

RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (2013).
COMO DECIDEM AS CORTES? PARA UMA
CRÍTICA DO DIREITO (BRASILEIRO).
RIO DE JANEIRO: FGV.

// RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (2013).
[*HOW DO COURTS DECIDE?*]
RIO DE JANEIRO: FGV.

Matheus Barra

>> **SOBRE O AUTOR** // ABOUT THE AUTHOR

Graduando em Direito na Universidade de Brasília, Brasil. // *Law student at Universidade de Brasília, Brazil.*

O livro inicia-se com o tema da frequente crítica ao direito brasileiro: que ele inexistente. Que há apenas uma expressão do poder daqueles em posição de autoridade e não um sistema legal racional e com base em algum modelo deontológico pré-definido em debates teóricos. Faz-se uma breve retrospectiva da história do direito brasileiro, as influências externas sofridas e seus processos de evolução que culminaram no que se vê hoje na prática jurídica nacional. O autor explica como as dinâmicas de poder entre os grupos dominantes evidenciam a existência de um direito brasileiro. Rodríguez, assim, evidencia a irracionalidade da expressão “não existe direito no Brasil” em sua acepção mais literal. Numa acepção mais abrangente, não se pode falar que direito é uma ou outra coisa. O autor ressalta que tal ideia varia em função do tempo e não se pode julgar o direito brasileiro com base em um referencial europeu. O que se deve fazer é analisar o direito que de fato se formou no Brasil, com suas peculiaridades. Com subseqüentes elocubrações a respeito da formação, instituições, rupturas e estruturas do direito brasileiro, o autor apresenta-se com um ponto de vista otimista sobre a situação, apresentando indícios do que ele chama de “novo padrão de reprodução institucional” que se desenvolve no Brasil.

Na seqüência, José Rodrigo Rodríguez apresenta resultados de pesquisas sobre o modo de argumentar e decidir nas cortes brasileiras, com destaque ao modo argumentativo dominante e suas consequências, além do que se evidencia sobre o jeito de se pensar em nosso ordenamento jurídico com base nos referidos resultados. Apresenta, então, duas ideias que são de fundamental importância para a compreensão de seus posicionamentos. As ideias de *modelo de racionalidade jurídica* e *zonas de autarquia*, respectivamente o “conjunto de raciocínios utilizados para resolver casos concretos a partir do direito posto” (p. 65) e “espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer” (p. 69), são o ponto de partida. Tem-se a ideia de que no Brasil há um sistema legal *opinativo* e com base em *argumentos de autoridade*. A argumentação, conforme os exemplos apresentados no livro, não são para convencer e achar a melhor decisão, mas para apresentar uma que é a certa com base em doutrina e jurisprudência. Não há, portanto, nenhuma limitação com base em ônus argumentativo para as defesas dos promotores e advogados. Conforme o autor, “seu único compromisso é com a eficácia em convencer o destinatário” (p. 73). Não há exigência de uma argumentação que leve em conta um determinado padrão de raciocínio para definir o que é melhor. Rodríguez traça um perfil das decisões judiciais e de suas justificações: opiniões pessoais, geralmente. Merece destaque uma ressalva que o autor faz: decisões fundadas em argumentos de autoridade não são sinônimos de decisões autoritárias. É perfeitamente possível a coexistência entre modelos participativos e argumentos de autoridade, expressa em figuras como *amici curiae*, por exemplo. A fundamentação acaba sendo o porquê do convencimento do juiz por este ou aquele resultado. A legitimidade da decisão, por não basear-se em uma racionalidade na fundamentação, acaba por calcar-se no Judiciário como instituição, com uma aumentada importância do *ethos* dos tribunais. As análises do

autor são contundentes, evidenciando incongruências internas nos votos dos ministros, o que corrobora a ideia de *justiça opinativa* apresentada pelo autor. Não se trata de criticar o direito brasileiro com base em algum modelo deontológico externo, insuficientes para a realidade nacional, e sim explicá-lo e apresentar possibilidades para pensar nosso modelo de racionalidade judicial e como (se for o caso) modificá-lo.

