

ALÉM DO DIREITO: O QUE O JUIZ DEVE SABER

A FORMAÇÃO MULTIDISCIPLINAR DO JUIZ

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente

Ministra LAURITA VAZ

Vice-Presidente

Ministro Jorge Mussi

Corregedor-Geral da Justiça Federal e

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes

Ministro Luis Felipe Salomão

Desembargador Federal Cândido Artur Ribeiro Filho

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza

Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteadado

Desembargador Federal Marcelo Navarro

Membros Efetivos

Ministro Mauro Campbell Marques

Ministro Benedito Gonçalves

Ministro Raul Araújo

Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva

Desembargador Federal Reis Friede

Desembargadora Federal Cecília Marcondes

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Desembargador Federal Francisco Roberto Machado

Membros Suplentes

Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos

Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros

Diretora-Geral

HUGO OTÁVIO TAVARES VILELA

ALÉM DO DIREITO: O QUE O JUIZ DEVE SABER

A FORMAÇÃO MULTIDISCIPLINAR DO JUIZ



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

Brasília
setembro de 2015

Copyright © Conselho da Justiça Federal

Tiragem: 2.550 exemplares

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

A opinião expressa pelo autor não representa necessariamente a posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

João Batista Lazzari – Juiz Federal, Assessor junto ao CEJ

Maria Virgínia Guimarães Corrêa – Secretária

Rita Helena dos Anjos – Subsecretária de Informação Documental e Editoração

COORDENADORIA DE EDITORAÇÃO

Edição e Revisão

Milra de Lucena Machado Amorim – Coordenadora

Ariane Emílio Kloth – Chefe de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues – Servidora da Seção de Edição e Revisão

Diagramação e arte-final

Alice Zilda Dalben Siqueira – Servidora da Seção de Programação Visual e Arte-Final

Caio César Magalhães Olímpio – Estagiário

Capa

Gustavo Junqueira de Souza

IMPRESSÃO

Seção de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do CJF

V711a Vilela, Hugo Otávio Tavares.

Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz / Hugo Otávio Tavares Vilela. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015.

177 p.

ISBN 978-85-8296-012-7

1. Juiz. 2. Formação profissional. 3. Psicologia forense. 4. Filosofia do direito. 5. Direito e política. 6. Poder Judiciário. I. Título.

CDU 347.962:159.9

Dedicatória

À Iara.

Sobre o autor

Hugo Otávio Tavares Vilela

É juiz federal e professor colaborador da Escola Superior
da Magistratura Federal da 1ª Região (ESMAF).

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
1.1	O juiz “puro” e o juiz multidisciplinar	13
1.2	Das razões	16
1.2.1	Necessidade do estranhamento	16
1.2.2	Necessidade de entender os casos por julgar	17
1.2.3	Necessidade de ser mais que juiz – ser magistrado	18
1.2.4	Complementaridade entre as formas de pensar	19
1.2.5	Necessidade de estar a par do que falam de você	20
1.3	Conclusão	21
2	HISTÓRIA	23
2.1	Juízes buscando o passado	23
2.2	A mecânica da lembrança	24
2.3	<i>Histor e Retor</i>	26
2.4	No princípio, era o fato	28
2.5	A solidez enganosa das ideias	31
2.6	A nem sempre bem contada história das leis	38
2.7	O pedregoso caminho do Judiciário	43
2.8	A história do futuro	47
2.9	Verdadeiros com o passado	49
3	NÚMEROS	51
3.1	Números? Não, obrigado. Fiz Direito	51
3.2	A falsa modéstia humana	53
3.3	O juiz que fala a multidões	57
3.4	Advertência	58
3.5	Descumprindo a advertência	59
3.6	Números ajudam, mas não decidem	60
4	FILOSOFIA	63
4.1	Razão e consciência	63
4.2	O juiz consegue?	64
4.3	Inimigos da razão	66

4.3.1	Oscilações do corpo e da mente	66
4.3.2	Paixões	68
4.3.3	Paradigmas	69
4.3.4	O pseudo-raciocínio	69
4.4	Aliadas da razão	70
4.4.1	A quase-razão	70
4.4.2	Intuição	71
4.4.3	Filosofia	75
4.5	O combatente indeciso: a retórica	76
4.6	O triunfo da razão	78
4.7	O retorno da razão à consciência	79
4.8	Os frutos do triunfo	79
5	LINGUAGEM	81
5.1	Linguagem.....	81
5.2	Palavra	83
5.3	Povos e palavras	84
5.4	Oralidade e escrita. Qual é mais forte?	86
5.5	Texto, comentário, apêndice.....	89
5.6	A palavra e a lei	89
5.7	O juiz e a palavra	92
6	PSICOLOGIA	99
6.1	Introdução.....	99
6.2	O juiz visto por si e pelos outros	100
6.3	A psique do juiz	102
6.4	A finitude da busca pela verdade	103
6.5	O juiz egocêntrico	103
6.6	A decisão como algo intuitivo	104
6.7	O juiz e as dúvidas invencíveis	105
6.8	Isolamento.....	106
6.9	O juiz resoluto e o juiz arrependido	108
6.10	Dicas para entender a si, às testemunhas e às demais depoentes	110
6.11	Cuidados com os elementos de prova trazidos ao processo pelos colaboradores da justiça	112

7	POLÍTICA	113
7.1	Introdução.....	113
7.2	A essência do contrato	117
7.3	Direito e Política	118
7.4	O certo e o errado na política	118
7.5	A legitimidade do Judiciário como poder político	122
7.6	O equilíbrio entre os poderes	124
7.7	Problemas do Estado (dos Poderes como um todo)	125
7.8	O protagonismo atual do Judiciário e a democracia	128
7.9	Mais algumas críticas ao Poder Judiciário	130
7.10	Estratégias do Executivo e do Legislativo	132
7.11	Estratégias do Judiciário	134
7.12	Estratégias ambivalentes	140
7.13	A política no Judiciário: a primeira e segunda instância	141
7.14	Da boa República	142
8	CÉREBRO	145
8.1	Introdução	145
8.2	Estudos que colocam em dúvida a razão e a autodeterminação	146
8.2.1	A fronteira entre a razão e a emoção	146
8.2.2	Marcados antes de nascer	147
8.2.3	A química prevalece	147
8.2.4	O quanto somos sugestionáveis.....	147
8.2.5	Alguém decide por você, de dentro de você.....	148
8.3	Estudos que colocam em dúvida a credibilidade de depoimentos	149
8.3.1	A atenção que cega	149
8.3.2	Ouvindo uma coisa e escutando outra	150
8.3.3	Memória	151
8.4	O que muda no direito	153
8.4.1	Mudanças relacionadas a livre-arbítrio e autodeterminação.....	153
8.4.2	Mudanças procedimentais	155
8.5	Como ficamos?	156
9	REFERÊNCIAS	157

1

Introdução

CINCO RAZÕES PARA IR ALÉM DO DIREITO

1.1 O juiz “puro” e o juiz multidisciplinar

É bem aceita a ideia de que advogados, membros do Ministério Público e servidores do Poder Judiciário tenham conhecimentos além da esfera jurídica. Mas a ideia de juízes com visão multidisciplinar nem sempre é bem-vinda. Tal rejeição não deixa de ser estranha, pois se espera do juiz que decida levando em conta outros fatores que não a lei estrita. Mesmo assim, não são poucos os que pregam a ideia de um juiz “puro”, sequer tocado por qualquer sentimento negativo, como a maldade¹, e por quaisquer ideias que não as do legislador. Segundo essa ideia, o juiz, quando muito, pode ter algum conhecimento de obras clássicas de filo-

1 Para a ideia de “pureza” do juiz (PLATO, 2003, p. 81). A ideia de pureza do magistrado também aparece em Averróis (AVERROES, 2011, p. 34).

sofia. Nada que o impeça de ver a sociedade por um viés simples². Ciências como biologia, medicina, física, ou mesmo as chamadas ciências sociais? Nem pensar.

Mas a multidisciplinaridade é dever do juiz. O item 6.3 dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial³, editados pelas Nações Unidas, afirma que o magistrado deve expandir não somente seu conhecimento jurídico, mas todo conhecimento, habilidade e qualidade pessoal necessária à boa prestação jurisdicional. No mesmo sentido, o comentário das Nações Unidas a esses Princípios é de que:

A confiança que os cidadãos depositam no Judiciário será reforçada se um juiz tiver um conhecimento profundo e diversificado, que vai do campo técnico da lei até áreas de importante preocupação social, assim como habilidades pessoais e na corte, além do entendimento, que o habilita a administrar causas e a lidar com todas as pessoas envolvidas apropriadamente e com sensibilidade [...]. (UNODC, 2008, p. 133).

O Código Ibero-Americano de ética judicial contém disposição cujo espírito é semelhante “Art. 30. A obrigação de formação contínua dos juízes es-

-
- 2 Essa visão do juiz – instruído, mas não moderno – tem semelhança com algo que Morus descreveu dos utopianos: “Antes de nossa chegada, os utopianos nunca tinham ouvido falar nesses filósofos tão famosos no nosso mundo; entretanto, fizeram as mesmas descobertas que nós, no terreno da música, da aritmética, da dialética, da geometria. Se igualam em quase tudo os nossos antigos, são bastante inferiores aos dialéticos modernos, porque ainda não inventaram nenhuma dessas regras sutis de restrição, amplificação, suposição, que se ensinam à juventude nas escolas de lógica [...]”. (MORUS, p. 102).
- 3 Item 6.3 dos Princípios de Bangalore de conduta judicial: “Um juiz deve tomar medidas sensatas para manter e aumentar o seu conhecimento, habilidade e qualidades pessoais necessárias para a execução apropriada dos deveres judiciais, tomando vantagem para esse fim, de treinamento e outros recursos que possa estar disponíveis, sob controle judicial, para os juízes”. Cf.: UNODC, 2008, p. 132. Sobre esse dispositivo, há dois comentários. Primeiramente, soa estranha a expressão “sob controle judicial”, constante do último período. Parece indicar que a aquisição de conhecimentos pelo juiz deve ocorrer sob o crivo da instituição a que pertence. Se esse for o sentido, o dispositivo contém nódoa autoritária. Em segundo lugar, o Código de Ética da Magistratura Brasileira (aprovado na 68ª Sessão Ordinária do CNJ, 6/8/2008) foi mais enfático quanto à multidisciplinaridade, em seu art. 31: “A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais”.

tende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais”. (ATIENZA; VIGO, 2008).

No Brasil e em Portugal, a multidisciplinaridade compõe a formação continuada dos magistrados. O art. 31 do Código de Ética da Magistratura Brasileira estabelece que: “A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais”. Por sua vez, a Lei n. 2, de 14 de janeiro de 2008, estabeleceu como objetivos do curso de formação teórico-prática dos auditores de justiça [juizes iniciantes em Portugal]: “o apuramento do espírito crítico e reflexivo e a atitude de abertura a outros saberes na análise das questões e no processo de decisão” (art. 34). Já o art. 72, n. 1, alínea c daquela lei preconiza o “aprofundamento da compreensão das realidades da vida contemporânea, numa perspectiva multidisciplinar [...]”.

A multidisciplinaridade, pois, não é um conceito novo. Nos anos 1800, o jurisconsulto brasileiro Antonio Joaquim Ribas (2003, p. 66-67) já aconselhava aos juristas que estudassem linguagem, matemática, filosofia e outras ciências. A justificativa que acompanha seu conselho é bastante convincente: “Para conhecer a fundo qualquer ramo da sciencia, precisa-se conhecer muito outros; e quanto mais cada um alarga o ambito dos próprios estudos, mais perito se torna naquelle a que com predilecção dedica a sua vida”.

Ademais, a multidisciplinaridade influencia a legislação. Prova disso na história do direito brasileiro é o fato de que os apontamentos médico-legais de Nina Rodrigues contribuíram para a redação final do Código Civil de 1916, mais especificamente nos artigos concernentes à curatela dos pródigos. (BEVILAQUA, 1940, p. 35).

Portanto, o estudo de matérias extrajurídicas integra a formação do julgador, e não apenas para fornecer-lhe ornamentos à sua atuação. Pelo contrário, seu objetivo é proporcionar-lhe um entendimento mais verdadeiro, completo da realidade.

Algum magistrado que ainda resista à multidisciplinaridade poderá ser convencido pelas cinco razões que seguem.

1.2 Das razões

1.2.1 Necessidade do estranhamento

Todo ser humano, para enxergar a verdade, deve sair de sua zona de conforto. Quem observa a realidade sempre do mesmo ângulo acaba perdendo aquela habilidade que o imperador romano Marco Aurélio tanto elogiava: a de “descascar” os fatos até sua mais pura essência (MARCUS AURELIUS, 1997, p. 21)⁴.

Para aguçar sua visão sobre o mundo, cada um deve buscar enxergá-lo de outras maneiras.

O direito de propriedade é curioso quando visto pelo ângulo de um cavalo. Está num conto de Leon Tolstói (apud GINZBURG, 2001, p. 17):

Muitos dos homens que me definiam como ‘seu’ cavalo não cavalgavam; era outra gente que me cavalgava. Tampouco me davam o feno; isso também eram outros que faziam. Não me fizeram bem os que me chamavam de ‘meu cavalo’, e sim cocheiros, veterinários ou outras pessoas estranhas. Quando, mais tarde, ampliei o horizonte das minhas observações, convenci-me de que o termo ‘meu’ não se refere apenas a nós, cavalos, mas, em geral, vem unicamente de um instinto baixo, animalesco, dos homens, instinto que eles chamam de sentimento de propriedade ou direito de propriedade. [...] Agora estou convencido de que a diferença substancial entre nós e os homens está aí. [...] temos o direito de afirmar que, na hierarquia dos seres vivos, estamos um degrau acima dos homens. A atividade dos homens, [...] é determinada pelas palavras, não pelos fatos.

As palavras calam fundo quando ditas por bocas inesperadas. Assim, como qualquer pessoa que procura a verdade, o juiz deve buscar o estranhamento, o que facilmente obterá do diálogo com outras ciências.

4 A ideia de Marco Aurélio foi desenvolvida por Descartes (apud IDE, 2000, p. 1) como sua segunda lei do pensamento.

1.2.2 Necessidade de entender os casos por julgar

A mesa de trabalho do juiz é um entroncamento, uma encruzilhada a que chegam leis de diferentes épocas, editadas em contextos variados do ponto de vista histórico, sociológico, econômico e político. Exemplificando com a perspectiva do juiz federal brasileiro, chegam-lhe à mesa casos de mineração, biodiversidade, crimes contra o sistema financeiro, *dumping*, estelionato, contrabando.

Processos que parecem exigir pouco trabalho podem ser complicados. Nos juizados especiais federais, em que boa parte dos processos trata de matéria previdenciária com alegação de trabalho rural, o juiz deve conhecer a fala camponesa de cada região em diferentes épocas, sob pena de não poder distinguir os verdadeiros agricultores (que se aposentam mais facilmente) dos falsos.

Podemos traçar um paralelo entre os conhecimentos exigidos do juiz de hoje e os conhecimentos linguísticos necessários aos navegadores dos grandes descobrimentos. Veja o que David Bello, linguista britânico, disse sobre Cristóvão Colombo:

Ele fazia anotações [...] no que hoje reconhecemos como uma forma arcaica de italiano, mas usava nomes tipicamente portugueses para lugares – como Cuba [...]. Ele escrevia sua correspondência oficial em castelhano, mas usava o Latim para escrever seu precioso diário sobre as viagens, além de ter feito uma cópia secreta desse diário em grego. Também, com certeza, tinha conhecimentos de hebraico para utilizar as tabelas astronômicas do sábio [judeu] Abraham Zacuto, [...]. Devia ter, ainda, familiaridade com a chamada língua franca, uma mistura de árabe simplificado e palavras de outros idiomas como o espanhol, utilizada entre marinheiros e comerciantes do Mediterrâneo. Por certo, ele era um homem estudado, para saber falar os três idiomas clássicos (latim, grego e hebraico), mas, principalmente, era um marinheiro do Mediterrâneo que usava todo tipo de linguagem que seu trabalho exigia. (BELLO, 2012, p. 8-9, tradução nossa).

O juiz é um navegador. Como tal, deve manejar as linguagens úteis à sua navegação. Não são poucas.

1.2.3 Necessidade de ser mais que juiz – ser magistrado

Uma pessoa que não se disponha a ir além do direito pode ser um juiz passável, mas não um magistrado. “Como assim? Juiz e magistrado não são a mesma coisa?” São palavras quase sinônimas no português do Brasil⁵, mas que remetem a noções filosóficas diferentes. A palavra juiz está ligada à palavra grega *dikastes*, partidor (ARISTOTLE, 1998, p. 116), alguém capaz de rearranjar situações de desproporção. Uma pessoa de poucas letras, sem conhecimento jurídico, pode ser dotada de grande senso de justiça, sendo bom partidor. Já a palavra magistrado está ligada à noção grega de liderança^{6, 7}. A diferença é que o magistrado, ao resolver os casos concretos, não só os resolve, mas aponta um caminho inovador e seguro para a sociedade. Manejando a lei no caso concreto, ele a enriquece. Isso é verdade tanto para os países da *common law* quanto para os países da tradição romano-germânica.

A lei pode ser bem aplicada por um partidor, mas só se torna diferente com o magistrado. Sem dúvida, ele pode errar, e frequentemente não sabe o caminho a seguir. Quando isso acontece, não podendo deixar o caso sem solução, ele adotará uma saída simples, pragmática⁸. Mas sua trajetória profissional se caracteriza-

5 Em Portugal, esta sinonímia entre magistrado e juiz não existe. O texto constitucional português é claro (art. 215, item 4; art. 219, item 4) no sentido de que os integrantes do Ministério Público são magistrados. Assim, naquele país, magistrado é gênero, de que juiz e membro do Ministério Público são espécies.

6 A noção de líder trabalhada por Platão teve seus exageros criticados ao longo dos séculos (PLATO, 2006, p. 150) (POPPER, 2007, *passim*). Outra ressalva deve ser feita. Há passagens de Platão a indicar que ele não entendia o julgador como líder, mas como alguém que deveria ter uma visão estreita das coisas, e aplicar a lei de maneira literal. Há, inclusive, uma passagem no sentido de que o julgador deveria estudar primordialmente as ideias do legislador e, só depois, as ideias de outras fontes, devendo aferi-las como boas ou más segundo seu enquadramento às do legislador (PLATO, 2006, p. 285). Em sentido semelhante: Hobbes (1985, p. 326-329).

7 Consta do Manual *Adab de al-Qadi* (A etiqueta do juiz), escrito pelo jurista islâmico Abu Bakr Ahmad ibn al Shaybani al-Khassaf, que o julgador deve: “possuir uma personalidade e um conhecimento de líder” (apud UNODC, 2008, p. 159).

8 Frequentemente, a saída que resta ao magistrado é render-se às palavras do juiz Oliver Wendell Holmes: “A vida do direito não tem sido a lógica; tem sido a experiência”. (HOLMES apud POSNER, 2005, p. 57, tradução nossa).

rá menos por essas enrascadas e mais por suas engenhosas contribuições à lei. O magistrado é aquele que dá sempre a impressão de estar imbuído das palavras de Benjamin Cardozo, ex-ministro da Suprema Corte norte-americana: “[...] *A sentença de hoje estabelecerá o certo e o errado de amanhã*”⁹. Sem ele, a lei fossiliza, perde em sentido e importância. Daí a necessidade de haver magistrados trabalhando permanentemente sobre a lei, dando continuidade ao trabalho que outros magistrados realizaram no passado. Esta é a lição de James MacLean, que defende a atividade jurisdicional como força motriz do processo evolutivo da lei:

Aquilo que, observado de fora, parecem ser tomadas de decisão controladas por normas e regras legais, é na verdade uma sucessão dinâmica de ações e reações finamente harmonizadas, numa contínua e evolutiva realização [...] (MACLEAN, 2012, p. 183, tradução nossa).

1.2.4 Complementaridade entre as formas jurídicas e não jurídicas de pensar

Os sistemas jusfilosóficos mais bem construídos, que partem de teorias “puras” do direito, como as de Kelsen, Hart, Bobbio, não são incompatíveis com a utilização simultânea de outras formas de investigação, tampouco as condenam¹⁰. Embora deva existir desconfiança quando um juiz, partindo unicamente de sua formação técnico-jurídica e de sua parca amostragem de casos, propõe-se a elaborar grandes sistemas filosóficos – pois isso exigiria uma

9 Nesta passagem, Cardozo se referia ao contexto da *common law*, em que o precedente judicial, também de primeiro grau, é dotado de certa força normativa para casos futuros. Entretanto, sua observação transcende aquele contexto. (CARDOZO, 2004, p. 10)

10 Nesse aspecto, pertinente o comentário de Norberto Bobbio (2008, p. 49): “Acrescentemos que Kelsen dedicou algumas páginas eloqüentes e essenciais para refutar tal acusação, explicando a diferença que vai da determinação dos comportamentos de fato, tarefa própria das ciências naturalistas, e a determinação da validade jurídica propriamente dita, concluindo não existir nenhuma incompatibilidade entre um método e outro, no máximo um primado da jurisprudência normativa sobre a sociológica, devido ao fato de que a ciência sociológica do Direito pressupõe o conceito de Direito dado pela jurisprudência normativa”.

formação diferente¹¹ e uma amostragem maior – essa desconfiança só deve ser dirigida à elaboração de sistemas filosóficos, e não ao envolvimento de juízes com filosofia. Ao contrário, o juiz deve estar preparado para enfrentar questões filosóficas profundas, pois vai encontrá-las com frequência na vida profissional. Embora o juiz tente disfarçar esses encontros, usando o fraseado jurídico de praxe nos casos em que teve que se digladiar com a filosofia, esses encontros não podem ser evitados. É o que diz Ronald Dworkin (2006, p. 73):

Eu concordo com os críticos que nem todos os juízes são treinados em filosofia. Mas, se meus argumentos estiverem corretos, é inevitável que, de vez em quando, eles têm de enfrentar questões filosóficas. A única escolha que acaba lhes restando não é a de evitar o enfrentamento dessas questões [que é inevitável], mas tentar mantê-lo bem disfarçado sob terminologias e raciocínios analógicos típicos dos operadores do direito [...].

Não há antagonismo entre o pensamento jurídico “puro” e as demais formas de investigação da verdade. A utilização isolada do direito gera uma aplicação árida e estéril da lei. Por isso, de forma declarada ou não, todo juiz acaba utilizando outras ferramentas de investigação.

1.2.5 Necessidade de estar a par do que falam de você

Não é importante saber do que falam de você? No mundo todo, realizam-se estudos sociológicos, psicológicos, de ciência política e estatística visando explicar e prever o comportamento dos juízes. Nesse sentido, afirmou Richard Posner (2008, p. 217), “que os estudos sobre juízes não serão mais biografias, mas estudos estatísticos”.

11 No dizer de Roger Cotterrell, profissionais do direito que se enveredam pela especulação filosófica não deveriam ser chamados filósofos, ou filósofos do direito, mas simplesmente juristas (COTTERRELL, 2003, p. 4). Nada impede, entretanto, que o jurista seja também filósofo de formação. Foi o caso de H.L.A. Hart, que se graduou em filosofia antes de estudar direito, e que ingressou como professor na Universidade de Oxford, inicialmente, para a cadeira de filosofia. Para um histórico da formação de Hart. (PENNER, 2008, p. 74-76).

O juiz que quiser aprender com esses estudos, nem que apenas para se inteirar do que falam de si, deverá estar apto a transitar por áreas do conhecimento que refogem ao direito¹².

1.3 Conclusão

Algum juiz que ainda se diga contrário à multidisciplinaridade certamente já a emprega. Só não sabe que essa busca além do direito leva esse nome.

Em todo caso, este livro se dedica a vencer alguma resistência que, porventura, ainda exista quanto ao tema. Se existir alguma, isso é bem compreensível. Os juízes andam atolados em trabalho até o pescoço. Por isso, não se há estranhar que a primeira reação a um convite para o estudo de outras ciências seja uma irritada negativa.

O autor deste livro conhece a realidade do juiz atarefado. No Brasil, em média, cada magistrado de 1ª instância tem sob sua responsabilidade 4.594 processos, e profere 1.402 sentenças por ano¹³.

Mesmo assim, é inadiável, para bem da qualidade do trabalho, que os magistrados ouçam o alerta de Edgar Morin (2013, p. 183-184):

[...] A fragmentação e a compartimentalização do conhecimento em disciplinas não comunicantes tornam inapta a capacidade de perceber e conceber os problemas fundamentais e globais. [...] A reforma do conhecimento exige a reforma do pensamento. A reforma do pensamento exige um pensamento

12 No âmbito brasileiro, merecem destaque os estudos, majoritariamente estatísticos, do Conselho Nacional de Justiça, órgão do Poder Judiciário (BRASIL, CNJ, 2012). Na Europa, os estudos mais detalhados são produzidos pela Comissão Européia para a eficiência da Justiça, órgão do Conselho da Europa (EUROPA, 2012).

13 Conforme dados de 2012 apresentados pelo Conselheiro José Guilherme Vasi Werner, do Conselho Nacional de Justiça (Brasil), em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura Federal da 1ª Região, Brasília, em 27/2/2013.

que possa religar os conhecimentos entre si, religar as partes ao todo, o todo às partes, e que possa conceber a reação do global com o local [...].

O direito é vasto e belo. Porém navegado por dias, semanas, meses a fio sem que dele se erga terra, o mar mais bonito provoca angústia. Este livro é um arquipélago colorido, não se pretende continente. Seu desejo é pontilhar o oceano de surpresa. Entreter o viajante e descansar-lhe a vista, com alumbramento.

2

História

2.1 Juiz buscando o passado

Em *District of Columbia v. Heller* (2008) e *McDonald v. City of Chicago* (2010), a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou que o teor da segunda emenda – que prevê o direito de possuir e portar armas – deve ser determinado por um estudo sobre a maneira como esse direito tem sido entendido ao longo do tempo. Tais acórdãos têm suscitado debate. A norma hoje contida na segunda emenda já era vigente antes da independência americana, por aplicação da lei inglesa à colônia. Por isso, alguns juristas defendem que o estudo preconizado pela Corte deve recuar ao período colonial, com o exame de julgados das cortes inglesas do século XVII, ou antes. Há também quem afirme a necessidade de se ir além dos precedentes judiciais, investigando-se a maneira como a população, e não só os tribunais, vem entendendo esse direito¹⁴.

No Brasil, frequentemente, a lei ordena aos juízes que saiam em busca da história. O art. 231 da Constituição Federal protege os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Já

14 Para discussão dos acórdãos: Miller (2013).

o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante aos remanescentes dos quilombos a propriedade das terras que ocupam. Em ambos os casos, para se demarcar as terras indígenas e para se determinar que comunidades negras são remanescentes dos núcleos de resistência à escravidão – os quilombos – o juiz deve se enveredar por pesquisas históricas a que não está habituado; a que tampouco foi treinado.

Mesmo quando a lei não o exige explicitamente, é prudente que os operadores do direito, sobretudo os juízes, que darão a palavra final sobre as questões, conheçam bem o passado. Em alguns momentos, ele confirmará nossas convicções, até mesmo com provas que desconhecíamos. Em outros, porém, nos deixará perplexos.

2.2 A mecânica da lembrança

O cérebro se esquece de fatos que não estejam encadeados em narrativas. Fatos que não constam de enredos, que o pensamento vai criando, tramando e contando, inicialmente para si próprio, tendem a ser esquecidos. Esses enredos ou histórias são chamados pela neurologia de esquemas (FOSTER, 2011, p. 77). Arquivos avulsos tendem a se perder.

O mesmo se aplica para a memória coletiva – a história. Por mais contraintuitivo que pareça, um fato resiste melhor ao tempo quando consta de um relato, uma história, do que se constasse apenas de uma certidão isolada. E são esses grandes cientistas, os historiadores, que tecem esses enredos. Eles não apenas juntam fatos, mas os ligam, e ligar não é o mesmo que juntar¹⁵. Ligar é contar, e contar é engenhoso.

Para compor seu relato, o historiador destaca alguns fatos em detrimento de outros. Pode até ocorrer de fatos inteiros ficarem fora da história. Lamentável, é claro, mas essa edição é parte inescapável do trabalho deles, que não é de mera-

15 Sobre a afirmação de que a história é um exercício de ligação, há um comentário de Michael Löwy acerca de outro intelectual judeu, Gershom Scholem: “É característica de sua atitude que ele definisse a história como *religio* no sentido etimológico de *ligação* (com o passado)” (LÖWY, 2012, p. 145).

mente registrar isso ou aquilo, mas explicar relações de causa e efeito entre miríades de fatos. Para isso, devem fazer escolhas:

Seu êxito [...] depende não apenas de sua precisão, mas também de sua estrutura. A narrativa histórica tem de tornar plausíveis e compreensíveis os eventos que descreve. A História é [...] um empreendimento explicativo [...]. (KUHN, 2011, p. 29).

Contanto que se prenda o máximo possível à verdade integral – o que se mede pela quantidade de elementos dissonantes deixados no relato, que permitem ao leitor desconfiar e até duvidar da linha narrativa adotada – não se pode desclassificar o historiador a ficcionista por não ter retratado inteiramente o caos que presenciou. Por esse critério, não haveria historiadores. É impossível retratar a inteireza do caos sem cair nele¹⁶. Cabe ao historiador elaborar um relato competente e persuasivo dos fatos. Como disse F. A. Hayek (apud KEEGAN, 2006, p. 22), “sem teoria, os fatos são silenciosos”.

Frequentemente, o historiador precisa escolher entre uns e outros documentos. Se usar todos, seu relato não terá sentido. Há mesmo situações em que é preciso ir contra todos os documentos existentes sobre o fato. Disso, há um exemplo bastante ilustrativo do Brasil. No início do século XX, entre 1904 e 1906, Eunápio Deiró escreveu sobre a primeira Assembleia Constituinte do país, convocada em 1822 e dissolvida no ano seguinte. Após pesquisar a documentação acerca do fato, constatou que ela simplesmente não era confiável:

Depois da dissolução da Constituinte, circularam várias e desencontradas versões que todos ouvimos da boca dos contemporâneos. Os próprios documentos parecem em contradição com os fatos. Os documentos oficiais, sobretudo, são suscetíveis de severa e vitoriosa contestação; [...]. (DEIRÓ, 2006, p. 23)

16 “Além da busca da verdade, o que leva o gênero histórico a se dissociar da ficção é a busca de explicação para o caos, uma tentativa de ordenação explicativa a que se entregam os historiadores desde a Antiguidade” (DOSSE, 2012, p. 41).

O problema é quando o historiador se atreve a desacreditar a documentação sobre o fato, correndo sério risco de se colocar em xeque. O próprio Deiró foi vítima disso. Tendo desacreditado a documentação, trocou um caos por um limbo, e embora seu objetivo inicial fosse escrever algo como a *Histoire du Gouvernement Parlementaire*, de Duvergier de Haurane (IDEM, p. 17) – uma obra grandiosa – teve de se contentar com um acanhado escrito que intitulou *Fragments de Estudos da História da Assembléia Constituinte do Brasil*.

Porém, seguindo no exemplo, teria sido honesto da parte dele, tendo constatado a fragilidade da documentação, que continuasse embalando a si próprio – e, claro, a todos nós – no sono do erro? Não. Na relação entre a história e Eunápio Deiró, talvez a primeira tenha sido a parte mesquinha. Deveria ter sido generosa e abarcado quem lhe apontou os erros, ou simplesmente duvidou dela. Todavia, ele caiu num ostracismo quase total. Na década de 1970, quando a melhor obra sobre a primeira Assembleia Constituinte foi concluída, o estudo de Deiró não foi sequer mencionado¹⁷.

2.3 *Histor e Retor*

Algo de muito sério acontece quando, a pretexto de se fazer um relato histórico, produz-se um texto ideológico. Nesses casos, as figuras do *histor* e do *retor* se confundem numa só pessoa, o que infelizmente é comum, segundo François Dosse: “Embora tenha se emancipado aos poucos de suas origens literárias, a história sempre esteve ligada, de maneira mais ou menos acentuada, à retórica” (DOSSE, 2012, p. 93).

Pior é quando não sabemos se, e até que ponto, teria havido confusão. Há um ilustre exemplo no direito: as interpolações no *Corpus Iuris Civilis*, o Código de Justiniano. O Código, edição definitiva de 534 E.C. (ALVES, 2010, p. 50), consolidou a produção jurídica romana de séculos. Outros imperadores pensaram em

¹⁷ Jaime Brito e Athos Eichler (apud DEIRÓ, 2006, p. 23) (1974, p. 288-287) relatam que a obra mais completa sobre o tema “A Constituinte de 1823” de José Honório Rodrigues não menciona a obra de Deiró.

realizar uma consolidação desse tipo, mas não foram adiante¹⁸. Coube a Justiniano, imbuído dessa árdua missão, estabelecer uma comissão para cumprir a tarefa. Ao final, essa comissão alterou textos dos legisladores e juristas anteriores, principalmente do período clássico. Nesse trabalho, conteúdos que não estavam nos originais parecem ter sido inseridos, outros descartados. A interferência é admitida pelo próprio imperador, na introdução que escreveu ao *Digesto*, um dos livros do Código. Da maneira ardil e presunçosa dos romanos quando tinham de lidar com um fato embaraçoso e inarredável, o imperador não só o admitiu explicitamente como chegou a contar vantagem do que fez:

Nossa primeira providência consistiu em começar pela obra dos eminentíssimos príncipes que nos antecederam, emendando suas constituições [leis] e lhes conferindo clareza. Reunidas em um só código, e purgadas de supérfluas repetições e de divergência inócuas, [...]. [...] deixando de lado questões mais sutis e de pouca importância, propusemo-nos chegar à plena e total emenda das leis, reunir e corrigir toda a literatura jurídica romana [...]. (CORPUS JURIS CIVILIS, 2010, p. 15-16).

Muito se pode dizer em defesa da comissão: não estavam fazendo história, mas legislando¹⁹; os textos que lhes chegaram já estavam alterados (ALVES, 2010, p. 52); as modificações que introduziram não ultrapassaram a “licença histórica”, isto é, a margem que o historiador tem para “preencher” claros, dando vida a documentos fragmentados. De todo modo, é uma discussão para os séculos.

18 Para o desejo manifestado pelo imperador Caio Júlio César de consolidar o direito civil: (SUETÔNIO, 2012, p. 51). Segundo a mesma obra, há referências a imperadores que revogaram e repriminaram leis de maneira assistemática, como o imperador Otávio César Augusto (IDEM, p. 70).

19 “Para que os *iura* e as *leges* constantes no *Corpus Iuris Civiles* pudessem ter aplicação, foi preciso, muitas vezes, que os compiladores fizessem substituições, supressões ou acréscimos nos fragmentos dos juriconsultos clássicos ou nas constituições [leis] imperiais antigas”. (ALVES, 2010, p. 51). Além disso, àquela altura, história e direito não se diferenciavam de todo. O *Digesto* contém relatos históricos (liv. I, tit. II, item 2, §§ 1º a 47).

O fato é que as pessoas e os povos elaboram e revisam sua crônica, e convém aos juízes acompanhar tudo. Especialmente, devem estar atentos à história: dos fatos; das ideias; das leis; do próprio Judiciário; do futuro.

2.4 No princípio, era o fato

O presente é um finíssimo intervalo na reta do tempo²⁰.

Quando o processo chega ao juiz, passaram-se meses, anos, décadas e, em alguns casos, séculos desde os acontecimentos. Quem achar que isso é exagero, que leia um pequeno trecho de uma sentença em ação discriminatória proferida no estado de Goiás em 1981:

Em primeiro lugar, sugere-se o estudo, em face de sua extensão e do número de interessados, da questão relativa ao imóvel “Mangabeiras”.

Essa gleba tem como documento básico de uma antiga cadeia uma escritura pública datada de 5 de agosto de 1772, pela qual o Alferes Manoel Maria dos Santos e s\mulher venderam as terras denominadas Mangabeiras ao Alferes Barcellos Maxado.

Por ‘pertence’ de 6 de dezembro e 1825, o adquirente de 1772 transferia ditas terras, por doação, ao seu filho, Vicente Barcellos França.

20 “Sendo assim, o tempo presente, o único que pensávamos poder chamar longo, está reduzido apenas ao espaço de um dia. Mas, se examinarmos atentamente também este dia, chegaremos à conclusão de que nem a duração de um dia é toda ela tempo presente. O dia e a noite compõem-se de vinte e quatro horas, entre as quais a primeira tem as outras todas como futuras, e a última tem a todas como passadas. E em relação a qualquer hora intermediária, algumas são passadas, outras são futuras. E essa mesma hora é composta de fugitivos instantes: o que se foi é passado, o que ainda resta é futuro. Se pudermos conceber um espaço de tempo que não seja suscetível de ser dividido em minúsculas partes de momentos, só a este podemos chamar tempo presente. Esse, porém, passa tão velozmente do futuro ao passado, que não tem nenhuma duração. Se tivesse alguma duração, dividir-se-ia em passado e futuro. Logo, o tempo presente não tem extensão alguma. [...]” (AGOSTINHO, 2006, p. 340-341).

Em 3 de fevereiro de 1865, o donatário acima indicado vendeu o imóvel ao Capitão José Joaquim Francisco da Silva, o qual, por pertence de 8 de agosto de 1882, vendeu as mesmas terras a Manoel Gregório Alves de Oliveira [...] ²¹.

Por esse pequeno trecho, percebe-se que não é incomum que o raciocínio do magistrado deve retroagir ao período colonial, ao Brasil Império.

Apenas a título de informação, há várias dessas ações discriminatórias esperando para serem julgadas em Goiás, Tocantins, Mato Grosso, São Paulo, Maranhão, Bahia, entre outros estados.

Voltando ao tema principal – da importância dos fatos – deve-se dizer que uma das funções primordiais do juiz, senão a mais importante, é a reconstituição do passado. Só depois de apurá-los o juiz pode divagar sobre a norma aplicável, ou como aplicá-la. Quem inverte as fases constrói castelos no ar. O respeito a essa sequência é tão importante que, para que não se desperdiçassem trabalho e tempo, recomendava-se já na Índia antiga, que o juiz dissesse o direito só depois de apurados os fatos (CÓDIGO GAUTAMA, 11, 22) (DHARMASUTRAS, 1999, p. 97).

Mas essa busca pela verdade factual requer coragem e resolução, pois o juiz não pode optar por desconhecer os fatos. Se chegar ao magistrado brasileiro um processo concernente às terras da etnia caiapó, não poderá ignorar que, vivendo hoje principalmente no alto de Mato Grosso e no Pará, a etnia caiapó é parte da nação jê, antigamente chamada tapuia (WEHLING; WEHLING, 2012, p. 116). Dessa nação, quando os europeus chegaram, havia poucos no litoral. Já haviam sido expulsos pelos tupi em suas duas facções: tupinambá e tupiniquim ²²:

Havia, portanto, à chegada dos europeus, uma extensa frente de conflito indígena opondo tupis e jês, com estes últimos recuando para o sertão. Quando portugueses e franceses instalaram-se no litoral, precisaram aliar-se às tribos

21 Sentenciou o fato o magistrado Arivaldo da Silva Chaves (1980, p. 357-361).

22 “Desde a Paraíba do Norte até São Vicente ao Sul, o litoral estava ocupado por povos falando a mesma língua, procedentes da mesma origem, tendo os mesmo costumes, porém profundamente divididos por ódios inconciliáveis em dois grupos; a si próprio um chamava Tupiniquim, e outro Tupinambá”. (ABREU, 2000, p. 59).

tupis que o dominavam. Em consequência, todos os brancos tornaram-se indistintamente inimigos dos jês [...] (IDEM) ²³.

