

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 175
Julho/setembro – 2007

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões

Roberto Freitas Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Uma palavra sobre o conceito de *Accountability*. 3. Os *Critical Legal Studies*. 4. CLS e coerência da perspectiva interna. 5. Coerência da perspectiva interna. 6. Compatibilidade da perspectiva interna de coerência com a teoria crítica. 7. As palavras avaliatórias e sua dimensão política. 8. Um caso exemplar. 9. Conclusões.

1. Introdução

O argumento do presente artigo consiste na possibilidade de otimização, por meio de um instrumento teórico-analítico, da teoria jurídica crítica denominada *Critical Legal Studies* (CLS). A despeito de sua especificidade teórico-jurídica, o referido argumento insere-se em um espectro mais amplo de pretensão: a idéia de transformação do estado de coisas. O presente trabalho inspira-se no âmbito do macroprojeto transformador progressista de esquerda, afirmação inicial que justifica a utilização do movimento teórico-político CLS.

É possível, por meio de um instrumento como a lógica formal, denunciar relações de poder presentes na atuação do poder judiciário? É possível avançar num projeto de radicalização da democracia participativa, ampliando a *accountability* do poder judiciário, revelando inconsistências no processo decisório que limitam a possibilidade de conhecimento das razões decisórias? É possível fazê-lo por meio de um instrumento

Roberto Freitas Filho é Mestre/Doutor - USP. Professor de Direito do Centro de Ensino Universitário de Brasília - UNICEUB.

analítico? Essas são as perguntas que delinham o escopo do presente trabalho.

Partindo-se da idéia de que, de forma geral, há um déficit de participação democrática nas instituições, e de forma específica tal déficit ocorre com relação à atuação do poder judiciário, o que interessa, neste momento, é o trabalho dos juízes; como se dá o processo decisório visto de uma perspectiva crítica. Se a transformação acontece por meio da conscientização e a conscientização tem caráter emancipatório (TRUBEK, 1984, p. 608), o sentido geral que anima e subjaz como pano-de-fundo do presente trabalho é, portanto, a tentativa de demonstrar como as decisões são produzidas e qual a repercussão do processo de elaboração de decisões na manutenção do estado de diferenciação e de exclusão sociais, de alocação social desigual de recursos materiais, sociais, políticos, culturais e simbólicos (SANTOS; RODRIGUES-GRAVARITO, 2005, p. 29). Essas questões dão sentido ao argumento embora não apareçam diretamente.

2. Uma palavra sobre o conceito de Accountability

A importância da aplicação do conceito de coerência às decisões judiciais diz respeito à possibilidade de exercício crítico em relação a elas. A apreciação pública dos motivos constantes das decisões jurídicas é uma das formas mais eficazes de interação entre os juízes e a sociedade. É para que haja possibilidade de conhecimento dos motivos que levam os juízes a julgar de determinada forma que as decisões devem necessariamente ser fundamentadas publicamente. A publicidade das decisões permite, portanto, o controle social do poder decisório, e o dever que os *decision-makers* têm de atender ao princípio da coerência é estreitamente relacionado com as idéias de transparência e de *accountability*¹ dos atos dos que detêm poder delegado pela sociedade. O que os juízes e os agentes políticos fazem

no exercício do poder deve ser passível de conhecimento coletivo e de crítica.

Embora o conceito de *accountability* tenha origem relacionada com o Poder Legislativo, sua aplicabilidade ao Poder Judiciário é amplamente reconhecida. *Accountability* é um dos requisitos do Estado de Direito segundo o qual ocupantes de cargos públicos devem responder pelas suas ações segundo regras jurídicas preestabelecidas e segundo as previsões legais que determinam o limite do exercício do poder pelos órgãos do Estado (DOMINGO, 1999, p. 151). O Judiciário é uma instituição central no que diz respeito à *accountability* dos demais poderes já que ele próprio exerce sobre os demais poderes o controle de legalidade do exercício do poder. O próprio Judiciário, entretanto, deve também responder por suas decisões de forma pública, tendo em vista que exerce poder em nome da sociedade como um todo, devendo agir com transparência e responsabilidade.

Espera-se de um judiciário democrático e independente que seja imparcial e que as decisões proferidas observem o critério da racionalidade de suas fundamentações. Assim, um mesmo tribunal não deve proferir decisões conflitantes ou sem sentido². O judiciário não pode exercer seu poder de forma a decidir conflitos jurídicos em desrespeito à lógica, em inobservância de fatos relevantes nem distorcendo fatos.

A noção de *accountability* é, portanto, um antídoto em relação ao arbítrio e tem como pressuposto o fato de que o judiciário possui um enorme poder e deve ser publicamente responsável (no sentido de responsivo, *accountable*) (PERES-PERDOMO, 2005, p. 130) pela forma como o utiliza (ROSSEN, 1987, p. 6). Vários são os meios pelos quais a responsabilidade pública do judiciário pode ser instrumentalizada, como a fiscalização por instâncias superiores, por outros setores do Estado externos ao judiciário ou pela sociedade civil. No presente artigo, o que nos interessa particularmente é a possibilidade de que a sociedade conheça

e critique as decisões, o que pressupõe uma fundamentação adequada (GARDEN, 1980, p. 122).

3. Os Critical Legal Studies

O exercício da crítica das decisões do judiciário somente é possível de forma plena se as decisões são suficientemente claras. Criticar um projeto político que é veiculado por meio de uma decisão demanda que a decisão seja adequada e suficientemente motivada. Meu argumento no presente artigo consiste na proposta de que a crítica às decisões judiciais feita pelos CLS pode ser potencializada se admitida a utilidade do conceito de coerência na utilização da linguagem. O uso informativo da linguagem³ pressupõe um mínimo de racionalidade, e a coerência serve como um critério de aferição de sentido racional de um discurso.

Penso ser possível, nesta medida, utilizar uma ferramenta teórica analítica em prol dos *Critical Legal Studies*. O movimento CLS, gestado nos EUA no fim da década de sessenta e início da década de setenta (GORDON, 1987, p. 196), no ambiente de contracultura então vigente, tomou corpo a partir de um evento acadêmico, engendrado por David Trubek e Duncan Kennedy, realizado na Universidade de Wisconsin, em Madison em maio de 1977, e tem como idéias centrais a crítica ao liberalismo e ao positivismo formalista (GODOY, 2005, p. 9; UNGER, 1986, p. 1). O ataque teve duas linhas distintas: a crítica à alienação produzida pela doutrina jurídica e a crítica desconstrutivista apoiada no realismo norte-americano, que pode ser sintetizada na idéia de "indeterminação" (GABEL, 2004, p. 48). O que torna os CLS importantes para a presente análise é que não apenas se apresentou como um movimento teórico mas também assumidamente como um movimento político⁴, com uma agenda de transformação da percepção de consciência individual e social⁵, o que confere pretensão politicamente emancipatória ao mesmo. O

movimento não teve por objetivo a apresentação de um novo modelo pronto de arranjo social e jurídico, mas pugnava pela vigilância crítica com relação ao que os tribunais fazem com o direito. Nesse sentido pode-se dizer que o projeto revolucionário dos CLS é de natureza processual.

Os CLS podem ser entendidos sob quatro perspectivas diversas: a) o movimento chamado "CLS"; b) uma escola denominada "CLS"; c) uma teoria jurídica chamada "CLS" e d) um *factóide midiático* denominado "CLS" (KENNEDY, 1997, p.9). O que me interessa aqui são as perspectivas do movimento e da teoria jurídica chamados de CLS. O movimento, pelo seu sentido de ação coletiva com uma determinada intencionalidade de reforma do *status quo*, e a teoria, pelo conjunto das idéias que pressupõe uma determinada explicação para o fenômeno da aplicação das normas, e pela demarcação de um conjunto identificável de propostas, que faz com que haja um discurso dos CLS e um discurso contra os CLS (KENNEDY, 1997, p. 10).

Um dos objetivos principais do movimento é a denúncia das relações de poder que subjazem às normas e à prática jurídica e, embora a tradição dos CLS tenha sido bem-sucedida em demonstrar as discrepâncias de poder entre atores sociais que estão refletidas no direito em suas dimensões normativa, cultural e institucional, a esta dimensão crítica pode ser acrescida uma outra analítica, de caráter instrumental, com objetivo propositivo⁶. Decorre daí a idéia de que a teoria da linguagem e os princípios da lógica formal podem ser instrumentos úteis para mostrar as inconsistências argumentativas em decisões judiciais, cobrando *accountability* do judiciário.

4. CLS e coerência da perspectiva externa

Há duas formas possíveis de apreciação de um determinado juízo: uma substantiva e outra formal. Fazer um juízo sobre

a correção do conteúdo de determinada opinião é algo altamente problemático já que para isso teríamos de admitir algumas regras morais substantivas. Uma apreciação formal, diferentemente, pressupõe alguns princípios aplicáveis à linguagem, sem os quais não há inteligibilidade na comunicação⁷. Dois princípios que dão sentido à comunicação entre sujeitos e que são constitutivos da linguagem como meio de interação informativa são o princípio da não-contradição e o princípio da identidade (ARISTÓTELES, 2004). O princípio da não-contradição determina que um mesmo sujeito não pode dizer sobre o mesmo objeto coisas distintas e conflitantes entre si, sob pena de comprometer a coerência da própria linguagem. O da identidade diz respeito ao fato de que um objeto pode apenas sê-lo e não algo distinto de si próprio. Assim, a coerência é um princípio da linguagem prescritiva, tipo de linguagem na qual o direito é inserto⁸.

A transparência das decisões judiciais pressupõe a publicidade dos motivos que levam o juiz a optar por uma determinada decisão e, assim, a racionalidade das decisões é passível de ser apreciada. Tal racionalidade diz respeito a plausibilidade do argumento do ponto de vista da utilização de uma forma inteligível e adequada, bem como de razões aceitas como aptas a justificar uma determinada decisão. O conceito de coerência, aplicado à apreciação da plausibilidade do discurso de fundamentação da decisão, permite a verificação da racionalidade do discurso. “Coerência”, entretanto, é um conceito que pode ser aplicado em mais de um sentido e, portanto, é necessário esclarecer em qual sentido utilizo-o.

Em termos de análise do resultado da decisão do ponto de vista do seu conteúdo, e portanto da adequação de sentido da decisão a um “sistema normativo”, o conceito de coerência pode ser encarado de duas diferentes perspectivas: interna e externa⁹. Em uma perspectiva interna, portanto pres-

critiva, segundo a tradição interpretativista, aí entendidos autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Neil MacCormick, por exemplo, a coerência tem papel central. Por outro lado, sob uma perspectiva crítica, externa, a coerência é vista como um recurso discursivo de legitimação decisória¹⁰.

Não utilizo o conceito de coerência da mesma forma em que ele é utilizado pelos autores citados, na medida em que esses propõem uma determinada metodologia para a produção de decisões que pressupõe algum grau de objetividade de sentido nas normas. Alexy (2001) trabalha com uma série de normas de controle do método de produção de decisões que, embora formal, pressupõe o compromisso ético do julgador com um mínimo universal, como, por exemplo, a pressuposição de boa-fé ao julgar, o que é incompatível com a proposta crítica dos CLS. Dworkin (2002) imagina um mínimo valorativo, expresso no compromisso de integridade, que deve ser aceito como condição prévia para que se obtenha uma decisão correta. Por fim, MacCormick (2003) trabalha com um método descritivo do processo decisório que, embora formal, enseja a discussão sobre a correção material da decisão. Os CLS rejeitam completamente qualquer discussão sobre correção de decisões, o que torna as perspectivas teóricas antagonicas neste sentido. A utilização do conceito de coerência interna que faço não tem relação com a idéia de decisão correta e não diz respeito a nenhum conteúdo valorativo mínimo ou qualquer correção material da decisão. Minha utilização do conceito é relativa às condições de intelegibilidade da linguagem, em um nível bem mais básico do que se vê na análise dos autores mencionados.

