

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

volume 61

242

p. 1-234

abril a junho de 2024

SENADO FEDERAL



O Direito sem respeito às regras

Law without deference for rules

Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida¹

Fábio Carvalho Leite²

Rodolfo Assis³

Resumo

Neste artigo, apresentam-se os resultados de duas pesquisas quantitativas observacionais realizadas no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Com elas, investigaram-se processos envolvendo casos regulados pelo art. 20 do *Código civil* e pelo art. 19 do *Marco civil da internet*. Os resultados revelam que os juízes quase não mencionam esses dispositivos, mesmo em situações nas quais eles claramente se aplicam. Argumenta-se que esses resultados sinalizam uma atitude generalizada de desrespeito às regras primárias, o que torna o Direito brasileiro atípico do ponto de vista conceitual. Por fim, defende-se que, sob a perspectiva normativa, essa atipicidade é indesejável.

Palavras-chave: Direito Constitucional; liberdade de expressão; regras; interpretação jurídica; pesquisa empírica.

Abstract

In this article, the results of two quantitative observational studies carried out at the Court of Justice of Rio de Janeiro are presented. With them, the research focused on processes involving cases regulated by art. 20 of the Civil Code and art. 19 of the Internet Civil Framework. The results reveal that judges hardly mention these provisions, even in situations in which they clearly apply. It is argued that these results signal a widespread attitude of disrespect for primary rules, which makes Brazilian Law atypical from a

¹ Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida é doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor assistente do Insper, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: guilhermefcfa@insper.edu.br

² Fábio Carvalho Leite é doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor dos programas de pós-graduação em Direito (doutorado e mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: fabiojur@puc-rio.br

³ Rodolfo Assis é mestre em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor da Rede Doctum, Caratinga, MG, Brasil. E-mail: rodolfoassisferreira@gmail.com

conceptual point of view. Finally, it is argued that, from a normative perspective, this atypicality is undesirable.

Keywords: Constitutional Law; freedom of expression; rules; legal interpretation; empirical research.

Recebido em 23/10/23

Aprovado em 9/2/24

Como citar este artigo: ABNT⁴ e APA⁵

1 Introdução

Um processo distribuído em agosto de 2014 a uma das varas cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) pôs em debate uma publicação no Facebook ocorrida no mês anterior⁶. O autor da ação sentiu-se ofendido pela postagem realizada por outro usuário da plataforma e moveu ação contra a empresa. O caso foi julgado, em primeira instância, à luz da Lei nº 8.078/1990 (*Código de defesa do consumidor*) e resultou na condenação do Facebook ao pagamento de indenização no valor de 5 mil reais (Rio de Janeiro, 2015).

Contudo, a decisão ignorou o conteúdo do art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (*Marco civil da internet* (MCI)):

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (Brasil, [2018]).

No caso em discussão, o provedor de aplicações de internet (o Facebook) não havia desrespeitado qualquer ordem judicial específica anterior à ação. Dessa forma, fica claro – ao

4 ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; LEITE, Fábio Carvalho; ASSIS, Rodolfo. O Direito sem respeito às regras. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 215-234, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p215

5 Almeida, G. da F. C. F. de, Leite, F. C., & Assis, R. (2024). O Direito sem respeito às regras. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 215-234. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p215

6 Processo nº 0266795-11.2014.8.19.0001.

menos em virtude de algumas presunções mínimas sobre o processo de identificação e interpretação de regras jurídicas – que a decisão desrespeita a regra estabelecida no art. 19⁷.

O Facebook opôs embargos de declaração, já que a sentença desconsiderou a incidência desse dispositivo, mas os embargos foram rejeitados, sem explicação sobre o fato de o art. 19 não ter sido mencionado. Na apelação, a condenação foi mantida (Rio de Janeiro, 2015)⁸. Quanto ao MCI, o relator citou o artigo apenas como argumento de defesa apresentado pelo Facebook. O acórdão manteve a sentença condenatória, mencionando como fundamento uma série de dispositivos constitucionais e de documentos internacionais (*Declaração universal dos direitos do homem, Pacto internacional de direitos civis e políticos, Convenção americana sobre direitos humanos*) que protegem a honra, e quatro decisões pregressas do Tribunal sobre o tema – todos anteriores à publicação do MCI.

O fato de a norma estabelecida no MCI não ter sido seguida não é necessariamente um problema. O ordenamento jurídico contém regras que exigem dos juízes o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade, ou seja, que verifiquem a compatibilidade de normas infraconstitucionais com as normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e com tratados internacionais. Quando juízes deixam de seguir uma regra tendo em vista a sua incompatibilidade com uma norma de hierarquia superior, isso revela seu respeito à hierarquia das normas da ordem jurídica. Entretanto, é notável nesse caso que a regra derivada do art. 19 do MCI tenha sido ignorada; nem sequer foi objeto de consideração no raciocínio judicial da solução do caso, apesar de ter sido invocada pelas partes envolvidas.

Esse caso não é único. A maioria das decisões nos Juizados Especiais Cíveis no Rio de Janeiro que deveriam mencionar o art. 19 do MCI ignora-o, conforme se verá na seção 2. Ademais, essa postura judicial não ocorre apenas em relação ao MCI: o TJRJ frequentemente também ignora o art. 20 da Lei nº 10.406/2002 (*Código civil* (CC)). O fato de os dois exemplos examinados nas seções 2 e 3 deste estudo provirem do TJRJ pode sugerir que essa característica seja peculiar da magistratura fluminense. Essa seria uma conclusão apressada: também há evidência dessa atitude em outros estados da federação, como se verá na seção 4. Uma pesquisa nacional (Vianna; Carvalho; Burgos, 2018) indica que uma proporção substancial dos juízes não se vê restringida por regras infraconstitucionais. De modo semelhante, pesquisas baseadas em questionários indicam que eles estão dispostos a decidir casos hipotéticos em contrariedade a regras claras (Struchiner; Almeida; Hannikainen, 2020), e que acadêmicos consideram o judiciário nacional menos formalista do que suas contrapartes estrangeiras (Bystranowski; Janik; Próchnicki; Hannikainen; Almeida; Struchiner, 2022).

⁷ Também não havia dúvida quanto à incidência do MCI, que deveria ser aplicado a fatos posteriores a 23/6/2014 (data do início da vigência da lei).

⁸ O relator também observou que o valor da indenização teria sido majorado se o autor tivesse recorrido.

Esse conjunto de evidências sugere que regras fazem pouca diferença no processo decisório, como se argumenta na seção 5. Dado que essa hipótese é minimamente plausível, pode-se indagar sobre o que se seguiria caso ela seja verdadeira: quais são as implicações conceituais e normativas de um Direito sem respeito às regras?

