

AS VIRTUDES E OS DEFEITOS DE UM JUIZ: UM GUIA ARISTOTÉLICO PARA O RECRUTAMENTO DE JUÍZES*

LAWRENCE B. SOLUM**

O autor contesta aqueles que, sob argumento que não é o direito — mas sim a moral, a política, a economia, etc. — que determina a decisão nos chamados “casos difíceis”, pretendem que um bom juiz de recurso não teria de ser versado e experiente na prática do direito. Para tanto, defende que estar-se ou não perante um bom juiz depende mais da verificação de certas virtudes especificamente judiciais, adquiridas pela prática do direito, do que da consideração de teorias de decisão deontológicas ou utilitaristas. A caracterização dessas virtudes tem por referência a Teoria das Virtudes de Aristóteles.

INTRODUÇÃO

Um ponto de vista central dos partidários do realismo jurídico era o de que muitas disputas são indeterminadas¹. Por exemplo, em muitos recursos podem ser esgrimidos argumentos jurídicos respeitáveis de ambos os lados da disputa. Uma reacção contemporânea ao ponto de vista daqueles partidários do realismo jurídico por parte de académicos críticos é expressa no *slogan* “O Direito é política”. Este *slogan* crítico poderia ser elaborado da seguinte forma: em actividades declaradamente políticas, como no processo legislativo ou em eleições partidárias, o debate centra-se em questões de valores e de visão social que estão fora do âmbito do “raciocínio jurídico”. As decisões judiciais apenas disfarçam decisões políticas sob o manto do raciocínio jurídico.

O ponto de vista do realismo jurídico e a reacção crítica desafiam as noções convencionais sobre a selecção dos juízes de recurso com base no mérito — uma combinação de perícia jurídica e temperamento judicial². Se

* Tradução de Pedro Mendes Lima e Pedro Soares de Albergaria, com autorização do autor.

** Devo agradecimentos a Ken Anderson, Bob Benson, Don Brosnan, e Nancy C. Brown pelos comentários a versões anteriores desta dissertação.

¹ Ver J. FRANK, *LAW AND THE MODERN MIND* 27-31 (1930); Bingham, *My Philosophy of Law* em *MY PHILOSOPHY OF LAW: CREDOS OS SIXTEEN AMERICAN LEGAL SCHOLARS* 5 (1941); Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence — The Next Step*, 30 *COLUM. L. REV.* 431 (1930).

² Existe um vasto acervo de literatura dedicada à noção convencional de “selecção por mérito”. Ver, p. ex., Gottschall, *Carter's Judicial Appointments: The Influence of Affirmative Action and*

os juizes de recurso realmente tomam decisões com uma base política, então porque deveriam ser escolhidos (ou eleitos) com base no seu mérito? No seu ensaio, *Judging in a Corner of the Law*³, o Professor Schauer chegou ao ponto de sugerir que os juizes de recurso não precisam de ser juristas, muito menos de ser juristas experientes ou excelentes. Além disso, defende Schauer, as competências e os conhecimentos desejáveis nos juizes de recurso nem sequer são ensinados nas escolas de Direito⁴.

Porque é que a proposta de Schauer é tão original? Porque é que achamos absurda a ideia de que leigos possam ser excelentes juizes em geral e excelentes juizes de recurso em particular? Porque é que se pretende dizer que os juizes de recurso, especialmente os do Supremo Tribunal dos Estados Unidos não só deveriam ser experimentados no direito como também escolhidos de entre os nossos melhores e mais experientes juizes e advogados? Porque é que o próprio Schauer se sente obrigado a fazer as suas sugestões apenas meio a sério?

Estas questões reflectem, penso, um forte incómodo intuitivo com as sugestões de Schauer. Com efeito, podemos ser tentados a subestimar a importância das suas sugestões ou a enveredar por uma refutação fácil dos seus argumentos. Estas respostas seriam erros graves.

Em primeiro lugar, temos de resistir a traduzir o nosso forte incómodo intuitivo com as sugestões de Schauer na convicção de que as mesmas não merecem ser levadas a sério. Elementos-chave da sua sugestão reflectem-se em grande medida na prática actual da selecção de juizes. O Simpósio sobre Eleição, Selecção e Responsabilidade dos Juizes promovido pelo Centro Jurídico da Universidade da Califórnia do Sul foi originado, pelo menos em parte, pela injeção de política partidária em eleições de juizes. Neste país os juizes são seleccionados em bases políticas⁵ e frequentemente já foram políticos ou amigos próximos de políticos. Os tribunais superiores de Vermont incluem juizes leigos⁶. Outras culturas jurídicas adoptaram algumas das sugestões aparentemente radicais de Schauer. Na Nicarágua, por exemplo, leigos constituem tribunais especiais que julgam crimes manifestamente políticos⁷. Em Inglaterra, magistrados leigos têm jurisdição sobre alguns delitos

Merit Selection on Voting on the U.S. Court of Appeals, 66 JUDICATURE 165 (1983); Vandenberg, *Voluntary Merit Selection: Its History and Current Status*, 66 JUDICATURE 265 (1983); Winters, *The Merit Plan for Judicial Selection and Tenure: Its Historical Development*, 7 DUQ. L. REV. 63 (1968).

³ Schauer, *Judging in a Corner of the Law*, 61 S. CAL. L. REV. 1717 (1988).

⁴ *Id.* na p. 1732.

⁵ Ver Wall St. J., 1 de Fev. 1988, na p. 1, col. 1.

⁶ Ver N. Y. Times, 27 Out. 1983, § A, na p. 24 col. 2.

⁷ Estes tribunais populares foram criados por decreto em 1983; os juizes são activistas do partido sandinista. A actividade destes tribunais foi suspensa recentemente pelo presidente Ortega no âmbito do esforço continuado pela conformidade com o Plano de Paz Arias. L. A. Times, 14 de Janeiro de 1988, na I, p. 14, col. 1; ver também Benson, *Was Nicaraguan Tribunal a Kangaroo Court? Nonsense*, L. A. Times, 18 de Novembro de 1986, na II, p. 5, col. 1.

sujeitos a pena de prisão⁸. Além disso, as raízes históricas da tradição do *Common Law* residem num sistema em que os juízes eram abertamente os agentes políticos do soberano⁹. Talvez o mais célebre defensor da sugestão de Schauer tenha sido Jaime I; a sugestão do Rei de que a sua razão o qualificava para a tarefa de julgar suscitou em Sir Edward Coke a resposta de que apenas os juristas estavam habilitados na "razão artificial e na ponderação da lei"¹⁰.

Segundo, temos de resistir a suposições demasiado idealistas sobre o julgamento de recurso. Os juízes, mesmo os Juízes do Supremo Tribunal, não são o Hércules de Ronald Dworkin¹¹. São homens e mulheres reais que executam um trabalho com um tempo e capacidade limitados. Se o nosso incómodo intuitivo com a sugestão de Schauer é defensável, o argumento deve basear-se na apreciação daquilo que os juízes realmente fazem e são realisticamente capazes de fazer.

Schauer desafia-nos a explicar a nossa inquietação com a ideia de que não-juristas poderiam ser bons juízes de recurso. Diz-nos que as explicações comuns já não servirão. Não mais podemos confiar na noção convencional de que os juízes de recurso têm de ser seleccionados com base no mérito por apenas o conhecimento técnico do direito ser necessário para reconhecer (ou descobrir) a solução juridicamente correcta para as questões que os juízes normalmente enfrentam.

Contesto a reivindicação de Schauer de que uma compreensão sofisticada da indeterminação da decisão de recurso mina noções antiquadas de que os juízes devam ser seleccionados com base na experiência e excelência na prática do direito. Argumentarei que "julgar no recanto especial da lei" reservado aos tribunais de recurso requer virtudes intelectuais e morais especiais que são melhor desenvolvidas pela imersão na prática do direito. Discutirei a sugestão de Schauer da escolha de não-juristas para tribunais de recurso como foco da análise, mas as minhas conclusões terão um âmbito mais vasto. As razões para se preferir juristas a leigos como juízes de recurso serão as mesmas para se preferir juristas experientes a principiantes e excelentes a medíocres.

