

IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo
CÂMARA IASP - Câmara de Mediação e Arbitragem
EPA - Escola Paulista de Advocacia
CNA - Comissão dos Novos Advogados

JUNHO . JULHO . AGOSTO . 2010

INFORMATIVO IASP 89

EDITORIAL

Ética na política

REUNIÃO-ALMOÇO

Min. Luiz Fux

Ophir Cavalcante

CNA

Visita a Brasília

IASP NA MÍDIA

ARTIGOS

Por que os Juízes Divergem?

**A inaplicabilidade do CDC aos
contratos de prestação de
serviços advocatícios**

HOMENAGENS

Geraldo de Camargo Vidigal

José Eduardo Loureiro

**CÂMARA DE MEDIAÇÃO
E ARBITRAGEM DO IASP**



“Por que os Juízes Divergem?”

Ruy Pereira Camilo Junior
Diretor Financeiro do IASP

Muitos são os juristas que se deixaram enredar pelos mistérios do surgimento da decisão judicial. É ela fruto de juízo de ponderação, construída passo a passo, ou mais se assemelha a um relâmpago, tendo sua raiz na intuição, e só depois tomando as vestes formais da motivação? Em outras palavras, a motivação é a fiel descrição dos passos que levaram o julgador à conclusão exposta em sua sentença, ou tem mera finalidade justificatória, a posteriori?

O foco tradicional da pesquisa teórica tem sido a decisão judicial individual. Mesmo em órgãos colegiados, pensa-se no voto como manifestação independente e autônoma do magistrado, que simplesmente se soma e se junta às demais, dando corpo ao acórdão, unânime ou por maioria.

Desconsidera-se que o processo de decisão coletiva implica interações entre os julgadores, para as quais são necessários modelos teóricos mais complexos, não mais centrados no magistrado, mas no colegiado.

Uma primeira ferramenta para se pensarem situações de interdependência entre agentes é a chamada teoria dos jogos. Cada agente tem seus objetivos específicos, mas suas ações afetam e são afetadas pelos demais. Essa teoria busca identificar as melhores estratégias para que cada agente tenha o melhor resultado possível em cada contexto, considerando as possíveis ações dos demais. Há situações em que o melhor resultado é alcançado pela cooperação e essa pode ser obtida mesmo entre inimigos, uma vez adotadas as estratégias corretas. Um bom exemplo é dado por Robert Axelrod, numa obra interessante (e legível): “A Evolução da Cooperação”. Afirma o autor que, se duas pessoas estão em interação permanente, a melhor estratégia é o “olho por olho” (tit for tat). Em um primeiro contato, coopero, mas depois ajo sempre da mesma maneira que a outra pessoa agir. Se cooperar comigo, coopero com ela. Se me prejudicar, prejudico-a. Reajo sempre replicando a mesma ação anterior do outro agente. A adoção dessa estratégia levaria inevitavelmente à cooperação entre ambas, com a repetição das interações. O autor dá como exemplo o fato de que, na Primeira Guerra Mundial, a imobilidade da luta de trincheiras

por meses a fio fazia com que se estabelecesse uma verdadeira trégua branca: os aliados não atiravam nos alemães, e vice-versa, porque ambos se prejudicavam com a retomada do tiroteio. Se um contingente era substituído, e, desconhecendo a situação, atirava no outro exército, a reação do atacado era também atirar. Com o tempo, porém, percebia-se que, cessando-se os disparos de um lado, o mesmo ocorria do outro. E a cooperação, mesmo sem nenhum tipo de tratativa ou negociação, restabelecia-se.

Axelrod, no mesmo livro, afirma que a adoção da estratégia “olho por olho” permite a cooperação entre situação e oposição no congresso norte-americano. Parece-nos que os mesmos motivos podem ser aplicados a uma Câmara ou turma de tribunal. Se um magistrado diverge de modo constante e sistemático dos votos de um determinado relator, a tendência desse é de “retaliar”, manifestando divergência com a mesma frequência. Ou se estabelece a uma solução cooperativa - em que as divergências se limitem a questões de fundo ou de maior complexidades, mas concordando as partes nos casos de rotina, com confiança recíproca nas análises fáticas feitas por cada relatoria -, ou uma das partes tende a mudar para outro órgão.

Um outro modelo de análise sobre as decisões colegiadas consta de paper apresentado por Richard Posner, Lee Epstein e William Landes em congresso ocorrido na Universidade de

Princeton, no último mês de maio. O texto, intitulado “Why (and when) judges dissent: a theoretical and empirical analysis”, pode ser localizado no site da American Law and Economics Association (www.amlecon.org). Os autores se dispuseram a construir um modelo estatístico que pusesse à prova algumas proposições constantes da última obra de Posner, “How Judges Think” (Harvard University Press, 2008), a respeito das variáveis que aumentavam ou reduziam as chances de divergência nas cortes federais americanas.

Como é sabido, a análise econômica do direito considera todo agente um ser racional que busca maximizar seus interesses e utilidades. Esse agente reage a incentivos e é desestimulado por custos. A partir dessas premissas, constroem-se modelos formais e abstratos com os quais se busca explicar quase todos os aspectos do fenômeno jurídico. É comum trabalhar-se com estatísticas e fórmulas matemáticas, para se compreender o peso de determinadas variáveis no comportamento dos agentes.

