Material de apoio para seminários (Complementar)

COMO DECIDEM AS CORTES? ALGUMAS PALAVRAS SOBRE O PAPEL DO DIREITO E DA DOUTRINA NO BRASIL[1]

José Rodrigo Rodriguez[2]

***Sumário**: 1. O Modelo Jurisdicional Brasileiro. 2. Os Efeitos da Publicidade. 3. Ethos e Argumento de Autoridade. 4. A Função Hipercrítica da Teoria e da Doutrina. 5. Racionalidade em Potencial. 6. Retórica, Indeterminação e Autoridade do Juiz.*

1 O MODELO JURISDICIONAL BRASILEIRO

Como mostrei em meu livro "Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)" (Editora FGV, 2013), o modelo jurisdicional brasileiro parece ter sido construído para colocar em primeiro plano o ***ethos** do juiz individual e seus argumentos de autoridade*; também os *argumentos de autoridade das Cortes superiores*, em detrimento de uma argumentação racional.

Chamo de ***modelo jurisdicional brasileiro*** o *desenho institucional do Poder Judiciário* e suas relações com os demais poderes, acompanhado das *ideias utilizadas para operá-lo e justificá-lo perante a esfera pública*, inclusive o modelo de racionalidade jurisdicional que orienta a solução de casos concretos.

Há *um elemento central na estrutura de nosso poder Judiciário que determina a racionalidade de nosso direito*: todos os tribunais superiores brasileiros, do STF aos tribunais estaduais, *decidem por maioria de votos* e *permitem que os juízes individuais votem individualmente* sem

---

1 Apresentação oral feita na I Congresso de Sociologia do Direito do GEDAIS – PUC/SP.

2 (UNISINOS/Cebrap)

que haja ao final a elaboração de um voto da corte que organize os argumentos vencedores em um texto único coerente.

A *inexistência de razões de decidir dos tribunais* compreendidos como instituições, a existência apenas de razões de decidir dos juízes individuais faz com que *a construção de padrões de julgamento no Brasil não se faça por meio de argumentos*.

Os julgamentos por maioria colocam em primeiro plano seu resultado, abstraindo do julgado as razões de decidir de cada juiz. Tal procedimento despersonaliza o julgamento, mas, ao mesmo tempo, põe a argumentação jurídica racional em segundo plano.

Por isso mesmo, *a estratégia brasileira para construir padrões de julgamento é editar Súmulas e Enunciados* que são proposições cuja função é enunciar o resultado de julgamentos paradigmáticos excluindo as razões de decidir que ficam aprisionadas no corpo de cada voto individual.

Fácil é perceber, portanto, que *não existe no Brasil um tecido argumentativo organizado pelas Cortes superiores que justifique suas decisões*. O fundamento de tais decisões é sua autoridade, é o procedimento por meio do qual elas foram tomadas, mas não as suas razões.

A inexistência deste tecido argumentativo faz com que os juízes e os juristas em geral não se sintam constrangidos por uma *argumentação de caráter oficial* ao elaborar raciocínios voltados para a ação profissional e para a reflexão teórica ou doutrinária sobre o direito positivo.

O fundamento das decisões fica em aberto sempre, todos os argumentos são postos de novo em jogo para eventuais novos *rounds* quando da discussão de casos semelhantes.

Em suma, nossos tribunais são capazes de estabelecer resultados padronizados, mas deixam completamente aberto o debate sobre a razões de decidir.

Prova disso é que estes mesmos tribunais são capazes de produzir decisões cuja votação é unânime, mas são fundamentadas em argumentos diferentes, contraditórios e incoerentes entre si.

Na verdade, *a coerência não tem importância alguma em nossa experiência jurídica*. Depois de proferida uma decisão de segundo grau, ninguém, exceto pesquisadores interessados em estudar a racionalidade jurisdicional ou representantes da esfera pública não especializada, irá tentar articulá-los de forma racional.

O modelo jurisdicional brasileiro permite que argumentos incoerentes e contraditórios apareçam nos julgamentos uns ao lado dos outros

como em um mosaico multicolorido em que os fragmentos de pedra ficam lado a lado, mas não se comunicam internamente.

Basta que se examine *as características físicas do julgado de um tribunal superior*, especialmente um caso controverso, para se perceber tal fato com clareza.

O documento que contém o julgado costuma ser formado por *partes juntadas umas às outras na sequência dos atos que foram praticados no processo*, deixando claro que ele serve para registrar tais atos e *não foi pensando como um documento independente e coerente*.

