

INTRODUÇÃO AO DIREITO



FUNDAÇÃO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



EDITORA AFILIADA

COMSELHO EDITORIAL:

Direito Processual Civil:

Francisco Carlos Duarte

Pós-Doutor em Direito - Professor da PUCPR

Direito Processual Tributário:

James Marins

Pós-Doutor em Direito - Professor da PUCPR

Filosofia do Direito:

José Renato Gaziero Cella

Doutorando em Direito pela UFSC - Professor da PUCPR

Direito Tributário:

Roberto Catalano Botelho Ferraz

Doutor em Direito - Professor da PUCPR

José Augusto Dogado

Ministro do STJ

Direito Internacional:

João Bosco Lee

Doutor em Direito - Professor da PUCPR

Eduardo Biacchi Gomes

Doutor em Direito - Professor da PUCPR

Elizabeth Accioly

Doutora em Direito Internacional pela USP, Professora Visitante do Curso de Pós-Graduação em Estudos Europeus da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Direito Comercial:

Marcos Wachowicz

Doutor em Direito - Professor das Faculdades Integradas Curitiba

Direito do Consumidor:

Antonio Carlos Efig

Doutor em Direito - Professor da PUCPR

Direito Penal e Processual Penal:

Néfi Cordeiro

Doutor em Direito - Professor da PUCPR e da Universidade Tuiuti

Direito Civil:

Rainer Czajkowski

Mestre em Direito - Professor da FDC - Diretor Acadêmico das Faculdades Integradas Curitiba

Carlyle Popp

Doutor em Direito - Professor da FDC e PUCPR

Paulo Nalin

Doutor em Direito - Professor da UFPR

Direito do Trabalho:

Roland Hasson

Doutor em Direito - Professor da PUCPR

Direito Ambiental e Agrário:

Ana Paula Gularte Liberato

Doutoranda em Educação pela Universidade da Empresa - Professora da PUCPR e da ESMAFE - Escola da Magistratura Federal

Direito Constitucional:

Claudia Maria Barbosa

Doutora em Direito - Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado da PUCPR

Melissa Folmann

Mestra em Direito - Professora da Graduação e da Pós-Graduação da PUCPR - Professora da Pós-graduação da FIC e da UNIPAR - Professora da Escola da Magistratura Estadual do PR.

ISBN: **978-85-362**

ISBN original: **978-978-03-1111-9**



Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê - Fone: (41) 3352-3900
Fax: (41) 3252-1311 - CEP: 80.035-000 - Curitiba - Paraná - Brasil

e-mails: editora@jurua.com.br
marketing@jurua.com.br

GOLDILLO, Agustín.

Introdução ao direito: direito público e privado. Tradução: Pedro Durão.
Curitiba: Juruá, 2014.

199 p.

1. Introdução. 2. Direito. I. Título.

CDD 340.1

CDU 340.1

Visite nosso site: www.jurua.com.br

Agustín Gordillo

Professor Doutor Emérito da Universidade de Buenos Aires (UBA) – Argentina
Magistrado da Corte Administrativa da Organização Europeia de Direito Público
www.gordillo.com

INTRODUÇÃO AO DIREITO



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Curitiba
Juruá Editora
2014

Este pequeno livro, creio,
é o melhor que posso dar de mim.
Lembro-me, de coração,
da memória de:

GENARO R. CARRIÓ
CHARLES BREITEL

Homens que ensinaram e ensinam sempre a pensar.¹
É algo que estas páginas quiseram exaltar.

¹ Há muitos outros, obviamente; apenas alguns estão citados nesta obra. Faltam também nesta homenagem os grandes mestres vivos de nosso tempo. Também de outrora, os quais só pude ler.