A crítica ao conceito de coerência feita pelos CLS não é endereçada aos princípios da utilização conseqüente da linguagem, o que torna possível compatibilizar em um nível fundamental o conceito de coerência com uma abordagem crítica, aceitando o princípio da indeterminação.

O conceito de coerência que é criticado pelos CLS é aquele que decorre do desenvolvimento da chamada “ciência do direito” pela teoria alemã do século dezanove. Segundo essa concepção de coerência, haveria princípios gerais no direito que poderiam ser conhecidos por meio dos métodos da ciência (indução e dedução) e que conseqüentemente seriam codificados, de forma tal que o direito poderia ser expresso por meio de códigos sistemáticos e coerentes. Essa idéia de coerência está relacionada com o ideal de um sistema coerente de normas, as mais fundamentais sendo mais gerais e as mais específicas sendo mais precisas. A teoria tem como objetivo fornecer um método para que as decisões sejam produzidas de forma “correta”, possibilidade radicalmente negada pelos CLS, além de circunscrever o direito às normas positivadas pelo Estado. Tem-se, assim, um método e um objeto próprios da ciência jurídica.

É de notar que uma concepção “científica” de direito é alheia à tradição norte-americana embora tenha influenciado o ensino jurídico do país no fim do século dezanove e início do século vinte¹¹. Para os estadunidenses, a “ciência jurídica” é algo distante de sua realidade, já que no modelo norte-americano a figura protagonista no direito é o juiz, que é um solucionador de problemas, e não um teórico. Ciência do direito, ênfase na criação de um sistema jurídico, formalismo, limites à aplicação da equidade são todos fatores que em tese limitam a atividade do juiz como solucionador de problemas. O realismo norte-americano, do qual os CLS são tributários, surge no contexto do combate a tais idéias (MERRIMAN, 1985, p. 79).

Nos limites do presente argumento, portanto, desconsiderada a utilização de autores como os que chamei de interpretativistas, o conceito de “coerência” pode ser entendido de duas formas distintas: a) do ponto de vista dos CLS, a coerência é um mito que serve a dar suporte à idéia de que

o sistema jurídico é um sistema lógico auto-referente em que sempre há uma resposta certa para um problema decisório qualquer; b) do ponto de vista da teoria da linguagem da moral, sob a perspectiva lógico-formal, a coerência é um conceito que supõe a aplicação dos princípios de identidade e não contradição ao discurso de um emissor qualquer. O primeiro sentido do conceito de coerência pode ser entendido a partir da perspectiva externa de aplicação, e, no segundo, pode-se falar em coerência da perspectiva interna.

Na perspectiva dos CLS, a crítica à coerência pressupõe o primeiro sentido do termo. Segundo essa visão¹², as contradições da doutrina jurídica predominante, que advoga a existência de uma coerência lógica e de um “sistema” normativo, resultam necessariamente na idéia de “indeterminação”. Assim, não existe uma *resposta certa* ou uma *decisão certa* para um problema jurídico. O conceito de *Rule of Law*¹³, segundo os CLS, não existe na forma em que a doutrina dominante entende. O que existe é um *Estado Político*, no sentido de que todas as decisões são essencialmente políticas. Na medida em que é utilizado como recurso de legitimação do modo de decidir aceito como válido, o conceito de *Rule of Law* serve à legitimação de um estado de opressão e dominação. Outro ponto de ataque dos CLS é relativo à capacidade da lei de constringer o exercício do poder. A idéia de que o poder pode ser limitado pelo direito é um fetiche, pois o direito não seria criado para limitar o poder daqueles mesmos que o criaram. A idéia de *Rule of Law* serve para retirar poder dos indivíduos e como tal deve ser atacada (ALTMAN, 1993, p. 15-16).

O projeto crítico-teórico dos CLS foi construído sobre quatro princípios: indeterminação (*indeterminacy*), antiformalismo (*antiformalism*), contradição (*contradiction*) e marginalidade (*marginality*) (TRUBEK, 1984). O princípio da indeterminação é aquele segundo o qual o direito não é sis-

temático e não provê respostas normativas para todas as situações. Há um grau de indeterminação nas normas jurídicas que tem necessariamente de ser suprido pela subjetividade do julgador¹⁴. O princípio do antiformalismo diz respeito à negação de uma pretensa neutralidade racional do processo decisório. Formalismo é entendido como um método decisório, segundo o qual é possível decidir por meio de dedução lógico-formal¹⁵. O princípio da contradição significa que o direito reflete a luta ideológica na tentativa de prevalência de um determinado modo de ver as relações humanas. Por fim o princípio da marginalidade significa que o direito não é visto como decisivo para a determinação do comportamento social.

O princípio que interessa analisar especificamente é o da indeterminação, já que é fundamentalmente dele que decorre a proposição de que as decisões não são controláveis e é com esse princípio que a coerência deve-se compatibilizar para que minha proposta neste trabalho faça sentido. Um dos argumentos centrais dos CLS para a crítica da coerência no direito é o de que as normas jurídicas são expressas em linguagem natural, portanto em linguagem polissêmica, imprecisa, inerentemente indeterminada. Quando alguma norma tem de ser aplicada, o processo decisório por meio do qual isso é feito nunca é um processo puramente racional e, portanto, é ideologicamente condicionado¹⁶. Se as palavras são, em certa medida, indeterminadas, assim também as leis o são. Dessa afirmação segue que não existe possibilidade de que uma decisão qualquer para um problema jurídico qualquer seja logicamente correta e assim chega-se à conclusão de que as decisões jurídicas são o produto de uma escolha pessoal daquele que julga. Se não há como determinar a “correção” de uma determinada decisão, e se as decisões jurídicas são sempre a expressão da opção pessoal daquele que julga, a decisão será sempre o resultado de uma opção política.

A “coerência” é criticada pelos CLS no sentido de que é inverídica e mistificadora a afirmação de que um sistema jurídico pode ser coerente, e que essa coerência estaria relacionada com a possibilidade de que uma dada decisão seja tida como “correta” (=coerente) (TRUSHNET, 2001, p. 100)¹⁷.

A afirmação de que as decisões jurídicas são a expressão de opções políticas tem, para os CLS, um caráter de denúncia, de explicitação de uma estratégia de mistificação do discurso jurídico, na medida em que pretende enfatizar o fato de que as decisões jurídicas são o produto da vontade do julgador e, assim sendo, a idéia de que há um descompromisso com o resultado do processo decisório é falsa. Os CLS utilizam o conceito de coerência como instrumento retórico para mostrar discrepâncias na teoria jurídica predominante¹⁸. A teoria crítica, assim, analisa o direito de uma perspectiva externa correlacionando-o com a ação social.

Do ponto de vista teórico, os CLS criticam o projeto liberal norte-americano e afirmam que a doutrina jurídica aceita e reproduzida modelarmente – chamada de “doutrina dominante” – cumpre uma função de alienação tanto dos próprios praticantes quanto dos indivíduos. A “doutrina dominante” funciona instrumentalmente a impedir seletivamente a discussão de certos temas e de esquemas sociais diversos daquele que é estabelecido. Para os CLS, faz-se necessário o questionamento dessa forma dominante de pensamento e prática jurídicos¹⁹.

Do ponto de vista político, o projeto dos CLS visa à afirmação de um contra-programa social de transformação, e para tanto propõe a desmistificação do discurso jurídico como algo que não é puramente racional (ato de conhecimento) e que funciona como o veículo legitimador de um modo de decidir que, em última análise, tem a função política de manter o estado de dominação de um grupo social (aqueles que detêm poder) sobre outro (aqueles que não

o detêm). Uma das constantes afirmações dos chamados “crits”²⁰ é que o direito e as “ciências políticas” (*policy sciences*) não têm um conjunto de técnicas e instituições que possam resolver o problema social da dominação. Sustentam também que o discurso jurídico predominante, que se baseia nos conceitos de racionalidade técnica, eficiência e inexorabilidade da ordem política e econômica como posta, é um discurso de poder, pois, além de ser imposto por meio de uma estrutura institucional que permite o uso da força, seu campo de atuação é prerrogativa daqueles que conhecem e operam tal discurso, o que o torna excludente e instrumental²¹. Resultado da influência do realismo norte-americano no projeto dos CLS é a crítica ao formalismo (SINGER, 1988), entendido como o método segundo o qual as questões jurídicas podem ser resolvidas por meio de dedução, excluídas as considerações relativas a políticas, a não ser que alguma norma assim determine. A aplicação do método dedutivo na perspectiva do formalismo jurídico resulta no encobrimento das reais razões segundo as quais uma questão é decidida. Há uma inexorabilidade de que sejam feitas considerações políticas no processo decisório, o que permite introduzir considerações ideológicas e preferências pessoais na decisão, considerações estas que ficam “mascaradas” sob a aparência de uma decisão neutra (KENNEDY, 1997, p. 111).

O projeto teórico que acompanha o projeto político se apóia na noção de “indeterminação” e na necessária inter-relação entre o intérprete e a norma, o que poderia aproximá-lo de uma perspectiva hermenêutica. Todavia, a afirmação da complexidade da relação entre intérprete e texto não é vista como uma questão a ser investigada na perspectiva da previsão do resultado de tal interação, nem como um ponto de partida para a investigação sobre a descrição de um método decisório²². O conceito de indeterminação funciona, portanto, como veículo denunciador da inerente politização do ato

decisório, na medida em que, ao proceder a uma decisão, o julgador inexoravelmente impregna sua ideologia no resultado do trabalho. Essa alternativa à doutrina dominante é chamada de “doutrina desviacionista” (*deviationist doctrine*), que visa à afirmação emancipatória dos que não detêm o poder jurídico (UNGER, 1983, p. 15-42).

A indeterminação pode ser também explicada pela afirmação de que a predicação, o ato de julgar, é sempre uma ação estratégica, não importando se busca um sentido normativo dentro de um quadro (*frame*) de possíveis significações (KELSEN, 1991) ou em uma área de penumbra (HART, 1996). A questão da previsibilidade das decisões não é fundamental para o projeto crítico, mas sim a idéia de que o direito é uma arena de lutas políticas em que diferentes ideologias competem. O trabalho de definição do sentido normativo de uma norma qualquer é um trabalho político e assim deve ser explicado. Negar essa dimensão do fenômeno jurídico é mistificá-lo, e assumir o ato de julgar como um ato neutro é negar a conflituosidade política inerente ao direito, o que é eticamente inaceitável. Não somente as normas, mas o próprio direito é, assim, indeterminado, pois os significados normativos e a ideologia de quem os determinam também o são (KENNEDY, 2005; 1990, p. 805).

