

EDITORES

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Artur de Brito Gueiros Souza
Cezar Roberto Bitencourt
Cesar Flores
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Elpidio Donizetti
Emerson Garcia
Fauzi Hassan Choukr
Firly Nascimento Filho
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Guilherme Peña de Moraes
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
João Carlos Souto
José dos Santos Carvalho Filho
Lúcio Antônio Chamon Junior
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcos Juruena Villela Souto
Nelson Rosenvald
Paulo de Bessa Antunes
Paulo Rangel
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Salo de Carvalho
Sérgio André Rocha
Társis Nametala Sarlo Jorge
Victor Gameiro Drummond

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Antonio Carlos Martins Soares
Augusto Zimmermann
Aurélio Wander Bastos
Elida Séguin
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Luiz Ferlizardo Barroso
Luiz Paulo Vieira de Carvalho
Marcello Giotola
Omar Gama Ben-Katiss
Rafael Barretto
Sérgio Demoró Hamilton

Rio de Janeiro

Centro – Rua da Assembléia, 10 Loja G/H
CEP 20011-000 – Centro
Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2531-2199 Fax 2242-1148

Barra – Avenida das Américas, 4200 Loja E
Universidade Estácio de Sá
Campus Tom Jobim – CEP 22630-011
Barra da Tijuca – Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 2432-2548 / 3150-1980

São Paulo

Rua Correia Vasques, 48 – CEP: 04038-010
Vila Clementino - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240 / 5081-7772

Brasília

SCLS quadra, 402 bloco B Loja 35
CEP 70235-520 Asa Sul - Brasília - DF
Tel. (61)3225-8569

Minas Gerais

Rua Tenente Brito Mello, 1.233
CEP 30180-070 – Barra Preta
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 3309-4937

Bahia

Rua Dr. José Peroba, 349 – Sls 505/506
CEP 41770-235 - Costa Azul
Salvador - BA - Tel. (71) 3341-3646

Rio Grande do Sul

Rua Uruguai, 287 - Conjunto 62
CEP 90010-140 – Centro – Porto Alegre - RS
Tel. (51) 3212-8590

Espírito Santo

Rua Constante Sodré, 322 – Térreo
CEP: 29055-420 – Santa Lúcia
Vitória - ES.
Tel.: (27) 3235-8628 / 3225-1659

ANTOINE GARAPON

– Membro da comissão de redação da revista
– *Esprit*, Antoine Garapon dirige o Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça,
Publicou, entre outros, *Le Gardien des promesses*, *Bien juger*, *E ce sera justice!*,
e ainda *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*.

IOANNIS PAPADOPOULOS

– Jurista formado na Grécia, na França e nos Estados Unidos,
Ioannis Papadopoulos tem um cargo no IHEJ
(Instituto de Altos Estudos sobre a Justiça), é professor na Universidade Paris I
e no IEP Paris. Publicou principalmente *Pratiques juridiques*
interprétatives et herméneutique littéraire e *La Peine de mort*.

JULGAR NOS ESTADOS UNIDOS E NA FRANÇA

Cultura Jurídica Francesa e *Common Law*

em uma Perspectiva Comparada

Tradução: Prof^a Regina Vasconcelos

Revisão: Prof^a Mirian Alves de Souza

Prefácio à tradução brasileira: Roberto Kant de Lima

Prefácio de Stephen Breyer, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos

EDITORA LUMEN JURIS

Rio de Janeiro

2008

O Julgamento: Silogismo ou Opinião?

Observem um julgamento francês – uma sentença da Corte de Cassação, por exemplo – e comparem-no com uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos: a diferença é surpreendente. Estes dois textos não têm nem o mesmo tamanho, nem o mesmo locutor, nem, enfim, a mesma função. Alguns, como Mitchell Lasser, sustentam que essa diferença não é tão grande, já que encontramos também na França a mesma riqueza argumentativa, a mesma abertura a considerações, principalmente de *policy* (isto é, de oportunidade), e a mesma audácia interpretativa.¹ A única diferença seria a de que na França esse trabalho não se faz abertamente, mas preferencialmente de modo oculto; é preciso então descobrir esses motivos nos relatórios do conselheiro ou nas conclusões do advogado geral ou do comissário do governo (o que Lasser denomina “discurso judiciário interno”²). Isso é possível, mas com a condição de nos limitarmos ao fundo, fazendo abstração da retórica judiciária. A tese da similitude profunda dos julgamentos de *common law* e de *civil law* só é pertinente se nos concentrarmos no direito, obliterando precisamente sua dimensão cultural. Quais são, pois, as razões culturais que pesam a favor de uma motivação longa e argumentada nos países anglo-saxões e de uma redação concisa e assertiva na França?

Se todos os juizes de todas as sociedades democráticas se vêem submetidos a uma dupla exigência de abertura e de legibilidade, nenhum tem mais consciência disso que o juiz anglo-americano. Esse fato se deve, naturalmente, à cultura liberal, que considera o juiz mais como um terceiro se intercalando entre o Estado e os indivíduos, como um regulador imparcial e neutro dos problemas de sociedade que como um administrador da justiça, titular por delegação da soberania estatal. A legitimidade do juiz anglo-americano se funda menos em sua toga do que em seu profundo respeito pela autonomia das práticas sociais e em seu aspecto de imparcialidade.

1 Ver, entre outros, Mitchell de S.O. P.E. Lasser, “Autoportraits judiciaires: le discours interne et externe de la Cour de cassation”, *Les Cahiers de l’IHEJ*, “Langages de justice”, outubro de 1994, p. 28 e ss.

2 *Ibid.*, p. 36 e *passim*.

O julgamento, uma obra pessoal

A diferença cultural entre a *common law* e a *civil law* se reflete simultaneamente na *forma* e no *alcance* do julgamento. É na forma do julgamento que todos pensam quando buscam o critério específico que distingue o julgamento inglês ou americano do julgamento francês. Um julgamento continental assume a forma de um silogismo, de um raciocínio dedutivo e até mesmo mecânico, que se limita a subsumir os fatos da espécie sob uma regra jurídica para chegar a uma conclusão. A famosa “sentença de uma única frase” das jurisdições francesas não é apenas um efeito de estilo: a concisão – e mesmo o hermetismo – do juiz francês reflete sua posição intermediária entre a lei, única fonte do direito, e o indiciado. Com efeito, essa jóia da *imperatoria brevitatis* francesa que é a sentença de cassação condensa em uma única frase, geralmente sucinta, uma motivação que toma a forma do silogismo (maior/menor/conclusão) e redigida na terceira pessoa. Essa forma exprime que é a lei que engendra, de modo quase matemático, a solução judiciária necessária e indubitável. Trata-se aqui de uma “imagem do desaparecimento do juiz na sentença judiciária francesa, associada ao controle gramatical e quase matemático da lei”.³

A imagem da justiça que transpira desse julgamento é aquela da univocidade, reflexo escritural da soberania da lei. Como a supremacia da lei não tolera nenhum questionamento, o encadeamento lógico que vai das disposições legislativas ao dispositivo da sentença – que regula o litígio concreto – deve ser ininterrupto. Somente assim que a lei brilha em todo o seu esplendor nos quatro cantos do território. A escrita das sentenças exprime uma geometria política, sendo a sentença de uma só frase uma figuração linear ligando diretamente e sem desvios o cimo da pirâmide normativa (a lei) à base (o litígio). O juiz francês não fala: ele aproxima, na intenção das partes e do público, os fatos particulares de um enunciado contido *in nuce* na lei. Finalmente, o juiz de *civil law* se assemelha ao matemático, que oculta sua inventividade sob uma formulação simbolizada e elegante.

Do outro lado da Mancha e do Atlântico, ao contrário, as decisões de justiça são longamente motivadas – embora a sua motivação não seja obrigatória em direito – e tomam a forma de uma dissertação escrita na primeira pessoa e, na maioria dos casos, assinada nominalmente por seu autor.⁴ A diferença da

³ *Ibid.*, p. 30.

⁴ Às vezes a sentença é assinada pelo conjunto dos magistrados da jurisdição para marcar a importância do caso de espécie. Ver, por exemplo, a sentença da Suprema Corte *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958) em matéria de não-discriminação racial nos estados do Sul.

extensão das sentenças é surpreendente: a Suprema Corte dos Estados Unidos chega às vezes a ultrapassar duzentas páginas impressas,⁵ ao passo que uma sentença francesa de cassação pode caber em uma página datilografada. No entanto, a diferença mais importante não reside tanto na extensão das sentenças quanto no *estatuto discursivo* da opinião judiciária.