Em seguida, trata o autor da questão do formalismo jurídico, destacando a relação deste com concepções de separação de poderes. As visões formalistas, conforme exposto, dependem de pressupostos institucionais, intimamente ligados com a visão da relação entre formalismo e legalismo. Segundo o autor, uma visão clássica da separação dos poderes, com a atividade jurisdicional restrita à aplicação lógico-formal das normas e códigos e atividade legislativa como detendo o monopólio da criação legislativa, levam a uma ideia mais formalista, com a percepção de que, ao criar exceções ou interpretar amplamente as normas, os juízes interferem indevidamente numa atividade que não deveria ser de sua competência, é a predominante no senso comum e conduz a um pensamento formalista. Todavia, Rodriguez apresenta raciocínios e comparações que evidenciam que esta visão ultrapassada e impraticável. Tanto normas gerais e abertas quanto excesso de normas fechadas não resolvem o suposto “problema” apresentado pelos formalistas. Há, entretanto, uma certa resistência de ideias formalistas no direito brasileiro, tanto por parte do corpo de juristas quanto da sociedade civil. No final do capítulo 3, são apresentadas algumas conjecturas sobre os possíveis motivos que levariam a tal fato. Os raciocínios desenvolvidos são convincentes e apresentam hipóteses válidas para explicar a persistência das ideias formalistas.

A continuidade do livro se dá abordando desenhos institucionais e modelos de racionalidade judicial. O controle das decisões, conforme Rodriguez, ocorreria por meio de *constrangimentos institucionais*, o que ele chama de “a forma de controle que não se preocupa diretamente com a maneira pela qual o juiz constrói ou justifica sua sentença, mas sim com o efeito do desenho institucional sobre os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário” (p. 151). Estes constrangimentos, assim, deveriam ser originários de um debate público racional e orientariam a estrutura do Judiciário, no intuito de “formá-lo”. Rodriguez, então, apresenta possíveis alternativas e modos de orientar e estruturar o Judiciário, colocando constrangimentos institucionais desejáveis. Os modelos de racionalidade jurídica que o autor propõe têm base em Kelsen e a ideia de pluralidade de decisões possíveis: homogeneizar os padrões de justificação, o que poderia ser feito de diversos modos. No entanto, o autor não tem pretensão de validade absoluta do modelo que apresenta: coloca-o apenas como uma possibilidade, tendo consciência que existe uma disputa entre diversos modelos no cenário jurídico brasileiro. Ao final, o intuito tanto dos constrangimentos quanto do modelo apresentado, o ponto de intersecção, seria eliminar as zonas de autarquias.

Na esteira destes raciocínios, seguem-se conjecturas e abordagens sobre o modo como o Judiciário brasileiro se construiu pós-88. O autor coloca que não cabe partir de uma concepção deontológica prévia sobre

como deve se estruturar a separação dos poderes, e sim observar como ela vai se construindo em face das participações sociais e dos princípios de independência e harmonia. Por fim, chega-se à questão da segurança jurídica. Como resguardá-la num contexto jurídico tão complexo, como o brasileiro? Com poucas normas abertas e gerais ou muitas normas fechadas e específicas? Segundo o autor, deveria-se tomar situações padronizáveis ou não padronizáveis como referência. No primeiro caso, normas fechadas e que imponham ônus argumentativo ao intérprete, obrigando-o a se ater a elas na eventualidade de estabelecer exceções. No segundo caso, textos abertos: ao obrigar a construção de argumentações, com o tempo formariam-se argumentações relativamente coerentes e congruentes, na forma de jurisprudência. De qualquer modo, Rodriguez defende que se abandone o textualismo: não seria mais que uma ilusão de segurança jurídica.