Embora os CLS tenham atacado firmemente o formalismo jurídico, a crítica à idéia de coerência independe do tipo de raciocínio aplicável à decisão, e é feita ao argumento posto tanto na forma dedutiva quanto na forma de adequação a políticas. A idéia de que a existência de uma “resposta certa” é possível é combatida com base no fato de que as decisões são a expressão de um projeto político e não de um ato de puro conhecimento. O argumento de política, em oposição ao argumento dedutivista, é aquele que se processa por meio da consideração de certas conseqüências que provavelmente advirão do resultado da decisão. Se tais conseqüências realizam uma

determinada finalidade de política pública, então a “resposta certa” foi encontrada. No argumento de política, a dedução a partir de uma determinada norma não resolve satisfatoriamente a questão a ser decidida, devendo necessariamente entrar em jogo no processo decisório a consideração de razões não dedutivas, *standards* e objetivos coletivos a serem atingidos. Dworkin, por exemplo, propõe um método de decisão que é severamente criticado pelos CLS na medida em que implica a idéia de uma “resposta certa”²³. A figura do juiz Hercules é criticada pelos CLS, pois entendida como uma ferramenta inadequada para explicar o processo decisório já que, na verdade, as decisões sobre o melhor resultado não são exclusivamente produto de considerações racionais, mas expressão de preferências políticas idiossincráticas²⁴. Assim sendo, tanto em um argumento dedutivista quanto em um argumento de políticas haveria a falsa assunção de uma ontologia implícita. É contra essa idéia, de que há uma essencialidade no conceito de “correção” das decisões, que se manifestam os CLS. Não é combatida a afirmação de que o raciocínio jurídico segue a forma dedutiva, mas sim a idéia de que existe uma coerência sistemática no direito que pode ser apreciada no resultado do processo decisório (KENNEDY, 1997).

O sentido do conceito de coerência utilizado pelos CLS é, portanto, relativo a idéia de que um pretense sistema jurídico proporcionaria decisões “corretas” se considerados os aspectos “corretos” envolvidos em uma determinada questão a ser decidida. A coerência é, nesse sentido, um conceito relativo a um sistema de normas que possui um sentido coeso e que deve ser observado, se aplicado o método correto.

Em tal perspectiva, a coerência é relacionada à idéia de que há uma correção objetiva de uma determinada resposta cujo critério de avaliação é o seu cotejo com o sentido das normas e do sistema normativo, seja o sistema considerado como o conjunto ordenado de normas aplicáveis por meio de

deduções, ou como o conjunto de normas que expressam direitos e políticas a serem atingidos. Embora seja procedente a crítica dos CLS ao conceito de coerência em tal formatação, não é esse conceito que utilizarei em minha proposta crítica.

A coerência, no sentido até aqui descrito, constitui um recurso retórico de legitimação ideológica que se expressa nas decisões judiciais e na doutrina dominante. O chamado “mito” da coerência dá suporte às seguintes idéias: a) que o direito é um sistema lógico completo e coerente; b) que julgar é um processo lógico dedutivo no qual as premissas não são problemáticas; c) que o responsável pelo resultado concreto de um julgamento qualquer não é aquele que julga, mas aquele que fez a lei. Seguida essa lógica, se o resultado do julgamento for, por hipótese, desastroso, não há que se culpar quem decidiu daquela forma, mas sim quem fez a lei tal como ela é. Assim, a *lei* é responsável pelo resultado, não o juiz. A idéia de que o direito é um sistema de regras com sentido auto-evidente e que estas podem ser aplicadas mediante o processo lógico-dedutivo, em que a premissa maior (a norma) possui um sentido objetivo único, encobre a realidade política do julgamento.

A crítica dos CLS me parece correta, mas é importante sublinhar que ela não implica uma radical negação da possibilidade de racionalidade nas decisões. Os CLS adotam a descrença metódica na possibilidade empírica de “correção” das decisões judiciais ou num tipo de universalismo de valores, mas não propõem o ceticismo radical. Embora a postura crítica pressuponha a constante tentativa de desmistificação do discurso e da prática jurídicos, a idéia de que as decisões sobre conflitos devam ser tomadas pelo judiciário ainda parece ser institucionalmente a alternativa menos imperfeita²⁵.

Se a aplicação de normas jurídicas é um ato político, é possível cobrar do judiciário algum tipo de coerência em nome da expectativa de racionalidade e previsibilidade do sentido normativo das decisões? Aceitar a

indeterminação é aceitar a impossibilidade de qualquer controle sobre as decisões judiciais? Se as respostas a essas perguntas forem as de que não há possibilidade de qualquer controle ou apreciação racional sobre as decisões judiciais e que não é possível cobrar racionalidade do judiciário, então o projeto dos CLS ter-se-á esgotado em seu próprio limite de denunciar o *status quo*²⁶. Penso que não seja esse o caso.

5. Coerência da perspectiva interna

Penso haver três possíveis respostas para a pergunta sobre a existência de racionalidade nas decisões jurídicas: 1) As decisões são totalmente controláveis e racionalmente fundamentadas; 2) As decisões são absolutamente irracionais e são os produtos da mera preferência pessoal dos juízes; 3) As decisões são produzidas com algumas restrições à total irracionalidade na medida em que as normas permitem alguma previsibilidade e são fundamentadas com argumentos racionais.

A terceira resposta explica de forma mais precisa o que ocorre em uma decisão judicial. Há como verificar a racionalidade das decisões jurídicas, embora elas não sejam somente o produto de atos de conhecimento racionais. Uma segunda perspectiva de conceituação de coerência é aquela voltada para as condições de racionalidade do *uso da linguagem*. A linguagem utilizada no sentido informativo (não se trata, portanto, do uso poético) tem na coerência um princípio que constitui a possibilidade de interação intersubjetiva bem-sucedida. Quem afirma algo (o emissor) tem em mente que aquele que recebe a mensagem (o receptor) entende o que está sendo dito, pois compartilha de forma geral do mesmo conhecimento de sentido relativo às palavras que são utilizadas em uma determinada mensagem (semântica) e também compartilha do conhecimento de como as palavras são utilizadas naquela linguagem (gramática)²⁷.

A coerência interna é, assim, aquela que se espera de um sujeito emissor que profere mensagens e que quer ser entendido de forma satisfatória. Para tanto, quanto mais precisa for a utilização das palavras, quanto mais correta a organização gramatical da mensagem e quanto mais agradável for o estilo, maior será a chance de sucesso da comunicação. Por exemplo, quem diz que algo é um *livro* não pode simultaneamente dizer que o mesmo objeto é um *copo* sem que apareça desde logo a incoerência da mensagem. Haverá, evidentemente, casos em que o conceito será passível de debate ou a própria inserção do objeto em uma ou outra classe de objetos será um procedimento altamente questionável e dependerá, em grande parte, do sistema geral construído por uma determinada comunidade de indivíduos comunicantes.

De forma bastante sintética, quem afirma que um determinado objeto é *x* não pode ao mesmo tempo afirmar que o tal objeto é *não-x* ou que é um terceiro objeto qualquer. Proferimentos simultâneos contraditórios são incoerentes e rompem o sentido da comunicação, conforme determina o princípio lógico da não-contradição. O mesmo ocorre quando algum sujeito afirma que um determinado objeto, em uma determinada situação, deve receber um determinado predicado, e, ao mesmo tempo, afirma que tal objeto não deve receber o mesmo predicado. Isso somente faz sentido em uma situação em que alguma (ou algumas) condição considerada em tal predicação tenha-se alterado, o que deve ser informado para que haja possibilidade de inteligibilidade da mensagem. A coerência interna do uso da linguagem é, portanto, condição de possibilidade de inteligibilidade do discurso informativo.

6. Compatibilidade da perspectiva interna de coerência com a teoria crítica

Qual o benefício da utilização do conceito de coerência interna no âmbito de

uma teoria crítica como os CLS? Qual a importância da diferença dos conceitos de coerência externa e de coerência interna para tal teoria?

O conceito de coerência, visto da perspectiva interna da linguagem, é perfeitamente compatível com a teoria crítica, na medida em que, sendo um conceito formal, que serve como critério de apreciação lógica do discurso jurídico, não é incompatível com a crítica à idéia de correção de resultados das decisões. A coerência interna diz respeito a um nível de racionalidade da linguagem que está em posição meta-crítica em relação à crítica da coerência normativa sistêmica, objeto de ataque dos CLS. A coerência interna, além de não ser incompatível com o projeto crítico, pode ser um poderoso instrumento revelador das práticas políticas dos julgadores, na medida em que possibilita a análise do sentido do discurso de justificação das decisões.

A crescente complexidade das formas pelas quais as relações sociais se expressam implica a utilização, também crescente, de conceitos semanticamente abertos que permitam ao aplicador da norma, no caso concreto, sua adaptação às circunstâncias fáticas. Sendo a linguagem imprecisa e a lei indeterminada, é impossível determinar um sentido unívoco para as palavras com as quais as normas são redigidas. É por essa razão (e não *apesar* dela) que o conceito de coerência interna é útil para uma teoria que busca denunciar as relações de poder expressas nas decisões jurídicas, na medida em que, ao dar sentido à norma, o juiz expressará suas preferências.

Os CLS defendem a idéia de que, se as contradições e incoerências teóricas e políticas embutidas nos discursos daqueles que detêm o poder forem demonstradas, “trazidas à luz”, isso poderá colaborar com processo de transformação social em direção a um estado de coisas mais justo em termos de distribuição de poder, de recursos sociais e de participação democrática. Isso se dará à medida que houver conscientização

das relações de poder e conseqüentemente discussão sobre a alocação desse poder. Uma das práticas que resulta no encobrimento das opções políticas de determinado julgador é decidir utilizando conceitos avaliatórios (prescritivos) como se fossem descritivos, o que permite a esquivas do dever de fundamentação das decisões com a simples menção a um conceito avaliatório presente em uma norma, como se tal conceito tenha sentido descritivo auto-evidente, partindo daí para a conclusão.

Um exemplo do uso cotidiano da linguagem que ilustra tal procedimento é alguém dizer que um jogador de futebol é um “bom jogador”. Se todos nós, na qualidade de receptores de tal mensagem, tivermos o direito de conhecer os critérios que determinaram a avaliação envolvida no juízo sobre o jogador, o que acontece no caso das decisões judiciais, o emissor de tal juízo deve dizer quais os critérios descritivos determinaram tal afirmação. A razão pela qual não é admissível a utilização de um conceito avaliatório para justificar uma determinada decisão é que o emissor estará incorrendo em uma petição de princípio, dizendo, para continuar a ilustrar com nosso exemplo, que um jogador de futebol *x* é um bom jogador porque ele “dribla bem”. Mas, afinal, o que significa driblar “bem”? Alguém que queira verificar a coerência da avaliação feita por um crítico de futebol sobre dois jogadores tem de saber quais critérios foram utilizados para se chegar a tal conclusão, e tais critérios têm de ser descritivos, sob pena de que a avaliação fique sujeita à consideração de elementos não completamente revelados.

O emissor terá o dever de dizer que o jogador é um bom jogador porque, por exemplo, a) é mais veloz do que os demais; b) joga em mais jogos do que os demais (portanto se contunde menos); c) acerta mais vezes os chutes em gol do que os demais; d) acerta mais passes para os companheiros do que os demais jogadores etc²⁸. Somente com a explicitação dos critérios

descritivos sobre aquele que está sob análise, é possível verificar se um outro jogador, submetido ao mesmo tipo de julgamento, está sendo julgado imparcialmente, ou seja, isonomicamente. Caso contrário, nada impede que um determinado comentarista de futebol, que não é simpático a um determinado jogador, diga que o mesmo não é um “bom jogador”, mesmo que este tenha resultados similares àquele jogador que inicialmente havia sido avaliado como um “bom jogador”.