O juiz de *common law* escreve *opiniões*, e não raciocínios silogísticos. Na cultura judiciária de *common law* o juiz não é um matemático, e sim um contador, um narrador do direito. Seu prestígio junto ao seu meio profissional lhe impõe, como contrapartida, que assuma plena e abertamente suas próprias interpretações e que dê conta delas através da argumentação na primeira pessoa do plural (quando fala pela maioria) ou do singular (quando sua opinião é dissidente). Para isso, assina opiniões geralmente longas e bem documentadas (redigidas, é preciso dizê-lo, com a ajuda de seus *clerks*, jovens juristas brilhantes).⁶ Até mesmo as opiniões judiciárias de língua inglesa que carecem de brilhantismo contam uma história sobre o sentido do direito aplicável à espécie e exprimem freqüentemente uma moral política que não embaraça o juiz (ao passo que na França se denunciaria imediatamente uma colusão do direito e da moral). O juiz de *common law* não é a caixa de ressonância da lei: sua palavra é mais o diapasão ao qual se submetem os advogados e toda a comunidade de profissionais do direito.⁷ Em lugar de uma concepção hierarquizada do direito, na qual o juiz não penetra na pirâmide senão para tornar transparente a intenção do legislador, a *common law* instaura uma comunidade de linguagem *horizontal*, a dos “pares” (*peers*), na qual as opiniões circulam e são constantemente

⁵ Ver, por exemplo, a sentença *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) em matéria de pena de morte, que se estende em cerca de 233 páginas nos *United States Reports*. Os *United States Reports* são a Coletânea oficial das decisões da Corte. A publicação das decisões se faz pela sigla de abreviação “U.S.”, precedida do número de volume e seguida do número de página(s), com o ano entre parênteses.

⁶ Bradley J. Best, *Law Clerks, Support Personnel and the Decline of Consensual Norms on the United States Supreme Court, 1935-1995*, New York, LFB Scholarly Pub., 2002, sustenta que os *law clerks* dos juizes da Suprema Corte constituem um dos fatores mais importantes do aumento das “opiniões não consensuais” (ou seja, das opiniões dissidentes). Recentemente, o livro de um antigo *law clerk* que divulgava informações inéditas sobre o funcionamento da Suprema Corte provocou muita polêmica; ver Edward Lazarus, *Closed Chambers: The Rise, Fall and Future of the Modern Supreme Court*, New York, Penguin Books, 1999. Para uma explanação de conjunto sobre o papel dos *law clerks*, ver John B. Oakley & Robert S. Thompson, *Law Clerks and the Judicial Process: Perceptions of the Qualities and Functions of Law Clerks in American Courts*, Berkeley (California), University of California Press, 1980.

⁷ “Os tribunais servem de capitais para o império do direito, e os juizes são os seus príncipes [...]” (Ronald Dworkin, *L'Empire du droit*, trad. Elisabeth Soubrenie, Paris, PUF, col. “Recherches politiques”, 1994 (ed. or. 1986), p. 443.

te postas à prova. Narração e *agôn* (competição pública de discurso): eis os traços específicos do julgamento em *common law*.

Duas razões ao menos explicam a motivação exaustiva e ambiciosa que caracteriza o julgamento da *common law*: de um lado, a dualidade das instâncias decisórias entre o magistrado e o júri, de outro, a tradição das opiniões dissidentes.

Em *common law*, as questões de fato não são decididas pelo juiz, e sim por um júri que não deve motivar suas decisões.⁸ A existência de uma instância profana, de pura decisão, que tira o peso dessa função das costas do juiz, permite que este se concentre nos aspectos processuais para garantir a equidade e o bom desenrolar do processo até o seu termo. Se existe uma função sagrada na cultura de *common law* (a palavra não é apropriada), ela deve ser buscada junto ao júri, ou seja, uma figura anônima, não identificável fora de um coletivo que, além disso, não é separado do povo (enquanto o sagrado remete à idéia de separação). Ele é o terceiro por excelência das relações humanas. Alguém pode querer vingar-se de um juiz, um homem como qualquer outro, mas não de um júri; enquanto se pode despojar um juiz de sua toga para ver o homem, um júri só tem uma existência anônima e coletiva. É nesse aspecto que o júri põe um termo à vingança, à reciprocidade violenta, e que ele paralisa toda deriva sacrificial. A legitimidade do juiz de *common law* não deve ser buscada em um sacerdócio laico e sim, mais modestamente, em uma perícia em direito que deve contrabalançar a ignorância técnica de seu *alter ego*, o júri. A partir daí as decisões devem necessariamente estar apoiadas em uma motivação longa e racional. Em outras palavras, o grande peso da decisão não motivada do júri exige ser compensado por uma motivação muito elaborada do juiz, em função de um princípio de vasos comunicantes, de um necessário equilíbrio entre uma racionalidade esclarecida e uma decisão intuitiva.

Todo estudante de direito de primeiro ano aprende que o julgamento é uma decisão tomada em direito e revestida da autoridade da coisa julgada. E, no entanto, o direito federal americano desses últimos cinquenta anos atacou esta concepção clássica do julgamento através de um certo número de desenvolvimentos notáveis que não deixaram de atrair críticas ao mesmo tempo internas (dos próprios juizes) e externas (da doutrina). A exigência de transparência e o senso – bastante desenvolvido no mundo anglo-saxão – de *accountability* (isto é, do “dever de prestar contas”, de explicar publicamente) engendrou como efeito perverso julgamentos cada vez mais fragmentados e, portanto, cada vez mais obscuros, ao mesmo tempo para as jurisdições e para o comum dos mor-

tais. A tal ponto que às vezes o dispositivo mesmo da sentença está sujeito a interpretações divergentes. Paralelamente, a reatividade às expectativas da opinião pública levou o juiz-federal americano, algumas vezes contra a vontade, a ampliar as bases de sua decisão para além do direito positivo – escrito ou jurisprudencial – e a se imiscuir no trabalho legislativo ou na ação administrativa pelo viés dos “remédios” (*remedies*) que ele concebe para pôr em ação e “acompanhar” as suas próprias decisões.

A opinião dissidente

A rebelião de Lord Coke

A tradição das opiniões dissidentes está ligada a um episódio histórico, erigido em verdadeiro mito fundador da *common law*: as *Prohibitions del Roy*, formuladas por um dos chefes da oposição liberal no Parlamento antes da Gloriosa Revolução de 1688, lord Coke, figura lègendária do mundo judiciário inglês. Na manhã de 10 de novembro de 1612, a totalidade da magistratura inglesa se apresentou diante do rei James I para acabar com um conflito que o opunha ao arcebispo de Canterbury. Com efeito, um tribunal eclesiástico, a *Court of High Commission*, tinha começado, por volta de 1580, a utilizar procedimentos contrários à *common law*⁹ que podiam levar até o encarceramento de cidadãos, em uma estreita ligação com outra jurisdição penal de sinistra memória, a *Star Chamber*. A reação da *Court of Common Pleas* (uma jurisdição da *common law*) foi vigorosa: ela interrompeu esse procedimento por um *writ of prohibition*, o que provocou a ira do arcebispo, que solicitou ao rei que utilizasse seu poder de afastar, quando desejasse, qualquer juiz do reino de todos os casos que ele mesmo quisesse julgar.

Naquele dia, o arcebispo lembrou que os juizes não eram mais do que os representantes de uma justiça delegada que pertencia ao rei em pessoa. Ao que lord Coke respondeu, em nome de todos os magistrados de *common law*, que, segundo o direito da Inglaterra, o rei em pessoa não podia julgar nenhum caso contencioso; todos os casos, civis ou penais, deviam ser decididos por uma corte de justiça de acordo com o direito e os costumes do reino. “Mas, protestou o rei, eu pensava que o direito era fundado na razão, e eu, como outros, a possuo tanto quanto os juizes.” Lord Coke lançou então uma fórmula que passou para

⁹ Como, por exemplo, a pressão exercida sobre os suspeitos para que eles se declarassem culpados, a despeito de seu direito de se manterem em silêncio e de não se incriminarem por suas próprias declarações.

⁸ Ver *supra*, capítulo VII.

a posteridade: "É bem verdade que Deus dotou Vossa Majestade de um excelente saber e de grandes dons da natureza, mas Vossa Majestade não tem conhecimento das leis de vosso reino de Inglaterra, e as questões que concernem à vida ou à herança de bens ou ao patrimônio de vossos súditos não devem ser decididas pela razão natural e, sim, pela razão artificial e pelo julgamento em direito, direito esse que é uma arte que exige um longo estudo e experiência antes que um homem possa se prevalecer de seu conhecimento." O rei ficou ofendido e respondeu que nesse caso seria preciso que ele próprio se subordinasse à lei, o que significaria trair o seu papel. "O rei, retrucou lord Coke, não está subordinado a homem algum, mas a Deus e ao Direito."¹⁰ Depois de uma série de combates verbais de mesma natureza, lord Coke, que recusou toda fidelidade que não à lei e à sua consciência, foi destituído.

Este episódio é geralmente apresentado, na historiografia da *common law*, como um ponto culminante do conflito entre os tribunais de *common law* e aqueles – que estavam surgindo na época – de *equity*.¹¹ Ele revela igualmente a percepção profunda do direito na cultura anglo-saxã: a famosa réplica de lord Coke não deve ser compreendida apenas como um episódio da luta de poder entre o Parlamento e o rei, mas também como a defesa de uma racionalidade autônoma e "artificial" do direito, separada das prerrogativas reais que só se exercem segundo a vontade de um homem. Nunca mais o direito poderá se limitar a dar forma à vontade soberana, ainda que ela seja a do povo, como na cultura francesa. Essas *Prohibitions del Roy* constituem a verdadeira certidão de nascimento de uma *common law* autônoma e confiada aos juízes, isto é, a especialistas dignos de confiança por sua longa experiência dos textos e – sobretudo – dos precedentes judiciais. Embora ela não seja, tecnicamente falando, uma sentença, essa opinião mereceria abrir todo *casebook* inglês ou americano sobre o poder judiciário.