Foi nesse quadro que os tapuias fugiram, entre outras coisas, da escravidão que seguia a pleno vapor apesar de haver esforço da Coroa Portuguesa por controlá-la (Lei de 20 de março de 1570, de Dom Sebastião; Lei de 11 de novembro de 1595 de Felipe I)²⁴. Em meados do século XVIII, segundo registros específicos sobre os caiapós, seu território chegava à região do Triângulo Mineiro e ao Mato Grosso do Sul, passando por Goiás e pelo que hoje é o Distrito Federal (BERTRAN, 2011, p. 85). O limite de suas terras, cerca de duzentos e cinquenta anos atrás, estava há milhares de quilômetros de onde está. Embora se possa alegar que a noção ancestral caiapó de território não pressupunha continuidade, o fato é que, segundo nossa própria noção de território mais difundida hoje, a terra deles era bem maior.

Pode o magistrado ignorar tudo isso? Não. O que lhe cabe é, com base na lei, determinar os efeitos jurídicos dos fatos. Pode, inclusive, concluir que os interesses

23 Embora a afirmação de que tupis e europeus estiveram sempre em luta contra os jês ou tapuias esteja, em geral, correta, há registros de pelo menos uma tribo tapuia do litoral do Ceará e Maranhão que se aliou aos portugueses, tendo participado de maneira decisiva da guerra de expulsão dos franceses, que dominaram o litoral norte do Maranhão aproximadamente de 1550 a 1615 (CARVALHO, 2014, p. 33-34; 36-37).

24 Para uma análise de ambas as leis: Noronha (2008, p. 157-166; 191-192). Houve ainda outra lei, editada por D. João IV a pedido do Padre Antônio Vieira, em 1655, que estabelecia medidas contra a escravização dos indígenas (VIEIRA, 2011, p. 590). De todo modo, nenhuma delas deteve integralmente a escravização dos jês, pois continham uma exceção à regra proibitiva escravizar índios: a guerra justa. Os índios feitos prisioneiros em combate justo podiam ser escravizados. Ocorre que os jês estavam em guerra permanente contra os portugueses e seus aliados tupiniquins. Assim, caíam geralmente na exceção. Para o texto original de ambas as leis: Noronha (2008, p. 237-238; 245-246). Porém, é necessário ressaltar que o instituto jurídico da guerra justa não era exclusivo a Portugal. Além disso, era um conceito de aplicação polêmica, intensamente debatido no mundo católico do início da colonização da América. De qualquer modo, na América portuguesa, a escravização dos jês pode não ter sido implementada sempre e em todo lugar. No relato de Saint Hilaire, agrupamentos caiapós (ou coiapós) viviam em relativa harmonia com os colonizadores, vivendo próximos da então capital de Goiás no início do século XIX. Pelo relato, não é possível distinguir se o que ocorria era uma convivência mais ou menos amistosa ou uma escravização branda, se tal coisa pode existir. (SAINT HILAIRE, 1975, p. 59-72).

de um grupo não prevalecem ante o interesse da coletividade geral. Mas ignorar não lhe é dado. Quem o faz, opta por não ouvir. E o juiz deve ouvir.

2.5 A solidez enganosa das ideias

Magistrados com um mínimo de experiência sabem que a busca pela verdade dos fatos é cheia de saltos e sobressaltos. Muitos casos que, à primeira vista, parecem fáceis e até simplórios, podem ser fonte inesgotável de surpresas. Por isso, juiz nenhum sai do prumo quando lhe dizem que o caminho dos fatos é tortuoso. Mas, por outro lado, se lhe dizem que o caminho das ideias é tão ou mais tortuoso, isso há de surpreendê-lo; até irritá-lo. Porém, queira ou não, é verdade.

Tomemos o princípio contratual da boa-fé, talvez o mais consagrado dos princípios contratuais. Ele é reconhecido, inclusive, por jurisdições do oriente. Aparece no art. 6º da Lei Geral dos Contratos da República Popular da China (CHINA, 1999), e na Lei Consuetudinária Islâmica, a *Shari'ah* (BLACKABY; PARTASIDES; REDFERN; HUNTER, 2009, p. 225). Seria de se esperar, portanto, que fosse uma daquelas ideias antigas bem sedimentadas, sem surpresas. Entretanto, voltando a Roma, vejamos o que Cícero afirmou sobre o princípio da boa-fé (Das obrigações, livro 1, item 23):

O fundamento da justiça é a boa-fé, que significa que devemos verdadeiramente cumprir nossas palavras e pactos. Desse modo, e embora alguns possam achar isso difícil de aceitar, imitemos os estóicos em sua zelosa busca por etimologias, e aceitemos que boa-fé (*fides*) é assim chamada porque o que é prometido se torna fato (*fiat*). (CICERO, 2008, p. 10, tradução nossa)

Cumprir a palavra é parte essencial da boa-fé, sem dúvida, mas a noção que temos hoje desse princípio é bem mais ampla do que esta que lemos na definição acima, que soa como outro princípio contratual, o *pacta sunt servanda*. Então, o que terá acontecido? Cícero se enganou? Talvez, segundo algumas opiniões²⁵. Mas

25 Para a hipótese de Cícero ter cometido um erro, inclusive na análise etimológica que fez, valiosos os comentários de P. G. Walsh: (CICERO, 2008, p. 132).

existe outra hipótese, mais plausível: ao longo do tempo, fomos construindo tanto sobre ideia original que acabamos criando uma coisa diferente, e nos esquecemos de dar nome próprio a essa nova coisa²⁶.

Observando agora o presente, havemos de constatar que o princípio da boa-fé não é consenso nem dentro da Europa. Os britânicos aceitam e aplicam o princípio em algumas matérias, como direito do consumidor, por força de legislação da União Europeia, mas resistem à sua adoção plena, conforme a lição de P. S. Atiyah:

[...] não há dever geral de boa-fé para a elaboração de contratos sob a lei inglesa. [...] juízes ingleses desconfiam de princípios jurídicos muito vagos. [Na Inglaterra] entende-se que o estado de direito exige dos indivíduos (e empresas) que determinem antecipadamente, com razoável grau de precisão, o alcance dos deveres jurídicos a que se comprometem, e isso é considerado impossível no caso de deveres legais abertos como a da boa-fé. (ATIYAH; SMITH, 2005, p. 164, tradução nossa).

Deixemos um pouco os contratos e falemos de outros temas. O que diria o leitor se lhe dissessem que constitucionalismo e democracia são ideias antagônicas? Pode soar estranho, mas por muito tempo foram consideradas incompatíveis, conforme a clara explicação de Jürgen Habermas (2008, p. 113, tradução nossa):

De acordo com a concepção clássica, as leis de uma república expressavam a vontade *ilimitada* de seus cidadãos. Não importava o quanto a lei refletisse o *ethos* prevalente na vida política, esse *ethos* não representava qualquer limitação à lei, que se considerava válida se aprovada pelo processo padrão de formação de vontade popular [processo legislativo]. Já o princípio de que o poder deve ser exercido conforme uma constituição parecia trazer limitações à autodeterminação soberana do povo.

Na Grã-Bretanha, esse antagonismo até hoje é ressaltado, em termos muito parecidos com os utilizados por Albert Van Dicey em 1885:

26 A boa-fé é anterior aos romanos. No Código de Hamurábi, cerca de 1800 a.C., a noção aparece no art. 11 em sua configuração negativa: a má-fé. (EDWARDS, 2011).

A constituição inglesa, portanto, por definição, enquanto centrada na soberania do Parlamento, não pode prever nenhum elenco de direitos fundamentais intangíveis. A soberania do Parlamento é, segundo Dicey, incompatível com a existência de um pacto fundamental que defina as competências de *qualquer* autoridade. Não existe nenhum limite ao poder legislativo do Parlamento, não existe *a fortiori* nenhum órgão que possa declarar nula uma norma legislativa por esta ter violado os princípios constitucionais e em particular os direitos fundamentais dos cidadãos. (SANTORO, 2006, p. 218)

Na verdade, por todo o século XIX e boa parte do século XX, predominou a noção de que democracia e constitucionalismo seriam coisas antagônicas, não só na Grã-Bretanha, mas em toda parte. Lendo-se as constituições editadas à época por todo o mundo ocidental, percebe-se um esforço evidente de conciliar as duas, mas sempre com destaque para o parlamento. Isto aconteceu na primeira Constituição brasileira, de 1824, que, embora tenha estabelecido um rol de direitos fundamentais (art. 179), deixou claro que o poder de guardar a Constituição e interpretar as leis cabia ao parlamento (art. 15, incs. VIII e IX).

Embora tal disposição da Constituição de 1824 possa causar estranheza aos ouvidos de hoje, sua vigência tornou possíveis alguns fenômenos jurídicos de extrema importância para o Brasil. O principal deles foi a Lei Imperial n. 3.353, de 13 de maio de 1888, a Lei Áurea, que extinguiu a escravidão. Esta norma, de nítido teor constitucional, pois mudava da noite para o dia o *status* jurídico de aproximadamente vinte por cento da população²⁷, foi veiculada por lei ordinária, o que

27 “Mais de 700 mil escravos, em sua maioria localizados nas províncias de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, foram assim, do dia para a noite, transformados em homens livres”. (COSTA, 2010, p. 10). Alguns pesquisadores da abolição da escravatura discordam do tom peremptório empregado por Viotti, e afirmam que a abolição deve ser entendida como um processo lento e gradual. Entretanto, parece correto o tom adotado por aquela autora. O que se viu antes da Lei Áurea não foi uma evolução gradativa para a abolição, mas um jogo de marchas e contramarchas. Por exemplo, houve um projeto de 1864 que declarava livres os escravos, mas praticamente obrigava-os a ocupar terras devolutas do Araguaia, Tocantins, Amazonas e Paraná (art. 3º), transformando-os em colonos forçados. Já o Decreto n. 3.310, de 24 de setembro de 1864, cuja leitura inicial levava a que se pensasse que se tratava mesmo de uma abolição, não passava de um jogo de palavras, pois simplesmente concedia “emancipação” aos escravos que já eram livres (art. 1º). Por sua vez, a Lei n. 1237, também de 24 de setembro de 1864, elencava os escravos como acessórios

não foi visto como empecilho justamente por que cabia ao parlamento interpretar a Constituição²⁸.

Mudando mais uma vez de tema, já se enxergou e ainda se vê muita diferença entre Estado de Direito e democracia. Embora existam veementes opiniões em contrário, como a de Ronald Dworkin (2012), no sentido de que não é possível que um juiz mande cumprir uma norma contrária ao senso de certo e errado de sua comunidade sem que isso constitua um aviltamento da magistratura, há outras opiniões, como a do professor holandês Tim Koopmans. Este, embora ressalte que a evidência histórica é clara no sentido de que as duas ideias devam andar lado a lado, pois uma dificilmente sobrevive sem a outra, Koopmans (2005, p. 123, tradução nossa) também destaca que “As cortes não existem para sustentar a democracia. Em certo sentido, existe até uma contradição entre os conceitos de democracia e estado de direito: aquele se baseia na lei da maioria, enquanto este se baseia na proteção do indivíduo”.

Tendo isso em vista, quando um pesquisador chinês propõe que seu país superará o modelo ocidental de democracia representativa, construindo um futuro pós-democrático com base na legitimidade popular expressada por meios outros que não o voto (LI, 2013, p. 34-46), é claro que essa proposta deve ser vista com desconfiança, por ir contra a evidência histórica. Estado de Direito sem democracia quase sempre deixa de ser Estado de Direito e acaba se tornando um “regime”, um totalitarismo (BELLAMY, 2010, *passim*). Mesmo assim, não é tão fácil negar que, ao menos em tese, seja possível construir um Estado de Direito sem democracia²⁹.

dos imóveis rurais hipotecados. Assim, este autor tem por correto que a verdadeira ruptura, a lei por excelência de abolição da escravatura do Brasil é a Lei Áurea. Para um estudo a questão: Brasil (1988, p. 213-214; 216).

28 A Constituição brasileira de 1824 caracterizava-se, também, por atribuir ao parlamento o poder de definir o que seria matéria constitucional para fins de alteração de seu texto. Nesse sentido: Coelho (2006, p. 71).

29 Ronald Dworkin discorda. Em conferência proferida perante a comissão europeia para a democracia por meio da lei – Comissão de Veneza (órgão do Conselho da Europa) –, em Londres, 2 de maio de 2012, Dworkin foi contra a possibilidade de haver um Estado de Direito sem a efetiva participação popular na elaboração das leis. Disponível em: <<http://www.venice.coe.int/>

Ainda sobre peculiaridades orientais, o que o leitor – juiz ocidental – diria se lhe dissessem que, na China, o Judiciário é proibido de exercer controle de constitucionalidade? Para o pensamento ocidental contemporâneo, o julgamento da lei pelo juiz, tendo por parâmetro a Constituição, é da essência do ato de julgar. Antes de aplicar a norma, o juiz deve meditar sobre sua adequação à Lei Maior. Com que surpresa, então, deve o leitor encarar o fato de que, na China, as decisões judiciais sequer podem mencionar a Constituição. Controle de constitucionalidade pelo Judiciário? Nem pensar. Aliás, sendo mais exato, houve uma tentativa, pela mais alta corte daquele país, em 2001, de exercer algo assemelhado à *judicial review* no Ocidente³⁰. Isso irritou tanto o governo chinês que a suprema corte daquele país, em 2008, publicou um documento listando precedentes judiciais que deveriam, a partir de então, ser desconsiderados. Entre eles, listou, sem maiores explicações, o rumoroso caso de 2001 (Qi Yuling v. Chen Xiaoqi).

Nesse episódio, a truculência do governo chinês salta aos olhos. Um esforço orwelliano de reescrever a história dos precedentes deixando de fora o caso de 2001. Entretanto, é necessário lembrar que o Ocidente já vacilou sobre essa mesma doutrina. No ano de 1803, a suprema corte dos Estados Unidos julgou o famoso caso *Marbury v. Madison*, no qual afirmou a doutrina da *judicial review*. Todavia, no mesmo ano de 1803, uma semana depois, a mesma suprema corte julgou o caso *Stuart v. Laird*, no qual se posicionou de diametralmente oposta³¹.

Desse modo, vê-se que a hesitação quanto à *judicial review* não é nova, nem é exclusividade oriental. Aliás, sobre a *judicial review*, ocorreu no Brasil algo não

webforms/documents/CDL(2013)016-e.aspx>. Acesso em: 13 mar. 2013. Durante sua exposição, o jurista norte-americano traçou um panorama dessa polêmica. De um lado, estaria Joseph Raz, defendendo a possibilidade de um Estado de Direito sem democracia. De outro, estariam ele – Dworkin – e Lord Tom Bingham.

30 No caso (Qi Yuling v. Chen Xiaoqi), a suprema corte chinesa não foi além do que se denomina aplicação direta da constituição ao caso concreto. (Cf.: QINFAN, 2012, p. 166-168).

31 Para uma análise combinada dos dois julgados: Ackerman (2007, p. 111-115). Ressalte-se que, na década de 1830, Tocqueville já encontra a doutrina da *judicial review* disseminada nos Estados Unidos, a ponto de se poder cogitar que aquela doutrina já estava ali enraizada antes do julgamento *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte, em 1803 (TOCQUEVILLE, 2003, p. 116-122).

menos curioso. As primeiras decisões judiciais que adotaram essa doutrina no país vieram de juízes de primeiro grau. A primeira foi proferida em 1892 por um juiz federal num processo envolvendo aposentadoria, e sua sentença foi confirmada pelo STF em 1895. Todavia, vários outros juízes que tentaram algo parecido na mesma época não tiveram a mesma sorte. Como a inamovibilidade ainda não era garantia dos magistrados, alguns foram parar nos confins do mapa em retaliação à sua ousadia. Outros foram processados por crime de responsabilidade e prevaricação. O caso de um desses juízes chegou ao STF. Felizmente, o desafortunado colega foi defendido por Rui Barbosa, e acabou absolvido. Isso já no início do século XX (PAULA FILHO, 2010, p. 119-120).

A *judicial review* continuou oscilando por muito tempo depois. Naquele que ficou conhecido como o *Marbury v. Madison* de Israel, o caso *United Mizsrani Bank*, a Corte Suprema daquele país finalmente declarou inconstitucional atos do Knesset (Parlamento), mas isso só aconteceu em novembro de 1995 (HIRSCHL, 1997, p. 31).

Saindo da jurisprudência e chegando à doutrina jus-política, a leitura atenta da obra de Montesquieu demonstra que o pensador francês, embora defendesse o Judiciário como poder, classificava-o como algo próximo de nada (MONTESQUIEU, 2003). Portanto, a clássica tripartição dos poderes, independentes e harmônicos entre si, não é tão clássica assim. Por isso, quando um estudioso chinês afirma que Poder Judiciário é negligenciado em seu país, e sem qualquer independência (ZHANG, 2012, p. 176), isso não deve chocar tanto aos ouvidos ocidentais. Por aqui, a tripartição dos poderes também percorreu um longo e tortuoso caminho.

As ideias, portanto, são mesmo cambiantes e disso há muitos exemplos: Marx e Engels acreditavam que o socialismo emplacaria nos Estados Unidos, e que a Rússia seria um foco de resistência do capitalismo (HITCHENS, 2012, p. 185); uma das mais sofisticadas teorias jurídicas para explicar a circulação de riqueza – a teoria do intercâmbio de *comoditties* (Evgeny Pashukanis) – surgiu na União Soviética³²; o sistema eleitoral da tão elogiada Constituição norte-americana de 1787 gerou tamanha balbúrdia já nas eleições de 1801, que quase levou o nascente

32 Para uma análise sucinta da teoria: Head (2008, p. 177-181).

país ao colapso (ACKERMAN, 2007, p. 3-15); o movimento que mais apressou a independência do Brasil, ocorrida em setembro de 1822, foi uma revolta na Bahia em março daquele mesmo ano, mas que, curiosamente, não defendia propriamente a independência do Brasil, mas que nosso país se alinhasse ao movimento constitucionalista português, que, em Portugal, se opunha ao domínio absolutista da família real (FERREIRA, 2012, p. 27; 57)³³; cerca de um ano antes de proclamar a República do Brasil em 15 de novembro de 1889, o marechal Deodoro da Fonseca escreveu que duvidava que a República vingaria no Brasil (NABUCO, 2010, p. 9)³⁴.

Por tudo isso, o juiz não deve esperar do mundo das ideias previsibilidade maior que a do mundo dos fatos. Ideias que parecem pétreas podem ser maleáveis ou, no mínimo, se apoiarem em chão escorregadio. Cabe, portanto, o seguinte conselho: por mais que seja correto dizer que as ideias têm valor em si, independente de seus autores e circunstâncias de nascimento, deve-se empunhá-las com prudência. É recomendável examiná-las à luz do contexto em que surgiram³⁵, e

33 O movimento realmente independentista (além de republicano) iniciou-se em 1817, em Pernambuco. Em 1823, dissolvida a Assembleia Constituinte por D. Pedro I, o movimento pernambucano alastrou-se por Rio Grande do Norte, Paraíba, Ceará, Piauí, Maranhão e Pará, e culminou com a declaração da “Confederação do Equador”, em 2 de julho de 1824, posteriormente sufocada (CASTRO, 2012, p. 39; 63; 67).

34 A informação consta da introdução, que transcreve o início de uma carta escrita por Deodoro da Fonseca a um sobrinho, datada de setembro de 1888.

35 Voltando à lição de Cícero sobre boa-fé, o contexto em que foi proferida tinha peculiaridades. Por muito tempo, o Direito Romano vivera uma contradição. De um lado, o direito só tutelava os contratos que a lei explicitamente regulava, chamados típicos. De outro lado, havia um imenso volume de contratos atípicos que, sem regulação e tutela, padeciam de insegurança jurídica. Para debelar o problema, os romanos acabaram por tutelar e regular os contratos atípicos. Entretanto, evitaram dizer que fossem mesmo contratos, preferindo referir-se a eles como débitos, que se originavam das palavras proferidas pelas partes. Ainda tentando evitar contradição, tutelaram os contratos atípicos por um meio processual diferente, a ação de boa-fé (*iudicium bonae fidei*). Ao final, os contratos atípicos tiveram reconhecida sua natureza obrigacional na categoria de contratos consensuais, mas permaneceram tutelados por meio jurídico diferente do que socorria os contratos típicos. De tudo isso, permaneceu na consciência dos juristas romanos o dever de corroborar a inclusão dos contratos atípicos sem que os típicos perdessem a majestade. É essa consciência que se entrevê na lição de Cícero. No contexto de sua época, a noção de boa-fé ainda estava muito relacionada à noção de palavra. Daí, talvez, seu possível erro. Para que o leitor tire suas próprias conclusões: Alves (2010, p. 375-379; 477-478; 515-517).

do propósito a que serviram. Ideias e palavras que despregam do cenário original passam a transitar sem antídoto, o que pode ser perigoso. Nas palavras de Hannah Arendt (2006, p. 25-26, tradução nossa):

O fim de uma tradição não implica, necessariamente, que seus conceitos percam seu poder sobre as mentes dos homens. Ao contrário, acontece por vezes de o poder de noções e categorias já bem gastas tornar-se tirano quando a tradição de que advêm já perde força, e a memória de seu nascedouro desaparece; [...].

2.6 A nem sempre bem contada história das leis

Segundo algumas opiniões, é preciso investigar a vontade original de quem apresentou o projeto de lei, bem como os anais do processo legislativo. É o que diz Edward Levi (2005, p. 47):

Portanto, na aplicação de uma lei, a intenção da legislatura é, sem dúvida, importante. As normas da interpretação de leis são formas de descobrir tal intenção. As palavras usadas são necessárias, porém insuficientes. Relatórios de comissões parlamentares podem ser elucidativos, já que rascunhos anteriores de uma lei podem mostrar trechos onde o significado foi mudado propositadamente. Projetos de lei apresentados mas não aprovados também podem ter alguma influência e as palavras faladas em debates podem ser levadas em conta. [...].

Entretanto, há opiniões em contrário. No Digesto (Título III, item 20), Juliano adverte que “É impossível saber a razão de tudo o que foi estabelecido por nossos antepassados”, ao que emendou Nerácio dizendo (Título III, item 21): “E, por isso, não convém buscar as razões do que foi estabelecido, pois, caso contrário, se subverteriam muitas coisas que estão certas” (CORPUS..., 2010, p. 53). Também os hindus que elaboraram o Código Vasistha antes da Era Comum desaconselharam a investigação do passado das leis, ao afirmarem que: “Para que algo seja lei, é necessário que

não tenha uma razão tangível” (1, 7) (DHARMASUTRAS, 1999, p. 247, tradução nossa). Posteriormente, veio a famosa lição de Hobbes: “A letra da lei e a intenção do legislador são uma coisa só. Pois o sentido literal é aquilo que o legislador queria que a lei, por sua letra, significasse” (HOBBS, 1985, cap. 26, p. 326).

Além disso, há quem aponte sérias dificuldades práticas no estudo do trâmite legislativo. John M. Carey, que pesquisou parlamentos de diversos países latino-americanos, inclusive do Brasil, relatou dificuldades no acesso a documentos. Em muitos casos, constatou que sequer existiam (CAREY, 2009, p. 10). Isso pode explicar a infeliz tendência dos estudos brasileiros sobre o assunto de dar exagerada atenção às exposições de motivos e aos relatórios de comissões. É bem verdade que esse destaque excessivo ao ponto de vista de apenas alguns atores do trâmite legislativo pode ser influência da escola exegetica de interpretação, que os juristas brasileiros conheceram pela leitura dos civilistas franceses, que explicavam o Código Civil napoleônico a partir de documentos da comissão que o elaborara³⁶.

Mas, provavelmente, a tendência se deve a um fato mais simples: apenas alguns atores de nosso processo legislativo produzem documentos acessíveis e relativamente inteligíveis. Enfim, seja qual for sua razão verdadeira, talvez seja mesmo mais conveniente seguir a lição de Hobbes. Afinal, as exposições de motivos e relatórios de comissão têm natureza, respectivamente, de considerandos e pareceres, e não são submetidos à votação em plenário³⁷.

Mesmo em países de documentação legislativa farta, segura e acessível, há quem desaconselhe tal prática. Na Inglaterra, a pesquisa do trâmite legislativo era proibida aos juízes até o julgamento do caso *Pepper v. Hart* em 1993.

Doutrinadores de grande porte advertem que essa pesquisa leva a encruzilhadas insolúveis tal o número de atores na formação de uma lei. Sobre o assunto, pondera Jeremy Waldron (2004, p. 507): “[...], no mundo real, as leis nunca são produzidas exatamente como o produto da intenção coerente de uma pessoa”. Em

36 Para essa característica da escola exegetica: Vernengo (2000, p. 252-253).

37 Há países e organismos internacionais em que os considerandos vão a plenário, como nas Nações Unidas.

suma, é despropositado falar em “vontade do legislador”. Essa noção, bastante útil como figura de linguagem³⁸, é apenas uma ficção.

Por outro lado, mesmo diante de tão pertinentes manifestações em contrário, talvez deve o juiz – sempre leal à verdade – permitir-se um olhar sobre o processo legislativo. Mas deve estar pronto para emoções fortes. Veja-se o que diz Casimiro Pedro da Silva Neto, acerca da Constituição Brasileira de 1988:

Ao longo de vários anos de pesquisa notamos que algumas expressões de artigos da nova Constituição não foram votadas em 1º e 2º turnos, ou só foram votadas apenas uma vez. Algumas disposições permanentes e transitórias tiveram alterações de mérito votadas apenas em um turno. Merecem, pois, uma pesquisa mais aprofundada, bem como os seguintes artigos: Art. 2º; Art. 59, inciso V; Art. 14, parágrafo 3º, inciso VI, alínea “c”; inciso IV, alínea “c”; Art. 70 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (SILVA NETO, 2003, p. 612)³⁹.

Falhas também existem na Lei n. 10.406 – atual Código Civil brasileiro – publicada em 11 de janeiro de 2002. No Código, foram inseridas “emendas de gráfica”, conforme narram Edilenice Passos e João Alberto de Oliveira Lima (2012, p. 29-32):

O Projeto de Lei n. 634, de 1975, retornou, em 1999, à Câmara dos Deputados, para tramitar em segundo turno. [...]. De acordo com as disposições regimentais, a Câmara dos Deputados tinha um papel restrito nessa etapa, limitado a aprovar ou a rejeitar as emendas apresentadas pelo Senado. Mas não

38 Para o “direito como integridade”, de Dworkin, a busca da vontade do legislador é essencial: “O princípio adjudicativo da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres, o quanto possível, partindo da premissa de que todos foram criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e correção” (DWORKIN, 1985, p. 225, tradução nossa).

39 Silva Neto (2003, p. 612) ressaltou que, sobre as falhas de trâmite, houve manifestação do Deputado Ulysses Guimarães (PMDB-SP), que presidiu a Assembleia Constituinte de 1988; manifestação registrada no Diário da Assembleia Nacional Constituinte (DANC), 23 set. 1988, p. 14319.

foi isso o que exatamente aconteceu, como nos conta o Mário Luiz Delgado, assessor do relator, juntamente com Jones Figueirêdo Alves e Alexandre Guedes Alcoforado Assunção: ‘A Câmara dos Deputados, cujo papel naquela ocasião consistia apenas em aprovar ou rejeitar as emendas que haviam sido feitas no Senado, não lhe sendo mais permitido propor qualquer modificação, terminou por mudar completamente o texto aprovado no Senado, incluindo alterações substanciais, [...]’. Mário Luiz Delgado (2011, p. 392) destaca alguns desses artigos: ‘A inclusão, no art. 1.595, que trata do parentesco por afinidade, das situações de união estável, criando-se a figura do sogro e sogra do companheiro, parentesco que não se extingue com a dissolução da união estável. [...]’. No art. 1.711, quando se acrescentou a cláusula final do dispositivo para esclarecer que as disposições referentes ao bem de família previstas no Código Civil interfeririam nas regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecidas em lei especial (Lei n. 8.009/90). No art. 1.725, quando instituiu formalidade, anteriormente não prevista, para o regime de bens na união estável, passando a exigir “contrato escrito” no lugar de “convenção válida.

O processo legislativo pode ser embaraçoso de estudar, mas o juiz não deve temê-lo, nem declarar inexistente toda norma em que notar, por assim dizer, algum lapso de trâmite. Na maioria das vezes, o juiz deverá conceder à norma mal-votada, ou sequer votada, a mesma autoridade que os romanos concediam aos costumes já sedimentados: “Mas também o que, por longo e continuado costume, é aprovado e observado por muitos anos, por tácita convenção dos cidadãos, não obriga menos do que as leis escritas” (Hermogeniano, Digesto, Título III, item 35) (CORPUS..., 2010, p. 23).

Nesse tópico da história das leis, resta um ponto essencial. O passado das leis não se restringe às peculiaridades do processo legislativo desse ou daquele diploma, e seu texto final. Investigar o passado de uma lei é, sobretudo, procurar as constantes que permearam a legislação dos mais diferentes lugares, nas mais diferentes épocas e contextos. Alguns comandos parecem ter estado em todo lugar, em todos os povos. Na antiga Índia, observavam-se os princípios do contraditório (Código Apastamba, 29,7) e da neutralidade do juiz (Código Gautama, 13, 1-31).

Também se preconizava que o juiz vivesse a lei, e não só a conhecesse da teoria (Código Gautama, 28, 52) (DHARMASUTRAS, 1999, p. 126).

Existem constantes outras, um tanto desagradáveis, que infelizmente, também parecem ter assolado todos os povos, em todos os tempos. Há registro de que um certo Código de Urukagina, editado em Lagash, Mesopotâmia, cerca de 2.500 anos a.C., promoveu extensa reforma voltada ao combate da corrupção no governo, à diminuição dos privilégios das elites, da exploração e tributação exagerada dos pobres (EDWARDS, 2011). Para tanto, fez mudanças em diversas áreas do direito, especialmente penal, administrativo e tributário. Havemos de convir que soa familiar.

Quem deseja conhecer a lei não deve atentar somente para seu texto, mas para a maneira como foi aplicada⁴⁰, sob pena de conhecer apenas metade da história. Em alguns casos, o estudioso encontrará situações irônicas, como o relato de Procópio, assessor de Justiniano. De acordo com o relato, o imperador, corrupto incorrigível, não julgava de acordo com as leis que editara (PROCOPIUS, 2013, p. 56). Se verdadeira essa versão, o *Corpus Iuris Civilis*, uma das maiores produções jurídicas de todos os tempos, terá sido idealizado por alguém que não a obedecia.

Noutro exemplo, este do Brasil, vemos que a Lei de Terras de 1850, que promovia uma ampla regularização do setor fundiário, teve pouca repercussão prática nas décadas que se seguiram à sua edição. Nas palavras de José Murilo de Carvalho (2012, p. 342):

As queixas dos ministros e funcionários começaram já no Relatório de 1855, um ano após a regulamentação da lei. [...] Em 1877 reconhecia-se que a lei era 'letra morta' em vários dispositivos. O mesmo foi repetido em 1886, [...]. Segundo o ministro desse ano, grande número de sesmarias e posses permanecia sem revalidar e sem legitimar, e as terras públicas continuavam a ser invadidas.

40 "Conhecer a lei não é apenas conhecer seus termos, mas seu sentido e aplicação". (CORPUS JURIS CIVILIS, 2010, tít. III, item 17, p. 52).

Há muito que descobrir no passado das leis, e o juiz não pode se privar de tamanha riqueza.

2.7 O pedregoso caminho do Judiciário

Rica e cheia de percalços é a história do Judiciário, principalmente no Brasil. Neste país, até 1677, os bacharéis em direito eram proibidos de chegar às regiões das minas⁴¹, onde ocorria a maior parte dos conflitos. Mesmo após a queda da proibição, e até o século XVIII, havia poucos bacharéis no interior do Brasil. Essa escassez de bacharéis, entre outras razões, fez com que a tarefa de proporcionar justiça fosse dada a pessoas que não sabiam ler nem escrever. Era esta a situação da província de Goiás:

Os Juízes Ordinários exerciam a Justiça de 1ª instância, responsabilizavam-se pelas causas de interesse da comunidade. Quase sempre não sabiam ler e escrever e, via de regra, sua eleição não atendia às exigências da lei, que ordenava serem designados entre os homens bons da municipalidade. Elegiam-se indiretamente pelo povo, uma vez que se arrolavam eleitores especificamente para este fim. Foram arbitrários e formaram grupos de mando. [...] (Maria Augusta de Sant'Anna Moraes e Ursulino Tavares Leão). (MORAES; LEÃO, 2011, p. 47)

A dificuldade era tanta que em 1874, a inauguração do Tribunal da Relação de Goiás quase deixou de acontecer. Dois dos cinco integrantes designados para compor o tribunal faltaram à sessão de instalação:

Em 30 de abril, três dos desembargadores que comporiam o quadro da Relação de Goiás encontravam-se na capital (de Goiás, a Vila Boa). Faltaram o Presidente da Casa e o Procurador da Coroa. Este, justamente, o previsto

41 “O art. 10 do mesmo Regimento [de 1677] acaba com a proibição de todo e qualquer bacharel em Direito aparecer nas minas. Anteriormente, quem o fazia ficava sujeito à [...] *pena de seis meses de prisão, sob chave, na cadeia da relação*”. (MORAES; LEÃO, 2011, p. 43).

em lei para substituir o Presidente, em sua falta. Esta situação gerou dúvidas entre os Desembargadores presentes, se inauguravam o não o novo Tribunal da Relação. Reunidos, depois de discussões e entendimentos, optaram pela instalação e que, naquele momento, o Presidente seria um deles escolhido por sorteio [...]. (IDEM, p. 479-80)⁴².

Mais dificuldades estavam por vir. No ano de 1881, o paulista Leite Moraes, que fora nomeado governador, fez uma viagem de reconhecimento à província de Goiás e encontrou uma situação absurda entre dois desembargadores. A capital era tão carente de imóveis habitáveis que os desembargadores brigavam para morar no próprio tribunal:

Quando ali cheguei encontrei levantada uma questão entre este juiz e o seu colega desembargador [...]. Este exigia pela imprensa que o colega desocupasse a casa da relação, e aquele sustentava o seu *bom direito* de nela residir, pois que obedecia simplesmente à lei que o *obrigava a residir na sede da relação*. (MORAES, 2011, p. 73)

Com esses exemplos do interior do Brasil, do que hoje é um tribunal moderno e eficiente de um estado próspero, percebe-se o quanto o Judiciário teve de lutar para se colocar de pé. O tribunal de Goiás, faltando poucos anos para o início do período republicano, quase deixou de abrir as portas.

42 A existência de juízes sem formação jurídica, ou iletrados de todo, chegou ao século XX. A primeira constituição do Estado de Goiás (1891 e 1934), previu a figura do juiz distrital, que não precisava ser bacharel em direito (art. 106). Posteriormente, a constituição de 1935, que vigeu até 1946, previa a mesma figura do juiz distrital (art. 47). Nesse tema, é possível traçar um paralelo com Portugal. Enquanto no interior do Brasil faltavam bacharéis, havia excesso deles em Lisboa no século XVIII: “O primeiro motivo desse desconcerto provém na minha opinião do grande enxame de advogados que temos em Lisboa [...]” (CUNHA, 2003, p. 622). Mas essa falta de bacharéis parecia se restringir ao interior do país, pois há relato de que no Brasil de 1872 não faltavam bacharéis, mas colocações: “Segundo Censo de 1872, havia no país 968 juízes e 1.647 advogados, num total de 2.642 pessoas. Ora, só a escola de Recife formara, entre 1835 e 1872, 2.290 bacharéis, quase cobrindo sozinha o número acima, o que significa que muitos bacharéis não encontravam colocação nas duas ocupações. [...]” (CARVALHO, 2012, p. 87).

Há de se frisar que, se a inauguração tivesse sido frustrada, tampouco teria sido fato inédito no país. O Tribunal da Relação em Salvador teve sua instalação postergada de 1587 para 1609, pois seus integrantes não conseguiram chegar ao país⁴³.

A história do Judiciário brasileiro é repleta de contratempos. Na Independência do Brasil, em 1822, o tribunal mais influente do país não fazia parte do Judiciário. Tratava-se da Mesa da Consciência e Ordem, tribunal eclesiástico a que o imperador do Brasil prestava contas (NORONHA, 2008, p. 52-78)⁴⁴. Posteriormente, na Constituição de 1824, o Judiciário brasileiro tinha a seu lado não dois, mas três Poderes. Ao todo, portanto, eram quatro: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador (art. 10)⁴⁵, encabeçado este pelo imperador com a missão de resolver litígios entre os demais poderes.

Além dos quatro citados, havia um Conselho de Estado (arts. 137-144) que, na prática, era outro Poder. Sua força era nitidamente maior que a do Judiciário, o que se conclui da comparação entre os registros de casos julgados pela então maior corte do país, o Supremo Tribunal de Justiça⁴⁶, e as atas do Conselho de Estado. O Judiciário

43 Pesquisa feita a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal na internet: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em 16 abr. 2014.

44 Integrava o tribunal o confessor do imperador.

45 Houve artigo semelhante na Constituição portuguesa de 1826 (art. 11). Ambas, brasileira e portuguesa, basearam-se na obra de Benjamim Constant (2005, p. 26). Atualmente, a Constituição brasileira prevê as figuras do Conselho da República (arts. 89-90) e do Conselho de Defesa Nacional (art. 91), sem maior repercussão prática. Por sua vez, a Constituição portuguesa de 1974 continha as figuras do Conselho Económico e Social (art. 92), do Conselho de Estado (arts. 141-145) e do Conselho Superior de Defesa Nacional (art. 274). A Constituição portuguesa atual estabelece a Conselho de Ministros (arts. 184; 200), cujas funções deliberativas refogem ao modelo do antigo Conselho de Estado das constituições brasileira de 1824 e portuguesa de 1826. O atual Conselho de Ministros português encontra paralelo no Conselho de Ministros havido durante a curta experiência parlamentarista brasileira (arts. 6º e 19, da Emenda Constitucional n. 4, de 1961).

46 Pesquisa feita a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal na internet: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STJPrincipal>>. Acesso em 16 abr. 2014.

era palco de assuntos menores, enquanto o Conselho opinava sobre os grandes temas (reforma eleitoral, relações exteriores, nacionalidade) (RODRIGUES, 1978).