O fato de o julgamento ser um ato político e de o processo decisório estar sujeito a influências políticas, econômicas e idiossincráticas pode levar aquele que lida com o direito a tornar-se cético e lançá-lo ao imobilismo, no sentido de que, se o julgamento é meramente um ato de vontade sem nenhum tipo de controle racional, nada há a fazer a não ser jogar a “loteria” das decisões do Judiciário ou abster-se de ter contato com este mundo de resultados de representações pessoais dos julgadores. Por outro lado, uma ferramenta teórica de otimização (ao menos do ponto de vista formal) do direito pode ser utilizada de forma combativa, teoricamente potente, politicamente engajada.

O que sustento é, portanto, a possibilidade de unir uma abordagem analítica com uma outra, de natureza crítica (os CLS), tendo como objetivo propor um modo de otimização do direito em resposta à crítica feita ao movimento de que não há aplicabilidade prática decorrente de seu projeto teórico de denúncia das relações de poder que subjazem as decisões jurídicas.

7. As palavras avaliatórias e sua dimensão política

Apresento a teoria da linguagem moral com a qual eu penso ser possível avançar no projeto crítico dos CLS: o Prescritivismo Universal. Essa teoria foi desenvolvida por Richard Hare²⁹, na segunda metade do século vinte, e tem como objetivo explicar o

funcionamento da linguagem prescritiva, especialmente diferenciando dois tipos de palavras e seus significados lógicos: palavras descritivas e palavras avaliatórias. O ponto central da teoria diz respeito aos motivos que fundamentam a ação humana e a investigação do papel da razão nos juízos valorativos³⁰.

A linguagem da moral é prescritiva, assim como também o é a linguagem jurídica. O modo imperativo, próprio da linguagem prescritiva, é expresso na forma de comandos e tal característica aproxima, portanto, a linguagem da moral à linguagem jurídica. A utilidade da teoria de Hare para os fins deste trabalho é que, por meio dela, é possível identificar o problema da complexidade da fundamentação de decisões, especialmente no que concerne a expressões com alta margem de imprecisão em seu sentido avaliatório.

Ponto central no prescritivismo universal é que o significado das palavras está ligado a como elas são utilizadas no discurso prescritivo. O significado não é somente a adequação de um sentido ao qual a palavra é referente (relação significante – significado), mas é também determinado pelas regras que regulam o seu uso.

Na linguagem natural, as palavras³¹ possuem uma “textura aberta” e a aplicação de normas jurídicas revela toda a complexidade decorrente dessa característica. As regras de utilização das palavras dão consistência ao seu uso prático, o que permite inteligibilidade entre os falantes (HARE, 1963, p. 5)³². A questão que discuto não diz respeito ao problema da aplicação de normas inerente a esse tipo de indeterminação, decorrente da natural polissemia das palavras, mas diz respeito a um tipo de palavra que tem uma função específica no discurso prescritivo: a chamada “palavra avaliatória”³³. Julgar é um processo extremamente complexo devido a várias razões, inclusive aquelas apresentadas pelos CLS relativamente à indeterminação. A complexidade do processo de elaboração

de juízos é aumentada quando as normas a serem aplicadas são expressas por meio de palavras que têm função avaliatória. Em julgamentos realizados com base em normas expressas por meio de palavras avaliatórias, aparecem com maior clareza os posicionamentos políticos dos julgadores, já que, ao dar sentido a tais palavras, aquele que o faz deve optar por certos princípios relativos a conceitos como “justiça”, “mercado”, “mérito” etc. Por outro lado, se o julgador não explicita adequadamente suas opções valorativas ao aplicar normas com palavras avaliatórias, verifica-se um déficit de fundamentação na decisão. Em outras palavras, dizer, por exemplo, o que vem a ser uma “cláusula contratual de consumo de acordo com a boa-fé” pressupõe a explicitação de um tipo de conceito de mercado, de consumidor e de expectativa de comportamento das partes no contrato. Um juiz mais liberal (no sentido econômico do termo) julgará diferentemente de outro com visão mais protetiva do consumidor e essa distinção ficará mais clara quanto mais se puder ter acesso às razões que determinaram o julgamento.

A análise da coerência das decisões supõe a idéia de universalidade dos juízos. Aquele que diz algo em determinada situação deve, por dever de coerência, assumir a mesma posição, dada uma situação semelhante. O conceito de universalidade dos juízos é central para a compreensão do prescritivismo universal. Os juízos que fazemos sobre as coisas podem ser de natureza descritiva, e os predicados em tal juízo serão descritivos (HARE, 1963, p. 10). Da mesma forma como acontece nos juízos morais, os juízos descritivos têm como característica serem universalizáveis. Há uma característica lógica das afirmações tanto morais quanto factuais, que lhes é comum. Por exemplo, se alguém diz que um determinado objeto é de cor azul, outro objeto que possua a mesma característica do anterior, no aspecto relevante “coloração”, deverá ser chamado de azul, em respeito

à coerência no uso da linguagem. Todas as coisas que forem de tal cor, tendo chamado a tal cor de um determinado nome, deverão, em nome da coerência lógica e da não-contradição, merecer a mesma qualificação universalmente. Ao afirmar algo, o sujeito falante se compromete com a futura utilização da palavra (HARE, 1963, p. 12). As palavras³⁴ avaliatórias são aquelas cujo significado é relativo à qualificação de um determinado objeto e não à descrição de um objeto. O significado é dado, portanto, em relação a sua função lógico-semântica no discurso.

A complexidade do uso de palavras avaliatórias em discursos se revela na medida em que, sendo qualificadoras de outros objetos, seu sentido é sempre referente a uma situação. Tal característica importa em que a utilização de palavras avaliatórias é mais complexa do que a de palavras descritivas, cujo sentido é verificado por meio de uma relação de adequação entre o significante e significado, sendo que nesta a denominação do objeto é puramente convencional³⁵. Considerando que a aplicação do conceito de universalidade dos juízos tem relação com o princípio lógico da não-contradição e sendo o significado das palavras avaliatórias situacional, a dificuldade de apreciação de coerência em um discurso em que são utilizadas palavras avaliatórias é maior do que em palavras descritivas. O problema é relativo à utilização dos princípios da lógica formal aplicados à linguagem (HARE, 1996, p. 26). As palavras avaliatórias têm por função qualificar algum objeto apreciando positiva ou negativamente o mesmo. São palavras como “bom”, “excessivo”, “bonito”, “adequado” e expressões como “boa-fé”, “excessivamente oneroso”, “valor razoável”, “negócio justo” etc.

A prescritividade é, por sua vez, um princípio regulador da ação do sujeito, ou seja, ela expressa o caráter de compromisso individual com um determinado juízo proferido. O caráter lógico da prescritividade está no fato de que aquele que profere um

juízo sincero deve estar comprometido com a adoção das conseqüências da ação realizada, estando o agente em qualquer posição, mesmo a daquele que venha porventura a sofrer conseqüências negativas (HARE, 1996).

As palavras de valor não se distinguem das palavras descritivas pelo fato de serem imprecisas. Por oposto, uma similaridade entre as palavras descritivas e as palavras de valor consiste no fato de que tanto palavras como, por exemplo, “vermelho”, que tem um sentido descritivo, quanto “bom”, usada para descrever um “bom automóvel”, são imprecisas em seu uso (ULLMANN, 1964). A polissemia (assim como a vagueza ou a imprecisão) não é uma característica que diferencie as palavras descritivas das palavras de valor (ULLMANN, 1964, p. 123). O padrão para se determinar o que é a cor vermelha ou o que é um bom automóvel é normalmente impreciso. Tal fato é importante, pois uma das diferenças entre as normas formuladas por meio de palavras descritivas e as formuladas por meio de palavras avaliatórias³⁶ apontada de forma recorrente é a vagueza ou imprecisão semântica dos textos normativos que as compõem. Dizer, portanto, que normas escritas com palavras de valor são mais imprecisas não descreve adequadamente o aspecto mais importante para a diferenciação de tais tipos de normas, já que em ambas a linguagem é polissêmica, vaga e imprecisa. O que diferenciará as normas formuladas com palavras descritivas das formuladas com palavras avaliatórias é a função lógica das palavras que as compõem (BASTOS, 2002, p. 124).

A complexidade em julgar aplicando normas formuladas por meio de palavras avaliatórias está no fato de que, como seu significado não expressa algo que se manifesta no mundo fenomênico, os critérios para determinar seu significado são muito variáveis. Assim, quem diz que um automóvel é um bom automóvel tem implícito a essa afirmação um conjunto de critérios

que determinam o significado da palavra *bom* utilizada em conjunto com o objeto automóvel. A implicação desse fato no direito consiste em que as decisões jurídicas devem necessariamente ser fundamentadas de forma que os critérios para a utilização de palavras avaliatórias sejam publicamente explicitados, na *ratio decidendi*, de forma descritiva. Caso a decisão não seja fundamentada por meio de critérios descritivos aplicáveis a palavras avaliatórias, ter-se-á, como dito anteriormente, uma “petição de princípio”, como por exemplo a fundamentação da afirmação de que um automóvel é “bom” porque tem um “bom” motor. O problema da fundamentação sobre o que é um carro bom apenas foi transferido para um aspecto do carro, conceito que permanece impermeável. Afinal, o que é um “bom” motor? Aí se encontra o risco de que a ideologia seja escamoteada na decisão.

O resultado prático dessa distinção e a sua relevância para a presente discussão deve-se ao fato de que uma das formas de se exigir transparência nas decisões judiciais é cobrar dos juízes que explicitem na fundamentação das decisões quais os elementos descritivos que conformam os critérios para a utilização de palavras avaliatórias.

Veamos um exemplo de aplicação de normas expressas com palavras avaliatórias e como é possível cobrar do judiciário que as decisões sejam proferidas em observância à coerência interna.

O artigo 6º, V, segunda parte, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/90) é formulado por meio de uma expressão avaliatória que enseja as dificuldades e os riscos apontados.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

...

V - a modificação das *cláusulas contratuais* que estabeleçam prestações desproporcionais ou *sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;*” (grifo nosso)

Expressa em forma lógica e completada com os termos que dariam um sentido em acordo com o microsistema de defesa do consumidor, a sentença imperativa seria:

Se: em um contrato de fornecimento de produto ou serviço houver uma cláusula contratual excessivamente onerosa para o consumidor que assim venha a ser considerada por ter origem de fato superveniente ao momento da realização do contrato

Então: haverá revisão judicial de seu conteúdo para que se restaure o equilíbrio anteriormente existente

É importante notar que a conduta determinada pela norma ao fornecedor aqui não aparece totalmente revelada, na medida em que seu dever é, ocorrida a mudança das condições com a conseqüente onerosidade excessiva, alterar o conteúdo da cláusula para que seja preservado o equilíbrio contratual. Por ora, é importante verificar que, nessa máxima imperativa, existe uma expressão problemática do ponto de vista hermenêutico, justamente porque não possui a natureza de uma palavra descritiva: “cláusula contratual excessivamente onerosa”. O problema está em que não há como proceder a uma estabilização semântica prévia à aplicação de tal norma relativamente aos termos que funcionam como palavras de valor, como é o caso de “onerosidade excessiva”.

No processo de aplicação da norma, o juiz terá de demonstrar, em termos descritivos, os critérios utilizados para formular o juízo de que uma determinada situação do consumidor é considerada excessivamente onerosa. No momento da fundamentação apresentada pelo juiz para embasar a decisão, ele revelará suas preferências pessoais, seus valores, seu modo de ver o mundo de forma mais explícita, ao demonstrar efetivamente tais critérios. Quanto mais justificada for a decisão, mais clara ficará a opção política do juiz e mais visíveis ficarão as eventuais incoerências entre diversas decisões de tal juiz.