Em primeiro lugar, serão abordadas as implicações conceituais. Com frequência, definições do que é o Direito fazem referência à ideia de regra (Hart, 1994; Fuller, 1969). Isso significa que um sistema jurídico no qual os oficiais do sistema não respeitam as regras não conta como Direito? Na seção 6, argumentar-se-á que essa conclusão é forte demais. Contudo, embora o desrespeito às regras não seja suficiente para descaracterizar algo como Direito, ele faz com que um sistema se afaste dos *casos centrais* de Direito.

Ao se afastar dos casos centrais, o Direito sem respeito às regras poderia representar uma inovação positiva ou negativa, a depender de algumas circunstâncias fáticas. Se os juízes são honestos, têm o tempo necessário para alcançar a melhor decisão possível e é alta a convergência moral na sociedade, relativizar as recomendações de regras claras pode ser uma boa ideia. Em contraste, onde há razões para acreditar que juízes são desonestos, não têm o tempo necessário para tomar suas decisões, ou onde há muito desacordo moral, o respeito às regras parece ser desejável. Nesse contexto, questiona-se: qual é a atitude que as circunstâncias do Direito brasileiro recomendam? Na seção 7, argumenta-se que seria o respeito às regras.

2 O art. 19 do *Marco civil da internet*

Antes do advento do MCI não havia uma regra clara e específica a respeito da responsabilidade civil dos provedores de internet por conteúdo gerado por terceiro. Nesse cenário, se uma pessoa se sentisse ofendida em sua honra em razão de uma publicação feita por um usuário do Facebook, por exemplo, e notificasse a plataforma requerendo a remoção do conteúdo, estaria o Facebook obrigado a removê-lo? E se o Facebook o removesse, não estaria violando a liberdade de expressão do usuário em razão de uma crítica ofensiva protegida pela liberdade de expressão? Caberia à plataforma realizar uma ponderação entre os direitos em conflito?

Neste contexto, qualquer que fosse a decisão tomada, aquele que teve seu direito restringido pela ponderação realizada pelo Facebook poderia ajuizar uma ação de indenização por danos morais. Os magistrados, novamente com base num juízo de ponderação, poderiam concordar ou discordar da decisão tomada pela plataforma digital. O art. 19 do MCI resolveu esse imbróglio: os provedores de internet só podem ser responsabilizados por conteúdo gerado por terceiro em caso de descumprimento de ordem judicial. Ou seja, cabe aos magistrados, e não às plataformas digitais como o Facebook, decidir se o conteúdo está ou não protegido pela liberdade de expressão. Isso não impede que a própria plataforma

remova determinado conteúdo, mas não poderá ser responsabilizada se, com base num juízo de ponderação próprio, não o fizer.

Com a entrada em vigor do MCI em 23/6/2014, eventuais pedidos de indenização, ao menos em relação a fatos posteriores a essa data, deveriam ser julgados improcedentes, salvo se o julgador entendesse que o art. 19 é inconstitucional.

Para investigar a recepção do artigo pelo Judiciário fluminense, pesquisaram-se no site do tribunal os processos distribuídos contra o Facebook nos Juizados Especiais Cíveis entre 2017 e 2018. Dos 183 processos julgados com sentença de mérito naquele período (excluídos, portanto, aqueles que foram extintos sem resolução do mérito), em 68 houve pedido autoral de indenização por conteúdo gerado por terceiro.

Nos termos do que dispõe o art. 19 do MCI, o pedido de indenização deveria ter sido julgado *improcedente* em todos os 68 processos, pois o Facebook não havia desrespeitado decisão judicial em qualquer deles. Todavia, foram proferidas 14 sentenças de procedência, das quais apenas duas citaram o dispositivo legal. Em todos esses casos, os magistrados contrariaram diretamente uma regra clara, e em duas ocasiões o MCI foi citado – sem menção ao art. 19 –, mas afastado com base na transcrição de um julgado que a rigor não se aplicaria ao caso, pois envolvia fato anterior à entrada em vigor do MCI.

Quanto às 54 sentenças de improcedência, esperava-se que os magistrados citassem o art. 19 do MCI como fundamento, pois uma regra jurídica clara favorecia a conclusão que eles mesmos consideravam a melhor. Curiosamente, nem sob essas circunstâncias o artigo foi utilizado: o dispositivo foi citado em apenas 24 processos.

Esses dados indicam uma atitude sistemática de desrespeito ao art. 19 do MCI no TJRJ, cujos juízes não se sentem compelidos a aplicar o dispositivo. Em consequência, as sentenças de um conjunto elevado de casos são incompatíveis com o teor normativo do artigo. Porém, o fato de o artigo não ser mencionado nem mesmo nos casos em que ele justifica o resultado proferido pelos magistrados indica o grau de desprestígio da norma.

O desrespeito a um dispositivo específico não indica necessariamente uma atitude *geral* de desrespeito às regras; essa atitude poderia restringir-se ao art. 19 do MCI. Por exemplo: pode ser que os magistrados tenham preferido ignorar apenas essa regra por uma convicção de que ela é incompatível com a CRFB, ou simplesmente tenham demorado a se atualizar e tomaram suas decisões sem conhecer o teor do dispositivo. Por outro lado, a existência de outros exemplos lança dúvidas sobre essa explicação local.

3 O art. 20 do Código civil

Embora seja lugar-comum na doutrina e na jurisprudência que nenhum direito fundamental é absoluto, o enunciado normativo do art. 20 do CC, ao tutelar o direito à imagem (e outros direitos da personalidade), parece fazer poucas concessões a outros direitos potencialmente em conflito:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (Brasil, [2023b]).

São apenas duas, portanto, as exceções admitidas pela lei à publicação, à exposição ou à utilização não autorizadas da imagem de alguém: se forem necessárias (i) à administração da justiça ou (ii) à manutenção da ordem pública, dois conceitos bastante vagos. Não há qualquer consideração a direitos relacionados à liberdade de expressão, como a liberdade de imprensa, a liberdade artística ou a liberdade acadêmica.

Esse problema não passou despercebido pela doutrina. Carvalho (2002, p. 15), por exemplo, ao tratar desse dispositivo legal, sustenta que “[a] opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional”. Na mesma linha, Barroso (2004, p. 31) afirma que “[n]a sua leitura mais óbvia, a norma [art. 20 do CC] não resiste a um sopro do bom direito”. Contudo, as críticas doutrinárias, ao menos as mais contundentes, parecem ser feitas apenas por autores de Direito Constitucional. Aparentemente, não há um olhar crítico da doutrina civilista em relação ao dispositivo. Ao contrário, alguns defendem a aplicabilidade do artigo mesmo quanto a biografias não autorizadas, caso em que o Supremo Tribunal Federal (STF), por decisão unânime, considerou o dispositivo inconstitucional (Moraes, 2013).