Prefácio

Quando meu amigo e colega Agustín Gordillo me propôs que prefaciasse seu novo livro, *Introdução ao Direito*, uma obra que estou certo será lida e discutida em todo o mundo, me senti verdadeiramente honrado. Esta ideia foi o resultado de uma amizade de longa data. Tive a oportunidade de conhecê-lo a começos da década de oitenta, durante os primeiros anos de minha profissão. Encontramo-nos em uma conferência em Louvain – La Neuve, posto que Agustín Gordillo seguisse muito de perto o Direito Administrativo Européu. Experiências e interesses comuns se converteram na base de uma estima e um reconhecimento mútuo e da amizade que lhes sucederam. Ambos provimos de países que não se consideram a metrópole do Direito Administrativo, nossa disciplina comum. Ambos temos fortes laços e anos de presença em um país que é um dos centros do Direito Administrativo, França, onde compartilhamos praticamente a mesma experiência. Ambos temos profundo interesse e extrema prática, tanto em Administração Pública como ante aos Tribunais.

Meu conhecimento sobre Agustín Gordillo foi impulsionado por meu professor Jean Rivero, um homem da ciência e caráter sem parâmetro, que citava muito minuciosamente a seu colega e amigo da Argentina, bem como as suas produtivas conferências sobre Direito Administrativo Comparado.

Por aqueles anos, Jean Rivero, conhecido internacionalmente como um jurista administrativista e cujo livro *“Précis de droit administratif”* talvez haja sido o mais lido em todos os círculos francófonos, encontrava-se entre os fundadores do Direito Administrativo Comparado na França do pós-guerra. Tinha um autêntico interesse em outros sistemas de Direito Administrativo e um forte desejo de preservar a importância e a presença do Direito Administrativo Francês em todo o mundo. Através de seus ciclos

de Direito Administrativo Comparado, converteu-se no educador de muitos latino-americanos, e até então Gordillo nunca havia sido seu aluno, foi com quem Rivero pode dialogar e através de quem teve a oportunidade de conhecer melhor as mais recentes evoluções do Direito Administrativo na Argentina e na América Latina em geral.

Isso nunca saiu da minha mente e quando, anos mais tarde, um punhado de juristas europeus tomou a iniciativa de fundar o *European Group of Public Law* com o propósito de contribuir no desenvolvimento do Direito Público na Europa e no mundo, simplesmente foi natural convidar a Agustín Gordillo a participar de nossa tarefa; dessa maneira, o espírito de Rivero perduraria.

Agustín Gordillo vem publicando na América Latina e em outros países numerosos manuais, livros, artigos, ensaios, etc. Sem embargo, este novo livro de Agustín Gordillo é diferente de seus trabalhos anteriores. A diferença está tanto no conteúdo como no estilo.

Esta obra não é outro ensaio de Direito Administrativo. É um livro que trata sobre a verdadeira essência do Direito em geral, os estudos legais, a relação entre a teoria e a prática em Direito; em poucas palavras, reflete a experiência e a sabedoria de um homem que já em uma etapa avançada de sua carreira legal sente-se deseioso por compartilhar com todos, suas conclusões no processo de aprendizagem de toda uma vida acerca do Direito.

Isto tudo influi necessariamente no estilo do livro, que em grande parte torna-se autobiográfico. O autor sente a necessidade de falar a seus colegas, sobre si mesmo e de como chegou às conclusões que expressa na obra: como estudou, onde trabalhou, como conciliou o magistério com a prática, como encontrou a verdade sobre o Direito graças à sua exposição da realidade através da prática, como teve a oportunidade de decidir casos como juiz internacional e a oportunidade de descobrir, como professor convidado do *Conseil d'Etat* francês, como essa famosa instituição tem um enfoque muito pragmático do Direito.

Em realidade, com o livro, Agustín Gordillo mostra-se como um grande estudioso, visto o trabalho realizado. A famosa

instituição francesa que admira tanto deixou seu carimbo no homem que cresceu como jurista administrativista conhecido internacionalmente e que sabe que o Direito não pode crescer senão no terreno da realidade.

SPYRIDON FLOGAÏTIS

**PROFESSOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO
DA UNIVERSIDADE DE ATENAS
DIRETOR DO CENTRO EUROPEU DE
DIREITO PÚBLICO**

SUMÁRIO

INDICE

Prefácio: SPYRIDON FLOGAÏTIS..... 17

Dedicatória.....19

Capítulo I - INTRODUÇÃO

1. Acerca do título desta obra 1

2. Um livro para advogados e para os que não o são 2

3. Leia sem sequência.....,..... 2

4. Filosofia e metodologia 3

5. O direito ou os móveis da casa 4

Capítulo II – QUE É O DIREITO?