A idéia de coerência liga-se, como visto, à de isonomia, princípio de justiça segundo o qual sujeitos com características semelhantes e em situações semelhantes devem merecer tratamento semelhante. Esse é também um princípio característico da linguagem da moral que permite a apreciação lógica dos juízos. Embora não haja um conteúdo único possível e determinado para um juízo moral ou jurídico, a lógica não permite que se adotem padrões inconsistentes e que se realizem juízos discrepantes para situações semelhantes³⁷.

O significado das palavras de valor é prescritivo e, de acordo com esse significado, não é aceitável, dos pontos de vista ético e lógico, que um mesmo sujeito profira juízos diferentes para situações idênticas sem que se perca a idéia de isonomia e, portanto, a coerência moral ou jurídica do juízo. Um juízo lógico deve ser sempre universal, ou seja, um mesmo tipo de decisão deve ser proferida para um mesmo tipo de problema, *ceteris paribus*³⁸.

8. Um caso exemplar

Há um julgado que exemplifica a complexidade da aplicação de normas abertas e no qual se materializa o problema a ser tratado, o *caso do leasing*, o qual passo a descrever. Após um período hiperinflacionário e de inúmeras tentativas de resolver tal problema, o Brasil, em meados da década de noventa, finalmente conseguiu controlar a inflação. A eleição de Fernando Henrique Cardoso decorreu, em grande parte, do reconhecimento do sucesso de medidas antiinflacionárias que resultaram em um ambiente propiciador, no mercado, de um grau razoável de previsibilidade econômica, levando ao aumento do consumo de bens de valor alto, para os quais era necessária a obtenção de crédito.

Nesse ambiente político e econômico, surgiu a possibilidade de os consumidores adquirirem veículos por meio de *leasing* financeiro. Os consumidores, nos anos que se

seguiram à implementação bem-sucedida do Plano Real, adquiriram veículos fazendo uso de contratos de *leasing*³⁹.

Um dos atrativos dos contratos de *leasing* para a compra de veículos era o fato de que o valor da parcela a ser paga era menor do que na modalidade contratual de crédito ao consumidor, devido basicamente a duas razões: ao regime tributário do *leasing* e à possibilidade de captação dos recursos no exterior em Dólares norte-americanos a custo mais baixo do que o dinheiro custava dentro do Brasil. Havia, portanto, o *leasing* indexado em Dólar e o indexado pelos índices de correção monetária governamentais. A modalidade de contrato que aqui nos importa é a primeira, a qual posteriormente veio causar prejuízos aos consumidores.

No período de aproximados quatro anos anteriores a janeiro de 1999, ou seja, desde 6 de março de 1995, o mercado cambial brasileiro vinha funcionando sob o denominado “sistema de bandas”, segundo o qual o valor da moeda estrangeira variava dentro de bandas preestabelecidas pela autoridade monetária. Até o período do trimestre anterior ao mês de janeiro de 1999, o Banco Central conseguiu determinar o comportamento da taxa de câmbio a partir da utilização da chamada “âncora cambial” (MORAES, 2001).

A partir do início do mês de janeiro, fatos de ordem econômica e política causaram insegurança no mercado sinalizando mudanças na política cambial até o momento vigente. Especulações sobre uma revisão do acordo então firmado com o Fundo Monetário Internacional - FMI -, queda das reservas cambiais e a declaração de moratória do Estado de Minas Gerais são apontados como elementos cruciais para a determinação de um clima de nervosismo no mercado. Ainda, houve especulação sobre a modificação da presidência do Banco Central e do Ministério da Fazenda; quedas acentuadas do índice BOVESPA, queda de preço dos títulos do Brasil e, enfim, redução na credibilidade do País.

Com todo o cenário desenhado, o governo já tinha em mente promover uma desvalorização do Real em relação ao Dólar. Além de razões de convicção técnica, outras de ordem política indicaram o caminho da desvalorização gradual.

O ano de 1998 era eleitoral e o governo, em nome de não colocar em risco a reeleição de Fernando Henrique Cardoso, optou por não aumentar o ritmo de desvalorização do Real que já se implementava de forma paulatina, algo que se chamou de “gradualismo”. O rumo da política cambial acabou tendo de ser alterado por conta de uma crise que teve seu ápice em janeiro de 1999⁴⁰, quando o sistema de controle cambial entrou em colapso causado pela fragilidade da moeda nacional a ataques especulativos e pela instalação de uma crise decorrente de uma “profecia auto-realizável”. O valor do Dólar subiu vertiginosamente afetando os contratos de *leasing*⁴¹.

A Tabela 1 a seguir mostra a variação percentual anual da inflação e do Dólar no triênio 95/97 e a Tabela 2 mostra a variação do Dólar em relação ao Real no início de 1999:

Tabela 1

Ano	1995	1996	1997
Inflação	21,98	9,12	4,34
Dólar	14,98	6,88	7,40

(Fonte: COSER, 1999)

Tabela 2

Variação do valor do Dólar em relação ao Real no bimestre janeiro/fevereiro de 1999

Dia	Valor do Dólar em Reais
12/01/1999	1,21
13/01/1999	1,32
29/01/1999	2,10
19/02/1999	1,94

Milhares de ações foram propostas contra as empresas de *leasing* por consumidores que se viram prejudicados pela mudança no valor do Dólar e o caso foi à decisão no âmbito do STJ⁴².

O argumento dos consumidores era, em síntese, a pretensão de serem aliviados da onerosidade excessiva que decorria da importante mudança no valor do Dólar, com fundamento no artigo 6º, V, segunda parte, do Código de Defesa do Consumidor. O referido artigo dispõe ser direito básico do consumidor a revisão das cláusulas contratuais que, em razão de fatos supervenientes, tornem as prestações devidas pelos consumidores⁴³ excessivamente onerosas.

O caso foi ao Superior Tribunal de Justiça – STJ – que decidiu, em um primeiro momento, que o consumidor havia de ser aliviado do aumento excessivo do valor da parcela a ser paga para as empresas de *leasing*. Em um momento posterior, já agora no âmbito da Segunda Seção do Tribunal, em sede de uniformização de entendimento, foi decidido que a diferença entre o que o consumidor pagava e o que veio a pagar depois do aumento deveria ser suportada pelo consumidor na proporção de 50%, decisão que teve fundamento na “equidade”.

Em trabalho anteriormente realizado, investiguei as 27 decisões que estiveram diretamente relacionadas com a decisão final do caso⁴⁴. Ao analisar os julgados, procurei verificar qual o sentido dado pelo Tribunal à expressão “onerosidade excessiva” e à palavra “equidade” (FREITAS FILHO, 2006).

O conceito de onerosidade excessiva apareceu nas decisões como algo auto-evidente. Há menção, em alguns julgados, da necessidade de se estabelecer uma quantificação do prejuízo, o seu dimensionamento, para a determinação da ocorrência da onerosidade excessiva. Embora haja tal necessidade, não se estabelece, em nenhum julgado estudado, uma indicação quantitativa do aumento da parcela a ser paga como requisito para a determinação da onerosidade excessiva.

Outro ponto inconsistente nas decisões é a caracterização do consumidor que mereceu proteção contra os efeitos da onerosidade excessiva. Sobre o consumidor do *leasing* em dólar, entendeu-se que era o de poucos recursos para gerir seu orçamento doméstico. Entretanto os bens adquiridos pelos consumidores eram automóveis, grande parte deles novos, e, como se verificou em um dos Acórdãos, um automóvel de alto valor⁴⁵. Por outro lado, verificou-se a existência de pessoas jurídicas com fim de lucro na qualidade de consumidoras, o que também é problemático dada a premissa posta pela Ministra.

As circunstâncias política e econômica que eram centrais para o deslinde do caso foram tratadas de forma superficial, na medida em que não se discutiu abertamente o papel do Governo Federal ao informar ao mercado e ao consumidor que haveria mudança na política cambial. Admitindo-se que o Governo não pudesse fazê-lo, a discussão teria de abordar a questão da capacidade fática das partes para prever a mudança da situação da política cambial. Embora tenha havido menção ao fato de que o consumidor poderia ter ciência da eventual mudança cambial, essa afirmação não é confirmada pela análise das notícias que eram então veiculadas na mídia.

Ao final, o consumidor teve de dividir o prejuízo com o fornecedor em decisão em que se aplicaram princípios de interpretação contratual de inspiração liberal, mas com fundamento em regra de direito do consumidor, de inspiração claramente protetiva. A meu ver, esse nível da discussão não foi feito nos julgados de forma efetiva, o que impede que em um próximo caso seja feito o cotejo crítico com a decisão anteriormente dada.

Minha conclusão foi que o Tribunal, ao preencher de sentido as expressões avaliatórias presentes na norma, não apontou claramente os critérios utilizados para determinar o motivo da consideração de que o aumento havia sido *excessivamente*

oneroso, nem qual a justificativa fática para a conclusão de que, por *equidade*, cinquenta por cento do total do aumento representa um valor que não é excessivamente oneroso para o consumidor.

Ao final da análise dos casos, concluí que os julgadores haviam decidido conforme lhes parecia mais adequado, considerando as conseqüências políticas e econômicas que adviriam daquele julgamento, e que de fato aquele era um modo de colocar fim ao conflito da forma menos “traumática”. Se à primeira vista uma solução baseada em equidade e com apelo a um conceito (ainda que não revelado) de justiça parece interessante, o fato é que, na forma como a solução foi dada, nada impede que, em um caso futuro semelhante, a decisão seja completamente diferente sem que se possa dizer que o Tribunal esteja sendo contraditório, em vista da falta de explicitação dos critérios fáticos que determinaram aquele entendimento.

O Tribunal dissera que a onerosidade excessiva era evidente, mas que seria injusto que o fornecedor arcasse com o “prejuízo” integralmente, já que não havia dado causa ao mesmo. Portanto, por equidade, determinou-se que o consumidor arcasse com 50% do prejuízo, sem uma justificativa suficiente para a determinação desse valor percentual.

Na forma como restou decidido o caso, poder-se-ia indagar, por exemplo, por que não 30%, 70% ou outro valor qualquer do prejuízo deveria ser arcado pelo consumidor. O que, afinal, é “excessivamente oneroso”? Os julgadores certamente impregnaram a decisão com seus pontos de vista políticos, seus valores, suas preferências, suas visões de mundo e considerações conseqüencialistas. Ocorre que, como na fundamentação da decisão, esses aspectos não aparecem de forma clara, os destinatários da decisão (a sociedade) não podem criticá-la. Se os julgadores não explicitam as razões que os levam a dar sentido às normas em um ou outro sentido,

a possibilidade de crítica das decisões fica seriamente afetada⁴⁶. O Tribunal, ao aplicar o CDC, construiu uma solução que não estava determinada na norma, e a evidência de que foi criada uma regra para o caso (e, portanto, legislou-se) nos remete à crítica de indeterminação do sentido das normas, feita pelos representantes dos *Critical Legal Studies* ao pensamento formalista. O grau de indeterminação da lei permitiu ao Tribunal formular a regra, que poderia ter sido formulada de maneira bastante diferente.

Assumindo a idéia de indeterminação das normas, o que nos cabe fazer é cobrar do judiciário que as opções valorativas presentes no momento da decisão sejam explicitadas da forma mais plena possível. Podemos, assim, cobrar dos juízes algum tipo de coerência, ao menos lingüística, mesmo admitindo a indeterminação de sentido das normas.