Começarei por argumentar na Parte I com uma breve exploração da ideia de que um bom juiz tem de possuir virtude judicial. A explicação rela-

⁸ Em Inglaterra, o sistema de magistrados leigos data de 1361. Actualmente, os magistrados leigos ingleses têm de receber 40 horas de instrução. Têm jurisdição sobre casos criminais em que as potenciais penas chegam a um ano de prisão ou a 2.200 dólares em multa. Os magistrados leigos tratam mais de dois milhões de casos por ano. L. A. Daily Journal, 13 de Março de 1985, na p. 4, col. 4.

⁹ Ver J. BAKER, AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY 15-16 (2.^a ed. 1979) (descrevendo os primeiros tribunais reais como sendo constituídos por conselheiros e cortesãos do rei); T. PLUCKNETT, A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW 104 (5.^a ed. 1956) (indicando que muitos dos primeiros juízes de fora não eram juristas profissionais).

¹⁰ Prohibitions Del Roy, 12 Coke Rep. 63, 65, 77 Eng. Rep. 1342, 1343 (1608).

¹¹ R. DWORKIN, LAW'S EMPIRE 264 (1987); R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 105 (1978).

cionará a minha visão do acto de julgar com a tradição da moral aristotélica e da teoria política. Na Parte II delinearei as distintas virtudes intelectuais e morais requeridas para excelência no acto de julgar. Para se ser um bom juiz de recurso, é necessário possuir pelo menos três virtudes: faculdade de entendimento teórico do direito, preocupação com a integridade da lei e uma aptidão prática para escolher de forma sensata em circunstâncias particulares. Na Parte III argumentarei que as virtudes judiciais, na sua maioria, só podem adquirir-se através da prática do direito. A minha conclusão vem imediatamente a seguir: os juízes de recurso devem ser seleccionados com base no mérito, entendido no sentido da posse destas virtudes judiciais.

I — O PAPEL DAS VIRTUDES NO ACTO DE JULGAR

A minha menção da virtude poderá soar quase bizarra para alguns leitores sofisticados. As tendências da moderna filosofia moral que dominam a doutrina contemporânea normalmente conferem maior ênfase a regras morais, direitos ou consequências, do que às virtudes. Não nego que as teorias consequencialistas ou deontológicas da moralidade podem dar importante contributo para o nosso entendimento da moralidade¹², mas quero destacar o valor de uma consideração da moralidade centrada nas virtudes para nos permitir compreender a selecção de juízes. A minha reivindicação é que é precisamente examinando a virtude judicial que podemos compreender a nossa intuição sobre o que contribui para um bom juiz¹³. Antes de retomar esta reivindicação oferecerei na Parte II deste Ensaio uma relação das virtudes específicas que contribuem para uma boa capacidade de julgar, exporei resumidamente a teoria das virtudes de Aristóteles e relacionarei essa teoria com a prática do acto de julgar.

Em anos recentes tem havido um ressurgimento do interesse pela teoria moral aristotélica e, em especial, pela teoria das virtudes de Aristóteles¹⁴. Para Aristóteles, as virtudes são qualidades disposicionais adquiridas¹⁵ — são potencialidades ou poderes que são estados de carácter ou de espírito¹⁶.

¹² Efectivamente, mais adiante nesta dissertação baseio-me em tais teorias quando discuto a noção de primado da lei e o seu requisito específico de que esta seja pública. Ver texto *infra* o texto acompanhando as notas 42-43.

¹³ Esta dissertação começa com as intuições sobre a selecção de juízes que são aceites como verdadeiras no discurso vulgar sobre o julgar bem ou mal. Este método enquadra-se na abordagem à filosofia moral largamente aristotélica e wittgensteiniana que é representada por figuras contemporâneas tão diversas como Elisabeth Anscombe, Philippa Foot e John Rawls.

¹⁴ Ver, p. ex., P. FOOT, *VIRTUES AND VICES* (1978); P. GEACH, *THE VIRTUES* (1978); A. MACINTYRE, *AFTER VIRTUE* (2.^a ed. 1984). Este desenvolvimento é parcialmente tributário da dissertação de Elisabeth Anscombe, *Modern Moral Philosophy*. Anscombe, *Modern Moral Philosophy* in *ETHICS* (1968).

¹⁵ Ver W. HARDIE, *ARISTOTLE'S THEORY* 107-08 (2.^a ed. 1980).

¹⁶ *Id.* na 99. Inclino-me para o ponto de vista de que tais estados são, no fundo, não só estados de espírito como também estados do cérebro. A minha abordagem a esta questão esta-

Aristóteles caracteriza as virtudes como intelectuais ou morais¹⁷ e os seus pontos de vista podem ser esboçados analisando estas duas categorias.

As virtudes morais são estados de carácter relacionados com a escolha; exemplos incluem coragem, temperança e justiça¹⁸. Aristóteles pensava que cada uma das virtudes morais podia ser vista como o meio-termo entre dois defeitos opostos: assim, a coragem é um meio-termo entre os defeitos da timidez e da temeridade¹⁹. As virtudes morais, diz Aristóteles, são adquiridas em resultado do hábito; uma pessoa tem de agir corajosamente para que se torne corajosa²⁰.

As virtudes intelectuais são a sabedoria prática e teórica. A sabedoria prática ou *phronesis* é a excelência na deliberação: a pessoa com razão prática é capaz de escolher bons fins e os meios para alcançar esses fins²¹. A sabedoria prática opera no reino da *praxis*: a acção em situações particulares. A sabedoria teórica ou *sophia*, por outro lado, opera no reino da *theoria*; pensamento abstracto, ciência e teoria²². A pessoa começa a adquirir as virtudes intelectuais através da educação; estas virtudes amadurecem pela experiência²³.

As virtudes são, assim, as características da mente e da vontade que conduzem a uma vida boa — para Aristóteles, uma vida em felicidade ou de estar bem e fazer o bem. Por exemplo, a pessoa que possui as virtudes da temperança, coragem e sabedoria, irá provavelmente prosperar, tal como uma sociedade composta por pessoas com estas características. Mas a pessoa que possui os correspondentes defeitos da intemperança, cobardia e estupidez, provavelmente não será feliz e não contribuirá para a felicidade de outros.

Finalmente, uma palavra acerca da natureza distinta de uma análise da moralidade centrada nas virtudes e a sua relação com a teoria da selecção de juizes. A teoria de Aristóteles foca-se em estados de carácter e de espírito. Em contraponto, uma teoria consequencialista como o utilitarismo e uma teoria deontológica como o imperativo categórico de Kant, focam-se ambas em regras de decisão. Por exemplo, a regra do utilitarismo é maximizar a utilidade e a de Kant é actuar de forma a que a regra a partir da qual agimos possa ser considerada uma lei universal da natureza. Do mesmo modo, uma teoria sobre a decisão de recurso poderia providenciar um procedimento deci-

ria dentro do campo da filosofia do espírito auto-identificado como "funcionalista". Ver em geral P. SMITH & O. JONES, *THE PHILOSOPHY OF MIND* (1986); D. ARMSTRONG, *A MATERIALIST PHILOSOPHY OF THE MIND* (1968).

¹⁷ ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics* no vol. 2 de *THE COMPLETE WORKS OF ARISTOTLE* 1751 (J. Barnes ed. 1984) [doravante EN].

¹⁸ Ver W. HARDIE, nota *supra* 15, na p. 116.

¹⁹ EN nota *supra* 17, na 1115a 6-7; W. HARDIE, nota *supra* 15, na p. 118.

²⁰ EN, nota *supra* 17, na 1103a 14; ver também W. HARDIE, nota *supra* 15, nas pp. 99-100.

²¹ EN, nota *supra* 17, na 1140a 25-28.

²² W. HARDIE, nota *supra* 15, na p. 116.

²³ EN, nota *supra* 17, na 1103a 14; ver também W. HARDIE, nota *supra* 15, nas pp. 99-100.

sório para um bom julgamento: decidir recursos em conformidade com as intenções originais do legislador ou de forma a obter resultados eficientes. A selecção de juízes poderá ser uma questão de seleccionar os que aderem ao procedimento de decisão correcto. A minha sugestão é de que uma teoria centrada nas virtudes fornecerá às nossas intuições perspectivas mais proveitosas sobre o que contribui para se ser um bom juiz. Na Parte seguinte, faço uma consideração sobre as virtudes específicas conducentes ao bem julgar.