No livro e no paper acima referidos, tomase, em primeiro lugar, a função de utilidade do juiz. O juiz federal americano também goza de vitaliciedade, e seu salário não é função do volume de seu trabalho. Quais são os interesses que persegue o magistrado, então, em sua atividade profissional? Aumentar seu prestígio e reputação, bem como o alcance e influência de suas decisões pessoais na jurisprudência da corte que integra. Racionalmente, deve buscar tais utilidades com o menor esforço possível.

Aí é que se coloca o mistério do voto divergente. Os autores constatarem que o voto divergente tem pouco impacto na jurisprudência - já que é muito pouco citado por outros juízes-, embora, quando proferido nas cortes de apelação, aumente a chance de admissão do recurso da parte perdedora na Suprema Corte. Esse pequeno benefício, no entanto, não parece compensar o maior trabalho que tem o dissidente, e, principalmente, o custo representado pelo seu desgaste perante o colegiado (collegiality costs).

A divergência impõe à maioria um trabalho adicional, constatando-se estatisti-

camente que o voto vencedor tende a ser mais longo, quando há dissídio, pois o relator tem de enfrentar os argumentos postos no voto vencido.

Tais razões levam à chamada aversão à divergência. Nas cortes federais de apelação dos Estados Unidos, há voto divergente em apenas 2,6% dos julgamentos. Por outro lado, a fluidez de voto - a mudança de votos já proferidos, ao longo da sessão - manifesta-se no mais das vezes pela adesão à maioria, e não à divergência. No entanto, na Suprema Corte, a situação é totalmente distinta: há atualmente dissídio em 62% dos casos, o que é até pouco historicamente (no período 1975-1985, só 21,8% das decisões eram unânimes, contra 36% de acórdãos unânimes no período 1995-2005).

Como explicar índices tão díspares de divergência entre a corte maior e as inferiores?

Com base em análise estatística, o paper conclui que o percentual do dissídio relaciona-se negativamente com o volume de processos na corte e positivamente com o número de juízes do circuito e a sua diversidade ideológica.

O modelo revela que uma diminuição de 10% no número de processos aumenta em 3,3% a ocorrência de divergências. A explicação é simples. Como há menos trabalho para os juízes, é menor o esforço para divergir e o desgaste que a divergência impõe à maioria. O mesmo ocorre quando há um número maior de assessores. Ambos os fatores estão presentes na Suprema Corte, que tem volume de processos menor do que as cortes de apelação e dispõe de staff mais amplo.

O aumento do número de juízes diminui o desgaste perante o colegiado como um todo (e assim as decisões plenárias comportam maiores índices de dissidência).

Além dos maiores ou menores custos, a divergência pode ser também fomentada pelos maiores ou menores incentivos que propicie ao magistrado.

A maior diversidade ideológica conduz a uma mais ampla divergência, sendo captada pela estatística considerando-se o

partido político do presidente que nomeou o magistrado para cada tribunal pesquisado. De certa forma, sobretudo nos tribunais superiores, o magistrado busca implementar sua agenda e sua visão política, e tal benefício leva à dissidência. A maior possibilidade de dar forma ao direito do futuro também aumenta as divergências nos hard cases, em que não há precedentes, ou nos quais há de se interpretar conceitos abertos e indeterminados.

Uma pesquisa estatística similar no Brasil haveria de levar em conta que a divergência em nosso direito produz um benefício bastante peculiar de nosso sistema recursal: a eventual possibilidade de interposição de embargos infringentes. O voto dissidente pode propiciar, por si só, uma oportunidade de reexame da questão, sendo portanto fator de estímulo à divergência, compensando os eventuais custos de maior trabalho ou desgaste.

Evidentemente, o modelo estatístico da divergência peca pela sua unidimensionalidade. Toma o juiz como ser calculista, que exerce sua nobre missão guiado por cálculos probabilísticos e perseguindo interesses ou concepções preconcebidas. Ricardo Lorenzetti - ele mesmo juiz da Suprema Corte Argentina - acerta ao criticar a análise econômica por se olvidar da dimensão da profundidade do sujeito, em sua obra “Teoria da Decisão Judicial”. A divergência brota da consciência do julgador - por vezes se contrapondo a suas idéias políticas, e não sendo sempre por elas determinadas. A divergência não é necessariamente tomada pelo colegiado como inoportuna, mas pode ser saudada pela maioria como um salutar desafio à solidez do voto vencedor. A dissidência não é custo nem gera ineficiência da atividade jurisdicional, mas é expressão de um judiciário pluralista e não monolítico, no qual as várias correntes de pensamento jurídico encontram democraticamente sua expressão. O dissídio contribui para a qualidade crescente das decisões, e é nele que se manifesta, por vezes, o direito do futuro. Não se pode esquecer que Oliver Wendell Holmes, o justice que mais se bateu pela constitucionalidade da legislação social no começo do século XX na ultraconservadora Suprema Corte da época, é conhecido como o “Great Dissenter”. Não consigo pensar em título mais nobre para um magistrado.