Assim, se o art. 20 do CC protege, entre outros, o direito à imagem de forma ampla (mas sem maiores questionamentos doutrinários, é possível imaginar que ele seja aplicado pelos magistrados em processos judiciais movidos contra jornais em razão de publicação não autorizada de foto do(a) autor(a) da ação, sobretudo se o pedido da ação for julgado procedente.

Entretanto, é outro o resultado encontrado por Leite, Hannikainen, Mello e Lins (2020) na análise de 221 apelações cíveis julgadas (no mérito) entre 2010 e 2016 em ações de indenização por violação aos direitos da personalidade movidas contra as empresas de jornalismo que são demandadas com maior frequência em ações (Infoglobo e Editora O Dia). Os dados levantados pela pesquisa (Leite; Hannikainen; Mello; Lins, 2020, p. 105) revelaram que, na maioria dos casos, o art. 20 do CC é ignorado pelos magistrados⁹. Daquele total de apelações

⁹ O art. 20 menciona diretamente a possibilidade de que alguém proíba o uso não autorizado de sua imagem e que o exercício dessa faculdade não prejudica o eventual direito da pessoa à indenização. Uma interpretação restritiva desse artigo poderia, portanto, levar o intérprete a considerar a referência a ele como algo indispensável apenas nos casos em que a parte autora pediu a condenação do réu a uma obrigação de fazer, como a remoção da sua imagem de determinada matéria. Mesmo que se aceite esse argumento, ainda haveria de se admitir que o art. 20 do CC é relevante para os casos de indenização, dado que seu conteúdo normativo ajudaria a estabelecer a antijuridicidade de certas condutas das empresas de jornalismo. Assim, a eventual ausência de menções ao dispositivo deveria ser interpretada como sinal do desprestígio de uma regra clara mesmo por quem adota essa visão restritiva. De modo ainda mais contundente, cabe notar que, quando a análise se restringe aos casos em que há algum pedido dessa natureza, a regra continua a ser ignorada numa proporção relevante dos casos; por exemplo, de 16 processos relativos a pedidos envolvendo uma obrigação de fazer prevista no artigo movidos contra a Infoglobo no recorte analisado, apenas 4 fizeram referência a ele.

cíveis, 83 usaram imagem não autorizada; e, nesse universo de 83 casos em que o dispositivo legal incidiria, ele foi citado pelos desembargadores relatores em apenas 22, o que equivale a pouco mais de um quarto dos casos (26,5%). E na maioria deles os relatores limitaram-se a transcrever o texto do enunciado normativo ou a citar apenas seu número. Em apenas 5 casos – todos relatados pela mesma desembargadora –, a transcrição do enunciado foi seguida de comentário doutrinário sobre o artigo, e somente em 2 os relatores fizeram alguma consideração adicional em voz própria (Leite; Hannikainen; Mello; Lins, 2020, p. 108).

A despeito de todas as dúvidas quanto à constitucionalidade do art. 20 do CC, é mais simples mencionar ou considerar sua regra quando a decisão é pela procedência do pedido de indenização. Nos casos em que a decisão é pela improcedência do pedido, haveria ônus argumentativo maior sobre o julgador, que deveria expor as razões por que o dispositivo legal não incide ou, se incide, por que não deveria ser aplicado. Os dados levantados pela pesquisa, como já se esperava, revelam que, no pequeno universo de casos em que o dispositivo é citado (22 casos), as decisões são majoritariamente de procedência do pedido indenizatório (18 casos – 81,8%). Por outro lado, no conjunto de 61 acórdãos em que o dispositivo não foi citado, 28 foram pela procedência do pedido (45,9%), o que revela que há pouca relação entre procedência e menção ao artigo (Leite; Hannikainen; Mello; Lins, 2020).

A análise desses acórdãos – sobretudo, mas não apenas daqueles em que o artigo não foi referido – evidencia que os magistrados julgam os casos com base numa ponderação própria dos dispositivos constitucionais e deixam de lado a ponderação dos mesmos dispositivos feita pelo legislador e que resultou no art. 20 do CC. Seria possível contra-argumentar que, ao menos nos casos de uso não autorizado de imagem pela imprensa, o enunciado normativo não é exatamente resultado de uma ponderação e, na verdade, deixa ao julgador o direito de avaliar se o uso não autorizado da imagem atinge “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade” do(a) autor(a) da ação. Ainda que isso seja discutível já que o jornal tem fins comerciais, não parece justificar que se deixe completa ou parcialmente de lado o dispositivo legal que incide no caso.

4 Generalizando a evidência

Os dois exemplos anteriores mostram que o TJRJ ignora sistematicamente pelo menos dois dispositivos legais claros. Mas será que essa atitude de desrespeito às regras ocorre em âmbito nacional? Alternativamente, os exemplos podem ser evidências de um fenômeno restrito ao Estado do Rio de Janeiro. Da mesma forma: será que essa atitude tem escopo geral? Alternativamente, ela pode atingir apenas casos envolvendo liberdade de expressão.

Para responder a essas questões de modo conclusivo, seriam necessários levantamentos sistemáticos sobre diversas questões jurídicas em tribunais do território nacional – uma tarefa que ultrapassa em muito o escopo deste artigo. De todo modo, serão apresentados

alguns dados que, embora não sejam decisivos, parecem indicar que o fenômeno identificado tenha âmbito nacional e propósito amplo.

Já se identificou o antiformalismo como a atitude prevalente no Direito brasileiro. Segundo Leal (2015, p. 124), a corrente acadêmica que defende o recurso a princípios constitucionais abstratos no julgamento de casos concretos em Direito Civil – o Direito Civil Constitucional – “é inegavelmente um movimento bem sucedido no país”, produzindo reflexos “na doutrina e jurisprudência pátrias”. Também em outros ramos do Direito é possível observar a prevalência da argumentação moral. Por exemplo, em decisão unânime, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu em 2008 um acórdão sobre Direito Administrativo, cuja ementa contém o seguinte trecho:

Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apoia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica (Brasil, 2008, p. 2).

Evidências recentes corroboram a perspectiva de decisões como essa. Uma pesquisa censitária nacional com ampla adesão da magistratura indicou que apenas 42,1% dos juízes de primeiro grau e 55,3% dos desembargadores concordaram com a afirmação de que “o(a) magistrado(a) deve priorizar o texto infraconstitucional à adoção de princípios constitucionais” (Vianna; Carvalho; Burgos, 2018, p. 117-118). Outra pesquisa revelou que acadêmicos de Direito no Brasil consideram os juízes brasileiros bem menos formalistas que juízes de outros países e discordam de afirmações como “[s]empre que possível, juízes brasileiros decidem casos com base no significado literal da regra aplicável, mesmo quando eles pessoalmente não concordam com o resultado indicado pela regra” (Bystranowski; Janik; Próchnicki; Hannikainen; Almeida; Struchiner, 2022, p. 1.916, tradução nossa). Por fim, pesquisas baseadas em questionários mostram que juízes dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões abrem exceções a regras em casos hipotéticos mesmo quando eles não são particularmente exigentes (Struchiner; Almeida; Hannikainen, 2020). Por exemplo, a grande maioria dos juízes que participou da pesquisa respondeu afirmativamente à seguinte pergunta: “O Sistema Único de Saúde (SUS), por lei, só cobre os custos de medicamentos que estão previstos na sua lista. Devem juízes obrigar o governo a pagar por remédios que não estão nesta lista, mas são necessários ao tratamento de determinadas pessoas?” (Struchiner; Almeida; Hannikainen, 2020, tradução nossa). No mesmo sentido, uma pesquisa empírica recente desenvolveu um instrumento psicométrico para quantificar o grau de formalismo e particularismo de profissionais do Direito, incluindo uma proporção relevante de juízes. Os resultados apontam novamente um baixo nível de respeito às regras (Brando, 2023).

