

CULTURA E PREVISIBILIDADE DO DIREITO¹

Luiz Guilherme Marinoni^{**}

Sumário: 1. Falta de racionalidade e de previsibilidade no direito brasileiro; 2. O impacto dos valores da contrarreforma nos países ibéricos e na colonização da América; 3. O “patrimonialismo” na formação da cultura brasileira: de Weber a Buarque de Holanda; 4. Cultura do personalismo, falta de coesão social e fraqueza das instituições; 5. A quem interessa a irracionalidade ?; 6. Patrimonialismo *versus* generalidade do direito e sistema de precedentes; 7. Autoridade dos precedentes, respeito ao direito e responsabilidade pessoal

1. FALTA DE RACIONALIDADE E DE PREVISIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO



Considerando-se a realidade da justiça civil brasileira, constata-se com facilidade que o jurisdicionado tem grande dificuldade para prever como uma questão de direito será resolvida. Isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem. É claro que a utilização de cláusulas gerais e a adoção de princípios constitucionais para a leitura das regras legais, por si só, ampliou a latitude de poder do juiz, ou melhor, o seu espaço de subjetividade para a definição dos litígios. Afinal, em um caso o juiz é chamado a definir o que não foi decidido pelo legislador e, no outro, tem poder para negar validade às regras legais em face da Constituição ou mesmo para conformá-las às normas constitucionais.

¹ O presente texto é baseado no livro “*A Ética dos Precedentes*”, que publiquei há poucos meses pela Ed. Revista dos Tribunais.

^{*} Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University.

Porém, mesmo quando tem simplesmente de aplicar uma regra, o juiz se encontra diante da necessidade de valorar e decidir ou optar, o que significa que tem que traçar, em qualquer dos casos, um raciocínio argumentativo dotado de racionalidade. Só a argumentação racional constitui justificativa aceitável.

Sucedede que frequentemente não se observa, mesmo nas decisões judiciais que se limitam a aplicar regras legais, qualquer preocupação com a explicitação das razões que, por exemplo, poderiam justificar a opção por uma determinada diretiva interpretativa. Na verdade, amiúde faltam razões justificadoras das opções valorativas realizadas no raciocínio judicial. É como se, a despeito de estar decidindo a partir de valorações, o juiz pudesse encobri-las mediante uma fundamentação que alude apenas à letra da lei e a passagens doutrinárias e jurisprudenciais que nada indicam a respeito das opções valorativas implícitas na decisão. Falta argumentação dotada de força capaz de convencer, de tornar a decisão racionalmente aceitável. Essa aceitabilidade, é claro, relaciona-se com a opinião pública, especialmente com os litigantes envolvidos no caso.

Na verdade, a prática judiciária brasileira revela que, não obstante se parta da premissa de que decidir não é simplesmente revelar a norma contida no texto legal, ainda não se transformou o ato de fundamentar numa atividade de argumentar racionalmente para justificar as opções decisórias – inclusive a decisão final - tomadas no curso do raciocínio decisório. Vale dizer que, se o juiz tem poder para extrair o direito do texto legal mediante a interpretação, é preciso ainda caminhar para que o direito se torne prática argumentativa e, nessa dimensão, tenha racionalidade e legitimidade.

De qualquer forma, a argumentação dotada de racionalidade não supre outra espécie de racionalidade, que é aquela que diz respeito à aplicação do direito pelo Poder Judiciário. O sistema judicial tem, internamente, órgãos incumbidos de eliminar

as dúvidas interpretativas, exatamente por ser incoerente e irracional aplicar “vários direitos” diante dos casos conflitivos. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça, diante do recurso especial, definir o sentido do direito federal infraconstitucional, expressando uma norma dotada de autonomia em face da lei, que, assim, incorpora-se à ordem jurídica. Ora, um sistema judicial que, apesar da intervenção da sua Corte Suprema, admite interpretações diferentes, é completamente incapaz de gerir a sua função de distribuir “justiça” nos casos concretos. Esse sistema não viabiliza a coerência da ordem jurídica, a igualdade perante o direito, a liberdade e a previsibilidade. O desrespeito aos precedentes das Cortes Supremas é porta aberta para a distribuição desigual e aleatória da “justiça”, com todas as suas perversas consequências.

No Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio Superior Tribunal de Justiça tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Isso ocorre não só quando uma Turma diverge da outra. Uma mesma Turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão. Isso ocorre porque o Superior Tribunal de Justiça ainda funciona como uma Corte de correção das decisões dos tribunais ordinários. Ainda não possui o semblante de uma Corte de precedentes, que define a interpretação ou a norma que deve regular os casos futuros, inclusive aqueles que chegarem às suas mãos.

De outra parte, não obstante o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal esteja submetido ao requisito da “repercussão geral” da questão constitucional – indício de uma Corte de Precedentes –, ainda se discute sobre a eficácia obrigatória – também dita vinculante - das decisões tomadas em recurso extraordinário. Chegou-se a argumentar que a eficácia

vinculante seria privilégio das decisões tomadas nas ações relacionadas ao controle direto de constitucionalidade, o que obviamente é um absurdo, especialmente quando a eficácia vinculante, para os que assim argumentam, resta circunscrita à parte dispositiva da decisão.

É interessante comparar o sistema brasileiro de controle difuso de constitucionalidade, atrelado à ausência de vinculação aos precedentes constitucionais, com o sistema estadunidense. É certo que nos Estados Unidos a ideia de precedente constitucional não brotou no mesmo instante da concepção da tese do *judicial review of legislation*. Porém, o controle de constitucionalidade, no Brasil, além de não ter sido objeto de aprofundadas discussões na comunidade jurídica – deriva do empenho pessoal de Rui Barbosa –, teve o seu significado e consequências simplesmente ignorados pela sociedade. Ou melhor, aqui a ideia de controle de constitucionalidade nada deve aos valores da sociedade, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos.

Quando se afirma que *all laws which are repugnant to the Constitution are null and void* não se revela um resultado extraído de um simples exercício de lógica estruturado a partir da ideia de pirâmide, uma vez que a Constituição, para os colonizadores e para os fundadores do constitucionalismo americano, tinha um significado que transcendia o limite do jurídico². O constitucionalismo estadunidense é o primeiro constitucionalismo escrito, de lado algumas experiências inglesas de inspiração calvinista. Como diz Fernando Rey Martínez, a tradicional ênfase americana em uma Constituição escrita deve muito à insistência dos puritanos de que o direito superior (*higher law*) deve ser um direito escrito (*written law*)³. Os colonos puritanos

² Ver Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton: Princeton University Press, 1988.

