

Professores ou juízes?

Uma análise retrospectiva desses anos pós-constitucionais revela, no geral, uma história bem-sucedida. Contamos com um ordenamento jurídico plural e solidário, com a proteção cada vez mais plena e integral da pessoa humana e com uma metodologia de interpretação e aplicação do direito mais flexível e justa. No âmbito do direito civil, em especial, consolida-se a ideia de que a supremacia hierárquica do texto constitucional impõe não apenas o respeito formal às normas superiores, mas exige que a legislação ordinária seja sempre interpretada e aplicada de modo a garantir a máxima eficácia dos preceitos da Constituição.

O momento atual, todavia, apresenta também riscos e perigos, e deve ser observado com cautela. Um exame superficial já revela que as numerosas conquistas obtidas vieram acompanhadas de sérias consequências negativas, as quais, sem a devida correção, podem afastar os próprios objetivos que inicialmente se buscava atingir. Um exemplo no âmbito da responsabilidade civil é especialmente ilustrativo. O início do séc. XXI no Brasil coincidiu com a explosão de um fenômeno a um só tempo extraordinário e assustador: a avassaladora quantidade de casos de reparação de danos, das mais variadas espécies e gêneros, considerados indenizáveis. Qualquer resistência à indenização dos danos morais fora definitivamente eliminada pelo art. 5º, V e X, da Constituição Federal. No espírito de proteção privilegiada da pessoa humana, as lesões à sua dignidade passaram a ser plenamente ressarcíveis. Esta abertura desencadeou uma avalanche de demandas reprimidas, que não parece arrefecer.

Entretanto, a viabilização dessa conquista, como de outras desde a promulgação do texto constitucional, ocorreu mediante a exacerbação do recurso à técnica legislativa da cláusula geral e do livre arbitramento, que deixam a cargo do magistrado, respectivamente, todo e qualquer juízo acerca da existência de ato contrário ao Direito, bem como o cálculo de sua compensação, normalmente prescindindo de provas. Não foram ainda, como se sabe, elaborados critérios (ou mesmo parâmetros) minimamente objetivos que

possam auxiliar o juiz nessas difíceis tarefas, atribuídas, inteira e quase exclusivamente, à sua consciência. A jurisprudência, ainda inexperiente no tocante à metodologia principiológica, tem tido que aplicar sem o necessário apuro técnico, o que contribui para o cenário atual de caos, de falta de proporcionalidade e de grande arbitrariedade em relação ao tema.

Mas não só. Esse fenômeno é também consequência de uma atuação judicial nova e diferente, atuação esta que somente agora vem sendo completamente revelada e compreendida: é a consideração, inédita em nosso sistema, de que seria a jurisprudência quem diz o que é o Direito. Uma das manifestações mais explícitas desse pensamento nos Tribunais Superiores deve ser atribuída ao Min. Humberto Gomes de Barros, o qual afirmou em certa ocasião, não sem alguma dose de acidez: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. (...) Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”.¹

Temporadas de estudos em direito público e direito empresarial conduzidas na América, juntamente com a imensa oferta de bibliografia e do amplo predomínio da disponibilização de artigos e documentos *online*, acabam por gerar forte influência e, consequentemente, forte confusão no âmbito jurídico. A manifestação do ministro, com efeito, amolda-se com perfeição a ordenamentos do sistema da *Common Law*, ordenamentos em cuja base está o precedente judicial. Assim, por exemplo, embora atualmente seja frequente a referência a “precedente”, especialmente pelo STJ, não se trata da mesma figura. 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, com frequência é *único* e refere-se aos *atos principais* da demanda. As diferenças, portanto, mostram-se tanto qualitativas como quantitativas.²

