que discutem regras constitucionais específicas sem muito espaço para argumentos de princípios.

⁷⁸⁵ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo e ARGUELHES, Diego Werneck. *Supremo em números. I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo*, 2011 (FGV). Disponível em <<http://www.supremoemnumeros.com.br/wp-content/uploads/2011/05/I-Relat%C3%B3rio-Supremo-em-N%C3%BAmeros.pdf>>. Acesso em 30 set. 2012, p. 21.

⁷⁸⁶ Esta conclusão parte da conjugação dos dados apresentados com a inferência de maior debate sobre *regras* constitucionais no campo recursal. Uma simples observação dos julgados do STF nesta competência, sobretudo a partir dos Informativos de Jurisprudência separados por tema (de fácil consulta no *website* da Corte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoInformativoTema>), permite notar que muitos casos concretos são correlatos a regras tributárias, processo penal, direito administrativo (sobretudo obrigatoriedade de concurso público), e outros temas afetos à discussão sobre regras.

⁷⁸⁷ *Justiça, profissionalismo e política:...*, op. cit., p. 155-156. Sua investigação teve como base a análise de 300 ADIs de um total de 1.660 julgadas no período, o que equivale a mais de 18% do total de ações.

Isso só para se falar do mundo constitucional. Observando o sistema jurídico pátrio, percebe-se nitidamente que o Brasil é um país de regras. Muitas casuísticas e contraditórias, mas, dizer que o Brasil se transformou em um país de princípios não parece ser a melhor leitura.

Note-se que existem Código Civil (2046 artigos), Código Penal (361 artigos + dezenas ou centena de leis esparsas⁷⁸⁸), Código Tributário Nacional (218 artigos + milhares de leis, decretos, instruções normativas, resoluções), Consolidação das Leis do Trabalho (922 artigos + normas esparsas), Código de Defesa do Consumidor (119 artigos), Código Florestal (84 artigos + dezenas de leis esparsas), Código de Trânsito Brasileiro (341 artigos + normas do Contran e Detrans), centenas de leis esparsas em todas as esferas etc. Isso só para se falar no direito material. Lembre-se do direito processual: civil, penal, tributário, administrativo, etc. Mais ainda se se observar as normas infralegais.

Conforme dados já citados, no ano de 2001 havia no Brasil cerca de 28.000 leis federais vigentes⁷⁸⁹. Desde a promulgação da Constituição de 1988 houve a edição de 150.425 normas federais⁷⁹⁰, a confecção de 996.977 normas estaduais (incluindo as normas secundárias) e de 227.973 leis estaduais⁷⁹¹ e a emissão de 2.628.962 normas municipais (incluindo as normas secundárias) e de 450.675 leis municipais⁷⁹². Na década de 1980, Aliomar Baleeiro estimou que existiam no Brasil 65.000 leis vigentes, já Pontes de Miranda, indicou o número de 45.000⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Aliás, o direito penal é essencialmente composto de regras: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

⁷⁸⁹ Dados de 2001. Fonte: Informativo *Desburocratização*: em defesa do cidadão. Ministério do Planejamento. Ano II. n° 10. Programa Nacional de Desburocratização. setembro-outubro/2001.

⁷⁹⁰ Incluindo as normas complementares “portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres normativos, etc.”. AMARAL, Gilberto Luiz do *et. al. Quantidade de normas editadas no Brasil: 20 anos da Constituição federal de 1988*. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2008. Disponível em <http://www.ibpt.com.br/img/_publicacao/13081/162.pdf>. Acesso em 10 set. 2012.

⁷⁹¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁹² *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁹³ Conforme recorda ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*, op. cit., p. 84. Segundo o autor, isso decorre do estilo brasileiro de não revogar expressamente as leis, mas de terminar a nova lei com a fórmula de que “todas as disposições em contrário ficam revogadas”.

Ninguém sabe, na verdade, quantas elas são⁷⁹⁴. Mas que são muitas, são. Afinal, o Brasil é um país do grande sistema do *civil law*, que prima pelo direito legislado.

Esse cenário, muito mais que gerar indeterminação pela falta de regras, pode gerar pelo excesso delas. Então, nesse primeiro aspecto é possível defender que o Brasil ostenta alguma indeterminação pelo excesso de regras: ausência de sistematização e antinomias. Porém, isso não equivale a dizer que as antinomias próprias ou impróprias ocorram na maioria dos casos. Isso porque, intuitivamente, não há como vislumbrar tantas situações de contradição quanto de coabitação entre regras. Em suma, no direito brasileiro, como um típico sistemas de regras⁷⁹⁵, há determinação em uma medida relevante, apesar de encontrar casos de indeterminação por antinomias.

Há ainda outros dados a se apresentar, que se referem à litigância no Brasil. Seguem-se primeiro as pesquisas e dados para, depois, realizar sua leitura.

RANK	100 maiores Litigantes por Setor e Justiça							
	Nacional		Federal		Trabalho		Estadual	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	38%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	77%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	27%	BANCOS	54%
2	BANCOS	38%	BANCOS	19%	BANCOS	21%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	14%
3	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	8%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2%	INDÚSTRIA	19%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	10%
4	TELEFONIA	6%	EDUCAÇÃO	1%	TELEFONIA	7%	TELEFONIA	10%
5	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	5%	SERVIÇOS	1%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	7%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	7%

⁷⁹⁴ Nesse sentido, Ibid., loc. cit.

⁷⁹⁵ Mais adiante será demonstrado que um sistema de regras é mais afeto à determinação que um sistema de princípios, ou seja, que situações legisladas proporcionam, em regra, maior grau de vinculação do julgador a um determinado enunciado normativo do que casos contidos em espaços vazios de direito, cuja determinação fica a cabo da aplicação de princípios jurídicos.

Tabela 2 – “Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça”. Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciária/CNJ⁷⁹⁶.

Os dados mostram que 82% de toda litigação nacional (todos os tribunais) referem-se ao setor público federal (38%), ao setor bancário (38%) e ao setor de telefonia (6%). É possível inferir que as demandas do setor bancário sejam substancialmente consumeristas (abusividade de contratos, taxas de juros, contratação unilateral etc.)⁷⁹⁷, cíveis (cobranças, execuções, monitórias etc)⁷⁹⁸ ou trabalhistas⁷⁹⁹; searas reguladas eminentemente por regras⁸⁰⁰. Também no aspecto

⁷⁹⁶ Dados de março de 2010, conforme *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 29 set. 2012, p. 14.

⁷⁹⁷ Os bancos são os campeões nacionais de reclamação nos PROCONS, conforme dados do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), do Ministério da Justiça. Essa situação reforça a inferência de que muitas dessas insatisfações deságuem na justiça. “Do total de 1,6 milhão de atendimentos registrados, o grupo Itaú lidera o ranking com 81.946 atendimentos. Em seguida estão a Oi (80.894), Claro-Embratel (70.150), Bradesco (45.852) e Tim-Intelig (27.102). (...) A publicação também consolida informações sobre as principais áreas da economia que levaram os consumidores a procurarem os Procons em 212 cidades brasileiras e os problemas mais recorrentes enfrentados por eles. Segundo o Boletim Sindec 2011, os assuntos mais demandados são: cartão de crédito (9,21%), telefonia celular (7,99%), banco comercial (7,26%), telefonia fixa (5,56%) e aparelho celular (5,44%). E os principais problemas enfrentados pelos consumidores são: 35,46% com cobranças (falta de informação sobre valores, cobranças duplicadas etc), 19,99% com ofertas, 11,62% com contratações (alterações unilaterais, descumprimento de ofertas e enganos em peças publicitárias) e 11,19% com qualidade (vício, defeitos e garantias de produtos)”, cf. *Cartão de Crédito, Banco e Telefonia Celular são principais assuntos que deram dor de cabeça para os consumidores em 2011*. Portal do Consumidor, 16.01.2012. Disponível em <<http://portaldoconsumidor.wordpress.com/2012/01/26/cartao-de-credito-banco-e-telefonia-celular-sao-principais-assuntos-que-deram-dor-de-cabeca-para-os-consumidores-em-2011/>>. Acesso em 29 set. 2012. Os dados conferem com o Boletim do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor de 2011, DPDC, Ministério da Justiça, 13.01.2012.

⁷⁹⁸ Trata-se da inferência que se apoia em dados concretos: do grande percentual de litigação do setor bancário (mais de 38% do total), os bancos estão no pólo ativo em 45% das ações (provavelmente cobranças, execuções, monitórias etc.) e nas 55% das ações restantes eles estão no pólo passivo (nesse campo, acredita-se haver um grande número de ações de natureza consumerista, conforme nota supra), cf. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 29 set. 2012, p. 15, gráfico 2 e p. 17, tabela 4. Todavia, não se desconsideram relevantes ações relativas aos planos econômicos das décadas de 80 e 90. Não obstante, atualmente estas questões já estão resolvidas em relação às proposições jurídicas. O que antes foi uma pauta de indeterminação (como quais os direitos envolvidos, se há direito à indenização ou não, discussões acerca da correção da URV etc.) atualmente encontra-se determinado pela jurisprudência.

⁷⁹⁹ O setor bancário é responsável por 21% do total de ações na justiça do trabalho. Afinal, o número de pessoas que esse setor emprega é significativo na economia. Desse total, em 85% das ações os bancos figuram no pólo passivo, cf. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 29 set. 2012, p. 20, gráfico 6. O que permite inferir que em um percentual significativo de ações do total de litigância bancária há determinação jurídica quanto às regras aplicáveis, restando, contudo, a indeterminação acerca das provas, que na Justiça laboral parecer ser o mais relevante.

⁸⁰⁰ Em que pese haja maior discricionariedade, por exemplo, em relação à abusividade de cláusulas contratuais, pelo número considerável de ações, a jurisprudência passa a ser um forte apoio jurídico à escolha judicial. Por serem

quantitativo, os dados permitem inferir o mesmo em relação ao setor de telefonia: consumerista⁸⁰¹, cível⁸⁰² ou trabalhista⁸⁰³.

Em relação às demandas do setor público federal, outro quadro se abre.

RANK	100 Maiores Litigantes Nacionais por setor público					
	Setor Público Federal		Setor Público Estadual		Setor Público Municipal	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	22,3%	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	4,2%	MUNICÍPIO DE MANAUS	2,0%
2	UNIÃO	7,7%	IPERGS - INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	1,1%	MUNICÍPIO DE GOIÂNIA	2,0%
3	FAZENDA NACIONAL	7,4%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE GOIÁS	0,5%	MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS	0,4%
4	FUNASA - FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE	0,4%	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DE PERNAMBUCO	0,4%	MUNICÍPIO DE APARECIDA DE GOIÂNIA	0,2%
5	IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS	0,2%	ESTADO DE PERNAMBUCO	0,3%	MUNICÍPIO DE AGUAS LINDAS DE GOIAS	0,1%
6	OUTROS	0,3%	OUTROS	1,3%	OUTROS	0,4%
PERCENTUAL TOTAL		38,5%	PERCENTUAL TOTAL	7,8%	PERCENTUAL TOTAL	5,2%

repetitivas, atingirem um grande número de consumidores e terem foro em sua maioria em juizados especiais, a pacificação da invalidade de cláusulas específicas de um ou outro banco rapidamente atinge elevados graus de determinação jurisprudencial.

⁸⁰¹ 9,57% do total de ações da justiça comum são demandas desse setor. Desse montante, as empresas de telefonia figuram no pólo passivo em 77% das ações. cf. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 29 set. 2012, p. 24-25, tabela 10. Os dados dos atendimentos nos PROCONs em 2011 foram apresentados em conjunto com as informações bancárias, cf. nota supra. Pelas mesmas razões se infere que muitas dessas demandas possam relacionadas a insatisfações de consumidores.

⁸⁰² Cf. nota anterior, há um pequeno percentual de ações em que as telefônicas encontram-se no pólo ativo (em 23% das ações da justiça comum). Muitos desses casos, pela própria atividade exercida (milhões de consumidores pagando pequenos valores, escritórios de cobrança descentralizados devido ao quantitativo existente, etc.), devem estar relacionados com cobranças e execuções.

⁸⁰³ O setor de telefonia é responsável por 7,46% das demandas trabalhistas, figurando como reclamadas em 88% das ações, cf. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 29 set. 2012, p. 22, tabela 8. A conclusão é a mesma que em relação às ações trabalhistas do setor bancário, qual seja, há indeterminação acerca das provas (o que é evidente na justiça laboral).

Tabela 3 – “Listagem dos cinco maiores litigantes nacionais por Setor Público”. Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciária/CNJ⁸⁰⁴.

Nota-se que de um total de 38,5% de processos do setor público federal, 22,3% pertencem ao INSS e 7,4% são da Fazenda Nacional. Sendo assim, por simples cálculo aritmético chega-se à conclusão de que 77,14% de todo o volume de litigação dos órgãos e entidades federais referem-se a estes dois litigantes (INSS e Fazenda Nacional). Estas duas áreas são substancialmente afetas a regras detalhadas, cujas proposições jurídicas interpretáveis são altamente determinadas/determináveis.

Em relação ao INSS, suas ações são essencialmente relativas a benefícios previdenciários (licenças-médicas, aposentadorias etc.), além de demandas de servidores públicos contra a entidade. Nesses campos, as demandas são essencialmente repetitivas, já que as proposições jurídicas estão firmadas pelos tribunais superiores. Logo, a discussão nas milhares de ações é eminentemente probatória.

No que respeita à Fazenda Nacional, da mesma forma, a grande maioria das demandas também é de cunho repetitivo, ou seja, já tem pacificação da jurisprudência. Então, nesse grande quantitativo de demandas existe significativa determinação jurídica sobre as proposições aplicáveis: leis, atos normativos e suas interpretações. Os dados comprovam isso: no ano de 2006, três temas específicos eram responsáveis por 80% dos processos da Fazenda Nacional nos Juizados Especiais Federais⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ Dados de março de 2010, conforme *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 29 set. 2012, p. 16.

⁸⁰⁵ “Um deles é o caso do abono pecuniário de férias (conversão, em pecúnia, de um terço das férias devidas ao empregado). Outro é o do pagamento, a título de férias proporcionais, devido com a aposentadoria ou dispensa do funcionário. No terceiro, as indenizações de horas trabalhadas pagas pela Petrobras a seus funcionários por folgas não gozadas e supressão de horas extras. Os três temas juntos representam cerca de 80% dos processos que tramitam contra a União em matéria tributária nos JEFs”, conforme dados apresentados por Luiz Inácio Adams, Advogado-Geral da União em 2006. ERDELYI, Maria Fernanda. PGFN desiste de recorrer em 200 mil ações tributárias.

Acrescentem-se outros dados. Em 2010, cerca de 83,4 milhões de processos tramitavam no Brasil nas três esferas da justiça (estadual, federal e trabalhista), dos quais “27 milhões referiam-se a processos de execução fiscal, constituindo aproximadamente 32% do total”⁸⁰⁶. Nesse cenário, cumpre informar que a discussão na maioria quantitativa das impugnações às execuções fiscais corre sobre temas já pacificados⁸⁰⁷. Nesse sentido, pesquisa do Ipea mostra que a extinção por prescrição ou decadência é o principal motivo de baixa de execuções da Fazenda Nacional, respondendo por 36,8% dos casos – dados restritos às execuções federais⁸⁰⁸. Estes temas (prescrição e decadência) estão pacificados inclusive por meio de recurso repetitivo⁸⁰⁹.

Além disso, somente 14,7% das sentenças de execução fiscal federal são recorridas (em regra, pelo exequente), ou seja, «a determinação jurídica nesse campo é bastante significativa»⁸¹⁰. Isso porque, caso não fosse, haveria quantidades maiores de recursos de ambas as partes com vistas a buscar o “melhor direito”. Lembre-se que se está falando de um campo que corresponde a 32% do total de ações brasileiras, conforme já citado. Sendo assim, 85,3% das execuções fiscais federais, não são recorridas diante da pacificação da jurisprudência nesse campo. Os dados sobre os recursos se referem à Fazenda Nacional, mas se pode inferir que sejam próximos dos números das execuções estaduais ou municipais.

Revista Consultor Jurídico, 31.08.2006. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2006-ago-31/pgfn_desiste_recorrer_200_mil_acoes_tributarias>. Acesso em 29 set. 2012.

⁸⁰⁶ *Justiça em números: resumo executivo*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf>. Acesso em 11 set. 2012, p. 6-7.

⁸⁰⁷ Nesse sentido, há mais de 30 recursos repetitivos no STJ que tratam de variados temas de “direito tributário”, cf. <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio_retorno.asp>. Acesso em 29 set. 2012. Portanto, temas repetitivos e pacificados. Sem falar de outros tantos repetitivos específicos para cada um dos tributos.

⁸⁰⁸ *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*. Comunicado Ipea nº 127, Ipea, 04.01.2012. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf>. Acesso em 29 set. 2012, p. 7.

⁸⁰⁹ Nesse sentido, REsp 973733/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009, entre outros.

⁸¹⁰ *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*, Comunicado Ipea nº 127, op. cit., p. 7.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que um significativo percentual de ações de um total de 82% de toda a litigação nacional (38% setor público federal, 38% setor bancário e 6% setor de telefonia) se refere essencialmente a demandas repetitivas e/ou cujas teses jurídicas encontram-se sedimentadas nos respectivos tribunais⁸¹¹. Assim, quantitativamente é possível afirmar que a maioria das ações no Brasil discute proposições jurídicas com alto grau de determinação, pois substancialmente aplicam regras detalhadas com apoio na interpretação jurisprudencial pacificada.

Destarte, na perspectiva até aqui avaliada, o somatório entre a determinação pela substancial presença de regras e a determinação pela pacificação da interpretação das proposições jurídicas permite concluir que o direito brasileiro é determinado em um grande quantitativo de casos. Entretanto, considerando que isso esteja correto – que a interpretação das questões jurídicas postas na maioria das situações esteja determinada em um sentido relevante – duas questões ainda precisam ser investigadas.

Primeiro, em um grande quantitativo dos campos citados acima, a discussão girará acerca das provas nos autos⁸¹². Então, é preciso investigar a (in)determinação jurídica no tocante à produção e valoração das provas. Segundo, apesar da análise quantitativa, é preciso verificar qualitativamente se o direito é determinado em um sentido relevante. Ambos os pontos serão analisados em conjunto.

Para Dworkin, os processos judiciais sempre suscitam três tipos de questões: (i) questões de fato, (ii) questões de direito e (iii) questões de moralidade. A primeira diz respeito a provas, a

⁸¹¹ É verdade que a inferência acerca dos objetos litigiosos das ações não implica na conclusão de que todas as questões jurídicas estejam pacificadas. Dentro do montante de ações dos grandes litigantes nacionais há espaço para interpretação de nova legislação, bem como para o amparo de fatos sociais não previstos na legislação de regência. Pautas estas que estão afetas à indeterminação das proposições jurídicas. Tema que será tratado adiante. Mesmo assim, a conclusão permanece já que é fato notório os objetos litigiosos repetitivos nessas searas.

⁸¹² Que é o que ocorre em relação às ações que estejam com as proposições jurídicas pacificadas nos tribunais superiores, mesmo que não sejam em considerável número, ou àquelas repetitivas.

segunda é relativa à interpretação para se atingir as proposições jurídicas e a terceira alude à divergência das pessoas sobre o que é certo ou errado em termos morais⁸¹³. Todas as quais estão em alguma medida interligadas, elas interagem entre si. Mas existem temas mais afetos a provas e outros mais afetos a proposições jurídicas ou pautas morais. É tempo de investigar a (in)determinação probatória.

3.1.2.1. (In)Determinação de provas

As considerações adiante se referem não somente ao quadro de ações repetitivas ou que discutam teses pacificadas, mas a todas as demandas que estejam mais afetas a discussões probatórias⁸¹⁴. Pretende-se, pois, analisar se o direito é indeterminado em relação a esse campo.

A prova nada mais é que a representação de fatos passados no cenário construído pelo direito: os autos⁸¹⁵. Essa representação da realidade pode ser tomada por qualquer meio, desde que não seja proibido – ilícito (art. 5º, LVI da CF). Não obstante, algumas normas positivas estabeleçam a distribuição do ônus probatório – que nas demandas cíveis é atribuída geralmente ao autor (art. 333, I do CPC) –, as presunções jurídicas que o invertem, bem como os meios de produção da prova⁸¹⁶ e a forma de sua valoração.

O juiz é o destinatário da prova, ele olha para o mundo real através delas. Ele «valora» o conjunto probatório dos autos e profere a decisão. O juiz escolhe a certeza (e a verdade) a partir deste conjunto de provas. Dogmaticamente, o art. 131 do CPC prevê o livre convencimento

⁸¹³ *O império do direito*, op. cit., p. 5-10.

⁸¹⁴ Qualquer ação judicial necessitará provar algum elemento, até mesmo em ações abstratas julgadas pelo STF os legitimados precisam juntar prova da existência do ato impugnado, ou de “todo o complexo normativo” de normas revogadas pela lei impugnada (cf. ADI 3148) etc. Não obstante, conforme se ressaltou, existem questões jurídicas que são mais afetas ao campo probatório. É sobre elas que se referem os argumentos seguintes.

⁸¹⁵ *O que não está nos autos não está no mundo jurídico ou no processo*, conclui o anedotário jurídico-popular.

⁸¹⁶ O CPC regula detalhadamente a produção da prova, conforme arts. 332 a 443. São mais de cem artigos para tratar do tema, sem esquecer que o Código Civil também regula a questão probatória. No direito processual penal e trabalhista o ocorre o mesmo.

motivado do juiz⁸¹⁷. Com isso, apesar da escolha do valor (ou peso) da prova ser do magistrado, sobre ele pesa o ônus argumentativo como condição de validade da valoração eleita. Situação que permite o controle dessa escolha⁸¹⁸.

Ocorre que, na prática, ele observa as provas e escolhe o caminho a seguir, normalmente sem refutar argumentativamente as demais provas contrárias a sua escolha. Em regra se expõe na fundamentação da sentença: “diante dessa prova (fl. xx), daquela (fl. xy) e daqueloutra (fl. xz), defiro o pedido da parte. P.R.I. (...Publique-se. Registre-se. Intime-se)”. Não há o costume de refutar as provas contrárias, salvo em relação à prova pericial. Esta sim, se o juiz não concorda com a sua conclusão, costuma refutá-la de forma argumentativamente convincente. Assim costuma ser construída a prática.

Mas, conforme demonstrado no item 2.2.2, o *Caso da Escola Base* demonstrou que pode haver «falha» e «muita subjetividade» envolvida no processo de valoração da prova, visto que naquele caso o magistrado foi totalmente influenciado pela mídia (e pela ‘confiança’ no delegado), tendo proferiu decisão sem olhar os autos. Somem-se a isso os casos citados no item 2.1 que demonstram a presença do preconceito em relação a homossexuais, que foi expresso em decisões. Estas situações demonstram que existe um relativo espaço de discricionariedade do julgador em questões probatórias.

O processo contém, como diz L. A. Becker, *alea*: pura sorte⁸¹⁹. Esse componente é aumentado pelas pré-concepções do juiz sobre a realidade. Todavia, no campo probatório a indeterminação está mais afeta a três questões: «colheita da prova testemunhal», «deferimento ou não da produção de determinada prova» e «valoração da prova». Nestes três pontos, existe maior

⁸¹⁷ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁸¹⁸ O controle da fundamentação das decisões proferidas será transpassado no item 3.4.

⁸¹⁹ A erosão do sagrado processual, op. cit., p. 168-176.

participação do magistrado na formulação do resultado da demanda, há maior discricionariedade e, portanto, menor determinação.

A) A «prova testemunhal» em si é a mais passível de distorcer a realidade⁸²⁰. Para o bem ou para o mal, o juiz que presidir a audiência tem um grande poder sobre a produção desta prova. Com os anos de prática, ele começa a perceber os trejeitos de quem pode estar mentindo ou falando a verdade: suas pré-concepções lhe dizem muito⁸²¹. Formula perguntas para verificar contradições, pode inclusive fazer acareações. Afinal, ele vê o mundo através destes relatos. Mesmo hoje “seria um escândalo se os juízes delegassem a terceiros [assessores] o trabalho de escutar as testemunhas”⁸²².

Estas pré-compreensões podem ser *boas* na medida em que consegue perceber melhor a realidade e refutar (ou dar menos crédito) informações de testemunhas que pareçam estar mentindo. Porém, podem ser muito *ruins* se se considerar que entre essas pré-compreensões podem estar presentes preconceitos de todos os tipos⁸²³. E o pior: isso pode não ficar claro nos autos. Diante dessa potencialidade negativa, há de se propor contenções.

Se esses elementos pessoais (pré-concepções) não fossem potencialmente influenciadores da decisão judicial, o STF não teria produzido precedentes fortes no sentido de

⁸²⁰ É, conforme mais uma vez a máxima jurídico-popular, *a prostituta das provas*. Nas palavras de Karl Larenz (op. cit., p. 429-430), “qualquer jurista prático sabe quão inseguras são, as mais das vezes, as declarações das testemunhas: deficiências de percepção, de interpretação e de memória, imprecisão da expressão, e também, com frequência, a mais ou menos inconsciente tomada de partido da testemunha – abstraindo das declarações conscientemente falsas – prejudicam seu valor”.

⁸²¹ Nesse sentido, Richard Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 80, tradução nossa) conclui que “o juiz, que tem que decidir crer ou não no testemunho em questão, frequentemente irá valorar as probabilidades de que o testemunho seja verdadeiro. Tal valoração pode estar fundada em sua experiência prévia como testemunhos em casos similares (...), em um sentido geral acerca da honestidade da classe de pessoas a que pertence a testemunha [lembrese da valoração das testemunhas homossexuais citadas no item 2.1] (...) e quais são suas posturas na tribuna”.

⁸²² POSNER, Richard A. *Para além do direito*, op. cit., p. 138. O contrário do que ocorre com a redação de sentenças e votos, que há muito são delegadas aos assessores, sob a supervisão do juiz.

⁸²³ “Protege-se a pureza da instrução probatória – *quod non est in actis* [o que não está nos autos]... Mas o processo e a prova são apenas pretextos para a manifestação de ideias jurídicas – que, por sua vez, são pretextos para proposições jurídicas, que são pretextos para posições econômicas, sociais e políticas”. L. A. Becker (Ibid., p. 225).

que o uso de algema não justificada é capaz inclusive de anular o julgamento pelo Júri⁸²⁴. Se a observação desses elementos extra-autos pode condenar, a transcrição do testemunho segundo a visão do juiz acerca do que foi dito, como ocorre no processo civil, pode conter desde já, inconscientemente, alguma tendência à escolha que o magistrado pretende fazer.

Dessa forma, a redução a termo pode conter traços da percepção (e dos preconceitos) do magistrado sobre a fala testemunhal. É por isso que será sugerido no item 3.4 que, para conter essas influências, o depoimento seja, além de transcrito, gravado.

B) No «deferimento (ou não) da produção de determinada prova», há muito da personalidade do julgador. A discricionariedade do julgador é ou pode ser significativa tendo em vista que o indeferimento de uma prova pode significar a vitória ou a derrota processual em campos mais afetos à discussão probatória e, pior, se a prova não constar nos autos a parte não terá muitas chances de alterar o julgamento. Diante dessa possibilidade, algumas sugestões são postas no item 3.4.

C) A discricionariedade do julgador na «avaliação da prova» dependerá muito da quantidade/qualidade das provas que as partes tenham produzido: se os autos estiverem substancialmente recheados de provas em um mesmo sentido, a participação do magistrado será mínima: caberá aplicar a proposição jurídica à espécie. Se as provas – notadamente as documentais e periciais – forem contundentes em um ou outro sentido, o espaço discricionário do magistrado será reduzido. Nesse contexto, o juiz não tem outra opção a não ser aplicar o direito à espécie. Se assim não proceder, o tribunal reformará a decisão⁸²⁵. O mesmo não se pode dizer em

⁸²⁴ Nesse sentido, “(...) JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório” (HC 91952, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2008, DJe-241 divulg 18-12-2008). Este foi um dos precedentes utilizados pelo STF para a confecção da súmula vinculante 11, que proibiu o uso injustificado de algemas.

⁸²⁵ Imagine-se uma situação em que há provas contundentes nos autos sobre determinado fato somada a um pedido sobre o qual a jurisprudência é pacífica. A determinação jurídica é nítida em situações como essas.

relação a um conjunto menos rico de provas. A opção nestes casos será mais afeta à discricionariedade do julgador: alguns juízes julgarão improcedente o pedido enquanto outros podem ver de forma diversa e acreditar que as provas são suficientes para a procedência.

Assim, em um contexto probatório pobre haverá sempre uma opção discricionária, já que nada no mundo jurídico informa o quão forte ou fraco é um conjunto de provas. Isso dependerá da visão do juiz, de suas pré-compreensões. As razões jurídicas não mostram o caminho a seguir. Assim, o direito será menos determinado nestes contextos. É dizer, o grau de determinação do direito em situações claramente fáticas será tanto maior quanto for a qualidade e robustez do conjunto probatório existente.

Note-se, por exemplo, o julgamento do mensalão (AP 470) ocorrido em 2012, em muitos pontos o relator, Ministro Joaquim Barbosa, condenou e o revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, absolveu. Esse julgamento deixou as convicções pessoais destes dois magistrados nítidas e claras. O primeiro, teve maior propensão a condenar, enquanto o segundo, valorando as mesmas provas, foi mais complacente em relação a diversos réus. Isso é muito notório no fato de que, em relação a diversos réus, Lewandowski absolveu e Barbosa condenou e de que em nenhuma situação o contrário ocorreu.

Sendo assim, no campo probatório há maior subjetividade do magistrado 1) na produção da prova testemunhal, 2) no (in)deferimento da produção de determinada prova e 3) em julgamentos em que a produção probatória seja escassa.

* * *

Então o direito está perdido na subjetividade do julgador em face da indeterminação nestes espaços probatórios e a *alea* é o que impera? Tudo indica que não. Há alguns mecanismos para afastar a subjetividade probatória: primeiro, sempre caberá recurso (e se não couber cabe MS ou HC) e, segundo, o recurso é julgado por um colegiado. Diante desses instrumentos de

controle, «a subjetividade/discrecionalidade do julgador se dissolve no sistema jurídico». Em grau recursal, a parte detém em tese⁸²⁶ todos os meios para demonstrar ao desembargador que as provas favorecem a sua tese. Terá pelo menos duas chances, perante dois árbitros imparciais, de demonstrar que as provas estão a seu favor. Assim, a subjetividade de um juiz é diluída na subjetividade de um grupo de magistrados. Mas a objetividade/subjetividade será tratada adiante.

No campo da determinação da valoração da prova, a própria jurisprudência que trate de questões probatórias na matéria dos autos servirá de fonte de determinação jurídica para os casos futuros⁸²⁷. Quanto mais farta for a jurisprudência acerca das provas adotadas mais o direito será determinado no campo probatório. Com isso, a decisão judicial terá mais elementos que, embora não sejam vinculantes, mostram o caminho a seguir. Como nenhum magistrado gosta de ver suas decisões reformadas⁸²⁸, a jurisprudência acerca das provas sobre a matéria dos autos é um elemento de contenção da decisão judicial.

Dessa forma, os precedentes jurisprudenciais são instrumentos jurídicos capazes de reduzir a indeterminação neste campo. Sendo assim, no campo das provas, o direito, apesar da indeterminação em alguns pontos (prova testemunhal, indeferimento de provas e valoração diante de conjunto probatório escasso), torna-se mais determinado na medida em que o próprio sistema jurídico passa, aos poucos, a indicar caminhos mais claros.

Então, os recursos e o julgamento colegiado reduzem a «subjetividade», enquanto o conjunto de decisões judiciais acerca de determinada matéria probatória (jurisprudência) será um fator de «determinação». Assim, o direito será determinado em matéria probatória tanto mais

⁸²⁶ Lembre-se a diferença em relação aos grandes e pequenos escritórios, tratada no item 2.3.2.

⁸²⁷ A título de exemplo, existem matérias tributárias em que até mesmo a questão probatória está pacificada, com diversos julgados que informam que faz prova a favor da parte o contrato social juntamente com as declarações enviadas para a Receita (DCTF, DIPJ etc.). No campo cível/consumidor, a perda de bagagem em viagens aéreas pode ser provada com o *ticket* do envio, e o que havia dentro pode ser provado com notas fiscais, p. ex. No campo penal, a arma do crime com digitais do homicida somada à ausência de álibi...

⁸²⁸ Nesse sentido, POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 32.

existirem precedentes que afirmem a robustez de específico conjunto de provas em relação à matéria julgada.

3.1.2.2. (In)Determinação de proposições jurídicas

As mesmas conclusões acerca das provas se aplicam às proposições jurídicas: isto é, «a jurisprudência é um potente fator de determinação do direito»⁸²⁹. Quanto mais a jurisprudência se firma acerca da interpretação/aplicação de algum dispositivo legal, mais o direito será determinado pelo conjunto de razões jurídicas (no caso, pela jurisprudência). Nas palavras de Larenz, a “interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento”⁸³⁰.

Há de se distinguir, contudo, a primeira interpretação de uma lei pelos tribunais e a evolução jurisprudencial desta interpretação para o desenvolvimento do direito: duas fases de um mesmo fenômeno. Continuando com o autor, a primeira interpretação “supõe já um ‘desenvolvimento’ da norma legal, na medida em que considera pertinente um entre muitos significados possíveis segundo o sentido literal e, desse modo, elimina uma incerteza anteriormente existente”⁸³¹. Apesar de os tribunais pretenderem apenas expressar o significado expresso no texto⁸³², os julgamentos colegiados acabam tendo outra função: servir de precedente para os próximos casos que virão. Assim, desenvolve-se e se determina o direito.

A jurisprudência ainda alcança uma segunda função: é responsável pela «superação de lacunas»; e essa integração da lei com novos fatos antes não contidos no sentido literal da norma

⁸²⁹ Além disso, conforme será visto no próximo item, os recursos e as decisões colegiadas que os julgam são meios de redução da subjetividade com vistas à tentativa de aproximação da objetividade mínima. A jurisprudência está para a determinação como os recursos e decisões colegiadas estão para a objetividade (mínima) do direito.

⁸³⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 519. Frise-se que o autor escreve sobre a realidade do *civil law* alemão.

