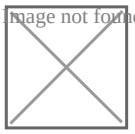
Diário de Classe: A ecografia da decisão e o fim das surpresas no Direito



“De barriga de mulher grávida, de urna eleitoral e de cabeça de juiz, ninguém sabe o que pode sair”. Este é um antigo e conhecido ditado popular. Outro semelhante diz: “cada cabeça uma sentença”. Procurei sua origem sem qualquer sucesso. Descobri, entretanto, que este ditado não encontra correspondência em outros países, o que me leva a crer que se trata de um genuíno provérbio brasileiro, provavelmente em razão de nossa pré-modernidade. Ocorre que, com o passar do tempo e o surgimento de novas tecnologias, o referido ditado restou parcialmente derrogado. Isto porque, para barriga de mulher grávida, faz duas décadas que existe o exame de ecografia e, para urna eleitoral, temos as chamadas pesquisas de boca de urna, cada vez mais precisas, de maneira que, misteriosa mesmo, permanece sendo apenas a cabeça dos juízes.

Mas, afinal, importa saber como os juízes decidem os casos? Evidentemente que esta é uma pergunta retórica, como adverte Cárcova. Se a resposta fosse negativa, não haveria porque escrever esta coluna e tampouco existiriam tantos juristas preocupados com ela, especialmente nos Estados Unidos, onde se destacam as teorias de Ronald Dworkin, Richard Posner, Mark Tushnet, Laurence Tribe, Frank Michelman etc.

Agora, se a resposta é positiva — e sobre isto parece não haver dúvidas —, então fica claro que não basta acompanhar as sessões dos tribunais através da TV Justiça. É preciso aprofundar as investigações sobre aquilo que se denomina *teoria da decisão judicial*.

Antes disso, entretanto, caberia indagar — e esta, sim, é a pergunta importante, ao menos para colocar o problema — se a teoria da decisão é uma especificidade do direito norte-americano, uma vez que, de há muito, o ativismo judicial deixou de ser uma prática exclusiva dos países da *common law*.

De fato, a teoria da decisão é o modo como a teoria jurídica de matriz anglo-saxã enfrenta os problemas decorrentes da interpretação e da aplicação do Direito. Isto se justifica, de certo modo, porque nela os precedentes constituem a principal fonte de Direito; e também explica porque não existe, originalmente, uma cultura voltada ao estudo da teoria da decisão no interior da tradição romano-germânica.

Todavia, considerando que, nos últimos anos, observa-se uma nítida tendência de aproximação entre as tradições da *common law* e da *civil law*, tudo indica que é chegada a hora de se pensar na possibilidade de uma teoria da decisão adequada ao sistema da *civil law* — tal qual vem propondo Lenio Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e outros —, a fim de que se possa controlar, de algum modo, os processos de interpretação e aplicação do Direito, estabelecendo critérios e limites para que o protagonismo dos juízes não afete a democracia constitucional.

Em um ensaio intitulado *¿Qué significa juzgar?*, publicado na revista *Doxa* (número 32, 2009), Pérez Luño se inspira em Heidegger e afirma que esta pergunta serve como o ponto de partida para se pensar a atividade dos juízes.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Após resgatar a noção romana de *iudicium* (concebida como de fonte de Direito, na medida em que declarar o direito equivaleria ao próprio direito) e denunciar a simplificação resultante do modelo de juiz instaurado a partir da Revolução Francesa (cuja tarefa se restringia a aplicar mecanicamente um direito pré-existente), Pérez Luño reformula a questão sob a perspectiva da teoria jurídica contemporânea: *os juízes criam direito?*

Tal indagação — além de essencial para se pensar toda e qualquer teoria da decisão judicial — recebe as mais diversas respostas, que estão diretamente atreladas às diferentes concepções de direito.

Vejamos alguns exemplos: a) para o formalismo jurídico, os juízes não criam direito; b) para o realismo jurídico, somente os juízes criam direito; c) para a escola do direito livre, os juízes criam direito quando o caso assim o exigir; d) para o positivismo normativista, os juízes estão autorizados a criar direito etc .

Na verdade, por trás da questão acerca da (im)possibilidade de os juízes criarem direito encontra-se a chamada *discricionariedade judicial*, que já aparece nitidamente na célebre obra de Kelsen, mas se difunde, sobretudo, a partir do advento da *era dos princípios*, na medida em que se verifica que o silogismo lógico-dedutivo não se mostra capaz de resolver os chamados *casos difíceis*.

Como se sabe, a tese da discricionariedade judicial está presente tanto em Kelsen, como em Hart — e, ainda, aprofundada por seus discípulos Raz e Carrió —, na medida em que a atividade interpretativa do juiz não deve limitar-se a juízos mecânicos quando se depara com normas vagas e ambíguas ou com situações para as quais não haja normas previstas.

Rompendo com a tradição paleopositivista, embora ainda reconheça que existam espaços de discricionariedade judicial que são fisiológicos ao *poder de cognição*, Ferrajoli adverte para a necessidade de combater a discricionariedade decorrente do *poder de disposição* — que vem sendo estimulado pela técnica alexyana da ponderação —, uma vez que o seu exercício implica uma invasão de competência na esfera política.