9. Conclusões

As palavras e expressões avaliatórias são relativas a juízos que devem ser feitos sobre situações concretas e não são definíveis aprioristicamente. São palavras e expressões que necessitam ser preenchidas de significado no momento do julgamento, e, por conta de sua alta carga valorativa, permitem ao julgador imprimir suas convicções pessoais, seus valores, suas crenças, sua visão de mundo, enfim sua ideologia.

O requisito da fundamentação das decisões deve permitir idealmente ao destinatário de uma determinada decisão conhecer não somente a descrição do processo dedutivo realizado pelo julgador mas também as opções valorativas realizadas, o que deve aparecer nas razões de decidir. Se na *ratio decidendi* não se encontram os elementos descritivos que permitem identificar com clareza os motivos que levaram os juízes a decidir, não será possível analisar adequadamente o mérito da decisão. Esse procedimento tem, a meu ver, duas conseqüências diversas, mas relacionadas.

Ao não fundamentar completamente a decisão indicando os elementos descritivos que servem de critério para determinar o sentido de tais palavras e expressões, (1) os juízes ficam aparentemente livres do dever de enfrentar a difícil situação de fundamentar distintamente um entendimento futuro diferente do existente e (2) os juízes expõem apenas parcial e indiretamente suas preferências ideológicas.

A primeira consequência resulta do fato de que, se alguém não determina o sentido de uma expressão avaliatória indicando o seu sentido descritivo, nunca se saberá ao certo qual o verdadeiro sentido da expressão. Assim, se alguém diz apenas que um sujeito age com boa-fé sem justificar o que isso significa, em um momento seguinte poderá dizer o oposto sem que necessite contrariar os critérios utilizados para o primeiro juízo.

A segunda consequência ocorre na medida em que, ao definir uma palavra ou expressão avaliatória adequadamente, o julgador explicitará sua visão de mundo, suas convicções sobre a melhor forma de organização social, etc. Se não o fizer, não se comprometerá com qualquer posição ideológica, reforçando o mito da neutralidade e da possibilidade de que as decisões possam ser produzidas segundo um método exclusivamente formal-dedutivo. Por exemplo, ao dizer o que entende por “excessivamente oneroso” ou por “agir conforme a boa-fé” em um contrato de consumo, o julgador terá necessariamente de expor suas preferências por um projeto de sociedade e de mercado mais liberal ou mais protetivo do consumidor.

Penso que é possível generalizar a afirmação de que a aplicação de um modelo de julgamento em que as expressões avaliatórias eram tomadas em grande parte como se o seus significados fossem objetivos e não necessitassem de um grande esforço hermenêutico é algo que pode ser encontrado comumente nos tribunais brasileiros. Com isso, por exemplo, não foi possível identificar descritivamente, no caso narrado, a

razão pela qual o Tribunal entendeu que o significado da expressão “onerosidade excessiva” implicaria a distribuição, entre consumidor e fornecedor, de prejuízos contratuais sofridos pela desvalorização da moeda brasileira perante o Dólar. A decisão foi tomada em nome de uma nebulosa noção de “equidade”, como se o recurso à equidade desobrigasse a fundamentação racional da decisão e legitimasse a discricionariedade decisória.

Os exemplos são inúmeros e suceder-se-iam indefinidamente. O propósito de elencar algumas normas expressas por palavras avaliatórias é tentar mostrar a alta problematidade da determinação do seu sentido e chamar atenção para a possibilidade de um déficit de fundamentação das decisões. Isso acarreta um déficit de *accountability* dos tribunais do ponto de vista da cobrança de coerência interna de decisões e dificulta a identificação das posições políticas dos juízes, assim como sua crítica.

O importante legado dos CLS é a idéia de indeterminação, o combate ao formalismo e a tentativa de desmistificação do discurso jurídico revelando seu conteúdo inerentemente político.

Esse legado, apesar de poderoso criticamente, vê seu limite na relação entre a assunção radical da indeterminação das normas e a impossibilidade de qualquer proposta otimizada do direito. Embora o processo decisório seja realmente incontrollável empiricamente, isso não quer dizer que as decisões sejam totalmente irracionais. A idéia de que as leis são expressas em linguagem natural pressupõe sua aplicação como um discurso que deve ter, para que faça algum sentido, um mínimo de racionalidade.

Os CLS não propõem nenhum projeto concreto de direito que possa ser adotado em lugar do que é criticado – o modelo legal-liberal de direito –, na medida em que qualquer projeto objetivo será o reflexo de um modelo de sociedade imposto a quem não detém poder. O potencial dos CLS está, assim, em sua capacidade crítica

e denunciadora e uma pergunta como “O que colocar no lugar do que está aí?” feita aos representantes do movimento não faz sentido, já que seu projeto não inclui um conteúdo para o direito.

O reconhecimento da angustiante insegurança resultante da indeterminação das normas pode ter o efeito perverso de uma postura niilista ou radicalmente cética, o que me parece contrário aos propósitos assumidamente transformadores dos CLS. A saída para essa armadilha lógica é a adoção de uma postura moral cética combinada com a crítica fundada na lógica formal (portanto, sem a assunção de qualquer conteúdo moral mínimo), bem como a adoção de um instrumento teórico que permita algum tipo de avanço propositivo a partir do potencial crítico dos CLS.

O Prescritivismo Universal pode ser esse instrumento, já que permite a crítica dos discursos de aplicação das normas. Um mínimo de coerência interna do discurso é desejável e o Prescritivismo Universal permite identificar o tipo de palavras por meio das quais a mistificação do discurso jurídico como discurso dedutivo é mais intensamente perpetrada: as palavras avaliatórias. Os julgamentos, nos quais tais tipos de palavras são utilizados como se tivessem sentidos pré-determinados e semanticamente estabilizados, deixam de revelar os critérios fáticos com os quais se decidem os casos e, dessa forma, impedem a identificação clara das preferências ideológicas dos julgadores, limitando por consequência a possibilidade de crítica das decisões e impedindo a apreciação da *accountability dos tribunais*.

Notas

¹ *Accountability* consiste n’O requisito de que os representantes devem responder aos representados ao disporem de seus poderes e deveres, atuar sob a possibilidade de crítica ou em consideração às críticas que lhes são feitas, bem como aceitar (em algum grau) responsabilidade por falha, incompetência ou erro.” (MCLEAN; MCMILLAN, 2003, tradução do autor).

² Isto não significa que um determinado tribunal nunca possa mudar de posicionamento em relação a determinado problema jurídico. Um determinado tribunal pode mudar de posição, mas tal mudança tem de vir acompanhada de razões demonstradas que deem suporte ao que foi decidido.

³ O uso *informativo* da linguagem distingue-se do uso *poético*.

⁴ ... “ nós somos unidos pelo fato de que gostaríamos de trabalhar, tanto o quanto possível, para colaborar de foma modesta para a realização do potencial que cremos existir para transformar as práticas do sistema jurídico para que esta seja uma sociedade mais decente, igual, solidária – menos intensivamente organizada por hierarquias de classes, status, ‘mérito’, raça e gênero – mais descentralizada, democrática e participativa tanto na sua própria forma de vida social quanto na forma que ela promove em outros países.” (GORDON, 1987, p. 197, tradução do autor).

⁵ “O projeto dos CLS é bastante diferente: Além dos pensadores dos Estudos Jurídicos Críticos buscarem mostrar as relações entre as visões de mundo embutidas na consciência jurídica moderna e a dominação na sociedade capitalista, eles também querem *modificar* essa consciência e estas relações. Esta é a dimensão Crítica do conhecimento jurídico Crítico. Nesta tradição de conhecimento, a análise da consciência jurídica é parte de uma política de transformação. Isto é o que distingue CLS da ciência social tradicional.” (TRUBEK, 1984, p. 591, tradução do autor).

⁶ Talvez o motivo pelo qual os CLS não tenham tido a repercussão que seus representantes esperavam tenha sido a falta de um aparato teórico instrumental para lidar com a dimensão concreta das decisões judiciais. “CLS no ha elaborado un nuevo programa politico y no ha influido ni en la vida politica americana ni en la vida interna de la profesion juridica.” (KENNEDY, 1992, p. 287). Outra explicação pode ser simplesmente o fato de que, na disputa ideológica, os representantes dos CLS tenham sido derrotados. “Nascidos dos movimentos sociais da década de 1960, os Estudos Jurídicos Críticos lançaram uma crítica poderosa ao direito e ao ensino jurídico como instituições que, em realidade, legitimavam as injustiças da sociedade americana. Entretanto, como muitas tentativas radicais daquele tempo, foi grandemente derrotado pelas forças conservadoras cujas idéias hoje dominam o direito e a sociedade de forma geral.” (GABEL, 2004, p. 43, tradução do autor).

⁷ Tal método não pressupõe nenhum conteúdo substantivo de regras morais universais.

⁸ Um ponto importante a ser destacado é a impossibilidade de que qualquer método de apreciação das decisões, no qual sejam adotados princípios universais, seja utilizado em combinação com uma perspectiva crítica, já que esta nega qualquer possibilidade de universalidade dos valores.

⁹ Hart (1996) propõe que o direito possui uma dimensão interna segundo a qual o indivíduo tem uma percepção de dever relativo à existência da ordem normativa jurídica. Essa perspectiva interna é, segundo o autor, constitutiva do direito e distintiva em relação a outras ordens normativas. A utilização do conceito de “coerência interna” não é aqui referente ao conceito de Hart (1996), mas sim à perspectiva de um falante no discurso prescritivo. Não é, portanto, um conceito sociológico, mas sim um conceito lógico-lingüístico.

¹⁰ Os CLS podem ser qualificados como uma teoria cética, na medida em que sua proposta teórica é desconstrutivista e denunciadora de um estado de coisas sem, entretanto, propor uma forma de otimização da aplicação das normas. Nesse sentido, de alguma forma, há algo que opõe os CLS à tradição hermenêutica ou mesmo à analítica.

¹¹ A adoção do método de solução de casos é fruto dessa influência. “A introdução do método de caso na instrução na Faculdade de Direito de Harvard durante a década de 1870 foi parcialmente embasada em assunções da ciência jurídica.” (MERRIMAN, 1985, p. 79).

¹² Andrew Altman (1993) sustenta que há duas tendências dentro dos CLS, uma radical e uma moderada. Segundo o autor, a tendência radical é associada ao desconstrutivismo e advoga que não há uma estrutura objetiva no direito ou em qualquer instituição social. O direito seria um conjunto de palavras vazias de significado nas quais o indivíduo pode colocar qualquer significado lhe pareça mais conveniente. A tendência moderada rejeita a afirmação da teoria radical de que não há uma estrutura de realidade objetiva no direito e na sociedade. Essa tendência afirma que as palavras têm um sentido nuclear, mas que as interpretações dadas às palavras são condicionadas pelas crenças morais e políticas. No presente artigo, a distinção não tem maior repercussão, na medida em que os princípios que unem as duas tendências são suficientes para identificá-las como um único movimento teórico. Parece-me, entretanto, que a corrente moderada é mais adequada à descrição do fenômeno jurídico.

¹³ A expressão “Rule of Law” não tem tradução exata para o português. Seu significado mais próximo no sentido em que aqui é utilizado é “Estado de Direito”.

¹⁴ A idéia de que os juízes fazem a lei e não meramente aplicam a lei, para os CLS, tem raiz no realismo jurídico norte-americano. Partem da pressuposição de que a dedução ao estilo matemático é um mito que tem por função legitimar um modelo de atuação dos juízes (TRUBEK, 2006, p. 5).