Assim, mesmo que não seja possível afirmar que os exemplos mencionados sejam representativos do que acontece em todos os estados da federação em relação a todos os

ramos do Direito, também não é razoável inferir que os dois exemplos apresentados neste estudo sejam incomuns. Ao contrário: várias fontes de dados parecem apontar para a conclusão de que os juízes brasileiros não têm uma atitude de deferência às regras do Direito.

5 Conformidade ou respeito às regras?

Os dados anteriormente descritos poderiam ser explicados de várias formas que não envolvem o desrespeito às regras. A mais simples, que já se considerou brevemente com relação ao MCI, postula o desconhecimento das regras pelos magistrados. Se eles não conhecem certas regras, a ausência de qualquer menção a elas nas decisões não decorreria de uma atitude de desrespeito, mas de ignorância. Essa explicação, porém, é implausível, pois é razoável presumir que os juízes conhecem as regras do sistema jurídico, já que são selecionados mediante concursos públicos altamente competitivos que testam o conhecimento dos candidatos sobre o Direito. Além disso, as partes envolvidas nos litígios com frequência mencionam os dispositivos legais e opõem embargos de declaração para lidar com a omissão judicial. Desse modo, não há dúvida de que os juízes sabem da existência daqueles dispositivos.

Uma explicação alternativa faz referência à hierarquia do sistema jurídico. Por exemplo, pode ser que as regras já tenham sido declaradas inconstitucionais por um órgão hierarquicamente superior, ou pode ser que os próprios juízes as entendam incompatíveis com normas superiores, pelo menos em parte. Contudo, essa explicação também não é adequada, pois nem o art. 20 do CC, nem o art. 19 do MCI foram declarados inconstitucionais pelo STF¹⁰. Tampouco qualquer dos julgados aqui examinados invocou de modo explícito a sua inconstitucionalidade.

É também possível supor que os juízes tenham considerado a regra inconstitucional, mas não tenham explicitado seu raciocínio na decisão. Todavia, essa hipótese não é a mais provável, pois os juízes têm a obrigação de motivar suas decisões, conforme o art. 489 da Lei nº 13.105/2015 (*Código de processo civil*). Mais que isso: a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais exige “voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial” (Brasil, [2023a], art. 97), algo que não ocorreu em nenhum dos casos analisados. Assim, não é provável que o fenômeno observado tenha sido causado por um especial apego à CRFB.

Dado esse panorama, torna-se mais plausível a explicação segundo a qual os juízes simplesmente ignoram uma regra que eles conhecem e consideram constitucional. O que isso revela sobre o Direito brasileiro?

¹⁰ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.815, julgada em junho de 2015, foi dada interpretação conforme aos arts. 20 e 21 do CC apenas aos casos envolvendo biografias não autorizadas. Logo, a decisão não alcança os casos discutidos na seção 2.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que não queremos dizer que os juízes brasileiros nunca fazem referência a regras, nem que eles não se comportam de acordo com as regras em um grande número de casos. Concedemos que, para cada exemplo que documentamos, é possível encontrar múltiplas ocasiões em que juízes parecem aplicar regras claras. Vamos chamar os exemplos das subseções anteriores de “casos de desrespeito às regras”¹¹ e o conjunto (quase certamente maior) de casos nos quais os juízes brasileiros seguem as regras do nosso Direito de “casos de conformidade às regras”.

Os casos de desrespeito às regras demonstram que juízes brasileiros frequentemente ignoram as regras de modo explícito. Essa conclusão lança dúvidas sobre como interpretar os casos de conformidade às regras. Por padrão, assume-se que o Direito fez a diferença nesses casos, ou seja, considera-se que o comportamento dos juízes se conforma às regras porque os juízes respeitam as regras. Contudo, não é necessário que seja assim: imagine-se um sistema jurídico no qual o conteúdo das regras se conforma, de maneira geral, às convicções políticas, morais e econômicas dos juízes. Dentro desse sistema, o comportamento externo de um juiz que não respeita as regras frequentemente será muito semelhante ao de um juiz que respeita as regras: ambos se conformarão à regra. As razões para a conformidade, porém, são totalmente distintas. O juiz que respeita as regras terá tomado a sua decisão *por causa* da regra, e o que não a respeita terá tomado a sua decisão *por causa* das suas convicções pessoais¹².

Outro fator que pode ajudar-nos a estabelecer qual é a melhor interpretação dos casos de conformidade é a reação que casos de desrespeito às regras inspiram. Uma reação negativa enfática a casos de desrespeito às regras é um sinal de que há respeito às regras de modo mais geral. A ausência de reações negativas a esses casos, ou até a presença de reações positivas, pode, em contraste, indicar a ausência da expectativa de respeito às regras.

Qual a reação da comunidade jurídica brasileira aos casos de desrespeito? A reação geral parece receptiva a esses casos. Juristas conhecidos por sua resistência ao formalismo – como os ministros do STF Luís Roberto Barroso e Luiz Fux – são celebrados e promovidos com muito mais frequência do que criticados e censurados. Ademais, quando eles e outros juristas são criticados, em geral as críticas não se baseiam em critérios formalistas, e sim em considerações de natureza política, econômica ou moral.

Ao mencionar os casos de desrespeito, o objetivo não é discutir o número de casos de conformidade; admite-se que a segunda categoria seja muito mais numerosa. A questão levantada pela existência de casos de desrespeito refere-se a qual é a melhor interpretação para os casos de conformidade. Na ausência de casos de desrespeito – ou quando eles ensejam reação enfática da comunidade jurídica –, costuma-se assumir que os casos de

¹¹ Aqui se emprega desrespeito de modo bem amplo. Como se viu, a classe de casos referidos com a expressão inclui não só casos em que os juízes deram soluções incompatíveis com a recomendação indicada pela regra, mas também casos nos quais eles ignoraram em suas decisões regras claras que deveriam incidir sobre o caso, mesmo que suas decisões se tenham conformado ao resultado que a regra recomenda.