Mas, independentemente das evidentes e iniludíveis aproximações entre os dois sistemas, a diferença estrutural que os distingue baseia-se justamente no fato de que a força

e o poder de um estão na teoria e na exegese; do outro, na prática e na perícia.³ Nos sistemas romano-germânicos entende-se haver uma “ciência”, decorrente do conhecimento do ordenamento, visto como um sistema que, composto pelo corpo de normas contidas em diplomas legislativos diversos, é dotado de algumas características essenciais: a unidade e a coerência.⁴ Daí, portanto, ser um direito doutoral, de professores, aqueles que em virtude de estudos aprofundados acerca do sistema, impossíveis de ser realizados no dia a dia por força das demandas cotidianas do julgar, melhor conhecem e, em consequência, melhor elaboram sua interpretação lógica, sistemática e teleológica.⁵

Na tradição da *common law*, ao contrário, o direito é jurisprudencial, baseado nos casos concretos (*case law*) e pouco codificado. O primado é conferido aos processos, que devem ser leais (*fair trial*) e realizados pelos cidadãos (*jury trial*), e cuja maestria se adquire sobretudo pela prática ou por técnicas pedagógicas que se aproximam ao máximo da prática profissional (o *case method*).⁶ Nesse sistema, as escolas de Direito são semelhantes a laboratórios. O *status* da regra jurídica não se considera fundado numa teoria moral ou numa ciência racional, mas tem em mira tão somente “dar uma solução a um litígio, situando-se, deliberadamente, no nível da casuística das aplicações particulares”.⁷ Nesse contexto, entendido o Direito não como ciência, mas como “experiência”,⁸ o jurista da *common law* é o magistrado.⁹

Em termos singelos, a lógica do modelo anglo-saxão é simplesmente diferente demais da lógica do sistema romano-germânico para que uma aproximação acrítica possa sair impune. Talvez o mais emblemático exemplo para a demonstração dessa diferença abissal seja o sistema de escolha dos juízes. No Brasil, como de resto na maioria dos países, os candidatos a juízes são pessoas formadas em Direito, que advogaram previamente, submetidos a rigorosos concursos de conhecimento das diversas disciplinas jurídicas. No sistema americano, 87% de todos os juízes das cortes estaduais são eleitos por meio do voto popular, e em 39 dos 50 Estados da Federação, pelo menos alguns juízes são escolhidos por votação popular, segundo o *National Center for State Courts*. Sandra Day O'Connor, ex-juíza da Suprema Corte americana, condena a prática: “nenhuma outra nação do mundo faz isso porque perceberam que não é possível conseguir juízes justos e imparciais dessa maneira”. Mas a ideia por trás desse sistema populista não é garantir a imparcialidade ou a independência do juiz, valores fundamentais em países que adotam a *civil law*; é sim fazer com que o juiz cumpra a vontade da maioria que o elegeu. “Se você quer juízes que atendam a vontade da opinião pública, elegê-los

é a melhor forma para isso”, afirmou S. Parnell, presidente do *Center for Competitive Politics*.¹⁰

A noção de que juízes eleitos representem de forma mais legítima a vontade popular talvez tenha contribuído para a perpetuação do sistema de precedentes do modelo americano, fonte da qual tantas vezes o direito brasileiro tem tentado beber. Substitui-se, em larga medida, o legislador pelo magistrado, e se equiparam, do ponto de vista democrático, os mecanismos de escolha de ambos, algo impensável no Brasil.

* * *

Tão mais pode e deve ser dito sobre o tema. Justamente por isso, escolhemos textos estrangeiros de não fácil acesso, cujas traduções foram feitas, por doutorandos e mes-trandos, com grande esmero, buscando manter a qualidade e a simplicidade. Tais textos, de professores de reconhecido renome e senhorilidade, servirão a emprestar, esperamos, um toque doutrinário de requinte a influenciar as novas gerações.