⁸³¹ Ibid., p. 520.

⁸³² “Ele não quer eliminar nem acrescentar nada, mas tão-só fazer falar o texto”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 520.

promove o desenvolvimento do direito “*imane*nte à lei”⁸³³. Embora com outro olhar, Friedrich Müller também percebe este fenômeno, já que, para ele, interpretação e método não são utilizados “somente para conservar orientações preexistentes, mas como meio de transformar as orientações pré-existentes diante do ‘caso’ sempre novo”⁸³⁴.

Assim, as possibilidades de desenvolvimento do direito identificadas por Larenz podem ser amparadas pela teoria de Müller, visto que para este “o teor literal da prescrição juspositiva é somente a ‘ponta do *iceberg*’”⁸³⁵; para a identificação do sentido completo do conteúdo normativo se faz necessário identificar toda a gama de fatos que integram a própria norma em sua aplicação (âmbito normativo)⁸³⁶; forte na percepção de que a realidade social (fática) que circunda sua aplicação fará parte da própria estrutura da norma aplicável em concreto⁸³⁷. E essa aplicação concreta da norma segundo a teoria estruturante de Müller também será base para interpretações futuras.

Então, da mesma forma que a jurisprudência é responsável por dar o primeiro sentido da norma (cf. Larenz), delimitando seu âmbito normativo (cf. Müller), ela também abarca a função de aceitar novos fatos na configuração de seu próprio conteúdo (por analogia, cf. Larenz, ou por adaptação do âmbito e da normatividade, cf. Müller). Dessa forma, na medida em que a jurisprudência se firma em determinado sentido, é possível verificar com muito mais clareza quais são as situações normadas pelo dispositivo legal e qual é sua interpretação: o que reflete em

⁸³³ Ibid., p. 520-521. A colmatação de lacunas não é só necessária, mas desejável na medida em que existe a “proibição de denegação da justiça” [proibição do *non liquet*]. Desde o século XIX, “o conceito de lacuna cumpria a função de assinalar os limites dentro dos quais era permitido ao juiz o desenvolvimento do direito”. Ocorre que o conceito de lacuna foi sendo ampliado ao longo de todo o século XX, passando do conceito de *lacuna da lei* para o conceito de *lacuna do direito*. É nesse ponto que o autor demonstra a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão: “a administração da justiça está vinculada à lei e ao direito [BVerfGE 34, 269, 287]” (Ibid., p. 521-523).

⁸³⁴ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*:..., op. cit., p. 230-231. Sobre a análise do pensamento do autor, ver item 1.3.3.

⁸³⁵ *Idem*, *Metodologia do direito constitucional*, op. cit., p. 54-55.

⁸³⁶ Ibid., p. 59.

⁸³⁷ *Idem*, *Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 154.

maior determinação quanto às proposições jurídicas interpretáveis. Reduzindo-se, com isso, espaços de liberdade judicial para os casos seguintes. Determinando-se as proposições jurídicas aplicáveis.

Tudo isso é válido quanto à determinação do direito brasileiro.

* * *

Em qualquer disciplina jurídica, a maioria das interpretações de dispositivos legais não parece ser significativamente problemática. O direito legislado é determinado (i) pela própria clareza de sua formulação, (ii) por sua densidade normativa e (iii) pelo conjunto de razões jurídicas existentes, (iii.a) especialmente no tocante ao microsistema que pertence (cânones hermenêuticos e argumentativos próprios, *standars* específicos etc.)⁸³⁸.

Se esta conclusão estiver correta, é possível admitir que «o direito brasileiro é determinado em uma medida significativa também no aspecto qualitativo». Isso porque, em regra, o direito legislado é claro e inteligível e não apresenta dificuldades de interpretação, além de ter alta densidade normativa. Não obstante, mesmo no direito de regras, há diversas situações em que há variadas interpretações possíveis, bem como antinomias aparentes ou reais. É aí que entra o papel da jurisprudência na determinação das proposições jurídicas.

Nesse campo específico de maior determinação (proposições jurídicas por regras), o espaço para as influências extrajurídicas na interpretação é reduzido, já que os próprios limites da linguagem⁸³⁹ e das razões jurídicas existentes, notadamente da jurisprudência, são capazes de

⁸³⁸ É com essa percepção que Ricardo Luis Lorenzetti (*Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito*. Tradução Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 227-358) busca a determinação das decisões judiciais segundo seis paradigmas decisórios: (i) de acesso aos bens jurídicos primários; (ii) protetivo; (iii) coletivo; (iv) consequencialista; (v) do Estado de Direito Constitucional e (vi) ambiental. Em cada qual incidirá um modo de pensar a decisão judicial, um *modus operandi*. Seriam macrosistemas de direito de uma nação, em cujo espaço incidem formas específicas de argumentação e metavalores próprios; havendo um metavalor principal, “que é o pluralismo de valores” (Ibid., p. 229).

⁸³⁹ É verdade que existem indeterminação e vagueza inatas à própria linguagem, que importa em não desconsiderar a crítica dos ceticistas semânticos no sentido de que a linguagem é indeterminada em seu nível mais básico. Porém,

garantir resultados minimamente convergentes. Porém, mesmo considerando que isso esteja correto, não é possível esquecer que existem ainda diversos fatos que não estarão neste espaço de determinação: fatos novos não aparados pela analogia, legislação confusa e ambígua, cláusulas gerais etc. Vale dizer, nas situações abarcadas por regras o direito é possível defender que o direito é qualitativamente determinado, enquanto nos acontecimentos não abrangidos por regras haverá menos determinação. Esta situação será tratada no tópico seguinte.

Portanto, também se pode afirmar que em relação a algumas leis ou dispositivos legais, ainda que não pareçam ser a maioria deles, «há razoável ambiguidade, ausência de clareza e contradição». Isso porque existem muitas normas que não são claras nem compatíveis com as demais. É aí que a jurisprudência se torna essencial para a determinação do direito, seja fixando a primeira interpretação dos dispositivos problemáticos da novel legislação, seja compatibilizando-a com o ordenamento ou ainda a retirando do sistema⁸⁴⁰. Sendo assim, se a jurisprudência se firmar em um ou outro sentido, não há dúvida que «o direito terá um alto grau de determinação mesmo em relação a proposições jurídicas problemáticas».

Compatibilizando essa conclusão com os dados citados no início do item 3.1.2, que demonstram que o direito brasileiro é quantitativamente determinado, pode-se admitir que «o direito pátrio pode ser admitido como determinado, seja quantitativa, seja quantitativamente». Isso pode ser sustentado mesmo que não se fechem os olhos para os espaços de indeterminação.

isso não importa em aceitar que a linguagem não consiga expressar um mínimo da comunicação básica. Caso contrário, nem mesmo a crítica à linguagem poderia ser captada ante à ausência de um mínimo de inteligibilidade da comunicação. Dessa forma, conforme asseveram Coleman e Leiter (Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 328-333), o significado “não é uma questão de condições de verdade, mas antes *condições de assertibilidade* (isto é, condições sobre as quais uma comunidade de usuários da linguagem permite a asserção de uma frase específica)”. O que equivale à já citada comunidade de intérpretes de Owen Fiss (*Um novo processo civil*..., op. cit., p. 280-285). Sendo assim, é possível considerar que há razoáveis condições de entendimento de um dispositivo positivado, já que o significado, apesar de não objetivo, é público e assertível (cf. Coleman e Leiter, *Ibid.*, p. 332-333).

⁸⁴⁰ Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 520-521) também identifica essa possibilidade como desenvolvimento jurisprudencial do direito “*superador da lei*”, que está além do limite “*imaneente à lei*”, mas “dentro do quadro e dos princípios diretivos do ordenamento jurídico”. Mas o juiz “só pode decidir-se a um desenvolvimento do direito que supere a lei quando exijam razões de grande peso”.

* * *

Mas, ainda assim, surgem dois problemas que não podem ser esquecidos. Primeiro, «o tempo que perpassa entre a vigência da norma e a pacificação de sua interpretação pelos tribunais». Em relação às demandas que discutem essencialmente a interpretação de proposição jurídica ambígua, contraditória ou conflitante que tramitem antes da sedimentação da jurisprudência, haverá sim um maior grau de indeterminação (e, por consequência, de discricionariedade). Logo, como foi dito em relação às provas, o juiz terá mais liberdade para escolher o sentido da interpretação, uma vez que as razões jurídicas determinam a decisão de forma fraca.

Restará, contudo, um consolo: duas instâncias e julgamentos colegiados – consolo porque estas situações reduzem a subjetividade, mas não a indeterminação. Esta permanece enquanto não se firma a jurisprudência e, por conseguinte, a decisão judicial será indeterminada pelo conjunto de razões jurídicas.

Sendo assim, o direito brasileiro será menos determinado em relação à interpretação de legislação nova que apresente problemas interpretativos enquanto a jurisprudência não é firme. Inclusive a coisa julgada pode pairar sobre uma interpretação que depois seja alterada pelo tribunal; contra isso há poucos remédios⁸⁴¹. Por isso, a celeridade com que as interpretações são pacificadas nos tribunais tem especial importância para a determinação jurídica. É dizer, a

⁸⁴¹ Nesse sentido, “PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA (...) Nos termos do Enunciado 343 da Súmula do STF, não é cabível ação rescisória por violação de literal dispositivo de lei quando a matéria era controvertida nos Tribunais à época do julgamento. A jurisprudência, contudo, tanto do STF como do STJ evoluiu de modo a considerar que não se pode admitir que prevaleça um acórdão que adotou uma interpretação inconstitucional (STF) ou contrária à Lei, conforme interpretada por seu guardião constitucional (STJ). Assim, nas hipóteses em que, após o julgamento, a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação, a rescisória pode ser ajuizada.” (AR 3682/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 19/10/2011)”. No mesmo sentido, REsp 1324072/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 14/09/2012. São os *casos estritos* de mitigação da coisa julgada, como quando a decisão judicial contrária à Fazenda Pública estiver se “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, cf. art. 741, parágrafo único do CPC.

celeridade processual é um fator que acarreta maior determinação do direito, já que quanto mais rápidos forem os julgamentos mais curta será a espera pela determinação jurisprudencial da interpretação problemática (ambígua, contraditória ou obscura).

O segundo problema refere-se a «interpretações contraditórias no mesmo tribunal». Em relação a este problema de indeterminação, há possibilidade de suscitar, no âmbito do processo civil, o incidente de uniformização de jurisprudência nos termos do art. 476 a 479 do CPC⁸⁴². Isso quando é possível notar a divergência antes do trânsito em julgado. Após o trânsito em julgado, há somente as estritas hipóteses de mitigação da coisa julgada, nos termos supra. Logo, enquanto pairam interpretações contraditórias em um mesmo tribunal, maior será a indeterminação acerca de regras problemáticas.

* * *

Nada obstante, algumas alterações legislativas têm contribuído para mudanças paulatinas acerca da posição do precedente no sistema jurídico nacional. Aos poucos, a terceira instância recursal está se acabando no Brasil. “Aos poucos”, porque não é fácil mudar uma cultura arraigada por recursos infinitos⁸⁴³.

Algumas alterações legislativas são consideráveis a esse processo, como, por exemplo, a instituição de precedentes de natureza vinculante ou limitadores de recursos desde 1988: 1) criação da ADC (cf. EC 03/93); 2) criação de instrumentos para utilização da ADPF (um faz tudo, um modelo *Frankenstein* no qual qualquer objeto pode ser submetido, inclusive fatos ou objetos concretos, permitindo, com isso, determinação em novos temas, cf. Lei 9.882/99); 3) súmula vinculante (a *legislação judicial*, cf. EC 45/04); 4) repercussão geral para o RE (a barreira

⁸⁴² No direito penal, por sua vez, o próprio HC é capaz de permitir a aplicação da nova interpretação de lei penal que seja favorável ao réu, ou se o campo for mais complexo caberá revisão criminal a qualquer tempo, nos termos dos arts. 621 e ss do CPP.

⁸⁴³ Conforme asseverou o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do HC 84.078 (Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 divulg. 25-02-2010), somente em relação a um réu o Supremo Tribunal julgou nada menos que 62 recursos em quatro ou cinco anos.

recursal, cf. EC 45/04⁸⁴⁴); 5) recursos repetitivos (o auge da repetição e da padronização: a *legislação judicial interpretativa* para casos futuros, cf. arts. 543-B e 543-C do CPC); 6) falta ainda a repercussão geral do Resp (que logo deverá ser aprovada); 7) aos poucos o STF caminha para dar força vinculante a todos os seus precedentes...

Nenhuma crítica ao fechamento das portas da terceira instância para as demandas repetitivas; ao contrário, isso promove a celeridade processual e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF). Segundo L. A. Becker,

A qualidade de uma decisão judicial é diretamente proporcional à responsabilidade do juiz pela causa. Essa responsabilidade judicial, por sua vez, é inversamente proporcional: (i) ao número de recursos a que sua decisão poderá ser submetida e (ii) à possibilidade de suspensão dos efeitos de sua decisão na pendência dos referidos recursos. Sendo a responsabilidade do juiz e a qualidade de sua decisão menor, há um franco estímulo à proliferação de recursos, retroalimentando o círculo vicioso. Resultado: a decisão de primeiro grau é encarada como um simples esboço da que realmente importa, que é a do Tribunal, de preferência Superior, se possível do Supremo⁸⁴⁵.

Duas instâncias são essenciais para a redução da subjetividade, conforme já consignado. Três instâncias, por sua vez, depõem contra a celeridade e a duração razoável. Não obstante, um alerta é importante: por tudo o que já foi dito, é necessário permitir também que a interpretação de determinado dispositivo seja capaz de abarcar fatos novos, nos termos das ressalvas de Larenz (analogia) e Müller (adaptação do âmbito) quanto à evolução da jurisprudência. Isso faz parte da própria essência do desenvolvimento jurisprudencial: o direito legislado nunca será capaz de

⁸⁴⁴ Segundo Daniel Barile (*A institucionalização do Supremo Tribunal Federal...*, op. cit., p. 142; 320-322; 355), “os usos da repercussão geral e da súmula vinculante causaram modificações expressivas na forma de encarar os processos chegados à Corte, provocando uma redução significativa de recursos”. Os dados numéricos que apresenta sobre os processos em tramitação, autuados e julgados pelo STF depois da instituição destes dois instrumentos refletem uma redução de cerca de 50% do número de ações autuadas e distribuídas de 2006 a 2011. É possível concluir que, com um número menor de decisões a serem proferidas seja possível a melhora da qualidade das decisões. O que decorre naturalmente da relação quantidade/qualidade.

⁸⁴⁵ BECKER, Laércio Alexandre. *O dilema dos litigantes:...*, op. cit., p. 49.

abarcam todos os fatos sociais (apesar de ser o primeiro legitimado a efetivar a regulação de novos setores sociais⁸⁴⁶).

A evolução da jurisprudência, que pode ser encarada em certa medida como uma «legislação judicial interpretativa» para casos futuros⁸⁴⁷ e até mesmo pretéritos⁸⁴⁸, é tão essencial quanto a evolução do direito legislado.

Destarte, o STJ e o STF serão cortes que decidirão, agora sim, mormente teses jurídicas. A utilização de instrumentos de pacificação da jurisprudência (em alguns casos vinculante) é uma medida que tem importantes reflexos para a determinação do direito, visto que mostra um caminho bastante padronizado para a interpretação de proposições jurídicas. É dizer, mostra-se como um importante elemento constante do conjunto de razões jurídicas fortemente vinculantes do julgador.

* * *

Diante de todo o exposto, as seguintes conclusões são possíveis: (i) «o direito é determinado em uma medida relevante em relação à aplicação de regras (leis claras, não contraditórias e/ou com jurisprudência firmada)»; (ii) isso não afasta algum «espaço de indeterminação», que ocorre notadamente (ii.a) na interpretação de «novas leis» ambíguas, dúbias ou contraditórias e (ii.b) na «contradição jurisprudencial» em tribunais.

⁸⁴⁶ Nesse sentido, Karl Larenz (Metodologia da ciência do direito, op. cit., p. 534) assevera que “a divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito exige a administração da justiça que respeite o primado de criação de normas pelo legislador. Isto não exclui que, perante a recusa do legislador, ela não tente, por seu lado, encontrar regras – e já o fez muitas vezes – sempre que doutro modo surja uma situação que não seja compatível com as exigências elementares do Direito relativamente a um mínimo de segurança jurídica e de justiça”.

⁸⁴⁷ Isso porque a utilização da sistemática de julgamento de recursos repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC) ganha aspectos de obrigatoriedade, na medida em que a segunda instância *deve* aplicar o posicionamento exarado pelo STF, conforme § 3º do art. 543-B: “§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”, ou pelo STJ, conforme § 7º do art. 543-C: “§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça”.

⁸⁴⁸ Se não houver modulação dos efeitos, a interpretação nova pode atingir todos os julgamentos que estão em curso. Com isso, pode atingir fatos ocorridos há mais de 10 ou 15 anos da data da alteração da jurisprudência.

Em qualquer espaço de indeterminação de regras jurídicas, a jurisprudência consegue se tornar um relevante fator de determinação do direito, tanto para firmar a primeira interpretação quanto para adequar o direito aos novos fatos por meio da analogia (cf. Larenz) ou adequação do âmbito da norma (cf. Müller).

Nos espaços de indeterminação, porém, o direito será afeto à «discricionariedade do julgador» (mesmo que limitada pela própria densidade legislativa do programa da norma). Permitindo, assim, maior ingerência de influências extrajurídicas sobre a decisão.

3.1.2.3. (In)Determinação na aplicação de princípios (e de pautas morais)

Conforme já defendido, há alguns espaços em que o direito será indeterminado em uma medida relevante⁸⁴⁹, já que as razões jurídicas não são capazes de indicar caminhos minimamente uniformes⁸⁵⁰. São, para utilizar a expressão de Larenz, “espaços livres de direito”; que não são completamente livres, mas abertos, indeterminados⁸⁵¹. Estes espaços existem: (i) quando o legislador deixa de regular determinado tema, por não o prever ou por não o achar relevante, (ii) quando positiva princípios jurídicos ou cláusulas gerais, espaços de abertura do direito à sociedade e à moral (e, querendo ou não, à política, às relações etc.); (iii) diante de casos difíceis

⁸⁴⁹ E aceitar isso não significa que se esteja dizendo que o direito é antidemocrático, na verdade a existência de indeterminação na prestação jurisdicional não constitui uma ameaça substancial à possibilidade de um governo legítimo. Segundo Coleman e Leiter (*Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 360), “as restrições liberais à coerção exigem a previsibilidade e a fundamentação por meio das razões jurídicas”. Além disso, prosseguem os autores, “embora o liberalismo exija que as decisões a que chegam os juizes sejam fundamentadas pela classe de razões jurídicas, não encontramos nenhum argumento que exija que as mesmas decisões sejam *causadas* pela classe de razões jurídicas” (Ibid.). Mas talvez fosse bom que a decisão pudesse ser causada, e não somente fundamentada, por razões jurídicas.

⁸⁵⁰ Embora aqui o enfoque seja mais restrito à aplicação de princípios, há de se concordar com Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 203, tradução nossa) que “há um amplo espaço dentro do qual preferir as regras sobre os princípios depende de considerações que têm que ver mais com a implementação de determinadas políticas que com o exercício da lógica”. Isso pode ser visualizado na opção pela analogia ou por princípios, que se dará por pura escolha, já que o direito não é determinado em relação a muitos fatos sociais.

⁸⁵¹ *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 533. A expressão, porém, precisa ser interpretada conforme seu conceito, pois “uma ‘lacuna’ da lei não representa algo semelhante a um ‘nada’, mas significa a falta de uma regra *determinada*” (Ibid., p. 532).

(*hard cases*), que muitas vezes estão relacionados a desacordos morais razoáveis. Espaços em que há, nas palavras de Larenz, “lacuna da lei”, mas “não lacuna do direito”⁸⁵², já que ao magistrado não é permitido não decidir⁸⁵³.

Inevitavelmente, o direito será indeterminado em um sentido relevante nesses pontos. Em todos eles a aplicação do direito se dará notadamente por meio de princípios jurídicos, cláusulas gerais ou analogia de regras. A aplicação de princípios é mais ocorrente em discussões constitucionais, em casos não legislados (novos padrões de conduta), em questões que envolvam desacordos morais razoáveis etc. Campos em que as razões jurídicas normalmente não são seguras o suficiente para conduzir a resultados uniformes, ou seja, o direito não é determinado em um sentido relevante. É dizer, na aplicação de princípios muitas vezes é necessário buscar apoio na moral, na política, nos anseios sociais etc. para decidir, pois as razões jurídicas dão conta de diversos resultados defensáveis.

É praticamente unânime que a aplicação de princípios favorece (ou aumenta) a discricionariedade do julgador. Com isso, concordam Robert Alexy⁸⁵⁴, Humberto Ávila⁸⁵⁵,

⁸⁵² Ibid., p. 533-534.

⁸⁵³ Reza o princípio do *non liquet*, que o magistrado não pode deixar de decidir uma causa a ele submetida, com as exceções já citadas em relação às reservas de jurisdição: discricionariedade administrativa, questões políticas e temas fora de sua competência.

⁸⁵⁴ Conforme expressamente consignou antes mesmo de seu *posfácio* no tocante a aspectos argumentativos: “Embora haja resultados discursivamente impossíveis e discursivamente necessários, sempre sobra um espaço para o discursivamente possível. (...) a incerteza quanto ao resultado não é eliminada. (...) [mas a argumentação prática racional] confere um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível (...). Uma considerável lacuna de racionalidade permanece. (...) [o que] leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade”. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 548-574. E é ainda mais claro em seu *posfácio* (2002): “Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário”. Ibid., p. 611.

⁸⁵⁵ Apesar de demonstrar a logicidade do sistema, em uma das teorias mais elogiadas do mundo sobre princípios, Ávila não fecha os olhos à discricionariedade do julgador na aplicação de princípios: “A cada dimensão de peso (*dimension of weight*) não é, então, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referência, cuja importância concreta é atribuída pelo aplicador. Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de juízo valorativo do aplicador”. *Teoria dos Princípios*..., op. cit., p. 69.

Manuel Atienza⁸⁵⁶ e outros. A teoria crítica apresenta questionamentos severos à discricionariedade do juiz nestes espaços, como em L. A. Becker⁸⁵⁷ ou Lenio Streck⁸⁵⁸. O contra-argumento parte de Dworkin⁸⁵⁹.

Conforme tudo o que foi demonstrado no capítulo anterior e no presente, há de se considerar que é nesses espaços abertos de direito, onde notadamente se aplicam princípios⁸⁶⁰, que o direito será indeterminado ou menos determinado. Isso porque o direito apresenta razões

⁸⁵⁶ Propõe a adoção de uma perspectiva mais realista. “Quem tem de resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da ideia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política ou moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver uma questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva. (...) na teoria padrão da argumentação jurídica, parte-se da distinção entre casos claros ou fáceis e casos difíceis; com relação aos primeiros, o ordenamento jurídico fornece uma resposta correta que não é discutida; os segundos, pelo contrário, caracterizam-se porque, pelo menos em princípio, é possível propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo”. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Viehweg, Alexy, Mackormick e outros. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 225-226.

⁸⁵⁷ Afirma ele que a relativização do texto legal “faz com que fatores extraprocessuais – contra os quais a interpretação e os princípios são inofensivos – sejam ainda mais determinantes para o deslinde da causa”. *O dilema dos litigantes: processo civil e teoria dos jogos*, op. cit., p. 60.

⁸⁵⁸ “A própria ponderação é uma ficção. É uma máscara para esconder a subjetividade do julgador”. *Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio...*, op. cit., p. 20.

⁸⁵⁹ Não há espaço nem interesse na explicação ou refutação da complexa teoria do autor, cuja impropriedade de adoção prática resta-se refutada pelas próprias conclusões do capítulo anterior. Apesar de sua teoria ser prescritiva, ainda assim não se acredita a possibilidade de sua adoção. Em linhas gerais, o autor acredita em uma moralidade substancial que seria possível de ser alcançada, em parâmetros epistemológicos ideais (Hércules), com base nos casos passados, que formariam uma espécie de “força gravitacional” que respalda os casos futuros, na confecção de seu romance em cadeia (*Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 171-203). Não obstante, sabe que os juízes “erram” e, por isso, precisam “decidir os casos difíceis com humildade”. (Ibid., p. 203). A teoria de Hércules, como dito, não é descritiva, mas sim prescritiva, de como o direito *deve ser*. Não fecha os olhos para a realidade, portanto, de que muitas decisões são tomadas com base na opção política do julgador, embora afirme que isso não seria o correto (Ibid., p. 202-203). Sua concepção sobre a possibilidade da resposta correta é mais bem elaborada em obras posteriores, sobretudo em *O império do direito* (op. cit., p. XII-XIII; 213-332) em que afirma que afirma que o Estado de direito deveria se basear em uma política de integridade, comunidade e fraternidade, e que “na maioria dos casos difíceis, existem respostas certas a serem procuradas pela razão e pela imaginação”. Em *A justiça de toga* (op. cit., p. 20-21) afirma: “Acredito que qualquer formulação adequada do conceito aspiracional – dos valores de legalidade e do Estado de Direito – deva ceder amplo espaço ao ideal de integridade política, isto é, ao princípio de que o Estado deve tentar, na medida do possível, governar por meio de um conjunto coerente de princípios políticos cujos benefícios se estendam a todos os cidadãos”. Contra a visão do autor acerca da possibilidade de se alcançar uma moralidade política única, sobre a qual se apoiaria a decisão correta, ver por todos Posner (*Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 31-37; 38-41; 321-321; 572 etc. ou *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 198; 213-214; 340; 356 etc.) e Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 571-573).

⁸⁶⁰ A própria eleição paralela entre a decisão que tome por base regras ou princípios está “cheia de incerteza”, cf. POSNER, Richard. A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 227. A escolha por uma fundamentação com base em regras ou princípios é uma escolha eminentemente discricionária, moral, própria do julgador.

mais fracas, com isso o espaço de liberdade decisória é inevitavelmente aumentado. Transparece, pois, a discricionariedade, a liberdade ou a subjetividade do julgador⁸⁶¹.

Em assim sendo, em razão da menor determinação jurídica, o espaço de discricionariedade judicial é maior na decisão por princípios, notadamente quando não há jurisprudência em relação a situações semelhantes. A própria aplicação do princípio é realizada por meio de valorações de seus pesos específicos: isso equivale a dizer que a decisão se apoia na moral (política, ideologia etc.) do julgador⁸⁶² ou do grupo de julgadores, pois é(são) ele(s) que dirá(ão) qual é o peso de cada qual. Nesse sentido, inclusive Dworkin, com seu moralismo substancial, concorda que, na prática, “o juízo moral, mesmo quando presente na jurisdição constitucional, é intrinsecamente aberto e controverso”⁸⁶³.

Todavia, há de se destacar que isso não equivale a afirmar que nesses espaços haverá arbitrariedade ou mero decisionismo⁸⁶⁴. O direito, a prática jurídica e social, a política, as razões argumentativas, a opinião pública, entre outros, limitam a decisão judicial. Isto é, apesar de este campo de aplicação do direito ser aberto à subjetividade do julgador, a decisão judicial não está desamparada de meios jurídicos, políticos e sociais de controle. Sendo assim, mesmo nesses

⁸⁶¹ Cumpre consignar que a própria opção pela analogia também é uma escolha discricionária do julgador: não se trata de pura dedução. Não existe um ajuste milimétrico para tanto. Isso porque a legislação não contém inicialmente os fatos que, após a analogia, serão abarcados pela legislação. Como a analogia é a escolha de uma regra que se ponha de acordo a normatizar determinado fato, “com a busca de similitudes” ou, de forma mais clara, “com a busca por diferenças”, nada mais é que uma escolha discricionária (ou política). Nesse sentido, também é a conclusão de Richard Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 204-208). O mesmo resultado da analogia poderia ser alcançado também pela aplicação de princípios, já que se está diante de fatos a princípio não legislados. O que refletirá igualmente uma opção subjetiva. Não obstante, uma vez decidido pelos tribunais que tal lei se aplica por analogia a novos fatos, haverá determinação para os casos seguintes que dispuserem sobre fatos semelhantes. O mesmo ocorrerá em relação à aplicação de princípios a determinada situação fática: haverá determinação para os casos seguintes.

⁸⁶² Pensa-se: “Este princípio é mais importante ou mais justo que aquele”. Inclusive a opção do juiz por utilizar a moral média social (se é que ela existe em uma sociedade pluralista) e não a sua, fazendo um esforço mental (digno do juiz Hércules) para tentar utilizá-la, não deixa de ser uma escolha moral ou ideológica. Opção que pode não ser a escolhida pelos demais juízes. No fim e a cabo trata-se de uma escolha pessoal, subjetiva.

⁸⁶³ *A justiça de toga*, op. cit., p. 126. Apesar de informar que é possível existir a decisão correta (em condições epistêmicas ideais, conforme a metáfora do juiz Hércules), não deixa de perceber que existem dificuldades práticas em encontrar a moralidade política que propõe.

⁸⁶⁴ Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 573-574.

espaços de indeterminação (ou de fraca determinação), haverá formas de controle (externos) e contenção (internos) da decisão judicial nos termos que serão expostos no item 3.4.

Antes disso, antecipando a contenção que a jurisprudência provoca na escolha judicial, cumpre destacar que os precedentes dos tribunais superiores e do Supremo têm força de determinação para os julgamentos dos tribunais de segunda instância e dos juízes de primeira instância. Nesses espaços abertos, os precedentes superiores densificarão o conjunto de razões jurídicas para os tribunais inferiores. Juízes e tribunais de menor grau hierárquico, mesmo diante de precedentes não vinculantes, costumam ser reverentes com as decisões dos tribunais superiores⁸⁶⁵. Este é somente um dos meios de contenção da decisão nestes espaços de indeterminação relativos aos acontecimentos não legislados.

Nesse cenário, cumpre consignar que, entre os fatores institucionais que influem nesse espaço de indeterminação, encontra-se o grau hierárquico do magistrado ou tribunal: quanto mais alto seja, maior pode ser sua discricionariedade⁸⁶⁶. Não obstante, apesar de os tribunais mais altos na hierarquia serem gradativamente menos vinculados pelo conjunto de razões jurídicas, sobre eles pesa maior cobrança social, política, midiática etc. Assim, há mais discricionariedade *jurídica* para os mais altos na hierarquia, apesar de pender sobre eles maior responsabilidade político-institucional-social que não lhes permite dizer que “a culpa da decisão foi da lei” ou “quebramos o Brasil, mas essa era a vontade da Constituição ou da lei federal...”. Sobre eles existem limites outros que não as razões jurídicas. Mas, por óbvio, o grau de indeterminação jurídica é aumentado à medida que aumenta o grau hierárquico do tribunal.

⁸⁶⁵ Nesse sentido, há diversos precedentes que demonstram essa deferência não obrigatória, mas decorrente da estrutura hierarquizada do Poder Judiciário: “Realinhamento da jurisprudência do STJ, adequando-se à posição sedimentada no Pretório Excelso” (Resp 1159293 DF 2009/0194091-7, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 02/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2010); “Recurso especial provido, em razão da necessária revisão da jurisprudência desta Corte Superior para adequá-la ao entendimento do e. STF” (MS 887908; n.2006/0171265-2, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/08/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.09.2007 p. 246).

⁸⁶⁶ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 104.

Dessa forma, também no cenário de aplicação de princípios a jurisprudência assume um importante papel de determinação para a decisão judicial futura, qual seja: de formular uma regra judicial específica para os casos assemelhados. É uma forma mais branda de legislar: não tem, em regra, força vinculante para a sociedade, mas para o Judiciário e a Administração, algumas decisões têm. Mais do que isso, mesmo em relação ao *civil law* brasileiro, ainda que diante de precedentes não vinculantes, a força dos precedentes para regular as condutas sociais é aumentada a cada dia.

Veja nesse sentido decisões sobre nepotismo (SV 11), algemas (SV 13), homoafetividade (ADI 4277 e ADPF 132), cotas raciais ou sociais (ADI 3330) etc. Todas elas, muito além da vinculação do direito, promoveram uma verdadeira mudança social: os delinquentes sabem que não podem ser algemados se não reagirem (apesar de ser mais aplicável a quem tem mais poder aquisitivo: a antiga influência do *jeito* ou do *jeitinho, sic*); os políticos sabem que não podem empregar parentes e a prática diminuiu (embora alguns ainda adotem a práticas de contratação cruzada entre gabinetes: mais um ponto para o *jeito, sic* de novo); os casais homoafetivos estão casando, adotando, sendo mais aceitos socialmente; a cada dia mais e mais instituições adotam a prática das cotas (apesar de a decisão do STF somente declarar constitucional as cotas da UnB).

São todos exemplos precedentes com força vinculante relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública; não são leis formais, portanto. Mesmo assim, foram capazes de interferir no comportamento social de toda a nação. Trata-se de verdadeiras alterações sociais por meio de decisão judicial. Faz parte do que há muito Konrad Hesse chamou de força ativa capaz de modificar a sociedade se ela tiver “vontade de Constituição”⁸⁶⁷.

⁸⁶⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, *passim*.

Cabe aqui as palavras de Ihering: “...Sempre haverá possibilidade de casos incomuns, nos quais o governo se veja diante da alternativa de sacrificar a lei ou bem-estar da sociedade. Qual será a escolha?”⁸⁶⁸

E há pessoas que dizem que o Supremo não legisla...

É o órgão constitucional com decisões dotadas de autoridade⁸⁶⁹. Em regra, quem legisla nos espaços abertos é o legislador⁸⁷⁰, mas em diversos temas inevitavelmente não legislados (aqui sem qualquer referência ao ativismo, a políticas públicas etc.) é essa autoridade judicial que dirá o que é o direito⁸⁷¹. Para o tribunal que decide nos espaços abertos de direito, notadamente no que se refere à concreção de princípios, as razões jurídicas existentes são fracamente determinadas.

Por mais tecnicidade que muitos pretendem dar à ponderação ou ao sopesamento, os próprios teóricos dessas correntes afirmam a existência, mesmo assim, de um elevado grau de indeterminação e subjetividade. São *espaços abertos de direito*, que serão concretizados dentro dos limites (bastante elásticos) admitidos pelo direito (e pela política, pela sociedade, pela mídia).