A *common law* está assim marcada, desde a sua fundação, pelo selo da *dissidência*, da oposição ao poder do Estado. Isso exprime toda a ambigüidade do direito inglês da época, que foi ao mesmo tempo uma emanção do Estado e uma instância de crítica e até mesmo de resistência contra esse mesmo Estado. Essa tensão congênita da *common law* se cristaliza no julgamento pela opinião dissidente (*dissenting opinion* ou *minority opinion*).

O sentido da opinião dissidente

A opinião dissidente tem um enraizamento cultural considerável no universo jurídico da *common law* sem equivalente nos direitos continentais. A Corte Européia dos Direitos do Homem, por exemplo, aceita as opiniões dissidentes, mas não sem reticências por parte de seus próprios juízes. Na Europa continental, a exigência – cada vez mais forte – de transparência democrática nas decisões de justiça é considerada contraditória com a autoridade do julgamento. Porque na *civil law* a autoridade do julgamento não pode ser construída senão sobre um discurso unívoco, isento de ambigüidades. Ou melhor: a noção mesma de autoridade não tem nada de dialógico, como demonstra a expressão – tipicamente francesa – "autoridade da coisa julgada" para designar os efeitos constrangedores de uma decisão de justiça. Mesmo se os juízes continentais estão agora conscientes de que em uma sociedade democrática eles devem se engajar pessoalmente na defesa dos princípios fundamentais do direito de que são os guardiães, a multiplicidade das opiniões dissidentes continua a lhes parecer suspeita por ser capaz de minar a autoridade do julgamento e ferir a bela unidade da justiça.

Para que a opinião dissidente possa desenvolver plenamente os efeitos esperados, ela precisa ser bem motivada e argumentada. Com efeito, o objetivo de uma sentença que se apresenta sob a forma de opiniões e não de silogismo é o de obter a aprovação dos profissionais e, por extensão, a confiança do público na justiça. Para a consciência jurídica ocidental, o julgamento é o momento de abertura da justiça, aquele em que ela vai ao encontro não apenas das partes interessadas, mas igualmente ao encontro do que Chaïm Perelman denomina o "auditório universal",¹² em outras palavras, a opinião pública, que não tem nada a fazer com a tecnicidade da prova, mas sente ter relação com a decisão. A recepção por esses diferentes auditórios condiciona simultaneamente o trabalho e a representação que o praticante do direito tem de si mesmo, tomando consciência de que o julgamento é o momento em que o mundo fechado e tranquilizador das regras de direito se abre às expectativas e às aspirações da sociedade civil.

Para a cultura judiciária de *common law*, a autoridade da decisão de justiça é muito mais uma questão de persuasão (de "autoridade intelectual" ou

¹⁰ *Prohibitions del Roy*, 12 Co. Rep. 63, 65 (1612).

¹¹ Para um panorama de história inglesa da luta entre a *common law* e a *equity*, ver, entre uma abundante bibliografia, William Geldart, *Introduction to English Law*, revisado por Sir David Yardley, Oxford & New York, Oxford University Press, 11ª ed., 1995, p. 20-28 e, em língua francesa, J. A. Jolowicz, *Droit anglais*, Paris, Dalloz, col. "Précis", 1986, p. 6-8.

¹² Chaïm Perelman, "Logique formelle et logique informelle" in Michel Meyer (dir.), *De la Métaphysique à la Rhétorique. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 15 e seg., p. 20. Em Perelman, essa expressão se refere a "uma intenção de universalidade, ela visa a convencer, isto é, a persuadir um auditório que, na mente do filósofo, encarna a razão" (*ibid.*).

“moral”, diriam os continentais) que de comando autoritário. Os juízes continentais têm o hábito de dissociar a autoridade da coisa julgada – a única pertinente em direito positivo – e a autoridade intelectual de suas decisões. Esta última lhe é conferida do exterior, pela exegese e os comentários da doutrina. Por outro lado, desde lord Coke, o juiz anglo-saxão se apóia em seu prestígio intelectual e em suas capacidades argumentativas desenvolvidas no texto da sentença para desafiar, se necessário, os poderes públicos. Por isso a opinião dissidente não é, em *common law*, um apêndice ou um artifício de estilo inserido para um maior pluralismo, mas sim uma parte integrante da própria função jurisdicional. A incorporação da opinião minoritária, plenamente motivada e argumentada, no corpo da sentença provoca em compensação uma melhoria da argumentação da opinião *majoritária*, que deve se mostrar à altura da dissidência.

Opinião dissidente e regra do precedente (*stare decisis*)

Uma sentença da Suprema Corte em matéria de pena de morte, *Payne v. Tennessee*,¹³ ficou famosa em razão da opinião dissidente do juiz Thurgood Marshall, que talvez tenha sido a mais virulenta de toda a história da Corte. Quatro anos após uma primeira sentença *Booth*¹⁴ e dois anos apenas depois de uma confirmação pela sentença *Gathers*,¹⁵ a Suprema Corte operou uma espetacular reviravolta de jurisprudência por sua sentença *Payne* sobre a questão de saber se a Constituição federal permitia aos júris levar em consideração o ponto de vista expresso pelas vítimas sob a forma de uma declaração formal (*victim impact statements – VIS*). Essas declarações são muito controversas porque levam em conta a vivência do crime pela vítima ou sua família e podem agravar as penas pronunciadas pelo júri. A sentença é interessante por sua análise da regra do precedente judiciário, chamada de doutrina do *stare decisis*. Segundo a Corte, “o *stare decisis* é o modo mais conveniente porque ele promove o desenvolvimento equânime, previsível e consistente dos princípios jurídicos, favorece a confiança legítima na justiça e contribui para a integridade, real e aparente, do processo judiciário”.¹⁶ No entanto, os precedentes não são intangíveis, sobretudo em matéria constitucional. Em um último parágrafo controverso, o *Chief Justice* (presidente da Suprema Corte) William Rehnquist tentou justificar as reviravoltas de jurisprudência afirmando que “as decisões

13 Sentença *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991).

14 Sentença *Booth v. Maryland*, 482 U.S. 496 (1987).

15 Sentença *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805 (1989).

16 Sentença *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827 (1991).

Booth e *Gathers* foram tomadas por estreita margem contra opiniões dissidentes inteligentes [*spirited dissents*], recolocando em questão os fundamentos mesmos dessas decisões. Elas foram novamente questionadas pelos membros da Corte em suas decisões posteriores e os tribunais inferiores foram incapazes de aplicá-las de modo coerente”.¹⁷

Os julgamentos das supremas cortes nos países de *common law* preenchem várias funções: missões clássicas, a saber, pôr um termo definitivo aos litígios, uniformizar as interpretações divergentes sobre uma questão de direito, ligar os tribunais inferiores pela regra do precedente e, enfim, fixar a doutrina (por interpretações e motivações com autoridade). Ora, a sentença *Payne* demonstra que essas funções são reajustadas, se não ampliadas, pela simples existência de opiniões dissidentes. A partir do momento em que surge uma opinião dissidente suficientemente “inteligente” para contestar o fundamento mesmo de uma decisão jurisdicional tomada por uma votação de cinco votos a quatro, o edifício clássico do julgamento fica abalado. Se, além disso, algumas cortes inferiores rebeldes se juntam ao movimento de contestação provocando conflitos de interpretação no nível das cortes de apelação federais, então, segundo o presidente Rehnquist, todas as opções estão novamente abertas a despeito da regra de *stare decisis*. Para essa concepção muito conflitante do julgamento, a função da opinião dissidente não é apenas tribunícia, ela não se reduz a uma advertência, a uma interpretação alternativa que ambiciona obter aceitação posterior ou brilhar, ela está mais próxima de um animal selvagem que “marca” seu terreno à espera de uma fraqueza de seu adversário. A opinião de Rehnquist elimina a herança de Coke de uma dissidência fundada na racionalidade discursiva e argumentada, substituindo-a por uma visão mais marcada pela relação de força.

A resposta ultrajada do juiz Marshall não se fez esperar: desde a primeira linha de sua opinião dissidente começa uma das mais violentas diatribes jamais escritas contra os membros da Suprema Corte. “O poder, e não a razão, é a nova medida das decisões desta Corte”;¹⁸ “nem o direito nem os fatos, que constituem a sustentação das decisões *Booth* e *Gathers*, sofreram mudanças nesses últimos quatro anos. Somente os membros desta Corte mudaram”;¹⁹ e, mais adiante: “A vitalidade de partes inteiras de decisões deve ser compreendida como estando à mercê pura e simplesmente da sensibilidade dos indivíduos que compõem atualmente uma maioria nesta Corte”.²⁰ Marshall se emocionou com

17 *Ibid.*, 501 U.S. 808, 828-29 (1991).

18 Opinião dissidente na sentença *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 844 (1991).

19 *Ibid.*, 501 U.S. 808, 844 (1991).