³Fernando Rey Martínez, *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 55 e ss; Gordon Wood adverte que, “do mesmo modo que todos os ingleses, os colonos estavam familiarizados com

não apenas reproduziram a teoria de Calvino, no sentido de que o direito tinha que ser escrito, a *lex scripta* - vista como prova da lei natural⁴ -, como tinham presente a experiência da Reforma, caracterizada pela afirmação do texto da Bíblia como meio para a libertação do homem em face do “poder divino” criado pela Igreja católica. Lembre-se que uma das mais importantes vitórias puritanas em solo inglês ocorreu em 1628, quando foi imposta a Carlos I a célebre *Petition of Rights*, que claramente frisava a teoria calvinista de um direito superior que submetia tanto o legislador quanto o juiz⁵.

Quer isso significar que, se a ideia de precedentes constitucionais demorou certo tempo para surgir nos Estados Unidos, isso provavelmente decorre do cuidado com o que o texto constitucional era aplicado⁶. A Constituição, dada a sua natureza de

documentos escritos como barreiras ao poder ilimitado” (Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic: 1776 – 1787*, North Carolina: The University of North Carolina Press, 1998, p. 268).

⁴ A “declaração de independência”, adotada pelo Congresso Continental em 4 de julho de 1776, já no primeiro parágrafo refere-se às “Leis da Natureza” como fundamento para o ato de separação política entre as colônias norte-americanas e a Inglaterra. A seguir considera “verdades auto-evidentes” o fato de que “todos os homens são criados em igualdade, *que eles possuem certos direitos inalienáveis atribuídos pelo Criador*, que entre esses direitos encontram-se a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que para assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, e derivam seus poderes do consenso entre os governados. Que sempre que alguma forma de governo torne-se destrutiva desses direitos, é Direito do Povo alterar ou abolir o governo, e instituir um novo governo”. É explícita a aceitação de princípios jusnaturalistas, especificamente na formulação de John Locke: “Quando uma pessoa ou várias tomarem para si a elaboração de leis, pessoas as quais o povo não autorizou para assim o fazerem, então tais pessoas elaboram leis sem autoridade, as quais o povo, em consequência, não está obrigado a obedecer; em tais condições, o povo ficará novamente desobrigado de sujeição, e poderá constituir novo legislativo conforme julgar melhor, estando em inteira liberdade para resistir à força aos que, sem autoridade, quiserem impor-lhe qualquer coisa”. (John Locke, *Second Treatise of Government*. Hackett: Indianápolis, 1980 [1690] p. 80).

⁵ Fernando Rey Martínez, *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, cit., p. 57-61.

⁶ Os *Framers*, embora tenham tido experiência com os precedentes de *common law*, certamente não conheciam precedentes de natureza constitucional, ou seja, precedentes interpretativos de normas constitucionais. A jurisdição constitucional era algo

lei suprema de caráter quase que sagrado, deveria ser aplicada literalmente, sem abrir oportunidade para o Judiciário aplicar regra com ela conflitante. Porém, quando aparecem indícios de dúvidas interpretativas se faz presente a lógica da autoridade dos precedentes da Suprema Corte, até porque o controle judicial da constitucionalidade das leis possui, intrinsecamente, a força unificadora do direito, na exata medida em que, num sistema de recíproco controle entre os poderes – *checks and balances* –, não se pode conceber a fragmentação do que é dito pelo Poder Judiciário - decisões judiciais variadas sobre a validade das leis.

No Brasil, muitos juízes ainda imaginam que podem atribuir significado aos textos que consagram direitos fundamentais a seu bel-prazer - como se a Constituição fosse uma válvula de escape para a liberação dos seus valores e desejos pessoais - e, assim, decidir sem qualquer compromisso com os precedentes constitucionais, numa demonstração clara de ausência de compreensão institucional.

Estão por detrás da falta de respeito aos precedentes argumentos retóricos de natureza jurídica, valores culturais e, inclusive, um nítido interesse num sistema judicial incoerente e aberto a mudanças repentinas. É importante perceber que a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas não deriva apenas da rejeição teórica à ideia de que as suas decisões devem definir o sentido do direito e, portanto, orientar os demais tribunais, mas também do desinteresse de posições sociais significativas na racionalização da distribuição do direito no país.

Bem vistas as coisas, várias posições que estão no mer-

absolutamente novo. A teorização dos precedentes constitucionais deve ter exigido ao menos o início da discussão acerca da interpretação constitucional. Em 1958, no caso *Cooper v. Aaron*, a Suprema Corte decidiu que “a interpretação da 14a. Emenda anunciada por esta Corte no caso *Brown* é lei suprema do país e o art. VI da Constituição faz com que esta decisão tenha efeito vinculante (“binding effect”) sobre os Estados”. Ver Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 48 e ss.

cado, assim como governos, corpos de juízes e parcela dos próprios advogados podem ter mais interesse na incoerência e na irracionalidade do que no contrário. Esse ponto, apesar de nunca descortinado, tem grande relevância nos países de *civil law* marcados por culturas avessas à racionalidade e à impessoalidade na administração pública, inclusive na administração da justiça.

2. O IMPACTO DOS VALORES DA CONTRARREFORMA NOS PAÍSES IBÉRICOS E NA COLONIZAÇÃO DA AMÉRICA

A Reforma, liderada por Lutero e mais tarde por Calvino, demonstrou os desvios da Igreja Católica, que, de lugar para a propagação da fé, transformara-se em local de manipulação do poder político e econômico. A Reforma enfatizou, entre outros pontos, a necessidade da leitura da Bíblia como forma de desmitificação dos dogmas da Igreja, salientando a invalidade dos sacramentos de salvação, bem como das obras como meio de salvação, os quais serviam para dar força política e econômica à Igreja.

Lembre-se que o calvinista acabou por entender que a *comprovação* da salvação se daria mediante o controle *racional* dos atos da vida intramundana. Os sacramentos de salvação e as obras foram vistos como *magificação*⁷. Nesse sentido, a Reforma contribuiu para o homem racionalizar a sua vida e, por consequência, para a racionalização dos grupos de que fazia parte e da própria vida em sociedade. Daí ter a Reforma dado origem - conforme demonstrou Weber em “A ética protestante e o espírito do capitalismo” - a um modo de viver centrado na *ascese* intramundana, da qual decorre a compreensão do trabalho como dever religioso, propiciando o desenvolvimento do capitalismo e a necessidade de um direito dotado de racionalidade

⁷ Max Weber, *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo* (edição de Antônio Flávio Pierucci), São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

formal, ao qual era inerente a previsibilidade⁸.