Este número da *civilistica.com* é amplamente dedicado ao diálogo entre as famílias romano-germânica (dita da *civil law*) e da *common law*, com especial destaque para os artigos dos Professores Richard HYLAND, Rodolfo SACCO e Michelle TARUFFO, cuja publicação, gentilmente autorizada pelos eminentes autores e longamente antecipada por nossa revista, traz à baila importantes subsídios para discutir nossa crescente e por vezes equivocada aproximação ao modelo dos países anglo-saxões. Na doutrina clássica, trazemos ainda a obra *Les loix civiles dans leur ordre naturel* de Jean DOMAT, integralmente digitalizada pela Bibliothèque Gallica, que desempenhou papel crucial na configuração das fronteiras do direito civil delimitadas pelo Código Napoleão e seguidas pelos demais Códigos da família romano-germânica. Nos *links* recomendados, o leitor encontrará a versão integral do clássico *The Common Law*, de Oliver Wendell HOLMES JR., disponibilizada pelo Projeto Gutenberg. Finalmente, oferecemos ainda a tradução de alguns dos artigos aqui publicados em língua estrangeira, dando a alguns a oportunidade de acesso a excelentes textos estrangeiros e, a outros, a ocasião de verificar a fidelidade, ou não, à etimologia da palavra latina ‘*traductiones*’ – cujo significado é “ação de levar em triunfo” – na relação entre os textos originais e suas respectivas versões no vernáculo.

Com este número, concluímos nosso primeiro volume com periodicidade semestral, cada vez mais empenhados em implementar todos os critérios indicados pela CAPES para o aprimoramento dos periódicos científicos no *ranking* Qualis. Para tanto, iniciamos o processo de indexação em bases de dados nacionais e estrangeiras, bem como nos mantivemos devotados aos objetivos de incremento da exogenia dos artigos publicados e da exogenia dos pareceristas que os examinam, num controlado sistema de avaliação duplo cego, aliado ao nosso propósito original de investir na publicação de doutrina estrangeira de qualidade, buscando, eventualmente, traduzi-la para propiciar o imprescindível debate com estudiosos de outros países, nesse mundo cada dia menor.

Os Conselhos da civilistica.com convidam o leitor a continuar contribuindo e acompanhando o prosseguimento desse afortunado projeto editorial.

Maria Celina BODIN DE MORAES

Editora

Como citar: BODIN DE MORAES, Maria Celina. Professores ou juízes?. Editorial. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/professores-ou-juizes/>>. Data de acesso.

¹ STJ, 1ª Seção, AgReg em EREsp 279.889/AL, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ ac. Min. Humberto Gomes de Barros, jul. 14.08.2002.

² Para essas e outras considerações acerca das consequências da mencionada diferença, v. Michele TARUFFO. *Precedente e giurisprudenza*, publicado neste número da civilistica.com.

³ Para perspectivas sobre um diálogo entre ambas as tradições, v. Richard HYLAND, *Shall we dance?*, publicado neste número da civilistica.com.

⁴ Norberto BOBBIO. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960, p. 80 e ss.

⁵ Pierre BOURDIEU. *O poder simbólico*. Trad. de F. Thomaz. 4. ed. s.l.: Bertrand Brasil, 2001, p. 209 ss.

⁶ Id., *ibidem*.

⁷ Id., *ibidem*.

⁸ Oliver Wendell HOLMES JR. *The Common Law*. 1881, em cuja primeira página se lê: “*The life of the law has not been logic; it has been experience*”. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm#link2H_4_0001>, link disponível neste número da civilistica.com.

⁹ Para o desenvolvimento das ideias aqui apenas esboçadas, remete-se a Maria Celina BODIN DE MORAES. Do juiz boca-da-lei à lei boa-de-juiz: reflexões sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, v. 56, 2013.

¹⁰ Fora dos Estados Unidos, existem apenas duas nações que têm eleições judiciais, e, mesmo assim, de forma limitada. Os pequenos cantões suíços elegem juízes, e os juízes nomeados do Supremo Tribunal japonês, por vezes, enfrentam eleições, apesar de alguns sustentarem que essas eleições são mera formalidade. Todos os dados indicados foram retirados da reportagem de Adam LIPTAK, publicada no *The New York Times* “Rendering justice, with one eye on re-election”, de 25 de maio de 2008, disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/05/25/us/25exception.html?pagewanted=all&_r=0>, acesso em 30 nov. 2014 e das informações contidas no documento intitulado “The US Legal System: A Short Description” - US Department of Justice. Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/argentina/231771/IRC/U_S_Legal_System_English07.pdf>