Mesmo após a extinção do Poder Moderador, com a primeira Constituição republicana de 1891, os percalços do Judiciário continuaram. Em 1926, foi publicada emenda à primeira Constituição de 1891, impossibilitando ao STF pronunciar-se sobre questões políticas⁴⁷. Já a Constituição de 1937, estabeleceu que, se o STF declarasse inconstitucional determinada lei, o presidente da República poderia submeter o julgamento do Supremo ao reexame do Parlamento (art. 96, parágrafo único). Essa mesma Constituição extinguiu a Justiça Federal, que havia sido fundada na primeira República. Mais que isso, o governo Vargas, que flertava à época com o fascismo, publicou no Jornal do Brasil de 18 de novembro de 1937 um artigo que apresentava cifras de quanto a União tinha economizado ao extinguir as Justiças Federal e Eleitoral, e as Câmaras Legislativas. (PAULA FILHO, 2010, p. 167).

Com esses solavancos, que se somaram a outros durante a ditadura militar de 1964 a 1984, o Judiciário conseguiu o prestígio que hoje detém na democracia brasileira. Mas quem ingressa no Judiciário deste país deve ter claro que esse prestígio foi obtido com imenso esforço, e que um esforço ainda maior será necessário para mantê-lo. Sobretudo, aqueles que atuarão nos pontos mais longínquos do território terão de calcular cada palavra, cada olhar e gesto. Em muitos casos, trabalharão onde não apenas a democracia, mas o Estado de Direito, tem ar de novidade.

Melhor dizendo, não só os que vão judicar nos rincões devem tomar cuidado. Também os que trabalharão nos grandes centros devem estar atentos e ter bem claro que não só os processos evidentemente embaraçosos (possessórias contra ricos proprietários, processos contra a criminalidade organizada, ações de improbidade) oferecem desgaste e perigo. Na história da América Latina, ficou famosa a coragem de um juiz argentino de La Plata (Belisario Hueyo) que, num período turbulento daquele país, escreveu repetidos ofícios a autoridades civis e militares

⁴⁷ Vale ressaltar que até 1926, embora não houvesse controle concentrado de constitucionalidade, o STF pronunciava-se sobre questões políticas em julgamentos de *habeas corpus*. O cabimento do remédio constitucional fora ampliado pela jurisprudência para permitir ao tribunal pronunciar-se sobre os grandes temas da República (NOLETO, 2009, p. 37).

questionando sobre o que teria acontecido a um grupo de jovens preso em Buenos Aires certa noite, quando jogavam cartas e assistiam a uma luta de boxe pela TV. Esse grupo acabou fuzilado, horas depois, confundidos com revolucionários.

Juízes podem celebrar-se por grandes sentenças, decisões sábias, mas a hignidade moral e ética de um magistrado por sua tenacidade ao despachar ou escrever ofícios, por vezes, demandam mais coragem que muitas sentenças. O juiz Hueyo mostrou toda sua honradez e caráter pela insistência com que mandou ofícios às autoridades em busca de esclarecimentos para os fatos. Ao fim, ele ganhou a parada. Conseguiu levar a cabo um processo penal sóbrio, bem conduzido, de grande objetividade, que esclareceu o caso⁴⁸.

Todos dizem que há duas coisas inevitáveis na vida: a morte e o imposto de renda. Para os juízes, podemos acrescentar que, além de se encontrarem anualmente com o imposto de renda e que, em alguma fatídica data, cruzarão com a morte, também hão de cruzar com o heroísmo algumas poucas, mas decisivas vezes. Ele olhará fundo nos seus olhos.

2.8 A história do futuro

São muitos os trechos de Agostinho que revelam perplexidade com a passagem do tempo. Entre eles:

[...]. Quem se atreve a negar que o futuro ainda não existe? No entanto, já existe no espírito a expectativa do futuro. Quem pode negar que o passado não mais existe? Contudo, existe ainda no espírito a lembrança do passado. E quem nega que o presente carece de extensão, uma vez que passa em um instante? No entanto, perdura a atenção, diante da qual continua a retirar-se o que era presente. Portanto, não é o tempo futuro que é longo, pois não

48 “Minha experiência pessoal com os juízes, como jornalista, nunca foi muito animadora. Poderia nomear uma dúzia, entre os que conheço, como indivíduos parciais, incompetentes ou simplesmente corrompidos. Prefiro assinalar como exemplo de decisão, rapidez e eficiência a atuação do juiz Hueyo neste caso. É um verdadeiro modelo de investigação. Honra e Justiça deste país”. (WALSH, 2010, p. 156-157).

existe, mas o longo futuro é a longa espera do futuro. Também não é longo o tempo passado inexistente, mas o longo passado é a longa recordação do passado. (AGOSTINHO, 2006, p. 354-355).

Embora estejamos atados ao presente, essa vivência não terá sentido se desacompanhada da memória do que passou, e de alguma expectativa do que virá. O agora é fugidio para ter ou ser sentido por si. Ao vivenciarmos o presente, é necessário expandi-lo, dilatá-lo, em direção ao passado e ao futuro. Só assim teremos um nosso tempo. Não há vivência sem experiência e expectativa.

O Judiciário é responsável pela guarda de sua memória. Não deve mitificá-la, mas guardá-la, para compreender seu lugar no tempo. Infelizmente, nessa tarefa, o Judiciário brasileiro vem desempenhando um triste papel⁴⁹. Basta dizer que, no início do século XXI, um estudo sobre os processos em que a Inquisição condenou portugueses ao degredo no Brasil e outras terras (séculos XVI e XVII), encontrou 26.034 processos⁵⁰. Se a pesquisa fosse por processos julgados no Tribunal da Relação – órgão de cúpula do Judiciário brasileiro entre 1587 e 1807 – teria encontrado no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal apenas um processo, de 1796⁵¹. Em seguida, encontraria a inscrição: “Não consta acórdão. O processo não dispõe de todas as páginas”⁵².

49 Cumpre ressaltar a existência, no âmbito da Justiça Federal, de iniciativas de guarda da memória da instituição. Em 1996, foi elaborado um diagnóstico sobre a situação dos arquivos: *Diagnóstico dos Arquivos da Justiça Federal* (BRASIL, 1996). Houve também esforços da instituição para preservar sua história oral: De Sordi (2007). Somam-se às referidas obras o primoroso trabalho do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para resgatar o primeiro período da Justiça Federal. (PAULA FILHO, 2010).

50 Referência à obra específica: Geraldo Pieroni (2006). O número de processos da Inquisição consultados para elaboração da obra é mencionado em sua p. 9.

51 Pesquisa feita a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal na internet: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=HistoricodoTribunaldRelacao>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

52 Pesquisa feita a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal na internet: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=Tribunal_da_Relacao_Principal>. Acesso em: 16 abr. 2014.

Sem memória, privamos a nós mesmos de um elemento essencial à vivência do presente: o passado. Precisamos nos inteirar dele porque, desconhecendo o referencial, não conseguiremos superá-lo. É dever de cada tempo ser melhor que o tempo que ficou. “Somos justos para com o passado quando estamos além dele”, segundo Nietzsche (apud VATTIMO, 2010, p. 20). Como seremos melhores do que sequer conhecemos? Se o formos, como saberemos?

O Judiciário deve zelar de sua memória. Questão de justiça.

2.9 Verdadeiros com o passado

Juízes e tribunais têm um hábito bastante comentado no mundo jurídico. Muitas vezes, quando estabelecem um precedente inovador, algo inquestionavelmente novo, costumam desmentir a novidade de seu julgamento dizendo que simplesmente aplicaram um julgado mais antigo, de preferência muito antigo. Outras vezes, dizem que a aparente inovação nada mais é que o desenvolvimento de uma ideia secundária ou de um *obiter dictum* de um julgado anterior. Esse hábito *sui generis* do Judiciário não é exclusividade do Brasil, tendo sido notado por pesquisadores de diversos países (KEARNS, 2002, p. 5-6).

Muitas das vezes em que juízes e tribunais dizem coisas assim estão mesmo dizendo a verdade. Não é raro que textos antigos, entre os quais podemos incluir acórdãos empoeirados, contenham ideias geniais que podem ser aplicadas em tempo futuro, muito embora, geralmente, isso não tenha ficado claro na época em que foram escritos.

Outras vezes, trata-se mesmo de uma manobra, o que não necessariamente é um demérito, mas um estratagema necessário. Muitos julgados corajosos de que vários países precisaram ao longo de sua história, principalmente em seus períodos mais sombrios, foram proferidos sob o expediente da “remissão” a algum julgado anterior. Em períodos de grande instabilidade institucional, julgados abertamente inovadores tem uma chance considerável de serem ignorados ou atropelados pelos demais poderes.

Entretanto, há outras vezes em que se trata mesmo de comodismo intelectual, timidez ou tentativa de trazer para seu trabalho o brilho de obra alheia. Quando isso acontece, há deslealdade com a história. No item anterior, vimos o pensamento de Nietzsche, de que “somos justos para com o passado quando estamos além dele”. Entretanto, essa não é a principal forma de ser justo com o passado. A principal delas é não falseá-lo, disfarçá-lo, escamoteá-lo. Como nós merecemos respeito por sermos o que somos, o passado merece respeito por ser o que foi, e como foi.

3

Números

3.1 Números? Não, obrigado. Fiz direito.

Quem é do direito não se dá com números. Essa frase é muitas vezes dita por nós, profissionais do direito, os primeiros a fazer piada de nossa inabilidade matemática.

Mas nem todo mundo do direito é inábil com números. Na magistratura, encontra-se gente que chegou a ser boa em matemática quando mais jovem. Outros iniciaram ou concluíram curso superior em exatas, mas, por diversas razões, vieram parar no direito. Há também um grupo que, embora não se tenha dado com a matemática no colégio, foi obrigado a reencontrá-la em casos práticos, já na magistratura, surpreendendo-se com a magia dos números. Por isso, dizer que os do direito são ruins em matemática não corresponde – ao menos completamente – à realidade. Quando quem o diz é alguém do próprio direito, geralmente é a velha tática de se autocriticar antes que a crítica parta de boca alheia⁵³.

53 Juristas são tidos como relativistas demais, circunstanciais e de pouca substância. Essa visão depreciativa do mundo jurídico foi explicitada por Blaise Pascal (apud ENGISCH, 2008, p. 15-16): “Quase nada há de justo ou injusto que não mude de na-

Há um caso de obra jus-político-filosófica de grande importância, intitulada em homenagem a uma grande obra da geometria. O caso se deu com Thomas Hobbes, e aconteceu da seguinte maneira:

[...]. [Hobbes] tinha então 45 anos. Ainda não publicara nada sobre temas filosóficos, mas acumulara uma série de reflexões organizadas de forma rigorosamente dedutiva. Alguns anos antes, encontrando-se na residência de um nobre não identificado, Hobbes vira um livro pousado sobre uma mesa: os *Elementos* de Euclides. Abriu-o ao caso e topou com a proposição 47 do primeiro livro. ‘Por Deus!’, exclamou, ‘isto é impossível!’ Começou então a ler o livro de trás para a frente até que tudo lhe ficou claro. [...]. O primeiro texto filosófico de Hobbes se intitulava, em homenagem aos *Elementos* de Euclides, *Os elementos da lei*. (GINZBURG, 2014, p. 14-15)

Direito e números não são água e óleo. Em obras jurídicas fundamentais encontram-se cálculos e elaborações geométricas, cujo valor para o raciocínio é mais que ilustrativo, como na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles (1998, p. 114-117), com seus esboços geométricos do conceito de justiça retificadora. No Brasil, na década de 1960, Aliomar Baleeiro já alertava para a necessidade do estudo de economia pelos juristas. Chegou a afirmar que o direito tem papel secundário em relação a ela (AMARAL JR., 2006, p. 33)⁵⁴. Muito antes disso, no século XIX, Antonio Joaquim Ribas frisava a necessidade de que os juristas buscassem compreender a matemática:

As mathematicas elementares têm para o jurisconsulto dupla utilidade, já pela aplicação immediata que aos estudos especulativos jurídicos algumas vezes têm necessidade de fazer, já pela sua indispensabilidade na pratica fo-

tureza com a mudança de clima. Três graus de altura polar revolucionam toda a jurisprudência. Um meridiano decide sobre a verdade. Após alguns anos de posse, alteram-se leis fundamentais. O Direito tem as suas épocas. Divertida justiça esta que um rio ou uma montanha baliza. Verdade aquém, erro além Pirinéus”.

54 Atualmente, há quem defenda que as faculdades de direito devam incorporar ciências exatas às suas grades curriculares (POSNER, 2008, p. 209).

rense, e na vida privada. Assim, nas questões relativas a partilhas, liquidações, demarcações de terras, etc., não se pôde deixar de fazer uso das operações arithmeticas ou geométricas. [...] Demais, estas sciencias têm um ponto comum com os estudos philologicos, e é que habituão o espirito á exatidão nas indagações scientificas [...]. (RIBAS, 2003, p. 76)

Atualmente, temos os diagramas de Michael J. Zimmerman, em que o professor norte-americano estuda as possibilidades do comportamento humano nas mais diversas situações, tentando encontrar o conceito último de obrigação além de qualquer convenção ou escala de valores⁵⁵.

O juiz que, por gosto ou necessidade, venha a se deparar com números não deve lamentar a trombada com um estranho. Na verdade, está revendo um parente que há muito, muito tempo não via⁵⁶.

3.2 A falsa modéstia humana

Embora os juízes resistam a admitir qualquer habilidade matemática, o fato é que acreditam mais em sua destreza com os números do que chegam a admitir. É característica de todos os seres humanos superestimar sua capacidade matemática. Nesse sentido, diversos estudos têm mostrado erros crônicos do entendimento humano que passam despercebidos⁵⁷; aos juízes igualmente.

55 O próprio Zimmerman reconhece ser espinhosa a tarefa a que se propôs: “Muito da ética tem a ver com o julgamento do agente, seu caráter, seus motivos, entre outros elementos. Outra parte da ética ter a ver com o julgamento dos atos em si. Uma pesquisa como esta, cujo objeto é o conceito de obrigação, pode ser classificada entre as que concernem o julgamento de atos. [...] Todavia, as linhas divisórias são difíceis de traçar [...]”. (ZIMMERMAN, 2007, p. 20, tradução nossa).

56 Tal semelhança, ou parentesco, é nítido no grego clássico, quando as mesmas palavras podiam ser utilizadas tanto em textos jurídicos quanto em textos de geometria. Palavras como *dikaion* (justo ou proporcional), *dikha* (direito ou porção/metade), *dikastes* (juiz ou geômetra/partidor), dão testemunhos disso. (ARISTOTLE, 1998, p. 116).

57 Para um panorama desses estudos: Mankiw (2011, p. 478-479).

Num estudo realizado por Daniel Kahneman e Amos Tversky (apud MLODINOW, 2009, p. 31-32), os pesquisadores propuseram o seguinte cenário aos entrevistados:

Imagine uma mulher chamada Linda, 31 anos de idade, solteira, sincera e muito inteligente. Coursou filosofia na universidade. Quando estudante, preocupava-se profundamente com discriminação e justiça social e participou de protestos contra as armas nucleares.

Depois, perguntaram aos entrevistados qual seria a relação de probabilidade entre as seguintes afirmativas:

- 1 – Linda participa do movimento feminista.
- 2 – Linda é bancária e participa do movimento feminista.
- 3 – Linda é bancária.

O resultado foi que 87% dos entrevistados respondeu que a probabilidade de Linda ser bancária e participar do movimento feminista seria maior que a probabilidade de que ela fosse somente bancária. Ocorre que tal conclusão vai contra uma das leis básicas da probabilidade: a chance de que dois eventos ocorram juntos não pode ser maior que a chance de que cada evento ocorra sozinho.

Outro exemplo curioso de Tversky e Kahneman é o denominado “problema do táxi”. Com adaptações⁵⁸, diz o seguinte:

Um táxi se envolveu numa colisão à noite, tendo fugido do local. Na cidade em que ocorreu a colisão, 85% dos táxis são verdes, enquanto 15% são azuis. Uma testemunha afirmou que o táxi era azul. A capacidade dessa testemunha para distinguir entre verde e azul foi testada, constatando-se que ela acertava na distinção 80% das vezes. Considerando esses dados, qual era a probabilidade, um instante antes do acidente, de aquela testemunha enxergar azul o táxi envolvido na colisão?

58 Para a versão original do problema: Birnbaum (apud POHL, 2004, p. 47).

Exposto o problema a uma classe de universitários (não se informou que faculdade cursavam), a maioria disse que a chance era de 80%. Cerca de um quinto da sala respondeu que a chance era de 15%. Houve ainda quem dissesse que a resposta certa era 12%. Chegaram a esta conclusão pelo seguinte raciocínio: se a testemunha só acerta 80% das vezes, sendo 15% dos táxis azuis, a resposta é a porcentagem total de táxis azuis da cidade vezes o índice de acerto da testemunha (80% ou 0,8), o que daria 12%.

Entretanto, a resposta dada como certa pelos autores é 41%. Até que faz sentido. Basta ter em mente que a chave da pergunta diz com a acuidade visual da testemunha. Dos 15% de táxis que são azuis na cidade, considerando a taxa de erro visual da testemunha (vinte por cento), ela só podia acertar 12%. Já dos táxis verdes (85%), ela errou uma fatia considerável: 17%. Ocorre que essas porcentagens, de 12 e 17% foram obtidas de outras porcentagens (15% e 85%). São pedaços de pedaços, trapos arrancados a farrapos. Reconstruindo-se a coisa toda, reconduzindo tudo à mesma escala de 100% e somando, encontra-se um total arredondado de 41%.

É demais exigir do não matemático que solucione tal problema de relance, ainda mais se apresentado de relance no ambiente tormentoso do cotidiano judicial? Claro que sim, além disso, vários matemáticos criticam o método usado acima para resolver o problema, considerando que seus autores foram muito simplistas nos cálculos (BIRNBAUM, 2004, p. 48). Desse modo, se não há consenso nem entre eles, matemáticos, é demais exigir de um de nós a resposta certa, ainda mais de relance. Entretanto, o que se pretendeu aqui ao se expor o “problema do táxi” foi simplesmente advertir sobre quão perigosas são aquelas certezas que nos vêm de automático nas contas.

Passemos a outro tema, o erro apontado como o mais comum pelos pesquisadores: a ancoragem. No cotidiano, quando fazemos contas mentalmente, não começamos do zero. Geralmente começamos de um número que o cérebro lança em nossa tela mental. Visualizado o número, passamos a ponderar seus prós e contras, descontando aqui, acrescentando ali. É um cálculo meio ao contrário, mas é como fazemos na maioria das inúmeras vezes que realizamos todos os dias.

A verdade é que confiamos no cérebro. Confiamos que ele lançará na tela um número já bem próximo do resultado final. O problema é que o cérebro, talvez por sobrecarga de trabalho, muitas vezes joga um número a esmo. Melhor dizendo, não exatamente a esmo. Ele joga um número que já estava sendo utilizado numa outra operação, ainda que a operação anterior não tenha qualquer relação com a que fazemos agora.

Simplificando, o que acontece é que começamos a conta a partir de um número que já estava na cabeça para outra coisa. Assim, usando exemplo trabalhado por Fábio Portela Lopes de Almeida (2011)⁵⁹, um juiz que havia pouco olhara o relógio e vira 15h pode, em seguida, conceder uma indenização de R\$15.000,00 (quinze mil reais), sem se dar conta da ligação aleatória que o cérebro fez entre uma coisa e outra.

Experimentos sobre esse erro mostram uma realidade estarrecedora. Conforme o relato de experimento realizado por Mussweiler e English:

Os resultados de um experimento por nós conduzido recentemente (English & Mussweiler, 2001) indicam que juízes experientes, com uma média de 15 anos de judicatura, foram influenciados em suas sentenças pelos montantes de pena propostos pela acusação, ainda que as peças de acusação tenham sido propostas por quem sequer tinha formação em direito. Na verdade, a magnitude dessa influência mostrou-se dramática. Juízes que receberam propostas altas de pena, de 34 meses de prisão, deram sentenças, em média, 8 meses mais longas que juízes que receberam propostas de 12 meses. Uma diferença de 8 meses para um crime idêntico. Notadamente, essa influência ocorreu apesar de ambas as propostas terem sido elaboradas por um leigo. Em nosso estudo, um estudante de computação fez as vezes de Ministério Público. (MUSSWEILER; ENGLISH; STRACK, 2004, p. 183, tradução nossa).

O leitor pode dizer que um erro assim sequer seria possível em algumas jurisdições. Tem razão. Em vários países, a legislação reduz a discricionariedade do

59 Palestra proferida na Escola Superior da Magistratura Federal da 1ª Região, Brasília, em 27/2/2013. O trabalho de Fábio Portela Lopes de Almeida, que trata não só da ancoragem, mas de diversos fenômenos, encontra-se em sua dissertação de mestrado: Almeida (2011).

juiz para fixação de penas. Entretanto, a legislação mais detalhista ainda deixa ao magistrado uma margem razoável de discricionariedade.

Enfim, a habilidade de cada ser humano com números costuma ser inversamente proporcional ao seu grau de certeza sobre essa habilidade. Com juízes não é diferente.

3.3 O juiz que fala a multidões

Juízes têm, cada vez mais, de decidir pensando além do caso concreto. Uma solução dada por um juiz pode, como precedente, influenciar relações jurídicas em lugares e situações que ele não previra⁶⁰. Isso é mais verdadeiro nos processos coletivos, cujo número aumenta a cada dia. Neles, as partes e questões envolvidas podem ser tantas que alguns especialistas expressam certa reserva à capacidade do Judiciário de resolver tantos problemas num processo só.

Observando o cenário de seu país, comentou o processualista norte-americano Michael D. Floyd:

[...], alguns doutrinadores têm se preocupado quanto ao efeito que as *class actions* podem ter na estrutura e atuação dos juízes, das cortes e das demandas. Ao invés de julgar casos individuais, juízes são forçados a desempenhar um papel “gerencial” quanto ao processo, mesmo diante da multiplicidade de partes e de questões envolvidas na demanda, [...] (FLOYD, 2013, p. 45-46)⁶¹.

Mesmo em países que ainda não adotaram o processo coletivo, a necessidade de que o juiz olhe além de sua jurisdição imediata já é uma realidade. Com a

60 Em filosofia do direito, é cada vez menos nítida a fronteira entre o juiz descobridor do direito e o juiz inventor do direito. As duas dimensões da magistratura podem ser explicitadas, respectivamente, pelas palavras em alemão *Rechtsfindung* e *Rechtsfortbildung*. Para uma abordagem dessas duas noções: Rigaux (2000, p. 154-155).

61 Frise-se, contudo, que a tradução aqui apresentada desse trecho da palestra do professor Floyd é diferente da tradução apresentada na fonte referenciada.

informatização, uma decisão proferida hoje de manhã em um processo individual em qualquer canto do país pode instruir uma inicial ajuizada hoje à tarde noutro extremo do mapa. Quando o tema do processo é objeto de tratado internacional, decisões tomadas no exterior podem influenciar uma decisão a ser tomada em nosso país. Basta exemplificar com a Convenção de Haia, de 25 de outubro de 1980, concernente ao sequestro internacional de crianças. Sendo o Brasil um dos signatários, e tendo em vista a importância da uniformidade de enfrentamento para que o problema seja debelado, seria correto que um juiz brasileiro, ao decidir uma causa sobre esse tema, considerasse irrelevante a apresentação, por uma das partes, de precedentes de outros países? É claro que tais precedentes não vinculam a jurisdição brasileira, mas seria correto considerá-los irrelevantes?

Quando os tratados internacionais criam entes políticos e juridicamente complexos, como a União Europeia, a chance de que uma decisão tomada em um país influencie outra em outro país é maior ainda.

O juiz, portanto, está cada vez mais dialogando com multidões, embora só possa ver alguns rostos. Para encarar essas realidades macro, que envolvem muitas questões e muitas variáveis, não só a visão estratégica do juiz deve se adaptar, mas também sua forma de raciocínio, pois terá de usar números com mais frequência do que antes.

3.4 Advertência

Dizer que o juiz deve saber matemática não é dizer que deva se arvorar a contador, engenheiro, atuário. Boa parte dos processos exige parecer prévio de um perito, sendo arriscado tirar conclusões sobre aspectos técnicos complexos quando não se tem a formação correspondente. Com frequência, um leigo esforçado chega a entender algum aspecto relevante de um problema técnico pelo qual se interessou, mas a falta de formação na área faz com que ignore as demais variáveis que incidem sobre o problema, com igual ou maior peso. Ao fim, dedicado, porém sem formação, o leigo tentará extrair do estudo obsessivo do único elemento que conhece a solução para o problema inteiro, que só pode ser encontrada pela

compreensão de todas as linhas de força; todos os eixos. Essa espécie de teimosia, bastante comum, é a obsessão do ignorante.

Lawrence Tribe (apud TARUFFO, 2009, p. 135) recomenda aos juristas que tenham cautela ao se enveredarem pela matemática. Em outras palavras, utilizando um exemplo médico, o juiz que empreende em área alheia pode terminar como alguém que se propõe a fazer uma cirurgia por ter noções do uso de um só dos instrumentos: o bisturi.

3.5 Descumprindo a advertência

Problema comum no Brasil é o juiz ter de enfrentar matérias para as quais não há perito na região ou, se há, o juiz ainda não teve tempo de conhecer seu trabalho e aferir sua qualidade, ou idoneidade. Nesses casos, queira ou não, o juiz vai ter mesmo de enfrentar os números, tendo às vezes de fazer cálculos que deixaria acabrunhado até mesmo um especialista. Se o mal é inevitável, pratiquemos um pouco mais para que os números não encontrem em nós adversários muito fáceis.

Esboçemos o Teorema de Bayes (BIRNBAUM, 2004, p. 43-45, versão adaptada). Suponha que exista uma doença que infecta de maneira aleatória, uma pessoa em mil. Suponha ainda que, para detectar a doença, existe um teste sanguíneo que tem uma taxa de “falso positivo” de 0,5%.

A primeira pergunta é mais simples: qual a probabilidade de alguém da população potencialmente afetada pela doença efetivamente estar infectado? A resposta é expressa pelo número 0,001, ou seja, 1 chance em 1000.

Vamos então à segunda pergunta. Qual a probabilidade de uma pessoa ser considerada infectada quando, na verdade, não está? Isto é, qual a chance de alguém ter feito o exame e recebido um “falso positivo”?

Para responder corretamente a essa pergunta, sem incorrer em simplificações, é necessário utilizar alguns cálculos complicados que não devem ser enfrentados aqui, pois seria muito maçante. Necessário, neste momento, é apenas perceber uma nuance do raciocínio que levará à solução do problema. Uma pessoa entre

1000 está mesmo doente, mas existe a possibilidade de que ela receba um falso negativo. Já das outras 999 que não estão doentes, algumas delas receberão falsos positivos. Perceba que estão concorrendo para a solução do problema conceitos diferentes (falso negativo x falso positivo), bem como bases diferentes (1000 x 999), e que esses dois jogos conceito/base parecem se influenciar mutuamente. Se você percebeu isso, ainda que não saiba explicar bem o porquê, você entendeu o espírito do Teorema de Bayes, só falta se aprofundar um pouco mais nele, e não faltarão oportunidades na rica amostragem que a carreira jurisdicional proporcionará.

3.6 Números ajudam, mas não decidem

Cabe fazer um elogio àqueles que têm habilidade com os números. Foi escrito por Platão, séculos antes de Cristo:

Aqueles que têm um talento natural para o cálculo são geralmente mais ligeiros em qualquer outra área do conhecimento. E, com efeito, não é fácil encontrar uma área de estudo mais difícil [...]. A aritmética é o tipo de conhecimento no qual os melhores talentos devem ser treinados; conhecimento do qual nunca se pode desistir (PLATO, p. 188).

O juiz deve ter claro, todavia, que não deve superestimar a magia dos números. Eles mostrarão como relacionar uma coisa e outra, uma opção e outra, mas não decidirão por nós. Nesse sentido, valiosa é a lição de Gregory N. Mankiw (2011, p. 5), referindo-se a um conceito de economia, o *tradeoff*:

Reconhecer que as pessoas enfrentam *tradeoffs* não nos diz, por si só, quais as decisões que elas tomarão ou desejariam tomar. Uma estudante não deveria abandonar o estudo de psicologia apenas porque isso aumenta o tempo disponível para estudar economia. A sociedade não deveria deixar de proteger o meio ambiente só porque as regulamentações ambientais reduzem nosso padrão de vida material. Os pobres não deveriam ser ignorados só porque ajudá-los distorce os incentivos ao trabalho. Ainda assim, reconhecer os *tradeoffs* em nossa vida é importante porque as pessoas somente podem tomar boas decisões se compreendem as opções que lhes estão disponíveis [...].

A decisão, portanto, continuará com o juiz. Os números podem clarear o caminho, informar e enriquecer a decisão. Mas só isso.

Há uma ironia nesse conflito entre juristas e os de exatas. Lá como cá, incerteza sempre existe nas situações extremas. Surgem muitas dúvidas quando as coisas se complicam. Também eles, com frequência, se veem obrigados a tomar decisões baseadas em impressões e convicções abstratas, mais que em certeza concreta. Seus cálculos nem sempre apontam, com firmeza, uma única direção, indicando apenas que mais de uma direção pode estar certa. Curiosas, nesse sentido, são as observações de Thomas S. Kuhn (2011, p. 339), historiador da ciência, formado em física:

No penúltimo capítulo de um controverso livro [...] considere os modos pelos quais os cientistas são levados a abandonar teorias ou paradigmas admitidos há muito tempo em favor de outros. Escrevi então que esses problemas de decisão ‘não podem ser resolvidos por meio de provas’. Discutir seu mecanismo é, portanto, falar ‘sobre técnicas de persuasão, ou sobre argumento e contra-argumento numa situação em que não pode haver prova [...].

Os números não necessariamente levam a terra mais firme que o direito. Mesmo assim, aquele que detiver os dois conhecimentos – das leis e dos números – andarás melhor que aquele que andar com apenas um.

4

Filosofia

4.1 Razão e consciência

A Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou que uma decisão judicial deve ter fundamentos coerentes (*Antică e empresa “R” v. Romênia* – §§ 32-39 – 2010) (VITKAUSKAS; DIKOV, 2012, p. 71). Dessa afirmação, podemos concluir que uma decisão não pode ser um mero ajuntamento de razões. Certa ou errada, ela deve ser um arranjo, e não um feixe aleatório de ideias.

Para unir razões, é necessário usar a razão – o fio do pensamento. E qualquer um pode fazê-lo. Está na Declaração Universal dos Direitos Humanos que todas as pessoas são “dotadas de razão e de consciência [...]” (art. 1º) (ONU, 2014). Portanto, quem ainda não costurou, nem aprendeu a costurar, não é por falta de fio.

Voltando ao artigo da Declaração, repare que a razão não está sozinha, mas tem a seu lado a consciência. Esta é o repositório dos valores humanos, e merece lugar de destaque tanto quanto a razão. Mas a consciência tem um defeito. Talvez ciosa demais de seu papel de relicário, a consciência é ensimesmada. Não se dá aos embates. Não deixa sua mura-

lha para interceptar inimigos que ameaçam assediá-la. Permanece num imobilismo perigoso, pois no interior de uma muralha assediada, por mais segurado que se esteja, se está cercado, confinado.

Felizmente para todos nós, a consciência não está mesmo sozinha. A razão está com ela, e se doa plenamente ao papel de combater. Atira-se em batalhas de matar ou morrer além da muralha; batalhas em que pode morrer mesmo. Ela resiste. Suas tropas guardam a fortaleza⁶².

Com a nobreza chã de quem luta, é a razão quem serve:

[...] como uma corte de apelação não só contra opiniões e hábitos de outras pessoas de nossa comunidade, mas contra as peculiaridades de nossa perspectiva pessoal. É algo que cada indivíduo pode encontrar dentro de si mesmo, mas que, ao mesmo tempo, tem autoridade universal. [...] Quem apela à razão intenta descobrir uma fonte de autoridade dentro de si, que não é meramente pessoal nem social, mas universal, e isso convencerá as pessoas que quiserem lhe ouvir (NAGEL, 1997, p. 3-4).

No cotidiano judicial, é possível ver a razão combatendo diariamente o subjetivismo, o paroquialismo. É possível vê-la barrando o olhar comprido do favorecimento. Talvez por isso, na Índia antes de Cristo, o Código Gautama dizia que: “A razão é a maneira correta de se alcançar o julgamento correto [...]” (DHARMASUTRAS, 1999, p. 97).

4.2 O juiz consegue?

Alguém pode perguntar se tudo isso não seria utópico. É razoável esperar do juiz – humano até a medula – que consiga se pautar tão perfeitamente pela razão, a mesma que desconcerta a todos volta e meia? Por que o juiz conseguiria domar seu pensamento tão perfeitamente, se ninguém consegue?

62 Segundo Maimônides (1993, p. 19): “Moisés proclamou três grandes princípios: sede circunspectos nos vossos julgamentos, formai muitos discípulos, e levantai barreiras em torno da Lei Divina”.

De fato, autores consagrados parecem negar a possibilidade de que os juízes sejam capazes de construir decisões verdadeiramente racionais. É o que se nota do pensamento de Habermas (1996, p. 214):

Uma vez que a os juízes de carne e osso estão muito aquém da figura ideal de Hercules [personagem de Ronald Dworkin], a recomendação de que os juízes normais deveriam fazer seu trabalho segundo esse modelo levaria esses juízes a corroborar seu trabalho antes feito, que na verdade é determinado por interesses, atitudes políticas, tendências ideológicas, ou outros fatores externos.[...].

Há também quem ache que, pelo simples fato de o sujeito ser juiz, deve ser uma pessoa hermética em seus pensamentos, de opiniões escorregadias. Não é bem assim. Houve um exemplo interessante num grande evento acontecido no Brasil: o *III Seminário Internacional Brasil-Alemanha*, promovido pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em São Paulo, em novembro de 2011. Naquela ocasião, houve um momento em que ninguém menos que Humberto Ávila, um dos maiores juristas brasileiros dirigiu uma pergunta a Michael Eichberger, então Ministro do Tribunal Federal Constitucional Alemão.

Discutiam-se certos aspectos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, especialmente alguns julgados mais “políticos” daquele tribunal, e a pergunta do professor Ávila indagava até que ponto o Brasil podia se valer dessa jurisprudência alemã. Ocorre que, já no início da pergunta, o professor foi enfático de que queria a resposta do Ministro Eichberger, mas “não como juiz” (SEMINÁRIO INTERNACIONAL..., 2013, p. 89), parecendo pressupor que o alemão, se respondesse como juiz, tentaria se sair como alguma resposta evasiva.

Qual não foi a surpresa de todos com a desenvoltura do alemão. No começo da resposta, demonstrando respeito à pergunta e ao tom utilizado pelo questionador, chegou a dizer “Claro que é difícil, na minha posição como membro do Tribunal, avaliar objetivamente, como se estivesse de fora” (IDEM, p. 90). Entretanto, depois dessa introdução morna, foi direto à questão sem a menor timidez:

[...] Existem sempre colegas, que se apresentam de maneira mais perspicaz e formularam ideias efetivamente políticas, e o Tribunal Constitucional Federal (e penso que para o Direito Constitucional brasileiro vale a mesma coisa) é, nos seus acórdãos, em parte, necessariamente, político, porque exatamente como Corte precisa decidir sobre os casos a ele trazidos. E se eles possuem um conteúdo político, então precisam ser assim decididos, essa é a sina de um tribunal (IDEM).

Raciocinou bem e livremente o Ministro Eichberger, e o fato de ser magistrado não foi empecilho para isso.

O juiz – como qualquer pessoa – é capaz de domar o pensamento, dando vitória à razão, se o quiser e tentar. Para entender essa possibilidade, é necessário examinar o cenário do combate: a mente do juiz. Nesse cenário, dois exércitos se confrontam. De um lado, as forças aliadas da razão, que protegem a fortaleza onde se guarda a consciência. De outro, alinham-se as forças adversárias. O curioso é que, no meio do campo de batalha, há também um combatente indeciso, que não sabe de que lado deve ficar.

Vamos estudar com mais detalhe esse confronto, examinando os combatentes principais de cada lado. Vamos, ainda, dar uma olhada no combatente indeciso, para revelarmos sua identidade e tentar entender o porquê de sua dúvida.

4.3 Inimigos da razão

4.3.1 Oscilações do corpo e da mente

A razão está na mente, que está na cabeça, que está atada ao corpo, no qual um coração bate. Por mais elementar que isso seja, muitas sentenças ruins seriam evitadas se, antes de julgar, o magistrado refletisse sobre essa obviedade, e verificasse se está ou não em momento adequado ao raciocínio.

Um dos que melhor trataram do assunto foi Abu Bakr Ahmad ibn al-Shaybani al-Khassaf. Em seu “A etiqueta do juiz”, al-Khassaf ponderou que o magistrado:

1. Não deve julgar com raiva, nem sob a tensão emocional. Isto porque, quando um *qadi* [juiz islâmico] está mentalmente ou emocionalmente perturbado, seu poder de raciocínio e julgamento podem ser enfraquecidos.
2. Não deve decidir um caso quando o sono o domina, nem quando imprópriamente cansado ou radiante de alegria.
3. Não deve julgar quando está com fome ou se comeu demais (UNODC, 2008, p. 160).

Oscilações de entendimento, a depender de como o juiz se sente no momento do dia em que julgou, foram comprovadas em pesquisas realizadas em Israel, conforme relata Dan Ariely (2012, p. 169, tradução nossa):

[...]. Segundo um estudo de Shai Danziger (professor da Universidade de Tel Aviv), Jonathan Levav (professor da Universidade de Stanford) e Liora Avnaim-Pesso (professora da Universidade Ben Gurion do Neguev) [Israel], juízes que compõem painéis que decidem sobre livramento condicional tendem a deferir livramentos mais frequentemente quando estão se sentindo melhor. Pesquisando uma vasta amostragem de decisões referentes a livramento condicional, os pesquisadores perceberam que os painéis eram mais propensos ao deferimento em seus primeiros casos do dia, e logo após o intervalo para almoço. Por quê? A decisão padrão desses painéis é a de indeferimento. Entretanto, parece que quando os juízes estavam se sentindo revigorados, o que ocorria no começo da manhã ou logo após terem almoçado e feito uma pausa, eles se mostravam mais aptos a romper com a decisão padrão, construindo um julgamento mais trabalhado, e assim concedendo livramentos mais frequentemente. Mas após muitas decisões difíceis ao longo do dia, conforme sua carga cognitiva se avolumava, eles optavam por sua decisão padrão, que era de indeferimento.

Sendo o juiz humano, não há como evitar tais oscilações, nem é preciso. Basta que ele as conheça e saiba identificar em si a ocorrência de qualquer viés, ponderando tal fato no momento de decidir.

Portanto, tais inimigas – as oscilações – podem ser neutralizadas pelas forças da razão.