Ainda assim, a decisão sempre será tomada por um grupo de magistrados (reduzindo assim a subjetividade, mas não a determinação pelo conjunto de razões jurídicas, pois este é fracamente vinculante) e deverá ser fundamentada. Dessa forma, essas decisões sobre princípios serão padrões de determinação para os casos futuros⁸⁷².

* * *

⁸⁶⁸ *A finalidade do direito* – parte I. In: MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 417.

⁸⁶⁹ Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 574.

⁸⁷⁰ Nesse sentido, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 534.

⁸⁷¹ Mas não somente ele, cada tribunal terá autoridade para formular com autoridade suas interpretações nos campos de sua competência. Isso se dará tanto nos espaços de maior determinação pelas razões jurídicas como nos de menor.

⁸⁷² Nas palavras de Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 175): “Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representa uma importante base e um objeto central da dogmática”.

Há de se concluir, então, que o «direito brasileiro tem um relevante grau de determinação». Conforme exposto, as razões jurídicas são determinantes na maioria das decisões, lides e demandas judiciais, de forma quantitativa e qualitativa. Não obstante, há, e sempre haverá, espaços de indeterminação (ou menor determinação): no tocante a provas, interpretação de proposições jurídicas obscuras, bem como, e mais ainda, questões sobre princípios – sobretudo em face da inevitável menor determinação das razões jurídicas nestes espaços, notadamente quando se estiver diante de dissensos morais significativos.

A questão não é de classificação ou teorização do direito acerca de sua abertura a moral, ideologia, política, relações, sociedade, pessoas: essa abertura existe, é inevitável e sempre existirá. Nenhum instrumento jurídico é capaz separar o direito das pessoas que o operam. Essa fase da história já passou. Hoje é tempo de admitir que o direito é operado por pessoas e que cada uma delas sente, pensa, ama, chora... e tem seu jeito próprio de ver a vida e as questões jurídicas postas sob seus cuidados. O ponto fulcral não é esconder essa realidade, mas sim como devemos lidar com esta abertura. Isso sim parece ser importante.

3.2. Previsibilidade do direito brasileiro

3.2.1. Previsibilidade e segurança jurídicas

Previsibilidade refere-se à certeza, à estabilidade, ao que se pode esperar do futuro com vistas às escolhas possíveis no presente. «Previsibilidade jurídica», por sua vez, diz respeito às expectativas dos cidadãos em relação à conduta estatal (ou dos demais cidadãos), com o escopo de poder optar, dentro da liberalidade contida no Estado de Direito, pela prática ou abstenção de ato conforme seu livre arbítrio. Relaciona-se com a confiança na estabilidade do ordenamento jurídico e na atividade estatal voltada à protegê-la.

Previsibilidade jurídica se liga umbilicalmente à segurança das relações jurídicas⁸⁷³, mais precisamente ao princípio da segurança jurídica⁸⁷⁴. É possível inclusive afirmar que existe uma relação biunívoca entre a previsibilidade e a segurança jurídicas, na medida em que aquela está contida no conceito desta. Descendo ao detalhe, previsibilidade pode ser entendida como noção jusfilosófica característica do princípio da segurança, não a única, mas uma de suas principais. Tanto é assim que muitos conceitos de segurança jurídica inserem a previsibilidade como caractere essencial.

Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha assevera que “segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. (...); com a certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras (...)”⁸⁷⁵. Humberto Ávila constata que em um Estado de Direito, em que se protege a segurança jurídica, deve-se “privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico”⁸⁷⁶.

Em tempos atuais, não são poucas as críticas doutrinárias acerca da ausência ou fragilidade da segurança jurídica. A título de exemplo citam-se Humberto Ávila⁸⁷⁷, Jorge Amaury

⁸⁷³ Sobre a relação entre segurança jurídica e previsibilidade, ver NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*, op. cit., p. 93 a 96.

⁸⁷⁴ Segurança jurídica é um termo polissêmico, que pode ser entendido de diversas formas jurídicas. Nas palavras de Heleno Taveira Torres (*Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 185-186), “segurança jurídica pode assumir múltiplas qualificações na ordem jurídica, como ‘exigência’, ‘princípio’, ‘garantia’, ‘fim constitucional’, e esta imprecisão revelase na doutrina, ora referida como ‘exigência fundamental’, ‘princípio superior’, ‘princípio geral do direito’ e outros. Repete-se que segurança jurídica é uma expressão polissêmica e pode ser concebida como ‘fim’ do direito ou ‘função do estado’”. Aqui, o termo será entendido como princípio.

⁸⁷⁵ ROCHA, Cármen Lúcia. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 168.

⁸⁷⁶ “Neoconstitucionalismo”:..., op. cit., p. 15.

⁸⁷⁷ “Hoje, o nível de insegurança jurídica assumiu um grau nunca antes alcançado”. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

Nunes⁸⁷⁸, Heleno Taveira Torres⁸⁷⁹. Não obstante, com o escopo de analisar as influências extrajurídicas nessa seara, é preciso descer aos meandros do princípio da segurança jurídica para, então, se posicionar sobre a previsibilidade das decisões judiciais.

O conceito de segurança jurídica que demonstra ter o maior grau de profundidade e de subdivisão analítica é aquele formulado por Humberto Ávila nos seguintes termos:

norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro⁸⁸⁰.

A essencialidade deste conceito gira em torno da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade do direito. Cognoscibilidade se liga à inteligibilidade da norma (e do direito), à possibilidade de se assimilar seu conteúdo, do teor das suas prescrições e, a partir desse conhecimento, poder se portar perante o direito posto⁸⁸¹. É preciso saber as regras do jogo para poder jogar conscientemente. O direito não é cognoscível se não se apreende o conteúdo das normas, das decisões, das prescrições jurídicas em geral. É preciso entender o que determina o direito para saber como se portar socialmente.

Confiabilidade pode ser observada no enfoque objetivo ou subjetivo. No primeiro, se persegue a durabilidade do ordenamento jurídico, considerando que o direito perderia credibilidade se fosse alterado de forma constante. Não se trata de imutabilidade, mas de

⁸⁷⁸ “Na idade de ferro da certeza do direito, em que hoje a sociedade se encontra, a certeza foi substituída pela incerteza, pela dúvida (...). A previsibilidade da decisão judicial passa por momentos de angústia e de incerteza”. *Segurança jurídica e súmula vinculante*, op. cit., p. 95-96.

⁸⁷⁹ *Direito constitucional tributário e segurança jurídica...*, op. cit., p. 184-187.

⁸⁸⁰ *Segurança jurídica...*, op. cit., p. 682.

⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 668.

estabilidade mínima do ordenamento para que se possa confiar na regulação por ele promovida. Sob este prisma objetivo, é necessário que exista “segurança de realização”, que se refere à disponibilização aos cidadãos de proteção judicial bastante para se proteger de ataques aos seus direitos (estabilizados)⁸⁸². No ângulo subjetivo, vislumbra o respeito das leis atuais aos direitos que as normas do passado garantiram aos cidadãos, de forma a não frustrar estes os direitos consolidados. As normas atuais devem respeitar os direitos subjetivos assegurados por alguma razão objetiva (proibição de mudança)⁸⁸³.

Calculabilidade, por sua vez, referencia a mudança, a análise de como se dá o ritmo da modificação jurídica daquilo que foi realizado no presente. Diz respeito à continuidade, ao que deve ser mantido na transição para o futuro⁸⁸⁴. É a confiança na estabilidade temporal do ordenamento jurídico, na medida em que se perpetue com “moderação na alteração” rítmica do direito⁸⁸⁵. Sem mudanças abruptas ou que rompam o direito pretérito sob o qual algumas relações se estabilizaram.

Canotilho, por sua vez, aproxima a segurança jurídica da proteção da confiança, este como subprincípio daquele, mas ambos como “elementos constitutivos do Estado de Direito”⁸⁸⁶. Ressalte-se que, segundo sua visão, a segurança está voltada ao aspecto objetivo, ocupando-se da garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, enquanto a proteção da confiança diz respeito à esfera subjetiva da segurança, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade. Apensar de menos analítico, há proximidade entre seu conceito e o de Humberto Ávila na medida em que Canotilho expressamente prevê a

⁸⁸² Ibid., p. 579-585.

⁸⁸³ Ibid., p. 339-342.

⁸⁸⁴ Ibid., p. 341.

⁸⁸⁵ Ibid., p. 597-98.

⁸⁸⁶ *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 257. Na posição do Supremo Tribunal Federal, a segurança jurídica é subprincípio do Estado de Direito, cf. STF, Segunda Turma, QO Pet (MC) 2900, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01.08.2003.

calculabilidade, os aspectos subjetivo e objetivo da estabilidade (próximos à confiabilidade) e a segurança de orientação e realização do direito (próximo à cognoscibilidade).

Já nas palavras de Judith Martins-Costa, confiança é “mais que o apelo à segurança da lei, é também mais do que boa-fé, embora a suponha; é crédito social, é expectativa, legítima, de ativa proteção da personalidade humana como escopo fundamental do ordenamento”⁸⁸⁷. Em suma, para ela confiança, estabilidade e previsibilidade são noções contidas no princípio da segurança jurídica.

Se, conforme Rudolf von Ihering, “... O direito não é um fim em si, mas apenas um meio para um fim. O fim do Estado, bem como o fim do direito, é o estabelecimento e a segurança das condições de vida social. O direito existe por causa da sociedade, não a sociedade por causa do direito”⁸⁸⁸; então, é razoável que a sociedade espere ideologicamente que o direito e, de forma mais específica, a decisão judicial sejam previsíveis.

Aqui, pretende-se verificar o aspecto da segurança jurídica (com foco na previsibilidade) no tocante à confiabilidade dos cidadãos sobre a decisão judicial e seu prolator – o Judiciário e o juiz. É dizer, no Brasil as pessoas podem contar com a previsibilidade das decisões com vistas a calcular seus atos em direção ao futuro?

Diante de tal questão, é tempo de se verificar os aspectos da previsibilidade (e da segurança jurídica) relativa à produção decisória nacional. Nesta seara que toca o direito concreto relativo à decisão judicial, Jorge Amaury Maia Nunes destaca:

O modelo de certeza que o juiz empresta ao Direito é um modelo de certeza relativa, diverso, por exemplo, da certeza matemática, mas isso não obsta a busca de certos

⁸⁸⁷ A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out.-dez. 2004, p. 116.

⁸⁸⁸ *A finalidade do direito* – parte I, op. cit., p. 417.

standards de comportamento dos órgãos do Judiciário que permitam ao cidadão prever com certo grau de probabilidade o resultado de uma demanda posta em juízo⁸⁸⁹.

(...)

Não pode o cidadão ficar à mercê do justo pessoal do magistrado. (...) Não há negar, entretanto, que, em última análise, o magistrado prolator da decisão final é o árbitro da certeza do direito (...)⁸⁹⁰.

Nesse foco, há de se perquirir sobre o aspecto qualitativo da decisão judicial. É então que se busca a «qualidade da decisão previsível» sob um duplo aspecto: “uniformidade na produção de normas jurídicas individuais e a percepção de que essas normas jurídicas individuais detêm força legítima para convencer seus destinatários”⁸⁹¹. O foco específico do convencimento (aceitação ou transformação) será tratado no item 3.3 quando do estudo da objetividade, já a uniformidade e seu contraponto (decisões contraditórias para fatos semelhantes) serão tratados a partir daqui.

É nesse cenário que se pode trazer as noções já estudadas para conjugar o conceito de previsibilidade (como vetor de certeza, confiabilidade e estabilidade do direito) com o de determinação (como grau de vinculação dos juízes ao conjunto de razões jurídicas em relação a determinado caso concreto). É certo que existe uma relação de proximidade entre o que é determinável e o que é previsível, pois, se o conjunto de razões jurídicas vincula fortemente o julgador no sentido de determinado caminho, a decisão que dele se espera é previsível. Isto é, quanto mais vinculado estiver o juiz a razões jurídicas específicas, maior será o grau de certeza acerca do resultado da interpretação da proposição jurídica e sua consequente aplicação concreta. Em suma, quanto mais determinado, mais previsível.

⁸⁸⁹ *Segurança jurídica e súmula vinculante*, op. cit., p. 94.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁹¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*, op. cit., p. 96-97.

Mas, ao contrário, se o grau de determinação decisória é mínimo, se as razões jurídicas postas à mesa não são capazes de determinar a escolha, então o grau de certeza do resultado da decisão é baixo, pois existem diversas possibilidades de interpretação da proposição jurídica aplicável.

Nesse contexto, é possível afirmar que o direito será mais previsível quanto mais determinado for o conjunto de razões jurídicas existentes. E menos previsível quanto menos for determinado, ou seja, quanto menos houver razões (fontes, cânones, metanormas etc.) fortemente vinculantes. Então, o direito será menos previsível em espaços livres de direito, eis que nesses casos a noção de justiça é não firmada preteritamente pelo legislador, mas pelos tribunais.

Nestes casos, a previsibilidade da decisão é mínima, já que muitas opções próximas ou distantes podem ser alcançadas. Entretanto, à medida que aquele espaço anteriormente vazio de direito passa a ser preenchido com diversos julgados, então, haverá maior determinação jurídica e, por consequência, maior previsibilidade da conduta estatal esperada para os casos semelhantes vindouros.

Sendo assim, resgatam-se as conclusões do item anterior no sentido de que o direito brasileiro é determinado e, portanto, previsível em uma medida relevante, mas existem diversos espaços – situações não reguladas (lacunas, ou pobreza do direito), situações de contradição (riqueza de normas), novas interpretações legislativas, novel legislação, posições não pacificadas nos tribunais etc. – em que há baixa determinação e, por consequência, reduzida previsibilidade.

É nessa ótica, com vistas à proteção da segurança jurídica, que alguns trabalhos monográficos tem se pronunciado favoravelmente às técnicas de “julgamento de massa” ou “resolução de conflitos de massa”, especialmente com a adoção de precedentes de natureza vinculante, como fator de favorecimento da previsibilidade (e da segurança). Seguem-se alguns exemplos.

Acerca da súmula vinculante, Jorge Amaury Maia Nunes, conclui que “a edição de súmulas vinculantes abre um novo alento à sociedade na esfera da segurança jurídica, tanto em termos de estabilidade quanto em termos de qualificação da decisão previsível (...), serve como um bom farol do controle das expectativas da sociedade”⁸⁹². A respeito das críticas quanto à imutabilidade sistêmica, defende que tanto “as súmulas quanto os *binding precedents* possuem mecanismos de atualização (*overruling*, *overstatement*, revisão e cancelamento da súmula), de modo a permitir a aplicação do Direito de acordo com as condições de seu tempo, sem risco de engessamento do direito jurisprudencial”⁸⁹³.

Referindo-se de modo geral aos precedentes judiciais vinculantes, Augusto Cesar Carvalho Leal, alcança a conclusão de que essa sistemática “é uma dessas medidas eficazes para a promoção da segurança jurídica do Direito brasileiro, por meio do incremento da previsibilidade das decisões judiciais”. Já no tocante à mutabilidade do precedente vinculante, assevera que a “doutrina do *stare decisis* garante adaptabilidade ao Direito, pois permite a mudança de entendimentos judiciais, seja para corrigir erros graves, seja para, por exemplo, evitar que o precedente torne-se obsoleto”⁸⁹⁴. Isso é feito “pelo *distinguishing* ou pela possibilidade de superação do precedente, em hipóteses especiais que a recomendem, por meio do *overruling*, *anticipatory overruling*, *transformation*, *overriding* e *drawing of inconsistent distinctions*”⁸⁹⁵. Já técnicas como o *prospective overruling*⁸⁹⁶ e o *prospective prospective*

⁸⁹² *Segurança jurídica e súmula vinculante*, op. cit., p. 167.

⁸⁹³ *Ibid.*, loc. cit.

⁸⁹⁴ *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica*: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. Apresentada como dissertação de mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Programa de Pós-graduação em Direito, Brasília: UnB, 2013, p. 223.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 225. Seguem as noções gerais sobre as técnicas citadas: (i) *overruling*: “tal qual o *transformation*, estabelece um entendimento jurídico que não se revela compatível com o teor de um precedente judicial, sem, contudo, anunciar explicitamente que este está sendo derogado”; (ii) *anticipatory overruling*: “um órgão judicial inferior deixa de seguir um precedente que entende aplicável ao caso concreto sob o seu exame por convictamente prever que o órgão judicial superior, autor do precedente, o revogará em sede de recurso”; (iii) *transformation*: “um órgão judicial supera totalmente, assim como no *overruling*, certo precedente judicial, reconfigurando-o. A sua

*overruling*⁸⁹⁷ permitem claramente a persecução da confiabilidade e, especialmente, da calculabilidade jurídicas.

Noutro giro, com foco na proteção da confiança e criticando situação desfavorável à previsibilidade, encontra-se o trabalho de Rafael Santos de Barros e Silva, cujo resultado demonstra que os câmbios abruptos da jurisprudência de um tribunal “representam ruptura do sistema do direito e, por isso, devem ser evitados”; porém, apesar de ressaltar que tal virada na jurisprudência afronta a segurança jurídica, no tocante à estabilidade e previsibilidade das decisões, conclui que não há no Brasil instrumentos processuais que assegurem “direito de proteção aos cidadãos que pautaram suas condutas em determinada orientação jurisprudencial”⁸⁹⁸.

Não há, pois, remédio jurídico contra as viradas de jurisprudência operadas com efeitos retroativos, a não ser o bom senso dos julgadores ao vislumbrarem que as pessoas criaram expectativas e pautaram suas condutas em respeito à posição anteriormente consolidada. Isto é, em casos de alteração jurisprudencial abrupta, os julgadores que perpetraram tal alteração precisam encontrar meios de reduzir o impacto negativo sobre a previsibilidade ferida, como, por exemplo, a técnica do *prospective prospective overruling*. A mesma conclusão que ora se propõe é alcançada por Jorge Amaury Nunes: “lá [EUA], como cá, não existe um específica regra

principal diferença em relação ao *overruling* é que, neste último, há o anúncio explícito de que o precedente anterior está sendo revogado”; (iv) *overriding*: “diferentemente do *transformation* e do *overruling*, que superam – implícita ou explicitamente, respectivamente – o precedente em sua integralidade, no *overriding* apenas parte dele fica comprometida”; (v) *drawing of inconsistent distinctions*: “assim como no *transformation* e no *overriding*, a aludida técnica abandona o entendimento jurídico de um precedente judicial, adotando um entendimento diverso, com ele incompatível, sem, no entanto, anunciar expressamente que o precedente judicial está sendo superado. Por outro lado, na elaboração de distinções inconsistentes, o precedente judicial é apenas parcialmente superado, como ocorre com o *overriding*, permanecendo aplicável no que diz respeito a aspectos não atingidos por aquela”. Ibid., p. 177-178.

⁸⁹⁶ “Segundo a qual, se necessário para a proteção da confiança legítima dos cidadãos em um determinado precedente judicial, a revogação deste somente ocorrerá com efeitos prospectivos”. Ibid., p. 225.

⁸⁹⁷ “Na técnica do *prospective prospective overruling*, o novo precedente judicial, revogador de um precedente anterior, não apenas não retroage para atingir as situações fáticas que lhe são anteriores, como, também, tem os seus efeitos postergados para atingir apenas situações fáticas que ainda ocorrerão a partir de uma certa data”. Ibid., p. 223.

⁸⁹⁸ *Câmbios de jurisprudência:...*, op. cit., p. 160-161.

assegurando ao jurisdicionado direito à estabilidade do entendimento jurisprudencial; entretanto, no direito norte-americano, há mecanismos que protegem o cidadão contra as viradas bruscas de jurisprudência”, como o *prospective overruling*, conforme cita adiante⁸⁹⁹.

Percebe-se, com isso, que a evolução da investigação da função judiciária na busca por objetivos de previsibilidade do direito perpassa tanto a defesa dos precedentes de natureza vinculante – bastante elogiada na persecução da segurança e da confiança – quanto a crítica relativa à virada abrupta da jurisprudência – a qual percorre o caminho oposto a tal desiderato.

3.2.2. Previsibilidade sob a ótica da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade

Do mesmo modo como ocorre com a determinação, existe a possibilidade de se discutir a previsibilidade acerca do conteúdo probatório e sua assimilação pelo magistrado – como fez Jerome Frank em meados do século passado, cf. item 1.3.1 –, de proposições jurídicas, bem como em situações de ausência de regras específicas, nas quais se aplicam princípios.

No tocante às provas, o item 3.1.2.1 concluiu que é esperado que haja indeterminação quanto ao conteúdo probatório. Em sendo assim, defende-se, da mesma forma, que não há previsibilidade em um sentido relevante nessa ótica. É dizer, em situações de proposições jurídicas determinadas e, portanto, previsíveis (súmulas vinculantes, recursos repetitivos, repercussão geral repetitiva, ações constitucionais concentradas, jurisprudência consolidada etc.), se o conjunto de provas existentes for substancialmente forte, a previsibilidade do conteúdo decisório se torna muito alta. Em sentido contrário, se o conjunto de provas for fraco ou médio não se sabe se o magistrado indeferirá o pleito pretendido por ausência de provas, se o indeferirá por acreditar que o conjunto de provas demonstra outra situação jurídica ou se deferirá por se sentir confortável com tais provas. Menos previsível, portanto.

⁸⁹⁹ *Segurança jurídica e súmula vinculante*, op. cit., p. 99.

Daqui em diante, em breves linhas, estudar-se-á de forma conjunta a previsibilidade das proposições jurídicas e das situações não reguladas por regras sob a ótica da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

No Brasil, a «cognoscibilidade» precisa ser investigada sob duas óticas: (i) *geral*, que aponta para o convívio social pacífico sem maiores detalhes sobre a incidência das normas e o posicionamento específico da jurisprudência, ou (ii) *específica*, na qual se percebe a inteligibilidade detalhada das normas específicas, ou dos direitos delas decorrentes, bem como uma boa noção da jurisprudência.

A cognoscibilidade específica, em *terrae brasilis*, só se vislumbra por meio de presunção legislativa⁹⁰⁰, pois, conforme já citado, diante das centenas de milhares de normas vigentes, verdadeiros “labirintos normativos”⁹⁰¹, é de se acreditar que pouquíssimos ou mesmo ninguém conheça o ordenamento completo em detalhes, seja no que se refere ao direito legislado, seja respeitante à jurisprudência consolidada.

De outra forma, ao analisar a pacificação social sob os óculos da cognoscibilidade geral, defende-se que o brasileiro médio conhece grande parte das leis comuns de convivência – não matar, não roubar, não corromper, responsabilidade ao bater o veículo, lei Maria da Penha, permissão para manifestações ordeiras, direito do consumidor etc.: “eu conheço meus direitos”, diz o brasileiro. Mas, por óbvio, pela ausência de educação nas classes menos favorecidas os aspectos com um pouco mais de detalhamento não são conhecidos.

Em sendo assim, em linhas gerais (excluídos os aspectos legislativos e jurisprudenciais específicos), é possível defender que este aspecto da segurança jurídica (e da previsibilidade) está

⁹⁰⁰ Em conformidade com o que preleciona a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga LICC – Lei 4.657/42) “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

⁹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, op. cit., p. 20.

presente no direito pátrio. Porém, por óbvio, cumpre anotar que os efeitos negativos da deficiência educacional brasileira são o mais importante fator de desrespeito à cognoscibilidade.

Não obstante, descendo à investigação das influências externas à decisão, não parece que a influência exercida por fatores extrajurídicos exerça papel significativo sobre este aspecto, uma vez que não se vislumbra o aumento da inteligibilidade normativa ou da percepção do conteúdo das proposições jurídicas por meio das decisões mais ou menos vulneráveis aos fatores extrínsecos. A existência de influências sobre determinadas decisões não importa em aumento da consciência sobre o conteúdo das normas.

Estes fatores externos também não parecem gerar significativa influência sobre a «calculabilidade». Isso porque, considerando que a legislação e a jurisprudência são, em linhas gerais, conhecidas (cognoscibilidade geral), caso não haja ruptura legislativa ou jurisprudencial no tocante aos direitos subjetivos adquiridos – relativamente à interpretação de proposições jurídicas consolidadas – tal aspecto da segurança (e da previsibilidade) resta resguardado. Ou seja, em regra, a realidade brasileira parece demonstrar respeito à este aspecto da segurança, com exceção de algumas mudanças abruptas no ordenamento (sobretudo na jurisprudência). Vale lembrar que existe um forte instrumento de controle dos efeitos negativos das influências externas, qual seja, os recursos, conforme já tratado, por isso esta defesa inicial.

Sob outros enfoques da calculabilidade, é preciso desmembrar quatro situações: (i) provas; (ii) jurisprudência não consolidada; (iii) situações não legisladas e (iv) jurisprudência consolidada. Quanto à primeira (i), apesar de não ser altamente previsível, conforme já comentado, a partir da consciência de tal fato é possível que as pessoas tomem as devidas precauções quanto à qualidade das provas que produzem, isto é, uma vez que se toma consciência de que o direito é indeterminado quanto à valoração probatória, prevendo isso, sempre que possível, as pessoas podem acumular mais elementos probatórios.

No ponto ii, apesar de não ser possível calcular ou prever o sentido futuro da jurisprudência vacilante, é possível se precaver desta situação desde que se saiba que, no presente, ela é não pacificada. Diante disso, pode-se imaginar ambos os cenários e tomar decisões presentes pensando no risco futuro de cada cenário.

Então, em relação às situações i e ii, apesar de o direito não ser previsível, a partir da tomada de consciência dessa imprevisibilidade específica, é possível realizar providências de cautela quanto aos efeitos futuros dos atos presentes. Dessa forma, a cognoscibilidade interage com a calculabilidade para reduzir os efeitos da ausência de previsibilidade específica.

A situação iii, por sua vez, é mais complexa, pois em situações não legisladas (os espaços livres de direito) sobre as quais os tribunais ainda não tenham precedentes a calculabilidade é remota. Isso porque não há como prever o resultado de algumas situações nunca antes julgadas.

Na questão iv, existe alta previsibilidade à medida em que posições jurídicas são consolidadas pelos tribunais, seja por meio da pacificação de sua jurisprudência, seja pela utilização de precedentes vinculantes (súmulas vinculantes, recursos repetitivos, repercussão geral repetitiva, ações constitucionais concentradas), seja no âmbito da interpretação de proposições jurídicas, seja na aplicação de princípios a casos semelhantes (*factum simile*).

A pacificação da jurisprudência é um importante fator de engrandecimento da previsibilidade do direito. Ressalvadas, contudo, situações de virada de jurisprudência, quando ocorridas atingindo fatos passados (sem respeito às expectativas geradas). Em situações como estas, a previsibilidade fica desprotegida, uma vez que não se preveem mudanças de resultado abruptas em relação a posicionamentos consolidados.

As influências extrajurídicas em determinados julgamentos concretos, conforme demonstrado no capítulo anterior, geram consideráveis reflexos negativos sobre a «confiabilidade

nas instituições», sobretudo no Judiciário, inclusive sobre a proteção da confiança na ótica de Canotilho (caráter subjetivo). Vale dizer, segundo preconizam a proteção da segurança e da confiança, o direito jurisdicional deve ser estável; deseja-se “(i) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos de poder; (ii) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos”⁹⁰². Então, a situação concreta de o vencido verificar que perdeu o processo em razão de influências externas ao direito o impulsiona à desconfiança nas instituições judiciais, maculando a confiabilidade nos julgamentos futuros.

Na mesma perspectiva, é certo que persiste na realidade brasileira, mesmo diante da existência dos precedentes de natureza vinculante, grande disparidade de soluções judiciais para problemas similares, o que reforça o caráter aleatório na solução de litígios; o que, além de ofender a previsibilidade jurisdicional, nas palavras de Capez e Capez, em estudos financiados pelo Banco Mundial, aumenta o risco econômico do país, ou seja, a “insegurança jurídica tem custos e atrasa o país”⁹⁰³. Isso se dá por vários motivos, notadamente em função da indeterminação do direito no tocante às provas dos fatos ocorridos, pelo grande volume de processos aos quais os magistrados estão submetidos, pelas influências extrajurídicas sobre as decisões, entre outros.

Em suma, ao analisar o papel da decisão judicial (onde estão contidas as influências estudadas, em maior ou menor grau), nota-se que a «pacificação da jurisprudência» – notadamente no campo dos espaços abertos de direito, da aplicação de princípios, das zonas de penumbra ou gris das cláusulas gerais, das proposições de regras não claras, das contradições

⁹⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 257.

⁹⁰³ CAPEZ, Fernando e CAPEZ, Flávio. Insegurança jurídica: o mal do século XXI. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (org.). *Segurança jurídica*: coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 40-42.

pelo excesso legislativo etc. – é um importante instrumento de obtenção da previsibilidade do direito.

Nesse espectro, os tribunais são de extrema importância para a previsibilidade jurídica. Por estes motivos, ressalta-se a necessidade constante de contenção (interno) e de controle (externo) sobre as decisões judiciais, cujo conjunto formará a jurisprudência de um tribunal, forte responsável pela manutenção e favorecimento da previsibilidade e da segurança jurídicas.

3.3. Objetividade(s) do direito brasileiro

A objetividade absoluta ou máxima do sistema jurídico é um mito. O “objetivismo é uma ilusão”, conforme já disse Gadamer⁹⁰⁴. Talvez em uma sociedade construída com base unicamente na racionalidade fosse possível asseverar essa espécie de objetividade jurídica. Mas, na medida em que o direito é interpretado e aplicado por pessoas, não por robôs, essa espécie de objetividade se torna inalcançável.

Por isso se diz que o positivismo ou a dogmática jurídica criaram um mito de objetividade com “a ocultação do irracional que se manifesta na vida social”, já que a racionalidade inerente a identificação objetiva, racional, lógica de objetos não existe⁹⁰⁵. Não é possível uma interpretação absolutamente objetiva de textos jurídicos. É impossível aplicar enunciados normativos por meio de operações puramente racionais e dedutivas.

Preliminarmente, por todo o já exposto, defende-se que (i) «a verdade sobre uma proposição jurídica ou sobre determinada interpretação é somente um ponto de vista observável

⁹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, op. cit., p. 57. No ponto, o autor refere-se ao conhecimento histórico, mas nada obsta a sua aplicação ao conhecimento jurídico, dado que também é, mas não só, historicamente construído. Em outra obra (*Verdade e método I...*, op. cit., p. 378), diz que, ao contrário das “ciências da natureza”, sobre as “ciências do espírito” (entre as quais, o direito) “não podemos falar de um ‘objeto em si’”, refutando assim a concepção de objetividade metafísica (máxima ou forte) em relação a estas.

⁹⁰⁵ COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p. 297-308.

de um determinado ângulo»⁹⁰⁶. Isso é bastante nítido se se considerar que, nos termos observados por Wittgenstein, até mesmo a lógica pode ser questionada diante dos “jogos de linguagem”. Para ele, “quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também”⁹⁰⁷. Conclusão que teria influência direta sobre a lógica; incluída aí a lógica racional silogística da decisão judicial. O ceticismo semântico aponta assim as deficiências da objetividade em seu sentido semântico.

Isso sem falar de todas as considerações antifundamentalistas do pragmatismo, que refletem a “refutação de qualquer noção abstrata, formulação metafísica ou construção teórica que remeta diretamente a um mundo paralelo ou a entidades paralelas, como a ‘verdade’, a ‘ética’ e a ‘justiça’”⁹⁰⁸. Aí incluída da própria noção de correção do direito, de objetividade ou de veracidade da interpretação, com a recusa à ideia de certeza e dos conceitos filosóficos transcendentais a partir da crítica incessante; crítica enquanto pensamento. É a crítica a qualquer concepção de objetividade; até porque a certeza absoluta é inalcançável⁹⁰⁹.

O caminho percorrido pela pesquisa também permite afirmar uma segunda premissa: (ii) «sempre haverá um grau de subjetividade inerente à decisão judicial», haja vista que qualquer interpretação não é isolada do intérprete⁹¹⁰. O “significado está no olho do observador”⁹¹¹. Não

⁹⁰⁶ Lembre-se de como se começou a introdução desta tese: com a imagem reflexa do anedotário popular dizendo que sempre haverá várias interpretações possíveis para o direito. “Uma pessoa pergunta a um advogado: ‘Doutor’, neste caso quem tem razão segundo o direito? O advogado responde: *depende; de que lado está meu cliente?*”. Existem várias interpretações possíveis para uma determinada norma ou conjunto de normas aplicáveis aos fatos.

⁹⁰⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*. Lisboa: Edições 70, 1990, p. 31-41. Segundo a percepção dos “jogos de linguagem”, não é possível falar em essência da linguagem, mas sim em *semelhanças de família*. Nesse sentido, não seria possível falar em objetividade em sentido semântico. O presente trabalho não busca analisar as contribuições deste autor para o tema. A citação, embora possa ser reducionista, demonstra somente que existem formas distintas de objetividade que são discutidas e refutadas por pensamentos filosóficos diversos. A análise a que se propõe adiante se refere exclusivamente à objetividade metafísica.

⁹⁰⁸ KAUFMANN, Rodrigo. *Direitos humanos...*, op. cit., p. 90. O pragmatismo foi tratado no item 1.3.2.

⁹⁰⁹ DEWEY, John. *The essential Dewey...*, op. cit., p. 103-108.

⁹¹⁰ “[O] aspecto objetivo do círculo hermenêutico (...) é precisamente o que temos *em comum* com a tradição com a qual nos relacionamos que determina as nossas antecipações e orienta a nossa compreensão. Consequentemente, esse ‘círculo’ não é, em absoluto, de natureza puramente formal – seja de um ponto de vista subjetivo, seja de um ponto de vista objetivo. Ao contrário, seu espaço de jogo se dá entre o texto e aquele que compreende. A intenção do

existe possibilidade, nem mesmo teórica, de isolar o juiz de suas vivências e pré-compreensões⁹¹². Como já disse Cardozo: “podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos”⁹¹³.

Isso não significa dizer que as influências extrajurídicas externas ao julgador (mídia, opinião pública, relações pessoais, política etc.) sempre influirão sobre a decisão judicial. Sua ocorrência ou predominância dependerá do contexto, do tipo de ação ou tribunal e da permissibilidade do magistrado a elas.