II — UM ESBOÇO DAS VIRTUDES JUDICIAIS

Nesta secção discuto três aspectos das virtudes judiciais²⁴. O primeiro é a *inteligência judicial* — a excelência na compreensão e teorização do direito²⁵. O segundo é a *integridade judicial*: um bom juiz tem de ter uma preocupação especial com a fidelidade à lei e com a coerência do direito. A terceira é a *sensatez judicial*: um bom juiz tem de ter sensatez na escolha de fins e meios jurídicos²⁶. A primeira e a terceira são o que Aristóteles chamou de virtudes intelectuais; a segunda é o que Aristóteles poderia ter chamado uma virtude moral.

Existe um quarto aspecto da virtude judicial que não discutirei em detalhe: a virtude da *justiça*. É evidente que um bom juiz tem de ser justo. Por vezes a justiça consiste em aplicar as regras legais: a minha discussão da inteligência e integridade judiciais aprofundará este aspecto. Outras vezes, consiste em afastar-se delas: a minha discussão da sensatez judicial tocará este tópico. O ensaio de Schauer, todavia, questiona se a virtude da justiça tem de ser ou deveria ser desenvolvida através da prática do direito. Acredito que a compreensão desta questão alcança-se melhor considerando primeiro os papéis da inteligência, integridade e sensatez judiciais.

A) Inteligência judicial

Os partidários da perspectiva realista observaram que em muitas disputas jurídicas, especialmente disputas decididas ou em que é interposto recurso,

²⁴ Não pretendo sugerir que estas três virtudes judiciais sejam os únicos traços de carácter relevantes para bem julgar. Outras virtudes são claramente relevantes para a excelência do acto de julgar. Por exemplo, um bom juiz deve ser corajoso, determinado a produzir a decisão certa mesmo correndo o risco de escárnio público. De igual modo, a preocupação tradicional na selecção de juízes com o temperamento judicial é iluminada pela explicação de Aristóteles da virtude do bom temperamento ou *praotes*. *EN* nota *supra* 17, na 1125b 27-31. Centro-me na inteligência, integridade e sensatez judiciais porque estas virtudes estão mais claramente ligadas à prática do direito no sentido desenvolvido na Parte III desta dissertação.

²⁵ A inteligência judicial é análoga à sabedoria teórica ou *sophia* de Aristóteles.

²⁶ A sensatez judicial é análoga à sabedoria prática ou *phronesis* de Aristóteles.

os resultados não são determinados pelo direito. Frequentemente existem de ambos os lados de uma disputa argumentos jurídicos muito persuasivos. Em tais casos, aqueles instavam os juízes a decidir com base em considerações políticas. Schauer funda-se nesta observação do realismo jurídico. Invo-cando o direito e literatura sobre a escolha de casos por litigantes para deci-são formal e recurso, argumenta que quase todos os casos apresentados aos juízes de recurso serão indeterminados. Em consequência, os casos são decididos com base em factores não jurídicos, como morais, políticos, de eficiência e por aí em diante. Assim, os juízes de recurso não precisam de ser peritos em direito. Talvez devessem ser politicamente responsáveis; talvez devessem receber formação em ciência política, economia ou filosofia moral, mas *não precisam* de receber formação em direito. Schauer, assim como Jaime I, acredita que o acto de julgar não requer "a razão artificial do direito".

Em certo sentido, este é o argumento mais forte de Schauer. Se as decisões de recurso não assentam sobre o que o direito é, então os juízes não precisam de possuir uma virtude intelectual especial em matéria de direito. Desafio o argumento de Schauer a vários níveis. Em primeiro, ao da reivin-dicação de que os tribunais de recurso enfrentam exclusivamente ou até mesmo sobretudo casos "difíceis". Em segundo e mais sério: mesmo em casos indeterminados, uma decisão correcta poderá requerer conhecimentos jurídicos substanciais. Em terceiro, e expondo um problema crucial no argu-mento: alguns casos são percepcionados como indeterminados não porque a lei seja indeterminada mas porque são em si complexos. A conclusão des-tes três desafios é que os bons juízes de recurso têm de possuir virtudes intelectuais; devem ser capazes de "pensar como um jurista", o que se adquire através da formação jurídica e da prática do direito.

1. A inteligência judicial é necessária em casos fáceis

Será realmente verdade que sejam decididos apenas casos em que a lei é indeterminada? Certamente é verdade que os casos de recurso são em certa medida escolhidos pela sua indeterminação²⁷. Este ponto é, no entanto, facil-mente exagerado. Mesmo os tribunais de recurso decidem sobre casos fáceis, e os casos fáceis requerem, efectivamente, conhecimentos e técnicas de raciocínio que são desenvolvidas com a prática do direito.

a) *Tribunais de recurso decidem frequentemente sobre casos fáceis*: este ponto pode ser demonstrado empiricamente e através da aplicação de teo-ria da escolha racional ao comportamento litigante. Segue-se uma breve descrição dos argumentos.

²⁷ Ver Solum, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, 54 U. CHI. L. REV. 462, 496-97 (1987).

i) *Prova empírica*: muitos dos casos em litígio, mesmo de recurso, são relativamente determinados. Existe prova considerável de que os tribunais de recurso, até o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, decidem um grande número de casos fáceis. Por exemplo, uma percentagem muito grande de casos apreciados pelo Tribunal de Apelação dos Estados Unidos é decidida por memorandos unânimes não publicados. Um dos critérios para a decisão em memorando é que esta não resolva uma questão jurídica antes "indeterminada"²⁸.

Ainda mais notável é a carga de casos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, que normalmente se presume consistir inteiramente em casos difíceis. O Supremo Tribunal, no entanto, decide um número enorme de casos fáceis. Considere-se o efectivo modo de resolução de casos pelo Supremo Tribunal²⁹. Durante o último período, tinha 4.339 casos no seu registo. Apenas 175 destes casos resultaram em votos escritos e 102 destes foram decididos *per curiam* ou em memorando. A tese de que ao Supremo Tribunal apenas são apresentados casos difíceis encontra o maior apoio no grande número de decisões 5-4; no último período houve 45. Certamente que estes são casos difíceis. Todavia, perturbante para esta tese é o número de decisões unânimes, apenas ligeiramente mais pequeno. Nesse último período, 18,4% dos casos com votação completa foram decisões unânimes e 92,2% das decisões do Supremo Tribunal por memorando foram tomadas sem divergência ou concordância de votos. Ora, pondo estas decisões unânimes em causa que todos os casos do Supremo Tribunal sejam difíceis, pode bem ser que reflectam consensos políticos ou morais do Supremo Tribunal sobre casos em que a lei é indeterminada. Até aqui, a tese Supremo Tribunal/caso difícil parece estar em boa forma.

De igual modo, o grande número de casos em que um *certiorari** foi negado não representa um problema inultrapassável para a tese. Uma negação de *certiorari* não constitui uma decisão de mérito e por isso pode significar apenas que o Supremo Tribunal não se interessou por um caso difícil. É no mínimo possível que entre as muitas centenas de casos de negação de *certiorari*, isso só não tenha acontecido numa mão cheia deles. A rejeição de um caso trazido em recurso por inexistência de uma questão federal importante

²⁸ Cf. R. 9th Cir. Ct. App. 21(b) (requerendo decisões publicadas em casos em que se "estabelece, altera, modifica ou clarifica uma regra legal"); Annual Report of the Director of the Administrative Office of the United States Courts in Reports of the Proceedings of the Judicial Conference of the United States 105 (1986) (Quadro S-5) (De 18.199 recursos para os vários circuitos do Tribunal de Apelação dos Estados Unidos, 7.991 resultaram em decisões escritas e assinadas).

²⁹ Todas as estatísticas são das tabelas compiladas em *The Supreme Court, 1986 Term — Leading Cases*, 101 HARV. L. REV. 119, 362-70 (1987).