Um julgado do STF, por exemplo, é composto de um relatório e dos votos dos juízes, muitas vezes entremeados por debates orais e pedidos de vista, e digitados com tipologia e espaçamento diferentes uns dos outros.

O texto do julgado não é um documento autônomo em relação ao processo e à presença física dos juízes. Os votos e manifestações orais permanecem individualizados nos autos, assinados e marcados pela singularidade de cada juiz individual.

Alguma impessoalidade só é obtida ao se extrair o placar do julgamento.

2 OS EFEITOS DA PUBLICIDADE

A transmissão pela TV acrescentou mais ingredientes ao modelo jurisdicional brasileiro, reafirmando algumas de suas características personalistas. Os juízes do STF hoje concedem entrevistas a redes de TV nacional e se acostumaram a contar com câmeras presentes em grande parte de seus atos, julgamentos e reuniões administrativas.

É um tema a ser pesquisado *a eventual influência do televisionamento sobre o modo de julgar dos ministros do STF*. Por exemplo, alguns ministros têm claramente procurado tornar seus votos compreensíveis ao público em geral, alternando momentos técnicos com explicações mais simples.

Claramente há juízes que se sentem mais ou menos à vontade diante das câmeras. Mas, seja como for, *todos eles, mesmo contra sua vontade, são hoje personas públicas* e têm sua imagem consumida, muitas vezes ao vivo e em rede nacional, pela esfera pública não especializada.

E nada indica até agora, que o televisionamento tenha promovido mudanças no sentido de conferir mais coerência aos julgamentos. Os

ministros continuam a votar individualmente em casos controversos e de ampla repercussão, *muitas vezes elaborando votos de mais de cem páginas de extensão.*

3 *ETHOS* E ARGUMENTO DE AUTORIDADE

O voto por placar está diretamente relacionado com a valorização do *ethos* dos juízes e com o tipo de argumento prevalente em nossos julgados: *o argumento de autoridade.*

Em uma série de pesquisas realizadas sob minha coordenação, que examinaram mais de 2 mil acórdãos proferidos por Cortes estaduais e federais, inclusive o STF, ficou claro, por exemplo, que a utilização de citações doutrinárias e de casos julgados segue o padrão do argumento de autoridade.

A doutrina não é utilizada pelos juízes como elemento reflexivo destinado a ajudar a sistematizar o direito. Ela aparece nos julgados, via de regra, sob a forma de uma *profusão de citações justapostas de autores diversos* sem a elaboração de um texto que mostre por que esses diversos pedaços de pensamento foram postos um ao lado do outro.

A função destes conglomerados de citações parece ser evocar a "*opinião das autoridades*", as quais são selecionadas sempre em harmonia com a tese defendida pelo autor do voto e não como representativas do pensamento supostamente hegemônico entre os juristas brasileiros.

Outros julgados são utilizados nos votos da mesma forma, apenas com o objetivo de reforçar sua tese central, sem qualquer preocupação com a identificação da tese dominante neste ou naquele tribunal, simplesmente justapostos, sem qualquer hierarquia, em uma enumeração aleatória.

Podemos dizer, portanto, que *o direito brasileiro estabelece a primazia estrutural e ideológica do argumento de autoridade* por meio de julgamentos por maioria que permitem que os juízes votem individualmente e elaborem suas opiniões de forma personalista sem praticar uma argumentação racional e impessoal.

Diante do resultado de minhas pesquisas, que reuni no livro "Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)" (ed. FGV, 2013), sustento que *todo e qualquer material jurídico ou não utilizado pelos juízes em suas decisões tende a funcionar como argumentos de autoridade.*

Doutrina, julgados, legislação, decisões estrangeiras, citações de filósofos e de letras de música: *praticamente qualquer material pode se transformar em argumento de autoridade quando utilizado de acordo com a racionalidade do direito brasileiro, ou seja, para aduzir novas autoridades à opinião do julgador.*

Os juízes individuais, diga-se, podem até se esforçar para refletir sobre o direito sistematicamente em seus votos individuais. Mas não será desta forma que sua opinião irá aparecer no resultado final do julgado. *Ela irá contar como um voto a mais, como uma opinião a mais, independentemente da qualidade de sua argumentação.*

É importante ressaltar que *eu não considero essa característica do direito brasileiro um defeito* em relação ao direito de outros países. Tampouco, de outro lado, considero que tal situação deva ser naturalizada, deixada como está, por mera *conveniência.*

Podemos sim, advogar por transformações em nossas instituições; podemos criticar sua falta de justificação ao decidir e sua alta dependência da pessoa dos juízes.