Contudo, ainda assim, é necessário investigar se o direito é pautado no «subjativismo», em que o juiz é a medida da veracidade ou da correção da interpretação, ou seja, se “algo é um fato jurídico em virtude de o juiz individual acreditar que seja um fato jurídico”⁹¹⁴. Ou então, ao contrário, se o direito é «objetivo» em uma medida relevante. Isto é, se há respostas corretas “para questões jurídicas, políticas e morais: respostas cuja correção independe das crenças das pessoas com respeito a elas e que são (...) objetivamente corretas”⁹¹⁵. Para tanto, há de se investigar as condições para que se diga que a prática jurídica é objetiva (ou subjetiva) e em que sentido se dá essa aferição. Aqui se pretende observar a objetividade da interpretação normativa.

Diante de um litígio uma decisão deve prevalecer. E, segundo os ideais republicanos, esta decisão deve ser controlável em alguma medida. É preciso, portanto, aferir sua correção. Sobre o ponto, não se pode esquecer que a decisão judicial é proferida em autos processuais que

intérprete é se fazer *mediador* entre o texto e a totalidade nele subentendida. (...) antecipações que determinam positivamente a pré-compreensão que dele [conteúdo do texto] temos”. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, op. cit., p. 59-62.

⁹¹¹ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*, op. cit., p. 263.

⁹¹² Conforme já se observou ao longo deste trabalho, especialmente no item 2.1. Acerca da impossibilidade antropológica de neutralidade, ver por todos ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*, op. cit., p. 107-110.

⁹¹³ *A natureza do processo judicial*, op. cit., p. 4.

⁹¹⁴ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 367. Esta já é uma concepção no sentido metafísico, que será analisado adiante.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 366. Também já adotando o sentido metafísico da abordagem.

representam no mundo jurídico a realidade posta⁹¹⁶. O juiz não olha para a realidade, mas sim para as provas que a projetam para o espaço jurídico. É neste mundo (dos autos) hoje virtual⁹¹⁷ que o magistrado precisa identificar os fatos (premissa menor) bem como o significado da norma aplicável (premissa maior)⁹¹⁸, com todas as vicissitudes lógicas, silogísticas, ponderativas, analógicas etc. Tudo isso, tomando como base uma representação da realidade que, por si só, é falível. Olhando por esse ângulo, a objetividade parece distante como plutão. Mas ainda assim é preciso controlar a decisão judicial segundo sua compatibilidade com o direito.

Nesse cenário, é preciso então escolher o foco com que se investigará a objetividade. Com este desiderato, cumpre afastar um primeiro enfoque, qual seja: da objetividade do direito no que se refere à perfeição da representação da realidade. Isso porque esta representação faz parte da tradição jurídica, cuja imperfeição é aceita por ser da própria essência do processo judicial; ponto que não suscita atualmente forte crítica, salvo no que se refere a questões probatórias⁹¹⁹, que, por razões metodológicas, não serão aqui analisadas. Logo, a correção da interpretação de normas jurídicas será o foco desta etapa.

⁹¹⁶ O direito judicial tem sua atuação plasmada na representação da realidade nos autos do processo. Logo, o mundo jurídico é uma imagem irreal da realidade posta. Como uma fotografia da realidade externa. Não obstante, conforme assevera Antoine Garapon (*Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Ed. Piaget, 1999, p. 71), a eficácia simbólica do processo consiste “em agir sobre o real agindo sobre a representação do real”. Ou seja, de certa forma o processo (que é representação) constitui a própria realidade do mundo tendo em vista que, mesmo que suas decisões sejam tomadas dentro do espaço de representação, tem competência legal para mudar o estado de coisas na realidade dos fatos (cf. CÁRCOVA, Carlos María. *Ficción y verdad en la escena del Derecho*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise: intersecções a partir de “O processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80). E isso, muitas vezes, sem a necessidade de qualquer interferência no mundo externo, pela própria eficácia da decisão ou pela influência simbólica do monopólio do poder de coação.

⁹¹⁷ Sobre as vicissitudes da tecnificação do direito segundo as exigências de virtualização processual: produção e reprodução; comunicação; execução; pesquisa e arquivamento, ver BECKER, L. A. *Efetividade e processo eletrônico*. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 341-354.

⁹¹⁸ Segundo Humberto Ávila (*Teoria dos princípios:...*, op. cit., p. 66), qualquer norma, inclusive princípios, termina por ser aplicada por uma *formulação hipotética*: premissa maior, premissa menor e consequência. Com diferenças em relação à própria identificação da premissa maior e das consequências.

⁹¹⁹ Para a crítica sobre os fundamentos da prova e a subjetividade e falibilidade de sua produção, ver FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*, op. cit., *passim*. Mais recentemente, Richard Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 83-87) reflete sobre a influência das pré-compreensões do magistrado sobre a produção probatória que resultam em sua parcialidade.

As questões de objetividade da interpretação jurídica têm implicações morais e políticas importantes na legitimação do direito e da decisão judicial⁹²⁰, inclusive porque, conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o processo judicial é um procedimento legal que cria condições para sua aceitação, “via *programação condicional* das decisões (meios fixados e consequências em aberto, sobre as quais não incide responsabilidade dos que tomaram a decisão)”⁹²¹; e continua:

As decisões do poder (judiciário) se legitimam, não pela obtenção de consenso concreto, mas pela neutralização das decepções. Observa-se aqui que poder não implica a submissão do sujeito, mas o controle de sua seletividade, isto é, o poder se reporta primariamente à produção de desempenhos seletivos e, secundariamente, à produção de efeitos (neutralização da vontade do submetido). Não se trata apenas de mover o submetido, mas de criar condições para que este consiga que o detentor não seja obrigado a usar sua força⁹²¹.

Sobre a aceitabilidade da decisão judicial, Robert Nagel destaca estudo cuja conclusão foi de que “o interesse próprio e a aceitação política – reação popular à experiência concreta com os programas e políticas – afetam decisões judiciais”⁹²². Sendo assim, a correção da decisão pode ser importante a sua própria legitimação, como neutralização de decepções ou como aceitação pública.

Nesse contexto, Joseph Raz, buscando correlações entre a interpretação do direito e da obra de arte, destaca que “uma interpretação é boa se a explicação que produz apresenta razões válidas para que algumas pessoas prestem atenção à obra de arte” (leia-se: para que as pessoas possam aceitá-la); mas “as pessoas divergem, e embora todas tenham de reconhecer que a interpretação é boa, pois apresenta razões pelas quais algumas pessoas (...) podem prestar atenção à obra, estas não são razões para elas (...) e, portanto, elas não têm nenhum interesse na

⁹²⁰ Nesse sentido, MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*, op. cit., p. XI.

⁹²¹ *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80.

⁹²² *Direito político, política legalista*: uma história recente da teoria da questão política. Tradução de Eliana Valadares Santos. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade* (Coleção ANPR de Direito e Democracia). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 158.

interpretação”⁹²³. É exatamente o que ocorre com a decisão judicial, é possível discordar das razões decisórias, mas é preciso que se aceite que ela utilizou razões válidas. A legitimidade da decisão está intrinsecamente ligada a isso.

3.3.1. Espécies de objetividade

Quem procura por objetividade do direito busca verificar “se existem interpretações corretas e incorretas e se a interpretação é objetiva em algum sentido”⁹²⁴ ou “se as decisões a que os juízes chegam são *objetivamente corretas* ou se são corretas apenas porque o juiz assim as considera”⁹²⁵. E o direito será objetivo se a interpretação da norma for compatível com o sentido *real* da interpretação, com a interpretação *correta* de uma norma.

Interpretar – que é da própria essência do direito, notadamente da decisão judicial – significa explicar, demonstrar ou expor o significado do objeto da interpretação (“o original”); recuperar seu significado⁹²⁶. Para tanto, pode ser relevante identificar o sentido objetivo da norma⁹²⁷, ou seu significado intrínseco⁹²⁸, ou as intenções dos autores (legisladores ou

⁹²³ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*, op. cit., p. 259.

⁹²⁴ MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. XI.

⁹²⁵ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 316.

⁹²⁶ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 236-237. Sobre a busca do significado *original* como reconstrução do mundo e integração, com peso significativo para intenção do criador, ver SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 2000. Sobre a busca do sentido original do texto constitucional na realidade americana, ver SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation:....*, op. cit., p. 23-25. O *textualismo* de Scalia informa a busca pelo que dizia o texto original dos fundadores, dos constituintes; procura pela mensagem original.

⁹²⁷ Esse é o sentido dado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, conforme observa Friedrich Müller (*Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 23), que “afirma com razão que a vontade subjetiva do legislador (constituente) histórico não é decisiva, ao passo que a sua ‘vontade objetiva’ é considerada a medida da interpretação”.

⁹²⁸ “Quando compreendemos um texto, não nos colocamos no lugar do outro, nem é o caso de pensar que se trata de penetrar na atividade espiritual do autor; trata-se, isto sim, de apreender simplesmente o sentido, o significado, a perspectiva daquilo que nos é transmitido. Trata-se, em outros termos, de apreender o valor intrínseco dos argumentos apresentados (...). O sentido da investigação hermenêutica é revelar o milagre da compreensão, e não a misteriosa comunicação entre almas”. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, op. cit., p. 59.

constituintes)⁹²⁹, ou o contexto⁹³⁰, tudo isso pode ser importante para encontrar o significado da norma. Para estes variados escopos, estão disponíveis diversos cânones hermenêuticos ou procedimentais: restritivos, gramaticais, extensivos, teleológicos, sistemáticos etc. São, portanto, numerosos objetivos e métodos, que resultam em múltiplas possibilidades interpretativas.

Neste mesmo sentido, para Luis Roberto Barroso,

A objetividade se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à interpretação. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece⁹³¹.

Que a «objetividade máxima», que admite um sentido unívoco da interpretação, estava afastada, isso já havia ficado claro em toda a presente pesquisa, bem como na abertura deste ponto. Todavia, ainda assim, é preciso descer mais aos detalhes filosóficos da objetividade com vistas a analisar «se o direito nunca será objetivo ou se o será em alguma medida».

Existem variados sentidos de objetividade⁹³², muitos independentes entre si, mas ligados a concepções teorias ou filosóficas da dicotomia objetivo-subjetivo. A objetividade, nessa visão, é posta em alguns sentidos básicos: semântico, metafísico, lógico etc.

⁹²⁹ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*, op. cit., p. 236.

⁹³⁰ Ibid., p. 243.

⁹³¹ *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro...*, op. cit., p. 6.

⁹³² Andrei Marmor (*Três conceitos de objetividade*. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 267) ressalta que o termo objetividade gera “pouca concordância quanto ao que significa e há um bocado de confusão quanto aos seus usos diferentes e conflitantes”. Em sentido correlato, Coleman e Leiter (*Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 362) asseveram que “o próprio conceito de objetividade é muito complexo, estendendo-se por uma variedade de disciplinas filosóficas, incluindo a epistemologia, a semântica e a metafísica”.

No sentido semântico, objetividade refere-se ao próprio discurso: “os enunciados (ou talvez, mais precisamente, os atos da fala) são semanticamente objetivos ou subjetivos, independentemente de sua validade ou verdade”⁹³³. Ou seja, “um enunciado é semanticamente objetivo se e apenas se for um enunciado *sobre* um *objeto*, e é um enunciado subjetivo se e apenas se tratar de um aspecto do *próprio eu*, isto é, sobre algum estado mental do sujeito que faz o enunciado”⁹³⁴. O olhar para a objetividade em seu sentido semântico é substancialmente refutado pelas críticas ceticistas dos que demonstram que os atos da fala ou do discurso não conseguem ser objetivos em um sentido forte⁹³⁵.

Há também o sentido lógico, segundo o qual certa classe de enunciados é objetiva “se faz sentido atribuir valores de verdade a enunciados dessa classe”⁹³⁶. Essa espécie estaria ligada a eventos que demonstram componentes-padrão da estrutura mental. Contudo, nem a concepção semântica, nem tampouco a lógica serão aqui estudadas, já que a presente tese visa a analisar a contribuição da objetividade metafísica segundo as premissas já postas.

3.3.1.1. Objetividade metafísica: máxima, modesta ou mínima

No sentido metafísico, objetividade trata-se “de uma questão a respeito do mundo, não a respeito do significado de enunciados”⁹³⁷. É a questão da condição dos fatos jurídicos: “de saber se são válidos independentemente do que um certo juiz pensa ou, talvez, independentemente do

⁹³³ MARMOR, Andrei. *Três conceitos de objetividade*, p. 268-269.

⁹³⁴ *Ibid.*, p. 270. O autor densifica a explicação ao afirmar que “um enunciado é subjetivo nesse sentido semântico se for a expressão (ou se for equivalente em significado à expressão) dos gostos, desejos, percepções etc. do falante. E um enunciado é objetivo se tiver como seu sujeito gramatical um objeto do mundo que não, por assim dizer, o estado mental do falante”.

⁹³⁵ Sobre o tema, ver COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 328-333. Os autores estudam o *ceticismo semântico* segundo as concepções de Wittgenstein nos termos da análise de seus seguidores. A presente pesquisa não se deterá neste ponto.

⁹³⁶ MARMOR, Andrei. *Três conceitos de objetividade*, op. cit., p. 269.

⁹³⁷ *Ibid.*, loc. cit.

que todos os advogados e juízes pensam”⁹³⁸. Nesse sentido, a legitimidade da decisão judicial depende não dos juízes seguirem processos objetivos, mas sim da exatidão da interpretação que proferem. A prestação jurisdicional é objetiva “quando o resultado da decisão judicial coincide com o fato jurídico pertinente”⁹³⁹. De forma mais abrangente, objetividade importa independência do observador⁹⁴⁰.

Nesta visão, seria possível buscar a exata correção da decisão judicial, na medida em que existiria uma interpretação correta acerca das proposições jurídicas postas à aplicação judicial. Embora essa ideia, notadamente no que se refere à única decisão correta, tenha sido fortemente refutada ao longo da tese, ainda se faz necessário identificar todos os contornos do que se pode entender pela ideia de objetividade.

No «subjativismo metafísico» *cada* indivíduo é a medida de todas as coisas. Essa visão nega a distinção entre o que *parece certo* (verdade de algum julgamento) e o que *é certo*, tendo em vista que dizer que *é certo* significa dizer que «é certo para mim», nem mais, nem menos⁹⁴¹. Situação que é temerária para a ciência jurídica, haja vista que nesta concepção “haveria pouca razão para supor que um cidadão teria um dever ou razão moral *prima facie* para aquiescer ao julgamento das autoridades”⁹⁴².

Lembre-se, então, da descrição supramencionada de Tércio Ferraz de que a decisão judicial precisa, mais que gerar um consenso concreto, criar condições para sua aceitação⁹⁴³.

⁹³⁸ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 316.

⁹³⁹ Ibid., p. 366. “A afirmação de que o significado é fixado pelo modo como o mundo é (...) pressupõe que há um modo em que o mundo é independente da evidência e da crença humana (...)” (Ibid., p. 375).

⁹⁴⁰ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 53.

⁹⁴¹ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 379.

⁹⁴² Ibid., p. 367. “De modo similar, seria difícil perceber que o uso da coerção para impor tais decisões poderia ser justificado”.

⁹⁴³ Em suas colocações, a legitimação da decisão estaria mais voltada aos procedimentos utilizados (cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *Estudos de filosofia do direito*..., op. cit., p. 80). Não obstante, pensar decisões em que os juízes fossem a medida de sua correção vai de encontro aos ideais do Estado Democrático de Direito. Isso porque esta forma política de organização do Estado determina que as ações estatais sejam tomadas com base no *direito* e não na concepção de seus operadores. Em conformidade, assim, com “duas ideias básicas: o Estado limitado pelo

Logo, existem razões para se aceitar que a ciência jurídica busca a objetividade do sistema com vistas a não permitir o subjetivismo decisório ou o decisionismo.

Conforme mostram Coleman e Leiter, a objetividade metafísica acerca das interpretações judiciais pode ser (i) «máxima ou forte», (ii) «modesta» ou (iii) «mínima ou fraca». Na objetividade forte, o que *parece certo* nunca determina o que *é certo*, uma vez que nunca depende do que os humanos consideram ser (mesmo em condições ideais); é, pois, um objetivismo platônico⁹⁴⁴. Os fatos jurídicos existem de *per si*, independentemente do que qualquer pessoa pense sobre eles. Há uma resposta correta para a interpretação jurídica, independentemente da concordância de qualquer operador jurídico (inclusive do juiz, da comunidade etc.). Nessa visão, as descrições da correção jurídica são “totalmente desvinculadas de qualquer perspectiva”; adota assim “a tese segundo a qual só descrições absolutamente independentes de nossa perspectiva (descrições feitas a partir de lugar algum) contam com descrições objetivas (descrições do mundo como ‘ele realmente é’)”⁹⁴⁵.

A «objetividade mínima» por sua vez, ocupa parte do espaço entre a objetividade forte e a subjetividade, segundo ela “o que parece ser certo para *a maioria da comunidade* determina o que é certo”⁹⁴⁶. O componente que a distingue da subjetividade consiste em tirar do indivíduo a medida de todas as coisas (verdade) e passar esse poder para a comunidade como um todo. Assim, “os indivíduos não são a medida de todas as coisas, mas suas práticas coletivas ou convergentes são”⁹⁴⁷. Em essência, essa concepção parte de um convencionalismo social ou cultural do que pode ser a verdade de uma proposição jurídica.

direito e o poder político estatal legitimado pelo povo”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 231.

⁹⁴⁴ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 379.

⁹⁴⁵ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade:...*, op. cit., p. 115-116.

⁹⁴⁶ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 379, grifo nosso.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 380.

Já «objetividade modesta», proposta por Coleman e Leiter, oferece outro critério para avaliar se a decisão judicial é legítima ou justificável: as condições ideais. Segundo ela, “o que parece certo ‘em condições epistêmicas ideais’ determina o que *é certo*”⁹⁴⁸. A questão primordial desta objetividade é o posicionamento da correção (ou veracidade) em condições epistêmicas ideais. É nesta condição ideal que se avalia a correção da decisão judicial.

A objetividade modesta reconhece a possibilidade de que todos podem estar errados quanto ao que uma norma exige; o que parece certo, mesmo para todos, quanto ao que uma norma exige pode não estar certo. Apenas o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição epistemicamente ideal determina o que é certo. (...) torna a existência e o caráter dos fatos de vários tipos dependentes de nós, mas não de nossas crenças e evidências efetivas ou existentes⁹⁴⁹.

Segundo os autores, com esta objetividade seria possível tentar, ao menos hipoteticamente, visualizar um distanciamento das pré-compreensões dos julgadores em que se pudesse verificar a correção da decisão proferida. A objetividade modesta, conforme os autores, seria a mais indicada para o direito, já que reduziria a subjetividade do julgador e seria um padrão de correção distante da objetividade forte (inatingível) e das dificuldades apontadas para a mínima.

Esta visão se aproxima da ideia do juiz Hércules de Dworkin, já que ele vive metaforicamente nas mesmas condições epistêmicas ideais⁹⁵⁰. Há, contudo, uma sutil diferença: Coleman e Leiter trabalham critérios mais afetos à *correção* e *verificação* decisória, enquanto Dworkin acredita na possibilidade ideal como *critério decisório*, de como o juiz deveria decidir, tomar a decisão, fazer a escolha judicial⁹⁵¹. Ainda com as diferenças, as mesmas críticas feitas a

⁹⁴⁸ Ibid., p. 396.

⁹⁴⁹ Ibid., loc. cit.

⁹⁵⁰ São os próprios autores que afirmam que Dworkin “está comprometido com a objetividade modesta do Direito e da moralidade”. COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 404.

⁹⁵¹ Nesse sentido, DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 192; 203.

Dworkin, no que se refere à possibilidade da única decisão correta, podem ser estendidas a esta concepção ideal de objetividade, haja vista que o mundo ideal de ambos não existe.

Além disso, apesar do aplaudido esforço de Coleman e Leiter de buscar em sua objetividade modesta o afastamento da subjetividade do julgador, verifica-se que, no espelho dos problemas reais de aceitação de Hércules, é impossível a adoção dessa concepção na prática judicial (brasileira ou qualquer outra). A uma, porque a pessoa (ou grupos) responsável por fazer essa análise da decisão segundo as condições ideais também terá uma visão pessoal (própria) de ver o mundo⁹⁵². A duas, porque nenhum ser humano consegue ser colocado em “condições epistêmicas ideais”⁹⁵³. A três, porque, mesmo que isso fosse possível, muitos juízes poderiam não querer se esforçar para buscar esse ideal. A quatro, porque o próprio volume de ações que cada juiz precisa julgar impede que faça longas digressões evolutivas de como seria uma decisão ideal para o caso; etc. Com essas objeções, refuta-se a utilização dessa concepção como modelo de objetividade adotável na presente tese.

A «objetividade forte ou máxima», por sua vez, é impossível⁹⁵⁴. Essa objetividade é equivalente ao que Cláudio Michelon Jr. chamou de “o mundo visto de lugar nenhum”⁹⁵⁵. Para

⁹⁵² Ou seja, ela também será afetada por suas pré-compreensões e ideologias, por mais que se esforce, *de coração*, para que não seja. Nas palavras de Michelon Jr. (*Aceitação e objetividade*:..., op. cit., p. 136-137): “Mesmo noções aparentemente independentes de nossa experiência, inclusive a noção de objetividade, são determinadas pelas nossa experiência (...)”. Mesmo as certezas matemáticas dependem das convenções. Embora os autores afirmem que “a objetividade modesta não é objetividade no sentido de um mundo cujo caráter é independente de nossas ferramentas epistêmicas para ganhar acesso a elas (COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 400), a própria formulação de como deve ser *um juiz ideal* (Ibid., p. 408-409) desvincula a possibilidade de sua adoção prática, abrindo um flanco às mesmas críticas direcionadas a Dworkin quanto a sua resposta correta por meio do imaginário Hércules.

⁹⁵³ Esse espaço metafísico é, pela própria razão de ser «não físico», inalcançável a qualquer ser humano. Ele não existe. Por mais que se esforce para se aproximar desse estado de pensamento, sempre haverá influências das experiências pregressas, leituras jurídicas, ensinamentos acadêmicos, identificação da essência linguística (com todo o ceticismo que a acompanha), essência das proposições jurídicas estabelecidas por determinado precedente etc.

⁹⁵⁴ Até mesmo filosoficamente, há quem questione a possibilidade de se avaliar uma interpretação segundo essa visão, já que uma visão metafísica nessas proporções só pode ser utilizada para objetos descritivos (como cadeira, mesa, árvore). Nesse sentido, MARMOR, Andrei. *Três conceitos de objetividade*, op. cit., p. 293. Richard Posner (*Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 43), por sua vez, consigna que, no mundo real, o pensamento jurídico não pode ser objetivo (leia-se: objetividade metafísica máxima). “O pensamento jurídico não pode tornar-se objetivo ao ser colocado em correspondência com o mundo ‘real’. Qualquer objetividade que tenha, deve-se à uniformização

ele, admitir que existe ao menos algo que não pode ser explicado por esta forma de conceber a objetividade importa em admitir que existem interpretações que não podem ser explicadas de modo “puramente” objetivo. Por isso não há como aceitar a concepção absoluta de objetividade⁹⁵⁶.

Essa formulação, talvez, possa ser adotada pelas ciências exatas, como a física⁹⁵⁷ por exemplo, mas em relação às ciências sociais (como o direito), cuja formação e prática dependem das práticas sociais, não se pode vislumbrar sua aplicação nem mesmo sob fundamentos filosóficos⁹⁵⁸. Como a própria ideia de interpretação “implica a possibilidade de mais de uma interpretação, de várias interpretações *boas* ou *aceitáveis*”⁹⁵⁹, não se pode encarar que o direito seja objetivo em um sentido forte.

Sendo assim, há de se olhar novamente para os critérios de legitimação. A decisão judicial e a própria interpretação que lhe é inerente são, em essência, legitimadas pelo procedimento⁹⁶⁰. Contudo, por si só, isso parece não ser o suficiente para o estágio atual de evolução da ciência jurídica.

Conforme já consignado, o direito do pós-guerra não admite mais sua aferição (criação e controle) unicamente a partir de fatos brutos ou sociais (legislação), segundo concordam

social, e não à realidade metafísica ou ao rigor metodológico”. Referindo-se ao campo das provas, há muito Jerome Frank contatara que não há objetividade neste campo. Nas palavras de Bobbio (*Teoria da norma jurídica*, op. cit., p. 67), a tese fundamental sustentada por Jerome Frank “é que não existe um direito objetivo, isto é, objetivamente dedutível de dados determinados, sejam estes fornecidos pelos costumes, pela lei ou pelo pensamento jurídico”.

⁹⁵⁵ *Aceitação e objetividade*:..., op. cit., p. 114-115. Utiliza para tanto formulação próxima atribuída a Thomas Nagel.

⁹⁵⁶ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*:..., op. cit., p. 121-122. “(...) uma descrição puramente objetiva do mundo não pode dar conta de algumas de nossas concepções subjetivas e, portanto, a objetividade [absoluta] (...) não pode dar conta de todos os fenômenos”.

⁹⁵⁷ MARMOR, Andrei. *Três conceitos de objetividade*, op. cit., p. 292-295.

⁹⁵⁸ Para a refutação filosófica dessa espécie de objetividade para justificação do direito, ver COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 385-390 e MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*:..., op. cit., p. 114-138. Refutando-a em relação à interpretação de obras de arte, no comparativo que traça com o direito, ver MARMOR, Andrei. *Três conceitos de objetividade*, op. cit., p. 292-297; 301.

⁹⁵⁹ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*, op. cit., p. 262, grifo nosso.

⁹⁶⁰ Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Estudos de filosofia do direito*:..., op. cit., p. 80), em trecho já citado, isso se dá por meio da criação de condições para aceitação da decisão, a qual aponta mais para a neutralização das decepções que propriamente para a aceitação concreta da decisão (ou para sua justeza).

positivistas (inclusivos), pós-positivistas e, notadamente, pragmatistas. A decisão judicial que aplica as decisões políticas *ex ante* postas (Constituição, leis etc.) está legitimada, em alguma medida, para afastar a própria lei ou interpretações absurdas ou que sejam incompatíveis com o ordenamento. É o chamado critério de correção do direito⁹⁶¹.

Além da correção, há ainda decisões judiciais que dizem o que é direito com base em princípios jurídicos, notadamente com apoio em valorações (pesos) de cada qual. Há também fatos não abarcados pelo direito positivo, cuja decisão se apoiará em razões de princípios ou de analogia. Então, é de se presumir que a ciência jurídica espere explicações mais profundas sobre os padrões de objetividade que pode esperar da aplicação do direito por meio da decisão judicial.

Diante disso, é preciso observar como se dá a interação da justificação pelo procedimento, que legitima a decisão judicial, com a verificação se o direito é objetivo em alguma medida. Nesse cenário, em face das refutações ora realizadas (às objetividades forte e modesta) e de algumas considerações que serão adiante expostas, é possível defender que o direito (brasileiro) pode ser justificado segundo uma noção de «objetividade mínima» que se sustenta na «convenção social» acerca da correção decisória; porém, com algumas distinções, correções e prescrições associadas a esse conceito, notadamente no que se refere à aceitação (ou transformação) pela comunidade.

Não obstante, é necessário ter em mente as palavras de Jeremy Waldron no sentido de que se supõe que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam “especiais e distintos, não diretamente políticos, mas que expressem certo espírito subjacente de legalidade.

⁹⁶¹ Nesse sentido, por todos ALEXY, Robert. Derecho y corrección. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução para o espanhol de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

Trata-se de questão de certa importância para a jurisprudência descobrir se essas afirmações a respeito do caráter especial do raciocínio judicial podem ser sustentadas⁹⁶².

Não somente para a jurisprudência, mas para toda a ciência jurídica.

3.3.2. Objetividade ou subjetividade da prática decisória nacional

No item 3.1, demonstrou-se que o direito brasileiro é determinado em um sentido relevante. Isso se dá pela própria densidade normativa dos textos legais, pela ausência de incongruência (conflito) significativa entre a maioria dos textos legislativos, pela pacificação da jurisprudência em relação a interpretações mais problemáticas etc. Em contrapartida, também se consignou que há espaços de indeterminação em que o conjunto de razões jurídicas não mostra um caminho minimamente convergente para a decisão, os quais permitem, ao menos potencialmente, a maior ingerência de elementos subjetivos (leia-se: pessoais, políticos, midiáticos, relacionais etc.) sobre o processo decisório.

Nesse contexto, é preciso observar que a determinação tem ligação estreita com a objetividade⁹⁶³. Isto é, quanto mais a decisão judicial estiver determinada pelo conjunto de razões jurídicas existentes, menos espaço haverá para a subjetividade do julgador, já que a resposta (objetiva) será facilmente encontrada em um conjunto de razões jurídicas. Portanto, nessas condições de determinação, é fácil verificar se uma decisão está conforme as razões jurídicas ou não.

Isso considerando que uma decisão é correta porque há consenso de que ela é conforme o direito (objetividade mínima), mesmo que muitas pessoas achem o direito injusto sobre a

⁹⁶² *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

⁹⁶³ Nesse sentido, Coleman e Leiter (Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 370) afirmam que “existe uma importante ligação entre indeterminação e subjetividade”. Ou então: “presumimos que, na medida em que o Direito é determinado (como é, por exemplo, em casos fáceis), as respostas corretas devem ser objetivamente corretas”.

questão posta. Assim, as decisões judiciais tomadas em espaços de forte determinação podem ser justificadas como “conforme o direito” ou “corretas”⁹⁶⁴. E os recursos poderão aproximar a decisão dessa direção objetiva.

Dessa forma, quanto mais determinado for o direito, mais será possível a aferição da correção da decisão. Logo, poderá ser dito com maior grau de certeza que uma decisão é ou não correta; é ou não conforme o direito. Ou seja, que uma decisão pode ser checada em relação às suas condições de veracidade. Ou ainda, que é correta porque as *peessoas* (o grupo social) acreditam que seja (objetividade mínima) e não porque *o juiz* acha que é.

Mas o vice-versa se aplica a esta conclusão: “como no jogo de xadrez, se não combinar com o adversário (...), as pedras pretas podem contra-atacar”⁹⁶⁵. O que isso quer dizer? Que uma solução simplista – que dissesse que, por isso, o direito brasileiro é objetivo – seria mais fácil. Porém, não se pode negar que a decisão judicial, conforme amplamente demonstrado, em muitas situações não estará fortemente condicionada pelas razões jurídicas. É dizer, muitas vezes (embora não pareça ser a maioria), a inexistência de consenso social acerca do que é uma decisão

⁹⁶⁴ Aqui a referência à decisão correta diz respeito à condição da decisão (se ela é *conforme ao direito*), e não de sua justeza (se ela é justa ou não). Entretanto, admite-se que possa haver certa confusão conceitual a respeito dessa distinção, já que o direito “injusto” não deve, em tese, ser direito. O sentido utilizado, contudo, diz respeito a decisões que estão em conformidade com as escolhas legislativas (constitucionais ou não). Uma decisão pode ser considerada injusta por alguns, mas absolutamente em conformidade com o direito. Dois exemplos podem ser postos. *Primeiro*, imagine uma situação concreta de uma família de trabalhadores de baixíssima renda que tivesse perdido sua moradia e vivesse há três anos em um barraco instalado em um terreno abandonado. Aos poucos todo o dinheiro picado que sobrava era empregado em mínimas melhorias da habitação. Construíram um barraco de argila. Suponha-se que determinado dia o dono do imóvel – uma empresa gigantesca que não precisa da terra e que não construirá nada lá – ingresse com ação judicial reivindicatória. A decisão ordena a desocupação do terreno para devolvê-la para o respectivo dono. Esta decisão será conforme o direito, mesmo que muitas pessoas não concordem com a justiça de seus efeitos. A sociedade concorda que há direito de propriedade, mesmo que possa achar injusta a decisão etc. *Segundo*, a carga tributária nacional onera substancialmente o consumo. Com isso, as pessoas de mais baixa renda sofrem muito mais o peso tributário que as classes mais favorecidas. Mesmo que isso seja injusto, as decisões judiciais não permitirão que algum mercadinho em zona de baixíssima renda deixe de pagar tributos para reduzir os preços finais ao consumidor. A tributação sobre os produtos do mercadinho é a mesma que de um mercado pequeno nas zonas abastadas das cidades. Injusto, mas legalmente correto. Sendo assim, decisões como estas podem ser injustas segundo muitas pessoas, mas também elas poderão dizer que são conforme o direito.

⁹⁶⁵ A referência é à “violenta partida entre Palme e Michel, jogada em Berlim, em 1938, abertura Zukertort-Reti. Após sacrificar um cavalo em troca de três peões e um ataque vigoroso, no 10º lance as brancas esgotaram suas forças. Resultado: o contra-ataque preto foi simplesmente devastador, conduzindo à derrota branca em poucos lances”. BECKER, L. A. *O dilema dos litigantes:...*, op. cit., p. 105.

correta – conforme o direito – resulta na ausência, à primeira vista, de um padrão objetivo que informe sua correção ou incorreção⁹⁶⁶.

Em outras palavras, existirão decisões judiciais cujas conclusões não serão minimamente justificáveis segundo padrões de objetividade consensual (mínima, portanto). Então, nestes casos, elas serão justificadas (e objetivas) pelo «procedimento» e pela «autoridade» de quem as profere, não por padrões de correspondência entre a decisão e o que as pessoas acham que seja conforme o direito⁹⁶⁷. Serão objetivas, nesse primeiro momento pelo padrão formal de objetividade (pacificação da jurisprudência). Mas essa noção precisa ainda ser completada pela ideia de «aceitação»⁹⁶⁸ (ou transformação, caso não seja aceita a decisão).

Assim, a objetividade segue, no primeiro momento, critérios puramente instrumentais, já que não é possível dizer o que o consenso social pensa que seja o direito nestes espaços vazios de determinação. Nestas situações, o direito será correto na medida das decisões proferidas pela cúpula judicial. Ainda assim será um padrão de objetividade, já que o direito não será correto porque *o juiz* acha que ele é, mas sim porque *o Judiciário* acha que ele é. Contudo, haverá ainda um padrão de retroalimentação da objetividade: a «aceitação social» da posição firmada pela Justiça. E caso não haja aceitação, pode a sociedade promover a transformação ou modificação da posição judicial exarada.