Roma e os povos latinos a ela aliados sentiram a necessidade de responder aos ataques da Reforma protestante. A resistência do Papado a uma conciliação levou Roma a manipular um Concílio que se tornou inevitável – designado de Concílio de Trento -, donde surgiu a chamada contrarreforma, uma opção absolutista que fortaleceu a ortodoxia e enrijeceu a disciplina da Igreja, instituindo valores que foram *responsáveis pela decadência dos povos peninsulares*.

O catolicismo do Concílio de Trento, em substância, negou a grande conquista da Reforma: *a liberdade moral, que levou ao exame da consciência individual, responsável pelo forte acento sobre a responsabilidade pessoal*, tudo isso imprescindível para a postura que o protestante assumiu diante da sua vida. Ora, o Concílio de Trento *condenou a razão humana e o pensamento livre*, revelando-os como um crime contra Deus. A proibição da leitura da Bíblia, por exemplo, nada mais é do que qualificar como pecado a razão humana ou suspeitar da capacidade cognitiva do homem, obrigando-o a ter um modo de vida pautado no “entendimento” de alguns poucos iluminados.

Note-se que a impossibilidade de questionar os dogmas religiosos e a solução mágica oriunda dos sacramentos de salvação, como a confissão, não estimulam o exame de consciência para a investigação da responsabilidade pessoal e, assim, eliminam o motivo para uma vida guiada por uma pauta racional⁹.

⁸ Max Weber, *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo* (edição de Antônio Flávio Pierucci), cit; Max Weber, *Essais de Sociologie des Religions*, Paris: Gallimard, 1996.

⁹ Antero de Quental, em discurso proferido em Lisboa no ano de 1871, argumentou que o catolicismo do Conselho de Trento não só foi um dos principais responsáveis pela decadência dos povos peninsulares nos séculos XVII, XVIII e XIX, como também teve influência nefasta sobre a colonização em solo americano. (Antero de Quental, *Causas da decadência dos povos peninsulares nos últimos três séculos*, Discurso proferido numa sala do Cassino Lisbonense, em Lisboa, no dia 27 de maio de 1871, durante a 1a. sessão das Conferências Democráticas).

Os valores do catolicismo tridentino não apenas são distintos dos do calvinismo. Eles tiveram impactos *opostos* sobre o modo do homem conduzir a sua vida pessoal e, por conseguinte, sobre o desenvolvimento da sociedade. Enquanto o catolicismo proibiu o pensamento livre e tornou o homem dependente da Igreja - por exemplo com a confissão obrigatória ao padre, sublinhada na Sessão 14 do Concílio de Trento -, o calvinismo, fundado na vontade soberana de Deus e na predestinação, obrigou-o a buscar sinais de salvação nos atos do cotidiano, especialmente no exercício da profissão, o que demandou a *racionalização* do seu modo de vida, com a investigação metódica da consciência e um sentimento muito acentuado de *responsabilidade pessoal*¹⁰.

3. O “PATRIMONIALISMO” NA FORMAÇÃO DA CULTURA BRASILEIRA: DE WEBER A BUARQUE DE HOLANDA

Sérgio Buarque de Holanda, no clássico “Raízes do Brasil”¹¹, analisa as bases e os fundamentos da nossa história a partir do critério tipológico de Max Weber¹². Buarque de Holanda utiliza sempre dois tipos ideais (trabalhador e aventureiro, impessoalidade e impulso afetivo etc) para, relacionando-os e contrapondo-os, extrair o esclarecimento de pontos de grande importância para a compreensão do nosso destino histórico¹³. Vale-

¹⁰ Em sugestiva análise, David Landes, Professor Emérito de Economia da *Harvard University*, realça o diferente impacto que os valores protestantes e católicos tiveram sobre o comportamento social e relaciona-os com o desenvolvimento econômico das nações (David S. Landes, *The Wealth and Poverty of Nations: Why Some Are So Rich and Some So Poor*, New York: W. W. Norton, 1999).

¹¹ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras, 1995 [1936].

¹² Para Weber, os tipos ideais, delineados com base em exageros deliberados de características do fenômeno investigado, são instrumentos para a análise da realidade.

¹³ Antonio Candido, *O significado de “Raízes do Brasil”*, in: *Raízes do Brasil* (Sérgio Buarque de Holanda), São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 13.

se dos conceitos weberianos de patrimonialismo e burocracia para demonstrar o significado de “homem cordial”, um modo de comportamento pessoal típico à formação da cultura brasileira, avesso à impessoalidade e à racionalidade formal, nitidamente relacionado ao modelo das instituições e da administração pública brasileiras – que ainda permanece na cultura do país¹⁴.

Importa recordar que Weber, ao tratar da legitimidade das relações de dominação, apresenta três fundamentos – vistos como tipos ideais – para a sua legitimação, que são classificados como i) racional ou burocrático-legal, ii) tradicional e iii) carismático. A dominação tradicional é fundada na crença na “santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daquelas que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional)”¹⁵. Essa espécie de dominação, quando contrastada com a dominação racional, possui características bem claras. Como diz Weber, a dominação racional se assenta em estatutos, de modo que se obedece à ordem impessoal, estabelecida objetivamente na lei, e aos superiores por essa ordem reconhecidos. Na dominação tradicional, porém, a obediência é prestada ao *senhor*, reconhecido como tal pela tradição, o que se faz em respeito aos costumes¹⁶.

Na dominação tradicional não importa a impessoalidade e a racionalidade da forma de dominação, ao contrário do que ocorre na dominação racional ou burocrático-legal, nem a qualificação carismática do líder que a exerce – dominação carismática -, uma vez que se obedece à pessoa nomeada pela tradição e

¹⁴ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit.; Sérgio Buarque de Holanda, *O Homem Cordial*, São Paulo: Companhia das Letras e Penguin Group, 2012.

¹⁵ Max Weber, *Economia e sociedade*, v. 1, Brasília: Editora UnB, 2000, p. 141.

¹⁶ “No caso da dominação baseada em estatutos, obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos *superiores* por ela determinados, em virtude da legalidade formal das suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas. No caso da dominação tradicional, obedece-se à *pessoa* do *senhor* nomeada pela tradição e vinculada a esta (dentro do âmbito de vigência dela), em virtude de devoção aos hábitos costumeiros” (Max Weber, *Economia e sociedade*, v. 1, cit., p. 141).

aos hábitos costumeiros¹⁷.

Quando trata da dominação tradicional, Weber indica como tipos primários a gerontocracia e o patriarcalismo. Em ambos inexistem um quadro administrativo para o *senhor*. Na gerontocracia a dominação dentro da associação é realizada pelos mais idosos, os quais presumivelmente conhecem melhor a tradição. No patriarcalismo primário a dominação é atribuída a um sujeito de acordo com regras sucessórias¹⁸.