¹⁵ “O Segundo maior impacto do Welfare State no direito é a mudança do estilo de raciocínio jurídico do formalismo para o raciocínio orientado à realização de políticas e de considerações de justiça formal para um interesse em justiça procedimental e substantiva. An-

tes de uma discussão mais aprofundada, estes termos devem ser definidos. O raciocínio legal é formalista quando a mera invocação de normas e a dedução de conclusões delas são tidas como suficientes para sustentar a autoridade de uma dada escolha jurídica. É orientado a políticas quando a decisão sobre como aplicar uma norma depende de um julgamento sobre como atingir mais efetivamente os objetivos determinados pela norma. A diferença entre esses dois tipos de raciocínio jurídico dá-se entre o critério tido como apropriado para uma justificação ou crítica pública das decisões oficiais; não finge descrever as causas e motivos reais da decisão.” (UNGER, 1977, p. 194, tradução do autor).

¹⁶ Um exemplo interessante e atual do conceito de indeterminação é o comentário de Mark Tushnet (2001, p. 113) à decisão *Bush v. Gore*.

¹⁷ Embora essa seja uma visão que possa ser criticada como reducionista da pretensão dos CLS, ela foi disseminada de tal forma que hoje esse princípio teórico lhes identifica.

¹⁸ Trubek (2006, p. 594) cita o exemplo de Mersh (*The History of Mainstream Legal Thought, in The Politics of Law: A Progressive Critique* – D. Kairys e. 1982).

¹⁹ A doutrina dominante conforma o paradigma, nos termos de Khun (1962).

²⁰ Abreviatura de “critics”, noção associada à postura política de contestação e teórica de desconstrução dos valores e argumentos liberais, respectivamente.

²¹ O conceito de poder simbólico em Bourdieu (1962) expressa o segundo tipo de poder referido.

²² Não há similaridade entre a proposta dos CLS e uma proposta hermenêutica, como por exemplo a de Gadamer (1997).

²³ As idéias de Dworkin estão sintetizadas em suas três obras mais conhecidas: DWORKIN, 2002; DWORKIN, 2001; DWORKIN, 1999.

²⁴ O projeto de Dworkin é inspirado pela mesma orientação emancipatória do projeto dos CLS, e parece equivocado pensar que há uma oposição simplista entre os objetivos de ambos. A forma mais difundida da oposição entre os dois projetos é que Dworkin pensa que é possível sempre se obter uma resposta certa, e os CLS pensam que uma tal resposta certa nunca é possível. Embora inserido no campo do que os CLS chamam de teoria legal liberal, Dworkin preocupa-se com a possibilidade de ataque aos direitos individuais dos sujeitos de direito. (Cf. KENNEDY, 1997, p. 129).

²⁵ Kennedy (2002, p. 1992, tradução do autor) expressa esta idéia: “Eu penso que minha própria crença inicial no raciocínio jurídico é algo como a religião para os intelectuais do século dezoito que acreditavam que havia bons motivos racionais para pensar que havia um Deus, que a existência de um Deus justificava todos os tipos de visões de esperança sobre o mundo, e que a crença popular em Deus trazia

grandes consequências sociais benéficas. Mas eles também tinham experiências confirmatórias que eram distintas, decorrentes da demonstração racional.” Em um trabalho anterior, entretanto, Kennedy (2004, p. 41) parece pensar de forma diversa. Isso pode ser possivelmente explicado pelo fato de que tal artigo era mais um manifesto do que um trabalho teórico. Em suas palavras:

“Os resultados da luta não são preordenados por qualquer aspecto da totalidade social, e os resultados, dentro do direito, não têm qualquer ‘lógica inerente’ que possa permitir alguém predizê-los cientificamente, ou rejeitar previamente tentativas específicas de juízes e advogados de lidar com transformações limitadas do sistema.”

²⁶ Há críticos dos CLS que cobram do movimento a resposta à pergunta sobre o que eles colocariam no lugar de um sistema que criticam. A pergunta, como apontou Fischl (1992), não faz sentido, pois o projeto é crítico e não aponta um conteúdo moral ou um plano pronto de ordem social a substituir o existente.

²⁷ Evidentemente haverá sempre situações-limite em que utilizar um determinado nome para falar sobre algum objeto não será tão simples. Alguém pode ter dificuldade em chamar um relógio de parede e um relógio de pulso pelo mesmo nome. Em verdade, em algumas línguas, há palavras diferentes para expressar objetos semelhantes como, por exemplo, as palavras em inglês: watch (*relógio* de pulso) e clock (*relógio* de parede). De qualquer forma, o que é importante enfatizar é que a linguagem pressupõe a coerência como um requisito essencial a sua utilização bem-sucedida.

²⁸ Os critérios utilizados para tal avaliação serão, em certa medida, arbitrários e uma forma de questioná-los é a discussão ideológica sobre qual projeto de bom jogador pode ser entendido como correto. O que a coerência na perspectiva interna nos garante é a possibilidade de verificar a racionalidade do uso da linguagem por um emissor quando predica sobre objetos em situações similares.

²⁹ Os quatro livros nos quais Hare contrói e desenvolve sua teoria são: HARE (1963; 1981; 1966; 2003).

³⁰ “A Metaética investiga a origem dos nossos princípios éticos e o que eles significam. São eles meramente invenções sociais? Eles envolvem mais do que expressões de nossas expressões individuais? Respostas metaéticas a estas questões dirigem-se às questões de verdades universais, a vontade de Deus, o papel da razão nos julgamentos éticos e o próprio sentido das palavras éticas.” (FIESER, [199-?], tradução do autor).

³¹ Faço aqui distinção entre a linguagem natural e a linguagem simbólica.

³² Aqui aparece a influência do Segundo Wittgenstein em Hare.

³³ As palavras e expressões avaliatórias são identificadas por Karl English (2001, p. 203) com o nome de “conceitos jurídicos indeterminados normativos em

sentido próprio”. A expressão “conceito normativo” tem dois possíveis sentidos: a) um *sentido impróprio*: conceito normativo no sentido de ser referente a um objeto perceptível pelos sentidos, mas que recebe uma “roupagem” institucional jurídica. Como exemplos teríamos: “casamento”, “funcionário público” e “menor”. Outro sentido de utilização do conceito seria o b) *sentido próprio*: conceito normativo que sempre necessita de uma valoração para que seja aplicado em um caso concreto. Diz o autor: “Se alguém é casado ou é menor, isso pode ser ‘estabelecido’ através de critérios descritivos. Ao contrário, se uma predisposição caractereológica é ‘indigna’, se um motivo é ‘vil’, se um escrito é ‘pornográfico’, se uma representação é ‘blasfema’, – pense-se a este propósito no célebre quadro de George Grosz, representando Cristo na cruz com a máscara de gás na face e botas de soldado nos pés (sobre o caso, RGerST. 64, p. 121 et seq.) –, isso só poderá ser decidido com base numa valoração. Os conceitos normativos desta espécie chamam-se conceitos ‘carecidos de um preenchimento valorativo’. Com essa horrorosa expressão quer-se dizer que o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido caso a caso, através de actos de valoração.” Os conceitos jurídicos indeterminados normativos são os que o autor diz o serem em sentido próprio. São esses que propriamente se distinguem dos conceitos descritivos e que trazem uma problemática específica ao ato de interpretação/aplicação dos textos normativos.

³⁴ Utilizo as expressões: “palavras avaliatórias”, “expressões avaliatórias” e “termos avaliatórios” em alternância indicando a mesma idéia de distinção entre “avaliatório” e “descritivo”.

³⁵ No caso das onomatopéias, põe-se a interessante questão de que tal não seja uma mera convenção, mas tenha relação com uma característica física do objeto descrito e, portanto, tenha algo a ver com a descrição de uma essência. “Difícilmente se encontrará outro aspecto da semântica que tenha despertado tanto interesse como a onomatopéia. A vasta literatura a este respeito vai desde as caprichosas fantasias sobre a cor dos sons da fala até às experiências realizadas em condições laboratoriais.” (ULLMANN, 1964, p. 178). Segundo o autor, as onomatopéias têm os seguintes pontos de interesse semântico: 1) há semelhança intrínseca entre o nome e o sentido, de tal forma que as onomatopéias são semelhantes em diversas línguas; 2) a motivação fonética se dá na condição da existência entre nome e sentido. Os sons se ajustam ao significado do objeto; 3) mesmo quando o som é adequado à expressão do significado, a onomatopéia entrará em jogo se o contexto lhe for favorável; 4) a palavra é onomatopaica se é *sentida* como tal. Sobre a busca de motivação fonética para a relação entre a palavra e o sentido do objeto, diz o autor: “Essa busca de motivação estendeu-se mesmo até à palavra escrita. Alguns escritores dizem sentir uma analogia entre o significado de certas palavras e a sua forma visual. O

poeta Lecomte de Lisle disse uma vez que se a palavra francesa para a idéia de 'pavão' *paon* (pronunciada *pã*), se viesse a escrever sem o *o*, não veria mais a ave abrindo a cauda. Indo talvez mais longe, Paul Claudel descobre nos dois *tt* da palavra francesa *toit* 'telhado' as duas empenas de uma casa, e apercebe-se da caldeira e das rodas na palavra *locomotive* 'locomotiva'. Estas extravagâncias parecem remontar a uma forma primitiva de escrita em que os símbolos visuais eram directamente representativos das coisas que designavam e ainda não estavam subordinados à palavra falada." (ULLMANN, 1964, p. 190).

³⁶ A doutrina jurídica faz menção à distinção entre "princípios", "cláusulas gerais" e "regras" com base neste critério. Por exemplo, Barroso, (2001 p. 149); Bastos, (2002 p. 108).

³⁷ O caso *Bush x Gore* decidido pela Suprema Corte Norte-americana coloca a questão da exceção da excepcionalidade da aplicação de uma determinada norma. Mesmo nesse caso, a excepcionalidade transforma-se em regra na medida em que, se forem verificadas, em outros casos posteriores, as mesmas características do primeiro, por dever de coerência, o tribunal terá de aplicar a mesma solução. O trecho da decisão que sugere a exceção ao princípio da universalizabilidade é: "The recount process, in its features here described, is inconsistent with the minimum procedures necessary to protect the fundamental right of each voter in the special instance of a statewide recount under the authority of a single state judicial officer. *Our consideration is limited to the present circumstances*, for the problem of equal protection in election processes generally presents many complexities." (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 2000, grifo nosso).

³⁸ O uso de recursos retóricos que mascaram as intenções e as razões políticas de determinada decisão pode estar presente tanto na esfera jurídica quanto na esfera política. A teoria política chama atenção para a questão da *accountability* dos detentores do poder político que não agem de acordo com o discurso que apresentam. Embora a política seja distinta do direito em muitos aspectos, o conceito de coerência pode ser aplicado aos dois campos de práticas sociais na medida em que são tratadas questões de interesse público e envolvem delegação de poder pela sociedade.

A discricionariedade na política é muito mais visível do que no direito pela própria característica do exercício do poder político. Na política, a luta pelo acesso ao poder marca as disputas públicas em que discursos são proferidos sem a preocupação com a coerência, mas sim com vistas ao que mais produz simpatia naquelas pessoas que recebem a mensagem. É fato bastante comum que um político em campanha afirme algo que após a posse não mais seja confirmado pelo próprio. De toda forma, é possível verificar em algum grau o respeito que um determinado governo tem por seus eleitores se as promessas de campanha se tornam atos (ao menos tentativas) de governo.