1. Ciência de problemas 1

2. Princípios e valores, não conceitos..... 4

3. O conhecimento do direito 8

4. Devido processo legal e direito soviético. Direito natural. 9

5. Os conceitos e os fatos..... 11

6. *Common law* e direito continental europeu 13

7. O direito nos tribunais internacionais 16

Capítulo III – OS FATOS DO CASO. FATO E PROVA.

1. A importância do caso 1

2. A importância dos fatos no caso 3

3. A dificuldade de determinar os fatos	8
4. Analisar a prova que já existe	9
5. A prova adicional a produzir	13
5.1. Os advogados	13
5.2. Os funcionários ou magistrados	14
5.3. Observações comuns	16
6. A apreciação da prova	18
7. A mutação dos fatos e provas	19
8. Alguns aspectos específicos	20
8.1. A presunção de legitimidade e a prova.....	22
8.2. A razoabilidade de todos os elementos no jogo.....	23
8.3. Encontrar as normas aplicáveis ao caso	23
9. As vias alternativas de comportamento	25
10. Inexistência de regras gerais para solucionar casos.....	28
11. O suceder do tempo no caso. O impulso processual.....	31
12. Uma ajuda metodológica	33
13. As opções a considerar	34

Capítulo IV - MAIS SOBRE A PROVA DOS DIREITOS

1. Introdução	10
2. Unidade da prova nos distintos processos.....	10
3. Criação ou aplicação do direito. Verdade e prova.....	11
4. A dispensa de prova.....	12
5. A prova nas faculdades regradas e discricionárias.....	14
6. A doutrina dos atos próprios e a própria prova em contrário.....	15
7. A prova em sede judicial	17
8. Produção privada da prova	19

8.1. Testemunhas	19
8.2. Perícias	19
9. As provas ilegalmente obtidas.....	20
10. A alegação informal	21
11. Provas da privacidade da pessoa.....	23
12. Meios de prova.....	24
12.1. Fotografías e vídeo	25
12.2. Fax, télex, etc.	27
12.3. Gravações telefônicas	28
12.3.1. Telefonia comum	28
12.3.2. Telefonia celular e outras gravações.....	28
12.4. Outros meios de prova.....	29

Capítulo V - COMO LER UMA SENTENÇA

1. Saber ler	1
1.1. Saber ler o começo	2
1.2. Saber ler o final	2
1.3. A letra pequena ilegível	3
1.4. A letra oculta	4
1.5. Saber ler o evidente	4
1.6. Saber ler o que não está escrito	4
2. As espécies de saber ler	5
2.1. Para ler uma lei	5
2.2. Para ler um contrato, ver os fatos	6
2.3. Saber ler os livros	6
3. A decisão judicial.....	7
3.1. A formação da hipótese inicial	8

3.2. O processo de fundamentação	9
3.3. A explicação da decisão	11
3.4. A política jurídica da decisão e de sua explicação.....	14
3.5. A leitura de uma sentença.....	15
4. Dificuldade de localizar o objeto da sentença (o que o juiz resolve? o que faz?)	16
5. O que buscar? O que a sentença é ou resolve?.....	17
6. Descobrir a sentença	19
6.1. Saber ler	19
6.2. Descrição e raciocínio fático e jurídico.....	21
7. O que a sentença diz de mais ou de menos.....	22
7.1. Chocobar.....	24
7.2. Peralta	26
7.3. Allevato	27
7.4. Pereyra	29
8. O interesse do tema ou o interesse da sentença.....	30
8.1. <i>Dictum e holding</i>	32
8.2. Questão de forma e questão de fundo.....	32
9. O excesso de informação	33
9.1. As coleções oficiais da sentença	35
9.2. A seleção por livros. Seus limites	36
9.3. A seleção por sumários de revistas	36
9.4. A seleção pessoal. Seus problemas	37
9.4.1. Informando-se todos os dias	38
Capítulo VI – A LINGUAGEM COMO MÉTODO	
1. A necessidade de uma metodologia	1