A indicação dos *tipos* patriarcalismo primário e gerontocracia é importante para que se compreenda a noção de patrimonialismo. Para Weber, apenas quando o senhor passa a contar com um quadro administrativo e militar pessoal a dominação tende para o patrimonialismo e, quando extremo o poder do senhor, para o sultanismo¹⁹. A diferença entre patrimonialismo e sultanismo é fluida, designando Weber como *patrimonial* a dominação exercida “de pleno direito pessoal”²⁰.

A nota essencial deste tipo ideal é o personalismo das decisões do *senhor*, decorrente da expressão “de pleno direito

¹⁷ Aristeu Portela Júnior, Florestan Fernandes e o conceito de patrimonialismo na compreensão do Brasil, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, v. 19.2, 2012, p. 12.

¹⁸ “Os tipos primários da dominação tradicional são os casos em que falta um quadro administrativo pessoal do senhor: a) a gerontocracia e b) o patriarcalismo primário. Denomina-se gerontocracia a situação em que, havendo *alguma* dominação dentro da associação, esta é exercida pelos mais velhos (originalmente, no sentido literal da palavra: pela idade), sendo eles os melhores conhecedores da tradição sagrada. A gerontocracia é encontrada frequentemente em associações que *não* são primordialmente econômicas ou familiares. É chamada patriarcalismo a situação em que, dentro de uma associação (doméstica), muitas vezes primordialmente econômica e familiar, a dominação é exercida por um indivíduo determinado (normalmente) segundo regras fixas de sucessão” (Max Weber, *Economia e Sociedade*, v. 1, cit., p. 151).

¹⁹ “Ao surgir um quadro administrativo (e militar) puramente pessoal do senhor, toda dominação tradicional tende ao *patrimonialismo* e, com grau extremo de poder senhorial, ao *sultanismo*” (Max Weber, *Economia e Sociedade*, v. 1, cit., p. 151).

²⁰ “Denominamos *patrimonial* toda dominação que, originariamente orientada pela tradição, se exerce em virtude de pleno direito pessoal, e *sultanista* toda dominação patrimonial que, com suas formas de administração, se encontra, em primeiro lugar, na esfera do arbítrio livre, desvinculado da tradição. A diferença é *inteiramente* fluida” (Max Weber, *Economia e Sociedade*, v. 1, cit., p. 151).

pessoal”, empregada por Weber. Por isso se pode afirmar que o patrimonialismo é a forma de dominação em que o senhor atua mediante considerações pessoais, sem submissão a critérios objetivos ou impessoais retirados de estatutos.

No patrimonialismo, a legitimidade – fundamento para a obediência - é baseada em uma autoridade sacralizada, que existe desde tempos imemoráveis. “Seu arquétipo é a autoridade patriarcal. Por se espelhar no poder atávico, e, ao mesmo tempo, arbitrário e compassivo do patriarca, manifesta-se de modo pessoal e instável, sujeita aos caprichos e à subjetividade do dominador. A comunidade política, expandindo-se a partir da comunidade doméstica, toma desta, por analogia, as formas e, sobretudo, o espírito de ‘piedade’ [o espírito de devoção puramente pessoal ao *pater* ou ao soberano, relacionado à reverência ao sagrado e ao tradicional] a unir dominantes e dominado”.²¹

Como demonstrado, ao contrário da gerontocracia e do patriarcalismo primário, o patrimonialismo exige um quadro administrativo, uma vez que, quando a comunidade doméstica – fundamento do patriarcalismo - é descentralizada, ou seja, quando os membros da comunidade passam a residir em propriedades dependentes do auxílio do patriarca, passa a ser necessário uma administração organizada e um grupo de funcionários – o funcionalismo patrimonial²². Esse, contudo, não observa a separação entre as esferas privada e oficial, uma vez que a administração, na dominação patrimonial, é problema exclusivo - é patrimônio – do senhor. Cabe-lhe, com base em critérios puramente subjetivos, escolher os funcionários e delimitar as competências. No funcionalismo patrimonial, sendo o cargo preenchido com base em relações pessoais e de confiança, não importa a capacidade do *beneficiado* nem mesmo a prévia definição de

²¹ Rubens Goyatá Campante, O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira, *Revista de Ciências Sociais*, v. 46, n. 1, 2003, p. 162 e 190.

²² Aristeu Portela Júnior, Florestan Fernandes e o conceito de patrimonialismo na compreensão do Brasil, *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, v. 19.2, 2012, p. 13.

realização de determinada tarefa. Como diz Weber, “todas as ordens de serviço que segundo nossos conceitos são ‘regulamentos’ constituem, portanto, bem como toda a ordem pública dos Estados patrimonialmente governados em geral, em última instância um sistema de direitos e privilégios puramente subjetivos de determinadas pessoas, os quais se originam na concessão e na graça do senhor. Falta a ordem objetiva e a objetividade encaminhada a fins impessoais da vida estatal burocrática. O cargo e o exercício do poder público estão a *serviço da pessoa do senhor*, por um lado, e do *funcionário agraciado com o cargo*, por outro, e não de tarefas ‘objetivas’”²³.

É importante reiterar que o patriarcalismo primário, a gerontocracia, o patrimonialismo e o sultanismo são tipos ideais, não encontráveis na realidade histórica, como destacado pelo próprio Weber²⁴. Trata-se, como todos os tipos ideais, de instrumentos para a observação da realidade. Assim, quando se fala em “patrimonialismo”, há referência a uma forma de dominação baseada no personalismo e, conseqüentemente, na falta de objetividade e generalidade. No patrimonialismo as decisões seguem critérios pessoais do *senhor*, em tudo alheios à impessoalidade que prepondera na dominação racional.

Portanto, quando se vincula patrimonialismo ao Poder Judiciário, faz-se referência ao caráter pessoal das decisões, estimulado num sistema em que não há respeito a precedentes das Cortes Supremas. Sérgio Buarque de Holanda alude a vários pontos de grande importância para a compreensão de como o patrimonialismo e particularmente o “homem cordial” inserem-se na cultura brasileira.

Acostumado ao modo de viver do círculo familiar - na

²³ Max Weber, *Economia e sociedade*, v. 2, Brasília: Editora UnB, 2004, p. 255.