Em outras palavras, caso a sociedade (com todas as configurações de poder formal e informal que lá existam) discorde ou passe a discordar da decisão tomada, formulando um

⁹⁶⁶ Com isso, se afirma que em situações em que as razões jurídicas sejam fracas e, ao mesmo tempo, em que haja dissenso social acerca *do que diz o direito* para determinada situação. A aferição da objetividade do direito fica comprometida segundo a concepção de objetividade mínima que ora se adota.

⁹⁶⁷ Isso porque não haverá consenso social sobre *o que é o direito* em algumas situações de indeterminação. No *extremo*, se afirmaria: ninguém sabe ao certo o que é direito no caso. Se não se sabe o que o direito prevê em determinados casos não é possível aferir a correção da decisão sobre eles.

⁹⁶⁸ Nesse sentido, Cláudio Michelin Júnior (*Aceitação e objetividade:...*, op. cit., p. 134-136), assevera que uma determinada regra é aceita não pelo resultado de sua deliberação (ou mesmo de sua correção metafísica no sentido absoluto), mas sim pelo fato de que “partilhamos da mesma forma de vida” dos mesmos anseios sociais, sentimentos, interesses etc.

conceito do que é (ou deve ser) o direito de forma diversa da posição tomada, poderá mudar a posição tomada⁹⁶⁹.

Dessa forma, defende-se que o direito brasileiro é objetivo, segundo uma «objetividade mínima com aceitação». Sendo assim, o conceito de objetividade não é independente de nossas crenças ou perspectivas, “é ele próprio, parte de nossa perspectiva”⁹⁷⁰. O que não importa dizer que o direito de *terrae brasilis* não é afeto à subjetividade, ou que exorciza da decisão judicial qualquer espécie de pessoalidade, política, relações etc.

Então, a verdade ou correção, diante de padrões autos de determinação, se dá porque (A) «a maioria das pessoas acha que tal decisão é conforme o direito», já quando se está diante de zonas de indeterminação, a verdade estará na decisão legitimada (B.1) pelo «procedimento» e pela «autoridade» formal dos órgãos judiciais e, ao mesmo tempo, (B.2) pela «aceitação social» da posição tomada.

É tempo, portanto, de se tratar das «ascensões de subjetividade» do julgador sobre a decisão judicial (e, por consequência, sobre o direito). É possível se dizer que “todas as concepções de objetividade – forte, modesta, mínima – envolvem eliminar [ou tentar eliminar] a dependência de alguma entidade ou propriedade diante de elementos de nossa *subjetividade*, como nossas crenças, preconceitos, ideologias e características pessoais”⁹⁷¹. Porém, inevitavelmente há espaços de (maior) subjetividade no direito.

Nessa medida, Jerome Frank já dizia em sua época que existiam classes de subjetividade em que “o objetivo” não aparece e que algumas das quais não poderiam ser afastadas da própria

⁹⁶⁹ Seja legislando, seja alterando a Constituição ou, até mesmo, promulgando outra Carta.

⁹⁷⁰ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade:...*, op. cit., p. 138.

⁹⁷¹ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 399.

humanidade⁹⁷². Talvez ele tenha razão, pois parecem existir alguns espaços de subjetividade latente à decisão judicial que não podem ser afastados do procedimento decisório.

A escolha judicial parece ter quatro momentos, cada qual com maior ou menor afeição à subjetividade, conforme disposto nas notas respectivas: (1º) «análise dos fatos»⁹⁷³; (2º) «escolha da premissa maior»⁹⁷⁴ (com todas as vicissitudes que lhe são próprias: subsunção silogística, analogia, ponderação de princípios etc.)⁹⁷⁵; (3º) «verificação ou checagem» (se a decisão esboçada é lógica e compatível com o sistema)⁹⁷⁶; (4º) «fundamentação» (redação)⁹⁷⁷.

⁹⁷² Entre elas estão (i) heranças sociais de diversos grupos sociais; (ii) estruturas gramaticais [ceticismo semântico]; (iii) diferentes percepções físicas [da ciência exata mesmo]; (iv) singularidades dos homens e de suas perspectivas individuais e (v) [que segundo ele pode ser confundida com a iv] limitadas e finitas capacidades de toda a humanidade. Para ele “objetivo” significa “a soma total do que provém de todas as perspectivas possíveis”. *Derecho e indertitumbre*, op. cit., p. 65-66.

⁹⁷³ Nesse momento o juiz verifica o que ocorreu, quais fatos estão provados, quais não. Como dito, existe pouca subjetividade nesse campo quando se estiver diante de um conjunto probatório robusto e significativo. Enquanto (vice-versa) diante de um conjunto probatório empobrecido, o juiz tem mais discricionariedade (leia-se: subjetividade). Uma vez identificados os fatos (premissa menor), passa-se a verificar a norma incidente (premissa maior). Em alguma medida, o juiz precisa olhar o processo, observar o pedido, os fatos alegados para, então, buscar qualquer orientação primária sobre a norma a incidir.

⁹⁷⁴ Concorde-se com Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*:..., op. cit., p. 66) quando afirma que em qualquer decisão judicial o julgador prepara “elementos para formar uma premissa maior, uma premissa menor e uma consequência. Vale dizer, diante das circunstâncias do caso concreto, qualquer norma termina por assumir uma formulação hipotética”.

⁹⁷⁵ Às vezes a ordem pode ser invertida, ou seja, o juiz pode partir da lei já indicada pelos advogados na petição e verificar se os fatos se subsumem a ela, com isso permitindo a produção de seus efeitos. Como também já dito, na aplicação de princípios normalmente haverá maior subjetividade, salvo se houver relevante consenso social acerca da justeza de determinada aplicação (maior determinação moral: o que reflete em maior peso a determinado princípio), ou se houver fortes razões jurisprudenciais que já tenham aplicado princípios sobre fatos semelhantes (maior determinação jurídica). Nestas situações, o direito será objetivo em uma medida relevante, mesmo na aplicação de princípios; e vice-versa. Segundo Posner (*Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 334), “em qualquer caso, uma vez que nos dermos por satisfeitos com a correta derivação do conceito, podemos passar ao uso do raciocínio lógico para aplicá-lo a fatos específicos”.

⁹⁷⁶ Isso pode se dar conjuntamente com a escolha da premissa maior ou ainda no momento da fundamentação. Mas o destaque é no sentido de que em algum momento o magistrado verifica se a decisão dele está compatível com a jurisprudência e, em alguma medida, com a doutrina. Mas essa parte de pesquisa ou checagem pode ser delegada aos assessores.

⁹⁷⁷ Tanto a fundamentação é um estágio posterior da escolha judicial que ela foi a primeira a ser delegada para os assessores. Nesse sentido, ver POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 75; 79. A realidade do direito é outra que a observada no século passado. As peças processuais dos grandes escritórios não são redigidas pelo experiente advogado que leva o nome da sociedade: ele somente supervisiona e direciona o trabalho dos advogados menos experientes. No caso “da redação de votos e sentenças, ocorreu uma evolução análoga”: de redator de decisões judiciais, o juiz passa a ser revisor ou supervisor da redação de peças (ou alguém acha que o juiz faz sozinho centenas de milhares de despachos, decisões, audiências, sessões, etc.?). Isso é reflexo da produção industrial do direito. “Um dia talvez a profissão acabe reconhecendo um tipo de mestre juiz, que faz aflorar, de um grupo de assessores, um produto extraordinário, em vez de tecer cuidadosamente seus próprios votos e suas próprias sentenças”. POSNER, Richard A. *Para além do direito*, op. cit., p. 72-73. No sentido de que o magistrado somente

Então, se assim for, o processo de tomada de decisão judicial tem alguns aspectos mais afetos à «subjetividade» ou «discrecionabilidade» (leia-se aqui: simples escolha⁹⁷⁸) e muitos outros afetos a «escolhas objetivas» (lógica silogística se a norma for clara e os fatos também, aplicação de precedentes pacificados etc.). Mais ainda falta analisar como as influências extrajurídicas se colocam nesse cenário.

Tudo o que foi apresentado no capítulo 2 permite assumir que a decisão judicial não é insuscetível de ser influenciada pelas pré-concepções do juiz ou por elementos externos a ele (mídia, opinião pública, relações com advogados, política etc.). Descendo a alguns detalhes sobre a interação das influências com os espaços de subjetividade, pode-se dizer:

Primeiro. A influência pessoal do julgador, suas pré-compreensões, sua ideologia, sua tendência pró-Estado, pró-contribuinte ou pró-condenação é impossível de ser afastada da decisão específica que proferirá. Mas isso não parece ser um motivo para julgá-lo parcial. Cada pessoa tem uma forma única de ver o mundo e o próprio direito. Porém, em grau de recurso é possível afastar ou minimizar bastante essas influências, já que o julgamento será realizado por um colegiado e por pessoas diferentes do juiz que proferiu a decisão recorrida⁹⁷⁹.

Segundo. Não são todas as demandas judiciais que são afetadas a todas as citadas influências externas. A influência da mídia e da opinião pública, por exemplo, somente existirão em um conjunto mínimo de processos, notadamente na esfera penal (já que estes casos dão mais “Ibope”) e em causas que tratem do interesse de todo o país, de uma região ou de um grande

revisa e orienta a fundamentação redigida de fato pelos assessores, ver também POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 106.

⁹⁷⁸ Claro que, em alguma medida, estas escolhas estão embasadas em alguma posição jurídica, ainda que não seja a única. Algumas das quais nem mesmo serão fundamentadas, como a opção pela analogia ou pela argumentação de princípios. O juiz, diante da ausência de regra específica, escolhe qual *topoi* utilizar.

⁹⁷⁹ Mesmo no que se refere à subjetividade do pensamento de um relator (ou sua visão de ver o mundo e o direito), que poderia sobrepor-se à subjetividade do juiz, em uma simples substituição de subjetividades, ainda assim o direito tem formas de reduzir essa subjetividade, notadamente pela própria composição colegiada dos tribunais. No caso, sempre haverá um revisor. Assim, mais pessoas são capazes de afastar a subjetividade.

número de pessoas. Isso se dá, sobretudo, no controle concentrado realizado pelo STF, em algumas ações civis públicas (que podem despertar o interesse da mídia local), em reintegração de posse de área com muitos invasores, etc. Assim, a mídia e a opinião serão potencialmente influenciadoras da decisão somente se existirem no caso concreto. O mesmo ocorre em relação a cada uma das influências.

Mas se ocorrerem e se realmente influírem na posição do magistrado, então se estará diante de decisões que são efetivamente subjetivas. Isto é, não estarão abarcadas pela objetividade (mínima com aceitação) e, por isso, poderão ser verificadas posteriormente à sua publicação. Mas tudo dependerá da capacidade probatória para tanto.

Terceiro. Mesmo nos casos em que existem pressões externas em determinado sentido decisório, é possível que as influências não sejam significativas a ponto de modificar a decisão. Como, por exemplo, em situações de desembargadores egressos do quinto constitucional: em relação a muitos magistrados, inclusive muito provavelmente à maioria deles, a dívida de gratidão para com o ex-colega que o ajudara na campanha para o cargo não será capaz de retirar sua imparcialidade. O respeito e a deferência podem ocorrer, mas isso não necessariamente será capaz de influir de forma determinante para a decisão. Não obstante, conforme demonstrado, há fortes indícios de que tal situação possa realmente ser relevante para a decisão, seja no critério tempo de tramitação da demanda ou mesmo na própria definição do mérito se o julgador não estiver convicto no sentido contrário.

Diante desse potencial de parcialidade é que se recomenda que o magistrado respectivo, se declare impedido nas situações que perceba essa potencialidade, como, por exemplo, no julgamento de uma causa de um amigo (mesmo que esse amigo figure somente como representante da parte). Sendo possível provar essas pressões externas sobre a balança da deusa

Themis, pode-se afastar o julgador por meio de instrumentos processuais como a exceção de suspeição ou a própria anulação do julgamento⁹⁸⁰.

Todavia, algumas das citadas influências extrajurídicas poderão ser percebidas e afastadas, outras não, seja por serem intrinsecamente ligadas à própria decisão (como a política decisória em algumas ações ou tribunais), seja por não serem notadas nem mesmo pelo próprio magistrado. No item 3.4, esse tema será retomado.

Mas como se dá a interação das influências extrajurídicas com a já citada objetividade mínima do direito? Ao que parece, de dois modos.

(i) «Controlabilidade das decisões que não seguirem os padrões de objetividade». Considerando que o direito pode ter uma medida de objetividade (mínima), as influências que buscam afastar a decisão desse cerco de objetividade (do que é direito, de qual a correção ou veracidade de uma proposição jurídica aplicável) poderão ser controladas em alguma medida, já que é possível saber qual o resultado minimamente esperado para a decisão judicial. Isso se dará em campos em que seja possível dizer qual a veracidade da proposição ou do conjunto probatório. Nesse contexto, os recursos servirão para aproximar a decisão do que é minimamente esperado⁹⁸¹.

No capítulo 2 asseverou-se que a decisão judicial, ou melhor, a própria escolha do magistrado pode sofrer influências externas que afastem a decisão da objetividade esperada. Considerando que os fatores extrajurídicos externos ao julgador (mídia, política, relações etc.) buscam pender o processo judicial para outros interesses e, por consequência, puxar a órbita da

⁹⁸⁰ Como ocorreu no citado caso de Brasília em que o a testemunha foi afastada porque aprestava *desvio* ético e moral por ser homossexual (cf. já citado REsp 154.857/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/1998, DJ 26/10/1998).

⁹⁸¹ Esses padrões de objetividade em relação a proposições jurídicas podem ser facilmente observados em determinadas matérias já tratadas em recursos repetitivos, súmula vinculante ou pacificadas pelos tribunais. Nessa medida, determinada interpretação é conhecida e aceita como sendo a correta. Sendo assim, *ceteris paribus* (tudo mais permanecendo constante) – leia-se: diante de conjunto probatório rico o suficiente que informe a ocorrência de fatos que se encaixam à posição pacificada – a decisão será materialmente controlável.

decisão judicial para fora do quadrante da objetividade esperada, os recursos podem ser a arma mais potente contra essas subjetividades decorrentes das influências. É dizer, ainda assim o direito poderá se manter objetivo inclusive no processo específico em que ocorra a ingerência porquanto as decisões são passíveis de recurso.

Se as influências ocorrerem na única ou última instância, ainda haverá a possibilidade de o colegiado não ser afetado. Mas se os elementos de poder, relações, política etc. não forem percebidos pelos magistrados do colegiado, então a decisão conterà, para o bem ou para o mal, essa carga de ingerência externa das forças já citadas. Sendo assim, se existir uma pauta de objetividade (convenção, jurisprudência) previamente formada sobre o tema, a situação será de mera controlabilidade da decisão e de afastamento das subjetividades/influências.

(ii) «Controlabilidade da própria decisão que fixa os padrões de objetividade».

Ao contrário, se se estiver diante da própria decisão que firme o sentido da objetividade de determinada interpretação (controle concentrado, súmula vinculante, recurso repetitivo, pacificação da divergência em tribunais, uniformização de jurisprudência etc.), as interferências, por assim dizer, de poder, caso existam e sejam relevantes para a decisão, farão parte da própria correção interpretativa⁹⁸². Cabendo à sociedade dizer, ainda que de forma tácita, se aceita a interpretação nesse sentido ou não (aceitação ou transformação).

* * *

Em ambas as hipóteses, o véu que impede que as influências extrajurídicas sejam notadas pode estar contido nas provas, na indeterminação das razões jurídicas ou na insinceridade da fundamentação exposta. Logo, quanto mais for possível expor estes espaços, mais clara e efetiva será a controlabilidade das interpretações, seja no que se refere ao controle de uma

⁹⁸² Lembre-se dos exemplos da União fixando a interpretação sobre a constitucionalidade da Cofins nos anos 90 ou as decisões em suspensão de segurança, ambas citadas no item 2.4.3.2.

decisão específica (trazendo-a para o círculo de objetividade), seja no que diz respeito à própria criação/aceitação da objetividade (mínima) acerca de determinada interpretação.

Até aqui, é possível concluir que, quanto mais determinado for o direito (sobretudo no que se refere à pacificação jurisprudencial da interpretação de proposições jurídicas), mais poderá ser controlado segundo sua objetividade. O mesmo vale para a fundamentação, quanto mais sinceras forem as motivações, mais controláveis serão as decisões do poder (Judiciário).

Isso é dito sem a ingenuidade de acreditar na possibilidade, nem mesmo teórica, de extirpação da subjetividade do sistema jurídico, uma vez que é intrínseco à decisão um grau de discricionariedade motivada, de subjetividade. Afinal, o direito é feito, e sempre será (a não ser que no futuro nossos julgadores sejam máquinas avançadas de inteligência artificial), de pessoas: sujeitos, subjetivos em sua própria existência. Portanto, não é possível afastar por completo a subjetividade do sistema: o magistrado é um ser humano que vive, pensa, sofre, ama, sente medo, apaixona-se etc., ou seja, é gente.

Sendo assim, sempre persistirão situações de indeterminação e de subjetividade. Por isso, constatações como essas continuarão coabitando o cenário jurídico: “em um caso difícil, um juiz não chega a um ponto em que diz ‘se me acabou o direito, eu devo legislar’”, ele simplesmente toma a decisão⁹⁸³; ou “muitas vezes as normas, justamente as constitucionais, não fornecem nada mais que pontos de referência de concretizações possíveis”⁹⁸⁴; ou ainda: “o termo ‘interpretação’ é tão elástico (...) que frequentemente é um disfarce para encobrir a discricionariedade do juiz e não um guia para a tomada de decisão”⁹⁸⁵.

⁹⁸³ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 102.

⁹⁸⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, op. cit., p. 23.

⁹⁸⁵ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia de direito*, op. cit., p. 43.

3.3.3. Objetividade mínima com aceitação: a solução proposta

Como se disse, a legitimação do direito unicamente pelo procedimento pode permitir a conclusão de que o juiz pode ser a medida da correção do direito. O que pode deflagrar a conclusão de que alguma forma de subjetivismo metafísico impera na produção da decisão judicial. Mas há de se lembrar que, seja por argumentos políticos⁹⁸⁶, seja por fundamentos filosóficos⁹⁸⁷, é desejável que o subjetivismo seja reduzido ou afastado da prática jurídica.

Nessa paisagem, qual é a concepção de objetividade que pode ser aceita pelo direito nacional sem que seja ingênua o bastante para pensar que a prática será absolutamente objetiva ou que, por outro lado, não haverá ingerências subjetivas de toda sorte sobre as próprias concepções de correção do direito? Parece-nos que a objetividade mínima é a única que admite explicar a prática jurídica com alguma proximidade de como ela realmente é.

É por isso que tanto esta tese como o trabalho monográfico de Michelon Jr. chegam à conclusão de que a medida da objetividade possível para o direito depende, de algum modo, da convenção social. Vale dizer, que a «objetividade mínima» é uma forma de explicação para a prática judicial que permite compatibilizar os anseios jurídico-políticos da República brasileira. Em suas palavras, “o ponto central dessa nova concepção de objetividade é a constatação de que a objetividade depende, em certa medida, de nós mesmos”⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Conforme já citado, a própria opção política (e Constitucional) pela organização estatal na forma de um Estado Democrático de Direito.

⁹⁸⁷ “Para que a coerção seja justificada, ela deve ser empregada para aplicar respostas que são geralmente corretas, não apenas respostas a que os juízes chegam”. COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 386.

⁹⁸⁸ E continua: “Mesmo noções aparentemente independentes de nossa experiência, inclusive a noção de objetividade, são determinadas pela nossa experiência (e aqui parecemos defender uma tese empirista, mas não). (...) Da mesma forma, nos deixamos convencer de que a afirmação ‘eu tenho um direito’ é verdadeira porque este enunciado foi elaborado conforme as regras que aceitamos. Essa aceitação de uma regra não é resultado de uma deliberação, mas resultado do fato de que partilhamos de uma mesma forma de vida [anteriormente fez referência à concepção de Wittgenstein sobre o termo]. (...) Partilhar a mesma ‘forma de vida’ significa partilhar interesses, sentimentos, senso de humor, a noção do que é ou não similar a que, o que é perdoável ou não, (...). [S]empre vai apelar ao final para uma regra aceita que determina o que é objetivo e o que não é objetivo”. MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*:..., op. cit., p. 136-137.

Para Cláudio Michelin Jr.,

A consequência de que em uma justificação não ocorra um tal apelo a uma regra que faz parte de uma forma de vida é a ineficácia dessa justificação. É no sentido de que a justificação da objetividade depende em certa medida dos sujeitos, mais isto não significa que os sujeitos possam de alguma forma dispor do conceito de objetividade. (...) é muito parecido com uma congruência de subjetividades⁹⁸⁹.

Então, o conceito de objetividade mínima proposto por Coleman e Leiter, de que “os indivíduos não são a medida de todas as coisas, mas suas práticas coletivas ou convergentes são”⁹⁹⁰, precisa ser conjugado com a noção de aceitação de Michelin Jr. Na apresentação das ideias de Coleman e Leiter, percebe-se que sua visão sobre a objetividade mínima parte do convencionalismo, que não necessariamente diz respeito à aceitação. Além disso, suas próprias críticas a esta espécie de subjetividade demonstram que a aceitação não é o ponto de consideração, mas a convenção sim.

Michelon Jr., depois de apresentar sua noção de objetividade e de conjugá-la com a visão positivista de Hart, assevera algumas conclusões que agora são resumidas. Uma importante peça no quebra-cabeça das concepções jurídicas sobre a realidade é perceber que a modernidade empurrou a ciência jurídica para a aceitação de dois conceitos contraditórios: de que o direito é parte da experiência (fatos brutos, fenômenos sociais) e ao mesmo tempo é algo distante da própria experiência, ou seja, é próprio do mundo da razão (“irredutível ao mundo sensível”)⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ Ibid., p. 138.

⁹⁹⁰ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 380. A explicação sobre essa concepção de objetividade é complementada por um exemplo: “(...) há vários predicados que são naturalmente interpretados como minimamente objetivos. Estar na moda é um exemplo óbvio. Alguma coisa é moda (objetivamente) contanto que a maioria da comunidade a trate como tal. É impossível conceber a propriedade de estar na moda de alguma outra maneira. Não faz sentido, por exemplo, dizer que um estilo de roupa está na moda e com isso querer dizer apenas que somente eu assim o considero. As mesmo tempo, não faz nenhum sentido dizer que determinar se um estilo de roupa está na moda é inteiramente independente de como as pessoas o consideram. Portanto, estar na moda não é nem puramente subjetivo nem fortemente objetivo; é minimamente objetivo”.

⁹⁹¹ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade:...,* op. cit., p. 169.

Diante disso, acredita ser possível combinar as ideias centrais do positivismo (“aquela segundo a qual a juridicidade é um fenômeno social para o qual nenhum fundamento absoluto ou transcendente é requerido”) e do jusnaturalismo (“o direito não é simples expressão da vontade ou subjetividade, fenômeno ao mesmo tempo existente e distinto dos fenômenos meramente naturais”)⁹⁹².

É então conjugando a visão de Michelon Jr. com a de Coleman e Leiter que se afirma que o direito pode ser justificado pela «objetividade mínima» com «aceitação» na medida em que conjuga *perspectivas* e *crenças* (medida das subjetividades) com uma noção de coletividade *consenso social* (medida do social) observada segundo *congruências de subjetividades* (em um somatório que não se conhece ao certo origem, instrumentos de poder, dispersão etc.⁹⁹³), somada por fim a ideia de coabitação de pensamentos divergentes (sociedade pluralista) e aceitação generalizada (em alguma medida: autoridade, aceitação/transformação).

Não obstante, a objetividade mínima também enfrenta objeções: no mínimo três segundo Coleman e Leiter⁹⁹⁴. A primeira (i) diz respeito à sua «dificuldade de expressar a possibilidade do erro global ou em larga escala». O erro global é realmente possível⁹⁹⁵, contudo, a própria existência do direito é passível desse erro, já que são as escolhas sociais (sobre todas as órbitas do poder) que criam o direito e direcionam seu prumo. Nesta visão, a própria Constituição pode ser um erro, haja vista criada pelas estruturas sociais e de poder. Sendo assim, refutar essa crítica é o mesmo que refutar a própria correção da utilização do direito para regulação da sociedade.

⁹⁹² Ibid., p. 171. Essas conclusões partem do que ele conseguiu extrair como sendo a visão de Hart sobre a objetividade do direito, em que pese ressalte que o autor nunca tratou especificamente do tema.

⁹⁹³ Com a mesma dificuldade de se identificar o que é *opinião pública*, conforme revelado no item 2.2.1.

⁹⁹⁴ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 391.

⁹⁹⁵ Vide, por exemplo, o apoio da sociedade alemã ao nazismo. Antes mesmo de assumir o controle bélico e formal do Estado, foi alimentado pela própria sociedade segundo o sentimento de nacionalismo ressentido contra a derrota na *primeira guerra* e as imposições mundiais que se seguiram.

Além disso, a refutação a essa crítica decorre também de aceitar que a visão de correção do direito (ou da decisão conforme o direito) não é construída somente pelos operadores jurídicos, mas por toda a sociedade. Nessa perspectiva, há de se ressaltar a possibilidade de efetiva alteração da interpretação jurisprudencial por meio da opinião pública (com apoio da sociedade civil organizada, mídia, manifestações etc.) e da política (legislação ou emenda à CF). Dessa forma, vislumbra-se a possibilidade de alteração da jurisprudência firmada exatamente como foi feito, por exemplo, com a lei da ficha limpa que alterou a posição pacificada do Supremo Tribunal⁹⁹⁶. É a não aceitação (ou transformação/modificação) relevante de uma decisão legitimada pelo procedimento e pela autoridade.

A segunda (ii) diz respeito à sua «incapacidade de explicar a discordância racional que não seja solucionada pela convenção». O próprio exemplo utilizado pelos autores (a moda) responde essa formulação: é sempre possível discordar racionalmente do que é moda⁹⁹⁷. Ou seja, não será sempre possível dizer de forma objetiva o que é direito (e qual é a decisão correta). Dois argumentos refutam esse ponto: (a) o direito é uma prática social e, como tal, não necessita ser

⁹⁹⁶ A lei da ficha limpa teve origem em projeto de lei encaminhado com mais de um milhão de assinaturas. A posição do STF sobre o alcance do princípio da presunção de inocência (vide HC 84078) foi firmada no sentido de que os efeitos diretos e «indiretos» da condenação somente podem incidir após o trânsito em julgado [final mesmo, após a última das últimas decisões no último recurso existem: desculpe o pleonasma]. Esta posição estava pacificada no âmbito da Corte. Ocorre que a referida lei modifica esta posição na medida em que permite a produção de efeitos negativos a um réu (acusado – ainda não condenado, portanto) após o julgamento de segunda instância. Leia-se: antes do trânsito, antes do prazo determinado pelo STF para que uma decisão condenatória pudesse cumprir seus efeitos (direitos ou indiretos). Mas a lei da ficha limpa era um forte anseio social de moralização do Brasil em busca de um *basta* (ou diminuição) para a corrupção arraigada no seio do poder (a famosa cultura do «jeito», cf. item 2.3.1). Tanto que foi aprovada mesmo em contrariedade [hipotética: diga-se] aos interesses dos parlamentares (ao menos dos caciques que nunca quiseram mudar esse cenário). Ocorre que esta lei modificou a interpretação constitucional da presunção de inocência para as hipóteses que estabelece. Fez, assim, a Constituição e o direito pensarem de outra forma.

⁹⁹⁷ Se uma prática social é reconhecida fortemente como algo que está *na moda* (como as sandálias havaianas, por exemplo), então é muito difícil que alguém possa dizer que essa prática não esteja *na moda*. É dizer, pode-se discordar dos seus termos (do motivo porque as pessoas usam as sandálias de borracha) ou de ser ela boa (bonita, retrógrada etc.), mas dificilmente alguém discordará racionalmente de que a prática reconhecida por um grande número de pessoas não esteja *na moda*. Já modas menos difundidas podem gerar dúvidas racionais acerca de tais práticas estarem ou não *na moda*. Com o direito ocorre o mesmo, em situações fortemente determinadas é difícil que se diga que não há uma visão sobre o que é direito, e por consequência qual seria a decisão correta (verdadeira). E vice-versa.

racionalmente explicada; muitas decisões sociais serão irracionais e (b), principalmente, a legitimação da decisão se dá pela autoridade e pelo procedimento. Conforme já demonstrado, nos espaços em que não seja possível explicar racionalmente qual é a decisão correta, então a decisão certa será aquela que for, no primeiro momento, pacificada pelos tribunais e, no segundo, aceita pela sociedade.

A terceira (iii) crítica de Coleman e Leiter diz respeito ao «problema da ideologia dominante». Esse sim é um problema substancial não somente para a teoria jurídica, mas para a própria academia e para a sociedade brasileira: uma das mais desiguais do mundo. Um dos fortes argumentos que se vale acerca da manutenção das ideologias é de que “os juízes geralmente são homens brancos e bem sucedidos”⁹⁹⁸. Isso é verdade. Contudo, é preciso olhar para o fenômeno por inteiro. Os juízes irão interpretar, sobretudo, leis legitimamente promulgadas, muitas das quais tem alta densidade normativa... são determinadas... retoma-se assim os argumentos de que na grande maioria dos casos a determinação do direito afasta esse problema.

Há ainda o espaço de indeterminação (e de ausência de objetividade, ou de veracidade da interpretação). Mas não se acredita que no Brasil esse seja um problema que afete gravemente o Judiciário, já que se está diante de um país com vasta produção legislativa, um verdadeiro *civil law analítico* (e não sintético). Nesse cenário, o problema de ideologia dominante é mais afeto à produção legislativa que à judicial. Como dito, o espaço de ausência de determinação não é o mais significativo a ponto de ser um problema a reprodução da ideologia dominante nesses espaços. Todavia, a manutenção da desigualdade social é ainda um problema sem solução.

Diante dessas considerações, pensamos que seja possível a adoção da objetividade mínima para justificar a prática judicial brasileira. Aceitá-la não importa em dizer que o direito é

⁹⁹⁸ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 391. Isso não vale somente nos EUA, mas se encaixa perfeitamente na realidade brasileira.

subjetivo, ou que o juiz é a medida para a correção da decisão judicial. A «objetividade mínima» nega o subjetivismo na medida em que “nega que o mundo seja exatamente como qualquer pessoa considera que seja, é [portanto] essencialmente objetivista”⁹⁹⁹. Mas aceita a interação de elementos subjetivos, já que tem como ponto central “a constatação de que a objetividade depende, em certa medida, de nós mesmos”¹⁰⁰⁰.

Por fim, a ideia de «aceitação» (e de transformação, que lhe é intrínseca) ainda precisa ser mais detalhada. Apesar de a objetividade mínima ser formada pela convenção social (convergência de subjetividades), essa noção é temperada *cum grano salis* pela aceitação, na medida em que esta percepção afasta noções de completa uniformidade ou de imposição autoritária (seja pela maioria, seja pelo Estado). Permitem-se com isso as divergências (racionais ou não: políticas, minoritárias etc.) acerca do próprio conceito de objetividade determinado pelo Judiciário, bem como a possibilidade de transformação ou modificação da interpretação pacificada.

Isso pode ser justificado tanto teoricamente, quanto dogmática ou politicamente. Explica-se. Há valores fundamentais na Constituição brasileira, como, por exemplo, igualdade, dignidade, democracia. Em relação a este último, em seu aspecto substancial, vale lembrar que atualmente é aceito (minimamente objetivo, portanto) que os direitos da minoria não podem ser sufragados pela maioria das pessoas. O que reflete dizer que a objetividade nunca poderá ser hegemônica no sentido de sufocar os pensamentos contrários: da academia, da doutrina, da mídia, da opinião pública etc.. Ou seja, que percepções minoritárias não podem ser abafadas, já que a concepção de objetividade não pode ser entendida unicamente por um convencionalismo isolado. Sendo assim, nenhum pensamento do que é correto ou do que o direito poderá ser imposto, nem

⁹⁹⁹ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, op. cit., p. 380.

¹⁰⁰⁰ MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade*:..., op. cit., p. 136.

mesmo pelo próprio Supremo Tribunal Federal. A aceitação social faz parte do próprio conceito de objetividade ora proposto.

3.3.4. Conclusões parciais

As influências de natureza intrínseca ao julgador (pré-compreensões, pré-concepções, ideologia) estarão, em maior ou menor medida, presentes na construção da decisão judicial. Fazem parte de uma subjetividade intrínseca à decisão judicial. As influências de natureza externa ao julgador (mídia, opinião pública, relações pessoais, política, pressão institucional etc.), por sua vez, podem estar presentes na construção da decisão judicial. Sua presença como elemento potencialmente influenciador da decisão dependerá da espécie de ação, sua relevância etc. Algumas das quais poderão ser minimizadas, controladas ou afastadas, enquanto outras, não; são intrínsecas ao próprio processo decisório.

Contudo, a presença de elementos de subjetividade na decisão judicial não impede que se possa avaliar se o direito é ou não objetivo em algum aspecto. Isto é, mesmo as decisões sendo construídas com participações e ingerências subjetivas, o direito pode ser objetivo na medida em que sua correção não está no que *o juiz* acha que é certo, mas no que *as pessoas* acham que é.

Diante dessa perspectiva, se propôs a objetividade mínima como justificção possível para a objetividade do direito. Se para a objetividade mínima uma proposição jurídica é verdadeira quando as pessoas acreditam que ela seja, então o direito será objetivo na medida da aceitação de uma dada interpretação pela comunidade jurídica, pela comunidade política, pela opinião pública, pela sociedade...

A discordância da comunidade jurídica pode referendar fortes críticas que modifiquem ou transformem a interpretação para o futuro, não a interpretação já determinada em uma dada decisão, mas a formulação da jurisprudência para o futuro. A discordância da política

governamental e partidária (e dos grupos de pressão) pode resultar na superação da jurisprudência firmada, com novos textos legislativos ou constitucionais que demonstrem claramente que a interpretação sobre determinada norma não foi correta em sua visão. A discordância da opinião pública, sobretudo com o apoio da mídia, pode significar o desprestígio de determinada interpretação, sendo capaz de influir na modificação futura de uma dada posição ou interpretação¹⁰⁰¹.