4.3.2 Paixões

Paixões são sentimentos que arrastam consigo o pensar. São de muitos tipos, e recebem diversas classificações: paixões com origem no corpo; paixões com origem em algum pensamento ou ideia extravagante (SMITH, 2006, p. 35); etc. Classificadas ou não, explicadas ou não, sua lista é imensa: amor, orgulho, ódio, necessidade, vaidade, curiosidade (HUME, 2003, *passim*).

Todas têm força colossal, e os redemoinhos que formam, sobretudo quando se juntam, podem arrancar edifícios. Mas é possível concentrar-se na razão mesmo com turbilhões à volta. Basta seguir duas regras.

Primeira, não deixar as paixões chegarem de surpresa. Deve-se estudá-las previamente com objetividade e sem meias palavras: “És tu sujeito à cólera, ao medo, à audácia ou a qualquer paixão? [...]. Anota cada um dos teus defeitos e vigia-te, em consequência” (MAZZARINO, 2003, p. 448).

Segundo, boas ou más as paixões são ventos, e ventos propelem. A pulsão não precisa ser compulsão, mas propulsão, e não há vento ruim para um bom jogo de velas e um marujo acostumado ao seu manejo, às quebradas do mar, e que sabe aonde quer ir. A paixão mais nefanda pode levar a uma boa baía, se o coração de quem veleja o desejar. Assim, ninguém deve se deixar arrastar por paixão alguma. Ela, se assim o quiser, que nos carregue.

Se a ideia da propulsão soou estranha, basta pensar no judô. Um judoca treinado, mesmo pequeno, pode levar um grandalhão à lona por uma armadilha. Distraidamente, o pequeno posiciona seu pé no caminho do grandalhão. Este, distraído, tropeça e fica à mercê do pequeno. Isso não exige força, basta inteligência, e um pé. É assim que o lutador técnico, ainda que menor, vence no judô. Soma a força do adversário à sua própria.

Por tudo isso, as paixões são inimigas muito perigosas, mas que podem ser neutralizadas. Mais até seu poder pode ser voltado contra elas próprias, se a razão souber como agir.

4.3.3 Paradigmas⁶³

Paradigma é visão de mundo. É impossível acordarmos a cada manhã e, antes do café, elaborarmos uma visão de mundo que nos sirva para o restante do dia. Ter alguma, mais ou menos duradoura, é necessidade. Por isso, cada pessoa traz consigo um paradigma, que geralmente não é só dela. O leitor, por exemplo, compartilha o seu com sua geração, lugar, língua, escolaridade. Segundo João Batista Gomes Moreira (2013, p. 13): “Em sentido amplo, um paradigma é composto de aspectos ético-filosóficos, estéticos, econômicos, científicos, ideológicos, históricos, enfim, é a cultura dinâmica, mas relativamente padronizada de uma época”.

Mas o paradigma é apenas isso, um ponto de vista. Não tente enquadrar a realidade nele a despeito de quanto tempo tenha passado, de quanto as circunstâncias tenham mudado. O intelecto empobrece quando se fecha em paradigmas. Se for juiz, estará também faltando com uma obrigação que todas as pessoas de algum relevo têm: o de reavaliar e, eventualmente, refazer o paradigma. Toda pessoa que tem condição de fazê-lo tem obrigação de reformá-lo de quando em quando. É o caso do juiz, segundo a observação de João Batista Gomes Moreira: “O juiz, em suas decisões, ao mesmo tempo em que é influenciado pelo ambiente cultural, contribui para reforçar ou reformar paradigmas” (IDEM, p. 14).

Tais inimigos da razão são bastante perigosos, e sua ação sorrateira e poderosa não pode ser subestimada. Todo cuidado é pouco.

4.3.4 O pseudo-raciocínio

Um dos inimigos da razão é seu primo. Tem alguns traços dela, mas é só um aparentado distante que, na conversa, tenta enganar o interlocutor.

63 A noção de paradigma, utilizado por João Batista Gomes Moreira com base em autores como Morin e Habermas é mais poderosa, e de manejo mais fácil, que a noção marxista de ideologia, ou que a noção de perspectiva posicional de Amartya Sen. Basta notar que o paradigma de uma pessoa pode não ser compatível com sua classe social, ou mesmo com sua perspectiva posicional. Para Marx: Penner (2008, p. 142-143). Para Sen: Amartya Sen (2010, p. 155-157).

Seu nome é “pseudo-raciocínio”. Nas palavras de Pascal Ide:

Este raciocínio contenta-se em justapor enunciados que tratam do mesmo tema; a conexão não leva a nenhuma conclusão; o que [...] induz a concluir é, de um lado, a aproximação dos conceitos, de outro, o que é muito frequente, a carga emocional nesta ou naquela ideia.

O professor francês oferece um exemplo: “Você gosta de cachorros; Hitler gostava de cachorros. Como isso é estranho!” (IDE, 2000, p. 148).

Até pouco tempo atrás, diríamos que o pseudo-raciocínio era um inimigo fraco. Seus níveis de absurdo são ridículos, não deixando dúvidas sobre sua má natureza. O problema é que esses desengonçados combatentes vêm-se tornando mais poderosos. Atualmente, com as pessoas lendo cada vez mais depressa e sem reflexão alguma, principalmente na internet, esses arremedos de razão passam por coisa séria. Portanto, o combatente não é dos mais técnicos, nem dos mais fortes, mas sua força não é desprezível.

4.4 Aliadas da razão

4.4.1 A quase-razão

Você já foi atendido numa loja, supermercado, repartição pública e ficou com a sensação de que a pessoa estava meio avoada? Olhava para você, falava, e respondia, mas não estava ali? Você deve ter flagrado um artifício da mente: a quase-razão.

No cotidiano, a razão costuma se evadir e deixar um *fake* no lugar. Para separarmos bem uma coisa da outra, vamos à nomenclatura. A razão propriamente dita se chama “sistema reflexivo”, de reflexão, parar para pensar. O *fake* se chama “sistema automático”. É a quase-razão.

Não é o mesmo que intuição⁶⁴. A intuição é uma forma avançada e meio caótica de raciocínio. A quase-razão é uma auxiliar de pouca inteligência, mas de grande importância. Uma pessoa que contasse apenas com a lenta razão e os cataclismas da intuição não conseguiria levar uma vida normal. Chegaria ao final do dia esgotada, sem ter feito metade das coisas que precisava fazer.

A razão pode treinar a quase-razão. Ministrar-lhe *workshops*, dar-lhe algum requinte. Mas, ainda que bem treinada, não deve desempenhar qualquer tarefa que não seja simplória. O risco é muito grande.

De qualquer modo, é comovente ver a quase-razão percorrendo todo o campo de batalha, enfiando-se em escaramuças aqui e ali. É dedicada sim, e muito útil, apesar das trapalhadas. Enquanto isso, a razão se concentra nas grandes batalhas.

4.4.2 Intuição

Falar da intuição não anda fácil. Os autores têm utilizado denominações muito diversas para se referirem a ela. Mas tem valido a pena acompanhar esse denso debate, e tentar decifrar sua nomenclatura. A intuição tem aparecido em definições como a seguinte, de Daniel Goleman (2014, p. 31-32):

Nosso cérebro tem dois sistemas mentais semi-independentes, amplamente separados. Um tem grande capacidade computacional e trabalha constantemente, funcionando silenciosamente para resolver nossos problemas, nos surpreendendo com uma solução repentina para raciocínios complexos. Como trabalha além do horizonte da percepção consciente, não enxergamos seu funcionamento. Este sistema nos apresenta o fruto de seus vastos trabalhos como se surgissem do nada ou numa profusão de formas, seja guiando a sintaxe de uma frase ou construindo provas matemáticas extremamente complexas.

A intuição, portanto, é um computador que elabora grandes jogadas. Num jogo de cartas que se joga dupla contra dupla – como no truço brasileiro ou na

64 Thaler e Sunstein (2009, p. 21) não separam quase-razão de intuição. Para eles, o sistema automático é intuitivo.

sueca portuguesa – seria um parceiro brilhante que nos manda sinais muito rápido. Às vezes rápido demais.

O fato de a intuição andar à frente da razão cria na mente uma dinâmica curiosa. Geralmente, nossas melhores ideias vêm da intuição. Ela nos joga a ideia, que a razão confere e explica; estrutura.

A literatura sobre intuição geralmente trata de questões matemáticas. No entanto, ela também nos auxilia em problemas linguísticos – como Daniel Goleman referiu na definição acima – e nos problemas “morais” ou, melhor dizendo, nas questões de ciências humanas. Nesse sentido é a lição de Kwame Anthony Appiah (2008, p. 117):

A grande maioria das nossas decisões, com certeza, são tomadas irrefletidamente, quase no piloto automático; um ala (de beisebol) pode pegar uma bola sem a ajuda do Método de Euler para solução de equações diferenciais, e na maior parte das vezes você pode tomar decisões morais sem recorrer conscientemente à axiologia.

No direito, o fato de que a intuição do juiz segue à frente da razão é bastante conhecido. Nas palavras de Ronald Dworkin (1986, p. 256):

Todo juiz desenvolve ao longo de sua formação e experiência, um modo de trabalho muito pessoal, no qual ele confiará, talvez inconscientemente, para proferir seus julgamentos e decisões que serão mais uma questão de sentir e de instinto do que de análise.

Outro aspecto importante é que, para se ter uma boa intuição, é preciso treino obsessivo. Nas palavras de Kahneman (2011, p. 13): “Talvez a melhor declaração curta sobre isso seja a do grande Herbert Simon, que estudou mestres de xadrez e concluiu que depois de milhares de horas de treino eles começavam a enxergar as peças no tabuleiro diferente de nós. [...]”.

Isso quer dizer que a verdadeira juíza é a intuição do magistrado, e não sua razão? Há quem pense mais ou menos isso. Neil MacCormick acredita que o con-

texto de descoberta da solução jurídica seja bem distinto do contexto de justificação (ATIENZA, 2006, p. 119). Ele acredita que o resultado final do trabalho judicial – a sentença – nunca é fruto de uma cadeia de raciocínio lógico (IDEM, p. 120), e as razões que o juiz apresenta para fundamentar sua sentença decisão talvez nem estivessem presentes quando o juiz estava pensando sobre a melhor solução para o caso.

Há mesmo quem pense que, se fosse lícito, melhor seria que o juiz nem apresentasse suas razões. Sobre essa posição destrambelhada, há um relato curioso de Amartya Sen (2010, p. 4, tradução nossa), que conta de um juiz iniciante recebendo de um juiz mais antigo este conselho:

Lord Mansfield, o poderoso juiz inglês do século XVIII, ficou célebre pelo conselho que deu a um governador de colônia recém-designado: ‘leve em consideração o que você acredita que justiça exige no caso concreto e assim decida. Mas nunca dê suas razões. Pois seu julgamento provavelmente estará correto, mas suas razões com certeza estarão erradas.

Esse tema merece ser bem esclarecido. A intuição é de fato a responsável pela maior parte das boas ideias de um juiz. Mas nisso, não há qualquer diferença entre o magistrado e as demais pessoas. A diferença é que o juiz deve apresentar os fundamentos da sentença. Para isso, fará a mesma coisa que o cidadão comum faz quando sua intuição lhe joga uma ideia: analisá-la com a razão para buscar seus fundamentos, raciocinando do fim para o começo. Ao fazê-lo, poderá concluir que a ideia não era tão boa assim, embora parecesse, num primeiro momento. Outras vezes, essa análise da solução constatará a existência de bases sólidas. São essas bases que servirão de fundamento da sentença judicial. São fundamentos encontrados num raciocínio às avessas, é verdade, mas não são menos sólidos por isso. O grau de ligação e pertinência dos fundamentos para com a decisão não deve ser aferido pela sequência com que as coisas se passaram na mente.

Portanto, a alegação de que os juízes decidem primeiro e fundamentam depois é, frequentemente, verdadeira. Entretanto, essa digressão mental ou construção reversa do argumento é a mesma que todos os seres humanos executam nas mais diversas áreas profissionais, artísticas, etc.

Não menos importante é ressaltar que, como foi dito acima, a afirmação de que os juízes decidem primeiro e fundamentam depois não é sempre verdadeira. Uma grande quantidade de decisões judiciais é tomada sem colaboração da intuição. Outras tantas vezes, a ideia lançada pela intuição está errada, e a razão tem de encontrar o caminho certo ao mesmo tempo em que se esforça para esquecer as indicações erradas que a intuição lhe deu.

Há três outras observações neste tópico. Primeiramente, pessoas de alta inteligência conseguem estabelecer uma cooperação entre a intuição e a razão, fazendo com que as duas trabalhem juntas, ou muito próximas. Nesses casos, tanto o resultado final quanto os fundamentos surgem de uma maneira híbrida, não havendo necessidade de que o raciocínio caminhe para trás justificando a decisão. Não há sentido.

A segunda observação, estranhamente rara em livros sobre argumentação jurídica, é de que a intuição pode e frequentemente incide lateralmente no problema. Ela joga na mente do juiz uma visão diferente do problema, uma inferência ou *insight*, mas não a solução, que precisará ser alcançada pela razão convencional, ainda que se utilize daquele elemento que a intuição lançou.

A terceira observação consiste de uma pergunta. Este livro foi escrito para juízes. Enfim, imagine que você foi dormir e sonhou que estava togado presidindo uma audiência em uma corte qualquer. Imagine ainda que, encerrada a instrução, o procedimento exige que você decida ainda em audiência. Eis, então, que um lampejo lhe percorre a mente, e uma ótima solução para o caso pipoca na sua cabeça. O problema é que você anda um pouco enferrujado sobre aquela matéria, e não consegue entender por que razão aquela resposta está certa, embora tenha certeza de que ela está. A decisão tem de ser dada agora. O que você faria?

Enfim, voltando ao cenário do combate em que se enfrentarão as forças da razão e as forças inimigas, o fato é que a intuição é uma combatente fortíssima. A razão tem sorte de tê-la em seu exército.

4.4.3 Filosofia

Primeiramente, é importante notar que, com algum tempo e cultivo, a filosofia se transforma numa paixão intensa como a de um caçador que vai à caça, segundo David Hume (2003, p. 321). Uma paixão do espírito, é verdade, mas tão encarniçada quanto as outras.

O papel da filosofia é treinar a razão, exercitá-la para que possa enxergar a realidade de forma mais completa a cada dia. “A filosofia não é um corpo de doutrina, mas uma atividade” (WITTGENSTEIN, 2008, p. 29-30, tradução nossa). Assim, a razão se expande ao se exercitar no campo filosófico, estando mais apta a realizar qualquer tarefa que lhe seja atribuída. Sem a filosofia, “os pensamentos se tornam nebulosos e indistintos: seu papel [da filosofia] é torná-los claros e dar-lhes fronteiras bem delimitadas” (IBIDEM). Estabelecidas essas fronteiras entre cada pensamento, podemos combiná-los e compará-los à vontade, e compreendermos o que quisermos.

A filosofia desperta a razão para a existência dos conceitos. Pense na professora que se esforça para mostrar à criança que ali vão dois pássaros, aqui dois livros, duas crianças, etc. O tempo passa até que a criança entende o conceito de dois, e passa a percebê-lo em toda parte. Entende, enfim, que o conceito se vê em contextos, mas sua existência não depende deles.

A filosofia quer nos mostrar novos conceitos o tempo todo. Somos seus eternos alunos, e aproximando-nos dela, podemos sentir o mesmo encantamento daquela criança que conseguiu desprezar o número de seus contextos.

Então, com esse importante personagem a seu lado, a razão e seus aliados ampliam grandemente suas forças⁶⁵.

65 Para proporcionar ao leitor uma visão mais completa de como se produz filosofia em direito, basta dizer que, tal como na filosofia geral, os autores que constroem sistemas mais abrangentes e complexos costumam ser os mais queridos, mas também os mais criticados, principalmente pelos outros pensadores. Comentando sobre a teoria pura do direito de Kelsen, Evgeny Pashukanis, o grande jurista soviético, comentou: “no plano do dever ser, não há nada além de uma transição de uma norma a outra de acordo com uma escada hierárquica. No topo, temos a plenipotenciária,

4.5 O combatente indeciso: a retórica

Atualmente, dizer que um argumento é retórico é o mesmo que dizer que ele é vazio, sem substância. Mas nem sempre foi assim.

A retórica pode ser definida como a faculdade de descobrir os meios possíveis de persuasão em referência a qualquer matéria. Assim, a medicina lida com a saúde e a doença; a geometria lida com as propriedades das magnitudes; a aritmética, com os números, e conseqüentemente com todas as artes e ciências. Mas a retórica, por assim dizer, parece apta a descobrir os meios de persuasão para qualquer matéria. (ARISTÓTLE, cap. 2, it. 2, pos. 112, tradução nossa).

Aristóteles considerava a retórica uma espécie de coringa. Assuntos que ainda não possuíssem método organizado de investigação e discussão poderiam ser debatidos por meio dela. Tudo dentro da lógica.

Ocorre que, projetada para um plano assim ambicioso, o próprio pai da retórica não conseguia esconder suas dúvidas quanto a ela, que era bastante diferente dos demais métodos lógicos que ele próprio criara. Suas dúvidas eram especialmente fortes em relação à retórica forense. Nos itens 3 a 8 da Parte 1 de sua *Retórica*,

suprema autoridade normativa [...]. Uma teoria geral a esse ponto não explica nada e vira as costas aos fatos da realidade, da vida social, interessando-se por normas sem interessar-se minimamente pela origem dessas normas (uma questão meta-jurídica). Só se pode falar disso como teoria no mesmo sentido em que se discutem teorias de xadrez. Uma teoria dessa natureza não tem nada a ver com ciência. [...] Finalmente, não há dúvida de que o extremo formalismo da escola normativa (Kelsen) expresse a decadência geral do pensamento burguês mais recente, que se desgasta com embrulhadas metodológicas estéreis e formal-lógicas que demonstram sua própria e completa dissociação da realidade” (PASHUKANIS, 2009, p. 52-53; 70, tradução nossa). O soviético exagerou. Grandes sistemas filosóficos se dedicam a tratar de realidades enormes, e nenhum é capaz de enquadrar tudo que deveria. Nenhum filósofo, nem mesmo os grandes mestres, constroem sistemas que abarcam toda a realidade. Com o direito, acontece o mesmo. Kelsen propôs um sistema filosófico extremamente abrangente, mas não disse que tal sistema bastaria para a compreensão integral do direito. Sua proposta era proporcionar ao direito certa autonomia em relação às outras ciências. Até certo ponto, ele conseguiu. A maioria dos países que adota o controle de constitucionalidade pelo Judiciário ficaria em sérios problemas se fossem banidas as ideias de Kelsen.

Aristóteles parece indeciso em relação a vários atributos da vertente forense da retórica. Parece mesmo duvidar de sua solidez (IDEM, pos. 37-39).

Ao longo da história, foram muitos os que perceberam que a lógica da argumentação jurídica tinha suas peculiaridades, sendo bem diferente dos sistemas de lógica argumentativa mais puros de Aristóteles. A retórica só acabaria sendo reconhecida como ferramenta argumentativa válida não tanto pelas mãos do pai, Aristóteles, mas pelo livro *Tópica*, de Cícero. Nesse livro, Cícero tenta simplesmente “aplicar um inventário de tópicos (lugares-comuns, pontos de vista com aceitação generalizada, aplicáveis universalmente ou num determinado ramo do saber). Sua intenção não era elaborar uma teoria” (ATIENZA, 2006, p. 48). Com essa proposta mais prática, e sem grandes ambições filosóficas, a retórica parecia ter encontrado sua casa naquele manual de instruções para quem desejasse utilizá-la, ainda que não constasse do manual uma definição precisa do que ela seria.

Mesmo com a boa recepção inicial da *Tópica* de Cícero, os dias de glória da retórica não seriam muitos. Ela acabou desusada em detrimento dos sistemas aristotélicos de raciocínio lógico. Passaram-se muitos anos até que algumas vezes se erguessem pela tópica, reabilitando, por consequência, a retórica de Cícero. É o que se vê da lição de Viehweg:

[...] o estilo do jurista romano se baseava na proposição de um problema para o qual se tratava de encontrar argumentos, e não na elaboração de um sistema conceitual. O objetivo principal da ‘*iuris civile*’ eram coleções de regras, de tópicos (por exemplo, *quod initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere; nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse haberet* etc.) que se legitimavam quando eram aceitos por homens notáveis, de prestígio (IDEM, p. 50).

No entanto, posteriormente a Viehweg, a retórica forense voltou a ser questionada, e seus fundamentos foram chamados de quase-lógicos (IDEM, p. 68, ref. a Perelman). Depois disso, e até hoje, tenta-se encontrar para a retórica algum lugar apropriado, mas o sucesso da empreitada é bastante incerto.

Tudo isso faz com que, até hoje, a retórica não saiba de que lado deve ficar. Ingressando nas forças da razão, pode ser repelida. Se for para o outro lado, pode ser também.

Ela permanece no meio do campo de batalha, olhando para os dois lados. Seu coração está do lado da razão, mas não se sente segura para tomar partido. E o combate se aproxima.

4.6 O triunfo da razão

O inventário da batalha fica, então, do seguinte modo. De um lado, reúnem-se as forças inimigas da razão, contando principalmente com as oscilações do corpo e da mente, as paixões, os paradigmas e o pseudo-raciocínio. Do lado da razão, temos a quase-razão, a intuição e a filosofia. No meio, indecisa, fica a retórica.

O ideal seria que a razão pudesse aceitar a retórica em suas fileiras, o que talvez fosse justo. Entretanto, mesmo com o cenário como está, a razão tem amplas chances de vitória. Basta estar atenta às oscilações do corpo e à ação dos paradigmas. Necessário ainda canalizar a força das paixões em seu proveito, e estar pronta para desmascarar o pseudo-raciocínio. Com essas medidas, a mente do juiz será palco de mais uma vitória da razão.

Ao final, a vitória deve ser celebrada com a definição de Burlamaqui (2003, pos. 588):

A razão, conseqüentemente, o único meio, em qualquer aspecto, que o homem possui para alcançar felicidade, e o principal fim para o qual o homem recebeu é ela mesma. Todas as faculdades da alma, os instintos, inclinações, e até as paixões, são relativas em relação à razão. E, por consequência, a mesma razão que é capaz de indicar a verdadeira norma para as ações humanas, é na verdade essa norma, primitiva e verdadeira.

4.7 O retorno da razão à consciência

Lembre-mo-nos agora do primeiro item deste capítulo. Vimos que a razão e a consciência vivem juntas num castelo. Não é por acaso que elas vivem, e devem mesmo viver juntas, pois se complementam. Uma não está completa sem a outra.

Assim, devemos dizer que a razão obtém o triunfo no campo de batalha, além das muralhas da fortaleza. Mas a perfeita vitória é obtida quando ela regressa aos limites da muralha e se reúne a sua irmã.

Daí porque na antiga Índia, diziam que “A razão é a maneira correta para se alcançar o correto julgamento [...]”, mas não paravam aí. Em seguida, diziam que: “Depois de chegar à sua conclusão pela razão, ele [o juiz] deverá decidir o caso equanimemente”. (Código Gautama, 11.23) (DHARMASUTRAS, 1999). Perceba, com esta segunda passagem, que a decisão final e perfeita só é obtida pela união das duas irmãs.

Outra passagem comprova esse ponto de vista. Esta vem de muitos séculos depois, da França do século XIX, numa época e contexto em que se acreditou que, se a lei fosse extremamente detalhada e racional, e diminuísse a discricionariedade do juiz a quase zero, melhores soluções jurídicas seriam alcançadas. Mesmo nesse contexto abertamente hostil a qualquer criatividade do juiz, o redator chefe do Código de Napoleão fez questão de, publicamente, apresentar uma ressalva ao apresentar o Código:

Mas, prossegue Portalis, não se trata tampouco de estabelecer um código que preveja todos os casos possíveis: *Seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida [...]*. (BOBBIO, 2006, p. 75).

4.8 Os frutos do triunfo

O juiz precisa saber que seu trabalho não se encerra aí. Vitoriosa a razão, o magistrado deve difundir o conhecimento que obteve com seu trabalho para bene-

fício de seus colegas e da instituição. O conhecimento é uma trajetória (LATOURE, p. 7) que tem em nós apenas um ponto de passagem. Quando difundimos o que sabemos, isso é bom até mesmo para o próprio conhecimento que, examinado e questionado por mais pessoas, se tornará mais rico e seguro. Por outro lado, repassando o conhecimento a nossos colegas e à instituição a que pertencemos, ela se tornará mais forte (IDEM). Não é por outro motivo que o Código Ibero-Americano de Ética Judicial estabelece em seu art. 32 que “O juiz deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros da repartição judicial” (ATIENZA; VIGO, 2008).

Portanto, certifique-se de que o que você sabe chegará a todos os juízes. Torne o seu conhecimento ou, melhor dizendo, o conhecimento que lhe perpassa, ainda mais forte. Os colegas e a instituição agradecerão a luta dos juízes.

5

Linguagem

5.1 Linguagem

A linguagem é tão vasta quanto o mundo (Wittgenstein, 2008, p. 5; 68)⁶⁶. Para examiná-la inteira, é preciso ir ao centro nervoso do entendimento. De todos que tentaram fazer isso, Ludwig Wittgenstein, um dos maiores cérebros do século XX, foi quem parece ter conseguido entender melhor o que viu, mas ainda foi pouco, segundo ele mesmo admitia. Deixemos, pois, as inteirezas da linguagem. Falemos de um pedaço dela: a palavra. Enigma suficiente. Antes de nos fecharmos na palavra, no entanto, façamos três destaques sobre a linguagem vista como um todo.

Primeiramente, linguagem não é coisa acessória. Basta ter em mente que um mero costume pode ser transformado em lei dependendo de como for dito. Em outras palavras, a linguagem consegue transformar costume em lei, um verdadeiro trabalho de Hércules. Essa transformação é explicada por John M. Kelly (2010, p. 11):

66 Referência aos itens 1 e 5.6 do *Tractatus Logico-Philosophicus*: Wittgenstein (2008, p. 5; 68).

A primeira manifestação européia de algo que corresponde obviamente à nossa ‘lei’ no sentido positivo deve-se a Sólon (começo do século VI a. C.). Essa foi a era em que, por todo o mundo helênico, e sem dúvida por causa do recente desenvolvimento da arte de escrever, foram feitos os primeiros esforços para formular de forma pública e permanente as normas que anteriormente tinha o *status* mais vago de costume, e cuja interpretação, ou cuja simples declaração, podem ser distorcidas em virtude dos interesses pessoais das aristocracias que dominavam a maioria das cidades gregas e em cujos membros estava concentrada toda a justiça que então havia.

O segundo destaque é sobre fluência. Por mais que um estrangeiro fale bem uma língua estrangeira, essa língua, muito provavelmente, sempre lhe será estrangeira. Quem busca a fluência perfeita num idioma (algo difícil de obter) deve mergulhar nele, interagir obsessivamente com seus nativos, para captar a essência do que está aprendendo.

Isso deve ser frisado porque cada ramo do direito é uma língua. Cada um tem sua estrutura própria, terminologia, convenções. Tem sua gramática, isto é, seu modo certo de se fazer as coisas, e quem não sabe manejar essa gramática se comunica mal. Foi por isso que o célebre finlandês Martti Koskenniemi, ao perceber que tantos diplomatas e juristas novatos irrompiam de maneira atabalhoada na arena internacional, sem respeitar as regras que as nações haviam estabelecido ao longo de séculos para se entenderem, afirmou que o direito internacional não devia ser estudado “como se fosse” uma língua. Na sua concepção, o direito internacional é uma língua, com uma gramática, uma etiqueta própria (KOSKENNIEMI, 2005, p. 562-563). A pessoa que deseja participar desse meio não deve irromper bruscamente, mas devagar, aprendendo primeiro como se faz.

Chegando ao terceiro destaque, sendo agora um pouco menos filosófico, lembremos que o mundo jurídico se encontra repleto de problemas linguísticos que geram confusão. Você sabia que a Carta das Nações Unidas de 1945 foi escrita em chinês, francês, russo, inglês e espanhol, e que todas as versões são consideradas igualmente autênticas (art. 111)? Temos ainda o Tratado de Assunção, que

estabeleceu o Mercosul. Esse Tratado foi escrito em duas vias, uma em português e outra em espanhol, igualmente consideradas autênticas (art. 24). Ocorre que, não raras vezes, percebem-se discrepâncias entre uma e outra, o que deu e continua a dar trabalho a diplomatas e juristas.

Feitos esses destaques, passemos ao território da linguagem que mais nos interessa.

5.2 Palavra

Matemáticos como Poincaré, Einstein e Galton referiram-se à palavra como um estorvo, algo que não contribuiria, sequer influiria no raciocínio (SACKS, 2010, p. 149). Houve ainda quem dissesse que, no momento em que a mente focaliza uma coisa, a palavra correspondente⁶⁷ some; ou vice-versa. Schopenhauer (apud SACKS, p. 150) disse que “os pensamentos morrem no momento em que se corporificam em palavras”. Vygotsky afirmou que “As palavras morrem quando expressam o pensamento” (IDEM). Com o devido respeito, e reconhecendo que cada um o fez a seu modo, erraram ambos. Palavras não excluem ideias nem são excluídas por elas, tampouco são estorvo. Elas importam. É verdade que alguns pensamentos – imagens, sons ou sensações vindos de repente – parecem mudos. Mas o não haver palavra à mão não quer dizer que elas se foram. Sua ausência é a de alguém que anda. Quando longe, foram buscar uma xícara de chá, de sal ou açúcar, no vizinho.

Palavra e pensamento estão engalfinhados. Impossível saber quando um termina e o outro começa. O pensamento sem as palavras não simplifica. Despvoa.

67 Uma coisa não necessariamente corresponde a uma palavra. Podem ser necessárias muitas palavras para descrever uma só coisa. O erro também funciona ao contrário. Quando alguém se depara com uma palavra que não conhece, costuma achar que é o nome de alguma coisa. Errado. Uma palavra pode não designar coisa alguma, tendo somente função sintática ou gramatical. É um encaixe linguístico, uma dobradiça; ferrolho. Acreditar que cada palavra designa uma coisa chama-se “nomenclaturismo” (BELLO, 2012, p. 83-85).

5.3 Povos e palavras

A relação entre a palavra e sua gente pode ser dramática. Um povo cercado se agrupa em torno do seu verbo. Há um relato de 1838 – Brasil da escravidão – falando de prisões e interrogatórios no Rio Grande do Sul, que ilustra isso muito bem:

Entre os minas [etnia africana] que viviam no Rio Grande do Sul, e particularmente em Porto Alegre, havia escravos e libertos muçulmanos [...]. Uma evidência disso é que, em 1838, um chamado ‘club’ mina foi descoberto na capital pela polícia e papéis malês foram confiscados das mãos de seus membros. [...].

[...]. Ali, no dia 6 de novembro, o juiz municipal e chefe de polícia interino Manoel Joaquim de Souza Medeiros, interrogou um preto liberto haussá, José, de 79 anos, chegado ao Brasil cativo em 1796, segundo suas contas. [...].

O juiz usou o seguinte método investigativo para atestar a franqueza do depoimento de José: deu-lhe uma folha em branco de papel para escrever ‘em sua língua’ palavras soltas que lhe ditava, começando pelo nome de Deus, e ele escreveu duas vezes *Alá*, como frequentemente fazem os haussás em lugar da forma árabe ‘longa’ *Allah*; [...].

[...]. Terminado e lido o depoimento, o africano, num gesto significativo de que não tinha abandonado sua antiga identidade pessoal/religiosa – assinou com seu nome de preto muçulmano, Muhammad, ‘segundo o estilo e os caracteres de sua terra’, anotou o escrivão. (REIS; GOMES; CARVALHO, 2010, p. 54-59)⁶⁸.

68 O livro contém outro relato. Em 1853, no Recife, prenderam Rufino, um alforriado que disse ser *alufá*, uma espécie de sacerdote muçulmano. Com ele, foram apreendidos escritos em árabe, o que levou as autoridades a buscarem um intérprete. Anunciaram no jornal e apareceu um candidato. Um judeu marroquino que, chegando à audiência, trocou algumas palavras ininteligíveis com o acusado, mas disse não entender os escritos, e foi embora. É possível que esse intérprete não tivesse nascido no Marrocos, mas fosse um judeu de tradição marroquina, uma subdivisão do judaísmo. Neste caso, teria nascido no Brasil e conheceria apenas rudimentos do idioma árabe. Mas, tendo se apresentado como “marroquino”, é provável que fosse mesmo nascido no país do norte africano. Neste caso, era fluente em árabe com certeza. Os judeus do Marrocos usavam o árabe até entre si. Desse modo, por que o intérprete disse não entender aquelas palavras comuns (entre elas Deus)? Não há resposta, e o registro não guardou seu nome. Talvez, quando olhou a situação do acusado, o intérprete tenha enxergado a sua própria: integrante de uma minoria, no meio de

Façamos um paralelo com o Brasil de hoje. É comum ver ideogramas japoneses ou chineses decorando casas e escritórios, ou como tatuagem. O dono, ou portador, é ocidental. Nunca esteve no Oriente nem sabe de parente que tenha estado. Come *sushi* ou *yakisoba* no fim de semana, sabe algum judô, karatê; lê mangá. Este significa paz, outro quer dizer prosperidade. A verdade é que decoraram bem, e inspiram transcendência. Mas a pessoa que ornamenta a si ou à casa com ideogramas de outro lado do mundo o faz do jeito despreocupado de quem tem suas próprias letras a salvo. Estes muçulmanos do relato não. Eles se agarravam às próprias letras.

Os povos se agarram até mesmo ao que parece ter ficado redundante. No hebraico atual, alguns sons estão representados por mais de uma letra, como explica Ran Frost (2013, p. 297): “Várias consoantes (principalmente /k/, /t/, /x/, /v/, e o /a/ glotal) têm duas letras para representá-las. No hebraico antigo, essas letras representavam uma distinção fonética que está ausente no hebraico moderno”. Existe uma explicação para que elas sejam guardadas: as letras não tem só função fonética, não se resumem ao som que representam. Cada uma tem um conteúdo visual, logográfico, que independe da sonoridade. Chega a ser possível separar ideias visuais de sons em dois alfabetos diferentes, o que aconteceu no idioma coreano (FROST, 2013, p. 307)⁶⁹.

Existe, pois, uma explicação racional para que letras sem uso sejam guardadas. Mas, pensando bem, essa explicação não é completa. Existem povos que guardam letras, livros inteiros, de que já não entendem nada, sonora ou visualmente. A verdade é que, sem as suas letras, os povos se descaracterizam.

Mudando de tema, indo de letras a frases, alguns povos têm o curioso hábito da depuração vocabular. Na Índia de antes de Cristo, retirava-se das frases sagradas

uma multidão que não fala sua língua. Atinando para a coisa, tratou de esquecer o árabe. Mas, já de saída, não se conteve e deu sua opinião ao juiz, que constou da ata de audiência: o acusado era só um homem religioso, que não tinha nada a ver com conspiração.

69 Na prática, os coreanos não separam um alfabeto do outro: “O aspecto interessante do coreano escrito, contudo, é que os caracteres em *hanja* e *hangul* são misturados [...]. De fato, não é possível encontrar um texto coreano escrito exclusivamente no *hanja* logográfico”. (FROST, 2013, p. 307-308).

tudo que não fosse essencial. Retiravam também os elementos de informação que constassem de frases anteriores do mesmo texto. Em suma, faziam uma espécie de evisceração das frases, o que as conservaria e as tornaria mais poderosas; concentradas. Terminado o processo, alguém que quisesse entender o texto teria de pegá-lo desde o começo. Daí o nome *sutras* – fios. Para entender um trecho, só puxando o fio inteiro (DHARMASUTRAS, 1999, p. 23).

5.4 Oralidade e escrita. Qual é mais forte?

O povo judeu dá exemplo de que a oralidade pode resistir. Sua escritura se chama Torá, que corresponde aos cinco primeiros livros da Bíblia cristã. Tal escritura teria sido passado por Deus a Moisés. Contudo, a certa altura, os hebreus repararam que várias de suas regras não constavam ou não estavam muito claras em seu texto. A saída foi dizer que, na ocasião em que Deus transmitiu a Torá a Moisés, também foram passadas, oralmente, algumas outras normas. Essas normas teriam sido retransmitidas sem escrita por mil anos, até que o Maimônides as transcreveu no século XII. O próprio Maimônides fala do périplo dessas regras extras: “Moisés recebeu a Lei Divina no Sinai, transmitiu-a a Josué, este aos velhos, estes aos profetas, e estes à comunidade da grande Sinagoga [...]” (MAIMONIDES, 1993, p. 19). A opinião majoritária, entretanto, é de que sua transcrição não foi completa. Existiriam regras circulando por aí, sem escrita, até hoje⁷⁰.

Talvez só por milagre uma mensagem passada de boca em boca chegue inteira ao final. Porém, sem entrar no mérito dos milagres, vamos a outro exemplo judaico. Um exemplo brasileiro. O Brasil foi descoberto em 1500, poucos anos depois de o judaísmo ter se tornado crime em Portugal.

70 Mais exato é dizer que Maimônides consolidou a *Mishnah*, que era escrita quando surgiu, mas cujos textos originais haviam se perdido. (ARMSTRONG, 2007, p. 94-95) “Entre 135 e 160 [E.c.] começaram a criar uma Escritura inteiramente nova, que chamaram *Mishnah*, uma antologia de tradições que os rabinos haviam compilado em Yavneh, organizadas segundo o esquema dos rabinos Akiba e Meir, que se haviam comprometido a pôr por escrito. [...]. O termo hebraico *Mishnah* significava ‘aprender pela repetição’: embora assumisse forma escrita, a nova Escritura ainda era concebida como uma obra oral, e os alunos continuavam a aprendê-la de cor”.

Ocorre que, em 5 de outubro de 1591, na Bahia, perante a Inquisição, Antônia D'Oliveira, nascida no Brasil, analfabeta, não conseguiu esconder sua intimidade com várias ideias e práticas judaicas (VAINFAS, 2005, p. 162-167). Embora botasse a culpa num primo, que a teria induzido a essas coisas na ausência do marido, Antônia, que os inquisidores faziam questão de registrar ser judia de pai e mãe e reincidente, falou com detalhes sobre a guarda do sábado, o preparo da comida. Sua fala também continha elementos cristãos, que ela tentava arduamente destacar. Mas seu jeito afetado e grandiloquente de falar do cristianismo levantava ainda mais suspeitas. A coisa não ia bem, porém, felizmente, ela se safou. Foi apenas advertida pelos inquisidores, e caiu fora da história.

Antônia não mencionou qualquer documento relacionado ao culto judaico, e nisso pareceu sincera. É provável que sua religião já estivesse sendo transmitida de boca em boca. Essa tradição oral, estrangulada por um meio hostil, provavelmente desapareceu algumas gerações depois⁷¹. Entretanto, o fato é que uma religião proibida havia décadas em Portugal cruzara o mar e sobrevivia em 1591 na costa do Brasil, sem uma letra sequer. Isso é força.