¹² Para uma reflexão mais extensa sobre o que significa seguir o Direito, ver Schauer (2015).

conformidade ocorrem por respeito às regras. Dados os casos de desrespeito e dada a reação branda da comunidade jurídica a eles, é mais crível a hipótese de que a conformidade seja apenas conveniente. Em outras palavras, a existência de muitos casos de desrespeito que não causam revolta em juristas torna plausível a ideia de que não há respeito às regras no Direito brasileiro. Isso não quer dizer que a hipótese de que não há respeito às regras seja mais provável que a de desrespeito; a primeira hipótese é, simplesmente, uma interpretação viável do que ocorre no Direito brasileiro.

6 O Direito sem respeito às regras conta como Direito?

A ideia de que não há respeito às regras no *Direito* brasileiro causa certa estranheza. Afinal, definições do que é o Direito frequentemente incluem a ideia de regra. Por exemplo: Fuller (1969, p. 106, tradução nossa) definiu o Direito como “a empreitada da sujeição da conduta humana à governança de regras”. Hart (1994, p. 80, tradução nossa) – um rival acadêmico de Fuller – acreditava não ser possível “elucidar até mesmo a forma mais elementar do direito” sem o conceito de regra. Será que isso quer dizer que sistemas em que juízes ignoram regras não contam como sistemas jurídicos propriamente ditos?

A classificação das situações discutidas como casos de desrespeito às regras depende de algumas pressuposições sobre os conceitos de regra e interpretação. Por exemplo: caso se aceitasse que quase qualquer norma imaginável conta como uma regra jurídica, ou que é possível atribuir quase qualquer significado às regras que fazem parte de um sistema jurídico, seria forçoso concluir que há amplo respeito às regras. Com essas concepções suficientemente amplas, até mesmo os exemplos aqui citados poderiam ser descritos como casos de respeito às regras. Do mesmo modo, critérios muito rígidos sobre o que conta como regra e sobre o que conta como interpretação poderiam fazer com que a hipótese central fosse trivialmente verdadeira¹³. Assim, a despeito de o objetivo do estudo não ser examinar os conceitos de regra e interpretação jurídica¹⁴, faz sentido apresentar explicações mínimas sobre ambos.

Para fins dessas discussões, regras são prescrições¹⁵ específicas cujo significado – prototipicamente comunicado por meio de um texto – descreve uma situação fática cuja verificação recomenda determinada consequência¹⁶. Além disso, para que seja *jurídica*, é

¹³ Sobre o assunto, ver Struchiner (2011).

¹⁴ São várias as possibilidades; para um levantamento inicial, ver Assis (2019).

¹⁵ A definição de prescrição utilizada como pressuposto pode ser encontrada em Nino (2010, p. 76).

¹⁶ Não se trata aqui de uma análise completa do conceito de regra, mas apenas da descrição do que se tem em mente ao se falar de regras. Não se ignora a existência de regras que não se enquadram na descrição. Para uma discussão filosófica profunda acerca do conceito, ver Struchiner (2005).

necessário que uma regra seja reconhecida como tal pela comunidade jurídica¹⁷. Também se considera – conquanto isso também seja polêmico – que a interpretação é a atividade pela qual o intérprete extrai o significado da regra, em geral com base no significado ordinário de seu texto¹⁸.

Além dessas duas pressuposições, para avaliar as consequências conceituais do Direito sem respeito às regras, ressalte-se que a inclusão de regras em definições de Direito exige mais que sua *mera existência*. Afinal, os exemplos citados remetem expressamente ao art. 19 do MCI e ao art. 20 do CC. Contudo, quando afirmou que o Direito é a empreitada de sujeitar a conduta humana à governança de regras, Fuller (1969) não tinha em mente um sistema jurídico em que as regras, embora existentes, fossem sistematicamente ignoradas¹⁹. Se o art. 19 do MCI nunca é aplicado nos casos relevantes, não parece natural dizer que ele governa qualquer conduta humana, embora seja difícil argumentar que ele não exista.

Articulando de modo mais detalhado essa relação entre regras e a atitude que elas inspiram, Schauer (2002) defende que o modelo de decisões baseadas em regras tem como característica distintiva a deferência mesmo quando *discordamos* do resultado indicado por elas. Imagine-se que as autoridades legislativas competentes – considerando os objetivos conflitantes de reduzir a probabilidade de acidentes e permitir um trânsito eficiente – estabeleçam como regra jurídica o limite de velocidade numa estrada em 80 km/h. Se os guardas de trânsito e os juízes responsáveis por aplicar essa regra *nunca* levam em consideração o limite estabelecido e multam frequentemente motoristas que dirigem abaixo desse limite e desculpam motoristas que dirijam acima dele, não faz sentido dizer que se está diante de decisões constrangidas por regras. Em outras palavras, a despeito da existência de um pedaço de papel e de algumas placas anunciando aquele limite de velocidade, as decisões

¹⁷ Esse aspecto interage de modo interessante com a pergunta de pesquisa do presente artigo. Ao longo de todo o argumento, pressupõe-se que o art. 20 do CC e o art. 19 do MCI sejam regras jurídicas, isto é, reconhecidas como tais pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa pressuposição faz sentido: a CRFB é respeitada por todos como o critério de validade, e ela estipula regras formais para a introdução de novas leis, as quais foram respeitadas nos casos do CC e do MCI. Contudo, ela também pode ser desafiada; afinal, o argumento aqui é que juízes não respeitam de modo sistemático regras que já se submeteram a esse crivo. Uma explicação para esse fenômeno envolveria uma mudança no próprio padrão de reconhecimento empregado pelas autoridades jurídicas; em vez de observar as leis criadas com base nos procedimentos formais indicados na CRFB, juízes podem estar internalizando outros critérios que estabelecem o que conta como uma regra jurídica. Na medida que juízes sejam as autoridades relevantes – ver Adler (2006) –, isso pode indicar que regras como as dos arts. 20 do CC e 19 do MCI nem sequer contam como jurídicas. Embora seja interessante, essa hipótese é complexa demais para ser discutida neste artigo e exige um aprofundamento muito maior do conceito de regra de reconhecimento.

¹⁸ Existem muitas versões sobre como derivar significado dos documentos legislativos normativos com o intuito de identificar prescrições. Em geral, elas se dividem em dois grandes grupos: as que enfatizam o significado literal desses documentos e as que dão prioridade a outros elementos, independentemente do significado literal, como os propósitos do legislador e as finalidades da justiça. As teorias que compõem esses grupos não são completamente opostas e podem ter vários elementos iguais combinados de modos diferentes.