Observa-se, assim, que até mesmo um positivista contemporâneo com Ferrajoli entende que a discricionariedade judicial — seja ela concebida como aceitável, reduzível ou eliminável — deve ser combatida, nas sociedades democráticas, através de mecanismos idôneos que evitem a produção de juízos decisionista ou arbitrários.

Isto porque, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, existe certa unanimidade no sentido de que a atividade dos juízes, especialmente no que se refere à interpretação e aplicação das normas jurídicas, não admite a criação do direito, visto que todos se encontram limitados pela lei e vinculadas à Constituição.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Em sua última coluna Senso Incomum (*Como se mede a "régua" para aplicar a lei: quem a fixa?*), ao abordar o problema da discricionariedade judicial, Lenio Streck insiste na diferença existente entre *escolher* e *decidir*. Na verdade, enquanto a primeira depende da subjetividade — isto é, das preferências do sujeito —, a segunda se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito.

A grande questão é que, se levados a sério todos os avanços resultantes do giro linguístico ao longo do século XX, pensar uma *teoria da decisão adequada* significa superar, de uma vez por todas, a ideia de que o controle no processo decisório pode ocorrer através do emprego de um determinado método.

Vejamos um exemplo. Em sua obra, Ricardo Lorenzetti — professor titular da Universidad de Buenos Aires e atual Presidente da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina — defende a necessidade de reconstrução de uma matriz estratégica que ordene a *interpretação*, propondo o seguinte esquema para o raciocínio judicial decisório: 1) empregar o método dedutivo, em que o juiz, no estilo Sherlock Holmes, delimita os fatos, identifica a regra a ser aplicada e opera a dedução; 2) controlar a consistência, a coerência e a consequência do resultado alcançado, verificando, respectivamente, se está de acordo com os precedentes, *o olhar para trás*, se está em conformidade com o restante do ordenamento jurídico, *o olhar para cima*, e analisando as consequências jurídicas, econômica e sociais que poderão advir da decisão, *o olhar para a frente*.

Todavia, quando se tratar de um caso difícil, em que o método dedutivo descrito mostra-se insuficiente, Lorenzetti propõe que o juiz exerça sua discrição, mediante uma argumentação jurídica baseada em princípios, que devem justificar a decisão em termos de correção. Nestas situações, Lorenzetti defende o emprego da seguinte metodologia: 1) identificar o campo de tensão, constatando os princípios em colisão; 2) optar pela alternativa mais econômica, considerando a hipótese de encontrar uma solução que atenda um princípio sem afetar outro; 3) verificar se não se trata de um caso de inaplicabilidade da ponderação, uma vez que há bens que gozam de proteção máxima e não se submetem a restrições; 4) aplicar o juízo da ponderação, através do sopesamento dos princípios colidentes e dos valores em questão; 5) argumentar, racionalmente, a fim de justificar a decisão alcançada.

Lorenzetti sustenta, ainda, que as decisões são condicionadas por modelos decisórios, que dão proeminência ao contexto sobre a norma. Tais modelos, que são adotados de antemão pelo intérprete, pré-determinam a interpretação das normas, permitindo que regras e princípios sejam aplicados de modo distinto por pessoas que aderirem a paradigmas diferentes.

A título ilustrativo, o autor elenca os seguintes paradigmas: 1) o paradigma de *acesso aos bens jurídicos primários*; 2) paradigma *protetivo*; 3) paradigma *coletivo*; 4) paradigma *consequencialista*; 5) paradigma do *Estado de Direito Constitucional*; e 6) paradigma *ambiental*. Isto porque, havendo conflito entre as respostas produzidas a partir de paradigmas concorrentes, Lorenzetti sugere dois critérios: 1) a *explicação*, que consiste na exposição do paradigma adotado e do objetivo a ser alcançado; 2) a *harmonização*, que consiste na resolução do caso levando em conta o modelo da democracia deliberativa.

Como fecho provisório desse debate que deve fazer parte do cardápio da Teoria do Direito Contemporânea, lembro que essa tese de Lorenzetti — ainda refém das velhas teses subjetivistas — é

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

bem criticada por Fernando Vieira Luiz, no livro *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck* (editora Livraria do Advogado, 2012).

Aliás, no prefácio deste livro, Lenio lembra o que disse o autor na sua defesa de dissertação: "sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos à conclusão de que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares. Por isso, cheguei à conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes… Por isso, fui estudar *teoria da decisão*".

Voltando à sabedoria popular. É preciso assumir que um pouco de mistério sempre cai bem. É bom esperar para saber o sexo do bebê. Surpresas desse quilate por vezes não devem ser quebradas por uma ecografia. Também é bom aguardar para saber o resultado das eleições. Por vezes, a boca de urna e as pesquisas tiram a emoção da disputa no pleito. Mas, quando se trata da decisão judicial, não acredito que alguém do povo possa gostar de ser surpreendido. Seria algo "correr sozinho e chegar em segundo lugar". Por isso, a necessidade de uma teoria da decisão. Apenas com criteriologias é que poderemos diminuir as surpresas no Direito e, assim, aumentar sua integridade. Uma teoria da decisão funciona, precisamente, como uma espécie de ecografia do Direito. O exame não permite sabermos como serão exatamente os traços do bebê, mas, com certeza, define o sexo, além de outras coisas. E nisso não deverá haver surpresas!

Date Created
26/10/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.