Dessa forma, o direito brasileiro é objetivo na medida da subjetividade dos operadores das interpretações da cúpula do Judiciário (controle concentrado, súmula vinculante, recurso repetitivo, pacificação da divergência em tribunais, uniformização de jurisprudência etc.). Isso, por si só, já afasta a ideia de que o direito é subjetivo: o juiz como medida da correção do direito. Some-se a isso, que esta conjunção de subjetividades formais providas de autoridade (Judiciário) é retroalimentada pela «aceitação» ou «transformação» de determinada interpretação.

Sendo assim, o direito (e a decisão judicial) pode ser objetivo segundo a visão de que: (i) a «Constituição» é a medida da interpretação¹⁰⁰²; (ii) o «Supremo e os tribunais», notadamente os superiores, são as medidas da objetividade da interpretação a partir do somatório de subjetividades de seus julgadores; (iii) a «comunidade política» (parlamentares, grupos de pressão, lobistas etc.) pode modificar a interpretação dos tribunais, seja alterando a lei ou a Constituição, seja formulando leis interpretativas; (iv) a «opinião pública» (mídia, ONGs,

¹⁰⁰¹ O julgamento do mensalão (AP 470) foi um marco nesse sentido. Tamanha foi a pressão social (midiática, sobretudo, mas também de grupos de pressão, abaixo assinados etc.) para que o STF julgasse os políticos então supostamente corruptos que isso pode ter concorrido para que se evitasse a prescrição, conforme já ocorrera em alguns outros casos. Nesse sentido, Inq 2527, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2011, DJe-216 divulg 11-11-2011; Inq 3104, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2011, DJe-080 divulg 24-04-2012; Inq 2030, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007. O tema foi tratado de forma específica nos itens 2.2.2 e 2.2.3.

¹⁰⁰² A principal matriz interpretativa de um sistema jurídico é a Constituição, mesmo que haja dissenso sobre a interpretação de determinado dispositivo constitucional. Nos casos de discordância interpretativa, a medida da objetividade da interpretação será dada pelos órgãos máximos de julgamento, sempre com a possibilidade de alteração da interpretação das autoridades julgadoras nas situações de não aceitação do posicionamento assentado, conforme itens *ii* a *vi* deste parágrafo.

manifestações – sociedade organizada ou não) pode discordar da interpretação e movimentar-se para alterá-la, seja influenciando os poderes políticos para promover alterações legislativas ou constitucionais, seja mostrando às autoridades judiciais seu erro (exercendo força para modificar a jurisprudência assentada); (v) existe uma «comunidade informal e aberta de intérpretes do direito» (não somente da Constituição¹⁰⁰³, mas do sistema jurídico como um todo) que não pode ser desconsiderada e (vi), no fim e a cabo, nenhuma «opinião interpretativa pessoal» pode ser sufragada pela decisão da maioria diante do pluralismo societal e moral (ou seja, os direitos e as vozes das minorias devem ser respeitados).

Com isso, existirá objetividade (mínima) a partir do conjunto das subjetividades dos julgadores últimos em cada competência jurisdicional desde que haja concordância (aceitação) política e social com a posição assentada¹⁰⁰⁴. «Objetividade mínima com aceitação»: conjunto de

¹⁰⁰³ Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, *passim*.

¹⁰⁰⁴ Conforme o posicionamento adotado, a visão de objetividade ora defendida se distancia da objetividade máxima ou metafísica de Kant na medida em que, aqui, não se acredita em uma um visão do direito *a priori*, independente das experiências e do mundo sensível, nem tampouco em uma lei universal. Nessa perspectiva, o próprio imperativo categórico – “Aja de acordo com uma Máxima que pode ser válida, ao mesmo tempo, como uma Lei Universal” (KANT, Immanuel. A filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 239) – pode ser questionado na medida em que não se acredita na viabilidade de uma “Lei Universal” passível de ser por todos compreendida e assimilada. É verdade que o autor supunha a existência de um mundo espiritual, mas também é certo que mesmo que seja possível supor tal existência, “como ele [reino espiritual] se afasta essencialmente da experiência, sua existência não pode ser comprovada” (RÖD, Wolfgang. *O caminho da filosofia*. Brasília: Ed. UnB, 2008, p. 233). Na presente pesquisa não se vislumbra, portanto, a verdade (ou objetividade) metafísica, transcendental, pois aqui se defende que o direito é móvel e a *verdade jurídica*, no sentido da decisão correta, será dada pelo mundo real a partir do consenso de subjetividades das autoridades julgadoras legitimadas (objetividade mínima) somado à aceitação político-social das decisões. Não há verdade jurídica única, nem tampouco uma só interpretação correta e transcendental, ou uma “Lei Universal”, mas sim uma verdade construída e aceita em determinado contexto histórico-jurídico-social. Essa crítica ao distanciamento da realidade e à abstração kantianos também é feita por Hegel. Sobre este ponto, cumpre observar a análise de Bobbio sobre sua obra (*Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil e Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991, p. 72): “os jusnaturalistas (...) não puderam fazer nada além de chegar a duas abstrações do estado da natureza e do estado civilizado, até atingirem, de abstração em abstração, aquele ‘vazio de um Estado internacional e da república universal’ [citando Hegel], em que se perdeu o intelectualismo abstrato de Kant. Assim fazendo, tornaram impossível a compreensão do movimento histórico real (...)”.

Não obstante a concordância com a crítica hegeliana, a visão ora apresentada não se encaixa na objetividade e racionalidade vistas por Hegel, apesar de se aproximar do autor 1) por também considerar os aspectos histórico-sociais como condicionantes do direito e 2) por tentar descrever o Estado (sob a ótica da decisão judicial) “não como ele deve ser, mas como é” (BOBBIO, Norberto, *ibid.*, p. 43). Hegel acredita na unidade orgânica do povo, como

opiniões subjetivas unidas pelo conjunto de decisões proferidas com respaldo de procedimento e autoridade, submetidas ao crivo sócio-político da aceitação/transformação. Essa é a solução proposta para a noção de correção do direito.

A decisão política e jurídica fundamental da nação brasileira, que construiu a Constituição mais democrática que a história já permitiu¹⁰⁰⁵, incorporou alguns valores essenciais na norma hierarquicamente superior, como a igualdade (com respeito às minorias), a democracia (com respeito às opiniões divergentes), a dignidade da pessoa humana... Esses valores máximos são sim uma fórmula interpretativa que os 11 do STF, os 33 do STJ, os 26 do TST... devem seguir.

Mas, como dito, a interpretação constitucional e de todas as normas jurídicas não é uma escolha somente dos operadores formais do direito (dos 11, dos 33, dos 26...), é formada a partir de uma «grande teia de conexões»¹⁰⁰⁶ políticas (leis, pressões etc.), sociais (anseios sociais [células tronco, cotas, homoafetividade, ficha limpa, menos corrupção, não-mensalão etc.], forças de pressão etc.), relacionais (poder estatal, oxigenação, cultura do *jeito* etc.), econômicas (crescimento, divisão da renda, concentração da renda etc.)...

“uma totalidade orgânica caracterizada por um modo particular de viver e pensar” (Ibid., p. 71). Como essa homogeneidade social precisamos discordar, sobretudo na sociedade notadamente heterogênea da contemporaneidade. Além disso, outro ponto de diferença em relação ao ora defendido é a visão hegeliana de que existiria objetividade (ausência de subjetividades ou interpretações subjetivas) e racionalidade na emanção do direito positivo: a lei. Nesse sentido afirma no § 19 que “na busca da *purificação* dos institutos reside a ideia geral de que eles deveriam ser libertados tanto de sua forma, como determinações imediatas naturais, quanto também da subjetividade e contingência de seu conteúdo, e assim ser reconduzidos à sua essência substancial. A verdade por trás dessa aspiração imprecisa é que os institutos deveriam tornar-se o sistema racional de determinação da vontade...” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do direito*. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 303). Porém, o pensamento de Hegel supera, a nosso ver, a visão kantiana na medida em que afirma que o pensamento é algo subjetivo e, não obstante isso pode observar a realidade não como uma forma universal, externa e abstrata (ibid., §§ 29-31, p. 304). Em suma, há mais distanciamentos que aproximações entre a visão hegeliana e a ora defendida acerca da objetividade do direito.

¹⁰⁰⁵ Nesse sentido, por todos PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988*:..., op. cit., 1-17; *passim*.

¹⁰⁰⁶ Essa ideia se fundamenta em Peter Häberle (*Hermenêutica Constitucional*:..., op. cit., p. 11-18), na medida em que demonstra que “existe um círculo muito amplo de participantes do processo de interpretação pluralista, processo este que se mostra muitas vezes difuso”; que os critérios de interpretação “hão de ser mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade” e que “pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...)”.

Assim se forma a objetividade do direito brasileiro, com conexões e pressões de todos os tipos, capazes de dizer, mesmo que não unanimemente o que é o direito e qual é a decisão correta (ou quais são as decisões corretas)¹⁰⁰⁷. E caso esse emaranhado de forças disformes e conformes entenda que determinada decisão não é compatível com o que se espera do direito, terá a oportunidade discordar e mudar, em alguma medida, a interpretação da Constituição e das leis vigentes.

Se assim for, o direito (e sua objetividade) é como um *rio*, não um rio que corre sobre uma margem uniforme e tranquila, mas como um rio brasileiro, com assoreamentos (como o Tietê, que quase desapareceu), pororocas (como o Amazonas, com a beleza e a violência do encontro do rio com o mar), mudanças forçadas de curso (como o São Francisco, cuja transposição pretende modificar a seca na região). Mais ainda, cujas margens são móveis e fluidas como as águas sobre as quais correm: podem ser ampliadas ou diminuídas pela força da natureza (leia-se: sociedade, política). Existem pontos fortes de objetividade (margens estáveis) que convivem com pontos fracos (margens instáveis, assoreamentos, enchentes etc.). Nestes, a autoridade e o procedimento dirão o que é direito (qual o caminho interpretativo), sempre sob a condição de aceitação sócio-política de tal emanção formal.

Isso não significa dizer que qualquer decisão é possível. Afirmar que existe mobilidade e mutabilidade na interpretação de proposições jurídicas não equivale a defender que qualquer decisão seja possível. Há e sempre haverá limites históricos, sociológicos, políticos, econômicos etc. para as decisões judiciais.

¹⁰⁰⁷ Leia-se: aceitação da decisão da autoridade. Como antes mencionado, não se acredita em uma única resposta correta para todo o direito, mas que é possível a noção de convergência de decisões, notadamente nas zonas de forte determinação jurídica. Em relação aos novos fatos e práticas sobre os quais os tribunais tenham que decidir, não haverá uma decisão correta. Mas uma decisão que deve ser tomada. Esta decisão (escolha) será legitimada em dois sentidos (i) por ter sido emitida pelo órgão competente para tanto (autoridade) e (ii) pelo procedimento (contraditório, fundamentação etc.). Sendo possível o controle concomitante à decisão (mídia, política, opinião pública; cf. caso do mensalão, p. ex.) ou posterior a ela (alteração constitucional, legislação interpretativa, novas leis, cuja iniciativa pode ser parlamentar, executiva ou popular). Aceitação, portanto.

Antes de finalizar é preciso concluir a presente tese com algumas considerações unificadoras das conclusões pretéritas: 1) existem robustas correntes teóricas que defendem a interação do direito com a realidade que o toca, não somente em sua gênese, mas também em sua aplicação judicial; 2) há diversas forças extrajurídicas que buscam influir no resultado da interpretação judicial no sentido de seus interesses; 3) essas forças podem ou não influir no resultado da decisão judicial; 4) a presença desses elementos extrajurídicos é inevitável, mas se eles realmente penderão a balança da deusa Themis para seu lado, isso é matéria que depende de ser provada em cada caso concreto; 5) dentro do conjunto de fatores extrajurídicos há elementos que são ideologicamente desejáveis (como a cobrança da opinião pública por decisões imparciais ou a fiscalização da mídia sobre decisões ilicitamente proferidas etc.) e outras indesejáveis (como a manutenção da desigualdade social em razão da defesa dos grandes escritórios de advocacia ou por meio da amizade entre advogados e magistrados etc.) e 6) esses elementos repercutem sobre os padrões de determinação, previsibilidade e objetividade do direito.

Por fim, cumpre observar que sempre que a decisão judicial pende *com parcialidade* para um dos lados da balança, seja por influências lícitas (mídia, opinião, política, relações etc.) ou por fatores ilícitos (compra de decisões, decisões previamente acertadas, corrupção etc.), deve haver instrumentos capazes de afastá-las, pois cada parte deve ser armada com meios eficazes e igualitários de afastar a parcialidade da decisão. Influências aparentemente lícitas tornam-se ilícitas quando desconfiguram a imparcialidade. É dizer, parcialidade decisória é, por si só, ilegal.

3.4. Limites às influências extrajurídicas

Para o bem ou para o mal, qualquer direito ou dever encontra limites jurídicos no ordenamento. Sendo assim, a decisão judicial (dever do Estado e direito fundamental das

peçoas) encontrará barreiras e limitações de algumas espécies. No presente item, exatamente estes limites endógenos e exógenos à decisão judicial serão estudados.

Acredita-se que ficou esclarecido ao longo da pesquisa que as influências não jurídicas – pré-compreensões e ideologia do julgador, da mídia, da opinião pública, das relações pessoais e familiares, da política etc. – que interferem (ou tem potencialidade de interferir) na tomada de decisão judicial podem ser boas ou não à sociedade e aos litigantes em geral. Não se pretendeu realizar juízo de valor sobre isso.

É preciso deixar claro, porém, que tanto decisões “boas” (tidas como justas) quanto decisões “más” (tidas como injustas) sempre encontrarão balizas e limitações no sistema jurídico. É dizer, toda a decisão judicial encontra parâmetros de contenção e controle. Em outras palavras, existem limites ao decisionismo, à arbitrariedade judicial e até mesmo às decisões “boas”. Os limites existem para permitir a convivência social pacífica (se a todos tudo fosse permitido, existiria uma balbúrdia social), por isso não há direito ou dever absoluto.

São diversos os «limites» que encontram a decisão judicial: (i) jurídicos, como ordenamento jurídico (CF, leis, normas infralegais), teorias jurídicas, filosofia(s) do direito, técnicas hermenêuticas e argumentativas... (ii) sociais, como opinião pública, mídia... (iii) políticos, como a oposições partidárias, reprovação pelo Senado de indicações à magistratura... (iv) econômicas, como a perspectiva do cumprimento material de uma decisão, análise das consequências econômicas...

Entre os limites jurídicos, encontra-se um dos mais importantes desde o século das luzes: a obrigatoriedade de fundamentação ou justificação da escolha realizada. Nas palavras de Karl Larenz,

“O desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o ser resultado haja de justificar-se como Direito, no

sentido da ordem jurídica vigente. Precisa de uma justificação, porque sem ela os tribunais só usurariam de facto um poder que não lhes compete”¹⁰⁰⁸.

Justificação esta que pode ser jurídica, econômica, social, política etc. Não importa a natureza dos fundamentos, pois, no momento em que são inseridos na decisão judicial, tornam-se elementos jurídicos porquanto foram juridicizados por este ato estatal.

Como já disse Miguel Reale, “o direito é como o rei Midas: (...) converte em jurídico tudo aquilo que toca”¹⁰⁰⁹. Isto é, os fundamentos de uma decisão judicial podem tomar como base conceitos contábeis, econômicos, médicos, odontológicos; quaisquer que sejam eles sempre se tornarão fundamentos juridicizados por terem sido inseridos em um documento jurídico (norma jurídica individual). E, como tal, poderão ser recorridos e discutidos dentro do processo¹⁰¹⁰.

Com a apresentação dos reais fundamentos decisórios, com as efetivas causas da escolha judicial, abre-se a possibilidade de discutir os fundamentos extrajurídicos dentro do processo judicial. Logo, para tanto, é necessário que os magistrados sejam sinceros em relação à exposição dos motivos que realmente deram ensejo à decisão judicial. É exatamente o que preconiza Richard Posner ao falar do «princípio da publicidade» dos reais fundamentos da decisão judicial¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 524.

¹⁰⁰⁹ *Lições preliminares de direito*, op. cit., p. 56.

¹⁰¹⁰ Recentemente tivemos a oportunidade de atuar em um processo em que o magistrado fez exatamente isso, trouxe fundamentos não jurídicos para a decisão, no caso, financeiras. Tratava-se de uma ação em que a parte autora (empresa privada) pleiteava o reequilíbrio econômico-financeiro em razão da teoria da imprevisão em contrato administrativo celebrado com a Receita Federal do Brasil. A apelação foi julgada procedente para condenar a União a pagar as fotocópias utilizadas excedentes ao montante avençado. Ocorre que, ao fixar o valor da cópia, o magistrado entendeu por bem buscar informações extraautos e as inserir na decisão. Buscou o valor da cópia no TRF1 (tribunal onde corria o processo) no ano do julgamento da ação (dez anos após a finalização do contrato em litígio). Com isso, ele juridicizou tal informação econômico-financeira externa aos autos e nos permitiu rediscutir o valor das cópias do TRF1 (tidas pelo julgador como idôneas). Dessa forma, apresentamos informações relativas aos contratos deste tribunal da mesma época em que vigorou o contrato de nosso cliente (2001). A decisão foi modificada em embargos de declaração. O exemplo é ilustrativo da juridicização das informações/fundamentos trazidos à decisão judicial. O número do processo é 2003.34.00.016662-8, JFDF.

¹⁰¹¹ *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 179-180.

Segundo ele, qualquer que seja a base da decisão tomada (jurídica ou não), o juiz deve declarar as verdadeiras razões de decidir, os verdadeiros motivos que o levaram à escolha. Além de isso promover a sinceridade processual, permite o efetivo controle da decisão pela mídia, opinião pública, políticos, sociedade, órgãos judiciais superiores etc. É, portanto, uma eficaz medida de promoção da controlabilidade decisória.

Além desse, diversos outros limitantes emolduram a decisão judicial. Com o escopo de dividi-los didaticamente, propõe-se a divisão em meios de contenção e meios de controle da decisão judicial. Os primeiros são endógenos, intrínsecos ao momento de tomada da decisão, operam durante a confecção da decisão judicial. Já os meios de controle dizem respeito a limitações externas à decisão judicial na medida em que são utilizáveis após a prolação da sentença ou decisão.

Como dito na introdução, o propósito desta tese foi de demonstrar (i) se existem relações de influência entre elementos extrajurídicos e a decisão judicial e, se isso for demonstrado, (ii) como o direito e a decisão podem ser observados, sob os enfoques da determinação, previsibilidade e objetividade. Se as conclusões precedentes estão, como pensamos, devidamente demonstradas e justificadas, então é importante, ainda que de forma breve, apresentar observações prescritivas de como são (ou *devem ser*) os limites (contenção e controle) das citadas influências extrajurídicas sobre a decisão judicial.

Conforme demonstrado no capítulo 2, o juiz, por ser *humano*, e, por conseguinte, a decisão judicial, por ser uma *produção humana*, sofrem uma variabilidade de influências, as quais podem ser mais afetadas ao próprio julgador (seu modo de ver o mundo) ou a fatores externos que pesam sobre seu ato decisório (mídia e opinião pública, relações, políticas etc.).

A conclusão parcial nessa seara foi de que as influências pessoais do julgador estão presentes em qualquer decisão judicial, mesmo que, *de coração*, ele queira afastar suas pré-

compreensões, pré-concepções, ideologia, pré(-)conceitos, aí incluído seu sentimento de *fazer justiça*. Porém, também se consignou que suas pré-compreensões e ideologia, não são a medida da correção da decisão judicial. Sendo assim, por mais que estas considerações internas sejam intrínsecas a todo e qualquer processo de tomada de decisão judicial, existem limites objetivos que a decisão não poderá ultrapassar.

Noutro enfoque, também se concluiu que a decisão judicial pode ser substancialmente influenciada por componentes que são, em alguma medida, externos ao julgador, como a mídia e a opinião pública, as relações com grandes advogados ou escritórios, o peso econômico ou político local sobre as decisões, as relações familiares, o peso político da Fazenda Pública, as relações políticas e pessoais para a nomeação do magistrado, a política decisória em algumas ações e tribunais etc.

A partir da tomada de consciência do fenômeno, demonstrou-se no presente capítulo que é possível investigar teórico-filosoficamente seus reflexos sobre três conceitos basilares da filosofia do direito: determinação, previsibilidade e objetividade. Dessa forma, concluiu-se que essas formulações ideológicas esperadas para o direito podem ser perseguidas e muitas vezes alcançadas, contudo, sem que se observe de forma ingênua a realidade posta.

É tempo, porém, de analisar em breves linhas algumas formas de contenção e controle das citadas influências não-jurídicas sobre a decisão judicial, ora de forma descritiva, ora de maneira prescritiva, com vistas à propor sugestões para a redução da subjetividade do julgador.

3.4.1. Contenção das influências extrajurídicas sobre a decisão judicial

Conforme mencionado, as contenções operam como balizas que o próprio julgador ou colegiado verifica no momento da tomada da decisão, da escolha do caminho a seguir, bem como da opção pelos fundamentos que irá expor depois de escolhido o caminho. Algumas delas são

sugeridas com vistas ao aprimoramento do processo de controle (posterior à publicação da decisão), outras com o escopo de proporcionar maior reflexão por parte do julgador. A elas.

(i) Fiscalização da mídia e da opinião pública

Nos termos debatidos no item 2.2, tanto a mídia como a opinião pública são importantes fatores de influência do processo decisório judicial. Todavia, da mesma forma que podem levar influências negativas ao processo, como a condenação prévia de pessoas sem a observação da prova dos autos ou a criação de juízos paralelos aos autos, também são capazes de realizar potente vigilância sobre processos que sofrem influências nefastas da política ou das relações pessoais, entre outras. É dizer, pode ser um veneno ou um remédio. Aqui, será ressaltada esta característica.

A mídia e a opinião pública usualmente cobram de julgadores que julguem seus processos, que entreguem justiça à população e, por vezes, que não se deixem influenciar por elementos externos indesejáveis, como a corrupção, os interesses escusos das relações etc. No mesmo item 2.2, debateu-se o caso do mensalão petista (AP 470 do STF) em que, sem dúvida, a mídia e a opinião pública, tiveram importante papel para impor ritmo ao julgamento, bem como para expor as posições de cada um dos Ministros do Pretório Excelso. Dessa forma, foram capazes de conter influências da política ou das relações pessoais ao mesmo tempo em que exerciam sua força a direcionar a velocidade do julgamento. Afinal, a sociedade pedia pelo julgamento deste caso.

Sendo assim, a mídia e a opinião pública têm, ao mesmo tempo, dois papéis sobre o direito: podem ser (i) fator de influência externa sobre a decisão e, concomitantemente, (ii) meio de contenção de outras influências.

(ii) Atenção aos julgamentos com forte pressão da mídia e da opinião pública

Conforme exposto acima e no mesmo item 2.2, a mídia exerce uma forte influência sobre o julgamento de processos de seu interesse. Então, nos termos das conclusões parciais daquele item, em casos assim, é preciso que os magistrados dispensem mais atenção às provas realmente constantes nos autos, mesmo que sua decisão venha a desagradar a imprensa e a opinião pública. Não se pode punir porque a imprensa ou a opinião pública já condenou. A própria tomada de consciência da potencialidade dessa influência – da força que esse elemento extrajurídico pode exercer – sobre um processo sob seu comando é capaz de acarretar proteção endoprocessual no processo de escolha da decisão judicial.

Em outras palavras, a forma de contenção ora proposta diz respeito à maior atenção para os julgamentos que forem acompanhados pelo interesse midiático e da opinião pública. Com isso, é possível prevenir possíveis juízos prévios de valor que o próprio julgador pode tomar a partir dos jornais que lê.

Apesar de parecer uma recomendação simples, se isso tivesse ocorrido no *Caso Escola Base* ou nos clássicos precedentes americanos já citados, é provável que os abusos jurídicos decorrentes da manipulação da informação pela imprensa não tivessem ocorrido ou tivessem sido menos prejudiciais aos envolvidos.

(iii) Publicação da agenda de despachos e reuniões de desembargadores e ministros

Conforme apresentado no item 2.3.4, em atenção aos princípios republicanos da lei de acesso à informação (Lei 12.527/2011) e em respeito aos ideais do art. 11¹⁰¹² da lei de conflito de interesses (Lei 12.831/2013), recomenda-se: «tornar pública, diariamente, na internet, a agenda

¹⁰¹² Art. 11. Os agentes públicos mencionados nos incisos I a IV do art. 2º deverão, ainda, divulgar, diariamente, por meio da rede mundial de computadores - internet, sua agenda de compromissos públicos.

de despachos pessoais de desembargadores e ministros com advogados e partes (e os processos aos quais estão ligados), bem como de sua agenda pública». Conquanto o citado art. 11 não se aplique ao Judiciário, é certo que seus ideais têm total pertinência com a matéria ora debatida.

Por óbvio, a publicação da agenda de despachos com advogados e partes e de compromissos públicos de desembargadores e ministros permite a rastreabilidade da rede de suas relações. Sendo assim, por ser um meio eficaz de controle (posterior) das influências relacionais, familiares e políticas sobre a decisão judicial, servirá, por consequência, como um potente meio de contenção. Isso porque tais magistrados se sentirão compelidos a não cederem a tais influências e julgar os processos com a independência necessária.

Além de ser um relevante meio de contenção, tal recomendação prescritiva de *lege ferenda* proporciona também a promoção do contraditório e da ampla defesa em seu aspecto material, uma vez que possibilitará à parte observar a movimentação da parte adversa em relação ao processo de seu interesse

(iv) Maior peso argumentativo em decisões de natureza política ou que aplicam princípios

No decorrer do trabalho, defendeu-se que há espaços em que existe maior discricionariedade do julgador, são os quadrantes de indeterminação jurídica (espaços vazios de direito, aplicação de princípios, concretização de cláusulas gerais, jurisprudência vacilante, legislação nova, produção e valoração da prova etc.). Também foi apontado que há decisões judiciais cuja natureza é eminentemente política e ainda aquelas em que o Judiciário adentra no espaço político por razões de razoabilidade ou de excessos do Poder.

Em todos estes campos, como o conjunto de razões jurídicas não é fortemente vinculante, há inevitavelmente um maior espaço de liberdade do julgador, visto que “a liberdade

de decisão que tem os juízes é uma liberdade involuntária”¹⁰¹³. Nesses espaços de indeterminação, o juiz tem vários caminhos a seguir, com isso concordam representantes de várias correntes jurídicas, como Kelsen¹⁰¹⁴, Cardozo¹⁰¹⁵, Hart¹⁰¹⁶, Alexy¹⁰¹⁷, Posner¹⁰¹⁸, Ávila¹⁰¹⁹, MacCormick¹⁰²⁰, Atienza¹⁰²¹, entre outros.

É nesse campo que há grande propensão para a subjetividade e, por isso, para as interferências extrajurídicas de todo tipo sobre a decisão judicial. Citando MacCormick

Existe uma faixa que vai do obviamente simples ao altamente contestável, e ao longo dessa faixa nunca se poderia avaliar com a mínima precisão em que ponto alguma dúvida quanto à ‘pertinência’, ‘interpretação’ ou ‘classificação’ poderia ser levantada de modo que abrisse caminho para a exploração de argumentos consequencialistas e argumentos de princípios e analogias.

Entre os motivos para a interpretação quanto a esse ponto, devem figurar diferenças de estilo, de abordagem e até mesmo de temperamento entre juízes diferentes¹⁰²².

Em todas as citadas situações de indeterminação, em respeito ao princípio republicano, no qual está contida a controlabilidade dos atos públicos, é necessário que a carga argumentativa apresente maior peso, maior densidade, já que se está diante de um espaço de maior prevalência da subjetividade. É por isso que, seja por razões de contenção (teste jurídico-racional da tese

¹⁰¹³ POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 20, trecho traduzido.

¹⁰¹⁴ *Teoria pura do direito*, op. cit., p. 390-391. O direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação.

¹⁰¹⁵ *A natureza do processo judicial*, op. cit., p. 28.

¹⁰¹⁶ *O conceito de direito*, op. cit., p. 351-352. “Em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto”.

¹⁰¹⁷ *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p.548-574; 611. Referindo-se à ponderação de princípios e à argumentação que a fundamenta.

¹⁰¹⁸ Em verdade, toda a sua teoria afirma essa convicção, com pequenos espaços substanciais atualmente menos evidentes em relação à aplicação da teoria econômica. Mas para citar um trecho: “Quando os métodos legalistas para tomar a decisão se tronam curtos, os juízes recorrem a crenças e instituições que podem ter um teor político, ainda que geralmente não partidário. (...) que conduzem, sem embargo, a resultados diferentes”. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 96-97.

¹⁰¹⁹ *Teoria dos Princípios*..., op. cit., p. 69, 511. A escolha acerca dos pesos relativos dos princípios é do aplicador.

¹⁰²⁰ *Argumentação jurídica e teoria do direito*, op. cit., 263-277; 337-358. “Isso não significa nem acarreta necessariamente que o direito sempre seja, ou sempre possa ser, perfeitamente determinado; ou que a razão prática possa fornecer respostas determinadas sempre que o direito deixe de estipular uma resposta” (*Idem, Ibidem*, p. XIX).

¹⁰²¹ *As razões do direito*..., op. cit., 225-226.

¹⁰²² MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, op. cit., p. 259.

estabelecida na decisão) ou de controle (possibilidade de verificação da fundamentação exposta), defende-se a obrigatoriedade de maior rigor técnico com relação à argumentação exposta¹⁰²³, a qual deverá ter maior atenção do magistrado. Não se pode simplesmente dizer, por exemplo, que tal situação é desarrazoada, mas sim apresentar todos os motivos que levaram a esta conclusão.

Quando mais aberto (indeterminado) for o direito, mais ponderação, reflexão, responsabilidade deve ter o julgador para tomar uma decisão. É por isso que se defende que nesses casos pesa sobre o julgador um ônus muito mais significativo de argumentação, de fundamentação. Ele precisa explicar detalhada e consistentemente os motivos que o levaram à decisão, com base em fatos, fundamentos jurídicos, princípios, consequências, etc.

(v) Interpretação, metódica, racionalidade, lógica e todo o conjunto de razões jurídicas

A interpretação “frequentemente é um disfarce para encobrir a discricionariedade do juiz, e não um guia para tomada de decisões”¹⁰²⁴. Verdade! Porém, mesmo assim e ao mesmo tempo, ela também serve como um limitador (contenção) do processo decisório, uma vez que, apesar de haver diversos métodos hermenêuticos, de integração ou justificação, tais condicionantes vedam interpretações absurdas. Ou seja, um mínimo de racionalidade e lógica jurídica deve ter uma decisão judicial.

¹⁰²³ É importante observar que há diferença não somente na carga ou no peso da argumentação em tais situações de indeterminação. Existe diferenças também no que respeita à justificação adotada na aplicação de regras e de princípios. Conforme ensina Humberto Ávila (*Teoria dos princípios*:..., op. cit., p. 73-76), a natureza da justificação é diversa em relação às normas citadas. No caso das regras, “como há maior determinação do comportamento em razão do caráter descritivo ou definitório do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de *correspondência* da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte”. Já no caso dos princípios, “o elemento descritivo cede lugar ao elemento finalístico, devendo o aplicador, em razão disso, argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de *correlação* entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido.

¹⁰²⁴ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 43.

Interpretação é, basicamente, “uma explanação do significado de seu objeto”¹⁰²⁵; “é a elucidação de um significado”¹⁰²⁶; “é um processo de criação de significados, e tornar um texto específico e concreto é uma maneira importante (e muito comum) de compreender ou expressar seu significado”¹⁰²⁷; “é uma atividade humana natural e intuitiva”¹⁰²⁸. Mas “sabemos que toda interpretação é também, até certo ponto, uma tarefa criadora do sujeito que compreende”¹⁰²⁹.

Por isso, a *aplicação* de uma norma jurídica em concreto exige mais que sua simples interpretação, necessita de um trabalho hermenêutico de *ajustamento* entre normas e fatos, onde “se fundem, necessariamente e inseparavelmente, a *compreensão*, a *interpretação* e a *aplicação* e modelos jurídicos”¹⁰³⁰. Nesse campo, o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto – é a identificação do âmbito da norma, para usar a expressão de Müller. Em outras palavras, a interpretação é considerada uma atividade intelectual que tem dupla finalidade: encontrar o sentido da norma e tornar possível a aplicação de enunciados normativos a situações da vida¹⁰³¹.

Contudo, no campo interpretativo, a possibilidade de escolha do método e de seu manejo pelo intérprete é guiada por sua *pré-compreensão*, o que acaba “condicionando, se não mesmo determinando, o conteúdo das decisões”¹⁰³². Dessa forma, a escolha do método se traduz muito mais pela preferência do intérprete (discricionariedade, portanto), por isso as metodologias utilizadas precisam ser adequadamente justificadas¹⁰³³. Em suma, não há um método pré-

¹⁰²⁵ MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*, op. cit., p. X.

¹⁰²⁶ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*, op. cit., p. 247.

¹⁰²⁷ FISS, Owen. *Um novo processo civil...*, op. cit., p. 278.

¹⁰²⁸ POSNER, Richard. A. *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 218, tradução nossa.

¹⁰²⁹ LARENS, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, op. cit., p. 521.

¹⁰³⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Elementos de teoria da Constituição...*, p. 64.

¹⁰³¹ COELHO, Inocêncio Mártires. In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007, p. 49

¹⁰³² *Idem*, Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, ago. 2001, p. 28.

¹⁰³³ Nesse sentido, MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação, op. cit., p. 227.

determinado, é o intérprete que fará a escolha do(s) método(s) que mais se compatibilizem ao caso concreto.