²⁴ “O fato de que nenhum dos três tipos ideais, a serem examinados mais de perto no que segue, costumam existir historicamente em forma realmente ‘pura’, não deve impedir em ocasião alguma a fixação do conceito na forma mais pura possível” (Max Weber, *Economia e Sociedade*, v. 1, cit., p. 141, nota de rodapé 2)

tipologia weberiana patriarcalismo primário, convertido em patrimonialismo após a implantação de um quadro administrativo -, em que vigoram as relações de afeto e de mera preferência, o brasileiro, ao se deparar com o mundo exterior, não consegue vê-lo de forma impessoal e racionalizada, procurando moldar todas as relações e locais, especialmente a administração pública, com base em critérios afetivos e de pessoalidade. Projeta-se, assim, como um “homem cordial”, ou seja, como alguém que não suporta a impessoalidade e tenta reduzi-la a custo de um comportamento de mera aparência afetiva, não sincera, que sempre busca simpatia, benefícios pessoais e facilidades²⁵.

Lembra Sérgio Buarque de Holanda que não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados a partir do ambiente do tipo primitivo da família patriarcal, *compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público*, motivo pelo qual “eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata *conforme a definição de Max Weber*”²⁶. Afinal, prossegue Sérgio, “para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a *direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos*. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a *confiança pessoal* que merecem os candidatos, e *muito menos de acordo com as suas capacidades próprias*. Falta a tudo a ordenação pessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. O

²⁵ Diz Sérgio Buarque de Holanda que o temperamento do brasileiro admite fórmulas de reverência, mas até onde não suprimam a possibilidade de convívio do tipo familiar. “A manifestação normal do respeito em outros povos tem aqui sua réplica, em regra geral, no desejo de estabelecer intimidade” (Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 148).

²⁶ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 146.

funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos”, mas na essência esse tipo de funcionalismo afasta-se do funcionalismo burocrático quanto mais os dois tipos estejam caracterizados²⁷.

Quer dizer que o ambiente da família, transportado para a esfera pública, leva o funcionário e aqueles que com ele devem estabelecer relações a se comportarem em detrimento da impessoalidade e sem que possa prevalecer a racionalidade legal. A esfera pública é invadida pelos ares do círculo familiar, do privado, passando o funcionário a se portar como se tivesse um cargo de que deve usufruir, inclusive a favor daqueles que lhe são íntimos, e esses a reivindicarem benefícios, e curiosamente também os seus reais direitos, sempre com base em artifícios de cordialidade, animados por gestos de simpatia e busca de intimidade.

Afirma Sérgio Buarque de Holanda que “pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos defeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados ‘contatos primários’, do laços de sangue e coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar

²⁷ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 146.

a sociedade em normas antiparticularistas”²⁸.

Isso tudo certamente penetrou na administração da justiça, levando, por exemplo, à formação dos famosos “grupos” nos tribunais, quando passa a prevalecer a ética do tudo em favor do colega alinhado e, pior do que isso, a manipulação das decisões em favor daqueles - inclusive dos governos e das pessoas e corporações ligadas ao poder político - que detêm relações com os que ocupam os “cargos”. Sem dúvida, não há motivo para supor que a administração da justiça não seria contaminada pela lógica e pelos impulsos que, desde os primórdios da nossa história, fazem supor que o espaço público deve ser usufruído não só a favor do funcionário, mas também dos que merecem a sua confiança, ou melhor, a sua estima e simpatia.

Também aí teve e ainda tem lugar o “homem cordial”, o juiz e o promotor que atuam com base nos velhos motivos que presidiam a família patriarcal, quando tudo girava em torno da personalidade. O advogado igualmente é investido dessa figura, tornando-se o “bajulador” que deixa de ser defensor dos direitos para se tornar lobista de interesses privados, para o que são mais efetivas as relações peculiares ao chamado “jeitinho” ou “jeito”²⁹ do que conhecimento técnico-jurídico ou capacidade de

²⁸ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 146.

²⁹ O “jeito”, ou “arranjo”, é um modo simpático, muitas vezes até mesmo tocante ou desesperado, de relacionar o impessoal com o pessoal, de forma a permitir a justaposição de um problema pessoal a um problema impessoal, de maneira a solucionar este utilizando aquele como escada ou arête. Normalmente invoca-se uma relação pessoal, da regionalidade, do gosto, da religião e de outros fatores externos ao problema formal/legal burocrático a ser enfrentado, mediante o que se obtém a simpatia do representante do Estado e, conseqüentemente, uma solução satisfatória. A distância entre o direito escrito e a sua aplicação prática fez do “jeito” uma instituição paralegal altamente cotada no Brasil, *uma parte integrante da nossa cultura*, a ponto de, em muitas áreas do direito, constituir a regra. O “jeito”, *para aplacar o rigor da lei*, é potencializado pelo sentimentalismo, provavelmente fundado na ética católica do perdão, na tendência cultural à conciliação e na proverbial “cordialidade” do brasileiro. O “jeito” é a variante cordial do “sabe com quem está falando”, pois ambos estão fundados na rede de relações pessoais que dão amparo às pretensões do malandro, seja ele cordial (que se utiliza do jeito) ou arrogante (que pode ser a mesma pessoa, após ver frustrada a tentativa do arranjo). Nos dois casos,

convencimento do juiz.

Produto do patrimonialismo brasileiro, o “homem cordial”, vestido de parte, advogado ou juiz, evidentemente inviabilizou a aplicação igualitária da lei, uma vez que essa deveria ser neutra e abstrata apenas àquele que não tivesse “boas razões” – ou seja, que não participasse do “círculo íntimo” - para ser tratado de forma individualizada. Na verdade, a lógica da aplicação da lei, numa cultura marcada pelo patrimonialismo e dominada pelo cidadão que lhe corresponde – o “homem cordial” -, só pode ser a da manipulação da sua aplicação e interpretação, bem sintetizada na conhecida e popular expressão: “aos amigos tudo, aos inimigos a lei!” Note-se que essa expressão, cuja autoria é controversa, mas que certamente há muito expressa o ambiente brasileiro, além de confirmar a aversão da nossa cultura pela impessoalidade e pela racionalidade, evidencia que a igualdade e, mais clara e concretamente, a aplicação uniforme do direito sempre foram fantasmas a quem se acostumou a viver em um mundo destituído de fronteiras entre o público e o privado, acreditando na lógica das relações “pessoais”.