20 *Ibid.*, 501 U.S. 808, 851 (1991).

o fato de que essa nova "concepção debilitante do *stare decisis* destruiria a termo a capacidade mesma da Corte para decidir com autoridade os conflitos entre aqueles que detêm o poder e aqueles que não o possuem", porque "se a Corte demonstrar tão pouco respeito por seus próprios precedentes, dificilmente ela poderá esperar ser tratada com mais respeito pelos atores estatais que suas decisões devem coibir".²¹ Em suma, a Corte suscitaria a anarquia e uma relação de forças permitindo que os poderes públicos perseverassem em suas ações inconstitucionais, na esperança de que um dia a Suprema Corte reviria sua jurisprudência.

Temos aqui uma opinião dissidente de um novo registro, o do alerta. Inspirada no ideal de transparência e de *accountability* que anima inteiramente a cultura anglo-saxã, a opinião dissidente do juiz Marshall se assemelha ao alerta de um *whistleblower*,²² figura mítica do mundo empresarial, que invoca o testemunho da opinião pública para uma má ação de que foi testemunha no seio de sua empresa. Este grito de alarme demonstra igualmente que a opinião dissidente pode ser concebida, na cultura de *common law*, como a última muralha moral contra um atentado contra os princípios da razão jurídica aos quais adere a comunidade dos juristas. A opinião dissidente não se alimenta apenas de ambições intelectuais, reivindicando a palma da melhor interpretação jurídica: ela é também uma *prática social* bem enraizada na cultura judiciária de *common law* que indica que os juízes estão prontos a estabelecer limites para a ação humana em nome do "governo das leis, não dos homens" (*government of law, not of men*).

Para resumir, a sentença *Payne* revela a existência de duas concepções radicalmente diferentes da opinião dissidente: de um lado, a opinião dissidente "combativa" (Rehnquist) e, de outro, a opinião dissidente "racional" (Marshall). Cada uma dessas duas concepções veicula uma abordagem diferente das funções do julgamento. A primeira concebe o julgamento como um terreno móvel, constantemente minado pelo jogo de forças antagonistas que não dá trégua à doutrina e à jurisprudência, onde, finalmente, tudo pode ser novamente questionado a qualquer momento, de um dia para outro. A segunda exprime uma concepção do julgamento como uma amarra de estabilidade, um porto de razão no meio de um mundo governado pela vontade, onde mesmo os juízes dissidentes exprimem uma necessidade constitucional de previsibilidade e racionalidade. Não é certamente por acaso que esse antagonismo entre duas

concepções diferentes da dissidência judiciária se desenvolveu a propósito da pena de morte, um tema moralmente bastante controverso.

A desagregação do julgamento

A querela em torno da regra do precedente e do papel da opinião dissidente pode se radicalizar e atingir até mesmo a *autoridade da coisa julgada*. Numerosos juízes continentais têm uma ideia falsa da forma do julgamento americano acreditando que existem essencialmente dois campos facilmente identificáveis, a opinião majoritária e a opinião minoritária. Mas não é sempre assim. Nos últimos dez anos está havendo uma desagregação tão impressionante das sentenças que os próprios juízes têm dificuldade em reconhecer as passagens da sentença que constituem sua *ratio decidendi*, ou seja, o princípio ou a regra de direito sobre a qual o julgamento da corte se funda e que servirá mais tarde para extrair o precedente. Esse fenômeno se deve à intensa clivagem existente, desde os anos 1970, entre "liberais" e "conservadores" da Suprema Corte e que exacerbou os conflitos de interpretação. Mas ele se deve mais profundamente a essa cultura de transparência e de *accountability* já evocada: o fato de que um julgamento de corte de apelação ou de corte suprema seja também concebido como uma mensagem voltada para o exterior, preocupada com sua recepção pela opinião pública, tem por consequência a atomização das consciências judiciárias. O juiz arrisca privilegiar sua aptidão em antecipar as expectativas da sociedade em detrimento da solidariedade com seus colegas da corte, e até mesmo em relação à totalidade do corpo de magistrados. Consta-se hoje um efeito de escalada retórica, não apenas nas opiniões dissidentes como também nas opiniões majoritárias, que torna cada vez mais raros os blocos de votos disciplinados e coerentes.

O melhor exemplo de disseminação de opiniões disparatadas nos é dado mais uma vez pelo contencioso da pena de morte na mais longa sentença jamais publicada nos *United States Reports* (233 páginas), a sentença *Furman v. Georgia* de 1972. Essa sentença invalidou de um só golpe todas as leis estatais autorizando a pena de morte. Extraordinariamente a decisão é extremamente curta, contendo apenas um parágrafo. E, o que é um fato raro, trata-se de um julgamento *per curiam*, ou seja, escrito anonimamente por conta da Corte enquanto tal, sem designar os juízes individuais signatários. Outro fato verdadeiramente notável: este breve julgamento *per curiam* sem motivação é seguido de nove opiniões individuais (cinco opiniões concorrentes e quatro opiniões dissidentes), cada uma delas escrita e assinada por um único juiz da Suprema Corte! Em outras palavras, cinco juízes convergem no sentido da inconstitucio-

21 *Ibid.*, 501 U.S. 808, 853 (1991).

22 Uma tradução do termo seria "aquele que dá o sinal de alarme".

nalidade das leis incriminadas e os outros quatro defendem sua constitucionalidade, mas nenhum deles está de acordo com os demais sobre o fundamento jurídico que permite chegar a essas conclusões! Em um tal contexto, a função de orientação dos legisladores e dos juízes inferiores, que deveria ser levada em consideração pelas sentenças da Suprema Corte, se esfacela.

Quatro anos mais tarde, quando a Corte teve de se pronunciar novamente sobre a questão da constitucionalidade em si da pena de morte na sentença *Gregg v. Georgia*,²³ ela se dividiu tão fortemente que não foi possível extrair nenhuma opinião majoritária. É o caso modelo do julgamento "plural". A sentença *Gregg* declara que a pena de morte não é inconstitucional em si. A importância desse risco talvez explique o seu ineditismo nos anais da justiça americana: a opinião central é assinada pelos três juízes que a redigiram, os juízes Stewart, Powell e Stevens. Esta opinião é tecnicamente uma opinião de "pluralidade" (*plurality opinion*), assim chamada por ser distinta de uma opinião majoritária (*majority opinion*) que deve reunir ao menos cinco votos em nove. Quanto a três dos quatro juízes que aderiram ao dispositivo mas não ao raciocínio da opinião de pluralidade, estes redigiram uma opinião chamada tecnicamente "opinião concorrente no julgamento" (*opinion concurring in the judgement*), que não deve ser confundida com a "opinião concorrente" clássica (*concurring opinion*), ligada ao mesmo tempo à *ratio discendi* e ao dispositivo. Os dois únicos abolicionistas na Corte, os juízes Brennan e Marshall, escreveram cada um uma opinião dissidente separada. Desde o pronunciamento desta sentença muito esperada, os comentaristas se apressaram em especular sobre o(s) juiz(es) que estaria(m) exprimindo a "verdadeira" posição da Corte sobre a pena de morte.²⁴

23 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

24 Para isso, eles procederam a estranhos cálculos: considerando que dos três juízes que assinaram a opinião da pluralidade, o juiz Powell tinha sido dissidente em 1972 e que, nessa data, o juiz Stevens ainda não tinha sido nomeado, só restava o juiz Stewart, que tinha apoiado tanto *Furman* em 1972 como *Gregg* em 1976. Conseqüentemente, ele falava com autoridade em nome da Corte (ao menos por ausência). Mas as coisas se complicam pelo fato de que o juiz White, que escreveu a opinião concorrente no julgamento de *Gregg*, era um dos cinco juízes que haviam defendido o dispositivo de *Furman*, da mesma forma que o juiz Stewart. Ora, acontece que a opinião concorrente do juiz White em *Furman* se apóia em um fundamento jurídico mais "estrito" (*narrow*) que o utilizado pelo juiz Stewart, que teria ido mais além na regulamentação da pena capital. E existe um princípio clássico de *common law* que, inspirado na economia do processo, afirma que em caso de coexistência de opiniões concorrentes e de dúvida sobre a *ratio decidendi*, a autoridade da coisa julgada está ligada à opinião formulada do modo mais estreito. Começou-se, portanto, a dissertar sobre os respectivos méritos das opiniões dos juízes Stewart e White, e o problema nunca foi verdadeiramente elucidado...

Essa fragmentação da escrita judiciária acentuou-se ainda mais posteriormente. Em uma grande sentença de 1992, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*,²⁵ que foi pronunciada em matéria de aborto e reafirmou a contribuição central da jurisprudência *Roe v. Wade* de 1973,²⁶ a Suprema Corte conseguiu a proeza de apresentar um julgamento construído da seguinte forma: uma opinião de pluralidade assinada por três juízes,²⁷ os juízes O'Connor, Kennedy e Souter, que se transformou, com os votos dos juízes Blackmun e Stevens, na opinião da maioria no que concerne às partes I, II e III, bem como às partes IV, V-B, V-D e, com o reforço do juiz Stevens, a parte V-E. O juiz Blackmun,²⁸ autor da sentença *Roe*, escreveu uma opinião convergente em parte, convergente com o julgamento em parte, e dissidente em parte. Já o juiz Stevens escreveu uma opinião convergente em parte e dissidente em parte. Os juízes minoritários também não conseguiram escrever uma opinião dissidente homogênea: o presidente Rehnquist e os juízes White, Scalia e Thomas,²⁹ que eram a favor da anulação (*overruling*) da sentença *Roe* e contra a constitucionalização do direito ao aborto, apresentaram duas opiniões, sendo a opinião do presidente Rehnquist convergente no julgamento em parte e dissidente em parte, da mesma forma que a opinião do juiz Scalia. Resulta daí uma impressão de caos que se reflete até mesmo no resumo que se encontra na cabeça de página da sentença (o *syllabus*). Esse resumo, que normalmente só contém as opiniões que sustentam o dispositivo da sentença, exprime pela primeira vez *todas* as opiniões. Na publicação dos *United States Reports*, mesmo os títulos mudam a cada página: ora é a "Opinion of the COURT", ora é a "Opinião de O'CONNOR, KENNEDY e SOUTER, JJ."...