2. A textura aberta de linguagem ordinária e da linguagem jurídica	2
3. Uso comum	3
4. A textura aberta da linguagem	4
5. O uso comum e a liberdade de estipulação	6
6. A definição das palavras do direito como problema metodológico.....	8
7. Elementos a considerar para estipular as definições.....	10
8. Definição e classificação	12
Capítulo VII - A CERTEZA QUE DÁ O PODER	
1. Certezas	1
2. A serviço do poder	2
3. A certeza para o poder de turno	3
4. Um direito ao serviço do poder	5
5. O uso emotivo, político e axiológico da linguagem.....	6
6. As leis que não são leis	8
Capítulo VIII - A CRESCENTE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO	
1. Introdução	1
2. A realidade econômica e jurídica supranacional nos começos do século XXI	2
2.1. Os direitos individuais no direito supranacional.....	5
2.2. A articulação da legislação nacional com a internacional... 7	
2.3. A crescente regulação internacional	10
3. Distintas fontes supranacionais	12
3.1. Tratados em geral	12
3.2. O caso específico da Convenção Americana de Direitos Humanos	13

3.3. Outras convenções de direito humanos.....	15
3.4. Os tratados de integração econômica	16
3.5. Jurisprudência e opiniões consultivas supranacionais.....	17
3.6. Transações e compromissos internacionais	19
4. Características gerais	22
4.1. Direito interno	23
4.2. Derrogação <i>ipso jure</i>	24
4.3. Aplicação legislativa e jurisdicional.	25
4.4. Caráter supranacional	26
4.5. Denúncia não unilateral	29
5. A articulação da justiça nacional com a justiça supranacional	31
5.1. A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	31
5.2. As condições de vigência dos tratados	33
5.3. Vigência interna das opiniões consultivas	34
5.4. Prevalência sobre qualquer norma de direito interno.....	34
5.5. Sua aplicação pela jurisprudência nacional.....	35
5.6. Medidas de outro caráter.....	36
5.7. Direito à sentença em um prazo razoável.....	37
Capítulo IX - RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM DIREITO INTERNACIONAL	
1. O crescimento qualitativo e quantitativo do direito internacional	1
2. A evolução e involução da responsabilidade	2
3. A responsabilidade pela violação aos direitos humanos... 3	3
4. <i>In re Birt</i>	5
5. <i>In re Verbitsky c. Belluscio</i>	6

5.1. A origem	6
5.2. Seu resultado	7
5.3. A informação	7
5.4. Efeitos residuais	8
6. Mendoza	8
7. Os convênios de proteção de investimentos estrangeiros...	9
8. Tribunais estrangeiros	9
9. Os contratos de crédito externo	12
10. Como cobrar dívidas	13

Capítulo X - RECAPITULAÇÃO

1. O direito romano	1
2. O devido processo	2
3. O primeiro direito das gentes e o direito dos mares.....	3
4. A dogmática jurídica	3
5. As investigações da linguagem	4
6. O common law	4
7. O holocausto	4
8. Pirataria internacional, tomada de reféns, etc.	5
9. Genocídio, tortura, desaparecimento forçoso de Pessoas, apartheid, etc.	6
10. Fazia uma síntese dos conflitos filosóficos	6

Epílogo

1. As premissas	1
1.1. <i>Sapere vedere</i>	1
1.2. A igualdade do <i>common law</i> , o direito continental europeu e o nosso	2
1.3. Pequena bibliografia	2

2. Meus começos	4
2.1. As hipóteses de um futuro estudante de direito.....	4
2.2. Os estudos e o ensino de direito	5
2.3. A resposta à interrogação juvenil. A primeira lição da vida..	6
2.4. Estudar, sempre estudar, mas não alcançar	6
2.5. A segunda lição: tentar ver a realidade.....	8
3. Minha aprendizagem jurídica	11
3.1. A função pública	11
3.2. Patrocínio e assessoramento ao setor público e privado.....	11
3.3. Integração de tribunais administrativos internacionais.....	12
3.4. <i>Stage</i> no Conselho de Estado da França	14
3.5. Docência e investigação	14
3.6. As lições da experiência	15
4. Os ensaios. Os tempos	16