No entanto, tais reivindicações devem passar por uma compreensão mais precisa de nossa realidade institucional *sem que transformemos toda a nossa formação social em uma suposta patologia*, quando comparada com outros desenhos institucionais.

É importante *compreender nosso direito como ele é* e não a partir do que falta para que ele atinja determinado padrão.

Por exemplo, é importante apontar que *a votação por maioria e a criação de padrões de julgamento via Súmulas e Enunciados alivia as Cortes do peso político de determinados argumentos potencialmente polêmicos.*

Por exemplo, o STF foi capaz de decidir sobre *a constitucionalidade da criação de cotas para negros e negras no Brasil* sem assumir nenhum argumento como determinante para a sua decisão. *Praticamente todos os argumentos possíveis estão presentes na decisão, mas abstraídos do resultado por meio do placar e da Ementa.*

Esta característica de nossas decisões pode *facilitar sua aceitação pela esfera pública*, além de *tornar mais simples sua eventual reforma em algum momento do futuro.*

Como não há uma teia argumentativa cerrada com a qual se tenha que lidar para inovar a jurisprudência, basta que mudem os ministros do STF para que suas decisões possam também mudar.

Ademais, nossas cortes também têm ampla liberdade para adaptar sua posição a eventuais mudanças sociais significativas. Basta que o placar se modifique que, independentemente dos argumentos utilizados, a decisão também pode mudar.

Nosso direito é mais parecido com a ***Common Law*** *do que se costuma admitir. Nunca praticamos aqui um pensamento sistemático ao lidar com nossas fontes de direito*, ou seja, um pensamento preocupado em ordenar de forma coerente as leis, os casos julgados e os demais materiais jurídicos. De outra parte, *não recorremos às razões de decidir de casos paradigmáticos para formar padrões de julgamento.*

O modelo jurídico brasileiro parece ser peculiar, nem *Common Law*, nem *Civil Law*, uma terceira via entre os dois modelos.

4 A FUNÇÃO HIPERCRÍTICA DA TEORIA E DA DOUTRINA

De fato, *a ideia de sistema nunca deixou o estado de mero projeto em nosso país*, ao contrário do que parece afirmar nossa doutrina que parece trabalhar a partir desta ideia.

Na verdade, ainda estão por serem inventadas boas metodologias científicas para descrever e criticar o direito brasileiro. *E um eventual interessado ou interessada em refletir sobre nosso direito positivo poderá aproveitar muito pouco das publicações dos últimos dois séculos sobre o direito brasileiro.*

Pois *a teoria e a doutrina praticadas aqui tradicionalmente, de clara inspiração europeia, sempre dialogaram muito pouco com as decisões judiciais e mesmo com o direito positivado nas leis.*

Todos são capazes de citar de memória *uma série de livros e artigos que deixam de citar e de analisar a legislação brasileira e os casos julgados aqui* em favor da exposição em abstrato de conceitos jurídicos de uso cotidiano, como "contrato" ou "propriedade".

Por esta razão, sou obrigado a propor a seguinte hipótese: *A doutrina e a teoria no Brasil servem para criticar a prática jurídica e valorizar o ethos de seus autores e não para orientar a atuação de nossos profissionais de direito ao propor modelos para a tomada de decisões que organizem o material jurídico empiricamente produzido no país.*

Especialmente no campo do direito privado, muitos doutrinadores e doutrinadoras clássicos, como Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, sempre fizeram pouca questão de citar e analisar o material jurídico positivo nacional.

Em geral, eles quase sempre ignoram a legislação e os casos julgados, *preferindo apresentar a seus leitores e leitoras as construções conceituais da pandectística europeia em sua suposta perfeição abstrata, ou seja, também abstraídas do direito positivo de seus respectivos países.*

Quando o direito positivo brasileiro é mencionado, tais autores e autoras servem-se dele, a mais das vezes, *apenas para evidenciar seu suposto descompasso com a melhor tradição europeia.*

Ao agirem assim, doutrinadores e doutrinadoras *afirmam sua autoridade pessoal sobre o saber jurídico contra a realidade dos fatos, criticando as supostas imperfeições do direito nacional.* Valorizam, assim, o seu saber intelectual *contra a realidade de nosso direito.*

Interessante notar que vários deles ocuparam, ao mesmo tempo, o posto de acadêmicos e de advogados, promotores e juízes. *Isso significa que provavelmente agiram na prática conforme o padrão de racionalidade que criticavam agressivamente em sua cátedra.*

Este descompasso quase esquizofrênico parece se explicar pela seguinte razão: *quanto mais imperfeita e defeituosa for nossa prática jurídica, quanto mais criticável ela for à luz da um suposto "saber" jurídico iluminado, normalmente de extração estrangeira, mais valiosa e crucial se tornará a erudição destes grandes juristas que supostamente estariam capacitados para redimir as nossas supostas mazelas.*

Com a condição de que tais mazelas permaneçam intactas.