Sob aparências extremamente complexas, essa sentença se aproxima, todavia, do esquema que se manifestou pela primeira vez na sentença *Gregg* sobre a pena de morte. Atualmente, no seio da Suprema Corte, três grupos de juízes representam cada um uma sensibilidade política: dois juízes são favoráveis a tudo o que é suscetível de facilitar a escolha das mulheres em relação ao aborto – mas não estão de acordo entre si sobre o raciocínio; três juízes estão de acordo para reconhecer o princípio da IVG e votam ora a favor da livre escolha das mulheres ora (mais raramente) em favor de uma regulamentação do Estado visando restringir esse direito, mas têm ao menos o mérito de permanecer uni-

25 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

26 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). A sentença *Roe* tinha reconhecido às mulheres um direito constitucional de praticar uma interrupção voluntária da gravidez até que o feto se tornasse viável.

27 Conhecidos como os "juízes centristas".

28 Conhecido como um dos dois juízes "liberais" na época, com o juiz Stevens.

29 Que representam o bloco dos "juízes conservadores" da época.

dos em suas motivações;³⁰ quatro juízes, enfim, subscrevem tudo o que é suscetível de apresentar obstáculos à escolha das mulheres em abortar, embora sejam suficientemente “plurais” para apresentarem duas opiniões em lugar de uma. No espaço de alguns anos passou-se do realismo acadêmico para o pontilhismo, e mesmo para o expressionismo selvagem à Jackson Pollock.

O emocionalismo da opinião dissidente

Essas últimas decisões fragmentadas a propósito de grandes questões de sociedade demonstram os limites da abertura do julgamento para a sociedade civil por intermédio da motivação. No caso americano, a transparência e a honestidade argumentativa prepararam uma politização crescente da justiça e, talvez, também acentuaram a dramatização da retórica judiciária. O juiz Blackmun, por exemplo, conclui assim sua opinião no caso *Casey*: “Em um sentido, a abordagem da Corte está a léguas de distância daquela do CHIEF JUSTICE e de JUSTICE SCALIA. E, no entanto, em um outro sentido, a distância entre as duas abordagens é breve, de apenas um voto. Tenho 83 anos. Não posso continuar eternamente nesta Corte e, quando eu partir, o processo de nomeação e de confirmação de meu sucessor poderá se concentrar na questão que está hoje diante de nós. Lamento dizer que isso poderia ser a escolha entre dois mundos”.³¹

Um tal emocionalismo no texto judiciário não provoca nenhum argumento racional, mas somente a invectiva ou a compaixão.³² Ele traduz indubitavelmente uma certa ruptura da função tradicional do julgamento, que supostamente deve acalmar as relações sociais decidindo conflitos através da linguagem “fria” e técnica do direito e mantendo as partes do processo em igual distância. Por essa concepção clássica, o juiz, enquanto terceiro imparcial, não pode se permitir a expressão de seus próprios sentimentos. Depositário da autoridade anônima do Estado, ele dá consistência aos princípios e às regras coletivas da vida em sociedade.

Esse avanço inexorável da subjetividade, perceptível aqui em um juiz, pode ser aproximado da importância cada vez maior das vítimas no processo

penal, que se verifica em todas as democracias. Nossas sociedades pós-industriais, que multiplicam os riscos de toda ordem – ecológicos, industriais, alimentares, sanitários – exaltando ao mesmo tempo a dignidade do indivíduo e dotando-o de um leque de direitos subjetivos, se mostram cada vez menos capazes de gerenciar coletivamente a cólera e a necessidade de reconhecimento das vítimas. Por toda a parte a voz das vítimas se torna mais forte, mas até o momento a redação dos julgamentos nos países de *civil law* parece ter resistido bem à invasão da subjetividade e da emoção. Do outro lado do Atlântico, ao contrário, a compaixão entrou definitivamente no texto dos juízes, como atesta o exemplo do juiz Blackmun na sentença *Casey*.³³ É preciso procurar as causas na própria cultura: a forma do julgamento escrito como uma opinião pessoal assinada nominalmente pelo juiz, assim como a preocupação de se justificar aos olhos da opinião pública (uma função recente do julgamento) contribui incontestavelmente para promover, em um mesmo movimento, a subjetividade das vítimas e o *ego* do juiz. A transparência e a justificação diante da opinião pública prevalecem sobre as funções mais clássicas do julgamento. Surge, a partir daí, o problema da *deontologia* do texto judiciário. Os próprios juízes começam a pensar em implantar, por consenso, protocolos para enquadrar suas intervenções na arena pública, a começar pela redação de suas decisões.

A França está imunizada contra tais derivas em razão de suas tradições de redação e, principalmente, pela sentença monolítica de uma só frase. Esse rigor formalista representa incontestavelmente um ganho de energia coletiva. Certamente o dever de prestar contas em um contexto de transparência tornou-se essencial para o funcionamento de nossas democracias, mas existem limites para além dos quais ele deriva em direção a um narcisismo do juiz, que desvia o debate público e confunde, finalmente, as poucas referências comuns que ainda subsistem.

Remedies e injunções

Após a redação na primeira pessoa e a opinião dissidente, o julgamento de *common law* se reveste de uma terceira particularidade que um pouco de his-

30 Esta é a razão pela qual a famosa opinião dos juízes O'Connor, Kennedy e Souter é chamada “opinião conjunta” (*joint opinion*), assim como aquela dos juízes Stewart, Powell e Stevens em 1976 sobre a pena de morte.

31 Opinião separada do juiz Blackmun na sentença *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 943 (1992).

32 Sobre o emocionalismo no texto judiciário americano, nós nos permitimos remeter a Ioannis Papadopoulos, “Guerre et paix en droit et littérature”. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 42, 1999, “Les grands courants de l'herméneutique juridique”, p. 181 e ss., p. 191-195.

33 Cf. a opinião dissidente do mesmo juiz Blackmun na sentença *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 212-213 (1989), que diz: “[...] a questão levantada por este caso está aberta... eu adotaria uma leitura “simpatizante” que respeitasse os preceitos fundamentais da justiça e reconhecesse que a compaixão não deve ser afastada do trabalho do juiz”, antes de exclamar: “Pobre Joshua! É um triste comentário sobre a vida americana e os princípios constitucionais que esta criança, Joshua DeShaney, esteja agora condenada a viver o resto de sua vida profundamente retardada.” (nós assinalamos). Por sua forma narrativa original, que descarta toda análise jurídica tradicional, por sua exaltação simpática e seu potencial emotivo, esta opinião do juiz Blackmun marcou uma mudança no direito americano.

tória permite compreender melhor: a impregnação durável, ainda sensível em nossos dias, da idéia de *remedy*³⁴ oriunda das jurisdições de *equity*. A flexibilidade e a efetividade da *common law*, tão elogiadas atualmente, não são as primeiras qualidades da *common law* inglesa que tinha, como vimos, um caráter altamente formalista. Quem quisesse introduzir um processo diante de uma corte de *common law* devia previamente obter um *writ* (uma ordem introdutória de instância) emitido pela chancelaria para poder acionar a corte. Ora, cada *writ* – cuja lista era limitada – abria necessariamente uma ação de tipo específico (*form of action*) cuja escolha determinava não apenas os procedimentos, como o fundo do direito aplicável à espécie: O célebre adágio “*remedies precede rights*” (“os remédios precedem os direitos”) significava que o autor da petição devia imperativamente apresentar a sua causa sob uma forma de ação específica, com suas próprias regras estereotipadas de petição e de prova. Até a metade do século XIX, a regra geral na Inglaterra era a de que para cada litígio correspondesse uma única *form of action*. A partir de então, nos casos – forçosamente frequentes – em que um remédio do direito não podia ser encontrado na *common law*, desenvolveu-se progressivamente entre os sujeitos do reino o uso de dirigir-se à fonte de toda justiça, a saber, ao próprio rei e, mais tarde, ao chanceler (*Lord Chancellor*) em sua qualidade de “guardião da consciência do Rei”. Uma lenta formalização dos procedimentos diante do chanceler durante o século XV fez finalmente surgir os tribunais de equidade (*courts of chancery*).

