

Os últimos 25 anos e o futuro

Em estudo sobre a cultura jurídica dos países latino-americanos, especialmente voltado para a experiência brasileira, um dos maiores historiadores do direito da atualidade, António Manuel Hespanha,¹ realiza, de forma sintética, um balanço dos sucessos e das frustrações destes primeiros 25 anos de vigência da Constituição Cidadã de 1988.² O saldo, indiscutivelmente, é positivo. Conforme salienta o autor, o “caso brasileiro” tem revelado uma concepção crítica e socialmente comprometida do Direito, de tal modo que, em termos comparativos, o discurso jurídico europeu não mais se pode considerar inovador ou de vanguarda. O processo pode ser representado a partir de inúmeros fatores: a mudança do texto constitucional para uma posição central no ordenamento jurídico; o reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais; a substituição de um positivismo legalista por um positivismo constitucional; a consequente ampliação do papel do juiz na concretização do conteúdo dos princípios extraídos da Constituição; o ativismo judicial e a crença no papel emancipatório e transformador da hermenêutica jurídica.

Assim delineou-se o direito constitucionalizado brasileiro após 1988, cada vez mais consciente de seu compromisso para com a promoção dos valores

¹ Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutor *Honoris Causa* pela *Université de Lucerne*, na Suíça (2010) e pela Universidade Federal do Paraná (2013). Professor visitante em diversas instituições universitárias portuguesas e estrangeiras (Bélgica, Espanha, França, Alemanha, Itália, Noruega, Suécia, Suíça, Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos da América, México, China, Índia) e autor de numerosas obras científicas, dentre as quais se incluem: *A História do Direito na História Social*, 1977; *História das Instituições. Épocas medieval e moderna*, 1982; *Lei, Justiça, Litigiosidade. História e prospectiva*, 1993; *História de Portugal moderno. Político-institucional*, 1995 (ed. brasileira, 2006); *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, 1996 (ed. ital. Bologna, 2000; ed. cast. Madrid, 2002; ed. brasileira, 2005); *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça no mundo dos nossos dias*, Almedina, 2007; *Hércules confundido. “Sentidos improváveis e variados do constitucionalismo oitocentista. O caso português”*, Juruá, 2009 e *Caleidoscópio do Antigo Regime*, Alameda, 2010.

² As culturas jurídicas dos mundos emergentes. O caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 56, p. 13-21, 2012.

personalistas e solidaristas pretendidos pelo constituinte. Em perspectiva comparatista, observa Hespanha: “Enquanto na Europa a doutrina e o foro tendem a alinhar por padrões de julgamento orientados para aspetos técnicos, geralmente alheios às impuras problemáticas humanas e sociais e favoráveis ao Direito reconhecido por um *jet set* de juristas cosmopolitas, a judicatura brasileira está muito ligada ao ciclo contemporâneo da cultura política pop latino-americana, social e politicamente comprometida, confiante nas virtualidades das formas civilizacionais aí emergentes”.³

A revolução que essa perspectiva representa para a própria compreensão do papel do Direito na sociedade é inegável, mas a forma como o processo vem se desenvolvendo não ocorre sem sacrifício: não à toa, a invocação (e, não raro, a defesa honestamente intencionada) dos princípios constitucionais vem acompanhada de uso completamente atécnico e assistemático dos conceitos, institutos e instrumentos jurídicos já conhecidos pelo intérprete, numa aparente tentativa de inventar a roda quadrada.

De fato, embora se esteja criando um direito brasileiro no que tange aos objetivos e valores socialmente relevantes buscados pelo jurista no Brasil atual, voltado para a solução dos problemas nacionais, falta-nos ainda a técnica jurídica adequada para acompanhá-los. Em nossa defesa, é preciso lembrar que, assim como ocorreu nas primeiras duas décadas do século passado – reputado o *breve* século XX – vivemos em um período de grande indefinição. Sabemos quais são os problemas, mas, aparentemente, ainda não temos os instrumentos necessários para solucioná-los. Segundo Zygmunt Bauman, vivemos em um período de interregno (*“inter rex”*), semelhante ao que ocorreu em Roma na lendária transição do trono em virtude da morte de Rômulo, seu mítico fundador.

Se, por um lado, como observa Hespanha, “na origem dessa nova perspectiva crítica do Direito está a ideia social e politicamente militante de que a dogmática jurídica e aqueles que a cultivam devem estar comprometidos com objetivos de política social; não interessando tanto o sentido em que estes são concretizados,

³ Idem, p. 20.

mas o simples fato de se reconhecer que o Direito e os juristas devem responder aos problemas da sociedade”;⁴ por outro lado, faz-se necessário alertar que a consolidação da metodologia pós-positivista e da constitucionalização do direito civil tem sinalizado para um perigo crescente: a superação do formalismo por uma perspectiva mais flexível e principiológica deu lugar, e agora nos deparamos com o risco oposto, ao excessivo voluntarismo judicial. O receio dos juristas tradicionais parece encontrar eco quando nos deparamos com decisões que, sob o pretexto da constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecem realizar o que já foi chamado de “carnavalização” do Direito.⁵