Não só o judaísmo andava em maus lençóis naquela época. Perante a mesma Inquisição que interrogou Antônia, a judia, houve cristãos que confessaram saber de uma versão em português da bíblia, algo que a Inquisição condenava como infração gravíssima, aceitando apenas a versão em latim. Entretanto, nenhum exemplar dessa bíblia vernacular foi encontrado, o que indica que se tratava de um conhecimento que alguns traziam de memória, e que outros conheciam de ouvir dizer. O fato é que, de uma forma ou de outra, o livro estava vivo entre eles (IDEM, p. 175).

Passando ao direito, mas continuando a destacar curiosidades, falemos de alguns países que preferem manter sua lei na oralidade. É o que acontece na *common law* dos britânicos, americanos, australianos, e na *Shari'ah* islâmica, que alcança países muito diferentes geográfica e etnicamente entre si, como a Arábia e o Paquistão.

71 É difícil dizer por quanto tempo o judaísmo resistiu clandestinamente nos domínios ibéricos. O caso narrado acima é de 1591. O poeta Antônio José da Silva e um sacerdote católico, ambos nascidos no Brasil, foram mortos pela Inquisição em Lisboa, 16 de outubro de 1739, acusados de judaísmo (ABREU, 2010, p. 39; 47; 49).

Tanto na *common law* quanto na *Shari'ah*, leis e julgados escritos até existem, mas são pontos de um cenário maior, elusivo. Falando especificamente da *common law*, podemos dizer que ela é uma nebulosa onde as leis físicas ou jurídicas parecem funcionar de outro jeito, ou não funcionar. Dentro dela, lei posterior que contradiga anterior não necessariamente a revoga. Vão orbitando uma à outra, e as duas a um centro que também se move.

Pode ser uma artimanha não dar por revogadas as leis antigas. A intenção talvez seja a de manter o máximo de leis em vigor para que, aparecendo qualquer problema jurídico, haja um largo repertório de soluções, podendo-se escolher a mais adequada para o caso. Portanto, talvez, essa dinâmica pode não passar de uma estratégia. Mas o fato é que acontecem nesses sistemas fenômenos muito curiosos. Alguns desses fenômenos poderiam ser classificados como quânticos, como se uma pergunta que só comporta uma resposta (sim ou não) de cada vez passasse a aceitar, de uma hora para outra, o sim e o não juntos, e isso fosse normal, como naquele experimento imaginário de física conhecido como o “gato de Schrödinger”, em que um mesmo gato pode estar vivo e morto ao mesmo tempo dentro de uma caixa (SEIFE, 2010, p. 191-196). Não meio vivo e meio morto, mas completamente vivo e completamente morto. Também na *common law*, existem leis inteiramente revogadas há muito tempo que, de repente, aparecem vigorando como se nunca tivessem sido revogadas, e todo mundo acha normal.

O interessante é que essa nebulosidade não as torna – à *common law* ou à *Shari'ah* – sistemas jurídicos instáveis. Ambas são boas plataformas de direito empresarial, um ramo especialmente exigente em previsibilidade. Além disso, são maleáveis. A *common law* dos britânicos é diferente da *common law* dos americanos, como o Direito português é diferente do brasileiro. Por sua vez, a *Shari'ah*, por mais que ambicione abarcar todo o Islã, adapta-se e muito a cada um de seus vários países.

Será que a capacidade de adaptação daqueles sistemas tem a ver com o fato de eles insistirem em oscilar entre a oralidade e a escrita? Pode ser.

5.5 Texto, comentário, apêndice

Escrito ou não, o comentário ou apêndice é geralmente visto como *plus*. A discussão que ele promove é considerada importante, mas nada essencial. Houve mesmo um legislador irritado, que determinou que seu texto não fosse comentado. Está no Código de Justiniano:

Mandamos que esta nossa obra, que, com a vontade de Deus, será realizada por vós, receba o nome de Digesto ou Pandectas. Determinamos, ainda, que nenhum jurisconsulto ouse, no futuro, lhe fazer comentários ou introduzir confusão com vãs divagações, como outrora acontecia, quando pelas opiniões dos intérpretes se subvertia todo o direito. Basta apenas fazer alguma correção por notas ou uso de títulos (que em grego se diz *parátitla*, isto é, esclarecimentos) de tal modo que de sua interpretação não resulte vício (CORPUS..., 2010, p. 18-19).

A irritação tinha suas razões, porque a fronteira entre lei e doutrina não estava bem demarcada naquela época. Mas repare que, ao final do parágrafo, o próprio legislador irritado admitiu que o texto fosse anotado. Rendeu-se a uma verdade frequente e difícil de contornar: a lei e seu texto não costumam ser exatamente a mesma coisa. Por vezes, nem se parecem. O fato é que, a não ser que aconteça algo como a invenção da roda ou a invenção da pólvora, texto, comentário e apêndice continuaram coexistindo e se misturando.

5.6 A palavra e a lei

Esse é, sem dúvida, um dos assuntos mais tensos do direito. Num mundo regido predominantemente pela palavra escrita, a palavra não apenas representa a lei, mas acaba sendo a lei. Daí o enorme cuidado que se deve ter com ela.

Para se ter uma ideia do quanto isso é verdadeiro, basta examinar o art. 125 da Lei Geral dos Contratos da China. Esse dispositivo estabelece, como primeiro critério para se aferir o teor de um contrato, as palavras utilizadas:

Art. 125. No evento de haver dissídio entre as partes sobre o significado de uma cláusula do contrato, o exato significado da cláusula, o correto significado da cláusula será aferido e determinado com base nas palavras e frases usadas no contrato, ou subsidiariamente, nas palavras usadas em cláusulas relacionadas, no objetivo do contrato, práticas comerciais e princípio da boa-fé (CHINA, 1999).

Por toda essa importância da palavra, o Código de Justiniano já continha uma série de diretrizes sobre a melhor forma de se reproduzir a lei (já se sabia que o código seria amplamente reproduzido e traduzido):

Para evitar que a redação deste código venha, no futuro, a gerar ambiguidades, recomendamos que se evite o uso de linguagem simbólica ou enigmática que ensejem antinomias, mesmo que se trate de numeração de livros ou algo semelhante; tampouco permitimos que se escrevam números por meio de abreviaturas especiais, mas devem ser grafadas por extenso. (CORPUS..., 2010, p. 19).

O rigor era tamanho que aquele que tentasse distorcer a lei era considerado transgressor, pelas expressas palavras do código: “Transgride a lei quem faz o que a lei proíbe, e frauda a lei quem mantém os termos da lei, mas distorce seu sentido” (CORPUS..., 2010, tít. III, item 29, p. 54).

Dos grandes iluministas, Montesquieu (2010, livro 29, tradução nossa); foi provavelmente quem mais se dedicou ao tema:

“É essencial que as palavras da lei provoquem em todos os mesmos pensamentos”; “uma vez tendo fixado uma ideia [concreta], ela não deve mais usar expressões vagas”; “as leis não devem ser sutis, elas são feitas para pessoas de entendimento comum, não deve ser uma obra de lógica artística”; “nenhuma alteração deve ser feita na lei sem necessidade”.

Desde os tempos do grande barão francês, a tensão não diminuiu. Talvez tenha até aumentado. Vejamos a ênfase, as palavras fortes do manual de regras de legística observadas na Assembleia da República Portuguesa:

Clareza no discurso. É o mais importante princípio a ter em consideração na redacção de qualquer texto normativo ou de textos não normativos do acto, pelo que deve estar presente em todos os momentos da sua elaboração. Esta exigência tem reflexos ao nível da eficácia das normas escritas e tem como contrapartida a censura jurídica em casos de ininteligibilidade. Está em causa o acesso efectivo ao direito vigente, funcionando a compreensão do discurso como um instrumento para o conseguir, pelo que as escolhas linguísticas devem ser ponderadas de forma a possibilitar que os textos sejam compreendidos pela generalidade dos seus destinatários (PORTUGAL, 2008).

Por essa transcrição – por sua veemência – percebe-se que o assunto continua muito sério. Entretanto, ele tem sido tratado com bastante sucesso pelas nações ao longo do tempo, havendo relativo consenso entre elas sobre como se devem redigir as leis. As recomendações de legística vindas da Roma antiga, da França iluminista e do Portugal contemporâneo não são tão diferentes, semelhança que não deve ser ocasional. Séculos de experiência legislativa foram se acumulando e gerando postulados que, guardadas as peculiaridades deste ou daquele povo, costumam ser os mesmos.

Esses postulados também estão presentes no Brasil. A Lei Complementar n. 95\98, que dispõe sobre a elaboração, a redacção, a alteração e a consolidação das leis, estabelece em seu art. 11:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;

- d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;
- e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

Mas o fato de haver pontos consensuais sobre o uso das palavras para redigir leis – alguns deles remontando ao tempo dos romanos – não quer dizer que o tema deixou ser polêmico. No século XX, ele gerou severa discussão entre H.L.A. Hart e Lon Fuller. Para Hart, as palavras têm uma espécie de “significado central” ou “nuclear”, sobre o qual não pode haver discussão razoável entre pessoas que compartilhem aquela língua, embora haja de fato, o que ele chamou de “região periférica” das palavras, onde existe margem para incerteza e discussão. Por sua vez, Fuller argumentou ser artificial pensar que a linguagem humana atribua um “significado central” a palavras. Ela atribui significados a frases e parágrafos (não a palavras isoladas), estruturas complexas que geralmente não têm uma “forma padrão” (ZANDER, 2004, p. 141).

Outra crítica à possibilidade de utilização pelas leis de “significados padrão” das palavras é bastante simples. Boa parte das palavras tem uma ampla gama de significados, sendo no mínimo difícil indicar qual o ponto dessa vasta paleta é o significado padrão.

5.7 O juiz e a palavra

Não teria sentido termos estudado tantos aspectos das palavras sem concluirmos com conselhos práticos para sua utilização. Por isso, vamos a eles, ou melhor, a elas, porque não são exatamente conselhos, mas diretrizes.

Primeira: falando ou escrevendo, seja claro. É verdade que nem sempre é possível comunicar claramente ao leigo o que está acontecendo num julgamento. O termo técnico, muitas vezes, é imprescindível à solução correta do caso. Mas, sempre que possível, use palavras que mesmo quem não é do meio técnico entenda. As partes se sentem respeitadas quando o juiz se dirige a elas, e a ordem se cumpre mais facilmente.

O uso de linguagem simples já foi considerada requisito de validade do julgamento. Em *Koottummel v. Austria* (2009), a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu que um julgamento justo deve utilizar linguagem simples, de maneira que o réu, do plenário, possa se defender (art. 6º, alínea “a”, Convenção Europeia de Direitos Humanos). Exceção só ocorre quando o assunto é técnico demais, ou puramente jurídico (VITKAUSKAS; DIKOV, 2012, p. 51-52). Nesses casos, há um risco considerável de o juiz, ao tentar fazer um uso simplista demais da linguagem, acabar distorcendo os fatos (ZANDER, 2004, p. 141).

Operadores do direito devem ter em mente que, quando acham que já estão sendo claros, ainda falta um bocado para sê-lo. Pesquisas entre a década de 1970 e 2005 nos Estados Unidos examinaram a compreensão que os detentos jovens têm dos *Miranda rights* – aquela sequência de direitos e garantias que a polícia diz ao preso em filmes americanos, que começa com “você tem direito a um advogado...”, e termina com “tudo que você disser pode e deverá ser usado contra você no tribunal”. Trata-se de uma fórmula aplaudida no mundo jurídico em geral por ser clara e sintética. Mas os estudos apontam que a maioria dos detentos jovens tem dificuldade em entendê-la (GOLSTEIN; KELLEY; ZELLE, 2012, p. 300).

Para encerrar essa primeira diretriz sobre a necessidade da clareza, lembremos um trecho do Padre Antônio Vieira (2011, p. 111):

[...] Como hão de ser as palavras [pergunto] Como as estrelas. As estrelas são muito distintas e muito claras. [...] E nem por isso temais que pareça o estilo baixo; as estrelas são muito distintas, e muito claras e altíssimas. O estilo pode ser muito claro e muito alto; tão claro que o entendam os que não sabem, e tão alto que tenham muito que entender nele os que sabem. [...].

Segunda diretriz: use palavras necessárias. De fato, processos complexos podem exigir sentenças longas, e um processo simples pode exigir solução mais elaborada. Não há nada de errado com isso. Quem tenta ser breve a todo custo apresenta soluções tacanhas, que passam o problema adiante sem resolvê-lo, numa brevidade irresponsável. A sentença deve ser tão longa quanto o problema exigir. No entanto, escrevendo longo ou curto, use o necessário. Nesse sentido é o conse-

lho de Norberto Bobbio. Este conselho, dirigido originariamente aos intelectuais, pessoas que opinam, é ainda mais precioso para quem tem de decidir:

Permitam-me esse desabafo: detesto ardorosamente o maximalismo verbal. Detesto-o tanto assim porque o maximalista é alguém que se recusa a considerar e a admitir os efeitos das próprias palavras.[...] (BOBBIO, 1997, p. 102).

Terceira diretriz: use poucas palavras. Quem usa muitas palavras corre o risco de dizer mais coisas do que quer. As palavras, e a maneira como as colocamos na frase, produzem mais significados do que temos em mente quando as escrevemos. Quando usamos um número menor delas, é possível manter sob controle esses significados colaterais, mas é impossível controlá-los quando escrevemos muito.

Para que você entenda completamente o que está sendo dito aqui, preste atenção à pergunta “O que isso quer dizer?”. Examine-a. Olhe para o verbo “querer” no meio dela. Quem é o sujeito? Isso... é a palavra. A palavra – todas elas – querem dizer muito. Querem e dizem. As palavras estão vivas⁷². Conversam, repassam mantimentos, mandam notícia umas às outras. Podem estar dizendo coisas diferentes do que você quer. Mantenha-as vigiadas. Para isso, melhor que sejam poucas.

Quarta diretriz: seja direto. Na maioria das vezes, aquilo que temos de bom para dizer, de substancial, não precisa e é melhor que nem tenha maiores introduções. É dizê-lo, e pronto. Como disse Quintiliano, citado por Antônio Vieira: “As grandes ações não hão mister exórdio, elas por si mesmas ou supõem a atenção ou a conciliam” (VIEIRA, 2011, p. 369).

Quinta diretriz: construa textos lógicos, com poucos assuntos (de preferência um só), visando ao entendimento imediato de quem o lê. Isso nem sempre é

⁷² A relação entre palavra e vida está no Evangelho de João, 1:14. Uma passagem bastante discutida. A tradução latina *Verbo*, da *Vulgata* de São Jerônimo, pode não ter reproduzido fielmente o original grego *Logos*. Uma discussão literalmente eterna, e já tão difundida que dela se pode conhecer até mesmo em manuais de redação para jornalistas. (SQUARISI; SALVADOR, 2013, p. 81).

fácil ou sequer possível ao se redigir sentenças. A lei processual admite cumulações de pedidos que, embora tenham de guardar alguma harmonia entre si, podem ser díspares. Como a sentença deve dar resposta a todos eles, sua redação pode acabar se tornando complexa por exigência técnica, uma verdadeira colcha de retalhos. Entretanto, o quanto possível, o juiz deve escrever a sentença como algo que possa ser lido em voz alta e convencer o ouvinte. Isso é importante para que ela seja cumprida, pois quando as partes se convencem do acerto da sentença, e seus termos são claros o suficiente para que os agentes da lei a cumpram sem dúvidas e hesitações, a chance de que ela se concretize é maior.

Para ilustrar essa quinta diretriz, prestemos atenção aos conselhos de alguém que era especialmente persuasivo no que dizia: o Padre Antônio Vieira. Referindo-se a sermões, mas dando conselhos que se aplicam plenamente às sentenças, ele disse:

[...]. Uma árvore tem raízes, tem troncos, tem ramos, tem folhas, tem varas, tem flores, tem frutos. Assim há de ser o sermão: há de ter raízes fortes e sólidas, porque há de ser fundado no Evangelho [no caso dos juízes, a lei]; há de ter um tronco, porque há de ter um só assunto e tratar uma só matéria. Desse tronco hão de nascer diversos ramos, que são diversos discursos, mas nascidos da mesma matéria, e continuados nela. Estes ramos não hão de ser secos, senão cobertos de folhas, porque os discursos hão de ser vestidos de palavras [...] Se tudo são troncos, não é sermão, é madeira. Se tudo são ramos, não é sermão, são maravalhas. Se tudo são folhas, não é sermão, são verças. (IDEM, p. 153).

Sexta e última diretriz aos juízes: estudem e reestudem, todos os dias, o texto da lei. Pode soar maçante, e até desnecessário. Pode alguém ponderar que basta estudá-la num primeiro momento até familiarizar-se com e ela e, daí para frente, acompanhar as alterações legislativas. A ponderação parece sensata, mas quem procede assim vai perdendo a intimidade com a lei, se afastando dela. Por isso, e embora não saibamos bem a razão pela qual devemos proceder assim, devemos nos portar com a lei como aqueles religiosos que leem e releem as escritu-

ras continuamente. É como se o significado debaixo das palavras estivesse sempre mudando, e tivéssemos de lê-las e relê-las, mesmo quando não houver alteração alguma na superfície.

Há um trecho sobre interpretação que foi escrito pensando-se em textos religiosos, mas a mensagem ali colocada se aplica à missão dos juízes:

À medida que os eventos se desdobravam na terra, até Deus tinha de continuar estudando sua própria Torá [Pentateuco] para descobrir sua plena significação. Os rabinos chamavam sua exegese de *midrash*, palavra que [...] derivava do verbo *darash*: ‘investigar’, ‘procurar’. O significado de um texto não era [é] evidente em si mesmo. O exegeta tinha de ir a sua procura [...]. (ARMSTRONG, 2007, p. 83).

Como depois se verá no capítulo sobre política, a essa autogênese diária da lei devem os juízes boa parte de seu poder político. A lei que hoje é de um jeito amanhã pode ser outra coisa, sem que as palavras tenham sido mexidas. Por isso as tentativas de se amarrar o Judiciário com leis ultradetalhistas dão errado. No final, a jurisprudência acaba sendo estritamente necessária para lidar com várias situações que estão no âmbito da lei mas que o legislador não previra. Além disso, o legislador geralmente tem em mente o que aquela lei originária e isoladamente quer dizer, mas não tem como prever o que acontecerá a ela quando for lançada no magma que é o ordenamento jurídico.

Por fim, cabe fazer um pedido ao leitor juiz: seja um bravo na luta com as palavras. Quando bem escolhidas e bem utilizadas – do jeito, na hora, da forma certa – seu efeito é mágico. As partes buscam no Judiciário soluções práticas para problemas práticos, é verdade, mas também é verdade que, quando ali chegam, as partes já se encontram desgastadas, cansadas, exauridas. Alguma beleza, alguma transcendência, que o manejo inteligente das palavras é capaz de produzir, pode trazer a elas um alento precioso, e inesperado.

O trecho a seguir também foi escrito para discussão religiosa, mas ilustra bem o quanto as palavras podem ser consideradas mágicas:

Os profetas corânicos mais proeminentes – especialmente Noé, Moisés e Jesus – fizeram ou participaram de milagres. [...] Já Maomé, não realizou milagres. O Alcorão não relata milagres realizados por ele. [...] Segundo estudiosos do islamismo, o Alcorão em si [sua inimitabilidade] é o milagre que comprova que Maomé é o profeta definitivo. [...] (AHMED, 2012, p. 21).

A palavra tem um poder imenso. Se ela pode até provar que Deus existe, ela pode tudo.

6

Psicologia

6.1 Introdução

A relação entre direito e psicologia é cheia de linhas cruzadas. A primeira delas é revelada pelo biógrafo de Freud. Segundo ele, o jovem austríaco acalentou, por bastante tempo, a ideia de se formar em direito:

[Freud] ‘Sob a influência poderosa de uma amizade com um colega do liceu um pouco mais velho, que mais tarde ficou muito conhecido como político, eu também quis estudar direito e me tornar socialmente ativo’. [...] No entanto, as doutrinas de Darwin então correntes, atraíram-me fortemente porque prometiam um extraordinário avanço em nossa compreensão do mundo; e sei que a leitura do belo ensaio ‘Sobre a Natureza’ de Goethe, numa conferência pública, pelo professor Carl Brühl, pouco antes de meus exames escolares, levou-me a estudar medicina.

Mesmo depois de ter-se decidido pela medicina, o jovem Freud ainda demonstrou certa dúvida ou melancolia por ter deixado o direito de lado, o que manifestou ao assinar um cartão de visitas como “Sigismund Freud\ est. dir. [estudante de direito]” (GAY, 2005, p. 38-39).

Por outro lado, séculos antes, o grande Thomas Hobbes, quando vislumbrou em pensamento seu monstruoso *Leviatã*, nada mais viu que uma forma humana, que descreveu em detalhes já no começo de seu livro (HOBBS, 1985, p. 81). Inclusive, nós magistrados e demais oficiais de execução das leis fomos incluídos na descrição. Seríamos as “juntas” da criatura.

As imagens, ou símbolos, em psicologia, falam por si. Sem maiores dispersões, ou sugestionamentos, passemos aos tópicos que efetivamente devemos enfrentar.

6.2 O juiz visto por si e pelos outros

Ser profissional do direito, tempos atrás, já foi uma coisa bem vista. Segundo Ulpiano: “Por essa razão, há quem nos chamem sacerdotes, pois cultuamos a justiça, professamos o conhecimento do bom do justo, discernimos o lícito do ilícito, [...]” (CORPUS..., 2010, tít. I, item 1, § 1º, p. 23).

Mas, definitivamente, os tempos mudaram. As pessoas tendem a ver o operador do direito como um sujeito que ganha relativamente bem para usar palavras difíceis e manejar formalidades, distorcendo questões que, na verdade, são simples. Para a maioria das pessoas, os operadores do direito são pessoas que aprenderam a ganhar dinheiro falando de maneira pomposa e sinuosa sobre o óbvio. Afinal, todos conhecem o senso de certo e errado. Já se disse, há muito tempo, que médicos eram pessoas que aprenderam a matar usando palavras gregas. Hoje, o que a maioria pensa dos operadores do direito – dos juízes inclusive – é que são pessoas que aprenderam a ganhar a vida falando palavras em latim.

O pior é que, sendo demasiado difícil explicar a um leigo as imbricações e nuances teóricas da nossa área, acabamos nos conformando com a pecha de deturpadores da clareza em proveito próprio. Como certa vez observou o jurista britânico William Blackstone (apud WALDRON, 2007, p. 9): “um longo tempo de leitura e estudo é necessário para formar um professor de direito, mas qualquer homem com algum cabedal acredita ser um legislador”.

Nesse cenário, não é de surpreender que o juiz se sinta numa posição incômoda. Por um lado, como qualquer profissional do direito dos tempos de hoje, sente que sua área de conhecimento não é tão valorizada quanto deveria. Por outro lado, e por mais que não se sinta confortável com isso, o juiz exerce uma função quase mítica de autoridade, que deve ser desempenhada de modo extramente hábil⁷³.

Em tempos não muito distantes, quando a religião detinha uma forte influência sobre a vida de boa parte dos indivíduos, esse papel mítico era frequentemente exercido pela divindade no imaginário popular. Entretanto, com o declínio da influência das religiões, esse papel se transferiu para figuras seculares de destaque que exortam alguma reminiscência mística, como o juiz, uma daquelas figuras meio humanas meio mágicas a quem cabe conduzir os demais. Essa mística que os juízes carregam ainda pode ser sentida nas audiências. Todo advogado sabe que partes e testemunhas têm uma dificuldade tremenda para mentir para o juiz. Esse medo quase atávico em relação ao magistrado vem sendo incutido há muito tempo.

Os códigos da antiga Índia já diziam coisas como: “Se a testemunha mentir, irá, será punida pelo rei, além de ir para o inferno” (Código Apastamba, 29.5) (DHARMASUTRAS, 1999, p. 85, tradução nossa); “De todas as leis, falar a verdade para o juiz é a mais importante” (Código Gautama, 13:31) (IDEM, p. 101); “Diga a verdade, o testemunha. Seus ancestrais esperam em suspense seu depoimento, de acordo com o qual eles regozijarão ou rugirão”. (Código Vasistha, 16:32) (IDEM, p. 192). Na Torah, a escritura judaica, correspondente ao Pentateuco cristão, figura entre os dez mandamentos o de não prestar falso testemunho (DEUTERONÔMIO, 5:16) (ABRAM, Dt. 5:16).

Para explicarmos a atitude psicológica de boa parte da população em relação à figura do juiz, basta ler o seguinte trecho de Freud (2011, p. 16), lendo-se as passagens em que ele fala de religião como a se referirem ao Judiciário:

73 Item 1.6 “[...] um juiz deve exibir e promover altos padrões de conduta judicial de ordemm a reforçar a confiança do público no Judiciário [...]”. (UNODC, 2008, p. 59).

[...] Quanto às necessidades religiosas, parece-me irrefutável a sua derivação do desamparo infantil e da nostalgia do pai despertada por ele, tanto mais que este sentimento não se prolonga simplesmente desde a época infantil, mas é duradouramente conservado pelo modo ante o superior poder do destino. Eu não saberia indicar uma necessidade vinda da infância que seja tão forte quanto a de proteção paterna. [...]. Podemos rastrear a origem da atitude religiosa, em claros contornos, até o sentimento do desamparo infantil. Talvez se encontre algo mais nisso, mas atualmente está envolto em névoas.

Esse contato de algum modo paternal entre o juiz e as partes tende a ser, ao menos para uma delas, bastante traumático. Um veredito negativo é algo psicologicamente pesado. O derrotado não sente apenas que perdeu uma causa, mas se sente rejeitado.

No dizer de Hobbes (1985, p. 261): “Liberdade significa a ausência de oposição”. Um veredito negativo pode ser comparado a uma muralha. E o juiz, desde o início do processo, sabe que alguma daquelas partes vai se deparar com essa muralha (embora ainda não saiba qual delas), e que, no imaginário daquela pessoa, o rosto que irá simbolizar essa muralha é o dele. Esse conhecimento de que haverá uma muralha, de que alguém será deixado para trás e de que ele emprestará seu rosto à muralha é algo emocionalmente pesado para qualquer magistrado.

6.3 A psique do juiz

A maneira com que os juízes tomam decisões não difere muito da maneira com que as pessoas em geral tomam decisões em suas vidas cotidianas. Há pesquisas que apontam nesse sentido. Mas, na verdade, essa constatação de não haver diferença entre a maneira dos juízes de tomar decisões e a das outras pessoas talvez se deva a um erro metodológico. É que essas pesquisas não investigam se essa diferença existe. Ao contrário, partem da premissa de que ela não existe (SCHAUER, 2010).

Embora não haja tantas pesquisas a detalhar uma eventual diferença entre a tomada de decisão por juízes e por outros profissionais, é possível, a partir da experiência prática, traçar algumas características psicológicas frequentes nos magistrados.

6.4 A finitude da busca pela verdade

A prestação jurisdicional é um serviço com finalidade específica: solucionar problemas reais no tempo e no espaço. Para tanto, não pode buscar eternamente a solução ideal, mas fornecer a melhor que for possível conceber dentro de um espaço limitado de tempo:

Ela [Justiça] não pode se permitir a informação infinita e buscar o saber sem limite das condições, das regras ou dos imperativos hipotéticos que poderiam justificá-la (DERRIDA, 2007, p. 51).

Essa sensação de que a busca da verdade real está sujeita a injunções práticas e temporais é, sem sombra de dúvida, uma das que levam mais tempo para que um juiz iniciante se acostume. Se pudesse, ele continuaria buscando, perquirindo por mais tempo a verdade.

6.5 O juiz egocêntrico

Pessoas que estão em posição de poder correm o risco de tentar impor aos outros sua maneira de lidar com o certo e o errado, mesmo quando o parâmetro que deveriam utilizar para separar o certo do errado devesse ser objetivo, como a lei. É o caso de alguns juízes, que podemos chamar de egocêntricos.

Desde a obra de Kelsen, convencionou-se dizer que o direito trata de algo que existe – o ser – e tenta produzir alguma coisa a partir dele (dever ser). Esse dever ser é estabelecido, no caso do direito, por parâmetros legais. Mas enquanto há juízes que estão imbuídos do dever de implementar a visão que a lei tem do mundo – o dever ser da lei – há outros vários juízes que se esquecem disso e tentam implementar seu dever ser pessoal, aquilo em que acreditam que a sociedade deveria se tornar. Isso foi seriamente criticado pelo russo Evgeny Pashukanis (2009, p. 51, tradução nossa), no início do século XX, ao dizer que: “[...] a dimensão normativa é saturada por elementos psicológicos, tanto de fundo ético quanto estético”.

6.6 A decisão como algo intuitivo

Há outro embaraçoso aspecto sobre o qual nem todos gostam de falar. Trata-se da consciência, que com o tempo vai se instalando no espírito até dos juízes mais racionalistas, de que muitas de suas decisões são puramente instintivas. Segundo Isay (apud ENGISCH, 2008, p. 84-85):

[...] o jurista, especialmente o juiz, exteriormente fundamenta a sua decisão normativa concreta a parte da lei e satisfaz assim, aparentemente, o princípio da legalidade na aplicação do Direito, mas frequentemente, as mais das vezes mesmo, *descobre* a sua decisão por vias completamente diferentes, a saber, intuitivamente, instintivamente, pelo sentido jurídico, pela razão prática, a partir duma sã razão humana. [...].

O juiz é um ser humano, e a intuição é um mecanismo normal da mente para a solução de problemas. Não é uma forma de irracionalidade, mas uma forma avançada de razão. O juiz não deve ter vergonha ou receio de utilizá-la, até porque ela não costuma funcionar bem quando presa a amarras, quando se sente acuada. Aí sim, as coisas se complicam.

Se não lhe fosse permitido o uso desse mecanismo mental, a profissão do juiz ficaria em grande parte inviabilizada. O que diferencia a profissão de magistrado não é que ele não possa usar a intuição, mas o fato de que é obrigatório fundamentar as decisões, e essa fundamentação não pode ser um mero embuste. Um arrazoado “de fachada” é um arremedo de decisão, e um juiz que assim procede afronta o art. 6, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante a todos o direito a uma decisão racional (VITKAUSKAS; DIKOV, 2012, p. 70). Também não parece estar de acordo com o que diz o espírito do art. 25, item 1 e item 2 alínea “a” da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Além disso, o proceder acima descrito desafia abertamente o que diz o art. 7º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Em seu art. 7º, item 1, tal documento estabeleceu que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja apreciada”.

O tema intuição é tratado com mais detalhamento no capítulo V – Filosofia.

6.7 O juiz e as dúvidas invencíveis

Há problemas que nem a intuição vence. São as chamadas “dúvidas monolíticas”. No alucinante mundo judicial, não é incomum que o juiz tenha de decidir imediatamente sobre uma matéria que simplesmente ignora. O que devemos fazer nesses momentos? Afinal, eles existem.

Bem, a primeira coisa que devemos fazer é admitirmos que eles existem, apesar de tentarmos nos aprimorar a cada dia como profissionais. E não são tão poucos.

A segunda coisa que devemos fazer é fundamentar da melhor maneira nossas decisões, por mais primitiva que seja nossa ideia sobre o tema. Nossas razões soarão genéricas, pobres, confusas e contraditórias. Acontece, e não só com juízes. O melhor que um profissional pode razoavelmente conseguir fazer em determinadas condições pode, em muitos casos, ficar aquém do nível qualitativo necessário sem que isso signifique que ele foi negligente, ou que seja um profissional ruim. Isso é especialmente sentido pelos magistrados, pois, na imensa maioria dos países, estão jungidos à norma que constava do art. 4º do Código Napoleônico, de que o juiz não pode se escusar de julgar, se afastar do problema se não encontrar solução (BOBBIO, 2006, p. 73-74). Mesmo na realidade de trabalho caótica em que tantas vezes os juízes se veem, essa regra prevalece; está na lei. Ela foi escrita para uma época em que se acreditou que a lei traria pronta a resposta para a imensa maioria das perguntas, cabendo ao juiz uma pequena função de colmatação nos pouquíssimos casos para os quais a lei não teria solução pronta. A realidade, é claro, mostrou-se bem diferente.

Sempre chega o momento em que o juiz tem de deixar dúvidas e incertezas de lado, de fato e de direito, e simplesmente decidir. Isso é verdade para o juiz de primeiro grau e para um ministro de corte suprema. Era sensação à qual se referia o Juiz Hugo Black (1970, p. 36) ao dizer: [...] “Apresentam-se ocasiões em que o bem público reclama, em altos brados, que se ponha fim a dúvidas constitucionais sobre leis que podem afetar, de modo vital, as vidas e os costumes de milhões de pessoas”.

Quando nos deparamos com assuntos de que sabemos pouco ou nada, e não temos tempo hábil para nos prepararmos para decidir, ou consultar alguém,

devemos decidir da melhor maneira possível e nossa decisão deve refletir o que pensamos, seja o que for. É o que a lei exige. O fato de estarmos em dúvida não nos dá o direito de apresentar um arremedo de fundamentação às partes, que têm direito a uma decisão fundamentada, boa ou má. Se a decisão for errada, que seja posteriormente aprimorada em grau de recurso ou em outras decisões futuras. Mas é importante que o juiz não se deixe abater por isso. Quem faz o melhor possível tem o direito de estar em paz.

Dos vários os estatutos que impõem deveres aos magistrados – como os Princípios de Bangalore – não consta o dever de perfeição. O juiz é alguém cujo compromisso com a qualidade e seriedade com o trabalho está acima da média, mas isso não o obriga, explícita ou implicitamente, a ser perfeito.

6.8 Isolamento

Sem perceber, as pessoas tendem a criar uma espécie de redoma em torno dos juízes. Alguns sequer percebem, outros gostam e até ajudam a construí-la. A maioria deles, porém, gostaria de, ao menos, poder sair com alguma frequência dessa redoma.

Não é algo que ocorra só aos magistrados, mas o fato é que estes costumam ser tratados com uma espécie de reverência permanente. Uma hipótese interessante sobre essa redoma que a sociedade forma em torno dos juízes é a de que seria a continuação do ancestral sentimento de tabu, assim descrito por Freud (2013, p. 57):

A atitude dos povos primitivos ante seus chefes, reis e sacerdotes é regida por dois princípios básicos, que parecem antes se complementar que se contradizer. É necessário protegê-los, mas também proteger-se deles (Frazer). Os dois fins são obtidos mediante um sem número de preceitos. Já sabemos por que é preciso guardar-se dos senhores: porque são portadores daquela misteriosa e perigosa força mágica que se transmite por contato e ocasiona morte e ruína para aquele que não é protegido por carga semelhante [...].

Tabu ou não, o certo é que o juiz costuma se afastar gradativamente do meio social ao longo da carreira. De certo modo, não há como ser diferente, os códigos de ética da profissão costumam exigir dos juízes tamanha discrição e isenção para falar de tantos assuntos, fazem tantas exigências sobre o comportamento do magistrado, que não é de impressionar que, conforme o tempo passe, os juízes se tornem um pouco ermitões. Para se ter uma ideia, vejamos os Princípios de Bangalore: “4.3 Um juiz deve, em suas relações pessoais com membros de profissões legais que atuem regularmente na sua corte, evitar situações que possam razoavelmente levantar suspeita ou aparência de favoritismo ou parcialidade” (UNODC, 2008, p. 96). Há também o item 4.8, que diz: “Um juiz não permitirá que os relacionamentos sociais ou outros relacionamentos de sua família influenciem impropriamente a conduta judicial e a sua capacidade de julgamento como juiz” (IDEM, p. 105). São disposições acertadas, mas que angustiam quem tem de cumpri-las pois impõem deveres genéricos demais. Na dúvida, o juiz vai simplesmente se afastando do convívio.

O debate sobre o quanto o juiz deve se aproximar do meio social segue a pleno vapor. Discute-se o quanto o juiz deve se aproximar da sociedade sem que isso implique sua fragilização institucional, pois ele passaria a ter dificuldade em exercer juízos técnicos ante o clamor social por juízos menos técnicos e mais intuitivos (VERMEULE, 2009, p. 183).

Entretanto, por mais que seja difícil ter uma vida normal, principalmente para os juízes que se dirigirão para cidades pequenas em estados longínquos, todos devem se lembrar de que o isolamento empobrece tanto o espírito quanto o intelecto. Onde quer que passem a morar, os juízes devem manter viva sua vida social e o debate jurídico, o que hoje é fácil pela internet. Nesse sentido, importante é o exemplo de Averróis, o grande juiz e filósofo islâmico de quase mil anos atrás, que era conhecido por jamais se furtar às discussões em grupo para atilar o espírito, não importa onde se encontrasse (AVERROES, 2011, p. 43). Também a tradição judaica preconiza que, por mais que a lei possa atribuir a uma só pessoa o dever de julgar, a reflexão mais profunda sobre o direito só se alcança em grupo. Assim se interpreta a expressão “não julgue só”, dos Comentários da Mishná [lei oral hebraica]: ética dos ancestrais (MAIMONIDES, 1993, p. 64).

6.9 O juiz resoluto e o juiz arrependido

Uma característica do bom juiz é a capacidade de se envolver profundamente com o problema analisado naquele momento e, depois, passar ao problema adiante como se fosse o primeiro que examinasse naquele dia. Não que os juízes não devam refletir e aprender com casos passados, mas é preciso ter essa capacidade de seguir adiante, pois os dramas são muitos. Quando o juiz perde essa capacidade, várias anomalias podem acontecer. Juízes que ficam marcados demais por um caso passado tendem a revivê-lo inconscientemente, de tal modo que, ao julgarem um caso presente, estão na verdade rejugando aquele caso passado, que não lhes sai da cabeça.

Porém, de fato, há casos que marcam tanto que o juiz deve primeiro curar as feridas que lhe ficaram para, só depois, seguir em frente.

Disso, há um caso célebre nos EUA:

No domo dourado do Parlamento do Estado de Massachusetts, numa parede curva abaixo da plataforma dos oradores, na Câmara dos Deputados, está um mural do meu ‘sextavô’ [sexto ascendente, duas gerações acima do tataravô], o juiz de bruxas de Salém. O quadro de 1697, intitulado ‘Aurora da Tolerância em Massachusetts: o arrependimento público do Juiz Samuel Sewall por seus atos nos julgamentos de feitiçaria’, o mural mostra um homem velho de pé à frente do primeiro banco de alguma de uma igreja na Nova Inglaterra (LAPLANTE, 2007, p. 1, tradução nossa).

Esse trágico julgamento de outubro de 1692 ficou celebrizado por um livro traduzido, no Brasil, como *A casa das sete torres*, de autoria de um dos maiores escritores norte-americanos, Nathaniel Hawthorne. O caso ali narrado é tão trágico que alguns descendentes dos juízes que participaram do caso preferiram se desvincular do que aconteceu, como fez o próprio Hawthorne, que acrescentou uma letra a seu sobrenome para se desvincular da figura de seu bisavô John Hathorne, que foi um dos juízes daquele processo, juntamente com Samuel Sewall (IDEM, p. 4).