Porém, se a universabilidade das regras é algo indispensável a uma sociedade que pretende se desenvolver e não privilegiar alguns poucos, é preciso parar para pensar a quem sempre interessou a irracionalidade e o que fazer para eliminar o caos em que está mergulhada a nossa administração da justiça. Sem rodeios, é preciso decidir se queremos abrir mão do “jeito” e privilegiar a universabilidade do direito e a autoridade do Poder

promove-se a superação da estrutura formal igualitária e impessoal mediante – por exemplo - a invocação de parentes (jeito) ou de autoridades (“sabe com quem está falando”) e a *burla à lei assume ares de “honrosa exceção”*. Enfim, a aplicação diferenciada da lei ocorre ao sabor do jeito e da rede de relações pessoais de cada um. (Cf. Luiz Guilherme Marinoni e Laércio A. Becker, A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros, *Trabalho apresentado no XX World Congress of Procedural Law*, cidade do México, 2003). Ver Keith S. Rosenn, *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998; Roberto Damatta, *Carnavais, malandros e heróis*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; Roberto Damatta, *O que faz o brasil, Brasil?* 12ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

Judiciário. Se queremos ser uma “família” ou uma nação.

4. CULTURA DO PERSONALISMO, FALTA DE COESÃO SOCIAL E FRAQUEZA DAS INSTITUIÇÕES

Uma das características dos povos ibéricos é o personalismo: a exaltação da autonomia ou a preocupação exclusiva com a afirmação individual e a falta de comprometimento com objetivos que não se relacionem a interesses especificamente pessoais³⁰.

A cultura do personalismo é o oposto daquela marcada pelo associativismo, em que os interesses da comunidade prevalecem e congregam o esforço dos seus participantes em nome da realização de objetivos comuns. O associativismo é animado pelo valor da solidariedade, que, por algum motivo, estimula o indivíduo a se preocupar com os seus semelhantes e com um ambiente comum.

A visão comunitária, voltada à realização de objetivos comuns, naturalmente colabora para a coesão social e, por consequência, exige a organização das vontades dos indivíduos no interior do grupo. Ou seja, a relação que se estabelece é entre solidariedade, coesão social e organização.

De acordo com Sérgio Buarque de Holanda, as teorias negadoras do livre-arbítrio (predestinacionas, calvinistas) sempre foram encaradas com desconfiança e antipatia por espanhóis e portugueses. Isso porque, na medida em que negam a capacidade do indivíduo para alterar o que foi predestinado por Deus, não poderiam deixar de ser desprezadas por uma cultura definida pelo personalismo. Essa mentalidade personalista, própria aos espanhóis e portugueses, “teria sido o maior óbice ao espírito de organização espontânea, tão característica de povos protestantes, e sobretudo de calvinistas. Nas nações ibéricas, à falta dessa ra-

³⁰ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 32-40.

cionalização da vida, que tão cedo experimentaram algumas terras protestantes, o princípio unificador foi sempre representado pelos governos. Nelas predominou, incessantemente, o tipo de organização política artificialmente mantida por uma força exterior, que, nos tempos modernos, encontrou uma das suas formas características nas ditaduras militares”³¹.

Lembre-se, ademais, que a ascese protestante, isto é, a preocupação com a correção dos atos que são praticados no cotidiano, deram ao trabalho uma configuração peculiar, uma vez que o seu exercício de forma digna e adequada era um dever e representaria uma comprovação de eleição³². Porém, a ascese intramundana não estava relacionada apenas a uma forma de trabalho voltada a realizações pessoais. O que importava, afinal, era o cumprimento dos deveres (entre eles o trabalho) indispensáveis à comprovação da predestinação³³. Esses deveres, relacionados à vida diária, não poderiam deixar de estar ligados ao

³¹ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 37-38.

³² “No conceito de *Beruf*, portanto, ganha expressão aquele dogma central de todas as denominações protestantes que condena a distinção católica dos imperativos morais em ‘*praecepta*’ e ‘*consilia*’ e reconhece que o único meio de viver que agrada a Deus não está em suplantiar a moralidade intramundana pela ascese monástica, mas sim, exclusivamente, em cumprir com os deveres intramundanos, tal como decorrem da posição do indivíduo na vida, a qual por isso mesmo se torna a sua ‘vocação profissional’” (Max Weber, *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, cit, p. 72).

³³ “O que, portanto, da moral católica distingue essencialmente o moralismo puritano é que o zelo ativo do calvinista é estimulado *pela única e inabalável certeza* de que está salvo pelo *único e soberano decreto de Deus*, enquanto o católico crê dever agir moralmente *para influenciar* o decreto final de Deus. E o que desse ascetismo distingue o ascetismo medieval é que o crente de então buscava a fidelidade em uma rígida moral *que se não deveria deixar conspurcar pelas atividades do século*; Lutero tinha suprimido inteiramente as barreiras do convento; seu ascetismo, porém, persevera a tradicional relutância para com as atividades de um determinado mundo político e profissional. O Calvinismo, ao contrário, introduziu *um ideal ascético no interior do século (innerhalb des weltlichen Berufslebens)*, e até em atividades profissionais *as mais profanas*. Vai até mais longe: *é na prova das atividades temporais que a fé se verifica*. Se é ele um réprobo, aparecerá o homem visivelmente como tal em sua maneira de comporta-se nas tarefas profanas; *se ele é eleito, ao contrário, todas as suas atividades exterioriza a marca das bênçãos divinas*”. (André Biéler, *O pensamento econômico e social de Calvino*, São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2012, p. 590).

esforço necessário ao atingimento dos interesses do grupo ou da comunidade. O trabalho, ao importar como valor, vincula-se à solidariedade, que estimula a coesão social e requer a organização e a ordem.

Sucedee que, como sublinha Buarque de Holanda, um fato que não se pode deixar de tomar em consideração no exame da psicologia dos povos ibéricos é a invencível repulsa que sempre lhes inspirou toda moral fundada no culto ao trabalho. Desse desdém ao valor do trabalho deriva uma reduzida capacidade de organização social. “Efetivamente o esforço humilde, anônimo e desinteressado é agente poderoso da solidariedade dos interesses e, como tal, estimula a organização racional dos homens e sustenta a coesão entre eles. Onde prevaleça uma forma qualquer de moral do trabalho dificilmente faltará a ordem e a tranquilidade entre os cidadãos, porque são necessárias, uma e outra, à harmonia dos interesses. O certo é que, entre espanhóis e portugueses, a moral do trabalho representa sempre fruto exótico. *Não admira que fossem precárias, nessa gente, as ideias de solidariedade*”³⁴.

A cultura do personalismo, ao não abrir margem para acordos e compromissos em favor da comunidade, bem como o desprezo ao valor do trabalho, ao desestimular a organização racional em proveito de “todos”, obstaculizaram a solidariedade e a ordenação social. Inibiram a coesão social, inviabilizando o associativismo em prol da realização de interesses comuns.