Capítulo 1

INTRODUÇÃO

1. ACERCA DO TÍTULO DESTA OBRA

Escrever este pequeno livro tem sido fácil no sentido que já o tinha quase todo escrito através de minha vida de advogado, funcionário ou eventual magistrado². O pouco que faltava escrever, o tinha na cabeça, pronto para sair. O difícil foi escolher o título. Poderia ser, por sua vez, “tudo que sei sobre o direito”, “tudo que você não deveria ignorar sobre o direito”, “o direito na prática”, “conselhos práticos para advogados”, “mentiras e verdades sobre o direito”. Também poderia ter copiado ou parafraseado algum dos títulos de Alejandro Nieto, e chamá-lo “O direito e o reverso, ou o “reverso meta-legal do direito.” Ganhou em minha cabeça um título clássico: “Introdução ao direito”, quiçá porque meu primeiro livro se chamou em 1962, “Introdução ao Direito Administrativo” e este é seu contraponto ao longo de mais de quarenta anos de profissão. Também pensei em subtitulá-lo: “Teoria e prática”. Este livro se chamaria, se coubesse na capa e não ficasse antiestético, algo mais ou menos assim:

² Não disse, pois, como professor.

INTRODUÇÃO AO DIREITO

para advogados e não advogados: teoria e prática.

Uma versão unificada do *common law* e direito continental europeu. Direito público e privado. Direito interno, supranacional e internacional.

Também poderia agregar-lhe “a propósito da carta europeia de Direitos Fundamentais”,³ pois isso me fez pensar uma vez mais na unidade de todo o direito. Pode um pequeníssimo livro servir a tão exagerados fins?

2. UM LIVRO PARA ADVOGADOS E NÃO-ADVOGADOS

Tentemos explicar ao menos um dos subtítulos virtuais. Através dos anos adquirimos experimentalmente uma série de pressupostos acerca do que é e como se deve praticar o direito. Temos visto que tais ideias em diferentes âmbitos são divididas em suas grandes linhas por muitos de nossos colegas; claro, não por todos.

Nos cursos de pós-graduação, aqui e no exterior, o principal problema prático que encontramos para o ensino é que estes pressupostos básicos, de alguma maneira, não são parte do conhecimento, nem da experiência dos advogados que concorrem a tais cursos. São poucas questões, mas soam surpreender a quem nunca

³ Cujo texto encontra-se em http://europea.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/index_en.html. Ver também meu artigo “The Draft EU Constitution and the World Order”, em AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l’Union Européenne*, “European Public Law Series / Bibliothèque de droit public européen”, vol.LXIII, Esperia Publications Ltd., Londres: 2003, pp. 281-294 e outros. Reproduzido, com modificações, em *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law* / vol. 16, n. 1, primavera-verão 2004, Esperia, Londres: pp. 281-294. Para os trabalhos prévios pode analisar European Group of Public Law, “Proposal on the Debate on the European Constitution” / Groupe Européen de Droit Public, “Proposition sur le débat pour une Constitution européenne,” em *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Law*, vol. 14, n. 4, pp. 1451-1499, Londres: Esperia, Inverno de 2002.

as viu, exceto se é advogado. O advogado recebido em qualquer país do mundo pensa que seu título demonstraria ao menos saber as bases do direito. Comete aí um primeiro erro: confundir o ato jurídico, como o diploma universitário ou profissional, com os fatos. Esse tipo de erro o perseguirá por toda a vida até que o corrija em sua formação.

3. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

O direito é antes de tudo uma atividade intelectual. Requer reflexão, criatividade e debate. Ainda que não se compartilhe todo ou parte de algum trabalho crítico, é indispensável lê-lo para manter ativas estas qualidades da mente. Recomendamos para isto os livros de ALEJANDRO NIETO: *El arbitrio judicial*.⁴ *El derecho y el revés*.⁵ Em outra veia, os livros de JHERING, CARRIÓ e CUE-TO RÚA que indicamos no Epílogo.