* N.T. Neste contexto, termo usado para referir o procedimento discricionário do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América para escolher os casos que aprecia [cf. BLACK'S LAW DICTIONARY WITH PRONUNTIATIONS, Sixth Ed., Centennial Edition (1891-1991), St. Paul, Minn., West Publishing CO, 1990, p. 228].

é, no entanto, uma decisão sobre o mérito e é com efeito uma decisão de que o caso foi "determinado" pelo direito existente³⁰. As centenas de casos que são resolvidos desta maneira colocam um problema espinhoso para a tese de que o Supremo Tribunal não enfrenta casos fáceis. Existe uma linha de defesa: o Supremo Tribunal é frequentemente acusado de recusar pronunciar-se sob pretexto de inexistência de uma questão federal em casos em que um espinhoso problema dessa natureza simplesmente não lhe interessa³¹. É possível que o Tribunal deliberadamente contrarie a lei em quase todas as centenas de casos em que rejeita um recurso, mas, chegada a este ponto, a teoria de que o Supremo Tribunal apenas aprecia casos difíceis parece já uma linha de investigação degenerescente, à medida que mais e mais explicações *ad hoc* são acrescentadas para refutar os dados aparentemente contrários.

A minha conclusão é que a prova empírica dá forte apoio à tese de que os tribunais de recurso enfrentam um número significativo de casos em que os resultados são relativamente determinados pelo direito existente.

ii) *Teoria da escolha racional*: Schauer, no entanto, não se baseava em provas empíricas. O apoio primário dessa sua reivindicação encontrava-se em literatura que sugeria que os litigantes resolvem casos em que o direito é determinado e que apenas os casos indeterminados prosseguem para recurso. Desses, o trabalho mais proeminente é o de George Priest e Benjamin Klein, que argumentam que o processo de selecção dos casos para litigância resultará numa taxa de sucesso para o autor próxima dos cinquenta por cento, independentemente de a lei substantiva ser favorável a autores ou réus³². Schauer aprofunda o modelo do processo de Priest e Klein e conclui que quase todos os casos de recurso serão juridicamente indeterminados³³.

Como aspecto da teoria da escolha racional, esta conclusão é questionável. Baseia-se num modelo do processo de recurso que inclui várias pres-

³⁰ Cabe recurso de revisão tanto de tribunais estaduais como dos federais inferiores. Ver 28 U.S.C. §§ 1252-55 (1981). A regra de que um recurso pode ser rejeitado por inexistência de uma questão federal importante tem sido desenvolvida pelo Supremo Tribunal. Ver *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922); *Equitable Life Assurance Soc'y v. Brown*, 187 U.S. 308 (1902); *Richardson v. Louisville & Nashville R.R.*, 169 U.S. 128 (1888); *New Orleans v. New Orleans Waterworks*, 142 U.S. 79 (1981); ver em geral Ulman & Spears, "Dismissed for Want of a Substantial Federal Question", 20 B.U.L. REV. 501 (1940).

³¹ Cf. Frankfurter & Landis, *The Business of the Supreme Court at October Term*, 1929, 44 HARV. L. REV. 1, 12-14 (1930) (sugerindo que o tribunal é influenciado pela "substancialidade" das questões suscitadas).

³² Priest e Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1, 5-6 (1984).

³³ Schauer, nota supra 3, nas pp. 1723-25. Schauer não pode pretender basear-se no modelo de Priest e Klein conforme foi apresentado no seu artigo de 1984, porque esse modelo assume que todos os casos são completamente determinados pelo direito. Priest e Klein, nota supra 32, na p. 8. O alargamento do modelo por Schauer modificaria a suposição de que existe um padrão de decisão (Y^* no modelo) que divide todas as disputas em conjuntos de veredictos do autor ou do réu. Schauer poderia assumir a existência de um terceiro conjunto de casos em que o padrão de decisão não determine o resultado. Poderia então argumentar que a maioria das disputas em litígio viriam desse terceiro conjunto.

suposições simplificadoras mas altamente questionáveis. Permito-me referir, de passagem, uma tensão entre o argumento da escolha racional de Schauer e as suas conclusões: se os incentivos à resolução por acordo assegurarem que quando os decisores usam critérios jurídicos para a decisão apenas casos juridicamente indeterminados avancem para recurso, seguir-se-ia que quando juízes leigos usam critérios morais (ou políticos ou económicos) para a tomada de decisão apenas casos moralmente (ou politicamente ou economicamente) indeterminados avançassem para recurso³⁴. Deixarei algumas das críticas mais detalhadas em nota de rodapé³⁵ e descrevo sucintamente algumas das dificuldades mais importantes na argumentação de Schauer.

Inicialmente, os decisores do litígio poderão ter preferências insusceptíveis de consideração numa resolução anterior ao recurso. O modelo de Priest e Klein, que se limita a litígios por danos pessoais, assume explicitamente que os determinantes da decisão são unicamente económicos³⁶. Esta suposição é dúbia fora do contexto dos danos pessoais. Por exemplo, alguns litígios de "interesse público" poderão ter motivações ideológicas. Quem toma a decisão de recorrer poderá ter uma forte preferência pela elaboração dos seus argumentos, mesmo que não acredite no respectivo sucesso. Desse modo,

³⁴ É difícil perceber a razão por que a mesma estrutura de incentivo que selecciona os casos juridicamente determinados não haveria de funcionar na selecção dos determinados extra-judicialmente quando juízes leigos passassem a decidir com base em critérios morais, políticos ou económicos. Schauer argumenta que não são necessários conhecimentos jurídicos em casos que são juridicamente indeterminados. O mesmo argumento parece ser válido para juízes leigos em casos que são extra-judicialmente indeterminados. Na verdade, o argumento de Schauer parece conduzir à *reductio ad absurdum* de que não pode haver critérios efectivamente aplicados em decisões de recurso, já que quaisquer possíveis critérios, se tornados públicos, seriam usados para fazer a selecção de casos que são determinados pelos critérios. Priest e Klein reconheceram este problema num contexto ligeiramente diferente. Ver Priest & Klein, nota *supra* 32, na p. 51 (discutindo o problema da "circularidade experimental").

³⁵ Penso que o modelo do processo de recurso de Priest e Klein sofre de várias falhas técnicas, mesmo no contexto da litigância entre empresas — o contexto em que se pressupõe que as motivações dos litigantes são adequadamente modeladas por uma assunção da maximização dos lucros é mais apelativo. Primeiro, assume que não há incentivos estratégicos ao recurso. Existem, contudo, muitos incentivos destes. Por exemplo, existe incentivo para atrasar se a taxa de juro legal for inferior à taxa de rentabilidade efectiva para um réu condenado em pagamento de quantia pecuniária. Se a taxa de rentabilidade efectiva do autor for inferior à taxa de juro legal, não haverá para ele acordo eficiente, mesmo assumindo que ambas as partes avaliem em zero a probabilidade de sucesso do recurso. Outro incentivo estratégico poderá derivar de táticas de negociação. Por exemplo, poderia recorrer-se a um recurso interlocutório precoce para criar a percepção de uma negociação dura. Segundo, o modelo pressupõe que certas estruturas preferenciais de risco não ocorrerão. Quando o vencido num tribunal inferior tenha uma preferência em relação aos riscos, o vencedor lhes seja avesso e as partes calculem uma probabilidade de sucesso positiva em recorrer, pode não haver acordo eficiente. Terceiro, o modelo pressupõe que as estimativas de sucesso das partes não são condicionadas e são em média iguais quanto à real probabilidade. *Id.* na p. 14. Esta suposição estaria incorrecta se a observação comum de que alguns litigantes sistematicamente sobreavaliavam as suas probabilidades de sucesso estivesse correcta. Além disso, alguns clientes poderão estar indevidamente optimistas por pensarem que têm razão.

³⁶ *Id.* na p. 4.

os advogados de departamentos estatais que não estejam directamente sujeitos a pressões do mercado poderão desejar litigar apenas quando tenham uma probabilidade de vitória extremamente elevada; poderão achar que promoções ou outras recompensas estejam ligadas à sua percentagem de vitórias. Por outro lado, o sistema político poderá recompensar a decisão de defender uma posição politicamente popular mas com baixa probabilidade de sucesso. E também os indivíduos têm motivações ideológicas; um exemplo é o movimento de protesto contra os impostos.