¹⁹ Ver a importância dada por Fuller (1969) à ideia de fidelidade ao Direito. Alguns poderiam opor-se à menção a Fuller nesse contexto com base nas suas ideias a respeito do conceito de regras. Fuller (1969) defende que as regras devem ser aplicadas de acordo com os seus propósitos. Assim, poderia existir alguma incompatibilidade entre o projeto fulleriano e aquele que se persegue neste artigo. Não se considera que essa objeção seja bem-sucedida; afinal, ele também defendia que as regras deveriam ser aplicadas de acordo com o seu significado público. Dessa forma, conquanto existam incompatibilidades entre as ideias de regra e interpretação jurídica empregadas neste artigo e aquelas que animam de modo geral a obra de Fuller, os pontos centrais do argumento deveriam permanecer verdadeiros sob as concepções fullerianas.

observadas revelam que os oficiais do sistema não aceitam essa generalização como uma regra. Isso é verdade mesmo que em algumas circunstâncias o comportamento dos guardas coincida com a recomendação das regras. Como se viu na seção anterior, se a conformidade é o resultado do raciocínio prático do guarda em vez do resultado da deferência à autoridade da regra, está-se diante de um sistema em que não há respeito às regras.

No caso acima, os guardas de trânsito não aplicam a regra a casos em que discordam do resultado por ela recomendado. Isso perfaz um cenário de desrespeito absoluto às regras. Se os guardas aplicassem a regra a todos os casos, independentemente da sua avaliação prática sobre a coisa certa a se fazer, estar-se-ia diante de um cenário de respeito absoluto às regras. Contudo, essas não são as únicas alternativas possíveis. O respeito às regras forma um espectro: em alguns sistemas, os oficiais irão mostrar maior deferência às regras – desviando-se do resultado recomendado por elas em raras ocasiões; em outros, os oficiais irão mostrar uma deferência menor – desviando-se da regra em um número maior de ocasiões. Quando se discutem sistemas jurídicos reais, como o brasileiro, não se espera encontrar nenhum caso absolutamente extremo. Mas isso não quer dizer que não se possam fazer comparações entre diferentes sistemas, notando como alguns deles se encontram mais próximos de um dos dois polos²⁰. Assim, o exercício de pensar sobre casos hipotéticos extremos pode iluminar aspectos importantes de alguns sistemas jurídicos reais.

Com essas clarificações, pode-se voltar à questão inicial: o que acontece com o Direito quando não há nenhum respeito às regras?

Uma primeira sugestão seria que um sistema normativo sem nenhum respeito às regras nem sequer conta como Direito. Embora essa seja uma sugestão tentadora, ela deve ser rejeitada, ao menos nessa formulação mais ampla.

Schauer (2002, cap. 1, sec. 1.5) propõe imaginar um sistema no qual os juízes têm discricionariedade plena para decidir sobre os casos concretos sem que qualquer regra controle a sua atuação. Suponha-se que alguém seja levado a julgamento nesse sistema por ter subtraído o celular de outrem. Como não há regra alguma sobre a solução correta nem um código penal que estabeleça a pena a ser cominada para quem subtrai coisa móvel alheia, o juiz do caso deve avaliar a coisa certa a fazer e decidir a punição a que o agente deve ser submetido ou decidir que ele não merece punição.

O exemplo de Schauer (2002) conta como um sistema jurídico? O autor aposta em que a maioria das pessoas responderia afirmativamente à pergunta. Porém, esse não é um exemplo de total ausência de respeito às regras – afinal, o exemplo envolve juízes, e não podem existir juízes sem uma regra que defina sua competência. De fato, sem respeito a *qualquer* regra, incluindo as que definem a competência dos oficiais, é difícil imaginar um

²⁰ Além disso, num mesmo sistema é possível que certas áreas e instituições sejam mais deferentes às regras e que outras o sejam menos. Em determinados sistemas há campos em que a decisão e o comportamento dos destinatários são mais ou menos restringidos por regras – no Direito Penal, por exemplo, a condenação de alguém depende de uma série de limitações impostas por regras penais e processuais; e numa disputa de guarda no Direito de Família prevalece a busca do melhor interesse da criança, definido nas circunstâncias do caso concreto.

sistema jurídico. Dessa forma, fica claro que existe um sentido no qual sistemas jurídicos sem qualquer respeito às regras contam como Direito. Esse não é, contudo, o sentido que interessa.

Segundo uma tipologia proposta por Hart (1994, cap. 5), as regras dividem-se em regras primárias, que criam obrigações para os cidadãos (ex.: art. 155 do *Código penal*), e regras secundárias, que estabelecem maneiras de criar, interpretar e modificar obrigações. Um caso de regra secundária é a que regula a celebração de contratos: ela estipula as condições para o exercício de um poder para criar novas obrigações. Outro caso de regra secundária é a que firma a competência dos juízes: ela define quem tem o poder para interpretar e modificar obrigações jurídicas.

Nenhum dos casos discutidos na primeira seção do artigo envolve regras secundárias. Os arts. 19 do MCI e 20 do CC estabelecem regras primárias. Dessa forma, a conclusão de que o Direito envolve necessariamente o respeito a pelo menos uma regra secundária interessa pouco à discussão sobre esses artigos; o que importa são as implicações conceituais de um Direito no qual não há respeito às regras primárias. E o exemplo schaueriano é suficiente para mostrar que o Direito sem respeito às regras primárias é uma possibilidade conceitual. É falso, portanto, afirmar que um sistema jurídico sem respeito às regras nem sequer conta como Direito.

Nem o exemplo Schaueriano, nem a hipótese de um Direito sem respeito às regras primárias, porém, são casos *prototípicos* de Direito. Quando se pensa nos exemplos paradigmáticos de sistema jurídico, têm-se em mente casos com uma série relativamente longa de características que, embora não sejam necessárias nem suficientes para que algo conte como um sistema jurídico, estão mais ou menos associadas à ideia de Direito. O que as definições de Direito discutidas no início desta seção indicam é que uma das características mais importantes dessa série é o respeito às regras primárias. Quando se imagina um sistema jurídico, em geral se pressupõe a ideia de separação de poderes que exige que juízes tenham certa deferência às regras. Isso significa que, entre o desrespeito absoluto e o respeito absoluto às regras, os casos paradigmáticos de Direito estão mais próximos do segundo polo.

Conceitualmente, portanto, o Direito brasileiro conta como um sistema jurídico, ainda que a hipótese aqui levantada esteja correta. Contudo, ele não é um sistema jurídico típico: o desrespeito sistemático às regras primárias faz dele um caso atípico.

Quais são as consequências dessa atipicidade? Responder a essa pergunta envolve compreender a função das regras nos sistemas jurídicos. Schauer (2002, p. 173, tradução nossa) observa que regras (mesmo as primárias) funcionam antes de tudo “como veículos para a alocação de poder” entre diversas autoridades, como legisladores, juízes e demais agentes públicos:

Regras, incluindo regras jurídicas, alocam a autoridade para tomar decisões dentre vários indivíduos e instituições, refletindo as decisões da sociedade sobre quem vai

decidir o que, quem merece confiança e quem não merece, quem deve ser empoderado e quem não deve, as decisões de quem devem ser revisadas e de quem devem ser finais, e quem dá ordens e quem recebe.