4. LEIA SEM SEQUÊNCIA

Para não dar à realidade uma qualidade sistemática que ela para nós não tem,⁶ convém treinar ler este livro de forma salteada. A ordem conspira contra a atenção: se está mais atento quando não

⁴ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000; “El dorso meta-legal da las resoluciones judiciales”, no livro em homenagem à JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La protección jurídica del ciudadano*, t.I, Madrid: Civitas, 1993. NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid: Trotta, 2003.

⁵ NIETO, Alejandro; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *El derecho y el revés*. Barcelona: Ariel, 1998.

⁶ Sem entrar em grandes complexidades filosóficas, parece claro que a natureza pode ou não ter um sistema absolutamente perfeito, mas essas qualidades não estão facilmente ao alcance de nossa percepção sensível. É melhor conduzir-se com sábia consciência de nossa limitação que ensinou LEIBNIZ.

se lê de forma linear. Pode-se ler, assim, com proveito durante mais horas.

Minha sugestão é que reflita com cada ideia que lhe pareça nova, estranha ou simplesmente errônea. Não é a leitura o que enriquece, mas a própria reflexão a partir da leitura. Há coisas que estão repetidas e outras que parecem iguais, mas são somente semelhantes. As que estão repetidas são porque cremos muito importantes e gostaríamos que as recordassem. As parecidas são para que preste atenção a estes matizes e detalhes.⁷

Faça outras leituras como as sugeridas aqui e no Epílogo, no mínimo. Quando puder, volte a este livrinho, releia, compare, repense.

5. FILOSOFIA E METODOLOGIA

Temos passado toda a vida conscientes de que alguma filosofia existe, mas só acertamos encontrar uma metodologia.⁸ No caminho, coincidências tem nos surpreendido com o método ou a substância de uma ou outra filosofia: não com uma, senão com filosofias supostamente antagônicas como o assim chamado positivismo e jusnaturalismo, trialismo, etc. Não consideramos haver optado por uma filosofia,⁹ salvo na afirmação de que o direito se compõe tanto de realidade como de valores e normas. E que os valores ou princípios jurídicos são mais importantes que as normas; que estas não podem contradizer, na solução do caso, àquelas. Quando a aplicação da norma chega a um resultado injusto, não é o direito que falha, mas sim o julgador.

⁷ Como o livro é pequeno não corre o risco de “perder-se”. Prove com o cap. X e logo o II; pule o III e o IV, que são enfadonhos, chatos (mas lembre-se de lê-los algum dia). Não deixe de ler o V. O Epílogo só é interessante se você tem curiosidade acerca de como e porque escrevi este livro, nada mais.

⁸ Nosso livro: *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid: Civitas, 1988, 2001.

⁹ Contudo, não resistimos em sugerir um balanço no capítulo X, § 10, “Faz uma síntese dos conflitos filosóficos”.

6. A EXPERIÊNCIA ARGENTINA DE CONVIVER SIMULTANEAMENTE COM O *COMMON LAW* E O DIREITO CONTINENTAL EUROPEU

A Argentina tem, desde 1853, uma Constituição baseada no modelo norte-americano, cuja aplicação temos seguido sempre próximo dos precedentes da Corte Suprema dos EE. UU.¹⁰

No direito civil, comercial, penal, etc., temos seguido ao mesmo tempo a legislação e doutrina européias, não a estadonidense. No direito administrativo temos feito constante referência à jurisprudência do Conselho de Estado da França e a doutrina francesa, mas temos tomado nota das coincidências, em seu caso, com o direito estadunidense. Como também temos advertido a crescente influência desse direito em distintos países da Europa, às vezes por um extenso caminho indireto (Reino Unido, Alemanha, Itália, Espanha e França). O direito argentino e de outros países latino-americanos tem adotado o direito anglo-saxão antes mesmo que muitos países continentais europeus.

Nossa experiência de um século e meio na convivência e inter-relação com ambos os sistemas, mostra que o direito é um só e o que varia em realidade é o prisma através do qual o vemos e o que se escolhe descrever como de maior interesse. Mas o objeto mesmo, a experiência do direito, não modifica. Isso registram com maior ênfase os que praticam o *common law* ou os que praticam o direito em geral. Os que mostram ou explicam o direito continental, pelo contrário, tendem a pensar que as diferenças são maiores, incluindo substanciais.¹¹ O primeiro enfoque destaca as semelhanças, o segundo as diferenças. Ambos os enfoques podem ser válidos:

¹⁰ Para dar um exemplo, a decisão da Corte Suprema dos EE. UU sobre o caso *Gore-Bush* foi analisado extensamente no mesmo mês de dezembro na revista *La Ley*.