Além disso, poderá não ser possível estruturar um acordo que compense o recorrente pela utilidade esperada de um recurso que tem uma probabilidade de sucesso positiva mas pequena. Por exemplo, em casos criminais poderão haver incentivos para que os arguidos que perdem recorram, mesmo quando as probabilidades de sucesso são baixas. O valor da liberdade para quem está encarcerado poderá ser suficientemente elevado para justificar um recurso, mesmo levando em conta uma baixa probabilidade de sucesso. Não é provável que a acusação possa ou queira negociar com o arguido uma redução de pena em troca da desistência de um recurso com pouca expectativa de sucesso. Os advogados dos estabelecimentos prisionais poderão preferir trabalhar em recursos sucessivos e pedidos de *habeas corpus* noutros casos disponíveis na prisão.

Finalmente, no litígio em recurso poderá haver uma assimetria de interesses que torne impossível alcançar um acordo eficiente. O modelo de Priest e Klein assumiu que havia simetria de interesses, isto é, o autor tinha a ganhar tanto e apenas tanto quanto o réu tinha a perder³⁷. Contudo, no recurso esta simetria poderá não existir. Por exemplo, um dos lados poderá ter interesse em criar um precedente que produza benefícios em futuras disputas, mas o outro poderá ter um interesse limitado à disputa em recurso. Em tais circunstâncias, Priest e Klein previam que a percentagem de sucessos para o autor não se aproximaria dos 50 por cento³⁸.

Em suma, quando num modelo da situação de escolha são incluídas pressuposições realistas sobre motivações e opções, torna-se muito difícil sustentar o acerto da teoria da escolha racional em prever a indeterminação das decisões de recurso.

b) *A decisão de casos fáceis requer inteligência judicial*: Todas estas considerações teóricas coincidem com a prova empírica. Há muitos recursos em que o direito é relativamente determinado. Esta é a primeira razão para

³⁷ *Id.* na p. 5.

³⁸ Esperar-se-ia que em disputas de recurso em geral, nas quais frequentemente os objectivos das partes serão obter algum precedente favorável, as posições difiram sistematicamente. Em consequência, embora o nosso modelo de acordo e litigância se aplique indistintamente às disputas de julgamento e recurso, contaríamos que a taxa de sucesso no recurso se afastasse sistematicamente de 50 por cento.

Id. nas pp. 28-29 (notas de rodapé omitidas).

a minha posição de que os juizes de recurso têm de possuir conhecimento do direito e proficiência no raciocínio jurídico. A todos os níveis do processo de recurso os juizes lidam com casos em que a decisão requer uma virtude intelectual distintamente jurídica. Os juizes têm de ler e compreender leis, regulamentos e decisões jurisprudenciais. Têm de identificar os aspectos juridicamente relevantes de uma situação factual e aplicar o direito a esses factos.

Como é evidente, nada disto surpreende. Qualquer pessoa que tenha participado no processo de recurso sabe que os juizes fazem estas coisas. Embora um defensor do julgamento por leigos possa discordar do número de casos em que estas proficiências sejam necessárias, até o ocasional caso fácil tem de ser reconhecido e têm de ser fornecidos alguns meios para que seja tratado. Schauer, por exemplo, argumenta que os casos fáceis podem ser desviados do processo de recurso ordinário e tratados por técnicos juristas que podem filtrá-los e decidi-los através de um procedimento sumário. O Nono Circuito adoptou alguns aspectos da proposta de Schauer. Assessores juristas filtram os casos fáceis e redigem memorandos e propostas de decisão; depois, os juizes decidem tais casos sem argumentação oral e frequentemente o tribunal adopta as recomendações dos assessores sem alterações. Uma premissa similar poderá apoiar argumentação em favor da criação de um Tribunal Nacional de Apelação ou de um Tribunal Intercircuitos para tratar das apelações mais rotineiras dirigidas ao Supremo Tribunal. O pessoal do novo tribunal seria constituído por técnicos juristas, ao passo que os políticos ou filósofos nomeados para um Supremo Tribunal seriam libertos das tarefas mundanas do raciocínio jurídico.

Mesmo que haja mais casos fáceis do que um defensor dos julgamentos de recurso por leigos esteja disposto a admitir, estes mecanismos de selecção poderão bastar para preservar aos juizes leigos um papel na decisão dos casos difíceis. A secção seguinte deste ensaio argumenta contra essa conclusão. Aceitarei a premissa de que os tribunais de recurso (conforme constituídos presentemente ou como seriam constituídos depois de ter sido instituído um mecanismo de filtragem) decidirão apenas sobre casos difíceis. Esta premissa não leva à conclusão de que devessem ser escolhidos leigos como juizes de recurso.

2. A resolução de casos difíceis requer inteligência judicial

Existe uma razão óbvia pela qual uma vasta mas definida categoria de casos difíceis requer capacidades intelectuais especificamente jurídicas. Discutirei esta categoria resumidamente e depois considerarei duas razões muito gerais por detrás da dificuldade que os não juristas teriam na decisão de recursos.

a) *Alguns casos difíceis envolvem questões que são conceptualmente jurídicas:* Muitos recursos juridicamente indeterminados são ainda assim solúveis apenas com considerações especificamente jurídicas, porque a questão

em apreço nem sequer pode ser conceptualizada sem um conhecimento detalhado do processo previsto na lei. As questões processuais são exemplos óbvios. Consideremos recursos que colocam questões de acção ao abrigo dos procedimentos simplificados das Regras Federais. Por exemplo, como é que um leigo decidiria sobre o que constitui "particularidade suficiente" na acção por fraude ao abrigo da Regra 9(b)? Pense-se num leigo a decidir um caso difícil que implique a aplicabilidade das regras legais de determinação de qual de uma entre várias pessoas tem direito a agir numa disputa de seguros*. Imagine-se um juiz leigo tentando decidir um recurso em que haja precedentes conflitantes quanto ao alcance da doutrina *Erie* sobre a Regra 19, num caso desafortado de um sistema estadual que permita a acção *Doe***. Mesmo casos que colocam questões de política social importantes podem estar tão entrelaçados com outras de técnica jurídica que o julgamento por leigos seria difícil. O décimo primeiro aditamento, por exemplo, tem importantes implicações nas acções de direitos civis, mas o impacto das alterações doutrinárias nesta área do direito é difícil de alcançar, mesmo para juristas. Questões de legitimidade e/ou capacidade processuais podem colocar problemas semelhantes aos juizes leigos.

Mesmo que estes casos "jurídicos" difíceis sejam indeterminados, as considerações políticas ou valorativas que têm de informar a sua resolução requerem inteligência judicial. Isto poderá não colocar um problema fatal aos defensores do julgamento por leigos. Também aqui poderiam ser adoptados mecanismos de filtragem dos casos difíceis envolvendo questões de técnica jurídica. Um tribunal especial de técnicos juristas poderia apreciar os casos "jurídicos" difíceis. Esta solução é, no entanto, problemática. Um grande número de casos de política social pode também apresentar questões "jurídicas" em recurso. O tribunal de técnicos juristas pode realmente adoptar uma estratégia deliberada de criação de tecnicismos jurídicos de modo a manter jurisdição e poder sobre tantos desses casos quanto possível. O defensor do julgamento por leigos tem muito a explicar sobre como funcionaria tal proposta.

b) *Os resultados são condicionados pelo direito em todos os casos difíceis:* Assumindo que tal explicação é aceitável, existe uma razão relacionada e com efeitos mais difundidos pela qual o julgamento de casos difíceis requer

* N. T. No direito norte-americano, *Statutory interpleader*. Trata-se de um direito reconhecido no ordenamento federal (28 U.S.C.A § 1335), mediante o qual um depositário contra o qual sejam deduzidas pretensões plurais pode exigir dos demandantes que entre si litiguem de modo a determinar qual tem direito a contra si agir (cf. BLACK'S LAW DICTIONARY WITH PRONUNTIATIONS, pp. 817 e 1404) A dificuldade estará em definir se a regra é aplicável a pretensões contra seguradoras.