Não sem algum paradoxo – especialmente em se considerando que a tradição dos países da família romano-germânica sempre foi a de apresentar um direito de professores, mais do que a de um direito dos tribunais –, poder-se-ia acrescentar à análise de Hespanha a constatação de que, mais do que um agigantamento do papel da doutrina na interpretação e concretização dos princípios que passaram a ocupar este papel central no ordenamento, o direito legislado e teoricamente majoritário tem sido substituído, no Brasil atual, cada vez mais pelo direito julgado, produzido pela magistratura. Ainda seguindo a tendência da importação “à brasileira” de modelos estrangeiros, tem-se assistido a uma progressiva aproximação do sistema brasileiro a um modelo que remete ao da *common law* – não fosse o fato, prontamente apontado pela doutrina mais atenta, de que a cada vez maior vinculação das decisões judiciais pretéritas não foi acompanhada, no Brasil, do arcabouço teórico e instrumental com que conta nos países anglo-saxônicos.⁶

A superação de uma aplicação robótica da lei não pode servir de pretexto para se conferir à magistratura carta branca para decidir de acordo com suas concepções pessoais, mediante a invocação genérica de algum princípio constitucional que o juiz acredite amparar sua própria e individual versão de

⁴ António Manuel HESPANHA, *As culturas jurídicas dos mundos emergentes*, cit., p. 15.

⁵ Daniel SARMENTO. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In C. P. de Souza Neto e D. Sarmento (coord.). *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 113-148.

⁶ Demonstra primorosamente as razões do permanente descompasso entre os dois sistemas Richard HYLAND. *Shall We Dance?* In P. Cappellini e B. Sordi (ed.). *Codici: una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 377-400, texto cuja tradução já foi gentilmente autorizada pelo autor para publicação no próximo número da *civilistica.com*.

justiça.⁷ Portanto, seja a constatação de que vivemos em uma era de incertezas, seja a de que o mecanismo de aplicação do Direito é hoje guiado por uma lógica, por assim dizer, informal (“*fuzzy*”) não permite abrir mão da segurança jurídica. A previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema.⁸ Ao que parece, parte do Judiciário não percebeu que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não significou a consagração do arbítrio, mas, ao contrário, impôs um limite interno, – metodológico: a exigência de fundamentação argumentativa da sentença.

À míngua de instrumentos criados especificamente para estes novos objetivos e de uma academia jurídica plenamente consolidada, o direito brasileiro ainda recorre a tradicionais modelos estrangeiros: “a doutrina europeia e norte-americana continua a ser citada e usada; mas recebida de forma pragmática e ‘impura’, usada de forma tópica, por vezes para obter resultados que não têm muito a ver com a sua lógica original”.⁹

Sem a tradição da *common law*, mas com a importação da noção de precedentes vinculantes,¹⁰ é de se duvidar que o intérprete brasileiro disponha de técnica necessária para produzir a distinção entre casos concretos aos quais se aplica ou não determinado precedente (o chamado *distinguishing* nos países anglo-saxões).¹¹ O projeto do novo Código de Processo Civil é um dos exemplos mais emblemáticos do caminhar, talvez irreversível, em direção à construção desse modelo norte-sul-americano de um direito dos juízes – e um exemplo ainda melhor de como a doutrina nacional precisa elaborar com urgência a

⁷ Sobre o tema, por todos, v. Luiz WERNECK VIANNA et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁸ Sobre o tema, Ricardo GARCIA MANRIQUE. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. *Doxa*, n. 26 (2003). Sobre a compatibilidade entre segurança jurídica e superação do formalismo, v. Antonio- Enrique PÉREZ LUÑO. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1994.

⁹ António Manuel HESPAÑA, *As culturas jurídicas dos mundos emergentes*, cit., p. 16.

¹⁰ Constituição Federal, art. 103-A.

¹¹ Embora atualmente seja comum a referência ao termo “precedente”, especialmente pelos Tribunais Superiores, não se trata da mesma coisa: o nosso precedente, necessariamente *plural* e relativo ao *direito*, denota, na verdade, o comportamento da “jurisprudência”, enquanto o “precedente” em sua acepção original, de matriz anglo-americana, normalmente é *único* e refere-se aos *factos* principais da demanda. Trata-se, portanto, de diferenças estruturais, qualitativas e quantitativas. Para essas e outras considerações acerca das consequências da mencionada diferença, v. Michele TARUFFO. *Precedente e giurisprudenza*. Roma: Editoriale scientifica, 2007, *passim*.

hermenêutica, os instrumentos legais e mesmo o ensino jurídico desta nova realidade, sob pena da ruína do sistema.

Maria Celina BODIN DE MORAES

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Os últimos 25 anos e o futuro. Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/os-ultimos-25-anos-e-o-futuro/>>. Data de acesso.