¹¹ Por exemplo: LEPSIUS, OLIVER, *Verwaltungsrecht unter dem Common law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, esp. “Prólogo e Introducción”.

nunca haverá dois objetos tão distintos que não se possam encontrar semelhanças entre eles, nem tão iguais que não possam assinalar suas diferenças. Nossa experiência de um século e meio nos indica que é mais proveitoso analisar as semelhanças que as diferenças. O leitor dirá o que resulta mais útil para seu trabalho profissional.

Quando o apresentamos a um advogado, juiz ou professor do mundo do *common law*,¹² coincide que isso é assim. Seria inexato dizer que esta forma unificada de perceber o direito seja exclusiva de nosso país e de outras nações análogas. Também seria inexato dizer que em nosso meio todos compartilham esse ponto de vista. Pode-se dizer, porém, que além do inevitável formato pessoal de toda obra, o que aqui se expõe não é uma novidade entre nós.

Inclusive esse duplo prisma, o do mundo acadêmico e o da prática profissional, são vividos conjuntamente na Argentina. Diferentemente da Europa, onde a regra é que os professores dediquem-se *full time* ao ensino e a pesquisa, na Argentina isso é muito raro. A maior parte dos professores e pesquisadores, são também praticantes do direito, seja na administração, na justiça ou na profissão de advogado litigante, conselheiro, etc.

Essa experiência unificante de dois modos distintos de aproximar-se do direito e dois tipos de direito que se fundam em um só, produz, como é lógico, uma percepção também unificante. Nós professores oscilamos, é certo, entre explicar preferentemente um ou outro enfoque, mas nossa percepção do direito é, com o tempo, uma só.

¹² E, é bom destacá-lo, nossos mais distintos juristas têm sido também, em forma regular e contínua, professores de direito nos EE. UU. Dois deles foram muito citados nestas páginas: GENARO CARRIÓ e JULIO CÉSAR CUETO RÚA. Ao mesmo tempo, há universidades Argentinas como a Universidade de Palermo, cujo Corpo docente do curso de Direito compõe-se integralmente por graduados em universidades norte-americanas. Têm programas conjuntos com a Universidade de Yale, com intercâmbio ativo de docentes e alunos.

7. O DIREITO OU OS MÓVEIS DA CASA

É mais uma vez correto dizer que o direito é como os móveis de uma casa: pode reordená-los de muitas maneiras, porém são sempre os mesmos móveis e a mesma casa. Com essa limitação, começamos esta Introdução ao Direito. Minha decoração da casa comum.

Capítulo 2

O QUE É O DIREITO?

1. CIÊNCIA DE PROBLEMAS

Uma primeira questão é se o direito consiste ou não¹³ em regras gerais.¹⁴ Tomemos partido rapidamente e remitamos o leitor

* A formulação da pergunta é falsa, como explicaremos no capítulo VI.

¹³ Remitamo-nos ao capítulo VI.

¹⁴ São as três etapas do pensamento universal que ensina VILANOVA: primeiro ARISTÓTELES e sua suposição de que há possibilidade de averiguar *ex ante* a natureza ou essência das coisas (que é a justiça, a verdade, a beleza, o homem) e a partir daí, deduzir sua aplicação ao caso particular (método axiomático-dedutivo, ou hipotético-dedutivo, ou conceitual-dedutivo, etc.); segundo, o empirismo (LOCKE, HUME, etc.), em que é através da repetição de uma solução individual em muitos casos concretos que se pode induzir a regra geral, para logo deduzir sua aplicação ao caso particular: assim BIELSA dizia que o direito administrativo tinha o método indutivo-dedutivo. O terceiro grande momento do pensamento universal segundo VILANOVA inicia-se com POPPER, e é o atual, ao qual nos remetemos neste primeiro capítulo. Não seria de bom tom chamá-lo, como alguns o fazem, método hipotético-dedutivo, porque a hipótese é sempre singular no caso do direito e não existe lugar a dedução alguma a partir dela. Ver VILANOVA, JOSÉ e outros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires: FDA, 1985, distribuidor EUDEBA.