Na administração pública, em que o cargo era exercido em proveito do funcionário e para beneficiar aqueles que com ele tinham ligação, não havia qualquer possibilidade de conjugação de esforços para a realização dos interesses objetivos da instituição. Além dessa ser vista como um local privado, a conjugação de esforços podia se dar apenas para o alcance dos desejos daqueles que episodicamente se organizavam para a realização dos seus interesses pessoais, que obviamente nada tinham

³⁴ Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, cit., p. 39.

a ver com o interesse geral que deveria guiá-los.

5. A QUEM INTERESSA A IRRACIONALIDADE ?

Numa cultura patrimonialista e marcada pela pessoalidade, os juízes tendem a tratar de modo diferente casos iguais. Como é óbvio, aqui não se pretende acusar ninguém de desvio de conduta ou algo dessa natureza. Do mesmo modo que se sustenta, em nível teórico, a necessidade de se garantir o direito do litigante participar adequadamente do processo – para que, por consequência, não vigore o obscurantismo e o arbítrio -, pretende-se deixar claro, nesse momento, que para se evitar a manipulação das decisões é imprescindível conferir a devida e natural autoridade aos precedentes das Cortes Supremas, retirando dos juízes e tribunais ordinários a “opção” de não tomá-los em consideração quando da resolução dos casos conflitivos.

Na verdade, ao se tomar em conta os motivos que conspiram contra o respeito aos precedentes das Cortes Supremas, não há como deixar de atentar para a obviedade de que um juiz que não tem um padrão impessoal de conduta não se sente bem num sistema em que há prévia definição de critérios decisoriais. É claro que, nessa situação, a margem subjetiva e, portanto, de arbítrio do juiz é limitada. Ao menos no que diz respeito à aplicação do direito, não tem ele como se comportar de modo a privilegiar qualquer dos litigantes.

Como é evidente, um precedente pode ser afastado quando o caso sob julgamento tem particularidades que o distinguem do caso que levou à sua edição. Entretanto, o juiz ou o tribunal tem um pesado ônus argumentativo para deixar de aplicar um precedente que, segundo a argumentação de uma das partes, em princípio se aplica ao caso em vias de solução.

Ademais, a Suprema Corte não pode deixar de aplicar um precedente quando não estão presentes critérios que justifiquem

a sua revogação. Recorde-se que a não concordância com determinada interpretação ou solução de questão de direito não abre oportunidade para a revogação de precedente. Enfim, o que importa é que a lógica dos precedentes obrigatórios impede a manipulação das decisões ou o favorecimento de um dos litigantes.

Por outro lado, também é certo que os advogados podem não se sentir à vontade num sistema em que a solução dos casos não pode variar no que toca às questões de direito já resolvidas pela Corte Suprema. Não há dúvida que lhes sobrarão menos espaço – quando sobrar - para a sustentação da posição de seus clientes³⁵. Isso, porém, ao contrário do que supõe uma visão corporativa, de defesa viciada da profissão, é absolutamente racional e ético.

Ora, a Corte Suprema existe exatamente para dar unidade ao direito, de modo que, após a sua intervenção e decisão, ficam os advogados com o ônus de informar aos seus clientes acerca do precedente da Corte, explicando-lhes os riscos em face de eventual conflito judicial. Cabe-lhes advertir sobre os prejuízos na propositura de demanda ou na resistência a uma pretensão fundada, com o que são naturalmente estimulados acordos, inibindo-se a expansão da litigiosidade com todas as suas nefastas consequências.

Some-se a isso que não há racionalidade nem ética - como deveria ser evidente - em reservar espaço de trabalho ao advogado à custa da imprevisibilidade das decisões judiciais. A previsibilidade, além de constituir um resultado natural da unidade do direito e do devido exercício da função constitucional das Cortes Supremas, não só é fator de grande importância para a otimização da administração da justiça, mas, especialmente, algo imprescindível para o desenvolvimento da sociedade num ambiente de respeito ao direito.

³⁵ A falta de previsibilidade, derivada da ausência de respeito aos precedentes, é um estímulo à “cordialidade” e, portanto, no mínimo à proliferação de lobistas travestidos de advogados.

Isso não quer dizer que não existam posições sociais interessadas na falta de previsibilidade, ou melhor, na irracionalidade da distribuição da justiça. É certo que determinados litigantes não têm qualquer preocupação com a previsibilidade. Preferem acreditar nas relações de simpatia, estima e influência pessoais, reproduzindo a “mentalidade cordial” que marcou o sujeito que, provindo da família patriarcal, passou a ocupar o espaço público sem abandonar os seus hábitos.

Lembre-se que a trajetória do “homem cordial” tem início quando ele percebe sua dificuldade em viver em um espaço racional e impessoal, em que as relações pessoais não importam para a sua inserção no ambiente social. O seu pavor diante desse lugar, levou-o a utilizar da aparência afetiva para seduzir e buscar intimidade para alcançar os seus propósitos. Essa cordialidade aparente, que o caracteriza, obviamente não pôde propiciar qualquer forma de associativismo ou congregação nem de respeito ao direito, uma vez que revelou apenas um interesse individual que, como consequência, gerou uma repulsa a qualquer lei capaz de contrariá-lo. A lei, diante da sua natureza impessoal, “não é para o homem cordial”; esse supõe um mundo que, como a família, tem que ser presidido pela pessoalidade e, portanto, naturalmente permitir o afastamento das regras que lhe fazem mal.

Precisamente, o homem cordial é a antítese da ideia de que a lei é igual para todos e, por mera consequência, o patrimonialismo que se incorporou à cultura brasileira é completamente avesso a uma ordem jurídica coerente e a um sistema racional de distribuição de justiça. Os governos autoritários, as posições sociais que sempre foram privilegiadas, os ambientes deformados da magistratura e da advocacia, não só não necessitam de previsibilidade, mas não querem igualdade nem muito menos coerência e racionalidade. Por isso fingem não ver a imprescindibilidade de uma teoria que privilegie a autoridade da função desempenhada pelas Cortes Supremas.

6. PATRIMONIALISMO *VERSUS* GENERALIDADE DO DIREITO E SISTEMA DE PRECEDENTES

Os sujeitos protagonistas de uma cultura patrimonialista, avessa à impessoalidade, têm a “generalidade da lei” como um empecilho ao desenvolvimento das suas aspirações. Nessa cultura o sujeito não se sente obrigado a se comportar de acordo com o direito e, portanto, apoiado nas suas relações, deve escapar da lei que lhe traz prejuízo. Esse é o espaço do “homem cordial”, do sujeito incapaz de viver diante de organizações e instituições caracterizadas pela racionalidade e pela impessoalidade.