** N. T. *Doutrina Erie*: doutrina resultante do caso *Erie v. Tompkins*, em que se determinou que excepto em assuntos regulados pela Constituição e leis do Congresso o direito a ser aplicado pelos tribunais federais é o do Estado em que o tribunal federal se situa. *Doe pleading*. Vem de "John Doe", expressão em contexto legal equivalente a "fulano", significando acção contra incertos (cf. BLACK'S LAW DICTIONARY WITH PRONUNTIATIONS, pp. 472 e 542).

a virtude da inteligência judicial. Schauer defende que nos casos de recurso em que existe uma questão condicionante do resultado que não seja por si própria determinada pelo direito positivo existente, a decisão implicará uma escolha que possa ser feita com bases morais, políticas ou económicas. Esta tese assume um modelo simplificado da produção de um tribunal de recurso como uma pura decisão: confirmar ou infirmar a decisão do tribunal inferior. Observando o resultado efectivo, torna-se claro que na verdade os factores jurídicos condicionam a tomada de decisões em recurso, mesmo em casos difíceis.

Para discutir este ponto, preciso desenvolver um dispositivo conceptual. Até aqui, aceitei a suposição implícita de que a indeterminação e a determinação são categorias exaustivas; por outras palavras, que a decisão de um recurso ou é determinada pelo direito ou é indeterminada. Na realidade, esse não é o caso. Uma disputa jurídica pode ser limitada pelo direito positivo, mas não determinada por ela. Por isso, acrescento à *determinação* e *indeterminação* uma terceira categoria: a *subdeterminação*.

A traço grosso, um recurso é subdeterminado pelo direito, se o resultado, incluindo a forma e o conteúdo da decisão, puderem variar dentro de limites que são definidos pelos dados normativos³⁹. A noção de "caso difícil" pode agora explicar-se com referência àquela categoria. Um recurso é um caso difícil se (mas não "se e só se" conforme argumentarei adiante⁴⁰) a decisão for subdeterminada de tal forma que o juiz tenha de escolhê-la de entre várias juridicamente aceitáveis e favoráveis para as diferentes partes. A questão é que a decisão de um recurso não precisa de ser completamente indeterminada para que o caso seja difícil; um recurso cujas decisões são subdeterminadas pelo direito será "difícil" se a variação legalmente aceitável importar para os litigantes a diferença entre sucesso e o insucesso⁴¹.

Uma reflexão momentânea sobre a natureza dos casos de recurso confirmará que mesmo "o mais difícil" deles será provavelmente subdeterminado

³⁹ Esta aproximação pode ser tornada mais precisa, considerando a relação entre dois conjuntos de resultados para um dado recurso. O primeiro conjunto consiste em todos os resultados imagináveis — todas as variações imagináveis na decisão (confirmação, revogação, reenvio, etc.) e no raciocínio subjacente. As distinções entre determinação, indeterminação e subdeterminação do direito relativamente a um dado caso de recurso podem assinalar-se com as seguintes definições:

O direito é *determinado* relativamente a um dado recurso se e só se o conjunto de resultados que podem ser enquadrados no direito positivo contiver um e apenas um membro.

O direito é *subdeterminado* relativamente a um dado recurso se e só se o conjunto de resultados que podem ser enquadrados no direito positivo for um subconjunto não idêntico de todos os resultados imagináveis.

O direito é *indeterminado* relativamente a um dado recurso se o conjunto de resultados que podem ser enquadrados no direito positivo for idêntico ao conjunto de todos os resultados imagináveis.

⁴⁰ Estas distinções são discutidas em maior detalhe em Solum, nota *supra* 27, nas pp. 472-74.
⁴¹ Ver *infra* nas pp. 1750-51.

⁴¹ Ver Solum, nota *supra* 27, nas pp. 473-74.

pelo direito e não completamente indeterminado. Muitas sentenças de recurso requerem mais do que uma simples confirmação ou infirmação da decisão recorrida; por exemplo, pode bem ser imposição legal determinar ou não o reenvio do processo para o tribunal recorrido.

Talvez de alcance ainda mais difuso sejam as limitações legais aos fundamentos escolhidos para decidir. No nosso sistema, a regra *stare decisis** torna a argumentação de uma decisão em regra com autoridade jurídica para influir em decisões futuras. Embora, tipicamente, os juizes americanos não procurem formular uma proposição normativa, não pode haver dúvida de que a argumentação de um caso concreto tem um peso substancial no seu futuro efeito jurídico. Os juizes de recurso têm de escolher os fundamentos para a sua decisão tanto como a decisão no sentido estrito e a escolha daqueles será quase sempre limitada pela lei positiva, mesmo quando esta em si mesma o não seja. Um contrato é inválido porque a declaração não foi validamente aceite ou por falta de reflexão ou por ser contrário à ordem pública? A resposta a tais questões será invariavelmente condicionada pelo direito. Esta noção de condicionamento que não determina um resultado, sugere uma terceira razão para que a decisão dos casos difíceis reclame inteligência judicial.

Assim, a virtude da inteligência judicial será necessária mesmo em casos difíceis que não envolvam questões de técnica legal, porque os juizes de recurso têm de prolatar decisões motivadas. Além disso, ao prolatarem-nas estes juizes têm de fazer escolhas que são condicionadas pelo direito. Os motivos expendidos no caso particular têm de ser consistentes com o direito em geral, não apenas com leis, constituições e regulamentos, mas também com motivações expendidas noutros casos. Seria difícil para juizes leigos redigirem boas decisões ainda que tivessem um excelente domínio dos fundamentos morais ou políticos em que assentassem as suas opções.

c) *Sintetizar os fundamentos jurídicos e não jurídicos para decidir requer inteligência judicial*: Existe mais uma razão para que as decisões de casos difíceis requeiram inteligência judicial. Schauer argumenta que a resolução destes exigirá a consideração de factores que não são jurídicos em sentido estrito. Com efeito, sugere que uma grande variedade de factores morais, políticos, económicos ou culturais poderão ser considerados. Tal sugestão traz a questão do modo com esses diversos factores devem integrar-se uns com os outros no âmbito do jurídico. Parte da resposta assenta na especial capacidade de sintetizar o não jurídico com o jurídico que se inclui na inteligência judicial. Por outras palavras, os juristas são generalistas. São treinados para aplicar aos problemas jurídicos considerações políticas, morais, económicas e culturais.

* Forma abreviada da regra *stare decisis et non quieta movere*, segundo a qual não se perturbam questões assentes, aderindo-se antes ao *precedente* [BLACK'S LAW DICTIONARY WITH PRONUNTIATIONS, p. 1406].

Por todas estas razões, um bom juiz de recurso deve possuir a virtude da inteligência judicial de modo a para fazer um bom trabalho na resolução de casos difíceis em que o direito não determina a decisão.

3. A dificuldade por vezes resulta da complexidade mais do que da indeterminação

Existe outra e talvez especialmente importante razão pela qual os juízes de recurso devem possuir a virtude intelectual a que venho chamando inteligência judicial. Nem todos os casos de uma percepcionada indeterminação decorrem da efectiva indeterminação dos dados normativos. Em pelo menos alguns casos em que existe um "resultado juridicamente correcto", as razões que o determinam serão suficientemente complexas para que alguns litigantes sejam simplesmente incapazes de compreender o direito. Deixo claro que não me comprometo com uma afirmação sobre a frequência de tais casos. Professores de direito poderão bem sobrestimar a frequência dos casos em que um estudo e compreensão profundos do direito capacitem o juiz a reconhecer que uma decisão é imposta por uma aplicação complexa mas ainda assim determinada do direito existente. Com esta cautela, penso, no entanto, que a existência de tais casos é incontestável.