O fato de que em sua origem a preocupação principal – e a própria razão de ser – da *court of chancery* era a busca de justiça pelos indiciados colocou o trabalho do juiz de *equity* sob o signo da *flexibilidade* e do *pragmatismo* a fim de compensar o formalismo de um direito medieval demasiadamente ligado às regras processuais. Durante o período de formação da *equity*, o chanceler – frequentemente um eclesiástico – estatua “segundo sua consciência”, examinando com equidade cada caso em função das circunstâncias particulares do caso em questão.³⁵ O resultado dessa jurisprudência caso por caso, fortemente inspirada nos princípios do direito canônico, foi a extrema variabilidade da justiça de *equity*. A tal ponto que John Selden, um jurista do século XVII, a ironizou declarando que essa justiça se mensurava segundo o “tamanho do calçado do chanceler” (*the Chancellor's foot*)... Mas pouco a pouco o sistema de *chancery* se tornou mais jurisdicional submetendo-se a um corpo de regras coerentes e previsíveis, de forma que os dois tipos de jurisdição acabaram se fusionando no

século XIX. A mesma coisa se produziu nos Estados Unidos onde os *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 integraram definitivamente os remédios da *equity* na competência das jurisdições federais ordinárias.

Uma rivalidade estimulante entre julgamentos de *common law* e *decrees d'equity*

O fruto dessa história inglesa foi o aparecimento de uma certa “rivalidade mimética”³⁶ entre o direito substancial e os remédios. A lógica da *common law* era antes de tudo processual e sua característica essencial era a escolha introdutória de um tipo de *plea* (petição) e, em seguida, a capacidade do advogado em convencer o júri, ao passo que o espírito da *equity* era a prudência, aquilo que Aristóteles chama de *phronesis*;³⁷ isto é, o espírito de um “julgamento em situação”³⁸ que tenta conciliar os grandes princípios com a complexidade do real. Se o império da *common law* era povoado de direitos de agir e de títulos jurídicos (*entitlements*), a *equity* era o reino dos remédios (*remedies*), ou seja, de construções a meio caminho entre o direito e o fato, suscetíveis de assegurar a efetividade dos direitos em um mundo onde coexistem interesses públicos e privados às vezes divergentes e onde a decalagem entre o “dever-ser” da norma e o “ser” de sua aplicação concreta não deve jamais ser por demais evidente.

A dinâmica do julgamento na cultura de *common law* estava inscrita de algum modo nos genes da *equity* a partir do momento em que o chanceler viu reconhecida a sua capacidade de agir *in personam* a fim de satisfazer uma necessidade particular de justiça do acusado moldando um remédio talhado sob medida. A inexecução de uma obrigação jurídica era sancionada em *common law* de modo impessoal, pela atribuição de indenizações. Ora, a *court of chancery* podia, agindo *in personam*, ordenar que o indiciado, entre outros, se abstinisse no futuro de uma conduta determinada. Esse poder foi a origem de uma das armas processuais mais temíveis, que será utilizada no século XX contra os agentes do próprio Estado nos Estados Unidos da América: a injunção (*injunction*).³⁹

36 A expressão é do filósofo Karl Jaspers.

37 A *prudentia* dos latinos. Sobre essas noções, ver Pierre Aubenque, *La Phronesis chez Aristote*, Paris, PUF, col. “Quadrige”, 1993 (ed. or. 1963).

38 Paul Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, col. “L'Ordre philosophique”, 1990, p. 279-290.

39 A injunção é uma ordem do tribunal que comanda ou prevê uma ação. Sua importância como remédio é explicada em Owen M. Fiss & Doug Rendleman, *Injunctions*, Mineola (New York), Foundation Press, 2ª ed. 1984 e Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington (Indiana), Indiana University Press, 1978.

34 Que decidimos traduzir por “remédio”.

35 De onde a expressão consagrada to *balance the equities of the case*.

A injunção, que se inscreve no centro do poder de equidade (*equitable power*) do juiz anglo-americano, bate de frente com a concepção francesa da separação das autoridades administrativas e judiciárias, formulada pela primeira vez na lei de 16-24 de agosto de 1970 que proíbe que os magistrados emitam injunções contra a administração. No imaginário cultural francês é a administração que construiu o Estado, e não o direito.⁴⁰ Para os revolucionários franceses, nenhum entrave à ação benéfica da administração, considerada como encarnando o interesse geral, não pode nem deve ser tolerada. Para a cultura francesa, a planificação e a ação estratégica só pertence à alta função pública e não aos togados, sejam eles altos magistrados ou “pequenos juizes”. Ao magistrado da ordem judiciária não cabe, como ao juiz de *common law*, facilitar a ação dos particulares fazendo respeitar a regra do jogo, mas, de modo mais prosaico, constatar e sancionar (penal ou civilmente) todo comportamento que se afaste da lei. Essa exclusão do magistrado francês – punição para o seu pecado original, a intromissão dos parlamentos do Antigo Regime na política real – foi, como sabemos, a origem do aparecimento de uma das maiores invenções da cultura francesa: o Conselho de Estado, juiz emanando ele mesmo da administração e protetor das liberdades públicas. A função jurisdicional, tal como é concebida pela cultura jurídica francesa, se limita a *dizer o direito*, ou seja, a especificar uma regra jurídica geral e abstrata em um litígio opondo *particulares*. O caráter prospectivo da injunção e, mais geralmente, dos remédios que visam refazer uma relação social, é inacessível ao juiz francês, que se atém a se aproximar da melhor maneira possível, por meio de uma indenização, do *statu quo ante*. Para fazer isso, o juiz de *civil law* não tem que se mostrar flexível ou inventivo, e nem mesmo tem que se preocupar com a efetividade dos direitos: basta que aplique uma regra jurídica repertoriada a uma situação de fato e que tire a conclusão jurídica. Bem diferente é o trabalho do chanceler que estatui em *equity*, que não era propriamente um julgamento (*judgement*), mas um decreto (*decree*), termo que na França designa um ato de alcance geral emanando de uma autoridade administrativa.

Entretanto, a *equity* e seus remédios não constituíam um serviço “à la carte”, um conjunto de soluções fugidias talhadas sob medida para os “clientes” da justiça; ao contrário, eles eram concebidos como mecanismos acessórios, subsidiários em relação ao direito. Esta é a razão pela qual o autor da petição devia primeiramente estabelecer, em conformidade com as regras da *common law*, a existência de um direito e de sua inexecução e provar em seguida que o

⁴⁰ Sobre a importância histórica da Administração na construção do Estado na França, ver Pierre Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968.

pagamento de indenizações não era suficiente para reparar o dano sofrido. Esse caráter complementar da *equity*, expresso pelo adágio “*equity follows law*” (“a equidade segue o direito”⁴¹), gera uma tensão permanente, um vai-e-vem contínuo entre o pensamento jurídico clássico e sua realização. A doutrina é incessantemente questionada pela complexidade de práticas sociais que escapam ao domínio do Estado e por aquela dos conceitos jurídicos. Uma tal tensão se revela extremamente proveitosa no julgamento. O reajuste permanente entre o direito e o fato induzido pela rivalidade entre esses dois tipos de jurisdição, assim como essas duas filosofias do julgamento – *legalista* na *common law* e *prudente e pragmática* no que concerne à *equity* – estimula a imaginação e a criatividade do juiz. Esta rivalidade mimética constitui sem dúvida uma das principais fontes do dinamismo do sistema jurídico americano, que encontramos na abertura do julgamento americano a saberes não jurídicos e a considerações de *policy* (que os juristas franceses chamam de “considerações de oportunidade”⁴²). Por sua abertura a argumentos consequenciais (um ato é julgado em função das consequências que ele pode produzir) e pragmáticos (um ato é julgado em função de sua capacidade de produzir efeitos reais), argumentos que ele maneja quando estatui em *equity*, o juiz de *common law* não se contenta apenas em dizer o direito, mas busca inflectir as práticas sociais que o cercam. Nesse aspecto, ele tem uma parte ativa no desenvolvimento econômico, social e cultural de sua sociedade.

No mais profundo da cultura judiciária anglo-americana, se encontra, pois, essa experiência de hibridismo jurídico, gerador tanto de conflitos como de riquezas no trabalho do juiz. O velho fundo de *equity* foi reativado, na época do “governo dos juizes” (entre o final do século XIX e a metade dos anos 1930), pela “escola sociológica do direito” (*sociological jurisprudence*) com o objetivo de pôr seu pragmatismo e sua flexibilidade a serviço de uma *common law* tornada rígida e dogmática sem a sua proteção da liberdade contratual, erguendo-se contra toda tentativa de regulação pública.⁴³ A partir de então os raciocínios da *equity* nunca deixaram de influenciar o direito americano, mesmo após a sua fusão com as regras da *common law* e a despeito da jurisprudência de uma Corte suprema – hoje majoritariamente conservadora – que tenta há vinte e

⁴¹ Sobre o papel acessório da *equity* ver J.A. Jolowicz, *Droit anglais*, op. cit., p. 8-9.

⁴² Ver John Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

⁴³ Ver Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, op. cit., principalmente capítulo VII (“Judicial Empiricism”), bem como seu famoso artigo “Mechanical Jurisprudence”, 8 *Columbia Law Review* 605 (1908), que atacou o formalismo jurídico ainda dominante na época e propôs substituí-lo por princípios pragmáticos de uma teoria sociológica do direito (*sociological jurisprudence*) inspirada na flexibilidade da *equity*.

cinco anos voltar atrás e adotar um formalismo jurídico que já se acreditava definitivamente enterrado.