O crime de feitiçaria era tipificado naquela época em Massachusetts, e apenado com a morte. Isso já seria estranho em si, mas a barbaridade daquele julgamento saltou aos olhos já naquela época. Várias pessoas, algumas delas reconhecidamente probas e queridas pela comunidade da cidade de Salém, foram condenadas à força e executadas porque algumas jovens, provavelmente em histeria coletiva, declararam ter ouvido de Deus que aquelas pessoas estavam possuídas pelo demônio, ou que tinham visto o demônio naquelas pessoas. Essa histeria, como é comum nos casos em que tal fenômeno ocorre, parece ter-se iniciado por uma pessoa apenas. Uma jovem que, depois se soube, tivera um caso de amor com um dos acusados. A partir de seu depoimento tresloucado, os erros judiciais fizeram o resto. Inquirições excessivamente agressivas, persecutórias, que sugeriam às testemunhas como elas deveriam responder às perguntas para apaziguar a corte, construíram uma histeria coletiva, predominantemente de adolescentes, que acabou levando inocentes à força.

Apesar do desastre:

O Juiz Sewall e alguns de seus colegas daquele julgamento foram indicados para cortes superiores, e nenhum deles pronunciou qualquer arrependimento por aquela caça às bruxas. Por muitos anos, Samuel Sewall lutou com o crescente sofrimento de vergonha e remorso. Toda essa luta interior culminou no momento que é retratado no mural do Parlamento de Massachusetts (IDEM, p. 147, tradução nossa).

No dia ali retratado, 14 de janeiro de 1697, Samuel Sewall, na presença dos dois filhos, de dezoito e oito anos, e perante toda a comunidade reunida em uma igreja, admitiu publicamente que errou naquele julgamento.

Se a confissão pública do Juiz Sewall funcionou para que tenha se livrado de sua culpa, não se sabe. Para os juízes de hoje que se sintam demasiado marcados por algum caso anterior, o correto é que busquem apoio terapêutico e aconselhamento, que devem ser proporcionados por seus tribunais de maneira facilitada e sem constrangimentos. Somos todos humanos e, portanto, suscetíveis a abalos dos quais só podemos nos recuperar por meio de ajuda profissional.

6.10 Dicas de psicologia para entender a si, às testemunhas e demais depoentes

É quase unânime entre os juízes a opinião de que se sentem seguros nas salas de audiência. Que conseguem discernir com facilidade quem está dizendo a verdade (e o quanto), de quem não está. De fato, juízes costumam ser especialistas em inquirições de qualquer ordem, mas o conhecimento de algumas características da psique humana talvez ajude a se alcançar um sucesso ainda maior nesses procedimentos. Talvez, essas dicas possam até auxiliar o juiz a entender como seu próprio pensamento funciona quando analisa as provas.

Primeira dica, baseada em Daniel Kahneman: a tendência natural dos seres humanos é criar, rapidamente, uma impressão positiva ou negativa da pessoa com quem fala. Essa impressão tende a influenciar nosso julgamento sobre o que a pessoa é ou diz, ainda que não tenhamos elementos objetivos para aferir tais coisas.

Se você gosta da política do presidente, você também gosta da voz dele e de sua aparência também. A tendência a gostar ou desgostar de tudo – mesmo de coisas que observamos por pouco tempo, é conhecido como ‘feito halo’. Trata-se de uma tendência que pode distorcer nossa visão das pessoas e dos fatos, e que age o tempo todo. Para vermos a realidade com objetividade, devemos levar em consideração essa distorção inata (KAHNEMAN, 2011, p. 82, tradução nossa).

Segunda dica, também baseada em Kahneman:

Outra distorção inata é a sobrevalorização da negatividade. Quando nossas mentes comparam hipóteses positivas ou negativas sobre algum fato futuro, tendem a gastar mais tempo analisando as negativas. Segundo observou o psicólogo Paul Rozin, basta uma barata para arruinar um pote de cerejas, enquanto o contrário (isto é, uma cereja num pote de baratas) não faz a mínima diferença [...] Essa tendência de sobrevalorizar as coisas negativas pode influenciar a maneira como vemos as pessoas. Impressões ruins de coisas e pessoas se formam com maior rapidez costumam ser mais duradouras e são mais difíceis de serem desfeitas (IDEM, p. 302-303).

A terceira dica é igualmente preciosa por ser, até certo ponto, contraintuitiva. A maioria dos juizes acredita que eventos traumáticos deixam lembranças duradouras. Por vezes, acreditamos que o depoimento entrecortado de uma vítima pode ser simples nervosismo ou pânico diante da lembrança, mas pode ser puro e simples esquecimento. Segundo Conway (2012, p. 365, tradução nossa):

[...] crença comum sobre eventos traumáticos é de que eles deixam lembranças que terão efeito duradouro na vida daquela pessoa. Ocorre que às vezes eles deixam lembranças assim, outras vezes não, e para muitas pessoas, na verdade a maioria, não deixam lembrança alguma.

A quarta e última dica demonstra algo que foi denominado “efeito da mera exposição”, o qual foi comprovado pelo seguinte estudo, relatado pelo brilhante Daniel Kahneman (2011, p. 66):

O famoso psicólogo Robert Zajonc dedicou boa parte de sua carreira a estudar a relação entre a repetição de um estímulo arbitrário e a familiaridade que as pessoas desenvolvem em relação a esse estímulo. Zajonc denominou essa relação como efeito de mera exposição. Uma demonstração conduzida por meio de um jornal de estudantes da Universidade do Estado de Michigan é um dos meus favoritos. Por um período de algumas semanas, um anúncio em forma de quadro apareceu na primeira página do jornal, contendo uma das seguintes palavras em turco (ou que soam como turco): *kadirga*, *saricik*, *biwonjni*, *nansoma* e *iktiraf*. A frequência com que essas palavras apareceu variou na demonstração. Uma das palavras foi mostrada apenas uma vez, outras apareceram duas, cinco, dez ou vinte e cinco vezes. [...] Quando a misteriosa série de anúncios se encerrou, pesquisadores enviaram questionários aos estudantes, perguntando sobre suas impressões sobre aquelas palavras, se elas significavam algo bom ou ruim. O resultado foi espetacular. As palavras que foram mostradas mais frequentemente foram consideradas muito mais positivas do que as outras.

A conclusão é que as pessoas tendem a ver coisas a que estão acostumadas como boas; aquelas a que foram mais expostas, mesmo não tendo a menor compreensão sobre elas.

6.11 Cuidados com os elementos de prova trazidos ao processo pelos colaboradores da justiça

Auxiliares da justiça são pessoas, regra geral, treinadas para desempenhar seu mister. No entanto, há forte evidência de que a maneira com que o caso é comunicado a eles, ou demais impressões que tenham sobre o caso, acabam por influenciar o resultado de seu trabalho, que chega à mesa do juiz com a autoridade de ser um trabalho isento.

Falemos de dois aspectos encontrados nesse sentido, uma que diz respeito a policiais e outra que diz respeito a peritos “técnicos”, como médicos.

De acordo com Lisa E. Hasel (2012, p. 143), referindo-se no Reino Unido, das condenações que posteriormente se mostraram erradas por exames de DNA, o segundo fator que mais gerou condenações errôneas foram perícias que depois se souberam inválidas (52% dos casos de anulação). Esse surpreendente índice de erro pericial talvez se deva à maneira como a amostra chega ao laboratório, se acompanhada ou não de uma descrição, ainda que informal, dos fatos, ou se a perícia é feita com o espírito de corroborar uma linha investigativa em andamento. Esses podem ser elementos que interferem no trabalho pericial, por influenciarem o ânimo do perito.

O segundo aspecto também foi analisado por Lisa E. Hasel (IDEM, p. 144, tradução nossa). Um problema bastante comum no trabalho policial (e, provavelmente, também na atividade jurisdicional) é a chamada visão em túnel, que é o que acontece “quando um investigador foca um suspeito e seleciona ou filtra provas para ‘construir’ um caso”. Trata-se, geralmente, de erros involuntários, mas que comprometem a validade da persecução penal.

7

Política

7.1 Introdução

Grupos humanos têm de buscar uma forma de organização para existir. Para isso, para permitir essa continuidade, a lei surge em toda parte. Não que não seja possível haver sociedades sem lei. Possível é, mas por pouco tempo, por duas razões principais.

Primeiramente, sociedades sem lei não conseguem construir. Grupos humanos em situação caótica só pensam, e só podem pensar, em sobreviver. Já as sociedades que se unem em torno de algo conseguem fazer alguma coisa por si⁷⁴. Pode ser uma coisa rústica, mas o fato é que a constroem.

A segunda razão é que a sociedade sem lei não alcança níveis mínimos de qualidade de vida nem para o mais poderoso. Nela, até

74 “Mas, como os homens não podem criar novas forças, mas apenas unir e direcionar as que existem, eles não têm outro meio de se preservarem que não seja o de formarem, por agregação, uma soma de forças forte o suficiente para vencer a resistência. [...]” (ROUSSEAU, 2014, p. 8, tradução nossa).

o mais forte vive inseguro. Segundo Hobbes (1985, p. 183)⁷⁵, ninguém é forte fisicamente o bastante para ter certeza de que prevalecerá sempre sobre o mais fraco, pois este, valendo-se de uma manobra inteligente, ou atacando-o enquanto dorme, pode matá-lo.

Há, também, uma terceira opinião, que é um pouco diferente. As duas ideias acima partem do pressuposto de que as sociedades regidas pela lei nascem quando o homem abre mão de uma liberdade, que podemos chamar de “original”, e adota a liberdade regida pela lei, que podemos chamar de “liberdade civil”. Mas há quem pense que só para quem vive em harmonia com os demais, dentro de uma sociedade regida por lei, é que existe liberdade alguma. Segundo essa opinião, a vida em harmonia com os outros é aquilo que, de acordo com a razão, é o melhor para todos. Assim, como só é livre quem consegue agir de acordo com a razão, aquele que deseja viver em desarmonia com os outros só pode estar com algum problema de entendimento, e quem tem um problema assim não é livre. De maneira simples, foi o que disse Espinosa (2009, p. 15).

Enfim, independente de quem esteja certo, o fato é que, para coordenar os atos da sociedade, prevenir combates infundáveis e infrutíferos, e para que os dominantes cheguem a algum acordo com os dominados, a lei acaba aparecendo em todos os grupos humanos, de uma forma ou de outra.

Restam pouquíssimos indícios de grupos pré-legais, se é que existiram. As sociedades mais primitivas encontradas, como os aborígenes da Austrália, já se agrupavam em torno de leis e ancestrais comuns (FREUD, 2013, p. 7-8)⁷⁶. O que é certo é que a ideia de ter havido sociedades pré-legais hipotéticas sociedades sem lei, independente de terem existido ou não, criou problemas filosóficos discutidos há séculos. Por exemplo, se os indivíduos que viviam nessas sociedades sem lei estavam mesmo em situação de desespero, como descreve Hobbes, sua concordância em aderir a esse acordo que cria a lei, esse armistício, teria sido juridicamente

75 Rousseau (2014, p. 3, tradução nossa) disse coisa semelhante: “O homem mais forte nunca é forte o bastante, enquanto não transformar sua força em direito e a obediência em dever”.

76 No mesmo sentido: Rousseau (2014 p. 15, cap. 6).

válida? Não teria havido estado de necessidade, que afinal é uma hipótese de vício de consentimento? Hobbes simplesmente dá a volta no problema dizendo que esse acordo é inevitável.

O mesmo Hobbes afirma que os indivíduos das sociedades pré-legais, ao concordarem com o acordo, não abriram mão de tudo para instalar as sociedades juridicamente organizadas. Segundo ele, quando as pessoas entregaram sua liberdade original em troca da liberdade de agirem de acordo com regras, elas não entregaram todas as suas armas, mas deixaram algumas na algibeira⁷⁷. Portanto, quando nossos antepassados abriram mão de sua liberdade original (HOBBS, 1985, p. 199), esconderam armas para alguma eventualidade.

Outra dúvida filosófica é a possibilidade de secessão. Segundo alguns, por mais estranho que pareça, sociedades estáveis como a Alemanha, Inglaterra, Suíça, França são regimes constitucionais que, no fundo, trazem subjacente um contrato original nos moldes descritos acima. Assim, se as pessoas se sentirem escravizadas ou servas, podem simplesmente distratar, rebelar-se. Talvez seja a isso que Tocqueville quis se referir ao dizer: “A sociedade é pacífica não porque esteja ciente de sua força e bem-estar, mas porque saiba de sua fragilidade e instabilidade; ela teme que qualquer movimento seu pode-lhe custar a vida” (TOCQUEVILLE, 2003, p. 19, tradução nossa).

É claro que tudo isso soa um tanto abstrato, mas os inúmeros livros produzidos até hoje sobre esse possível contrato original, que teria transformado as sociedades originais (sem lei) em sociedades civis (com lei), dão mostra de que o enigma permanece vivo.

Uma coisa em comum entre os estudantes de ciência política e os estudantes de direito é que ambos examinam e reexaminam as teorias do surgimento das sociedades políticas quando estão na faculdade. Mais tarde na vida, problemas

77 Rousseau pensa diferente. Para que o contrato social funcione mesmo, segundo se apreende de seu pensamento, é necessário que ninguém tenha ingressado no contrato com qualquer reserva: “Sobretudo, se a ‘entrega das armas’ for feita sem reservas, neste caso a união será perfeita [...]” (ROUSSEAU, 2014, p. 8, tradução nossa).

de ordem prática, mais premente como contas para pagar, prazos para cumprir, acabam nos afastando dessas discussões que tanto nos impressionaram em nossa formação. Mas isso não quer dizer que essas teorias e discussões teriam sumido de nossas mentes. Volta e meia, elas ressurgem em nosso pensamento, geralmente aquelas mais catastrofistas.

Para valorizar sua importância no mundo, juristas e políticos costumam pensar que sua ausência levaria o mundo ao caos. Assim, como disse Kautilya (2003) na antiga Índia, dezoito séculos antes de Maquiavel: “Quando a lei [...] não é seguida, o resultado é uma desordem tal que lembra a provocada pela situação do peixe maior que come o menor. Sem a interferência dos magistrados [ou líderes] os fortes engolirão os fracos, [...]”.

Já no Ocidente, a passagem mais lembrada é provavelmente a de Hobbes (1985, p. 189-190): “E porque a condição humana [...] é de guerra de todos contra todos [...]”⁷⁸, frase essa que remonta ao dramaturgo romano Plauto (séc. II d.C) (GINZBURG, 2014, p. 151). De fato, a ideia de que haveria caos se não houvesse governo e direito vem de muito tempo atrás. Maimônides, que no século XI compilou a lei oral do povo judeu, anotou que “Rabi Haniná dizia: Reza pela prosperidade daqueles que estão à frente do Estado, pois sem o seu temor os homens devorar-se-iam” (MAIMONIDES, 1993, p. 41).

Também é comum que os juristas nos lembremos das seguintes palavras de Espinosa:

78 Para que nos façamos claros quanto a outra passagem de Hobbes que utilizamos apenas alguns parágrafos antes neste capítulo, vamos aos termos precisos. Para Hobbes (1985, p. 189-190), o estado de guerra de todos contra todos é o estado de natureza. Justamente porque esse estado é volátil, instável demais, torna-se inescapável que todos os envolvidos cheguem logo a alguma espécie de acordo. Na visão dele, a inviabilidade do estado de natureza é tamanha que a celebração logo em seguida de um acordo deve ser considerada uma lei natural, algo que sempre acontece (IDEM). Mas existem outros enfoques. Há quem pense que a condição humana, seu estado de natureza, é grupal, pois um homem sozinho não consegue prover-se, defender-se, obter socorro na doença, etc. Trata-se de uma continuidade do pensamento aristotélico do homem como animal político (*zoon politikon*). Tal enfoque é diferente daquele externado por Hobbes, pois aqui o convívio humano não seria decorrência da impossibilidade de cada um vivenciar uma natureza original individualista. O convívio seria o próprio estado de natureza. (BURLAMAQUI, 2003, cap. IV, item V).

[...], como todos desejam igualmente ser os primeiros, acabam em contendas, se esforçam quanto podem por oprimirem-se uns aos outros e o que as vence se vangloria mais daquilo em que prejudicou o outro do que daquilo que ele próprio se beneficiou. E embora estejam todos persuadidos de que a religião ensina, pelo contrário, que cada um ame o próximo como a si mesmo, isto é, que defenda o direito do outro tanto quanto o seu, mostramos, contudo, que essa persuasão pouco pode perante os afetos [inclinações]. Prevalece, é verdade, na hora da morte, quando a doença já venceu os próprios afetos e o homem jaz exsangue, ou nos templos, onde os homens não têm nenhuma relação, mas não na praça pública ou na corte, onde seria extremamente necessária. [...] (ESPINOSA, 2009, p. 8-9).

7.2 A essência do contrato

Como vimos acima, os homens constituem o Estado, por meio do que, simbolicamente, denominamos “contrato social”.

Para que essa união faça sentido, é necessário que o Estado seja capaz de resolver os problemas que surgem entre os homens melhor do que eles conseguiriam por si mesmos. A função do Estado não é produzir doutrinas ou fórmulas notáveis, mas resolver problemas. Isso é o que Hobbes (1985, p. 322) quis dizer quando afirmou que “a interpretação das leis da natureza não depende de livros de filosofia moral”.

Mais especificamente sobre o Poder Judiciário, que é parte do Estado, devemos afirmar como English (2008, p. 84-85; 103) que “[...]. O tribunal tem de resolver o litígio, muito embora não possa resolver a dúvida”. Essa admissão de que o Judiciário tem por tarefa dar soluções práticas a problemas práticos está também em Dworkin (1986, p. 217). Um sistema jurisprudencial rico e lógico, tecnicamente bem construído, cujos postulados e princípios estejam alinhavados num arranjo coerente, é uma excelente ferramenta para o Judiciário conseguir realizar sua tarefa, resolvendo problemas de forma justa e igual para todos. Mas não é mais que isso: uma ferramenta. Um meio e não um fim.

7.3 Direito e política

Direito e política estão tão atados um ao outro que talvez seja correto dizer que são as duas faces de uma mesma moeda. Portanto, tentemos explicar de forma verdadeira e franca essa relação.

Nas sociedades com lei, aquelas em que existem juízes, a violência é monopólio do Estado, e sem o poder de coerção sobre as pessoas, a lei é imprestável. Conforme observou Kautylia (2003, p. 92) na Índia antes de Cristo: “A punição é o centro de que dependem o bem-estar e o progresso das ciências da agricultura, pecuária, e comércio, assim como a administração pública. E a ciência do governo baseia-se na lei do castigo”.

Assim, o poder político é fundamental para o direito, mas o direito também é fundamental para a política. “O mais forte nunca é forte o suficiente para ser supremo, a não ser que ele transforme sua força em direito, obediência em dever” (ROUSSEAU, 2014, p. 3, tradução nossa)⁷⁹. Sem o direito, a força do dominante sobre o dominado é instável e pode dissipar-se a qualquer momento. Sem o direito, mesmo o mais poderoso não se torna soberano.

7.4 O certo e o errado na política

Saindo dos bordejões entre direito e política, e entrando decididamente na política, é importante deixar claros os referenciais dessa ciência em que agora entramos. No Direito, a categoria ou grandeza relevante é a licitude, e o limite entre o lícito e o ilícito está na lei. E na política?

Na política, impera o pragmatismo. Uma atitude é classificada como certa ou errada conforme os resultados que obtém. Disso, há um bom exemplo na história do Brasil, mais especificamente nas questões de fronteira entre o Brasil e a Bolívia. Há opiniões abalizadas de que grande parte da tensão que se estabele-

⁷⁹ Como vimos anteriormente, a ideia é originalmente de Hobbes (1985, p. 183). Entretanto, foi a frase de Rousseau que a celebrou, e até a enriqueceu.

ceu no século XIX na demarcação dos limites entre os dois países se deveu a uma atitude desastrada do governo da então província de Mato Grosso. Em 1825, ano em que a Bolívia se tornou independente e a situação política daquele país era instável, o governo do Mato Grosso convidou os governadores das províncias bolivianas de Chiquitos, Santa Cruz de la Sierra e Moxos para virem integrar o Brasil (TOCANTINS, 2009, p. 147).

Entretanto, uma atitude mais ousada ainda do governo do Amazonas que, em 1899, forneceu pessoal e armas a um aventureiro espanhol para que fosse ao Acre combater a presença do governo boliviano na região (IDEM, p. 318-319), onde muitos seringueiros brasileiros estavam instalados, é vista como um ato de coragem e astúcia. De fato, a expedição liderada pelo espanhol conseguiu afugentar as instituições bolivianas, e apesar de ter havido um primeiro momento de confusão, tendo o Acre se declarado independente tanto do Brasil quanto da Bolívia (de 14 de julho de 1899 a 15 de março de 1900), o resultado final da expedição foi integrar definitivamente a região ao Brasil. Por isso, considera-se que a atitude do governo do Amazonas, de ter provido a expedição liderada pelo quixotesco Luiz Galvez, foi um ato virtuoso.

Comparando-se a atitude do governo do Mato Grosso à do governo do Amazonas, percebe-se que a segunda foi mais heterodoxa, até mesmo tresloucada. Mas deu certo, por isso recebe elogios até hoje, enquanto a primeira é vista com desdém. Afinal, deu errado.

Além do pragmatismo, outra característica marcante da política é a frieza. Disso há um exemplo interessante na história da independência dos países do continente americano, inclusive do nosso. Embora o ideário da independência norte-americana tenha influenciado fortemente os movimentos de independência do Brasil, como ocorreu na Inconfidência Mineira⁸⁰, parece ter havido certa hesitação e demora por parte dos Estados Unidos em reconhecer a independência brasileira (PRADO, 2010, p 15-17). Se tal coisa realmente aconteceu, foi uma afronta da parte deles, é claro.

80 “[...]. Os Estados Unidos eram a maior inspiração de vários inconfidentes mineiros e dentre eles estava Tiradentes, que devorava o que podia sobre as ideias que moveram a independência norte-americana” (DORIA, 2014, p. 18).

Entretanto, vejamos a coisa pelo lado dos norte-americanos. Os Estados Unidos não haviam conquistado sua independência há tanto tempo, e lutavam para se aguentar em pé. Eles estavam muito preocupados com sua própria situação, que não era fácil, e não estavam em condições de prestarem muita atenção a problema alheio. Em segundo lugar, a volatilidade política, econômica e ideológica da América Latina, já bem conhecida na época, era motivo suficiente para que os norte-americanos tivessem lá suas reservas. Em terceiro lugar, a situação de nossa independência foi um tanto estranha. Seria razoável exigirmos reconhecimento imediato de nossa independência, proclamada por um príncipe europeu que, segundo alguns, não perdera sua coroa na Europa⁸¹? Os políticos bem informados (entre eles os norte-americanos) sabiam que os monarcas de Portugal e Espanha, desde 1790, vinham sendo aconselhados formalmente por seus ministros a se anteciparem aos movimentos de independência de suas colônias, instalando príncipes para residirem na América ou mudando a sede de seus impérios para o novo continente (FERREIRA, 2012, p. 11-12).

Isso é para dizer que, em política, mesmo as atitudes mais irritantes do adversário não devem tirar do sério o jogador. Ele deve seguir raciocinando, medindo prós e contras com frieza, e sendo capaz de ver o jogo pelo lado do adversário, ainda que lhe arda o fígado. No caso acima narrado, a hesitação norte-americana foi certamente notada pelos diplomatas brasileiros, que não devem ter ficado nada satisfeitos com ela. Entretanto, o embaraço foi superado quando, finalmente, os americanos do norte declararam apoio à independência do Brasil. E não se falou mais nisso.

Finalmente, a terceira característica da política é o praxismo. Como mencionamos parágrafos acima, existem estudantes de ciência política, assim como há estudantes de direito. A diferença é que os estudantes de direito, na sua grande

81 Após a independência do Brasil, Don João VI assinou uma Carta Patente, tornada pública já naquela época, designando Dom Pedro “Imperador do Brasil e Príncipe Real de Portugal e Algarves. Tal carta, o contato estreito que Dom João VI manteve com Dom Pedro clandestinamente, e o fato de que, ao morrer, Dom João preferia estabelecer uma regência em Portugal, cujo único sentido prático era dar tempo para que Pedro regressasse ao país demonstram que o primeiro imperador do Brasil manteve seus olhos cobiçosos na Europa, com a ajuda do pai. Para tais fatos: Lima (2005, p. 43-54; 62-63; 65).

maioria, se tornarão advogados, promotores, juízes ou assumirão qualquer outro cargo que lhes exigirá colocar na prática o que aprenderam na faculdade. Poucos, valorosos sim, mas pouco se tornarão pesquisadores de direito. Com os estudantes de ciência política ocorre o oposto. A quase totalidade se tornará pesquisadora de ciência política, enquanto alguns bem poucos entrarão na prática política.

A quase totalidade dos políticos aprendeu o que fazem fazendo. Muitas coisas importantes sobre política podem ser aprendidas com livros, ou conversando-se a respeito, mas é muito difícil traçar uma linha divisória entre teoria e prática em política, o que já havia sido notado por Cícero, cerca de meio século antes de Cristo (CÍCERO, 2008, p. 4). Mas isso não deve ser interpretado no sentido de que o trabalho intelectual do político é menor, ou de que a ciência política seja menor. Numa carta que escreveu ao irmão em 54 a. C., escrita em latim, língua-mãe do remetente e do destinatário, Cícero afirmou que continuava escrevendo aquele tratado sobre “política”, usando a palavra em grego (IDEM, p. 11). Nesta língua, política é um tipo de filosofia, com a única diferença de ser uma filosofia que se aprende fazendo. Assim ele acreditava estar escrevendo algo como a *Política* de Aristóteles, ou a *República* de Platão.

Os filósofos de ideias são pessoas que tentam enxergar a realidade por suas linhas-mestras, que transcendem o que é tangível, já os políticos são especialistas em lidar com o contingencial. Nisso, é possível discordar parcialmente de Hannah Arendt. Ela afirmou que “a aversão da razão à contingência é muito forte” (ARENDDT, 2010, p. 21). Na verdade, depende. O político é um especialista em usar a razão para pensar o contingencial. O problema é tanto, quanto o filósofo das ideias, os políticos podem usar suas habilidades para o mal, daí não serão mais filósofos ou políticos mas meros resolvidores mal-intencionados de problemas. Arendt afirmou de maneira precisa: “O que os resolvidores têm em comum com os verdadeiros mentirosos é o empenho em se livrarem dos fatos, [...]” (IDEM).

De qualquer modo, esse fazer com as mãos não abala nem um pouco a autoestima dele. Eles é que fazem troça dos que filosofam só com o pensamento. No século XIX, Joaquim Nabuco (2010, p. 58), um dos grandes estadistas brasileiros daquele século afirmou:

O estadista que aprendeu a governar nos livros é um mito, e provavelmente os Pitts, os Bismarks, os Cavours do futuro não de se formar na mesma escola que eles. Conhecer o seu país, conhecer os homens, conhecer a si mesmo, há de ser sempre a parte principal da ciência do homem de Estado. Era um rei sábio o que dizia que para castigar uma província, o melhor seria entregá-la a filósofos políticos [...].

7.5 A legitimidade do Judiciário como poder político

Se a pergunta formulada fosse: o que torna o Judiciário um ser político, a resposta seria simples: o Judiciário faz parte do Estado que é o arranjo que os seres humanos desenvolveram para poderem viver juntos. Sendo parte desse todo que é o Estado – que é um ente político – essa também é a natureza do Judiciário, que nada mais é do que parte do Estado.

No entanto, complicando um pouco mais a coisa, poderíamos perguntar se ao Judiciário deveria ser atribuída a mesma natureza do Estado, uma vez que cabe ao Judiciário julgar os litígios entre o Estado e o cidadão. Em outras palavras, o cidadão que litiga contra o Estado não está em certa desvantagem, tendo em vista que o juiz da causa é ninguém menos que seu adversário?

Essa é uma questão melindrosa. Embora o Judiciário faça parte do aparelho estatal, é necessário que ele cumpra sua tarefa de julgar de modo independente. Deve manter uma distância segura da política em geral. Não é por outra razão que o art. 7º do Código de Ética da Magistratura do Brasil (aprovado na 68ª sessão ordinária do Conselho Nacional de Justiça – 6 de agosto de 2008), estabelece que: “A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária”. Já em Portugal, o Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei n. 21/85, de 30 de Julho), estabelece, em seu art. 11º, ser “vedada aos magistrados judiciais em exercício a prática de actividades político-partidárias de carácter público”. Estabelece ainda que “magistrados judiciais na efectividade não podem ocupar cargos políticos, excepto o de Presidente da República e de membro do Governo ou do Conselho de Estado”.

Entretanto, para benefício da clareza e da verdade, não podemos deixar de admitir que todo direito que um ente tem contra outro é, de certo modo, algo político. Assim sendo, quando o ente cidadão tem um direito contra o ente Estado, o problema que daí surge, também político de certa forma. Por isso, queiram ou não, os juízes sempre lidam com mais que direito. Lidam com poder.

Ronald Dworkin explicou, de maneira lapidar, essa dubiedade que marca a relação entre os juízes e a política “A visão correta, segundo acredito, é a de que os juízes devem basear seus julgamentos em casos controversos em “princípios políticos” [argumentos jus-filosóficos ou indiretamente políticos, como qualquer direito o é], mas não em argumentos políticos puros. [...]”.

Esse distanciamento que o Judiciário deve manter da política – mesmo sendo um poder político – não vale apenas para os juízes de primeiro grau, mas também para os tribunais. É esse distanciamento que garante ao Judiciário sua grandeza. Talvez ninguém tenha definido isso melhor que Aliomar Baleeiro, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, num *obiter dictum* de um processo de sua relatoria, cujo tema era a fronteira entre o Judiciário e o Legislativo:

[...] aqui tenho dito que, conquanto me pareça, e sempre tenha parecido, o Supremo Tribunal Federal é um órgão político na mais pura, nobre e helênica acepção da palavra, todavia, a fim de que possa resguardar essa majestade de órgão político, ele não deve pretender ocupar uma área reservada pela Constituição ao Poder Legislativo [...] (AMARAL, 2006, p. 9).

Há nisso uma questão estratégica. Como o Judiciário é o poder de menor orçamento; o menos equipado dos poderes em termos materiais, seu poderio político tem de se basear numa tecnicidade incomum e na incolumidade moral. Isso foi fraseado de um modo tanto grandiloquente, mas brilhante, por Rui Barbosa (apud NOLETO, 2006, p. 33): “Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do Tesouro. [...] Os tribunais não comandam milícias, exércitos e esquadras. Mas é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana”.

7.6 O equilíbrio entre os poderes

Os poderes são placas tectônicas. De quando em quando, uma desliza sobre a outra e isso causa terremotos, erupções vulcânicas e abalos de toda ordem. Por mais traumático que seja, foi a maneira que a natureza encontrou para gerir a imensa energia que emana permanentemente do centro da terra. Se não houvesse escapes, fissuras, válvulas para a superfície, aquela energia explodiria o globo.

Por essa razão, o choque eventual entre os poderes é simplesmente um fato da política. Mas, o ideal mesmo, é que cada uma esteja em seu lugar e cumpra a sua função, tendo em mente que uma dessas funções é de vigiar as outras, a ver se estão cumprindo com o que deveriam e se não estão, acidental ou intencionalmente, movendo a cerca de lugar, assenhorando-se de terra alheia.

Há uma frase de Erasmo de Roterdã (2003, p. 387) que se tornou clássica para definir a importância do equilíbrio entre os poderes, e o quanto o desequilíbrio entre eles gera graves consequências:

Um número muito pequeno de leis será suficiente em um estado bem ordenado, com um bom príncipe e magistrados honestos, e se as coisas forem diferentes, nenhuma quantidade de leis será suficiente. Quando um médico incompetente experimenta um remédio após outro, seus pacientes tendem a sofrer.

Esse equilíbrio não é fácil de ser alcançado em parte alguma, principalmente em estados disfuncionais. Em lugares onde apenas dois, um ou nenhum dos Poderes atua de forma eficiente, observam-se dois problemas graves. Primeiro, a tendência natural de concorrência entre os Poderes ganha contornos selvagens e perigosos. Ademais, em estados disfuncionais acontece no âmbito interno algo que Karl Doehringer (2008, p. 282) descreveu para as relações de direito internacional. Segundo ele, no direito internacional, um ato vindo de um país não é visto no exterior como tendo sido um ato isoladamente do Legislativo daquele país, ou de seu Executivo ou Judiciário, mas como um ato do país como um todo.

Essa observação vale para a política interna de países disfuncionais. Em lugares em que nenhum dos Poderes funciona de maneira adequada, a população não se sente negligenciada por este ou aquele Poder em particular, mas por todo o Estado, e a pressão para que o governo (qualquer dos três Poderes) faça alguma coisa se agiganta. Nessas situações – bastante comuns – o Poder que, por algum acaso, estiver mais próximo do problema, acabará interferindo no assunto, que, muitas vezes, pertence a outro.

É ingênua a visão de que esse “poder invasor” sempre sai ganhando quando entra em terra alheia. Essa invasão muitas vezes desmoraliza o invasor, por ter entrado num assunto para o qual não tem qualquer preparo e ao qual não pode dar solução. Mas, como a pressão pública é imensa, esse distanciamento se torna impossível.

7.7 Problemas do Estado (dos Poderes como um todo)

Como vimos nos itens 7.1 e 7.2 deste capítulo, o Estado não surgiu por acaso, mas para servir ao propósito de viabilizar a convivência entre os homens. Sua finalidade é utilitária. Por isso, ao longo da história, o ente estatal teve aumentada ou diminuída sua importância conforme conseguiu desempenhar bem a sua missão. Por exemplo, no final da Idade Média, início da Idade Moderna, os Estados, que na época ainda eram reinos, aumentaram imensamente sua importância. Isso se deveu ao fato de que esses entes, cuja importância política ainda se baseava no poderio bélico, e que oprimiam terrivelmente seus cidadãos, se sofisticaram incrementando sua função jurisdicional, o que é explicado por Michel Foucault (2008, p. 11):

[...], durante toda a Idade Média, no fundo o crescimento do poder real se fez a partir de quê? A partir do exército, claro. Fez-se também a partir das instituições judiciárias. Foi como a pedra angular de um Estado de justiça, de um sistema de justiça acompanhado de um sistema armado, que o rei pouco a pouco limitou e reduziu os jogos complexos dos poderes feudais. A prática judiciária havia sido o multiplicador do poder real durante toda a Idade Média. Ora, quando se desenvolveu, a partir do século XVI e principalmente

do início do século XVII, essa nova racionalidade governamental, o direito vai servir ao contrário como ponto de apoio para toda pessoa que quiser, de uma maneira ou de outra, limitar essa extensão indefinida, de uma razão de Estado que toma corpo num Estado de polícia. A teoria do direito e as instituições judiciárias vão servir agora, não mais como multiplicadoras, mas ao contrário, como subtratoras do poder real. [...].

Interpretando o que disse o eminente francês, o Estado percebeu que, incrementando sua função jurisdicional, o poder da coroa poderia até ficar vencido em algumas ocasiões, mas a legitimidade do Estado aumentava, pois os cidadãos percebiam que podiam satisfazer seu direito perante o rei por meio de disputas justas dentro do próprio Estado.

O maior problema atual do Estado, para legitimar-se diante da multidão de atores que hoje ocupam o cenário internacional (empresas multinacionais, fundos transnacionais, ONGs, etc.) é sua crescente ineficiência. Com notável bom senso, o venezuelano Moisés Naím (2013, p. 18, tradução nossa) descreveu como será (ou como já é) esse mundo em que poder estatal está diminuindo:

Um mundo em que os atores detêm poder suficiente para bloquear as iniciativas dos demais, mas em que nenhum tem poder suficiente para impor sua linha de ação é um mundo em que as decisões não são tomadas, tomadas tarde demais, ou diluídas ao ponto da ineficácia.

Segundo ele, os participantes da arena internacional vão permanecer os mesmos:

A decadência do poder não implica na extinção dos mega-atores. Grandes governos, grandes exércitos, grandes empresas e grandes universidades estarão com seus movimentos restritos e cerceados como nunca antes, mas continuarão sendo relevantes e suas ações e decisões ganharão grande peso (IDEM, p. 13).

Entretanto, isso não valerá de muita coisa, pois, “no século vinte e um, o poder será mais fácil de conseguir, mais difícil de usar e mais fácil de perder” (IDEM, p. 2).

Por tudo isso, devemos dizer que o Estado – Poder Judiciário incluso – passa por uma crise de legitimidade. O que é deliberado no campo estatal tem cada vez menos influência no mundo real, deixando o cidadão a mercê dos demais atores da arena política, grandes corporações principalmente. Assim, o principal problema por que passa o Estado é a necessidade de resgatar sua importância.

O fato de o Estado não conseguir encontrar uma maneira de retomar sua força dá margem a distorções estruturais do próprio Estado. Na situação caótica que vai se instalando, propostas populistas ganham espaço, sobretudo onde encontram terreno fértil, como na América Latina. Entre essas propostas, a que vem ganhando maior projeção é sem dúvida o bolivarianismo, que, conforme registra Eduardo Ribeiro Moreira (2012, p. 11-23; 17), já “obteve grande vitória com a promulgação da Constituição do Equador, de 2008, da Bolívia de 2009 e a reforma constitucional integral da Venezuela, aprovada por referendo popular em março de 2009”. Tal ideologia, além de hipertrofiar as atribuições do Executivo, cria um novo poder denominado Poder Cidadão ou Popular (MOREIRA, 2012, p. 18). Esse novo poder, atrelado a um Executivo já hipertrofiado, produz Estados totalitários.

No Brasil, há dúvida se existiu ou não influência do pensamento bolivariano em um ato normativo editado em 2014. Trata-se do Decreto n. 8.243, de maio daquele ano, que criou conselhos de políticas públicas. Seu art. 2º, inc. II, definiu conselho de política pública como “instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas; [...]”. Tal definição é dúbia. Por um lado, ela se vale da palavra “diálogo”, fazendo parecer que esses conselhos serão apenas instâncias consultivas. Mas, por outro lado, é explícito em dizer que tais entidades promoverão a participação [da sociedade] no processo decisório e na gestão de políticas públicas. A linguagem empregada neste segundo trecho da definição remete ao conceito de “Poder Cidadão ou Popular”, dos países que adotaram o bolivarianismo.

De todo modo, trata-se de decreto, ato normativo infralegal que não altera a estrutura constitucional do país.

7.8 O protagonismo atual do Judiciário e a democracia

Salvo em países como a China, em que até o momento atual, não houve nenhum caso bem sucedido de *judicial review*. Um país que garante, no art. 126 de sua Constituição, a independência das cortes, e, no art. 8º da Lei da Magistratura garante a não interferência dos órgãos administrativos nos julgamentos (ZHANG, 2012, p. 170-172), mas que não respeita nenhuma das duas normas. Exceto nesses países, o Poder Judiciário tem alcançado grande projeção nas últimas décadas. Talvez justamente pelo que narramos no item 7.7 deste capítulo, isto é, pela crescente dificuldade que os cidadãos têm experimentado de terem seus direitos atendidos na esfera administrativa, ou ainda por mérito de programas realizados em diversos países, ricos e pobres, para que as pessoas possam ir mais facilmente à Justiça, como as Reformas Woolf na Inglaterra e os juizados especiais no Brasil, o Judiciário tem ganhado muito poder, no número e na importância das causas que julga e no seu grau de exposição na mídia.