Pois o sucesso da doutrina e da teoria do direito como tradicionalmente praticadas no Brasil depende do fato de que *ambas se mantenham rigorosamente separadas da prática de nosso direito, ou seja da realidade do direito positivo, e sirvam de contraponto redentor exemplar para uma realidade considerada medíocre.*

Vou chamar este imbróglio utópico-normativo de "*função hipercrítica*" *da teoria e do direito no Brasil.*

Esta maneira de organizar e funcionar dos saberes sobre o direito no Brasil, para o qual contribui a separação da Sociologia do Direito do pensamento dogmático, cria um fosso intransponível entre doutrina, teoria e prática jurídica.

Um fosso que se torna cada vez mais fundo diante do insucesso da doutrina em sistematizar e refletir sobre nosso direito; insucesso este que funciona como contraprova de sua excelência na condição de instância crítica de nosso direito positivo.

Um teórico ou doutrinador que pretenda pensar sistematicamente o direito positivo brasileiro assume imediatamente um papel normativo eminentemente utópico.

A doutrina assim concebida propõe um ideal de direito e de estudo do direito que tem pouco a ver com a realidade de nossa prática e de nossa teoria.

5 RACIONALIDADE EM POTENCIAL

Apenas muito recentemente trabalhos acadêmicos e livros voltados para concursos públicos têm prestado atenção em nosso direito positivo, seja com o objetivo de refletir desinteressadamente sobre ele, seja para informar os postulantes a cargos públicos sobre a opinião de nossos tribunais e o conteúdo de nossos diplomas normativos.

Eu atribuo esta novidade à crescente exposição que o direito brasileiro e os juristas têm sofrido à esfera pública nacional, além da necessidade de se praticar critérios impessoais na seleção de profissionais para cargos públicos, cuja obrigatoriedade se estabeleceu definitivamente com a Constituição de 1988.

Estes dois fatores podem contribuir para transformar nosso modelo jurídico por ampliarem seu quociente de racionalidade sistemática.

A exposição de nosso direito à análise do cidadão não especializado, de um lado, pode contribuir para que adotemos padrões decisórios fundamentados em argumentos racionais, *desde que tais cidadãos passem a questionar a coerência dos argumentos de nossas Cortes e não se contentem em aceitar suas decisões em função de seu poder simbólico.*

De outra parte, a necessidade de selecionar servidores públicos por meio de concursos *pode contribuir para despersonalizar nosso direito e conferir à argumentação jurídica um caráter mais racional.*

Afinal, tais concursos deveriam selecionar os candidatos e candidatas com base em conhecimentos objetivos e não em características pessoais idiossincráticas. Tais conhecimentos objetivos podem ser *objeto de provas que exijam dos candidatos e candidatas raciocínios organizados e não a mera citação de leis, casos, ementas e enunciados.*

Finalmente, *a exposição da teoria e da prática de nosso direito a realidades jurídicas diversas* pode ajudar a desarmar as estruturas do argumento de autoridade que praticamos por aqui, desde que a incorporação da reflexão seja feita de maneira adequada.

Normalmente as teorias sobre o direito estrangeiras são incorporadas ao nosso direito também como argumento de autoridade e citados nas decisões sem maior rigor.

Além disso, *tais argumentos podem acabar funcionando como uma instância hipercrítica*, pondo o foco sobre os professores brasileiros que as expõe e não sobre os argumentos que veiculam.

Afinal, ao comparar nossa realidade com a realidade de outros países sem as devidas mediações pode-se induzir o leitor a concluir que nosso não existe ou é altamente imperfeito.