É nesse contexto que se pode afirmar que, a princípio, as formas interpretativas existentes (cânones hermenêuticos) podem dar conta de *resultados racionais*; porém, não de um só resultado, mas de vários resultados racionalmente alcançáveis. Isso se dá, seja pela existência de diversos métodos interpretativos¹⁰³⁴, muitos deles conflitantes entre si, seja pela possibilidade de livre escolha do intérprete pelo método ou ainda pela possibilidade do uso concomitante de métodos diversos¹⁰³⁵. Sendo assim, não há possibilidade (nem mesmo teórica, segundo acreditamos) de existência de um resultado único decorrente do processo interpretativo de uma norma jurídica. Não obstante, todos os resultados devem ser racionais, lógicos.

Sendo assim, a metódica, a racionalidade e a lógica fazem parte da primeira linha de condicionantes da decisão judicial, já que impedem decisões que sejam subjetivas ao ponto de não poderem ser justificadas por tais premissas. Elas impedem o que o Min. Ayres Britto chamou de “salto triplo carpado hermenêutico”¹⁰³⁶. Mas não somente a metódica, a racionalidade e a lógica contém as decisões judiciais, mas sim todo o conjunto de razões jurídicas. Conforme asseveram Coleman e Leiter, este conjunto

é uma função de dois elementos: (i) o conjunto de *fontes jurídicas* válidas e obrigatórias e (ii) o conjunto de *operações interpretativas* que podem ser legitimamente executadas

¹⁰³⁴ Só no campo da interpretação constitucional, Inocêncio Mártires Coelho (In: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 90-103) destaca nada menos que seis métodos interpretativos diferentes: *jurídico* ou *hermenêutico-clássico*, *tópico-problemático*, *hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual*, *normativo-estruturante* e *da comparação constitucional*.

¹⁰³⁵ Nesse sentido, Eduardo Ribeiro Moreira (2009, p. 225) destaca que as *metodologias hermenêuticas* se misturam; “podem perfeitamente ser diferentes as metodologias aplicadas em um mesmo contexto, até em um mesmo caso (caso a decisão seja tomada por órgão colegiado)”. Assim, ressalta que o purismo metodológico não faz parte da tradição nacional.

¹⁰³⁶ A expressão foi utilizada nos debates ocorridos dia 23.09.2010 no julgamento do RE 630.147/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno.

com base nessas fontes (...) e o conjunto de *operações racionais* que podem ser executadas com base no Direito e nos fatos (para gerar resultados)¹⁰³⁷.

Tal conjunto, conforme demonstrado no item 3.1, é suficiente para conter decisões absurdas, esdrúxulas, absolutamente disformes do sistema jurídico, bem como para determinar resultados jurídicos em um grande grupo de casos. É nestes casos que a simples interpretação de normas é suficiente para a resolução do problema de interpretação da proposição jurídica. Em casos como estes, em que pese não ser possível dizer que se existe uma única decisão correta, é possível defender decisões são bastantes convergentes.

São as situações que MacCormick nomeou de “casos evidentes”. Em casos como estes, nem mesmo se faz necessária a utilização da argumentação jurídica: “a justificação das decisões pode ser realizada por simples dedução a partir de normas claras e estabelecidas”¹⁰³⁸. Em situações assim, o próprio conjunto de razões jurídicas é substancial para conter a subjetividade do julgador (e as influências extrajurídicas). Desse modo, interpretação, metódica, racionalidade, lógica jurídica e todo o conjunto de razões jurídicas são meios de contenção da decisão judicial, sobretudo em relação aos casos evidentes, mas não somente restritos a eles.

(vi) Jurisprudência pacificada e precedentes vinculantes

Acredita-se que, mesmo no cenário atual do *civil law* brasileiro, a jurisprudência seja uma das principais condicionantes da decisão judicial. É responsável por determinar o direito acerca das proposições jurídicas problemáticas. Cada dia mais, os magistrados devem respeito à posição dos tribunais, seja na obrigatoriedade dos precedentes de natureza vinculante, seja na deferência hierárquica à jurisprudência não vinculante consolidada.

¹⁰³⁷ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. *Determinação, objetividade e autoridade*, op. cit., p. 318.

¹⁰³⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*, op. cit., p. 258.

Em relação aos precedentes de natureza vinculante, a própria organização hierárquica do Judiciário obriga os magistrados a utilizarem tal interpretação da proposição jurídica. Isso, por si só, já reflete uma forte condicionante da decisão judicial, visto que, por mais intensas que forem as influências externas ou mesmo ideológicas do julgador, não há como fugir da interpretação adotada pelo STF e STJ. É, pois, um importante meio de contenção da decisão judicial.

Não obstante, existem magistrados que, por discordarem da posição fixada, utilizam argumentos de ausência de provas para afastar a aplicação da interpretação hierarquicamente indicada. Isso é vigorosamente reprovável porquanto o juiz está fingindo o que não é, disfarçando sua decisão, utilizando artifícios para não aplicar o precedente. Trata-se de uma verdadeira simulação, uma vez que o ato real é o afastamento do precedente vinculante e o ato dissimulado é a denegação por ausência de provas. Portanto, é uma forma de burlar a hierarquia jurisdicional, passível inclusive de punição pelo CNJ caso se consiga provar que em todo julgamento sobre determinada matéria aquele juiz indefere por ausência de provas independentemente da robustez do conjunto probatório e que todas estas decisões são reformadas pelo tribunal *ad quem*.

Já os precedentes não vinculantes, ou melhor, a jurisprudência não vinculante consolidada de um tribunal também é fator de contenção da decisão judicial na medida em que fixa os parâmetros interpretativos a serem seguidos. Apesar de não haver obrigatoriedade de repetição do posicionamento, é certo que os juízes não gostam de ver suas decisões serem reformadas pelas instâncias superiores¹⁰³⁹. Portanto, da mesma forma se torna um meio de contenção das influências não jurídicas sobre a decisão judicial, vez que operam antes de sua prolação.

¹⁰³⁹ Nessa direção, há muito Felix Cohen (*Ethical Systems and Legal Ideals:...*, op. cit., p. 242-243) afirmara que um juiz que tenha suas sentenças comumente reformadas pelo tribunal de apelação perderia prestígio profissional, fato que contribuiria para a limitação efetiva da discricionariedade judicial. Nesse mesmo sentido, Richard Posner (*Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 22-27; 102-107) defende que essa característica de não querer ver suas decisões reformadas é hoje um importante limite externo para as instâncias ordinárias.

É preciso ainda lembrar de mais um ponto. No item 3.1.2.2 foi demonstrado que há forte indeterminação de proposições jurídicas de novel legislação que seja obscura, contraditória ou ambígua até que seja pacificada a jurisprudência em relação a sua interpretação. É dizer, a velocidade com que os julgamentos são proferidos – a celeridade processual – também é um importante fator de contenção das influências extrajurídicas, já que o direito será tanto mais determinado (e, portanto, menos afeto à interferências) quanto mais rápida se pacificar a jurisprudência.

(vii) Julgamentos colegiados

A própria organização dos tribunais como órgãos colegiados favorece a contenção das influências não-jurídicas sobre as decisões que proferem. Isso não é nenhuma novidade, até porque tal disposição foi idealizada para evitar julgamentos injustos, decisionismo, arbitrariedades de um órgão julgador unitário.

Aqui, chama-se atenção para o fato específico da contenção das influências não-jurídicas em razão da colegialidade. Em relação às pré-compreensões e ideologia, os demais membros do colegiado podem afastar posicionamentos radicais ou desconformes com a jurisprudência da Corte. Relativamente à mídia e opinião pública, todos eles são chamados à responsabilidade sobre um julgamento que desponta tais interesses, ou seja, em casos assim, todos os julgadores estarão (ou deveriam estar) demasiados mais atentos a situações fáticas e jurídicas sob julgamento. Em relação às influências das relações pessoais ou políticas sobre o relator do caso, do mesmo modo, os demais magistrados – revisor, vogal(is) – são responsáveis por dar o tom de juridicidade evitando ingerências não desejadas sobre o processo decisório.

Todavia, quem conhece na prática os julgamentos colegiados percebe que, muitas vezes, os demais julgadores não prestam atenção ao voto do relator – podem estar preocupados com sua

relatorias, trocando mensagens ao celular, falando com assessores por e-mail etc. Mas aí é um problema prático em relação a alguns julgadores. Em situações assim, cabe aos próprios desembargadores e ministros se policiarem, bem como aos advogados das partes contrárias modificar a situação de apatia do(s) vogal(is) com a entrega de memoriais, audiências para despachar o caso etc. Há, portanto, meios efetivos de contenção da decisão mesmo em relação a situações como estas.

(viii) Suspeição em razão de amizade íntima ou inimizade entre o magistrado e o advogado

Nos termos observados no item 2.3.2, ficou evidenciado que a amizade entre magistrado e o causídico da causa pode ser um importante fator de influência sobre a decisão judicial, notadamente quanto há amizade íntima declarada. Todavia, o Código de Processo Civil (art. 133, I do CPC) não elencou entre as causas de suspeição a amizade ou inimizade entre advogado e juiz, mas tão somente entre este e as partes. Diante disso, resta a recomendação de inserção de *lege ferenda* de dispositivo que adote também esta causa de suspeição no novo CPC, já que inegável a influência exercida em tal situação.

Anota-se contudo que a jurisprudência mais recente do STJ, conforme transcrita naquele item da tese, tem aceitado o afastamento por suspeição quando provado tal amizade ou inimizade com o causídico. É de se elogiar tal posicionamento porquanto a influência existe e, pelo que se espera, foi demonstrada.

(ix) Reclamações administrativas junto ao CNJ, recursos e demais meios de controle

Além dos já citados, podem exercer força de contenção sobre o processo decisório judicial: as reclamações administrativas de magistrados junto ao CNJ ou próprio tribunal (o receio de que influências políticas, relacionais etc. sejam fiscalizadas pelo CNJ também fazem

parte da própria condicionante da decisão a proferir); os recursos judiciais (além de serem meios de controle, sua previsão legal assegura que os magistrados não profiram decisões absurdas, sobretudo porque eles não gostam de ter suas decisões modificadas, conforme já se disse); os próprios meios de controle (a própria consciência de que há meios de controle eficientes da decisão judicial favorece a contenção por parte do juiz sentenciante); etc.

3.4.2. Controle da decisão judicial após sua publicação

Existem diversos meios de controle da decisão judicial após sua publicação, os quais podem ser jurídicos, políticos ou sociais. Tais meios fazem parte da essência da própria República, uma vez que a controlabilidade dos atos públicos é decorrência lógica do princípio republicano¹⁰⁴⁰. Direto a eles.

(i) Clareza e simplicidade da linguagem sem necessidade de abandono da técnica

Nas palavras de Carnelutti, “poucas comparações são mais precisas que aquela entre a lei e a partitura musical”, porque, em ambas, os leigos não sabem ler¹⁰⁴¹. Isso faz parte de um conjunto de situações que alguns nomeiam sacralização do direito¹⁰⁴², que diz respeito à estratégia de manutenção do monopólio do direito. Ocorre que, para o controle social e político da decisão, é preciso que cada vez mais os leigos sejam convidados e entender o que se discute nos processos judiciais.

¹⁰⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é intrínseco ao princípio republicano o controle da atividade pública, cf. ADI/DF 3853, rel. Min. Carmen Lúcia, julg. 12.09.2007; MS 27141 MC/DF, rel: Min. Celso de Mello, DJ 27/02/2008, entre outros diversos julgados.

¹⁰⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 146-7.

¹⁰⁴² Sobre a sacralização do processo, ver BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 125-284.

Isso favorece o controle externo da atividade judicial na medida em que promove a cognoscibilidade, subprincípio da segurança jurídica, já citado conceito de Humberto Ávila¹⁰⁴³. Para que as decisões judiciais e os atos endoprocessuais apresentem inteligibilidade suficiente para que um não-jurista possa entender, é preciso valorizar a clareza e a simplicidade da linguagem, sem necessidade de retrocesso quanto aos conceitos técnicos existentes – usar a técnica é uma coisa, complicar, estorvar e dificultar a linguagem é outra.

Com isso, a decisão judicial que se pautar notadamente em aspectos extrajurídicos poderá ser controlada não somente pelo direito, mas também pela mídia, pela opinião pública, em suma, por toda a sociedade. O uso da linguagem técnica é necessário, enquanto seu rebuscamento é desaconselhado.

(ii) Recursos

É sabido que a via recursal é o modo eleito pelo sistema jurídico para afastar decisões injustas e abusivas. É a forma com que as partes podem requerer o reexame do julgamento realizado. É o meio jurídico capaz de afastar o decisionismo e a arbitrariedade das decisões. Regra geral, os provimentos judiciais são recorríveis ao menos uma vez. E os recursos são, também em regra, julgados por um colegiado. Estrutura esta em que as subjetividades de cada julgador são substituídas pelo entendimento jurídico de um pequeno grupo de magistrados (3, 5, 11, 25... julgadores). Ou seja, a subjetividade de uns é dissipada pelo conjunto de subjetividades que formam um todo capaz de servir como parâmetro de objetividade (mínima) jurídica.

Nessa ótica, os recursos judiciais operam como meio jurídico de controle da decisão judicial após sua publicação. Esta garantia processual, na medida em que permite o reexame das

¹⁰⁴³ *Segurança jurídica:...*, op. cit., p. 662-669. Os subprincípios da segurança jurídica foram estudados no item 3.2.

questões postas sob análise, promove a revisão dos aspectos jurídicos com vistas a controlar evidências de fatores relacionais, políticos, midiáticos etc.

Não obstante, quando se caminha dos tribunais de segunda instância até o Supremo, o risco de reforma da decisão cai até próximo de zero. Mesmo assim, conforme lembra Richard Posner, ainda há formas de controle da decisão, como: a própria deferência aos precedentes anteriores, a retribuição política em forma de legislação, as emendas constitucionais, entre outros¹⁰⁴⁴.

(iii) Controle político, midiático e da opinião pública

Conforme se asseverou acima em relação à contenção, é certo que, também em relação ao controle, existe fiscalização política, midiática e da opinião pública. Após a publicação da decisão judicial ainda incidem meios de controle, notadamente não-jurídicos, entre os quais, além dos citados por Posner logo acima, estão a crítica midiática e, inclusive, o controle social por meio de manifestações e passeatas, nos moldes das que ocorreram nas capitais brasileiras durante a Copa das Confederações.

No que diz respeito ao controle político, Richard Posner defende que “de fato, devido à grande visibilidade das decisões do Supremo, os limites políticos ou condicionamentos impostos sobre os magistrados são maiores que os que operam em níveis inferiores da judicatura”¹⁰⁴⁵. Quanto aos demais, remete-se aos fundamentos descritos no campo (i) do item 4.1 supra, que adentrou nessa ótica sob a visão da contenção da atividade jurisdicional.

Existe, portanto, além do controle jurídico, controle(s) exercido(s) pela política, pela mídia e por toda a sociedade.

¹⁰⁴⁴ *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 170.

¹⁰⁴⁵ *Cómo deciden los jueces*, op. cit., p. 170.

(iv) Publicidade das reais razões de decidir

Richard Posner apresentou um importante argumento que pode ser utilizado na proposição do controle da decisão judicial. Trata-se do que ele chamou de “princípio da publicidade”: “é o de que o juiz declare as verdadeiras bases da decisão”¹⁰⁴⁶. Em outras palavras, a controlabilidade da decisão judicial somente é efetiva quando o magistrado realmente expõe as verdadeiras razões de sua decisão.

Nas palavras de Clémerson Cléve,

Pior, todavia, do que o que pretende decidir ocultando a sua ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade. (...) Este juiz é perigoso, porque age ideologicamente, *acobertando* certos interesses com a plena convicção de que não fez mais do que aplicar a lei. Mas, de que modo foi aplicada a lei? A compreensão literal do texto normativo nem sempre significa plena compreensão do direito¹⁰⁴⁷.

Rejeita-se o acobertamento, a insinceridade, a simulação quanto aos reais motivos da decisão judicial. Somente existe respeito à Constituição quando o magistrado expõe argumentos que são fieis às causas da decisão judicial, visto que agir de forma contrária nada mais é que a negativa de vigência aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º (princípio republicano, onde se insere a obrigatoriedade de controle) e 93, IX (obrigatoriedade de motivação e de sua real publicidade – não ocultação dos reais motivos decisórios).

(v) Campo probatório

¹⁰⁴⁶ *Problemas de filosofia do direito*, op. cit., p. 180.

¹⁰⁴⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *ADV Advocacia dinâmica*: seleções jurídicas, n. 1, p. 45-51, jan. 1994, p. 45-46. (grifo nosso)

Foi demonstrado no item 3.1.2.1. que as provas são um fator de indeterminação do direito. Diante disso, como em situações de indeterminação o magistrado tem maior liberdade decisória (maior discricionariedade), então meios de controle são bem vindos quanto a este aspecto. Por isso, se sugeriu que (i) em relação à produção das provas em audiência, o depoimento das testemunhas sejam gravados também na seara cível, como já ocorre no campo penal; (ii) o magistrado seja condescendente com a produção de provas e, quando entender pelo indeferimento, que demonstre de forma precisa os motivos pelos quais negou sua produção, deixando de lado as “decisões modelo” que registram que o juiz é o destinatário da prova e que há provas suficientes nos autos e (iii) que refute argumentativamente as provas contrárias ao seu convencimento, ou seja, que não somente exponha as provas que lhe servem, mas que declare os motivos pelos quais não usará as provas que são contrárias ao entendimento que exibiu.

* * *

Amicus curiae e audiências públicas – canalizadores de influências sócio-culturais

É certo que as ideias de Peter Habërle ingressaram nas entranhas da cultura jurídica nacional¹⁰⁴⁸, notadamente nos processos de índole constitucional, com a previsão de audiência pública¹⁰⁴⁹ e participação de *amicus curiae*¹⁰⁵⁰. Na medida em que especialistas e pessoas com vivência no tema mostram novas visões aos magistrados, tais participações de não-bacharéis são

¹⁰⁴⁸ *Hermenêutica Constitucional*: a sociedade aberta de intérpretes..., op. cit., *passim*. Habërle foi o idealizador dos ideais de participação de toda sociedade na interpretação constitucional em razão de não se poder atribuir a exclusividade da interpretação constitucional aos intérpretes formais, pensamento que sustentou a origem das audiências públicas e da participação de *amicus curiae* nos julgamentos constitucionais.

¹⁰⁴⁹ Lei 9.868/99. Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

¹⁰⁵⁰ Lei 9.868/99. Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. (...) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

salutares para contribuir para a tomada de decisão, não como limitadores decisórios, mas, ao contrário, como canalizadores de influências para a decisão judicial. São carreadores de informações e conceitos não-jurídicos para dentro do processo judicial – detêm a função “de oxigenação de perspectivas, de enriquecimento de alternativas”¹⁰⁵¹.

São formas bem vindas de interação do direito com a realidade que o cerca. Com isso, deixa-se o recado de que as influências extrajurídicas, nos termos já expostos, podem ser tanto bem quanto mal-vindas, a depender da conotação que se observe a decisão judicial. O que importa é a tomada de consciência de que o direito não é separado da realidade...

Cumprе ressaltar a crítica de Rodrigo Kaufmann, com a qual se concorda, sobre o requisito de capacidade postulatória para se admitir a presença do *amicus curiae* nos processos de competência do Supremo. Em suas palavras, isso é um verdadeiro “retrocesso no eventual processo de depurificação do discurso jurídico na decisão da Corte”¹⁰⁵². Se a função dos dois institutos é ilustrar a visão jurídica com posicionamentos não-jurídicos, não se vislumbram motivos para requerer a capacidade postulatória com vistas a reduzir textos e manifestações sócio-científico-culturais em petições jurídicas.

Por fim, uma última sugestão de natureza prescritiva baseada no processo de oxigenação realizado pelos institutos ora em comento: em razão da extensão dos efeitos das decisões nas ações de natureza coletiva (ação popular, ação civil pública e ações coletivas estrito senso) recomenda-se a utilização da audiência pública e de *amicus curiae* também nestes processos. Dessa forma, um pouco mais de realidade, de cultura, de conhecimentos ambientais, étnicos, regionais... pode adentrar no processo decisório nestas ações de efeitos abrangentes.

¹⁰⁵¹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*, op. cit., p. 360.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 360.

CONCLUSÃO

O esforço da presente tese de doutorado não foi propor novas teorias sobre situações etéreas e distantes da realidade observável, mas sim apresentar a realidade do mundo jurídico para, então, analisar teoricamente a situação observada, com vistas ao descortinamento, à tomada de consciência do que realmente ocorre por detrás da toga. Com esse escopo, conclui-se:

1. A pesquisa foi iniciada com a delimitação do que se considera por influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: o conjunto de percepções, considerações ou fatores não pertencentes ao direito que, tomados pelo magistrado, consciente ou inconscientemente, são capazes de influir, de forma decisiva ou não, no julgamento da demanda, independentemente de terem sido expressamente, ou não, lançadas na fundamentação da decisão judicial.

2. A partir disso, foi preciso determinar o conceito de direito para daí extrair o que é extrajurídico. Considerando que a escolha por uma corrente da teoria do direito é essencialmente moral, várias correntes do positivismo e do pós-positivismo foram apresentadas e confrontadas: positivismos normativista, exclusivo e inclusivo e pós-positivismos modesto e rígido.

3. A eleição foi pelo pós-positivismo modesto, segundo o qual o direito pode ser conceituado como um sistema de normas obrigatórias (regras e princípios) devidamente juridicizadas pelo legislador (constituente ou ordinário), que se abre à moral sempre que o direito legislado for injusto ou quando a autoridade criadora do direito (poder constituinte, legislador etc.) positivar princípios ou normas com baixa densidade normativa, seja na Constituição, seja nos diplomas ordinários por meio de cláusulas gerais ou conceitos abertos.

4. Daí retira-se que são elementos extrajurídicos: as convicções ideológicas e pessoais do julgador; a política; a mídia e a opinião pública; as relações pessoais do juiz; as consequências das decisões; a perspectiva de cumprimento das decisões etc.

5. Após as considerações conceituais, foram apresentadas as contribuições teóricas para o tema, as quais, em relação ao realismo jurídico, foram: (i) o empirismo e o cientificismo socialmente localizado; (ii) a valorização da experiência, da realidade, da vida real; (iii) a defesa de que os juízes são o ponto de conexão entre o direito e a realidade; (iv) a crítica ao formalismo; (v) a preocupação com a produção da prova; (vi) a refutação da metafísica; (vii) a perspectiva de elasticidade e mobilidade do direito perante a realidade social e a constatação de que: (viii), muitas vezes, as motivações lógicas das decisões judiciais escondem os verdadeiros motivos da decisão judicial; (ix) há influência social sobre os magistrados; (x) há um grande campo de incerteza no direito; (xi) a dinâmica entre a realidade e o direito precisa ser observada.

6. O pragmatismo jurídico de Richard Posner acrescenta à tese: (i) a rejeição de pensamentos apriorísticos, transcendentais, metafísicos; (ii) que a certeza absoluta (verdade metafísica) é inalcançável; (iii) o olhar para o contexto, para a experiência, para a realidade; (iv) a valorização das consequências das decisões; (v) que não existe decisão correta; (vi) a explicitação de pelo menos nove teorias que investigam as influências extrajurídicas sobre a decisão judicial; (vii) a busca pelas reais razões (causas) da decisão judicial; (viii) a interpretação e a fundamentação muitas vezes são um disfarce à discricionariedade do julgador; (ix) o espaço de *discricionariedade judicial* (não somente Posner, mas também Kelsen, Hart, Alexy, MacCormick e Dworkin) no qual o juiz utiliza fatores não-jurídicos para decidir; (x) o princípio da publicidade da real razão de decidir (no qual se propõe que, seja qual for o fundamento da decisão judicial, jurídico ou não, ele deve estar contido em sua fundamentação).

7. A teoria estrutante de Friedrich Müller, por sua vez, soma a noção de que norma e texto da norma não se confundem, que a norma (âmbito da norma) é formada com a composição do texto da norma (programa da norma) e componentes fáticos da realidade sensível. É dizer, ele também vislumbra a composição do direito legislativo com a realidade que cerca sua aplicação

judicial. Direito e realidade não são grandezas autônomas, o direito precisa da realidade para deflagrar o conteúdo da norma jurídica. Sem o julgador para captar a realidade não há norma, mas somente parte dela.

8. Para finalizar o capítulo, apresentaram-se as noções dogmáticas do conceito de decisão judicial. Nessa toada, concluiu-se que a confecção da norma individual não se dá por um simples processo silogístico, mas por meio de um processo criativo com a participação da realidade e dos atores jurídicos.

9. Conclui-se o primeiro capítulo com a percepção de que positivistas, pós-positivistas, realista, pragmatistas, todos concordam que em alguma medida o juiz decide conforme suas convicções pessoais (mesmo que seja dentro da moldura ou da discricionariedade, para os mais formalistas: positivistas normativistas e exclusivistas). É nessa perspectiva que se defende que diversos elementos não jurídicos serão influenciadores da decisão judicial, visto que existem espaços de indeterminação jurídica em que as razões jurídicas não ajudarão o julgador a decidir.

10. A lei é e deve ser o grande ponto de partida para uma decisão judicial. E, muitas vezes, esse ponto de partida é extremamente próximo do ponto de chegada. Contudo, isso vai depender de sua densidade normativa (quanto mais alta, mas limitado estará o juiz), de sua clareza, de sua congruência com um emaranhado de outras leis, com a Constituição etc. Há, todavia, situações onde a abertura do direito não subsidia o processo decisório, deixando, por isso, a decisão nas mãos (e ideias, sentimentos, convicções etc.) do(s) juiz(es).

11. O segundo capítulo adentra na realidade judicial brasileira e nas influências extrajurídicas tratadas de modo específico: personalidade do julgador (pré-compreensões, ideologia etc.), mídia e opinião pública, relações pessoais e política. Longe de ser uma lista taxativa, tratam-se de exemplos da vida cotidiana dos tribunais.

12. *Cada cabeça uma sentença*. Essa consolidada máxima da cultura popular abre o capítulo que visa a aclarar que alguns elementos extrajurídicos por vezes são os principais motores da tomada de decisão judicial.

13. O primeiro fator não-jurídico diz respeito à personalidade do julgador: suas pré-compreensões, vivências, experiências de vida, pré-conceitos e preconceitos, valores, ideologia etc. são potencialmente influenciadores da decisão judicial. É dizer, não há como separar o julgador de seu modo de ver o mundo, pois seus olhos são os únicos que possui para observar a realidade. Exemplos de preconceito contra homossexuais foram os mais claros desta influência específica, mas também foram citados votos com forte influência religiosa, pesquisas de opinião com juízes e textos acadêmicos de magistrados externando suas convicções pessoais como causas de decisões.

14. O segundo fator estudado relaciona-se à mídia e à opinião pública. Os casos concretos estudados que expõem tal influência foram o *Caso Escola Base*, do *Edifício Palace II*, do *Mensalão*, além de outros clássicos precedentes americanos, todos os quais demonstraram que a decisão judicial pode ser significativamente influenciada pela mídia. Sendo assim, sugeriu-se que, em casos com repercussão midiática, os magistrados envolvidos em tal julgamento tomem mais cuidado com a interferência que os juízos paralelos e a força da opinião podem exercer sobre a tomada de decisão judicial.

15. A influência das relações pessoais é retratada no item 2.3, no qual se evidenciou que existem relações entre o poder formal do estado (impessoal) e as redes de corrupção a ele atreladas (pessoal) desde o Império que perduram até a atualidade. Após aclarar tal penetração do *jeito* nos três Poderes estatais, afastando este elemento de influência do objeto ora pesquisado, adentrou-se nas relações pessoais e profissionais entre juiz, grandes escritórios e amigos advogados como fatores de influência sobre as decisões do juiz, o que favorece a perpetuação das

desigualdades sociais brasileiras. É dizer, as empresas e pessoas mais abastadas têm condições financeiras de ter os melhores advogados e, com isso, seus interesses (notadamente financeiros) são melhor defendidos que os do restante da população.

16. Há ainda as influências de cunho pessoal, familiar e político na indicação de magistrados para vagas do quinto constitucional, da promoção por merecimento entre juízes e das nomeações políticas para o STF. Não há como negar a influência de diversos setores e pessoas sobre tais nomeações, conforme restou exposto no item 2.3.4. Ora, como todo processo político, o apoio conseguido para a indicação um dia será cobrado. Mas se isso influenciará a decisão, não há como saber...

17. No campo da relação entre direito e política, expôs-se a interação e a sutil diferença de campos científicos antes de adentrar na relação específica entre eles. De início, foi mostrada a fecunda interação de operadores jurídicos com a política partidária. Depois, apontou-se para a interação do Judiciário com atores políticos e institucionais, apresentando cenário de significativa presença de atores jurídicos no cenário político e vice-versa. Questões políticas, pautas políticas dos governos, causas vultuosas da Fazenda Pública são exemplos de que muitas decisões são tomadas com base em simples juízos políticos dos órgãos jurídicos que baseadas em norma legal ou constitucional. É dizer, o Judiciário é muito mais político do que pretende a teoria que prega a separação entre direito e política.

18. Em suma, o que foi demonstrado no segundo capítulo é que a decisão judicial sofre diversos influxos não-jurídicos (pré-compreensões e ideologia do julgador, mídia e opinião pública, relações pessoais, familiares, profissionais, políticas etc.). Diante dessa tomada de consciência, e por causa dela, os conceitos jusfilosóficos de determinação, previsibilidade e objetividade passaram a ser analisados.

19. Diz-se que o direito é determinado sempre que o conjunto de razões jurídicas (fontes, métodos, cânones hermenêuticos, metanormas etc.) é capaz de determinar um resultado seguro ao intérprete. E indeterminado sempre que este conjunto não traça linhas seguras para a decisão. Ou seja, quando as razões jurídicas forem fracamente vinculantes, o direito será indeterminado e, ao contrário, quando elas forem fortemente vinculantes, o direito será determinado.

20. Vale lembrar que a (in)determinação é uma variação de graduação (graus): dizer que o direito é indeterminado equivale a dizer que é pouco determinado e vice-versa. Além disso, não existe 100% de indeterminação (nenhuma resposta tendo causa jurídica) ou 100% de determinação (uma única resposta correta). Haverá, pois, muita determinação (pouca indeterminação) ou muita indeterminação (pouca determinação).

21. Após analisar o contexto brasileiro sob esta perspectiva, concluiu-se que o direito nacional é determinado em um sentido relevante, uma vez que apresenta: (i) fatores de determinação jurídica vinculante, como os precedentes vinculantes e os repetitivos; (ii) a maioria quantitativa de causas sob julgamento tem suas proposições jurídicas determinadas. Não obstante, haverá sempre um espaço vazio de direito em que o conjunto de razões jurídicas não será suficiente para delimitar, no mínimo, caminhos convergentes para magistrados diversos. Disso não há como escapar.

22. Já a análise da previsibilidade foi aproximada do princípio que lhe dá sustentação jurídica: segurança jurídica. Com apoio na conceituação de Humberto Ávila, destrinchou-se este princípio nos subprincípios cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. A partir daí foi possível concluir, como apoio no conceito de determinação jurídica, que o direito será mais previsível quanto mais determinado for o conjunto de razões jurídicas existentes e menos previsível quanto menos for determinado, ou seja, quanto menos houver razões (fontes, cânones,

metanormas etc.) fortemente vinculantes. Por fim, restou consignado que os precedentes vinculantes favorecem a previsibilidade enquanto as viradas de jurisprudência sem modulação de efeitos a ferem frontalmente.

23. A objetividade, por sua vez, necessitou de maior verticalização teórica com o escopo de explorar seus aspectos essenciais com vistas a apresentar um novo conceito de objetividade, no qual se conjugou objetividade mínima (o direito é correto na medida em que a maioria das pessoas acredita que ele é) com autoridade (decisões jurídicas proferidas pelos órgãos competentes e legitimadas pelo procedimento) e aceitação social (aceitação generalizada dos conceitos determinados pela autoridade detentora do poder).

24. Objetividade mínima com aceitação: conjunto de opiniões subjetivas unidas pelo conjunto de decisões proferidas com respaldo de procedimento e autoridade, submetidas ao crivo sócio-político da aceitação/transformação. Essa foi a solução proposta.

25. Desse forma foi possível afirmar que o direito brasileiro é objetivo, não no sentido metafísico absoluto, mas na perspectiva traçada, com o seguinte enfoque: o direito (e a decisão judicial) pode ser objetivo segundo a visão de que (i) a «Constituição» é a medida da interpretação (mesmo que haja dissenso sobre seus termos); (ii) o «Supremo e os tribunais», notadamente os superiores, são as medidas da objetividade da interpretação a partir do somatório de subjetividades (autoridade); (iii) que a «comunidade política» (parlamentares, grupos de pressão atuantes nessa órbita etc.) pode modificar a interpretação dos tribunais, seja alterando a lei ou a Constituição, seja formulando leis interpretativas; (iv) de que a «opinião pública» (mídia, ONGs, sociedade organizada ou não) pode discordar da interpretação e movimentar-se para alterá-la, seja apoiando/incentivando os poderes políticos, seja mostrando às autoridades judiciais seu erro (manifestações e passeatas); (iv) que existe uma «comunidade informal de interpretes do

direito» (não somente da Constituição¹⁰⁵³) que não podem ser desconsiderados; (v) no fim e a cabo, nenhuma «opinião interpretativa pessoal» pode ser sufragada pela decisão da maioria diante do pluralismo societal e moral.

26. É preciso concluir a presente tese com algumas considerações unificadoras das conclusões pretéritas: 1) existem robustas correntes teóricas que defendem a interação do direito com a realidade que o toca, não somente em sua gênese, mas também em sua aplicação judicial; 2) há diversas forças extrajurídicas que buscam influir no resultado da interpretação judicial no sentido de seus interesses; 3) essas forças podem ou não influir no resultado da decisão judicial; 4) a presença desses elementos extrajurídicos é inevitável, mas se eles realmente penderão a balança da deusa Themis para seu lado, isso é matéria que depende de ser provada em cada caso concreto; 5) dentro do conjunto de fatores extrajurídicos há elementos que são ideologicamente desejáveis (como a cobrança da opinião pública por decisões imparciais ou a fiscalização da mídia sobre decisões ilicitamente proferidas etc.) e outros indesejáveis (como a manutenção da desigualdade social em razão da defesa dos grandes escritórios de advocacia ou por meio da amizade entre advogados e magistrados etc.) e 6) esses elementos repercutem sobre os padrões de determinação, previsibilidade e objetividade do direito.