A natureza destes casos poderia esclarecer-se mediante analogia com outra disciplina prática: a engenharia. Um problema particularmente difícil em engenharia — o desenho de uma ponte a construir sobre um desfiladeiro profundo invulgarmente ventoso — pode ser "difícil" nos mesmos dois sentidos em que pode sê-lo um caso de recurso. Alguns problemas de engenharia comportam várias soluções igualmente boas que são permitidas pelas várias leis ou métodos práticos de fazer as coisas que os engenheiros vão buscar à ciência dos materiais. Em tais casos, o engenheiro pode escolher de entre as soluções possíveis com base nalguns critérios que não sejam de engenharia, como seja o valor estético. Por outro lado, alguns problemas de engenharia são difíceis por serem muito complexos. Não é fácil obter a melhor solução. Nestes casos pode haver desacordo entre os práticos da engenharia acerca de qual solução seja a melhor (ou única), mas o mero desacordo não implica que nenhuma solução seja de facto a melhor. O mais brilhante ou experiente engenheiro pode ser capaz de descobrir uma solução que escape aos seus menos aptos colegas.

Quais são as implicações para a selecção de juízes de recurso da existência de "casos difíceis" que o sejam por "serem complexos" mais do que por "serem indeterminados"? Acredito que uma das nossas esperanças é a de que os juízes de recurso sejam capazes de dar respostas respostas em casos muito complexos. É claro que isto nem sempre acontece. Os juízes de recurso nem sempre são seleccionados pela inteligência judicial e todos estamos familiarizados com decisões em que o tribunal se enganou por os juízes não terem compreendido uma questão jurídica complicada. O meu ponto de vista é modesto: sendo o mais igual, temos uma razão muito boa para selec-

cionar juízes possuidores da virtude intelectual da inteligência judicial — a "razão artificial da lei" de Sir Edward Coke.

Até aqui, estabeleci a proposição de que os juízes de recurso devem possuir a virtude da inteligência judicial — um obstáculo substancial para quem defenda o julgamento de recurso por leigos. Não obstante, poderia sugerir-se que fosse dado aos juízes de recurso leigos um "curso intensivo" que lhes desse um domínio intelectual do direito. Mais importante, a inteligência judicial pode ser usada para o bem ou para o mal. Um juiz muito inteligente mas sem escrúpulos poderia usar técnicas de raciocínio jurídico para alcançar demonstrações inteligentes mas sofisticadas de que uma sua preferência pessoal fosse imposta pelo direito; um juiz niilista poderia usá-la para criar indeterminação onde pudesse ter encontrado estabilidade. Em parte devido a estas possibilidades, a virtude intelectual da inteligência judicial é necessária mas não suficiente a um bom julgamento de recurso. Considerarei agora uma segunda virtude especificamente moral: a integridade judicial.

B) Integridade judicial

Um bom juiz deve especial fidelidade ao direito e à sua coerência. Chamo integridade ao traço do carácter judicial que exprime essa fidelidade. A integridade judicial é o que Aristóteles chamaria uma virtude moral: é um aspecto do carácter que cria uma inclinação para escolher de uma determinada maneira.

Porque é que os juízes de recurso devem ter integridade judicial? Porque é que os recursos devem ser decididos por pessoas cujo modo de escolha tenda para a fidelidade ao direito e à sua coerência? Basicamente a resposta exprime-se no ideal do primado da lei. Este é uma noção complexa com uma longa história⁴²; o meu excursus começa pelo requisito da publicidade — o princípio de que o conteúdo da lei deve ser conhecido ou cognoscível por aqueles quem têm de viver com as suas consequências.

Uma das virtudes do acto de julgar é a pessoa suprimir as preferências políticas ou morais e decidir com base no direito. Se todos os recursos fossem decididos em bases políticas ou morais, os fundamentos das decisões bem poderiam tornar-se mais compreensíveis, mas o direito tornar-se-ia menos seguro⁴³. Na verdade, um direito decisionista variaria com os ventos políticos e tornar-se-ia com isso menos público. Uma menor preocupação com a fide-

⁴² Ver em geral L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 33-94 (1964); J. RAWLS, *A THEORY OF JUSTICE* 235-42 (1971).

⁴³ À primeira vista, pode parecer pouco provável que a preocupação com o direito e com todas as suas tecnicidades promova a causa da publicidade. Os juízes leigos, poderia argumentar-se, na realidade melhorariam a publicidade do direito dispensando os obscuros tecnicismos jurídicos e resolvendo disputas concretas com referência a noções de moralidade publicamente disponíveis. Este argumento confunde a simplicidade dos fundamentos de opção com a certeza do resultado. Para uma exposição clássica das vantagens do direito positivo, ver H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 89-96 (1961).

lidade ao direito nos recursos ameaçaria um segundo aspecto do primado da lei: a equidade* exige que casos iguais sejam tratados de modo igual. Ambos os aspectos do primado da lei suportam a conclusão de que os juízes do recurso devem ser especialmente fiéis ao direito.

Do princípio de que casos iguais devem ser tratados do mesmo modo deriva uma segunda e mais controversa razão para apreciar a integridade judicial. No mínimo pode dizer-se que as decisões de recurso em áreas doutrinárias que pareçam distintas podem estar fortemente relacionadas ao nível da justificação. Este fenómeno expressa-se na máxima segundo a qual a lei é uma malha contínua. Em certo sentido, contudo, essas interligações resultam das escolhas dos decisores. Os juízes podem tentar moldar o direito de maneira a que reflecta, até onde for possível, concepções morais ou políticas consistentes, ou podem tratar cada área do direito como uma oportunidade de expressão dos seus próprios valores, independentemente da consistência de tais valores com os expressos em decisões anteriores. A esperança de que os juízes busquem a consistência reflecte-se no postulado de que o direito funciona por si mesmo de modo puro. Se acreditarmos que a equidade requer consistência do direito como um todo, então devemos valorizar a preocupação com tal coerência que é expressa na virtude da integridade judicial.

C) Sensatez judicial

À última virtude chamo sensatez judicial. Pretendo referir-me à variedade particularmente judicial da virtude a que Aristóteles chamou *phronesis* — a virtude da sabedoria prática⁴⁴. A sensatez é a virtude que permite a alguém fazer boas escolhas em circunstâncias particulares. A pessoa sensata sabe quais são os particulares fins que vale a pena perseguir e os melhores meios para alcançá-los. A sensatez judicial é simplesmente a virtude da sabedoria prática aplicada às escolhas que os juízes têm de fazer. O juiz sensato torna-se excelente no conhecimento dos objectivos a alcançar no caso concreto e na escolha dos meios para fazê-lo.

Começarei por concretizar melhor esta menção abstracta da sensatez judicial, contrastando as sabedorias prática e teórica em contexto judicial. O juiz que possui sabedoria teórica é mestre em teoria jurídica, com capacidade de envolver-se em argumentação jurídica sofisticada e visão das subtis

* N. T. *Fairness*, no original; chama-se a atenção para a extrema dificuldade de tradução do termo. Sobre ela, veja-se, muito recentemente, GEORGE P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law — American, Comparative, and International. Volume One: Foundations*, Oxford Univ. Press, 2007, p. 134 e ss.

⁴⁴ A minha explicação de *phronesis* deriva do trabalho de W. F. R. Hardie, Troels Engberg-Pedersen, e Alasdair McIntyre. Ver A. MACINTYRE, nota *supra* 14, na p. 154; W. HARDIE, nota *supra* 15, nas pp. 212-39; T. ENGBERG-PEDERSEN, *ARISTOTLE'S THEORY OF MORAL INSIGHT* (1983). Aproveitei-me também da dissertação de Anthony Kronman sobre a relação entre sabedoria prática e carácter profissional. Ver Kronman, *Practical Wisdom and Professional Character* em *PHILOSOPHY AND LAW* (1987).

conexões da doutrina jurídica. Um juiz assim, seria capaz, por exemplo, de penetrar nos mistérios do décimo primeiro aditamento ou da Regra Contra Perpetuidades*. Sugiro que um juiz que tenha inteligência e integridade judiciais nem por isso é necessariamente um bom juiz. Mesmo um juiz brilhante, dedicado ao estudo do direito, pode ser desastroso na decisão de casos concretos se lhe faltar a capacidade de isolar aquilo que neles é verdadeiramente importante e de criar os meios para decidi-los. Um juiz assim poderia criar uma regra teoricamente sólida mas que criasse problemas intratáveis de aplicação. Por exemplo, um ónus de prova teoricamente sólido poderá ser um desastre prático se for demasiado oneroso para as partes produzir prova admissível que o satisfaça.