A crescente importância do Judiciário levanta diversos questionamentos. O principal deles recebe o nome de “dificuldade contramajoritária”. Resumidamente, ele diz que não se poderia dar tanta projeção a um Poder que, na imensa maioria dos países, não é eleito pelo povo. Essa objeção a um maior espaço do Judiciário recebeu uma resposta convincente do italiano Mauro Cappelletti (2008, p. 22):

[...] Antes de tudo, parece-me ser um erro fundamental, embora difundido, aquele que faz depender a legitimidade da atividade judicial dos mesmos critérios que, corretamente, faz depender a ‘democraticidade’ do direito legislativo, ou seja: da sua precisa correspondência à vontade da maioria. Uma virtude do Judiciário é, propriamente, aquela de saber frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias; um exemplo conhecido, universalmente, é o da proteção do direitos civis da minoria negra por obra da Corte de Warren nos anos cinquenta e sessenta. Protegendo esses grupos, que não se encontram na posição de acesso ao ‘processo político’, as Cortes de Justiça aumentam o conjunto representativo dos nossos sistemas de governo.

O segundo argumento contra a dificuldade antimajoritária vem de outro italiano. Segundo Gino Germani, o Judiciário, em muitas das vezes que acaba tomando decisões de natureza política, tenta dar resposta ao que se pode denominar “paradoxo tecnocrático”, que ele define como a necessidade que toda sociedade avançada tem de tomar decisões em matérias que requerem conhecimentos muito especializados, inacessíveis às massas, e as deve tomar cada vez mais rápido (GERMANI apud BOBBIO, 2000, p. 382-383)⁸².

O alemão Jürgen Habermas, embora critique a falta de legitimidade do Judiciário para decisões políticas, parece concordar com o argumento de Germani, ao dizer que a sociedade atual precisa de uma regulação tão complexa e dependente das circunstâncias de cada caso que é impossível ao Legislativo determinar tudo de antemão pela lei. Essa necessidade de regulação complexa explicaria a quantidade de normas ultraespecializadas editadas pelo Executivo e o grande número de decisões “normativas” que o Poder Judiciário tem tomado. O próprio Legislativo, segundo Habermas (1998, p. 430-431), estaria delegando decisões ao Judiciário, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Um terceiro argumento, em prol da legitimidade política do Judiciário, diz que tanto nas ações coletivas que tramitam inicialmente no primeiro grau, quanto nas ações que tramitam perante o STF e em que se admite a figura do *amicus curiae*, a sociedade civil está conseguindo se comunicar melhor com o Poder Público, por meio do Judiciário, do que tem conseguido com o Executivo e o Legislativo⁸³.

82 Esse argumento, isto é, de que o Judiciário, através de decisões políticas estaria tentando fazer frente ao paradoxo tecnocrático de Germani, padece de uma fraqueza: o Judiciário, na grande maioria dos países, é o poder com menor capacitação técnica especializada para tomar grandes decisões de política pública. Quase sempre, os juízes são profissionais que têm de resolver casos em temas variadíssimos. São, por necessidade, generalistas. Ademais, não contam com equipes numerosas de técnicos especializados.

83 Para uma análise sobre as razões da crise de legitimidade nos regimes democráticos: Sintomer (2010, p. 27-35).

7.9 Mais algumas críticas ao Poder Judiciário

Várias ponderações em relação ao Poder Judiciário, que podem não agradar os ouvidos dos juízes, merecem atenção por sua inegável pertinência. No mínimo, por apresentarem perguntas cujas respostas não nos vêm de pronto.

Uma das mais duras críticas ao Poder Judiciário é a de que ele pode ser usado como reduto de grupos políticos que já perderam o poder. Conforme se infere da lição de Pedro Magalhães (apud HIRSCHL, 1997, p. 41), para “os atores políticos [...] que estão na expectativa de perder o controle sobre as legislaturas do futuro, a *judicial review* pode surgir como um mecanismo para proteger seus interesses”. Dizendo-o em outras palavras, grupos que estão no poder e sabem que, em breve, o perderão podem utilizar as indicações que ainda lhes resta fazer aos tribunais para abarrotá-los de aliados. Posteriormente, quando o outro grupo político tomar o poder, os tribunais valer-se-ão, ao máximo, da *judicial review* para invalidar as leis e atos dos novos donos dos poder.

Há de se frisar, para plena exatidão das ideias, que a ponderação do português Pedro Magalhães não continha, originariamente, esse ar tão negativo com que o leitor contemporâneo brasileiro (fevereiro de 2015), certamente sentirá ao examiná-la. O contexto a que ele se referia não era o do Brasil atual, mas da redemocratização de Portugal e Espanha, ocorrida em meados dos 1970. Esses países saíam de longas ditaduras e faziam a difícil transição para a democracia. Naquele momento, segundo a ponderação de Magalhães, o fato de o Judiciário das nascentes democracias conterem integrantes que haviam sido indicados pelos regimes anteriores facilitou a transição, pois os militares, que entregavam o poder, sentiram-se mais seguros em fazê-lo, por saberem que, ao menos no Judiciário, restavam-lhes pontos de apoio.

A segunda crítica ao Judiciário, tão ou mais difícil de responder que a primeira, não é exatamente uma crítica, mas um paradoxo. Como vimos no item 7.5 deste capítulo, o Poder Judiciário, para manter-se à altura do poderio do Legislativo e do Executivo, deve, como regra geral, manter-se longe deles. Para que o Judiciário seja independente, ele não pode estar atrelado a alianças, principalmente políticas,

ou de qualquer ordem. Por outro lado, isso não torna o Judiciário um poder tirano, a partir do momento que seus atos são inatacáveis e ele não é responsável perante ninguém por esses atos?

Nesse sentido, duras são as palavras de Ferejohn e Kramer (2006, p. 164):

Independência judicial numa democracia exige responsabilidade [...]. Tornar os juízes independentes dos políticos e dos legisladores deixa-os livres para julgar seguindo a lei sem pressões, mas também os livra de pressões legítimas para seguir as leis propriamente editadas. Isso os torna livres para fazer a lei, o que problemático. Se ninguém tem o poder de julgar o juiz, o que fazemos relação a cortes que não seguem a lei e julgamentos irresponsáveis [pergunta].

Encontramos crítica bastante parecida na doutrina nacional, na veemente lição de Luiz Akutsu e Tomás de Aquino Guimarães (2012, p. 192):

Colocando tal argumento em outros termos, é desejável que os juízes sejam independentes em relação àqueles que os nomearam, em relação às partes e aos demais interessados nos litígios judiciais e até mesmo em relação a pressões populares que podem levar a decisões de cunho populista. Contudo, os juízes não podem ser independentes em relação aos princípios e às normas da Constituição e em relação aos interesses do país: os juízes devem ser ao mesmo tempo independentes e *accountables* perante os cidadãos.

Essas críticas não deixam apenas perguntas sem resposta, mas expõem um paradoxo que talvez não tenha solução. Por um lado, se não deixamos o juiz livre, não teremos certeza de que seu julgamento será independente. Por outro lado, se o deixamos livre, o que o impedirá de julgar como lhe convier e não de acordo com a lei? De fato, é uma encruzilhada, mas uma coisa deve nos servir de consolo. Quando o raciocínio se defronta com um verdadeiro paradoxo, é sinal de que nosso pensamento encontrou alguma coisa essencial (SMILANSKY, 2007, p. 3). Não deixa de ser um problema por causa disso, e um problema daqueles. Mas, pelo menos, temos o orgulho de estar lidando com algo fundamental.

A terceira crítica, que está ligada ao paradoxo acima, vem de um dos maiores expoentes do pensamento jurídico do Brasil, o juiz federal Eduardo Appio. Sua crítica foi batizada por ele como decisionismo. Segundo Appio (2002, p. 19), a liberdade que os juízes brasileiros vêm-se concedendo tem acarretado num exagerado subjetivismo das decisões, desligado de qualquer parâmetro objetivo. Assim se expressou o referido autor:

[...] estão criadas as condições ideais para um decisionismo judicial no país sem que se conheçam, ao certo, conseqüências desse processo histórico-político. Os riscos desse comportamento são os mesmos que os derivados de um populismo do Poder Executivo, muito em voga até em países da América Latina. Para um grande número, inclusive, o decisionismo do Poder Judiciário seria uma espécie de populismo dos juízes.

A opinião de Appio tem semelhança com a de outro crítico da liberdade excessiva dos juízes, o britânico Martin Loughlin (2000, p. 213, tradução nossa):

[...] E se os juízes tem discricionariedade por força de tantas teorias políticas, então a *judicial review* dificilmente pode ser vista como um exercício auto-limitador desenhado para promover a democracia. Na verdade, a *judicial review* deve ser vista como uma forma residual de poder aristocrático. Pode haver razões legítimas para essa forma de aristocracia residual, mas é assim que ela deve ser chamada e não como um aspecto judicial da democracia.

7.10 Estratégias do Executivo e do Legislativo

O Legislativo e o Executivo possuem inúmeras estratégias para minar os avanços do Judiciário. Tais medidas podem ser adotadas em conjunto ou separadamente. De comum acordo entre os dois Poderes ou de maneira autônoma. O fato é que, até onde se sabe, todos os países do mundo as adotam, com maior ou menor intensidade.

A primeira delas é diminuir, ao máximo, a margem de manobra do Judiciário, produzindo leis que abarquem, o máximo possível, todas as possibilidades. Essa estratégia já era defendida por Aristóteles (2012, part. 1, it. 7, tradução nossa), nos seguintes termos:

Primeiramente, as leis devidamente promulgadas deveriam definir os casos sempre que possível, deixando apenas um mínimo de discricionariedade aos juízes. Em primeiro lugar, porque “[e mais fácil encontrar um ou alguns homens de bom senso, capazes de produzir leis [...]”. Em segundo lugar, legislação é o resultado de longa consideração, enquanto julgamentos são proferidos no calor da hora, o que torna difícil aos juízes julgar questão de justiça [...].

A segunda delas é a redução da remuneração por meio de cortes orçamentários. Essa estratégia afeta tanto a independência do Judiciário que no século XVIII, o francês Tocqueville (2003, p. 181), que, diga-se de passagem, era juiz, considerou um grande avanço da Constituição Norte-Americana a proibição de redução remuneratória: “A constituição federal [EUA], por outro lado, tomou o cuidado de separar o Judiciário dos demais poderes. Além disso, ela tornou os juízes independentes ao declarar irredutíveis seus salários [...]”. Mais recentemente, o Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, incluiu, em documento intitulado “Magna Carta dos Juízes”, publicado em 17 de novembro de 2010, em Estrasburgo, uma disposição em que se lê que a independência judicial deverá ser observada, entre outras coisas, no aspecto remuneratório dos juízes (art. 4º)⁸⁴.

Outras estratégias que o Legislativo e o Executivo podem adotar em relação ao Judiciário são, segundo o professor israelense Shai Dothan (2015): alteração de leis que foram interpretadas pelas cortes em sentido indesejado pelos demais Poderes; transferência de poderes para outra corte; influenciar a seleção de juízes e estabelecer punições a eles.

84 Fonte: EUROPA. Disponível em: <[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJEMC\(2010\)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD864&](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJEMC(2010)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FD864&)>. Acesso em: 29 dez. 2014.

Contudo, devemos lembrar de que tudo em política é ditado pelo pragmatismo. O Executivo e o Legislativo não necessariamente se opõem ao que o Judiciário determinar. Tudo dependerá de um sopesamento de prós e contras. Como leciona Roux (2013, p. 122, tradução nossa):

Os interesses de atores políticos em atacar uma corte estão diretamente ligados à capacidade da corte de infringir suas expectativas. Dados os benefícios de longo prazo de se respeitar a independência da corte, os benefícios de se atacar uma corte por antecipação ou em resposta a uma decisão em particular deve ser sopesados com os custos imediatos de se lançar um ataque e os custos de longo prazo de se desafiar a independência da corte desvalorizar decisões da corte. Só quando os custos de curto e longo prazo são menores que os benefícios sistêmicos de se desrespeitar a independência da corte é que este ator político estará satisfeito.

7.11 Estratégias do Judiciário

Existem várias estratégias de que o Judiciário pode se valer na sua eterna guerra com o Executivo e o Legislativo; cujo resultado desejado é sempre o empate.

Como regra, uma não exclui a outra. Na verdade, por vezes é difícil distinguir uma da outra. Além disso, o Judiciário em todos os países costuma usá-las todas; umas mais outras menos.

A primeira e mais óbvia estratégia é que o Judiciário cumpra seu dever de solucionar problemas. Como vimos no item 7.2, o Estado não existe para elaborar longos tratados disso ou daquilo, mas para resolver problemas. O juiz deve estar firme nesse propósito desde o primeiro momento que examina o caso. Para tanto, a melhor saída, regra geral, é conciliar as partes. Principalmente em países subdesenvolvidos, a conciliação costuma ser o melhor negócio, por uma razão simples. Se as partes não chegam a um acordo, o juiz dará uma sentença que deverá ser executada pelos agentes do Estado. Ocorre que, nos países subdesenvolvidos, a atividade estatal é lenta e ineficiente, e isso não é diferente com a execução de sentenças

judiciais. Por isso, embora deva sempre frisar que o acordo é apenas uma opção, o juiz deve esclarecer de forma realista às partes as vantagens da conciliação.

Falando sobre as dificuldades de implementação das sentenças judiciais, principalmente nos países subdesenvolvidos, chegamos à “Teoria da Reputação”, de Shai Dothan. Essa teoria foi desenvolvida tendo em vista, principalmente, cortes internacionais. Ocorre que os achados desse estudo também se aplicam a cortes internas de países como o Brasil, que tem em comum com as cortes internacionais o aspecto mais estudado pela teoria: uma imensa dificuldade de ver cumpridas suas sentenças.

De acordo com Dothan (2015), cortes que têm dificuldades de implementação de seus julgados devem maximizar o que ele chama de “capital de reputação”. Embora ele não o diga com essas palavras, a lição do professor parece ser algo como: “uma corte com alto capital de reputação é aquela cujas decisões são tão bem construídas que quem as descumpra fica mal-visto e constrangido”.

Visando aumentar seu “capital de reputação”, o juiz ou a corte deve adotar o que chamaremos de “segunda estratégia”: elaborar decisões de alto padrão técnico. Nas palavras de Dothan (2015): “Um meio que a corte [ou o juiz] tem de aumentar as chances de cumprimento de suas decisões é construir seus julgados com raciocínio bastante rigoroso, ao menos rigoroso o suficiente para esconder sua discricionariedade”⁸⁵.

Podemos ampliar essa segunda estratégia com o exemplo daquela que ficou conhecida como “Corte Chaskalson” da África do Sul, em homenagem a seu presidente, o Juiz Chaskalson. Essa corte constitucional, a primeira após o fim do *apartheid*, cuja formação permaneceu a mesma de abril de 1995 até maio de 2005, tornou-se verdadeiro exemplo para o mundo:

85 O fato de que os juízes, ao aplicarem a lei, acabam por expandi-la um pouco não passou despercebido a Platão “Juízes criam o direito, mas sempre dizem que, na verdade, estão apenas aplicando algo que tem vida própria. Ao dizerem isso, evitam problemas com o Parlamento e dão ao sistema legal uma boa imagem aos cidadãos”. (PLATO, 2006, p. 1).

[...] Na opinião de Dworkin ou Sunstein, a Corte Chaskalson, não é aplaudida apenas por seu papel institucional no sistema político sul-africano, mas pela qualidade das motivações que têm dado para seus posicionamentos. Essa qualidade técnica envolve desde o domínio da técnica jurídica em sentido clássico, até a qualidade de produzir decisões eloquentes do ponto de vista do direito comparado. “Neste aspecto as decisões da corte chegam a ser “persuasivas” em certo sentido - inventivas, corretas moralmente e e instrutivas para outros países [...]. (ROUX, 2013, p. 42)

Ainda para aumentar seu capital de reputação, a terceira estratégia é de que a corte, ao decidir casos muito polêmicos, tente decidir unanimemente. Segundo o professor: “o descumprimento de uma decisão unânime gerará um dano de reputação [ao descumpridor] maior que o dano que seria gerado pelo descumprimento de decisões por maioria” (DOTHAN, 2015). Cabe, aqui, apenas uma ressalva ao professor israelense. A existência de votos divergentes pode ser positiva politicamente, por demonstrar que a corte realmente examinou o caso por todos os ângulos, e por demonstrar que, a depender da situação, seu posicionamento poderá mudar. A existência de votos divergentes, portanto, pode ser interessante politicamente em vários casos. Entretanto, não há negar que, em casos muito rumorosos, uma decisão unânime pode ser estritamente necessária.

A necessidade de decisão unânime já prevaleceu em casos famosos. No precedente que foi marco da luta pelos direitos civis nos Estados Unidos, em que uma estudante negra se recusou a se sentar no fundo de um ônibus (*Brown v. Board of Education*), lugar demarcado para negros, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi palco de uma luta interna pela unanimidade. Tratou-se de “[...] Pesquisas mostram que alguns dos ministros foram pressionados a não divergir” (DOTHAN, 2015).

A quarta estratégia também se retira de Dothan. A lição do professor indica que toda corte deve estar preparada para resistir a certos níveis de descumprimento. Segundo ele, chega a ser desinteressante, em casos em que o descumprimento é quase certo ou muito provável, que a corte se digladiie em público com a parte recalcitrante, pois isso acentuaria, para a população, a imagem de fraqueza da corte (IDEM).

A quinta estratégia apregoadada por Shai Dothan é no sentido de que as cortes podem, estrategicamente, deixar algumas trilhas de recuo para si próprias quando tomam decisões controversas (IDEM). Um exemplo seria o caso *Eduardo v. Ministro da Defesa* (2007), julgado pela Corte Suprema de Israel.

O caso dizia respeito à proteção de uma escola nas proximidades da Faixa de Gaza. Essas áreas são vulneráveis a mísseis de curto alcance chamados “Kassam”, atirados a partir da Faixa de Gaza. Por essa razão, o Ministério da Defesa blindou algumas salas de aula das escolas, de maneira que, quando soasse o alarme, todas as crianças deveriam rumar para essas salas protegidas. A blindagem de todas as salas, segundo o Ministério, era inviável em termos orçamentários. Ocorre que o intervalo entre o alarme e o impacto era de mais ou menos 15 segundos. Além disso, alguns foguetes não eram detectados pelo radar. Mesmo diante de tais fatos, o Ministério da Defesa de Israel sustentou a tese de blindagem de algumas salas apenas. Sua alegação foi de que já estavam sendo destinado, para a defesa de escolas fronteiriças à Faixa de Gaza, um total de 330 milhões de *shekkels* (unidade monetária israelense), e que eventual decisão da corte no sentido de que todas as salas fossem protegidas elevaria esse custo em centenas de milhões já no curto prazo (IDEM).

A Corte Suprema de Israel decidiu que todas as salas de aula fossem blindadas, num julgamento que foi bastante noticiado naquele país e aplaudido pela população. Entretanto, como a corte deve ter percebido que o cumprimento de seu julgado é muito difícil, tem deferido repetidamente pedidos de aumento de prazo ao Ministério da Defesa.

A sexta estratégia aconselhada pelo israelense afirma, basicamente, que cortes que pretendem adquirir reputação devem ter coragem para proferir julgamentos que sejam exigentes (IDEM). Essas cortes, segundo suas palavras, não podem ter medo de levar às partes ao limiar do descumprimento. Para tanto, devem tentar ao máximo estimar com precisão o custo – financeiro e político – em que parte incorrerá para cumprir a decisão, para saber de antemão até onde elas podem chegar. Afinal, o que a corte deseja é forçar a parte a ir ao limite, mas não tornar inviável o cumprimento.

Como sétima estratégia, Shai Dothan aconselha penhoradamente ao Judiciário o que denomina “incrementalismo”. Segundo tal doutrina, quando o Judiciário tiver de mudar seus posicionamentos, deve fazê-lo de maneira gradual e, primeiramente, em casos de menor repercussão. Dessa maneira, quando for julgado o primeiro caso importante em que será empregada a nova doutrina, a corte já contará com um posicionamento abalizado (IDEM).

A oitava estratégia aconselha o que se pode denominar “distinção entre precedente e cumprimento”. Principalmente em casos em que a chance de cumprimento é bastante reduzida, a corte pode optar por não exigir o cumprimento de seu julgado, considerando-o como precedente para os próximos casos, mas sem determinar providências práticas para seu cumprimento. Tudo isso sem dar maiores explicações (IDEM).

A nona estratégia aconselhada pelo israelense é que juízes e cortes, na medida do possível, agradem a ambas as partes (IDEM). Segundo esse método, o quanto se puder “dividir o bolo”, melhor. Entretanto, quando claramente uma das partes tem razão e a outra não, uma divisão não é possível. Mesmo assim, esse estratagema não fica inteiramente descartado. Se, por exemplo, a parte que de fato tem direito e sai vencedora não teve uma conduta processual totalmente adequada, isso pode ser destacado na decisão como forma de amenizar a derrota do perdedor e, principalmente, mostrar que a corte ou juiz esteve atento ao comportamento de ambas.

A décima estratégia, um tanto maquiavélica, e por isso mesmo bem a propósito, pode ser definida assim: se você adquiriu reputação – que é uma forma de poder – use-a. Poder que não se utiliza se dissipa. Por isso, cortes e juízes que construíram sua reputação por meio de raciocínios jurídicos rigorosamente elaborados devem agora utilizar o poder conquistado para decidir alguns casos discricionariamente. Órgãos jurisdicionais que se aferram a um rigor lógico muito estrito por tempo demais acabam tachados de tecnicistas, e seu poder diminui (IDEM).

Restam ainda três estratégias. A décima primeira vem da Inglaterra, embora não tenha sido usada só por lá. Segundo essa estratégia, há momentos em que cortes e juízes não tem outra saída que não proferir julgamentos aberta-

mente contraditórios. Felizmente, das poucas vezes em que isso acontece, o juiz ou corte deve simplesmente fazer seu trabalho. Como explica Griffith (1997, p. 149, tradução nossa):

[...] Em *ex parte Mahfood*, determinada corte estabeleceu que uma agente public, quando deparado com cortes orçamentários, não poderia reduzir ou deixar de prestart services tão somente sob a alegação de corte orçamentário. Entretanto, em *ex parte Barry*, a corte reverteu o que havia estabelecido [...].

A décima segunda é o minimalismo judicial. Aconselha-se julgar um caso de cada vez, o que implica dizer que o juiz, ao resolver um caso agora, não deve ficar elaborando uma grande teia de raciocínio para solução de casos futuros. O futuro surpreende, e não poucos juízes já ficaram em situação difícil quando, ao julgar um caso presente, que se encaixava em algum raciocínio geral traçado noutra caso passado, perceberam que a aplicação daquele raciocínio geraria ou injustiça, ou *nonsense*. Por isso, as soluções devem vir em conta-gotas, atacando-se estritamente o que precisa ser enfrentado agora e deixando o futuro para quando ele vier. Nesse sentido, Cass Sunstein (2002, p. 3) fornece interessantes casos em que a Suprema Corte dos Estados Unidos nitidamente se valeu do minimalismo:

[...]. Quando a Corte decidiu que o Instituto Militar da Virgínia não poderia excluir mulheres, a Corte recusou-se a dizer muito qual seria a legalidade de instituições semelhantes ao Instituto Militar da Virgínia fazerem a mesma coisa. A questão geral ficou em aberto. Quando a Corte derrubou um programa de cotas de Richmond, Virgínia, a Corte teve o cuidado de não estabelecer uma regra geral que negasse a possibilidade de sistemas de cotas. A questão maior ficou para outro dia. Quando a Corte invalidou uma lei do Colorado, proibindo discriminações com base em orientação sexual, a Corte praticamente não disse nada sobre a questão macro, de como e até que ponto a constituição traz soluções para conflitos envolvendo a homossexualidade.

Por fim, a décima terceira estratégia é mais um lembrete que uma estratégia propriamente dita. O Judiciário não pode esquecer que suas decisões afetam não só o futuro como também o passado. Mesmo tribunais que dispõem de mecanismos

de modulação de efeitos, como o Supremo Tribunal Federal, devem ficar atentos ao fato de que, dependendo do que decidirem hoje, podem reavivar discussões já sepultadas há anos ou décadas. O Judiciário trata hoje de relações jurídicas que vêm se desenrolando faz muito tempo, e seus pronunciamentos acabam afetando o que já passou. Trata-se de uma diferença fundamental entre o Legislativo e o Judiciário que dá bastante poder a este. Mas trata-se de um poder perigoso, a ser utilizado com cautela (ZANDER, 2009, p. 393).

7.12 Estratégias ambivalentes

A primeira estratégia que pode ser usada por qualquer dos três Poderes é um tanto óbvia. Mas não deve ser tão óbvia e famosa há tanto tempo por nada. Por isso mesmo, merece ser elencada, e vir em primeiro lugar.

Ela consiste em conhecer a fundo os adversários. Talvez ninguém tenha falado disso melhor que John Stuart Mill (1985, p. 98), quando afirmou que o principal para um causídico é estudar os argumentos do adversário, até melhor que os seus.

A segunda estratégia ambivalente é a “desjuridicização” dos problemas. Antes de normatizar determinado assunto, a sociedade deve se perguntar se a regulação dará respostas efetivas ao problema, ou se o direito será apenas mais uma ciência a opinar sobre assunto, sem resolvê-lo. O tema é exposto por Palombella (2005, p. 355):

E não significa que para tanto não seja necessário, com o tempo, ‘desjuridicizar’ os problemas, limitar o acesso ao direito de questões que ele basicamente não pode resolver e que precisam ser deslocadas para relações internas a toda a sociedade, para equilíbrios de força, interdependências econômicas etc. A certeza do direito deve tornar-se *certeza da função* e não corresponder à capacidade – em abstrato – do direito de intervir em cada questão.

A ambivalência vem do fato de que o três Poderes, tanto o Legislativo quanto o Executivo ou o Judiciário podem se valer do discurso da desjuridicização para retirar da esfera jurídica temas que, segundo seus interesses, ficam melhor fora dele.

7.13 A política dentro do Judiciário: a relação entre primeira e segunda instância

Falamos bastante sobre a relação entre os três Poderes. Agora, talvez seja o momento de falarmos um pouco das relações internas do Judiciário. Ao menos, falemos de uma delas: a relação dos juízes de primeiro grau com os tribunais.

Cheia de mitos e intrigas, o que mais chama a atenção na relação entre juízes de primeiro grau e tribunais é o profundo desconhecimento que um lado tem do outro. Esse desconhecimento é mais grave quando vindo dos integrantes do tribunal, pois boa parte deles já foi juiz de primeiro grau um dia. Ou melhor, por muitos, muitos dias.

Já em relação aos juízes de primeiro grau, o que mais chama atenção é o fato de que parecem se esquecer de que o processo, depois de passar por eles, tem uma boa chance de chegar ao tribunal. Isso se percebe quando o juiz conduz o processo de uma forma excessivamente pessoal, ainda que inteligente. Qual a chance de que, na próxima etapa do processo, os desembargadores concordarão com aquele proceder tão pessoal? Será que essa maneira de fazer as coisas, em que pesem a erudição do magistrado e seus bons propósitos, não deixará o tribunal numa situação difícil?

Assim sendo, duas sugestões podem ser dadas; uma para os juízes e outra para os tribunais. Para os juízes, fica a sugestão de pensar o processo como um construto coletivo, que não se encerrará nele, mas seguirá por outras mãos. Para os integrantes dos tribunais, a sugestão é simples: lembre-se de quando você estava no primeiro grau e tinha de resolver problemas complexos em cidades pequenas, pouco ou nada assessorado e, em muitos casos, com razões bastante concretas para sentir medo.

Aliás, há mais uma sugestão, só que esta é exclusiva para os juízes de primeiro grau. Ocorre muito de, ao proferir a sentença, o juiz de primeiro grau expor impressões muito pessoais sobre o processo, algumas de pouca relevância para a solução do caso. Por vezes, o juiz de primeiro grau, que é quem fica frente a frente com os dramas humanos, perde o controle e começa a esbravejar, dizer palavras de

ordem ou, numa reação paradoxal muito comum, começa a ironizar isso ou aquilo, ou fazer trocadilhos (às vezes muito bons).

A esses juízes cabem duas palavras. A primeira, relaxe. Você não foi o primeiro nem será o último a fazer isso. Acontece. Mas aí vem a segunda palavra: controle-se. Esbravejos, ironias e afins – principalmente as ironias – fragilizam a juridicidade das sentenças. Juízes que assim procedem se enquadram na descrição que Machado de Assis (2004, p. 41) deu a uma figura política do século XIX: “[ele] ria com facilidade, um riso bom, mas que não lhe ia bem”.

7.14 Da boa República

Como vimos no item 7.1 deste capítulo, Hobbes afirma que, ao celebrarem o contrato que constitui o Estado, as pessoas não abrem mão de toda a sua liberdade. Segundo ele, as pessoas, ainda que estejam afirmando solenemente que abrem mão de toda a sua liberdade, mantêm alguns direitos na algibeira, para o caso de eventualmente, sabe-se lá, virem a precisar. Também o Estado (embora nessa parte Hobbes não tenha sido bem claro) guarda algumas coisinhas na algibeira.

Ironicamente, para que um Estado dê certo, é preciso que todos esqueçam sinceramente que esconderam armas. De preferência, devem esquecer até das algibeiras. Uma sociedade se torna sólida quando todos os seus integrantes, apesar de suas diferenças, se unem pelo bem comum, e passam a ser um por todos.

Nas palavras de Montesquieu (2010, liv. 5, it. 5):

A virtude numa república é algo muito simples: é o amor pela república; um senso, e não um conhecimento adquirido; uma sensação que pode ser sentida tanto pela mais simples quanto pela mais importante das pessoas do Estado. Quando o povo adota bons princípios, eles aderem a eles.

Essa virtude republicana, que também se aplica a monarquias constitucionais, se dissemina mais facilmente quando pessoas de destaque demonstram seu apreço por ela. Infelizmente, nem sempre isso acontece. Ficou registrada na histó-

ria do Brasil uma passagem infeliz. Quando da primeira Assembleia Constituinte do País, independente fazia tão pouco tempo, o imperador D. Pedro I afirmou que defenderia a Constituição “se fosse digna do Brazil e de mim” (SILVA NETO, 2003, p. 116). Não era prenúncio de coisa boa. De fato, pouco tempo depois, o imperador dissolveu a Assembleia Constituinte e outorgou, de mão própria, uma Constituição (IDEM, p. 138). Era um documento moderno, e bem elaborado juridicamente. Todavia, foi imposto e não consentido. Por isso, mesmo vigorando por décadas, não gerou tanta união quanto era necessária, e pouca união é país pouco.

Compare a infeliz atitude de nosso antigo imperador com a de Nelson Mandela, ex-presidente da África do Sul, num caso jurídica e politicamente espinhoso. Tratou-se de um processo em que foi questionado, perante a Corte Constitucional daquele país, um ato presidencial editado por delegação do Parlamento. A constitucionalidade de tal delegação, bem como a validade do ato editado pelo Executivo, foram postos em dúvida. O que ocorreu então:

[...] a Corte anulou o ato presidencial, bem como a delegação na qual ele se baseara. Num ato que passou desde então ao folclore constitucional da África do Sul, o presidente Nelson Mandela anunciou imediatamente que aceitava a decisão da Corte, dizendo que não era a primeira nem seria a última vez em que a Corte Constitucional asseguraria tanto ao governo quanto à sociedade uma governança constitucional e eficiente (ROUX, 2013, p. 33, tradução nossa).

A reação de Nelson Mandela à invalidação de um ato que ele próprio editara foi mais benéfica a seu país do que a soberba demonstrada por nosso imperador.

Isso tudo é para lembrar que todo o magistrado, em sua área de jurisdição e mesmo além dela, é também uma figura de destaque. Portanto, seu comportamento será observado, analisado e lembrado.

8

Cérebro

8.1 Introdução

“O ser humano nasce livre, mas vive acorrentado em toda parte” (ROUSSEAU, 2014). Essa é uma das frases mais famosas de Rousseau, e seu início (o ser humano nasce livre) é um dos fundamentos da maneira pela qual pensamos o direito. Acreditamos que alguém que, por contrato, prometeu que iria pagar determinada quantia deve pagá-la. Cada um é livre para contratar o que quiser, e foi assim que ele contratou. Da mesma forma, aquele que comete um crime deve ser apenado por ele. Muitos fatores podem atenuar ou reduzir o montante da pena, mas ele terá de cumpri-la. Afinal, foi ele quem decidiu agir daquela maneira.

Entretanto, pesquisas sobre percepção, comportamento e a maneira como analisamos as informações e as armazenamos, parecem indicar que nossa apreensão da realidade, bem como nossa capacidade de relembrar o passado e projetar o futuro, podem ser mais limitadas do que imaginávamos. Isso nos interessa, pois a discussão que vem sendo suscitada por esses estudos dizem respeito a duas perguntas fulcrais do direito. Primeiramente, o quanto as pessoas são realmente capazes de raciocinar e se determinar livremente? A segunda: com que exatidão é possível, por

meio da lembrança da vítima e de testemunhas, ou do próprio agente, saber o que de fato aconteceu em determinado caso?

Nos itens a seguir, vamos descrever alguns experimentos e as conclusões a que levaram. Posteriormente, discutiremos qual será a influência dessas descobertas no direito.

8.2 Estudos que colocam em dúvida a razão e a autodeterminação

8.2.1 A fronteira entre a razão e a emoção

A ideia comum é que razão e emoção são coisas muito distintas. O senso comum diz, inclusive, que para se raciocinar bem é importante que a emoção esteja longe da razão. Surpreendentemente, pesquisas indicam que razão e emoção se misturam de maneira desconcertante no cérebro.

Conforme António Damásio (1995, p. 251), neurologista norte-americano de origem portuguesa:

Sugeri no início do livro que os sentimento exercem uma forte influência sobre a razão, que os sistemas cerebrais que são necessários aos primeiros se encontram enredados nos sistemas necessários à segunda e que estes sistemas específicos estão interligados com os que regulam o corpo. [...]. Os factos que apresentei sustentam, de um modo geral, estas hipóteses, mas nem por isso elas deixam de ser hipóteses, [...].

Isso pode não ser tão ruim quanto soa, pois as duas, misturadas uma à outra, parecem trabalhar bem. Na verdade, o que aparenta é que se alguém, por alguma razão psicológica ou neurológica, tiver extirpada ou diminuída sua capacidade de sentir emoções, se tornará uma pessoa com sérias dificuldades para usar a razão, principalmente para tomar decisões.

Entretanto, a constatação de que razão e emoção se misturam dentro do cérebro levanta questionamentos. Afinal, nossos conceitos sobre o que é agir racionalmente e o que é agir emocionalmente estão corretas?

8.2.2. Marcados antes de nascer

Estudos eloquentes sobre exposição pré-natal à nicotina demonstraram que crianças expostas a fumo materno têm risco maior de comportamento antissocial para a vida toda (WAKSCHLAG et al., 2002). Especialmente, exposição pré-natal à nicotina tem sido relacionada a determinados comportamentos, problemas de conduta, delinquência e atos violentos na vida adulta (BRENNAN et al., 1999, 2002). Exposição fetal ao álcool também aumenta significativamente o risco de comportamento antissocial em crianças, adolescentes e adultos (FAST et al. 1999; OLSON, et al., 1997). A exposição a toxinas também tem sido relacionada a comportamentos antissociais (FOCQUAERT; GLENN; RAINE, 2013, p. 256, tradução nossa).

8.2.3 A química prevalece

Estudos em presos constataram que os níveis de manganês, chumbo e cádmio eram significativamente maiores em criminosos perigosos que em não perigosos (IDEM).

8.2.4 O quanto somos sugestionáveis

Há um estudo que comprova o quanto o cérebro humano pode ser induzido o indivíduo a manipular seu próprio corpo com base numa sugestão inteiramente ilógica:

Numa série de experimentos, Gheorghiu, Koch e Götz (2000) demonstraram que: Movimentos podem ser induzidos, modificados ou bloqueados por explicações pseudo-rationais. Por exemplo, foi dito a participantes de um experimento que eles poderiam cair para trás se relaxassem seus corpos e pressionassem o peito continuamente com as mãos enquanto estavam em pé. Essa explicação é pseudo-razional, porque mesmo uma grande pressão desse tipo não é suficiente para derrubar um corpo. O grupo de controle foi apenas ins-

truído a pressionar continuamente o peito com as mãos. O resultado é que mais pessoas no grupo ‘pseudo-racional’ tenderam a cair para trás do que pessoas do grupo de controle, [...] (GHEORGHIU; MOLZ; POHL, 2004, p. 403, tradução nossa).

O segundo é descrito por Daniel Kahneman, e chega a ser mais impressionante que o primeiro:

Paul Slovic, Sarah Lichtenstein e Baruch Fischhoff realizaram uma pesquisa pioneira sobre a percepção do público sobre riscos [...] Eles pediram aos participantes para comparar pares de causas de morte: diabetes e asma, ou derrame e acidentes. Para cada par, os participantes que indicassem qual delas seria mais frequente e estimasse a razão entre a frequência de uma e de outra. Suas respostas foram comparados às estatísticas médicas mais atualizadas ao tempo da pesquisa. Aqui está uma amostra dos resultados: os participantes disseram que morte acidental vitimava mais pessoas que derrames, quando na verdade para cada pessoa que morre por acidente duas morrem por derrame; furacões foram considerados mais letais que asma, quando na verdade o número de pessoas que morre por asma é 20 vezes maior que as que morrem por furacões; morte por raios foi considerada menos letal que mortes por botulismo, quando na verdade a probabilidade de uma pessoa morrer pela queda de um raio é 52 vezes maior que ela venha a morrer por botulismo; morte por doença foi considerada tão provável quanto morte por acidente, mas a chance de alguém morrer por doença é 18 vezes maior; mortes por acidentes foram consideradas mais comuns que mortes por diabetes, ocorre que para cada pessoa que morre por acidente 4 morrem por diabetes. A lição aqui é clara: a ideia que as pessoas carregam de probabilidades sobre morte é distorcida pela cobertura da mídia. (KANHNEMAN, 2011, p. 137-138, tradução nossa).