Um julgamento voltado para o futuro e a efetividade

A inserção dos métodos de pensamento e das técnicas da *equity* no trabalho jurisdicional teve um impacto profundo no *alcance* do julgamento. De acordo com a concepção clássica do julgamento ainda dominante no Velho Continente, o processo é retrospectivo: ele é dirigido para a determinação dos efeitos jurídicos decorrentes de uma série de eventos passados identificáveis. Nesse modelo, os direitos (*rights*) e as reparações (*remedies*) estão intimamente intrincados em uma relação lógica necessária e suficiente: no direito dos contratos, por exemplo, uma vez identificados o direito ou o interesse do autor da petição e determinada a natureza do dano, a reparação se segue quase automaticamente. O próprio julgamento é um texto auto-suficiente, cujos efeitos estão confinados no tempo: depois de ter estatuído com autoridade de coisa julgada (*res judicata*) sobre um caso de espécie, o juiz abandona definitivamente o contencioso.

Em contraposição, a lógica dos *remedies* levada ao seu termo é bem diversa. A temporalidade dos procedimentos já não é retrospectiva, mas prospectiva: o remédio necessário tende mais a corrigir e a reconstruir de modo viável uma relação jurídica na duração do que compensar um dano específico e quantificável do passado. Considerando que o que importa é a efetividade dos direitos, o remédio não é mais um derivado lógico do direito substancial invocado; ele é de preferência moldado *ad hoc*, habitualmente por um lento processo quase jurisdicional que combina a negociação com as partes e as medidas coercitivas do juiz. Porque os remédios jurídicos finalmente receitados dizem respeito em geral aos estabelecimentos públicos ou a grandes organismos privados, eles produzem efeitos jurídicos contínuos, de alcance forçosamente bem mais amplo que os direitos e obrigações das partes envolvidas nominalmente na instância. Enfim, o julgamento não é a última palavra no caso, já que a *experimentação* de remédios às vezes muito inovadores pressupõe que o juiz não abandone os autos, em outras palavras, que “continue à frente do caso” (*retains jurisdiction*) enquanto o processo não tiver chegado a resultados satisfatórios. Assim, o julgamento considerado isoladamente não passa de um fragmento do quebra-cabeça da justiça e vemos com frequência se passarem décadas – e a intervenção de muitos julgamentos – até o encerramento definitivo de um caso.⁴⁴

⁴⁴ Ver principalmente Abram Chayes, “Public Law Litigation and the Burger Court”, 96 *Harvard Law Review* 4, 4-5 (1982) e Owen M. Fiss, “The Forms of Justice”, 93 *Harvard Law Review* 1 (1979),

Em um novo tipo de contencioso, o “contencioso de direito público” (*public law litigation*),⁴⁵ o objetivo não é mais o de obter um julgamento definitivo em relação a um ponto de direito preciso para solucionar um diferendo, mas o de estabelecer um regime jurídico, *ad hoc* mais durável, regendo uma instituição que é o verdadeiro alvo da ação na justiça. Certamente, como na *equity* tradicional, ainda é preciso que o juiz encontre previamente um dano sofrido por um direito substancial invocado pelo(s) autor(es) da petição. Mas uma vez efetuado esse exercício preliminar, o juiz do fundo dispõe de grande latitude para elaborar medidas suscetíveis de remediar os problemas que lhe são submetidos. O julgamento perde toda forma silogística para se lançar em considerações pragmáticas sobre a factibilidade e as chances de sucesso de tal ou tal medida. Assistimos, em definitivo, ao mesmo tempo a uma *extensão dos fundamentos legítimos do julgamento* e a um *prolongamento de seus efeitos jurídicos* tendendo, em um futuro indeterminado, para a *reestruturação de uma instituição*.

O exemplo da abolição da segregação nas escolas públicas americanas

Ilustremos essa forma de julgamento por um exemplo extraído da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre o processo de abolição da segregação racial nas escolas públicas nos estados do Sul desde os anos 1950. Esse julgamento em *equity* demonstra a inventividade do juiz e a maleabilidade dos remédios que ele imagina a fim de tornar efetivo um direito que, embora solenemente proclamado na Declaração dos Direitos americana (*Bill of Rights*), permaneceu sem aplicação durante décadas.

Onze anos após a sentença histórica *Brown v. Board of Education* de 1954,⁴⁶ pela qual a Suprema Corte aboliu o *apartheid* operando solenemente uma reviravolta de jurisprudência e estatuinto que daquele momento em diante a doutrina dos serviços públicos “iguais mas separados” (*separate but equal*) para as raças era intrinsecamente inconstitucional,⁴⁷ um juiz federal foi encarregado de uma petição de abolição da segregação de um sistema escolar dual (separando os alunos negros dos brancos) na Carolina do Norte. O primeiro

bem como o artigo clássico de Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation” 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976).

⁴⁵ Que será desenvolvido no capítulo IX.

⁴⁶ Sentença *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁴⁷ *Ibid.*, 347 U.S. 483, 495 (1954). A doutrina “iguais mas separados” que foi formulada por uma sentença infame da Suprema Corte *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), avalizou de fato o sistema de *apartheid* nos estados do Sul.

reflexo de um juiz de *equity* é solicitar uma reparação voluntária da parte do autor do dano, desde que a solução proposta dê suficientes garantias de sua boa fé e de sua factibilidade. No caso em questão, o *school board* (conselho de administração da escola, eleito pelos pais) foi incapaz de apresentar um plano realmente eficaz para pôr fim à segregação, de forma que o tribunal federal do distrito (*district court*), após uma experimentação infrutífera dos planos temporários propostos pela administração da escola, encomendou outro plano a um especialista. Alguns meses depois, dois planos de ação foram apresentados ao tribunal, um elaborado pelo especialista e o outro pela escola. Após algumas tergiversações, a escola aceitou o plano radical do especialista que combinava medidas de cotas raciais, de transferências opcionais de alunos brancos para escolas majoritariamente compostas de negros, uma nova carta escolar com medidas muito voluntaristas de "acoplagem" e de fusão de distritos escolares não contíguos e, enfim, o que foi um verdadeiro escândalo, um vasto programa de *busing*, ou seja, de transporte escolar de alunos negros para as escolas aderentes de subúrbios brancos e vice-versa.

A Suprema Corte, por unanimidade, avalizou esse plano na sentença *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* de 1971,⁴⁸ afirmando que se tratava de remédios aceitáveis, não ultrapassando os poderes de equidade dos tribunais do fundo e, principalmente, do tribunal federal do distrito, a jurisdição mais próxima dos indiciados e de seus problemas concretos. Na primeira parte da motivação que expõe os grandes princípios, a Corte lembrou que "ao criar e pôr em aplicação os decretos (*decrees*), os tribunais são guiados por princípios de equidade. Tradicionalmente, a *equity* se caracterizou por uma flexibilidade prática na concepção desses remédios e por uma maleabilidade no ajuste e na conciliação das necessidades públicas e privadas".⁴⁹ E a Corte prosseguiu: "Uma vez demonstrada a existência de um direito e de um dano, o alcance dos poderes de *equity* de um tribunal de instância para remediar faltas passadas é estendido, a abertura e a flexibilidade caracterizando os remédios de *equity*",⁵⁰ antes de ter o cuidado de precisar que "como em todo caso de *equity*, a natureza do dano determina o alcance do remédio".⁵¹ Enfim, todo remédio deve ser julgado "em função de sua efetividade (*effectiveness*)",⁵² dado que "nenhuma regra abstrata (*per se rule*) pode abarcar adequadamente todas as dificuldades de conciliação dos interesses concorrentes em jogo".⁵³

48 Sentença *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*. 402 U.S. 1 (1971).

49 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 12 (1971).

50 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 15 (1971).

51 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 16 (1971) (o grifo é nosso).

52 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 25 (1971).

53 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 26 (1971).

O presidente Warren Burger teve o cuidado de assinalar, de um modo que não deixará de surpreender um jurista continental, a finitude de todo julgamento na matéria: "Na invenção de remédios onde uma segregação juridicamente imposta foi estabelecida, é da responsabilidade das autoridades locais e dos tribunais de instância agir de modo que, no futuro, a construção e a desativação de escolas não sirvam para perpetuar ou reestabelecer o sistema dual [de *apartheid* escolar]. Quando isso for necessário, os tribunais de distrito deverão permanecer encarregados do caso a fim de assegurar que esses engajamentos estejam sendo realmente respeitados".⁵⁴ Assim, depois de ter aberto ao máximo o julgamento a considerações pragmáticas e prudentes, o juiz supremo, em lugar de finalizar definitivamente a discussão contenciosa, lembra tanto aos juízes inferiores quanto à opinião pública que o racismo é um problema estrutural que se manifestará por muito tempo ainda e que é, portanto, necessário se preparar no sentido de que os malefícios das autoridades incriminadas sejam varridos pelo dilúvio perpétuo da maquinaria da *equity*.