O juiz com sabedoria prática, além de teórica, possui um conjunto de capacidades diferente. Poderíamos dizer que um juiz assim possui senso comum. Tal juiz sabe quando uma específica formulação doutrinal funcionará na prática e apreende que aspecto do direito é mais importante numa situação concreta. O juiz sagaz não só compreende os mistérios do décimo primeiro aditamento, como consegue aplicá-lo a um caso em particular de modo justo. Sabe como advogados e partes reais reagirão às decisões de recurso.

O nosso entendimento do papel da sensatez judicial no bom julgamento pode ser refinado, considerando a sua ligação ao conceito de *equidade* de Aristóteles. A lei, segundo Aristóteles, falha devido à sua generalidade. Nenhuma regra geral pode assegurar o melhor resultado em todas as situações particulares. A equidade permite ao juiz dispensar a regra geral no caso particular e alcançar um resultado justo⁴⁵. No discurso jurídico moderno, referimo-nos à mesma ideia como discricionariedade vinculada ou equitativa. Para praticar a equidade e desviar-se da regra geral quando as circunstâncias o exigem, o juiz tem de ter sabedoria prática.

Em contraste, considerem-se as noções de discricionariedade judicial de Schauer e Dworkin. Schauer levar-nos-ia a crer que na zona de discricionariedade os resultados não são determinados pelo direito, e assim devem sê-lo por algo totalmente diferente. Para Schauer, o direito opera apenas no núcleo e são a política, a moral ou a economia que regem na sombra. Schauer pensa que a inteligência judicial não determina os resultados nos casos difíceis e por isso a perícia jurídica é simplesmente irrelevante na sua resolução. Já para Dworkin, até a sombra está sob o império da lei. Dworkin pensa que se as regras legais rigidamente concebidas não determinam os resultados dos casos particulares, então o juiz tem de desenvolver uma teoria que contenha princípios que façam o trabalho de determinação⁴⁶. Poderíamos

* N.T. Princípio específico do direito anglo-saxónico, similar à nossa proibição de bens de mão-morta, e segundo o qual não podem criar-se direitos condicionados para além de um certo período de tempo. Para melhor esclarecimento, cf. BLACK'S LAW DICTIONARY WITH PRONUNTIATIONS, p. 1331.

⁴⁵ EN, nota *supra* 17, 1137 a32-1138 a2.

⁴⁶ R. DWORKIN, LAW'S EMPIRE, nota *supra* 11, na p. 264.

dizer que Dworkin pensa que o direito é inteiramente uma questão de inteligência judicial.

Em certo sentido, Dworkin e Schauer cometem o mesmo erro, porque ambos assumem que o conhecimento jurídico é todo uma questão de sabedoria teórica. Para Dworkin, a tomada de decisões de recurso é assunto de sabedoria teórica sobre os princípios em que a lei assenta. Para Schauer, é de sabedoria teórica sobre política, economia ou cultura. Penso que, pelo menos nalguns casos de discricionariedade, as concepções de Aristóteles de equidade e sabedoria prática fornecem uma explicação mais proveitosa de como as decisões são e deveriam ser tomadas. Uma decisão equitativa não é determinada pelas regras ou por qualquer conjunto de princípios derivados de uma grande teoria do direito, nem por alguma mais vasta teoria da moral ou da economia; a equidade é antes um juízo disciplinado de um caso particular, juízo que é informado por uma capacidade de seleccionar fins e meios em casos concretos — capacidade por seu lado desenvolvida na experiência prática ou *praxis* do direito.

Em suma, um bom juiz tem de possuir as virtudes judiciais: inteligência, integridade e sensatez. Nenhuma fórmula que especifique o correcto procedimento de decisão de recursos garantirá um bom julgamento a menos que o juiz possua estas virtudes. Além disso, estas virtudes não podem ser obtidas por mero acto de vontade; a melhor maneira de um juiz desenvolvê-las é praticando o direito. Esta afirmação é o meu tópico final.

III — AS VIRTUDES JUDICIAIS SÃO DESENVOLVIDAS ATRAVÉS DA PRÁTICA DO DIREITO

Aristóteles acreditava que as virtudes intelectuais se inculcavam pelo treino e pela experiência e que as virtudes morais se desenvolviam pelo hábito. A sua perspectiva fornece também uma visão sobre a questão das virtudes judiciais. Para adquirirem inteligência, integridade e sensatez, os juízes têm de ser treinados no direito, exercê-lo na prática e criar o hábito do respeito e preocupação pela lei. Por isso, os melhores juízes provavelmente terão experiência como advogados e os melhores de todos atingem o seu máximo potencial de excelência judicial apenas depois de passarem algum tempo pela barra. Esta conclusão sustenta-se considerando cada uma das três virtudes judiciais.

A inteligência judicial desenvolve-se através do treino e da experiência. A capacidade de embrenhar-se no raciocínio jurídico é adquirida pelo estudo do direito; a excelência nesse raciocínio desenvolve-se pela frequência da faculdade de direito e praticando-o. Noutros sistemas jurídicos, os juízes são funcionários públicos recrutados directamente das faculdades de direito; estes juízes podem aperfeiçoar as suas capacidades de raciocínio jurídico num tribunal inferior antes de serem promovidos para judicaturas mais importantes. Não é contudo provável que os leigos possuam excelência no raciocínio jurídico.

Paralelamente, a integridade judicial é criada pelo hábito. Aristóteles pensava que virtudes morais como a coragem se adquiriam empreendendo acções corajosas; agir corajosamente permite que a pessoa se torne corajosa. Da mesma forma, as atitudes de respeito e preocupação com a lei são fomentadas agindo com esse respeito e preocupação. Tais acções exigem-se aos práticos do direito e é participando nessa prática ou julgando que se começa a desenvolver a integridade judicial. É improvável que os leigos desenvolvam a virtude da integridade judicial, porque eles não terão as experiências que induzem ao respeito do valor da lei e preocupação com a sua coerência.

Finalmente, é evidente que a sensatez judicial só pode adquirir-se através da experiência como advogado ou juiz. A prática forense permite ao potencial juiz desenvolver um sentido daquilo que na realidade resulta ou não. Expõe-o àqueles que são afectados pela lei e torna-o apto a desenvolver a capacidade de perceber quando com ela se alcança algo que valha realmente a pena. Ainda quando alguém que não é prático do direito possa desenvolver uma compreensão teórica sofisticada e um verdadeiro respeito pelo direito, o juiz leigo não possuirá a capacidade de escolher de forma sensata fins e meios em situações concretas.

Por último, se voltarmos ao nosso incómodo com a sugestão provocatória de Schauer de que não juristas podem ser bons juízes de recurso, podemos ver que há muitas boas razões para as nossas intuições. Mesmo que muitos casos de recurso sejam difíceis, em que factores não jurídicos como a moralidade, a política ou a economia tenham de desempenhar um papel, não se segue daí que não juristas possam fazer um bom trabalho na tomada de decisões. A mais disso, a minha análise da virtude judicial, que revelou as dificuldades do julgamento por leigos, tem implicações mais vastas para a selecção de juízes. As razões para favorecer a escolha de juristas relativamente a leigos como juízes são também razões para o favorecimento da escolha de juristas excelentes em vez de medíocres e para a de experientes em vez de principiantes. No fim de contas, existem algumas razões muito boas para favorecer a escolha de juízes segundo o mérito. O que não quer dizer que não devamos também considerar se o candidato crê num determinado procedimento para a tomada de decisões de recurso, nem é razão para rejeitar a consideração de pontos de vista políticos ou morais de um juiz; muitas teorias sobre a decisão judicial requerem juízes especialistas em raciocínio moral, teoria económica ou na decisão política. Quer dizer é que mesmo no recanto especial da lei que é a decisão de recurso devemos seleccionar juízes especializados no raciocínio jurídico que se preocupem com a integridade da lei e que possuam a experiência para fazerem julgamentos práticos sólidos. Primeiro e acima de tudo, a selecção de juízes deveria ser uma questão de virtudes e defeitos.