8.2.5 Alguém decide por você, de dentro de você

Num estudo cujos detalhes só foram inteiramente divulgados em 1999 e 2004, Benjamim Libet:

Desenvolveu um método para medir as relações entre o que chamou de potencial de prontidão, sensações subjetivas de volição e ação. Os participantes foram instruídos a mexer os punhos em qualquer momento que sentissem vontade de fazê-lo. Esses atos deveriam ocorrer de maneira livre, sem qualquer limitação ou restrição externa'. [...] Ele usou um eletroencefalograma para medir o potencial de prontidão e um eletromiograma para detectar movimentos. Ele também instruiu os participantes a dizerem o exato momento em que percebiam o desejo de realizar o ato de virar o punho. [...] Libet descobriu que o potencial de prontidão precedia a ação em 550 milésimos de segundo, enquanto a volição de agir ocorria aproximadamente 200 milésimos de segundo antes do movimento muscular. O significado disso segundo Libet é que o processo volitivo se inicia inconscientemente [...].

Trocando em miúdos, num experimento em que os participantes tinham total liberdade para virar os punhos ou para a direita ou para a esquerda, percebeu-se que alguma região cerebral decidia e, só depois, o cérebro, como um todo, tomava consciência da decisão e emitia o comando para os músculos. Como a diferença de tempo entre a decisão real e a “percepção da decisão” era de milionésimos de segundo, os participantes não percebiam que seus cérebros funcionavam de maneira bipartida, isto é, nas palavras de Libet, que havia uma diferença entre o “potencial de prontidão” e as “sensações subjetivas de volição e ação” (MURPHY, 2013, p. 166, tradução nossa).

8.3 Estudos que colocam em dúvida a credibilidade de depoimentos

8.3.1 A atenção que cega

Daniel Kahneman (2011, p. 27) descreve um dos experimentos mais impressionantes já feitos sobre a atenção humana, ocorrido na década de 2000:

O foco intenso direcionado a uma tarefa pode tornar as pessoas efetivamente cegas, até mesmo a estímulos que normalmente atraem atenção. A demonstração mais dramática disso foi dada por Christopher Chabris e Daniel Simons em seu livro ‘O gorila invisível’. Eles fizeram um filme curta-metra-

gem com dois times jogando basquete. Um time de camisa branca, o outro de camisa preta. Os participantes do experimento são instruídos a contar quantos passes são trocados pelo time de branco, ignorando o time de preto. [...]. No meio do vídeo, uma mulher vestida de gorila aparece, atravessa a quadra, bate no peito, e anda. O gorila permanece no vídeo por nove segundos. Muitos milhares de participantes assistem ao vídeo, e cerca de metade não repara em nada de estranho [...]. O ‘estudo do gorila’ ilustra dois fatos importantes sobre nossas mentes: podemos ser cegos ao óbvio, e podemos também não perceber que estamos cegos ao óbvio.

8.3.2 Ouvindo uma coisa e escutando outra

Essa é uma falha da percepção humana que pode ser decisiva numa audiência, num julgamento. Quando é apresentado a uma pessoa um contexto que lhe é bastante conhecido, a tendência é que ela, por confiar em seu conhecimento do contexto, não preste atenção aos elementos da formulação que lhe é apresentada. Dessa maneira, se quem fizer a pergunta mudar um pequeno elemento da formulação, tal mudança pode passar despercebida. Ao final, o depoente acaba afirmando ser verdadeiro um contexto em que um elemento foi propositalmente trocado. Ou seja, diz ser verdadeiro um contexto falso.

Isso é ilustrado por um experimento que ficou conhecido como o “Erro de Moisés”:

Quando perguntada ‘Quantos animais de cada espécie Moisés levou na arca?’ a maioria das pessoas responde ‘dois’, mesmo sabendo que foi Noé, e não Moisés, quem levou os animais na arca [...]. Quando um termo de uma afirmação ou pergunta é substituído por outro termo de mesma classificação semântica, as pessoas têm dificuldade de perceber a distorção (PERK; REDER, 2004, p. 275, tradução nossa).

É claro que, em situações como as desse experimento, há pessoas que percebem a troca de nomes e, mesmo assim, respondem à pergunta para não serem inelásticas com quem perguntou. Uma testemunha ao ser inquirida pode perceber

erro em uma pergunta e mesmo assim respondê-la por considerar inadequado ou desagradável corrigir o advogado, o juiz ou o promotor. Para que isso não aconteça, o juiz deve sempre orientar a testemunha a responder de acordo com o que lhe é perguntado. Além disso, deve deixá-la à vontade para que corrija qualquer proposição errônea que lhe for feita.

Problema bem mais difícil, e que o experimento acima detectou, é que muitas pessoas respondem não apenas para serem educadas, mas porque realmente ouvem uma coisa por outra, um nome por outro. Embora lhes tenha sido dito o nome “Moisés”, e embora elas não tivessem qualquer problema de audição, ouviram “Noé”. A explicação mais plausível para isso é mesmo a da “ilusão contextual”. Distraída pelo contexto, e confiante em seu conhecimento a respeito dele, a pessoa não repara nos detalhes, e ouve uma coisa por outra.

8.3.3 Memória

A memória humana sempre foi objeto de desconfiança. Na Torah (Pentateuco), escritura sagrada do judaísmo, há um trecho em Deuteronômio que desaconselha a condenação de alguém com base em um só testemunho, devendo o fato ser confirmado por duas ou três testemunhas (ABRAM, 2012). Já o rabino Maimônides (1993, p. 25), que exerceu a magistratura por certo tempo, do século XI, percebendo que as testemunhas eram influenciáveis, recomendava: “Interroga bem as testemunhas, pesa bem as palavras que lhes dirigires, a fim de que por elas não aprendam a falsear a verdade”.

O tempo comprovou que a cautela dos antigos não era sem razão. Por exemplo, uma das desconfianças mais antigas em relação à memória humana foi confirmada: seu caráter fragmentário. Não nos lembramos do filme inteiro, mas apenas de alguns trechos. Isso é explicado por Anne Wilson e Michael Ross (2004, p. 379, tradução nossa):

Embora tenhamos tido experiências reais, e sejamos dedicados historiadores de nosso passado, somos frequentemente deixados na mão por nossas

lembranças [...]. Quando buscamos nossas lembranças, frequentemente percebemos que o melhor que podemos fazer é trazer de volta pedaços. Somos muito seguros ao dizer que éramos mais tímidos e menos estudiosos quando criança do que somos hoje, mas nos lembramos apenas de alguns incidentes relevantes [...].

Uma armadilha parecida com a do parágrafo anterior pode ser denominada “efeito da desinformação”. Há uma pesquisa impressionante sobre ele:

[...] foi exibido aos participantes de um estudo um vídeo de um acidente automobilístico. Depois, foi-lhes indagado: ‘Quão veloz estava indo o carro esportivo branco na estrada de terra quando passou pelo celeiro?’. Embora sequer houvesse um celeiro no vídeo, muitos dos participantes disseram ter visto um. (PICKRELL; BERNSTEIN; LOFTUS, 2004, p. 347, tradução nossa).

Algumas armadilhas são contraintuitivas e, por isso mesmo, merecem atenção redobrada. Por exemplo, tendemos a acreditar que fatos chocantes deixem nas pessoas memórias muito vivas, por isso mais difíceis de serem falseadas. Entretanto, uma pesquisa realizada nos Estados Unidos apresentou resultado surpreendente. O tema foi os ataques de 11 de setembro de 2001 (HIRST et al., 2009), envolvendo participantes do país inteiro, inclusive da cidade de Nova Iorque, que foram perguntados, inclusive, detalhes sobre como souberam dos ataques. As mesmas perguntas foram feitas nas duas últimas semanas de 2001, em agosto de 2002 e agosto de 2004. Descobriu-se que respostas a perguntas como “Quem informou você?”, “O que você estava fazendo?”, “Qual foi sua reação?”, “O que você fez depois?” diferiram 37% após um ano e 43% depois de dois anos. Descobriu-se ainda que o nível de confiança dos participantes se manteve alto com o tempo. Numa escala de 1 a 5, a média de confiança estava em 4.41 um ano depois, e foi para 4.35 três anos depois (PHELPS, 2012, p. 8-9, tradução nossa).

Algumas descobertas apenas confirmaram o que qualquer profissional com razoável experiência com depoimentos já sabia. Por exemplo, é muito difícil a pessoa reproduzir ou descrever, anos depois, a maneira com que pensava antes. Segundo Pohl (2004, p. 363, tradução nossa): “Retrospectivamente, tendemos a

exagerar o quanto tínhamos condição de prever o que viria. Por exemplo, depois de termos ouvido que absinto não é uma pedra preciosa, mas sim uma bebida, tendemos a confiar que sempre soubemos disso”.

Uma dessas confirmações é especialmente interessante: a da existência de falsas lembranças. No século XVIII, David Hume (2003, p. 61) expressou a suspeita de que alguns relatos que as pessoas fazem são falsas lembranças, algo que elas próprias acreditam ter acontecido, mas que não aconteceu. Disse ainda que a maneira de distinguir o real da fantasia estaria na consistência da lembrança, sendo as falsas lembranças mais frágeis, obscuras. Antes de Hume, a mesma suspeita já ecoava pelo menos desde o século II d.C., conforme se apreende de uma frase do historiador romano Tácito (apud GINZBURG, 2014, p. 25): *fingebant simul credebantque* (imaginavam e ao mesmo tempo acreditavam nas próprias imaginações). Enfim, tal suspeita foi inteiramente confirmada por pesquisas científicas, inclusive no critério de distinção entre real e fantasia proposto por Hume: lembranças reais tendem a ter mais detalhes, enquanto as falsas tendem a ser abstrata (PICKRELL; BERNSTEIN; LOFTUS, 2004, p. 352).

8.4 O que muda no direito

8.4.1 Mudanças relacionadas a conceitos de livre-arbítrio e autodeterminação

Alguns autores adotam um tom alarmista sobre essas descobertas. Segundo eles, as pesquisas têm comprovado, cada vez mais, que o cérebro humano é sujeito a muitas falhas, enganos, o que compromete a utilização do conceito de livre-arbítrio, muito utilizado no direito. Segundo Joshua Greene e Jonathan Cohen (apud PARDO; PATTERSON, 2013, p. 140), o direito penal, por exemplo, encontrou uma forma de equilibrar, de um lado, o determinismo, segundo o qual atos e fatos acontecem devido a fatores externos ao indivíduo, e, de outro lado, o livre-arbítrio, a ideia de que o indivíduo tem o poder de fazer algo diferente do que fez. De fato, no Brasil, muito do que se entende de conceitos como a tipicidade subjetiva ou antijuridicidade depende da ideia de livre-arbítrio, enquanto várias

exculpantes, atenuantes ou hipóteses de redução se inspiram no determinismo. Ocorre que, segundo esses autores, as descobertas científicas tornarão inviável esse “longo e tenso casamento”.

Em que pese a opinião dos ilustres pesquisadores, a tendência é que não ocorram mudanças bruscas. Várias descobertas que questionam seriamente a extensão do livre-arbítrio começaram a dar resultados consistentes ainda na década de 1970, e nem por isso houve mudanças substanciais na legislação posterior. Como observou Roque de Brito Alves (2014, p. 421-422):

[...], a estrutura (a sistemática) dos códigos penais mais recentes – o da França de 1994, o de Portugal de 1995, o da Espanha de 1996 – é idêntica à dos mais importantes diplomas penais do Séc. XIX, que foram o francês de 1810, o da Baviera de 1813 (obra de Feuerbach), o de Nápoles de 1819, o do Brasil de 1830, o da de 1871 e o da Itália de 1885, a mesma estrutura em suas divisões, entre Parte Geral e Parte Especial, assim como em sua problemática referente à lei penal, ao crime, à responsabilidade penal, às sanções criminais etc. [...].

Como ponderam Michael Pardo e Dennis Patterson (2013, p. 144), as descobertas sobre o cérebro, embora relevantes, não alteram substancialmente as bases do velho debate entre livre-arbítrio e determinismo; debate este que remonta a séculos. Sobretudo, o conceito de livre-arbítrio é mais sólido do que se pensa, e já resistiu a grandes embates ao longo da história. Por exemplo, já enfrentou a ideia de Deus. Numa época em que o pensamento religioso era particularmente influente, questionou-se como poderia haver o livre-arbítrio do homem diante da existência de Deus, onipresente e onisciente, e todo poderoso. Nessa disputa, o livre-arbítrio saiu vitorioso, defendido pelos próprios pensadores religiosos, como Santo Agostinho (1999, p. 55-56; 85-86). Na verdade, conforme salientou John Finnis (2007, p. 30), a noção de livre-arbítrio não decresceu ao longo da história, mas sim se expandiu, se comparada à extensão desse conceito no tempo de Aristóteles (século IV a. C.) e no tempo de Santo Tomás de Aquino (século XIII d. C.).

Outro aspecto que se deve ponderar é que o direito se apóia no conceito de responsabilidade tanto ou mais que no de livre-arbítrio, e um pode existir sem o outro, embora sejam reciprocamente permeáveis.

8.4.2 Mudanças procedimentais

Quanto à condução processual, no que tange à maneira de se inquirir testemunhas, vítimas e acusados, é aconselhável que os juízes se mantenham informados sobre as pesquisas que têm desvendado o cérebro, principalmente os mecanismos da memória, tanto para realizarem inquirições mais eficientes quanto para melhor sopesarem o valor das provas no momento da sentença.

Entretanto, mudanças relacionadas ao uso de tecnologia em audiências ainda devem demorar um tempo razoável para serem incorporadas. Por exemplo, muito se cogita da utilização de ressonância magnética funcional para separar lembranças reais das falsas. Ocorre que as lembranças falsas, quando muito repetidas e ensaiadas previamente pelo depoente, são indistinguíveis das verdadeiras pela tecnologia atual (PICKRELL; BERNSTEIN; LOFTUS, 2004, p. 357). Assim, e tendo em vista que os depoimentos em juízo quase sempre são precedidos de seguidas rememorações e ensaios por parte do depoente, há de se concluir que o uso dessa tecnologia para tal finalidade ainda deve demorar a ser permitida em juízo.

Cogita-se também da utilização de ressonância magnética funcional como detector de mentiras. Entretanto, tal uso é desaconselhável por duas razões: a) os estudos em que foram identificados certos sinais que seriam característicos da mentira foram ambientados em situações triviais e não em situações em que os interesses em jogo são maiores, quando o fluxo sanguíneo e os impulsos elétricos se comportam de maneira diferente; b) os resultados ainda são incipientes, não tendo sido identificados marcadores seguros de verdade ou mentira no cérebro⁸⁶.

86 Para essa postura mais comedida em relação à utilização da ressonância magnética funcional como detector de mentiras: Spence; Hunter; Farrow; Russell; Leung; Hughes; Venkatasubramanian (2009, p. 169-182).

Ainda, tem havido um grande número de pesquisas sobre a utilização de aparelhos que medem a movimentação ocular como detectores de falsas memórias. Mas os resultados não são animadores para seu uso em tribunais, pois “pouquíssimos tipos de estímulo têm sido sistematicamente utilizados para aferir confiança e acuidade de memória [...]. existem muitas limitações com esses métodos para fins de depoimento judicial ou reconhecimento de suspeitos” (CHUA, 2012, p. 135, tradução nossa).

Por todas essas razões, a tendência é que o juiz, para a realização de inquirições, terá de contar, ainda por um bom tempo, apenas com seu bom senso e com as informações que lhe chegarem sobre as pesquisas que vêm desvendando os segredos do cérebro. Porém, vale ressaltar que o magistrado deve ter extrema cautela sobre a confiabilidade dos estudos que são divulgados na mídia sobre essas pesquisas. Infelizmente, o sensacionalismo e a baixa cientificidade têm sido a regra.

8.5 Como ficamos?

Até o momento, as descobertas de tendências ou inclinações do cérebro para isso ou aquilo ainda não comprovaram a existência de fatores que determinem que, necessariamente, as pessoas em geral não tenham controle sobre suas ações. A irracionalidade ainda é a exceção. A humanidade tem conseguido progredir e amadurecer apesar de todas as inclinações, tendências e vezos que vêm sendo descobertos agora na mente humana, mas que sempre existiram e de cuja existência sempre se desconfiou. Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras de Kwame Anthony Appiah (2008, p. 110): “Eu não diminuo a velocidade para desviar das poças de água ilusórias que se formam em cima da rodovia em dias muito quentes de verão. Eu não consigo deixar de vê-las, mas posso aprender que elas não estão lá”.

9

Referências

ABRAM, Simon (Ed.). *Torah: the five books of Moses*. Kindle Edition, [S.l.: s.n], 2012.

ABREU, Capistrano de. *Capítulos de história colonial*. 7. ed. anotada. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Publifolha, 2000.

_____. *Ensaio e estudos: crítica literária: 2. série*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2010. Nota liminar de José Honório Rodrigues.

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. 1. ed. broch. Cambridge, Massachusetts; London, Great Britain: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

AGOSTINHO. *A Graça(II)*. Tradução de Agostinho Belmonte. São Paulo: Paulus, 1999.

_____. *Confissões*. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. 19. ed. São Paulo: Paulus, 2006.

AHMED, Rumea. *Narratives of Islamic legal theory*. Kindle Edition. Oxford, Great Britain: Cambridge University Press, 2012.

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. *Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 183-202, jan./jun. 2012.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A evolução da mente normativa: origens da cooperação humana*, 2011, 159 f. Dissertação (Mestrado). Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Filosofia. Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., rev., cor. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVES, Roque de Brito. *Política criminal contemporânea*. In: MACIEL, Adhemar Ferreira; GÓMEZ, Alfonso Serrano; MADLENER, Silma Marlice. *Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ANDER, Michael. *The Law-Making process*. 6. ed. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2009.

APPIAH, Kwame Anthony. *Experiments in ethics*. Cambridge, Massachusetts; London, Great Britain: Harvard University Press, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed., 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

ARENDT, Hannah. *Between past and future*. Introdução de Jerome Kohn. New York: Penguin Books, 2006.

_____. *Crises da República*. Tradução de José Wolkman. São Paulo: Perspectiva, 2010.

ARIELY, Dan. *The honest truth about dishonesty: how we lie to everyone – especially ourselves*. Kindle Edition. HarperCollins Publishers, 2012.

ARISTOTLE. *Rhetoric*. 1. Kindle Edition. New York: Acheron Press, 2012.

_____. *The Nicomachean ethics*. Tradução e introdução de David Ross. Revisão de J. L. Ackrill e J. O Urmson. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ARMSTRONG, Karen. *A Bíblia: uma biografia*. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

ASSIS, Machado de. *O velho Senado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

_____; VIGO, Rodolfo. *Código Ibero-americano de ética judicial*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

ATYIAH, P. S.; SMITH, Stephen A. *Atiyah's introduction to the law of contract*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

AVERROES. *Exposición de La “República” de Platón*. Tradução de Miguel Cruz Hernandez. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2010.

BELLO, David. *Is that a fish in your ear? The amazing adventure of translation*. London: Penguin, 2012.

BERTRAN, Paulo. *História da terra e do homem no planalto central: eco-história do Distrito Federal*. Brasília: Universidade de Brasília, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.

BIRNBAUM, Michael H. Base rates in Bayesian inference. In: POHL, Rüdiger (Ed.). *Cognitive illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Kindle Edition. Hove, Great Britain; New York, NY: Psychology Group, Taylor and Francis Group, 2004. p. 43-47.

BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. 1. ed. bras. Tradução de Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

BLACKABY, Nigel; et al. *Redfern and hunter on international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens na sociedade contemporânea*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. *Teoria geral da política*. 14. reimp. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRASIL. *A abolição no parlamento: 65 anos de luta, 1823-1888*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Arquivo, 1988.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Diagnóstico dos arquivos da Justiça Federal*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 1996.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Histórico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. _____. *Julgamentos históricos: histórico do tribunal da relação*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfJulgamentoHistorico&pagina=HistoricodoTribunaldaRelacao>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

BURLAMAQUI, Jean-Jacques. *The principles of natural and politic law*. Tradução de Thomas Nugent. Kindle Edition. Cambridge, Massachusetts: Lonang Institute, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e sociedade*. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CAREY, John. *Legislative voting and accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: teatro das sombras*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

CARVALHO, José Renôr Ferreira de. *Ação e presença dos portugueses na costa norte do Brasil no século XVII: a Guerra do Maranhão: 1614-1615*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.

CASTRO, Chico. *A noite das garrafadas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.

CHAVES, Arivaldo da Silva. Ação discriminatória de terras situadas no Município de Planaltina-GO. *Revista de Direito*, Goiânia, v. 15, p. 357-361, 1980.

CHINA. *Contract law of the people's Republic of China*. Promulgada em 15 de março de 1999. Tradução de Lucy Wang.

CHUA, Elizabeth F. Evaluating confidence in our memories: results and implications from neuroimaging and eye movement monitoring studies of metamemory. In: NADEL, Lynn; SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Memory and law*. Kindle Edition. Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 2012.

CÍCERO, Marcus Tullius. *The republic and the laws*. Tradução de Niall Rudd. Introdução de Jonathan Powell e Niall Rudd. Oxford, Great Britain; New York, NY: Oxford University Press, 2008.

_____. *On obligations*. Nova tradução para o inglês de P. G. Walsh. Oxford: Oxford University Press, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. *A experiência constitucional brasileira: da Carta Imperial de 1824 à Constituição democrática de 1988*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 2006.

CONWAY, Martin A. *Ten things the law and others should know about human memory*. In: NADEL, Lynn; SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Memory and law*. Kindle Edition. Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 2012.

CONSTANT, Benjamim. *Escritos de política*. 1. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Corpus Juris Civilis. Digesto: livro I. Coordenação e tradução: professor Edilson Alkimin Cunha. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola da Magistratura da 1ª Região, 2010.

COSTA, Emília Viotti da. *A abolição*. 9. ed. São Paulo: Unesp, 2010.

COTTERRELL, Roger. *The politics of jurisprudence: a critical introduction to legal philosophy*. Oxfors: Oxford University Press. 2. ed. 2009.

CUNHA, Luís da. Testamento político. In: ISÓCRATES et al. *Conselho aos governantes*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano*. 5. ed. Lisboa: Europa-América, 1995.

DEIRÓ, Pedro Eunápio da Silva. *Fragmentos de estudos da história da Assembléia Constituinte do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Tradução de Leyla Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DE SORDI, Neide Alves Dias. *Manual de procedimentos da História Oral da Justiça Federal*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

Dharmasutras. *The Law Codes of Ancient India*. Tradução de Patrick Olivelle. Kindle Edition. Oxford: Oxford University Press, 1999. Código Vasistha.

DOEHRINGER, Karl. *Teoria do Estado*. Coordenador e supervisor Luiz Moreira, tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DORIA, Pedro. *1798: a história de Tiradentes e dos contrabandistas, assassinos e poetas que lutaram pela independência do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

DOSSE, François. *A história*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 1. ed. São Paulo: UNESP, 2012.

DOTHAN, Shai. *Reputation and judicial tactics: a theory of National and International Courts*. Kindle Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

DWORKIN, Ronald. O Estado de Direito como conceito prático. In: Comissão Europeia para a Democracia por meio do direito (Comissão de Veneza), 2012, Londres, Lancaster House, *Anais...* Londres: 2012.

_____. *Justice in robes*. Cambridge, Massachusetts; London, Great Britain: Harvard University Press, The Belknap Press, 2006.

_____. *Law's empire*. 1. ed. 1985. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press, Harvard University Press, 1986.

EDWARDS, Chiperic. *The Hammurabi Code*. Kindle Edition. Revisão de M. F. Evans. [S.l.]: Paean Books, 2011.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESPINOSA, Baruch de. *Tratado político*. Tradução e introdução de Diogo Pires Aurélio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

EUROPA. *European judicial systems*. CEPEJ Studies n. 18. Publishing Editions: 2012. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2013.

FEREJOHN, John; KRAMER, Larry D. Judicial independence in a democracy: institutionalizing judicial restraint. In: DROBAK, John N. (Ed.). *Norms and the law*. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2006. p. 164.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. *As dificuldades de um império luso-brasileiro*. Introdução de Arno Wehling. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.

FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino*. Tradução de Leandro Cordioli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

FLOYD, Michael D. Class actions e outros tipos de litígios coletivos: a experiência dos Estados Unidos com possíveis analogias com as demandas repetitivas. In: Seminário Demandas Repetitivas: possíveis soluções processuais e gerenciais, 2013, Brasília, DF, *Anais...* Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 45-46.

FOCQUAERT, Farah; GLENN, Andrea; RAINE, Adrian. Free Will, Responsibility and the Punishment of Criminals. In: NADELHOFFER, Thomas A. *The future of punishment*. Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 2013. p. 256.

FOSTER, Jonathan K. *Memória*. Tradução de Camila Werner. Porto Alegre: L&PM, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France*. Edição de Michel Senellart. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Totem e tabu*. 1. ed. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

FROST, Ran. Sistemas ortográficos e processos de reconhecimento de palavras na leitura. In: SNOWLING, Margaret J.; HUME, Charles (Org.). *A ciência da leitura*. Porto Alegre: Penso, 2013.

GAY, Peter. *Freud: uma vida para nosso tempo*. Tradução de Luiz Meyer. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GHEORGHIU, Vladimir A.; MOLZ, Günter; Pohl, Rüdiger F. Suggestion and illusion. In: POHL, Rüdiger (Ed.). *Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Hove, Great Britain; New York, NY: Psychology Group, Taylor and Francis Group, 2004. p. 403.

GINZBURG, Carlo. *Medo, reverência, terror: quatro ensaios de iconografia política*. 1. ed. Tradução de Federico Carotti, Joana Angélica d'Ávila Melo e Júlio Castañon Guimarães. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

_____. Carlo. *Olhos de madeira: nove reflexões sobre a distância*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

GOLEMAN, Daniel. *Foco: a atenção e seu papel fundamental para o sucesso*. Tradução de Cássia Zanon. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

GOLSTEIN, Naomi, KELLEY, Sharon Messenheimer; ZELLE, Christina L. Riggs Romaine Heather. Potential impact of juvenile suspects' linguistic abilities on *Miranda* understanding and appreciation. In: TIERSMA, Peter M; SOLAN, Lawrence M. *The Oxford handbook of language and law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 300.

GRIFFITH, J. A. G. *The politics of the judiciary*. 5. ed. London: Fontana Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

_____. *Time of Transitions*. Tradução de Ciaran Cronin e Max Pensky. Cambridge, Great Britain; Malden, Massachusetts: 2008.

HASEL, Lisa E. Evidentiary Independence. In: NADEL, Lynn; SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Memory and law*. Kindle Edition. Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 2012.

HEAD, Michael. *Evgeny Pashukanis: a critical reappraisal*. New York: Routledge-Cavendish, Taylor & Francis Group, 2008.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts; London, Great Britain: Harvard University, 1997.

HITCHENS, Christopher. *Arguably*. 1. ed. broch. Londres: Atlantic Books, 2012.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Introdução de C.B. Macpherson. London: Penguin Books, 1985.

HUME, David. *A treatise of humam nature*. Oxford, Great Britain: Clarendon Press; Mineola, NY: Dover Publications, 2003.

IDE, Pascal. *A arte de pensar*. Tradução de Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking fast and slow*. Kindle Edition. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KAUTILYA. Arthashastra. In: ISÓCRATES et al. *Conselho aos governantes*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2003.

KEARNS, Thomas R. *History, memory and the law*. reimp. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan, 2005.

KEEGAN, John. *Uma história da guerra*. Tradução de Pedro Maia de Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

KELLY, J. M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KOOPMANS, Tim. *Courts and political institutions*. 1. ed. reimp. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

KOSKENNIEMI, Martin. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2005.

KUHN, Thomas. *A tensão essencial: estudos sobre tradição e mudança científica*. Tradução de Marcelo Amaral Penna-Forte. São Paulo: Unesp, 2011.

LAPLANTE, Eve. *Salem witch judge: the life and repentance of Samuel Sewall*. Kindle Edition. Pymble, Australia: HarperCollins, 2007.

LATOUR, Bruno. *A text book case revisited knowledge as a mode of existence*. Disponível em: <<http://www.bruno-latour.fr/sites/default/files/99-HANDBOOK-GB.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. Tradução de Eneida Vieira Santos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LI, Eric X. The post-democratic future begins in China. *Foreign Affairs*, New York, v. 92, n. 1, p. 34-46, jan./fev. 2013.

LIMA, Oliveira. *Dom Pedro e Dom Miguel: a querela da sucessão*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.

LOUGHLIN, Martin. *Swords and scales: an examination of the relationship between Law and Politics*. Oxford, Great Britain; Portland, Oregon: Hart, 2000.

LÖWY, Michael. *Judeus heterodoxos*. Tradução de Marcio Honorio de Godoy. São Paulo: Perspectiva, 2012.

MACLEAN, James. *Rethinking law as process*. 1. ed. New York, NY: Routledge, Taylor & Francis Group, 2012.

MAIMONIDES, Moshe. *Comentários da Mishná: ética dos pais*. Tradução de Alice Frank. São Paulo: Maayanot, 1993.

MANKIW, Gregory N. *Introdução à economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MARCUS AURELIUS. *Meditations*. Tradução de Robin Hard. Introdução de Christopher Gill. Ware, Hertfordshire, Great Britain: Wordsworth Editions Limited, 1997.

MAZZARINO, Cardeal. Breviário dos Políticos. In: ISÓCRATES et al. *Conselho aos governantes*. 3. ed. Brasília, Senado Federal: 2003. p. 448.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Introdução de Gertrude Himmelfarb. London, Great Britain: [S. n.], 1985.

MILLER, Darrell A.H. *Text, History, and Tradition: What the Seventh Amendment can teach us about the Second*. Yale Law School: New Haven Connecticut, v. 122. n. 4, p. 852-938, 2013.

Mishná. *Ética dos pais*. Tradução de Alice Frank. São Paulo: Maayanot, 1993.

MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado*. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

MONTESQUIEU, Baron de. *The spirit of the laws*. Tradução de Thomas Nugen. Kindle Edition. Lonang Institute: 2003; 2010.

MORAES, J. A. Leite. *Apontamentos de viagem*. Introdução, cronologia e notas de Antonio Candido. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

MORAES, Maria Augusta de Sant'Anna; LEÃO, Ursulino Tavares. *Presença do Tribunal de Justiça na história de Goiás*. Goiânia: Tribunal de Justiça de Goiás, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A reforma das constituições da Bolívia, Equador e da Venezuela no novo modelo de constitucionalismo bolivariano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, São Paulo, a. 20, v. 80, p. 11-23, jul./set. 2012.

MOREIRA, João Batista Gomes. O princípio da sustentabilidade nas decisões judiciais. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, v. 25, n. 11/12, p. 13, nov./dez. 2013.

MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MORUS, Thomas. *A utopia*. Tradução de Luís de Andrade. 20. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

MURPHY, Nancey. Cognitive neuroscience, moral responsibility and punishment. In: NADELHOFFER, Thomas A. *The future of punishment*. Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 2013. p. 166.

MUSSWEILER, Thomas; ENGLISH, Birte; STRACK, Fritz. Anchoring effect. In: POHL, Rüdiger (Ed.). *Cognitive Illusions – a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Kindle Edition. New York, NY: Psychology Press, Taylor and Francis Group, 2004. p. 183.

NABUCO, Joaquim. *Balmaceda*. 2. imp. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2010.

Nações Unidas. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <<http://>

www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 23 mai. 2014.

NAGEL, Thomas. *The last word*. New York, NY; Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 1997.

NAÍM, Moisés. *The end of power*. New York, NY: Basic Books, 2013.

NOLETO, Mauro Almeida. *Memória jurisprudencial: Ministro Epitacio Pessoa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009.

NORONHA, Ibsen José Casas. *Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal*. Coimbra: Almedina, 2008.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. Neuroscience, normativity, and retributivism. In: NADELHOFFER, Thomas A. *The Future of Punishment*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2013. cap 6. p. 133-151.

PARK, Heekyeong; REDER, Lynne M. Moses Illusion. In: POHL, Rüdiger (Ed.). *Cognitive illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Hove, Great Britain; New York, NY: Psychology Group – Taylor and Francis Group, 2004, p. 275.

PASHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *The general theory of law and marxism*. 3. reimpr. Tradução de Barbara Einhorn. Introdução de C. J. Arthur. New Brunswick, USA; London, Great Britain, 2009.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. *Memória legislativa do código civil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

PAULA FILHO, Rubem Lima de (Coord.). *Resgate histórico da Justiça Federal: 1890-1937*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2010.

PENNER, J. E. *McCoubrey & White's textbook on jurisprudence*. 4. ed. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2008.

PHELPS, Elizabeth A. Emotion's impact on memory. In: NADEL, Lynn. SINNOT-ARMSTRONG, Walter. *Memory and law*. Kindle Edition. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2012. p. 8-9.

PICKRELL, Jaqueline E.; BERNSTEIN, Daniel M.; LOFTUS, Elizabeth F. Misinformation effect. In: POHL, Rüdiger (Ed.). *Cognitive illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Hove, Great Britain; New York, NY: Psychology Group – Taylor and Francis Group, 2004. p. 347; 352; 357.

PIERONI, Geraldo. *Os excluídos no reino: a inquisição portuguesa e o degredo para o Brasil colônia*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

PLATO. *Laws*. Tradução de Benjamin Jowett. Mineola, NY: Dover, 2006.

_____. *The republic*. Tradução de Benjamin Jowet. Mineola, NY: Dover, 2003.

POHL, Rüdiger F. Hindsight bias. In: POHL, Rüdiger (Ed.). *Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Hove, Great Britain; New York: Psychology Group – Taylor and Francis Group, 2004, p. 363.

POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. New York, NY: Routledge, v. 1. reimp. 2007.

PORTUGAL. *Regras de legística a observar na elaboração de actos normativos da Assembleia da República*. Textos de Luísa Colaço e Maria da Luz Araújo. Lisboa: Divisão de Edições da Assembleia da República, 2008.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts; London, Great Britain: Harvard University Press, 2008.

_____. *Law, pragmatism and democracy*. 1. ed. Cambridge, Massachusetts; London, Great Britain: Harvard University Press, 2005.

PRADO, Eduardo. *A ilusão americana*. 2. reimp. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2010.

PROCOPIUS. *The secret history*. Tradução de G.A. Williamson e Peter Sarris. Introdução de Peter Sarris. Kindle Edition. Great Britain: Penguin Books, 2013.

QINFAN, Zhang. *The constitution of China: a contextual analysis*. Kindle Edition. Oxford, United Kingdom; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012.

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos; CARVALHO, Marcus J. M. *O alufá Rufino: tráfico, escravidão e liberdade no Atlântico negro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro*. Edição fac-sim. 2. ed. 1880. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Prefácio de Antônio Pádua Ribeiro.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, José Honório (Org.). *Atas do Conselho de Estado Pleno*. v. XIII – índice onomástico. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1978.

_____. *A assembleia constituinte de 1823*. Petrópolis: Vozes, 1974.

ROTTERDÃ, Erasmus de. *A educação de um príncipe cristão*. Tradução de Vanira Tavares dos Santos. In: ISÓCRATES et al. *Conselho aos governantes*. 3. ed. Brasília:

Senado Federal, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract*. Kindle Edition. [S. l.]: Waxkeep Publishing, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The social contract*. Traduzido para o inglês por Maurice Cranston. Londres: Penguin Books, 2004, cap. 6, p. 15.

ROUX, Theunis. *The politics of principle: the first South African Constitutional Court, 1995-2005*. Kindle Edition. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2013.

SACKS, Oliver. *Vendo vozes: uma viagem ao mundo dos surdos*. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SAINT HILAIRE, Auguste de. *Viagem à província de Goiás*. Tradução de Regina Regis Junqueira. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1975.

SANTORO, Emilio. Rule of law e “liberdade dos ingleses”. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 218.

SCHAUER, Frederick. Is there a Psychology of Judging? In: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory (Edit.). *The Psychology of Judicial Making*. Kindle Edition. Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 2010.

SEIFE, Charles. *Decodificando o universo*. Tradução de Talita Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

Seminário Internacional Brasil – Alemanha 3., 2011, São Paulo, SP. LEAL, Márcio Flávio Mafrá; Stürner, Rolf. (Coord.). *III Seminário Internacional Brasil – Alemanha*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. p. 126.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. London: Penguin Books, 2010.

SILVA NETO, Casimiro Pedro da. *A construção da democracia: síntese histórica dos grandes momentos da Câmara dos Deputados, das assembléias nacionais constituintes e do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

SINTOMER, Yves. *Júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa*. Tradução de André Rubião. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

SMILANSKY, Saul. *Ten moral paradoxes*. Oxford, Great Britain: Blackwell Publishing, 2007.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. 6. ed. NY: Dover Publications, 2006.

SPENCE, Sean A. et al. A cognitive neurobiological account of deception: evidence from functional neuroimaging. In: ZEKI, Semir; GOODENOUGH, Oliver (Edit.). *Law & the brain*. Oxford, Great Britain: Oxford University Press, 2009. p. 169-182.

SQUARISI, Dad; SALVADOR, Arlete. *A arte de escrever bem*. 8. ed. 3. reimp., São Paulo: Contexto, 2013.

SUETÔNIO. *A vida dos doze Césares*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. London: Penguin Books, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 2. reimp. Cambridge, Massachusetts; London, Great Britain: Harvard University Press, 2002.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 3.

ed. Madri: Trotta, 2009.

TOCANTINS, Leandro. *Formação histórica do Acre*. 5. reimp. Brasília: Senado Federal, 2009. v. 1.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *“Democracy in America” and “Two essays on America”*. Tradução de Gerald E. Bevan. Introdução de Isaac Kramnick. London, Great Britain: Penguin Books, 2003.

UNODC. Escritório Contra Drogas e Crime. *Comentários aos princípios de Bangalore de conduta judicial*. Tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

VAINFAS, Ronaldo (Org.). *Confissões da Bahia*. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

VATTIMO, Gianni. *Diálogo com Nietzsche: ensaios 1961-2000*. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

VERMEULE, Adrian. *Law and the limits of reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

VERNENGO, Roberto J. Interpretación del derecho. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco (Ed.). *El derecho y la justicia*. Madri: Trotta, 2000.

VIEIRA, Antônio. *Essencial Padre Antônio Vieira*. Organização e introdução de Alfredo Bosi. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VITKAUSKAS, Dovydas; DIKOV, Grigoriy. *Protecting the right for a fair trial under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2012.

WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei (Ed.). *Direito e interpretação*. Tradução de Luis Carlos

Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 495-536.

_____. *The dignity of legislation*. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2007.

WALSH, Rodolfo. *Operação Massacre*. Tradução de Hugo Mader. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. *Formação do Brasil colonial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

WILSON, Anne; ROSS, Michael. Illusions of change and stability. In: POHL, Rüdiger (Ed.). *Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*. Hove, Great Britain; New York, NY: Psychology Group, Taylor and Francis Group, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução de D. F. Pears e B. F. McGuinness. Introdução de Bertrand Russell. London, Great Britain; New York, NY: Routledge Classics, 2008.

ZANDER, Michael. *The law making process*. 6. ed. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2004.

ZHANG, Qianfan. *The Constitution of China: a contextual analysis*. Oxford, Great Britain; Portland, Oregon: Hart, 2012.

ZIMMERMAN, Michael J. *The concept of moral obligation*. Cambridge, Great Britain: Cambridge University Press, 2007.

Impressão

Seção de Serviços Gráficos

da Secretaria de Administração do Conselho da Justiça Federal