27. Cumpre ainda observar que sempre que a decisão judicial pende *com parcialidade* para um dos lados da balança, seja por influências lícitas (mídia, opinião, política, relações etc.) ou por fatores ilícitos (compra de decisões, decisões previamente acertadas, corrupção etc.), deve haver instrumentos capazes de afastá-las, pois cada parte deve ser armada com meios eficazes e igualitários de afastar a parcialidade da decisão. Influências aparentemente lícitas tornam-se ilícitas quando desconfiguram a imparcialidade. É dizer, parcialidade decisória é, por si só, ilegal.

¹⁰⁵³ Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, *passim*.

28. Nesse sentido, foram apresentados alguns limites e contingências que operam sobre a decisão judicial, seja no momento de sua confecção, do processo de escolha (contenção), seja após sua publicação (controle), seja no que se refere à intrínseca necessidade de oxigenação jurídica (*amicus curiae* e audiências públicas).

29. É tempo de buscar as respostas aos questionamentos feitos na introdução.

(i) Há influências extrajurídicas que influem significativamente sobre a decisão judicial? Sim. Espera-se ter comprovado tal existência ao longo de toda a tese, sobretudo no primeiro e no segundo capítulos.

(ii) As situações de indeterminação do direito favorecem a influência de elementos não-jurídicos na construção da decisão judicial? Sim. Quanto mais indeterminado for o direito, mais o julgador necessitará buscar a resposta jurídica (proposição, princípios etc.) em parâmetros não-jurídicos (moral, sentimento de justiça, política etc.), visto que as razões jurídicas são fracamente vinculantes em um ou outro sentido.

(iii) Se sim, existem formas de conter e controlar tais influências com vistas a manter o mínimo de objetividade esperada para o direito? Sim. As formas descritivas e prescritivas de contenção e controle foram apresentadas no quarto capítulo.

(iv) Diante desse cenário, é possível defender que o direito é objetivo, previsível e determinado? Sim, mas não sempre, conforme as perspectivas apresentadas no terceiro capítulo.

30. A ideia de que o direito é isolado do mundo que regula e o opera resta ultrapassada. Hoje é tempo de admitir que o direito é operado por pessoas e que cada uma delas sente, pensa, ama, chora... e tem seu jeito próprio de ver a vida e as questões jurídicas postas sob seus cuidados. O ponto fulcral não é esconder essa realidade, mas sim como devemos lidar com esta abertura. Isso sim parece ser importante.

REFERÊNCIAS

- 100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 29 set. 2012.
- ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil*. São Paulo: Alfa Ômega, 1991.
- AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004, p. 144-188.
- ALDAY, Rafael Escudero. Algunos argumentos frente al positivismo jurídico incluyente. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 375-391.
- ALEXY, Robert. Derecho y corrección. In: ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução para o espanhol de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.
- _____. The nature of legal philosophy. *Ratio juris*, v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. *A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil*. Apresentada como tese de doutorado em Ciência Política, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, São Paulo: USP, 2010.
- AMARAL, Gilberto Luiz do et. al. *Quantidade de normas editadas no Brasil: 20 anos da Constituição federal de 1988*. Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2008. Disponível em <http://www.ibpt.com.br/img/_publicacao/13081/162.pdf>. Acesso em 10 set. 2012.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A minha pré-compreensão do ato de julgar*. 24 dez. 1997. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/578/Minha_Pr%c3%a9-Compreens%c3%a3o_Ato.pdf?sequence=4>. Acesso em 07 jun. 2010.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e mercado de trabalho*. Campinas: Julex, 1988.
- ATIENZA, Manuel. Algunas tesis sobre la analogía en el derecho. *Doxa*, n. 2. Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01474174522381695209079/cuaderno2/numero2_16.pdf?portal=4>. Acesso em 21 ago. 2012.
- _____. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, Mackormick e outros*. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, n. 24, p. 670-687. Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf?portal=4>. Acesso em 21 ago. 2012.

_____. Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho? In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional* - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 455-484.

_____. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. *Isonomia*, n. 04, p. 51-68. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_04.pdf?portal=4>. Acesso em 21 ago. 2012.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, a. 1, v. 1, n. 4, jun. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em 28 set. 2012.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 28 set. 2012.

_____. ”. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. A função política do Judiciário. *Revista Forense*, n. 238, p. 5-14, 1972.

BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. 37, tomo 5. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 1910.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar do novo século. In: *Temas de Direito Processual*, quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Temas de Direito Processual*, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. 3ª ed. Lisboa: Edições 70, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 12 set. 2012.

_____. Gestão de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de Constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 87-114.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Atualidades Jurídicas - Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan-fev, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Boletim de Direito Administrativo*. Ano XXIII, nº 1. São Paulo: Editora NDJ, jan-2007, p. 20-49.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Márcio Thomaz. *Advogado precisa de liberdade para defender liberdade*. *Revista Consultor Jurídico*, 29.05.2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/liberdade-advogado-condicao-necessaria-defesa-liberdade>>. Acesso em 21 set. 2012.

BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 125-284.

_____. Efetividade e processo eletrônico. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 341-354.

_____. O dilema dos litigantes: processo civil e teoria dos jogos. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 19-124.

_____. *O mito da neutralidade do juiz*. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16673-16674-1-PB.htm>>. Acesso em 10 set. 2012.

_____ (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

BELTRAN, Miguel. *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>>. Acesso em 01 set. 2012.

BERGAMO, Mônica. 'A imprensa nunca deu bola para o mensalão mineiro', diz Joaquim Barbosa. *Coluna - Folha de São Paulo*, 07.08.2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/1132824-a-imprensa-nunca-deu-bola-para-o-mensalao-mineiro-diz-joaquim-barbosa.shtml>>. Acesso em 17 set. 2012.

BLUMER, Hebert. A massa, o público e a opinião. In: *Comunicação e indústria cultural: leituras de análise dos meios de comunicação na sociedade contemporânea e das manifestações da opinião pública, propaganda e 'cultura de massa' nessa sociedade*. São Paulo: Companhia Editorial Nacional/EDUSP, 1971.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

- _____. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil e Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5ª ed. São Paulo: Edipro, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Reflexões: política e direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CAMPOS, Arruda. *A justiça a serviço do crime*. São Paulo: Saraiva, 1960.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Pádua: Cedam, 1954.
- _____. *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CAPEZ, Fernando e CAPEZ, Flávio. Insegurança jurídica: o mal do século XXI. In: GERMANOS, Paulo André Jorge (org.). *Segurança jurídica: coletânea de textos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.
- CÁRCOVA, Carlos María. Ficción y verdad en la escena del Derecho. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Direito e psicanálise: intersecções a partir de “O processo” de Kafka*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Selected Writings*. New York: Fallon Publications, 1947.
- CARNELUTTI, Francesco. *Direito processual civil e penal*. v. 1. Campinas: Péritas, 2001.
- CARVALHO, Luiz G. G. Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782004000200011&script=sci_arttext>. Acesso em 10 ago. 2010.
- CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro. Quem tem medo da CPI? *Jornal do Magistrado*. AMB, n. 50, 1999.
- CARVALHO, Amílton Bueno de. *Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

- CASTELAR, Armando. *O judiciário e a economia na opinião dos magistrados* (relatório de pesquisa). São Paulo: IDESP, 2001.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Alternativo. *Revista Consulex*, a. 1, n. 7, jul. 1997, p. 36-37.
- CHAMPAGNE, Patrick. *Formar a opinião: o novo jogo político*. Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1998.
- CHIARLONE, Sergio. *Introduzioni allo Studio del diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1975.
- CHIOVENDA. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, n. 1, p. 45-51, jan. 1994.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). *Direito Constitucional: teoria geral da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *ADV Advocacia dinâmica: seleções jurídicas*, n. 1, p. 45-51, jan. 1994.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 15-102, 2002.
- _____. Repensando a interpretação constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, a. 1, v. 1, ago. 2001.
- COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- COHEN, Félix Solomon. *Ethical Systems and Legal Ideals: an Essay on the Foundations of Legal Criticism*. Westport: Greenwood Press, 1933.
- _____. Field theory and judicial logic. *Yale Law Journal*, n. 59, p. 238- 272, 1950.
- _____. Transcendental Nonsense and Functional Approach. *Columbia law Review*, n. 35, p- 808-847, 1935.
- COLEMAN, Jules L. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart's postscript. Essays on the postscript to the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 99-147.
- _____. *The practice of principle: in defense of pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 303-418.
- COSTA, Judith Martins. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out.-dez. 2004.

- CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Editorial Porrúa, 2006.
- Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*. Comunicado Ipea nº 127, Ipea, 04.01.2012. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf >. Acesso em 29 set. 2012.
- DAMATTA, Roberto. *A casa & a rua*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DESCARTES, René. *Discurso do método e Meditações*. (Os pensadores) Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- DEWEY, John. *The essential Dewey: pragmatism, education, democracy – vol. I*. Bloomington: Indiana University Press, 1998.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivum, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008.
- _____. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, p. 24-42, 2000.
- DOMINGO, Pilar. Judicialization of politics or politization of the Judiciary? Recent trends in Latin America. *Democratization*, v. 11, n. 1, p. 104-126, fev. 2004.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- _____. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe it. *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2 (Spring, 1996), pp. 87-139.
- EISENBERG, José. *Para que serve o pragmatismo jurídico?* Disponível em <http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Para%20que%20serve%20o%20pragmatismo%20jur%EDdico.pdf> >. Acesso em 14 ago. 2012.
- EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. Tradução de Silvana Vieira e Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora UNESP/Boitempo, 1997.

ERDELYI, Maria Fernanda. PGFN desiste de recorrer em 200 mil ações tributárias. *Revista Consultor Jurídico*, 31.08.2006. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2006-ago-31/pgfn_desiste_recorrer_200_mil_acoes_tributarias>. Acesso em 29 set. 2012.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo e ARGUELHES, Diego Werneck. *Supremo em números*. I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo, 2011 (FGV). Disponível em <<http://www.supremoemnumeros.com.br/wp-content/uploads/2011/05/I-Relat%C3%B3rio-Supremo-em-N%C3%BAmeros.pdf>>. Acesso em 30 set. 2012.

FAVETTI, Rafael Thomaz. *Controle de constitucionalidade e política fiscal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

FERES JÚNIOR, João e POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil contemporâneo*. Apresentada como dissertação de mestrado em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, 2010. Publicada como livro (*Ativismo judicial: limites e possibilidades no neoconstitucionalismo*. Belo Horizonte: Forum, no prelo).

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Jurisprudência do STF: anotada e comentada*. São Paulo: Editora Método, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Tradução Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *El garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

_____. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 13-29.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Rubens e CERVellini, Sílvia. *O que é opinião pública*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

_____. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 159-186.

_____. Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (org.). *Hermenêutica Constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 27-43.

_____. Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 79-101.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto G. da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1991.

_____. *Law and Modern Mind*. Piscataway: Transaction Publishers, 2009.

FRAZÃO, Ana. *A função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREITAS, Silvana de. Julgamento sobre células-tronco pode ser interrompido nesta quarta, *Folha de São Paulo on-line*, 05.03.2008. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u378761.shtml>>. Acesso em 15.08.2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. A indicação para a vaga de ministro do Supremo. *Revista Consultor Jurídico*, 25 de setembro de 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-set-25/segunda-leitura-indicacao-vaga-ministro-supremo>>. Acesso em 20 set. 2012.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: trações fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 11ª ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. *O problema da consciência histórica*. 3ª ed. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p. 59.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Ed. Piaget, 1999.

GARCÍA, Antônio del Moral e VIJANDE, Jesús Maria Santos. *Publicidad y secreto em el proceso penal*. Granada: Comares, 1996.

GOMES, Romeu. A análise de dados em pesquisa qualitativa. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 67-80.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Hebert L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2 ed. (s.local) [Portugal]: Publicações Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Oliver Wendell. O Caminho do Direito. In: MORRIS, Clarence (org). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito comum: as origens do direito anglo-americano*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

_____. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. X, n. 8, mar. 1897.

_____. The theory of legal interpretation. *Harvard Law Review*, v. 12, n. 6, p. 417-420, jan.1899.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *A finalidade do direito* – parte I. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 400-421.

JAMES, William. *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*, Columbia: University of Columbia, 1907. Disponível em <<http://ebooks.adelaide.edu.au/j/james/william/pragmatism/index.html>>. Acesso em 05 set. 2012.

_____. *Pragmatism and other writings*. New York: Penguin Books, 2000.

Justiça em números. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em 11 set. 2012.

Justiça em números: resumo executivo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf>. Acesso em 11 set. 2012.

KANT, Immanuel. A filosofia do direito. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KRAMER, Matthew H. *Legal positivism and objectivity*. Disponível em http://www.societies.stir.ac.uk/sppa/lawandphilosophy/papers/LAWandPHIL_Kramer.pdf. Acesso em 12 ago. 2012.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v.17, n.34, out. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782009000300021&script=sci_arttext&tlng=in>. Acesso em 30 ago. 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. *A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção*

do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. Apresentada como dissertação de mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Programa de Pós-graduação em Direito, Brasília: UnB, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, Ed. Landy, 2002.

LEITER, Brian. Legal realism, hard positivism, and the limits of conceptual analysis. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart's postscript*. Essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 355-370.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Entrevista ao Jornal "O Povo". In: *Juiz tem de decidir de acordo com sua consciência*. *Revista Consultor Jurídico*, 19 de maio de 2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-19/juiz-decidir-acordo-consciencia-lewandowski>>. Acesso em 27 ago. 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito*. Tradução Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *H. L. A. Hart*. Tradução Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Mário Brockmann. Comentários. In: LAMOUNIER, Bolivar et al. (orgs.). *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1981, p. 21-29.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico*, a. 16, Salvador, mai./jun./ jul. 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/transform_sistemas_jur%C3%ADdicos_acmaia2.pdf>. Acesso em 01 set. 2012.

MANZI, Ernesto. *Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios*. São Paulo: LTR, 2009.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARCOLINI, Rogério. O caso Naya e a independência do Judiciário. *Boletim IBCCrim*, n. 105, p. 545-548, ago. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiro. In: BECKER, L.A. (org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 447-480.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Três conceitos de objetividade*. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 267-302.

MASSINI, Carlos Ignacio. *Sobre el realismo jurídico: el concepto de derecho, su fundamento, su concrecion judicial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. México: Fontamara, 2004.

MELO, Osmar Alves de. *Corrupção: fonte de injustiça e impunidade*. Brasília: LGE Editora, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em 05 set. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

MIARELLI, Mayra Marinho e LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

MICHELON JÚNIOR, 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: Revista dos Tribunais, 2004.

MILES, Thomas J. e SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, University of Chicago Law & Economics, n. 191, dez. 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract_id=1070283>. Acesso em 16 mar. 2011.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. O momento do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 233-245.

_____. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. (orgs.) *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 215-232.

MOTA, Marcel Moraes. *Posner, Kelsen e Hayek: pragmatismo jurídico, positivismo normativista e liberalismo político-econômico austríaco*. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo – SP, 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 1038-1056. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2208.pdf>. Acesso em 14 ago. 2012.

MOURA, Antonio Gleydson Gadelha de. Da necessidade epistemológica da sistematização de uma hermenêutica jurídica voltada ao processo civil brasileiro. Anotações preliminares. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2247, 26 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13391>>. Acesso em: 10 set. 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução diversos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria estruturante do direito – I*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NAGEL, Robert F. *Direito político, política legalista: uma história recente da teoria da questão política*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. *Limites do controle de constitucionalidade* (ANPR). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 149-176.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA, Almiro do Couto; COELHO, Inocêncio Mártires. Em torno e por causa da ADPF 33. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino (org.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva/Série IDP, 2010, p. 146-164.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

OLIVEIRA, Ricardo Costa de. *O silêncio dos vencedores: genealogia, classe dominante e Estado no Paraná*. Curitiba: Moinho do Vento, 2001.

PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do juiz*. Curitiba: Juriá, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. *Evocati Revista*. Ano 1, n. 9, set/2006. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=35>. Acesso em 10 set. 2012.

PEIRCE, Charles. *The essential Peirce: selected philosophical writings – vol. 2*. Bloomington: Indiana University Press, 1998.

_____. Como tornar nossas ideias claras. In: *Ilustrações da lógica da ciência*. Tradução Renato Rodrigues Kinouchi. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. Gravação da audiência de julgamento: consequência da existência de vícios na gravação. *Revista O Advogado*, II Série, n. 13, abr. 2005. Disponível em <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/artigos/gravacao.html>>. Acesso em 30 set. 2012.

PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. *Dworkin e o Pragmatismo Jurídico*. Disponível em <<http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2012.

_____. *O que é pragmatismo?* Disponível em <<http://www.soc.puc-rio.br/cedes/PDF/paginатеoria/pragmatismo.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2012.

_____. *Pragmatismo: teoria política e social*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

_____. Será o neopragmatismo pragmatista? Interpelando Richard Rorty. *Novos Estudos - CEBRAP* [online], 2006, n.74, pp. 125-138. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n74/29643.pdf>>. Acesso em 14 ago. 2012.

POSNER, Richard A. *Comó deciden los jueces*. Madri: Marcial Pons, 2011.

_____. *Para além do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. What has pragmatism to offer law? *Southern California Law Review*, n. 63, p. 1653-1670, 1990.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, Ano 3, 2009/2010, p. 1-31. Disponível em <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewPDFInterstitial/255/211>>. Acesso em 30 ago. 2012.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 235-265.

_____. *Razão prática e normas*. Tradução José Garcez Chirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. *The authority of law*. Essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria do direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Palhares Moreira. *O poder nas tiranias e ditaduras*. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

RESENDE, Wagner Silveira. O STF como elite política a partir das práticas decisórias: o papel da argumentação. *Revista Eletrônica de Ciência Política*, vol. 1, n. 2, dez. 2010. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/politica/article/viewFile/20431/13624>>. Acesso em 22.08.2011.

RIBEIRO, Alex. *Caso Escola Base: os abusos da imprensa*. São Paulo: Editora Ática, 1995.

RIBEIRO, Ivan. *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?* Disponível em <http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf>. Acesso em 21 set. 2012.

- RICHARDSON, Roberto Jarry et al. Pesquisa social: métodos e técnicas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- ROCHA, Cármen Lúcia. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a Sepúlveda Pertence. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ROCHA, Lincoln Magalhães da. Palestra em comemoração ao bicentenário do Código Civil Francês. Disponível em <<http://www.ticontrôle.gov.br/portal/pls/portal/docs/2045356.PDF>>. Acesso em 10 set. 2012.
- RÖD, Wolfgang. *O caminho da filosofia*. Brasília: Ed. UnB, 2008.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal (1910-1926 – t. 2)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.
- RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. Notas sobre a moral social na cultura brasileira. *Carta Mensal*, v. 43, n. 506, mai. 1997.
- RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade*. Escritos filosóficos I. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.
- ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SADEK, Maria Tereza e DANTAS, Humberto. Os bacharéis em direito na reforma do judiciário: técnicos ou curiosos? *São Paulo em Perspectiva*, v. 14, n. 2, abr./jun. 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000200013>. Acesso em 24 set. 2012.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101-135.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no direito tributário: paranóia ou mistificação? *Revista Fórum de Direito Tributário*, vol. 5 n. 29, p. 29-53, set./out. 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 2, n. 2, mai./ago. 1988. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>. Acesso em 15 abr. 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 02 set. 2012.
- SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- SENA, Nilza Mouzinho de. Espaço público, opinião e democracia. *Estudos em Comunicação*, n 1, p. 270-304, abr. 2007. Disponível em <http://www.ec.ubi.pt/ec/01/_docs/artigos/sena-nilza-espaco-publico-democracia.pdf>. Acesso em 14 set. 2012.

SILVA, Arthur Stamford. Procedimentos estatais e procedimentos para-estatais: uma descrição da práxis forense em Pernambuco. In: *Anais da 45ª Reunião anual da SBPC*. Recife: UFPE, 1993, p. 115.

SILVA, Rafael Santos de Barros e. *Câmbios de jurisprudência: venire contra factum proprium* do Poder Judiciário. Apresentada como dissertação de mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Programa de Pós-graduação em Direito, Brasília: UnB, 2012.

SILVEIRA, Daniel Barile da. *A institucionalização do Supremo Tribunal Federal e sua posição contramajoritária na Constituição da República de 1988*. Apresentada como tese de doutorado em Direito, Universidade de Brasília, Programa de Pós-graduação em Direito, Brasília: UnB, 2012.

SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! Trad. João Maurício Adeodato. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária, 1995, p. 251-273.

SOUZA, Arthur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal*. 06.06.2012. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 22 set. 2012.

_____. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. *Revista Consultor Jurídico*, 22 de março de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em 27 ago. 2012.

_____. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

SUNSTEIN, Cass R. *et al. Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2011.

TAVARES, Rodrigo. *Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto (orgs.). *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo*. São Paulo: Método, 2008, p. 393-407.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano Editora, 2001.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição: entre o texto e o contexto*. Apresentada como tese de doutorado, Universidade do Vale do Rio Sinos, Programa de Pós-graduação em Direito, São Leopoldo: Unisinos, 2010. Disponível em <http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2010-10-08T153753Z-1197/Publico/CarlosTomazDireito.pdf>. Acesso em 27 ago. 2012.

- TOOBIN, Jeffrey. *The Nine: inside the secret world of the Supreme Court*. Nova Iorque: Anchor Books, 2010.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva/Série IDP, 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lirio (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VAZ, Anderson Rosa. *Introdução ao direito*. Curitiba: Juruá, 2007.
- VENTURI, Eliseu Raphael. *Expressões da subjetividade no direito: de instância hermenêutica ao bem jurídico. Uma análise do emprego da subjetividade pelos magistrados*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9438&revista_caderno=15>. Acesso em 15 ago. 2012.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacius Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.
- _____. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB/Iuperj, 1995.
- VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE*, v. 02, p. 74-85, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- WAMBIER, Teresa Celina de Arruda Alvim. Existe a chamada "discrecionalidade judicial"? *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 18, n. 70, p. 232-234, 1993.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WHITTINGTON, Keith E. *The handbook of law and politics*. Oxford: Daniel Kelemen e Gregory Caldeira (eds.), 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*. Lisboa: Edições 70, 1990.
- WOODWARD, Bob e ARMSTRONG, Scott. *Por detrás da Suprema Corte*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Saraiva, 1985.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- WOLF, Alice. Entrevista com Robert Alexy. *Revista Trimestral de Direito Civil –RTDC*. Rio de Janeiro: Editora Padma, a. 4, v. 16, p. 315-22, out./dez. 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: EDIAR, 1994.

Bibliografia jornalística:

Abaixo assinado contra prescrição do mensalão. Disponível em <<http://www.peticaopublica.com.br/PeticaoAssinar.aspx?pi=STFXMENS>>. Acesso em 17 set. 2012.

Ajufe divulga nota em solidariedade a Ayres Britto. Notícia, 21.09.2012. Disponível em <http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4577>. Acesso em 23 set. 2012.

BERGAMO, Mônica. 'A imprensa nunca deu bola para o mensalão mineiro', diz Joaquim Barbosa. *Coluna - Folha de São Paulo*, 07.08.2012. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/1132824-a-imprensa-nunca-deu-bola-para-o-mensalao-mineiro-diz-joaquim-barbosa.shtml>>. Acesso em 17 set. 2012.

Campanha contra a prescrição do mensalão. Disponível em <<http://www.portalcafebrasil.com.br/4-livre/74-politica/8353-campanha-contra-prescricao-do-processo-do-mensalao>>. Acesso em 17 set. 2012.

Cartão de Crédito, Banco e Telefonia Celular são principais assuntos que deram dor de cabeça para os consumidores em 2011. Portal do Consumidor, 16.01.2012. Disponível em <<http://portaldconsumidor.wordpress.com/2012/01/26/cartao-de-credito-banco-e-telefoniacelular-sao-principais-assuntos-que-deram-dor-de-cabeca-para-os-consumidores-em-2011/>>. Acesso em 29 set. 2012.

CNJ suspende nomeação de desembargadores por merecimento em Pernambuco. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/evento/96-noticias/3607-cnj-suspende-nomea-de-desembargadores-por-merecimento-em-pernambuco>>. Acesso em 19 set. 2012.

Cobertura midiática sobre o mensalão é preocupante, diz Erick Pereira. Notícia. *No Minuto*, 02.08.2012. Disponível em <<http://www.nominuto.com/noticias/politica/cobertura-midiatica-sobre-o-mensalao-e-preocupante-diz-erick-pereira/87569/>>. Acesso em 17 set. 2012.

Corrupção no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Fantástico*, Rede Globo, 13.05.2012. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=H5SPHdKWJ2I>>. Acesso em 19 set. 2012.

Corrupção no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Fantástico*, Rede Globo, 13.05.2012. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=H5SPHdKWJ2I>>. Acesso em 19 set. 2012.

Decisão sobre obrigatoriedade dos juízes atenderem a advogados é restrita a Mossoró. Notícia, CNJ. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=4129:juiz-auxiliar-do-cnj-defende-as-para-a-promo-de-cidadania-na-amaz&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em 20 set. 2012.

Desembargador é suspeito de liberar traficantes em troca de dinheiro. *Fantástico*, Rede Globo, 22.04.2012. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1679873-15605,00-DESEMBARGADOR+E+SUSPEITO+DE+LIBERAR+TRAFICANTES+EM+TROCA+DE+DINHEIRO.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

DF pode retomar compra de equipamentos para UTIs. Notícia STJ, 14.12.2012. Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=100203&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=ventiladores_pulmonares>. Acesso em 26 set. 2012.

Escândalo do TRT – 1999. *Memória Globo*, Rede Globo. Disponível em <<http://memoriaglobo.globo.com/Memoriaglobo/0,27723,GYN0-5273-257163,00.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

FARINA, Carolina. Mensalão: por que alguns réus podem ficar livres das penas - Demora no julgamento pode resultar na prescrição de parte de crimes. Entenda como se dá o processo - e como ele pode afetar a vida dos mensaleiros. *Revista Veja*, 14.04.2012. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/entenda-o-que-e-prescricao-e-seus-efeitos-para-mensaleiros>>. Acesso em 17 set. 2012.

FAUSTINI, Eduardo e AZEVEDO, André Luiz. Repórter se infiltra e flagra corrupção em repartição pública. *Fantástico*, Rede Globo, 18.03.2012. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1679161-15605,00.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

Intervenção surte pouco efeito no Hospital Regional de Santa Maria: Compras autorizadas. *Correio Brasiliense*, 15.12.2011. Disponível em <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/12/15/interna_cidadesdf,227778/intervencao-surte-pouco-efeito-no-hospital-regional-de-santa-maria.shtml>. Acesso em 26 set. 2012.

JARDIM, Lauro. Um milhão de amigos. *Veja*, 27.05.2012. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/radar-on-line/brasil/quem-vai-pagar-o-advogado-de-carlinhos-cachoeira/>>. Acesso em 18 set. 2012.

Leia a transcrição da entrevista de Ricardo Lewandowski à Folha e ao UOL. Entrevista. *Folha de São Paulo*, 14.12.2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1020956-leia-a-transcricao-da-entrevista-de-ricardo-lewandowski-a-folha-e-ao-uol.shtml>>. Acesso em 17 set. 2012.

Lewandowski diz que por ele não haverá prescrições no mensalão. *Notícias Terra*, 10.01.2012. Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5550835-EI7896,00-Lewandowski+diz+que+por+ele+nao+havera+prescicoes+no+mensalao.html>>. Acesso em 17 set. 2012.

LOPES JUNIOR, Moacyr e SEABRA, Catia. Após ligação de Serra, Gilmar Mendes para sessão sobre documentos para votar. *Folha de São Paulo*, 30.09.2010. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/806923-apos-ligacao-de-serra-gilmar-mendes-para-sessao-sobre-documentos-para-votar.shtml>>. Acesso em 25 set. 2012.

Lula pressiona Gilmar Mendes para adiar mensalão, diz *Veja*. Notícia. *O Globo*, 26.05.2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/lula-pressiona-gilmar-mendes-para-adiar-mensalao-diz-veja-5031778#ixzz26mOa4FRy>>. Acesso em 17 set. 2012.

MAIEROVITCH, Wálter. Jefferson quis melar para alcançar a prescrição. *Carta Capital*, 14.08.2012. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/politica/jefferson-quis-melar-para-alcancar-a-prescricao/>>. Acesso em 21 set. 2012.

Manifestação simultânea em SP, RJ e DF alerta para prescrição do mensalão. *O Estado de São Paulo*, 21.04.2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,manifestacao->

simultanea-em-sp-rj-e-df-alerta-para-prescricao-do-mensalao,863793,0.htm>. Acesso em 17 set. 2012.

Mensalão precisa ser julgado para evitar prescrição, diz ministro Marco Aurélio Mello. *Jovem Pan News*, 17.04.2012. Disponível em <<http://jovempan.uol.com.br/videos/mensalao-precisa-ser-julgado-para-evitar-prescricao-diz-ministro-65173,1,0>>. Acesso em 17 set. 2012.

Na Câmara 110 deputados indicam advocacia como profissão. Notícia OAB, 26.03.2007. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/9393/na-camara-110-deputados-indicam-advocacia-como-profissao>>. Acesso em 24 set. 2012.

NOBLAT, Ricardo. Decisão do STF mantém monopólio dos Correios. *O Globo, Blog do Noblat*, 06.08.2009. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2009/08/06/decisao-do-stf-mantem-monopolio-dos-correios-211690.asp>>. Acesso em 26 set. 2012.

Novo ministro do STF poderá votar no julgamento do mensalão: Teori Zavascki pode acabar com possibilidade de empate no processo. Notícia. *Mídia News*, 10.09.2012. Disponível em <<http://www.midianews.com.br/conteudo.php?sid=8&cid=133187>>. Acesso em 17 set. 2012.

OAB apurará se Britto violou prerrogativas de Toron. *Revista Consultor Jurídico*, 20.09.2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-20/conselheiro-federal-oab-apurara-britto-violou-prerrogativas-toron>>. Acesso em 23 set. 2012.

O advogado especialista em crises, política, celebridades e mídia. *Zero Hora*, 26.06.2012. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2012/06/o-advogado-especialista-em-criSES-politica-celebridades-e-midia-3800214.html>>. Acesso em 21 set. 2012.

OHL, Murilo *et al.* O poder das conexões. *Você S/A*, n. 156, jun. 2011, p. 26-35.

Os Estatutos da OAB. Disponível em <http://www.oabcubatao.org.br/hist_oab_estatutos.htm>. Acesso em 23 set. 2102

Partidos orientam troca-troca municipal. *Folha de São Paulo*, 06.10.2007. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc0610200714.htm>>. Acesso em 25 set. 2012.

PASSARINHO, Natália. Indicado para STF diz que CNJ ‘revolucionou’ controle do Judiciário. *G1 Política*, 25.09.2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/09/indicado-para-stf-diz-que-cnj-revolucionou-controle-do-judiciario.html>>. Acesso em 25 set. 2012.

Policiais sequestram e exigem dinheiro para libertar bandidos. *Fantástico*, Rede Globo, 24.06.2012. Disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1681125-15605,00-POLICIAIS+SEQUESTRAM+E+EXIGEM+DINHEIRO+PARA+LIBERTAR+BANDIDOS.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

Prescrição do crime de formação de quadrilha esvazia processo do mensalão. Em agosto deste ano, 22 réus do processo sobre o pior escândalo da Era Lula vão estar livres de uma das principais acusações. *Estadão*, 21.03.2011. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,prescricao-do-crime-de-formacao-de-quadrilha-esvazia-processo-do-mensalao,697674,0.htm>>. Acesso em 17 set. 2012.

Pressa no julgamento do Mensalão irrita Ministros do STF. Notícia. *Correio do Brasil*, 16.08.2012. Disponível em <<http://correiodobrasil.com.br/pressa-no-julgamento-do-mensalao-irrita-ministros-do-stf/502143/#.UFfDEI1IRoc>>. Acesso em 17 set. 2012.

Pressão por voto do mensalão abre crise no STF. Após cobrança de Ayres Britto, presidente da Corte, Lewandowski diz nunca ter atrasado ou antecipado julgamentos; processo deve ser liberado nesta terça-feira. *O Estado de São Paulo*, 25.06.2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,pressao-por-voto-do-mensalao-abre-crise-no-stf,891505,0.htm>>. Acesso em 17 set. 2012.

RECONDO, Felipe. Grupo elege pessoas amigas, com listas fechadas. Entrevista a Eliana Calmon. *O Estadão de São Paulo*, 22.11.2009. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,grupo-elege-pessoas-amigas-com-listas-fechadas,470184,0.htm>>. Acesso em 21 set. 2012.

Revista Piauí destaca o advogado Kakay: 'Defensor dos poderosos', 04.11.2011. Disponível em <<http://w180graus2-teste.tempsite.ws/geral/revista-piaui-destaca-o-advogado-kakay-defensor-dos-poderosos-470714.html>>. Acesso em 21 set. 2012.

SANTOS, Débora. Por 8 a 2, STF derruba exigência de dois documentos para votar. *G1 Política*, 30.09.2010. Disponível em <<http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/09/por-8-2-stf-derruba-exigencia-de-dois-documentos-para-votar.html>>. Acesso em 25 set. 2012.

SCHAFFNER, Fábio e SANTOS, Klécio. Ao lado do poder. “A vaidade é o pior problema do advogado”, diz Kakay. Entrevista, *Zero Hora*, 23.06.2012. Disponível em <<http://zerohora.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2012/06/a-vaidade-e-o-pior-problema-do-advogado-diz-kakay-3800228.html>>. Acesso em 19 set. 2012.

Senador e bicheiro não economizam com defesa. *O Globo*, 06.05.2012. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/pais/senador-bicheiro-nao-economizam-com-defesa-4822786>>. Acesso em 18 set. 2012.

STJ determina compra de equipamentos para hospitais públicos do Distrito Federal. Rádio STJ, 14.12.2010. Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=100215&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=ventiladores pulmonares>. Acesso em 26 set. 2012.

Transocean pode atuar em localidades diversas do Campo de Frade. Notícia STJ, 01.10.2012. Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107179>. Acesso em 02 set. 2012.