Nos casos paradigmáticos de Direito há uma atitude de deferência às regras. Isso revela que, prototipicamente, as sociedades encampam uma atitude de respeito às regras que aloca relativamente mais poder aos legisladores. No caso atípico ocorre o contrário: uma atitude de menor respeito às regras significa que juízes têm muito mais poder que os legisladores do que suas contrapartes em sistemas jurídicos paradigmáticos.

7 Considerações normativas

Quem deveria ter mais poder? Juízes ou legisladores? Se é melhor conferir mais poder aos legisladores, a atipicidade do Direito sem respeito às regras é indesejável. Por outro lado, se alocar mais poder aos juízes que aos legisladores é algo bom, a atipicidade gerada pelo desrespeito às regras é uma característica positiva.

Responder a essas perguntas não é uma tarefa simples. Sunstein e Vermeule (2003) observam que elas só podem ser respondidas em concreto, analisando as capacidades das instituições. No mesmo sentido, Schauer (2002) argumenta que fatores contextuais determinam a desejabilidade de maior ou menor apego às regras.

Neste artigo, avaliam-se brevemente três fatores contextuais que parecem relevantes para responder à questão: a honestidade dos juízes; o tempo que têm à disposição para resolver casos jurídicos; e o grau de convergência moral na sociedade. Esses fatores não são exaustivos, mas oferecem um bom ponto de partida para raciocinar sobre as circunstâncias que afetam o uso de regras no Direito brasileiro.

Quando os juízes são honestos, dispõem de muito tempo para decidir sobre os casos, e é alto o grau de convergência moral na sociedade, uma atitude mais liberal com relação às regras é desejável. Talvez seja possível defender até mesmo um Direito sem respeito algum às regras em sistemas em que as circunstâncias sejam ideais. Em contraste, quando se desconfia da honestidade dos juízes, quando eles não têm tempo ou recursos suficientes para considerar com cuidado as particularidades dos casos concretos ou onde há muito desacordo moral, deve-se aderir estritamente às regras primárias.

Defensores de um baixo grau de respeito às regras precisam mostrar que cada uma das três características é favorável à sua tese. Afinal, mesmo que os juízes sejam honestos e exista convergência moral, a falta de tempo ainda pode recomendar maior deferência às regras; por outro lado, todo o tempo do mundo não será justificativa suficiente para depositar poder nas mãos de um juiz desonesto, e assim por diante.

Começando pela honestidade: se acreditarmos que os juízes são sistematicamente desonestos, teremos uma razão forte para minimizar o poder que eles têm. Na medida que

o respeito às regras é um mecanismo de alocação de poder, isso significaria que temos uma razão para defender o maior respeito às regras. Isso é especialmente verdadeiro porque as decisões judiciais em geral dizem respeito apenas às partes envolvidas no litígio. Um legislador desonesto tipicamente tem de criar uma regra geral que favoreça de modo sistemático um grupo em detrimento dos demais, o que pode ser politicamente difícil – um juiz desonesto pode simplesmente interpretar o Direito de modo idiossincrático em favor dos litigantes que deseja favorecer.

Os juízes brasileiros são honestos? Muito embora existam casos bem documentados de desonestidade²¹, não há evidência de que essa desonestidade seja generalizada²². Dado que esse é o caso, deve-se assumir que, em geral, eles agem de forma honesta, buscando solucionar os casos de acordo com o Direito. Dessa forma, esse cenário não parece ser decisivo num argumento contra o Direito sem respeito às regras.

O fator seguinte é o tempo. Por que é necessário mais tempo para decidir sobre questões jurídicas onde não há respeito às regras? Autores como Schauer (2002) argumentam que aplicar regras de acordo com o seu significado ordinário é uma atividade pouco custosa, que pode ser feita de modo quase automático. Em contrapartida, raciocinar sobre qual é a coisa certa a fazer levando em consideração diferentes valores morais é algo difícil, que exige tempo e esforço²³. Dessa maneira, sistemas jurídicos em que os tomadores de decisão têm pouco tempo disponível devem preferir o respeito às regras. Por outro lado, sistemas em que os juízes têm amplo tempo para deliberar sobre cada caso específico, um baixo grau de respeito às regras pode ser menos problemático.

Segundo o *Justiça em números* de 2021, publicação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que quantifica a atuação do Poder Judiciário, cada magistrado da Justiça estadual foi responsável pela baixa, em média, de 1.672 processos no ano de 2020. No TJRJ, esse número é ainda maior: 3.724 processos (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 121). Apesar de esses valores incluírem decisões sem resolução do mérito e outras soluções jurídicas que não exigem muito tempo dos magistrados, não há dúvida de que sua carga de trabalho é elevada. Outro número que ilustra bem essa conclusão diz respeito ao acervo. O relatório *Justiça em números 2021* indica que, em 2020, o Judiciário estadual contava com 12.282 magistrados distribuídos pelo País. No mesmo ano, 58.347.512 casos pendentes tramitavam nesse âmbito, o que significa um acervo médio de 4.751 casos pendentes por magistrado²⁴. Essa

21 Nesse contexto, o requisito da honestidade é razoavelmente complexo. Ele envolve um compromisso com as ideias de imparcialidade, neutralidade e fidelidade ao Direito de modo mais geral, além do respeito às regras que vedam a corrupção em sentido estrito. Assim, mostrar que juízes não vendem sentenças não é suficiente para demonstrar que juízes são honestos – embora a venda de sentenças seja suficiente para fazer com que um juiz seja desonesto. Juízes também são desonestos quando favorecem certas partes por motivos inidôneos, ou quando atuam de forma sistematicamente racista, corporativista ou de outra forma enviesada.

22 Em que pesem as já mencionadas críticas à classe dos magistrados.

23 Para um argumento semelhante no campo da moral, ver Zamzow (2015).

24 Os números foram obtidos com base nas colunas de magistrados e nos casos pendentes da Tabela 1 do relatório *Justiça em números 2021* (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 46).

tendência também se reflete nos tribunais superiores, com cargas de trabalho altíssimas, inclusive no STF. Isso indica que os juízes não têm o tempo necessário para encontrar a melhor solução possível para cada caso. Logo, a circunstância *tempo* também recomenda o respeito às regras.

Por fim, considere-se o grau de convergência moral. Presumivelmente, se houvesse um grau suficiente de convergência a respeito do que a moralidade exige, até mesmo juízes com pouco tempo poderiam resolver problemas jurídicos melhor do que regras; e nesse contexto provavelmente a maioria do público concordaria com os resultados atingidos pelos juízes.