Há uma nítida conexão entre a incapacidade de conviver com a impessoalidade - e, assim, com a generalidade da lei - e a irracionalidade da distribuição da justiça. Tudo que possa comprometer a uniformidade do trato dos casos é bem-vindo por aqueles que têm interesse na prevalência das relações pessoais. Bem vistas as coisas, a máxima de que “casos similares devem ser tratados da mesma forma” é insuportável àqueles que se acham no direito de ter as suas reivindicações tratadas de forma particular.

Vale dizer que, se há uma clara associação entre generalidade do direito e trato de casos similares do mesmo modo, há igualmente nítida relação entre pessoalidade e irracionalidade na aplicação do direito. Uma cultura patrimonialista não apenas abdica da previsibilidade ou calculabilidade, como também se beneficia de uma prática judicial que compromete a racionalidade. Aplicar uma mesma norma legal de diversas maneiras ou decidir casos similares de modo diferente é algo que está de acordo com a lógica dessa cultura.

A cultura do “homem cordial” não é apenas desinteressada, mas sobretudo receosa a um sistema precedentalista. Tal cultura não vê a unidade do direito, a generalidade ou mesmo a igualdade perante o direito como ideais ou como valores. Afinal,

o “homem cordial” é o sujeito do jeitinho, especialista em manipular, destituído de qualquer ética comportamental, que não se importa com o fortalecimento das instituições, a previsibilidade, a racionalidade das condutas, a racionalização econômica e os benefícios de uma sociedade em que os homens sejam conscientes das suas responsabilidades.

Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como de viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.

7. AUTORIDADE DOS PRECEDENTES, RESPEITO AO DIREITO E RESPONSABILIDADE PESSOAL

A incerteza sobre a interpretação de um texto legal ou a respeito da solução de uma questão de direito dilui o sentimento de responsabilidade pessoal. Ninguém se sente responsável por uma conduta quando há dúvida acerca da sua ilicitude. Quando o próprio Estado, mediante os órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, ora afirmando uma coisa ora declarando outra, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito.

Uma vida pautada no direito, em que o sujeito se sente responsável por suas condutas, pressupõe um direito identificável, que não deixe margem para dúvidas e, portanto, a justificativas pessoais absolutórias. Decisões contraditórias destituem o direito de autoridade, ou seja, negam ao direito a sua força intrínseca de estimular e evitar condutas e, dessa forma, a sua capacidade de fazer com que os homens se sintam responsáveis.

Não há dúvida de que eventual sanção, quando aplicada sem qualquer compromisso com a unidade do direito, soa mais como arbítrio do que como responsabilização, mas a circunstância mais grave, quando se tem em conta a responsabilidade enquanto ética de comportamento, é a de que ninguém pode orientar a sua vida com base num direito que não pode ser identificado ou é aplicado de modo contraditório pelos tribunais.

É interessante lembrar que, conforme demonstrou Weber³⁶, a ascese protestante deu origem a um modo de vida em que os atos do cotidiano, particularmente os ligados ao exercício do trabalho, deveriam conter um conteúdo que dignificasse a Deus. Especialmente os calvinistas, crentes na doutrina da predestinação do homem, sentiam-se constrangidos a realizar avaliações introspectivas para verificar se realmente estavam se comportando como eleitos. Essa cobrança do homem pelo próprio homem a partir de conteúdos bíblicos, deu origem a uma responsabilidade pessoal dotada de enorme peso, em que as figuras de acusador, defensor e juiz estavam investidas numa só pessoa. A ética protestante, além de ter feito do trabalho um dever religioso, teve grande acento sobre a responsabilidade pessoal, de modo a ser possível confundir comportamento protestante com comportamento pautado por uma quase que insuportável responsabilidade pessoal.

Alguém perguntaria o que isso tem a ver com um comportamento pautado no direito. É realmente necessário deixar claro que uma vida pautada no direito obviamente está longe do comportamento do homem que vive de modo a não ser alcançado pelo direito. Esse último, ao invés de dar valor a uma vida baseada no direito, está unicamente interessado em usufruir da vida de modo a não ser surpreendido pelo direito. O calvinista, é certo, tinha medo de não ser salvo, mas vivia de acordo com os preceitos da Bíblia para, convencendo-se a si mesmo – e a mais ninguém –, sentir-se digno diante de Deus. O homem que

³⁶ Max Weber, *A ética protestante e o 'espírito' do capitalismo*, cit.

resolve ter uma vida pautada no direito não está preocupado em não sofrer sanções, mas deseja ter uma vida de acordo com o direito por um imperativo de ordem moral e pessoal. Tem um modo de vida que, para ser digna *a ele mesmo*, só pode estar em consonância com as regras estatais que regulam a vida em sociedade.

Ocorre que uma vida conforme o direito e, por consequência, permeada pela responsabilidade, só é viável num Estado que resguarda a coerência da ordem jurídica. A multiplicidade de decisões diferentes para casos iguais inviabiliza a postura de respeito ao direito, com o que perde força ou desaparece a responsabilidade sobre o sujeito.

Mesmo quando se pensa nas vantagens de um comportamento que observa o direito por temor da sanção, fica claro que, quanto mais diversas são as decisões acerca de uma questão de direito, menor é a carga de pressão psicológica sobre o sujeito. Aqui não mais importa se o homem pode ter um comportamento eticamente orientado, mas apenas se o direito tem capacidade para inibir condutas e, assim, autoridade para se fazer respeitado.

Não há dúvida que o direito perde autoridade na proporção direta da sua indeterminação. A fluidez do sentido do direito conspira contra a sua autoridade, podendo destituí-lo de força para a regulação social. O direito, enquanto ameaça, é tanto menos efetivo quanto mais abre oportunidade para o sujeito pensá-lo como não incidente. Nesse sentido, é claro, falece autoridade ao direito para evitar o desvirtuamento do comportamento social. Note-se, aliás, que, mesmo que o sujeito possa se sentir constrangido por um dos sentidos que os tribunais outorgam ao direito, ainda assim é possível que ele prefira não observá-lo para correr o risco quanto à sua eventual aplicação.

Portanto, tanto para se ter uma vida pautada no direito, quanto para o direito ter força para regulá-la, é fundamental a unidade do direito e, dessa forma, que as Cortes Supremas fun-

cionem como Cortes de Precedentes³⁷. A individualização do direito, indispensável a sua autoridade, contribui para o desenvolvimento da responsabilidade pessoal, embora de maneiras distintas, em qualquer desses casos.

³⁷ Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 3ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013; Luiz Guilherme Marinoni, *O STJ enquanto Corte Suprema*, 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014; Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.