Como a linguagem é fonte de imprecisões, é necessário que os discursos que fundamentam decisões e a proposição de medidas sejam submetidos à exaustiva crítica como forma de revelar os valores, as pré-concepções e as intenções daqueles que são responsáveis por tais decisões. Tratados internacionais, leis, decisões judiciais e discursos políticos são expressos em linguagem natural, fonte portanto de potencial plurissignificação das mensagens. Por exemplo, em artigo sobre desenvolvimento sustentável e o terrorismo, Atapattu (2006) mostra a incoerência discursiva dos *decision-makers* em âmbito global, mostrando como o recurso retórico ao "risco do terrorismo internacional" serve ao propósito de justificação de enormes gastos com segurança enquanto grande parte da população mundial sofre com desnutrição e falta de saneamento básico, causadores de enorme número de mortes, além de mínimo gasto comparativo em proteção ambiental. Ironicamente vários tratados internacionais, incluindo a própria Convenção de Genebra, tratam da preocupação com a integridade do meio ambiente.

³⁹ O jornal *Gazeta Mercantil* publicou, no dia 26 de agosto de 1997, matéria intitulada "Leasing supera crediário nas vendas de veículos - aumento do IOF no crédito ao consumidor é causa da mudança." O jornal *O Estado de São Paulo* publicou manchete em matéria de 8 de setembro de 1997 da seguinte forma: "Leasing é opção barata para parcelar a compra de carro." A *Revista Exame* saiu, na edição nº 661, de 6 de maio de 1998, com reportagem intitulada "O meu papagaio preferido - por que nove entre 10 brasileiros que compram carro a prazo estão escolhendo o *leasing* em vez de uma operação de financiamento comum".

⁴⁰ "O caminho escolhido foi o do gradualismo. Quando se comparam os dados de 1998 com os de 1997, nota-se que houve tanto uma melhora do resultado fiscal primário, como uma desvalorização real do R\$. Os ajustes, porém, ficaram muito aquém do que depois se viu que teriam sido requeridos, à luz das circunstâncias efetivas que vigoraram, especialmente no segundo semestre de 1998. Utilizando uma metáfora mencionada freqüentemente, pode-se dizer que o Brasil mudou a rota do *Titanic*, mas que essa mudança, tendo sido lenta e tardia, não foi suficiente para evitar que o "navio" colidisse com o *iceberg* - no caso, a crise externa. A opção pelo gradualismo e não por uma estratégia de choque é uma questão em aberto, mas cuja resposta envolve certamente a combinação de três elementos: i) uma certa dose de confiança das autoridades na reversão dos efeitos da crise asiática, de forma similar ao que aconteceu em 1995 após a crise mexicana, prontamente esquecida pelo mercado internacional; ii) o medo de um desastre que uma eventual desvalorização mais intensa poderia causar no plano de estabilização - o caso mexicano de 1995, quando a inflação deu um salto para 50%, dava certo fundamento a este temor; e iii) a realização de eleições gerais em outubro de 1998: Governo nenhum, em lugar

nenhum, gosta de adotar um tratamento de choque em ano eleitoral.” (GIAMBIAGI; AVERBUG, 2000).

⁴¹ Uma explicação “canônica” para o conceito de crise cambial é a de que há uma inconsistência básica entre políticas domésticas, com a emissão de moeda financiando os déficits fiscais, e a tentativa de manutenção de uma taxa de câmbio fixa. Ou seja, o problema resultou de taxas de câmbio fixas ou relativamente fixas, em um contexto de déficits crescentes da conta corrente, e o governo dispo de estoque limitado de reservas para mantê-las. “Os modelos canônicos – desenvolvidos, entre outros, por Krugman (1979) e Flood e Garber (1984) – são a primeira geração dos modelos de crise cambial. Segundo estes modelos, a crise cambial, em uma economia com perfeita mobilidade de capitais, resulta de uma inconsistência básica entre políticas domésticas – tipicamente a existência de déficits fiscais financiados por emissão de moeda – e a tentativa de manutenção de uma taxa de câmbio fixa, visto que o governo, por hipótese, dispõe apenas de um estoque limitado de reservas para mantê-la. O financiamento da dívida por meio da criação de base monetária acarreta um crescimento do preço sombra da divisa, produzindo uma redução progressiva e gradual das reservas em moeda estrangeira. No momento em que o preço sombra se torna mais elevado do que o valor da taxa de câmbio defendido pelo governo, os especuladores iniciarão um ataque ao estoque de reservas cambiais. Mais especificamente, a origem da crise externa encontra-se no desequilíbrio do setor público que, ao monetizar um déficit fiscal persistente, acaba produzindo um ataque especulativo que resulta em uma fuga de capitais, revelando a inconsistência da política cambial do governo e a tentativa dos investidores de anteciparem um colapso inevitável no câmbio (ou seja, antes que as reservas atinjam um limite inferior), precipitando, assim, a crise do balanço de pagamentos e a desvalorização do câmbio. Portanto, nos modelos de primeira geração, a deterioração dos fundamentos é condição necessária e suficiente para a ocorrência de um ataque especulativo.” Para a descrição e o conceito, consulte: Alves Júnior; Ferrari Filho; Paula (1999, p. 8-9), Giambiagi; Averbug (2000). Para esses, a crise de janeiro de 99 no Brasil teve componentes de primeira e segunda gerações já que houve um papel importante das chamadas “profecias auto-realizáveis” na composição da dinâmica da crise. Lembrem, entretanto, que a crise ocorreu de forma clássica, “de livro-texto”, isto é, predominantemente de primeira geração (GIAMBIAGI; AVERBUG, 2000, p. 18).

⁴² A Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, propôs ação civil pública com a finalidade de proteção dos direitos dos consumidores que firmaram contratos de *leasing* e foram afetados pela desvalorização ocorrida, (1ª Vara Federal de São Paulo – SP, processo 1.999.61.00.004437-1.). O Movimento das Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais

ajuizou ação civil pública em Minas Gerais com o mesmo objetivo. (23ª Vara cível de Belo Horizonte – MG, processo 024.99.005.622). O Ministério Público também ajuizou ação com o objetivo de proteger o consumidor (BRASIL, 2003, p. 000308).

⁴³ A redundância faz-se necessária para que fique claro que o direito garantido pelo CDC é apenas dos consumidores e não alcança os fornecedores.

⁴⁴ Os julgados estão disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>>.

⁴⁵ No caso, o consumidor adquiriu um veículo bastante valioso, um automóvel Volvo modelo S40, cujo valor do modelo mais simples, novo, custava em março de 2005, R\$ 154.600,00. Essa informação denota que não seria obviamente o caso de o consumidor deter recursos. O julgado é o Recurso Especial 299.501 – MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma – STJ

⁴⁶ O dever de fundamentação é tratado pela doutrina processualista como o “princípio da motivação das decisões judiciais” e tem como objetivo garantir o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 68). O princípio da motivação das decisões judiciais cumpre uma função política, na medida em que se pode aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões. O artigo 93, IX, da Constituição Federal guarda ainda o princípio da publicidade, que constitui a garantia de possibilidade de fiscalização da sociedade sobre os atos daqueles envolvidos nos processos judiciais. É na presença do povo que se devem dar as decisões, princípio que se encontra plasmado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10 (CINTRA; GRINOVER, DINAMARCO, 2003, p. 69).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALTMAN, Andrew. *Critical legal studies: a liberal critique*. Princeton: Princeton University Press, 1993.

ALVES JÚNIOR, Antonio José; FERRARI FILHO, Fernando; PAULA, Luiz Fernando Rodrigues de. *Crise cambial, instabilidade financeira e reforma do sistema monetário internacional: uma abordagem pós-keynesiana*. Rio de Janeiro: Intitulo de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/crise%20cambial_instabilidade_financeira_e_reforma.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2005.

ARISTÓTELES. *Organon*. São Paulo: Edipro, 2004.

ATAPATTU, Sumudu. Sustainable development and terrorism: international linkages and a case study of Sri

Lanka. *Environmental Law and Policy Review*, Virginia, v. 30, winter 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: C. Bastos, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Recurso especial n. 0127597-7, Quarta turma. Relator: Min. Ruy Rosato de Aguiar, [S.l.], 15 abr. 2003. *Diário da Justiça, Brasília*, 4 ago. 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSER, José Reinaldo. *Contratos em dólar: financiamentos*. 2. ed. Leme: LED, 1999.

DOMINGO, Pilar. Judicial independence and judicial reform in Latin America. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc. F. *Self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Boulder London, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: M. Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FIESER, James. Ethics. *The university of Tennessee at Martin*. Martin: University of Tennessee at Martin, [199-?]. Disponível em: <<http://www.utm.edu/research/iep/e/ethics.htm>>. Acesso em: [200-?].

FISCHL, Richar Michael. The question that killed critical legal studies. *Law and Social Inquiry*, Malden, n. 17, 1992.

FREITAS FILHO, Roberto. *Cláusulas gerais e interferência nos contratos: a jurisprudência do STJ nos contratos de leasing*. 2006. ?f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

GABEL, Peter. Law and hierarchy. *Tikkun*, Berkeley, v. 19, n. 2, mar./abr. 2004.

GADAMER, Hans George. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. 1-2 v.

GARDNER, James A. *Legal imperialism: american lawyers and foreign aid in Latin America*. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.

GIAMBIAGI, Fabio; AVERBUG, André. *A crise brasileira de 1998/1999: origens e conseqüências*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/td.asp>>. Acesso em: 3 fev. 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento critical legal studies*: CLS. Porto Alegre: S. Fabris, 2005

GORDON, Robert W. Unfreezing legal reality: critical approaches to law. *Florida State University Law Review*, Tallahassee, v. 15, n. 2, summer 1987.

HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: M. Fontes, 1996

_____. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.

_____. *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University Press, 1963.

_____. *Moral thinking: its levels, method and point*. Oxford: Oxford University Press, 1981.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1991.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. A left phenomenological critique of the Hart/Kelsen theory of legal interpretation. In: CACERES, Henrique; FLORES, Imer B.; SALDANA, Javier. (Coord.) *Problemas contemporâneos de la filosofía del derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

_____. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system: a critical edition*. New York: New York Press, 2004.

_____. Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos. *Revista Doxa*, Madrid, n. 11, 1992.

_____. The liberal administrative style. *Syracuse Law Review*, Syracuse, n. 41, 1990.

KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

MCLEAN, Ian; MCMILLAN, Alistair. *The concise oxford dictionary of politics*. New York: Oxford University Press, 2003.

MERRIMAN, John H. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1985.

- MORAES, Renato José de. Os contratos de leasing e a alteração da política cambial brasileira. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 10, n. 38, abr./jun. 2001.
- PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *Latin american lawyers: an historical introduction*. Stanford: Stanford University Press, 2005.
- ROSSEN, Keith S. The protection of judicial independence in Latin America. *In Inter-American Law Review*, Miami, v. 19, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUES-GARAVITO, Cezar A. *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SINGER, Joseph Willian. Legal realism now. *California Law Review*, Berkeley, n. 76, 1988.
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. George W. Bush, et al. Petitioners v. Albert Gore, Jr., et al. *Cornell Law School*, New York, 12 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-949.ZPC.html>>. Acesso em: 2 nov. 2006.
- TRUBEK, David M. Where the action is: critical legal studies and empiricism. *Stanford Law Review*, Palo Alto, n. 36, 1984.
- _____; SANTOS, Alvaro. *The new law and development: a critical appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- TUSHNET, Mark. Renormalizing Bush v. Gore: an anticipatory intellectual history. *Georgetown Law Journal*, Washington, a. 1, v. 9, nov. 2001.
- ULLMANN, Stephen. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. 2. ed. Tradução de J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. New York: The Free Press, 1977.
- _____. *The critical legal studies movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.