Todavia, esse não é o caso. É uma platitude dizer que o País se encontra profundamente cindido em relação a questões morais. Pesquisas do Instituto Datafolha revelam uma profunda divisão quanto a temas moralmente relevantes, como a legalização do aborto (Amâncio, 2019) e o porte de armas (66% [...], 2019). Até mesmo questões que poderiam parecer óbvias não o são: quase um quarto da população rejeita a ideia de que a democracia é a melhor forma de governo (Apoio [...], 2020). Essa divergência moral também se reflete nos resultados analisados nas seções 1 e 2: não há ampla convergência entre os juízes do TJRJ sobre a solução jurídica adequada a casos de uma mesma classe.

Em conjunto, essas três circunstâncias parecem desaconselhar o Direito sem respeito às regras. Ainda que em geral sejam honestos, os juízes brasileiros não têm o tempo necessário para decidir sobre as questões morais com pouca deferência às regras. Além disso, dado o alto grau de desacordo moral no País, decisões amparadas na moral não seriam incontroversas.

8 Conclusão

Neste artigo, procurou-se argumentar que o Direito brasileiro parece destoar dos casos paradigmáticos de Direito com relação ao respeito às regras. Os juízes de sistemas jurídicos prototípicos respeitam as regras jurídicas, ao passo que os juízes brasileiros se sentem, ao menos em algumas ocasiões, autorizados a desviar-se do resultado recomendado por elas. Verificou-se que essa atitude não se restringe a um tribunal específico ou a uma única questão jurídica. Tampouco essa tendência é malvista pela comunidade jurídica. Esses fatos permitem concluir – de modo especulativo – que no Direito nacional é baixíssimo o nível de respeito às regras.

O que se segue dessa conclusão? Em termos conceituais, mesmo um sistema normativo sem respeito algum às regras primárias pode contar como Direito. Desse modo, seria exagero questionar as credenciais jurídicas do Direito brasileiro. Contudo, a prevalência de menção a regras em definições do que é o Direito aponta para a importância do respeito às regras nos casos centrais de Direito, o que torna atípicos sistemas sem respeito a elas.

Essa atipicidade pode ser boa ou ruim, a depender de uma série de circunstâncias relevantes para o desenho das instituições jurídicas. Examinaram-se em particular três dessas circunstâncias: a honestidade dos juízes, o tempo de que dispõem para avaliar casos

jurídicos e o grau de convergência moral na sociedade. Na avaliação da incidência dessas circunstâncias no Brasil, constatou-se que apenas a primeira delas recomenda o desapego às regras; as demais sugerem que juízes deveriam ser mais deferentes com relação a elas.

É possível que outras evidências demonstrem que o presente diagnóstico descritivo esteja errado. Todavia, na ausência dessas evidências e à luz dos argumentos aqui apresentados, reitera-se a recomendação de que os juízes brasileiros levem as regras muito mais a sério.

Referências

ADLER, Matthew D. Popular constitutionalism and the rule of recognition: whose practices ground U.S. law? *Northwestern University Law Review*, [s. l.], v. 100, n. 2, p. 719-805, 2006. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/52/. Acesso em: 16 fev. 2024.

AMÂNCIO, Thiago. Contrários a qualquer tipo de aborto no Brasil atingem 41%. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 jan. 2019. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/ainda-minoria-contrarios-a-qualquer-tipo-de-aborto-no-brasil-atingem-41.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2024.

APOIO à democracia atinge 75%. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 jun. 2020. Opinião Pública. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2020/06/1988776-apoio-a-democracia-atinge-75.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ASSIS, Rodolfo. *Interpretação conforme a Constituição e decisões manipulativas*. Rio de Janeiro: Gramma, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45123>. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRANDO, Marcelo Santini. *Mensurando modelos decisórios: construção e apresentação de evidências de validade de uma escala de atitudes em relação às regras (EARR)*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança nº 24.339/TO*. Recurso em mandado de segurança. Administrativo. Enquadramento de professora do Estado de Tocantins, com base em ascensão funcional. Lei estadual de Tocantins 351/92, posteriormente revogada [...]. Recorrente: Maria Áurea Ribeiro Brito. Recorrido: Estado do Tocantins. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 30 de outubro de 2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordo?num_registro=200701304927&dt_publicacao=17/11/2008. Acesso em: 16 fev. 2024.

BYSTRANOWSKI, Piotr; JANIK, Bartosz; PRÓCHNICKI, Maciej; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; STRUCHINER, Noel. Do formalist judges abide by their abstract principles?: a two-country study in adjudication. *International Journal for the Semiotics of Law*, [s. l.], v. 35, n. 5, p. 1.903-1.935, Oct. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11196-021-09846-6>. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11196-021-09846-6>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação x direito à privacidade: o conflito de direitos fundamentais. *Fórum: debates sobre justiça e cidadania*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 14-15, out./nov. 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2021*. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2024.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969. (Storrs Lectures on Jurisprudence, 1963).

HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v9i33.155>. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/155>. Acesso em: 16 fev. 2024.

LEITE, Fábio Carvalho; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez; MELLO, Rodrigo Gaspar de; LINS, Silvia Follain de Figueiredo. *A liberdade de imprensa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Centro para Estudos Empíricos-Jurídicos, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Biografias não autorizadas: conflito entre a liberdade de expressão e a privacidade das pessoas humanas? *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 2, p. 1-4, abr./jun. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/95>. Acesso em: 16 fev. 2024.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF).

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça (6. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0266795-11.2014.8.19.0001*. Apelante: Facebook Serviços on-line do Brasil Ltda. Apelado: Fernando Candido da Costa. Relator: Des. Nagib Slaibi, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FB16106B5B76E4710615A18FE312CF9AC504253FOC57&USER=>. Acesso em: 16 fev. 2024.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 2002. (Clarendon Law Series).

_____. *The force of law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

66% são contra posse de armas, e 70% rejeitam flexibilizar porte. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 12 jul. 2019. Opinião Pública. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/07/1988232-66-sao-contra-posse-de-armas.shtml>. Acesso em: 16 fev. 2024.

STRUCHINER, Noel; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; HANNIKAINEN, Ivar Allan Rodriguez. Legal decision-making and the abstract/concrete paradox. *Cognition*, [s. l.], v. 205, n. 4, Dec. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2020.104421>.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva: Ed. FGV, 2011. p. 119-152. (Série Direito em Debate. Direito, Desenvolvimento, Justiça).

_____. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. 2005. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 101, n. 4, p. 885-951, Feb. 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2/>. Acesso em: 16 fev. 2024.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: <https://amaerj.org.br/magistratura-que-queremos/>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ZAMZOW, Jennifer L. Rules and principles in moral decision making: an empirical objection to moral particularism. *Ethical Theory and Moral Practice*, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 123-134, Feb. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10677-014-9514-z>.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>