Por exemplo, *postular que possamos analisar nosso direito por conceitos como "direito como reconstrução" de Ronald Dworkin ou "ponderação de princípios" de Robert Alexy não faz sentido algum.*

Como já visto, nosso direito *não se reproduz argumentativamente* e sim, por meio de decisões por maioria, Súmulas e argumentos de autoridade. *Buscar traços de "reconstrução" ou de "ponderação" em nosso direito significará, necessariamente, considerar que nosso direito é falho ou simplesmente inexistente.*

É certamente um belo projeto, seja lá qual for a fonte teórica utilizada, criticar a realidade de nosso direito e propor um modelo alternativo para ela. Mas este projeto não pode ignorar que a ausência de argumentação racional é uma característica de nosso direito *que não será transformada apenas com uma mudança cultural, com a reforma do ensino jurídico, com transformações meramente conceituais.*

Para mudar o modelo jurisdicional brasileiro *será preciso propor também um modelo alternativo para o desenho de nossas instituições que institucionalize a necessidade de produzir um tecido argumentativo coerente no direito brasileiro.*

Afinal, *se nossos tribunais colocassem a argumentação em primeiro plano e deixassem de decidir por maioria*, certamente os livros de concurso, os livros acadêmicos, os livros didáticos e toda a cadeia de produção de ideias jurídicas seria obrigada a estudar analisar, ensinar e criticar a argumentação dos Tribunais, cujas decisões são, de fato, cada vez mais importantes como fontes de direito.

6 RETÓRICA, INDETERMINAÇÃO E AUTORIDADE DO JUIZ

Para terminar, gostaria de fazer algumas reflexões sobre a relação entre a indeterminação das decisões judiciais e a autoridade dos juízes.

Argumentamos quando é necessário convencer um igual de nossas razões. Quando desejo mostrar a alguém que este ou aquele é o melhor argumento sobre o problema em questão.

Diante de alguém que considero superior ou inferior a mim ou em uma situação em que minha posição social e meus interesses econômicos não estejam de fato em jogo, terão lugar relações de sujeição e de obediência A argumentação racional pode até se fazer presente, mas não será determinante para o desenrolar dos fatos. No centro de tudo estará a vontade da autoridade.

Assim, diante de uma autoridade cuja vontade é determinante, ou seja, de cuja vontade depende o meu direito, não bastam demonstrações racionais. É preciso impressioná-la, comovê-la, usar de todos os meios possível para direcionar a sua opinião.

Ser titular de um direito em um Estado de direito, a princípio, não depende da vontade de ninguém. Eu tenho um direito porque as fontes jurídicas de um determinado ordenamento jurídico assim o atribuíram a mim. E, se necessário, posso demonstrar tal fato racionalmente diante de qualquer um.

Uma prática jurídica puramente decisionista e personalista do direito faz depender a titularidade de um direito da vontade da autoridade.

Neste cenário, não bastam argumentos racionais para justificar que eu tenha um direito, pois a vontade do indivíduo ou dos indivíduos que ocupam posições de poder, é a última instância a recorrer para obter o reconhecimento da titularidade de um direito a qual, neste caso, é constitutiva de sua existência.

Ora, a perda da centralidade e da plausibilidade do paradigma da subsunção na solução dos casos concretos e a abertura da fundamentação das decisões para a argumentação e para a controvérsia entre juízes recoloca em primeiro plano a autoridade do juiz que decide empiricamente um caso concreto.

Não é mais possível obter uma única decisão correta de um caso. Pode-se almejar apenas obter uma decisão bem fundamentada, ou seja, uma decisão fundada na melhor argumentação possível naquele momento histórico diante dos dados disponíveis e do estado atual de nosso conhecimento sobre o tema.

Mas isso não exclui a permanência de eventuais divergências entre juízes nas mais diversas cortes, inclusive estrangeiras. Afastada a ideia de uma resposta correta, ou de uma única resposta possível para cada caso, não parece haver como escapar da seguinte constatação: se fossem outros os juízes que atuaram no caso, o resultado poderia ser outro.

Volta ao centro do teatro da decisão, portanto, a autoridade dos juízes, a pessoa dos juízes que julgam cada caso. Nesse contexto, a existência de mecanismos institucionais capazes de padronizar a argumentação se torna cada vez mais central, em especial para comunicar as decisões dos Tribunais para a esfera pública.

É preciso reconhecer, diante deste quadro, ou seja, diante da indeterminação dos casos difíceis e da possibilidade real de haver divergências entre os juízes, que a votação por maioria não soa assim tão disparatada. Ela pode ajudar a conferir um sentido inequívoco à imensa variedade de possibilidades argumentativas que podem ser elaboradas diante de um caso concreto.

De novo, é importante ressaltar que não tratei aqui de defeitos ou patologias do direito brasileiro. Falo de suas características. Nosso modelo jurídico pode ser criticado e combatido, claro, mas em nome de outro projeto de direito. Nunca em nome de um padrão que é considerado como se fosso o único correto.

Muito obrigado!