O julgamento se ampliou ao mesmo tempo em seus fundamentos e em seus prolongamentos práticos. No caso *Swann*, a consideração da cota racial do sistema escolar em sua totalidade não foi julgada inaceitável como ponto de partida do raciocínio do juiz "enquanto remédio equitativo para as circunstâncias particulares".⁵⁵ Enfim, a "discriminação positiva (*affirmative action*) sob a forma de uma modificação da rede escolar como remédio",⁵⁶ ou ainda sob a forma de um transporte escolar cotidiano massivo de alunos em ônibus para as escolas afastadas de seus domicílios, se encontra dentro do alcance normal de *equity*.⁵⁷ Observaremos que esse catálogo de medidas avalizadas contém elementos (como as cotas raciais ou o transporte de alunos contra a vontade de seus pais para outros distritos) que, em direito puro, seriam considerados inconstitucionais. Porém, em se tratando de um julgamento prospectivo e reconstrutor de um liame social distendido por um mal estrutural (o racismo); a lógica dos *remedies* dita uma ampliação dos critérios jurídicos formais levados em conta pelo juiz e uma transposição do alcance tradicional do julgamento.

Entretanto, por sugestão de seu atual presidente, William H. Rehnquist, a Suprema Corte adotou uma atitude mais severa em relação ao que ela considera agora como uma extensão demasiadamente ampla dos princípios da *equity* em detrimento da segurança jurídica. Essa interpretação restritiva começou três

54 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 21 (1971) (o grifo é nosso).

55 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 25 (1971).

56 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 28 (1971).

57 *Ibid.*, 402 U.S. 1, 31 (1971).

anos após a sentença *Swann* no caso *Milliken v. Bradley*,⁵⁸ quando a Suprema Corte teve que se pronunciar sobre um remédio contra a supressão da segregação escolar englobando vários distritos de escolas do subúrbio de Detroit, embora as práticas segregacionistas estivessem confinadas em um único distrito da cidade *intra muros*. O tom do julgamento mudou no momento de formular a frase canônica que afirma que “o alcance do remédio é determinado pela natureza e a extensão do dano constitucional”,⁵⁹ a Corte observou que o alcance do remédio referente a vários distritos é tal que implica a “reestruturação completa das leis do estado de Michigan a respeito da rede escolar [de modo que] o tribunal federal do distrito se transformaria não apenas em uma “autoridade legislativa” de fato para resolver essas questões complexas, como também em “inspetor escolar” para toda a zona”.⁶⁰

Terminada, pois, a glorificação dos poderes do juiz em matéria de remédios equitativos, substituída agora pelas interrogações sobre a legitimidade da função de julgar, que requer um duplo formalismo: De um lado, a relação entre o direito substancial posto em questão e o remédio concebido para assegurar sua efetividade é hipostasiada no sentido em que o perímetro externo do direito predetermina a existência mesma, a natureza e o alcance do remédio. A partir do momento em que nenhuma violação de um direito fundamental por parte das autoridades escolares de subúrbio foi provada, o remédio imaginado pelo juiz não pode ultrapassar os contornos do direito violado, definido no nível mais concreto e mais formal possível como “o direito de freqüentar a escola em um distrito isento de toda prática de segregação racial”.⁶¹ Por outro lado, o objetivo do remédio é drasticamente reduzido já que “ele visa, como os demais remédios, recolocar as vítimas de um comportamento discriminatório na posição que teriam ocupado se ele não existisse”.⁶² A partir do momento em que o tratamento discriminatório dos alunos negros se produziu no sistema escolar da cidade de Detroit e não em outro lugar, o remédio deve se limitar às fronteiras administrativas desta cidade.

Assim o remédio se desnaturou: de ferramenta prospectiva de reorganização de uma relação jurídica estrutural, ele regride para constituir uma reparação clássica de um erro identificável. Essa regressão provocou a ira do juiz White que, em sua opinião dissidente, observou que até então a Corte só havia fixado como limites para os remédios em *equity* os limites de seu acionamento

prático; a sentença *Swann*, por exemplo, tinha aceitado como limites razoáveis do poder equitativo do juiz fatores como a distância e o tempo excessivos no transporte motorizado dos alunos, ou ainda o impacto de um tal transporte cotidiano para a saúde das crianças de baixa idade. Temos aqui fatores pragmáticos que se emancipam dos constrangimentos de técnica jurídica, no melhor espírito de *equity*. Quanto à concepção puramente restauradora do remédio, ela não é realista a partir do momento em que, quando o Estado discrimina oficialmente durante um longo período, já é tarde demais para as crianças que foram vítimas desse estado de fato poderem se beneficiar dos direitos de que foram privadas.⁶³

A partir da sentença *Milliken* de 1974, assistimos, em suma, a uma alteração da *equity* pelo viés de uma separação nítida entre o direito e o fato e de uma dependência total do fato reparador da formulação mesma do direito. A efetividade do remédio dá agora lugar para as definições abstratas dos manuais de direito positivo; mesmo se for constatado que um plano de supressão da segregação racial confinado nos limites da cidade não terá nenhum impacto concreto na mixagem racial das escolas públicas, como acentuará provavelmente a fuga dos últimos brancos do centro da cidade em direção aos subúrbios, esses argumentos consequenciais já não são reconhecidos oficialmente. Isso restringe bastante as considerações de fato que podem ser levadas em conta para elaborar um remédio eficaz. O julgamento assume cores menos fortes e mais pastel, sem com isso desencorajar as ambições do juiz de *equity*.

O julgamento nos levou ao coração do problema central da cultura jurídica da *common law*. Esta se mostra atenta para as exigências democráticas de transparência e de responsabilização do trabalho jurisdicional, ela mobiliza eficazmente as energias individuais dos operadores do sistema jurídico e se adapta de modo pragmático às transformações sociais. Mas esta abertura para as argumentações alternativas e esta preocupação com a eficácia do ato judiciário podem se voltar contra a primeira missão essencial do juiz, a de fazer justiça. Ao lado de uma *common law* flexível e liberal, a cultura judiciária francesa parece menos refinada, suas escolhas mais brutais, suas sentenças demasiadamente monolíticas e seus juízes indiferentes em relação à efetividade dos direitos e das liberdades que supostamente devem proteger. No entanto, todas essas atitudes, que castram incontestavelmente a inventividade jurídica e freiam o dinamismo do sistema, têm ao menos o mérito da clareza e da intangibilidade em um mundo que está buscando seus pontos de referência.

58 Sentença *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 77 (1974).

59 *Ibid.*, 418 U.S. 717, 744 (1974).

60 *Ibid.*, 418 U.S. 717, 744 (1974).

61 *Ibid.*, 418 U.S. 717, 746 (1974).

62 *Ibid.*

63 Opinião dissidente do juiz White sobre a sentença *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 776-780 (1974).

Os dois sistemas jurídicos se vêem confrontados com os mesmos tipos de problemas, mas suas culturas judiciárias respectivas os levam a resolvê-los de modo diverso. A *common law* dá a impressão de uma maior mobilidade, não hesitando em alterar ocasionalmente as funções tradicionais da justiça, mas ao preço de uma maior instabilidade do sistema, que se manifesta através de incoerências na forma do julgamento e de mudanças nos meios de sua execução. Já o sistema francês usufrui uma grande estabilidade (ao menos aparente), mas arrisca se expor à ineficácia ao escolher preservar a harmonia do direito em detrimento de sua efetividade. Em ambos os casos o preço é exorbitante.

Capítulo
A Justiça: Serviço Público

Todo sistema de justiça é por natureza uma instituição pública, é posto em prática de modo bem comum e protege os direitos individuais sobre um dos componentes desta natureza. Ambas as concepções consideram a justiça como um serviço público, sobretudo, como um espaço processual aberto ao universo, a justiça é considerada mais como um espaço que se abre para o pluralismo e o dinamismo do que como um serviço público, como um lugar de aplicação da lei, mas também como um espaço de concorrência de várias visões do direito e do Estado. A justiça é preparada de modo hierárquico e até mesmo centralizado, seus auxiliares, porém estruturados como uma rede de competição das diversas concepções dos grupos: civis, associativos, econômicos, etc. Diferentes visões do mundo e interpretações da justiça. O juiz garante a regularidade do processo. O juiz não é um funcionário investido pelo direito do Estado, ele não lembra as regras, ele provém principalmente de sua credibilidade perante os grupos que recorrem à justiça. Neste sistema público o juiz é um facilitador do debate, não um funcionário do direito ou um oficial. Num sistema tumultuoso, o juiz anglo-saxão não reina sozinho, ele que simultaneamente abre espaço para conflitos – do direito e se instrui ele próprio. Ele é um sacerdote laico, ele arbitra em um espaço de competição que se pretende a mais aberto.

Essa concepção da justiça está estreitamente ligada ao pensamento individualista da cultura de *common law* que dispõem aqui de uma latitude bem maior no pensamento jurídico da *common law* do que

para os profissionais. Este livro igualmente anuncia e inspira estudos de direito comparado.

Stephane Garapon
Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos

Outros títulos publicados

Ensaio de Antropologia e de Direito
a Justiça e Processos Institucionais de
Administração de Conflitos e Produção
Verdade Jurídica em uma Perspectiva
Comparada - Roberto Kant de Lima

Crime e Violência no Brasil. Conteúdo
Estudos de Sociologia do Crime e da
Urbana - Michel Misse

Ensaio sobre a Igualdade Jurídica
Justiça Criminal e Direitos de Cidadania
Brasil - Maria Stella de Amorim, Roberto
de Lima e Regina Lucia Teixeira Mendes