às referências do capítulo V: não se pretende descobrir a “certeza” da “verdadeira” solução “indiscutível” de um caso de direito: “os que não estão dispostos a expor suas idéias à aventura da refutação, não tomam parte no jogo da ciência” (POPPER). Não existem regras,¹⁵ existem casos individuais e concretos; como diz GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶ e o seguem aqui este autor e outros.¹⁷ A Ciência jurídica tem sido sempre, e não pode deixar de ser, uma Ciência de problemas singulares. Funciona com hipóteses ou conjecturas a partir de grandes princípios ou valores, não como dedução a partir de regras. As regras têm que conhecê-las e estudá-las, pois sistematizam e ordenam a mente; mas não é com juízos axiomático-dedutivos como o direito é e deve ser aplicado.

Tem que aprender a conviver com a incerteza criadora, com a angustia de buscar sempre uma solução mais justa, ou melhor, que será por sua vez, constantemente provisório. Lembra CARDOZO que em seus primeiros anos buscava a certeza. Ficava oprimido e desapontado quando chegava à conclusão que sua busca era fútil, mas com o tempo, havia se reconciliado com a incerteza, porque tinha crescido até vê-la como inevitável. Havia crescido para ver que o processo em seus mais altos níveis não é descobrimento, senão criação, dúvidas e incertezas, aspirações e medos, são parte do trabalho da mente.¹⁸ Não existem regras, existem casos. Dito de outra maneira, a única regra é que não há nenhuma regra. Ou como disse o mesmo CARDOZO,¹⁹ depois de tudo, existem poucas regras: existem principalmente estandares e graus, isto é, grandes princí-

¹⁵ Outra forma de expressá-lo em CUETO RÚA, JULIO C., *El “common law”*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 64, nota 27 e suas remissões. A transcrevemos infra, § 4, p. 1-12.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, prólogo de VIEHWEQ, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid: Civitas, 1964, p. 12.

¹⁷ BOLAÑOS, Marcelo. “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa,” ED, 187 (2000): 150, 151 e notas 3 e 4, onde assinala, por sua vez, as fontes desse pensamento.

¹⁸ CARDOZO, Benjamín N. *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven: 1952, p. 166.

¹⁹ Op. cit., p. 161.

prios.²⁰ São os fatos, a luz dos grandes juízos de valor do direito os que dão solução ao caso²¹. Nenhum caso igual ao anterior soluciona o seguinte, não apenas porque a corroboração não é um valor real,²² senão porque haverá pelo menos um tempo distinto, uma pessoa diferente, um espaço diverso, etc.²³

2. PRINCÍPIOS E VALORES, NÃO “CONCEITOS”

JHERING²⁴ ataca diversas complexidades da “jurisprudência de conceitos” dos romanistas de sua época (SAVIGNY, PUCHTA e outros) e lhes imputa não adequar-se à realidade: prevaecem nela, segundo JHERING, os conceitos sobre os fatos. Não se trata de negar a existência e vigência de princípios ou estandar-tes de direito, muito pelo contrário, eles apenas nada têm a ver com a construção do direito à base de conceitos,²⁵ na crítica de JHE-

²⁰ LORD Denning, *The Discipline of Law*, Londres: Butterworths, 1979, p. 7, referindo-se ao direito supranacional.

²¹ Ver a excelente decisão *The Scotch Whisky Association*, CNFed. Civ. E Com., Sala II, 2000, LL, 2000 – C, 696. A magnífica análise fática e valorativa (para mais, com um toque de *sense of humour*) del cons. IV, não deixa lugar à dúvidas de qual é a única solução justa e razoável. Os completos fundamentos normativos dos cons. VI e VII, não fazem, senão, confirmá-lo. Fatos, valoração, normas, são as três etapas metodológicas da análise jurídica. Ver nosso artigo “El método en un caso de derecho: hecho, valoración, normas”, RAP, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

²² POPPER: ver as referências infra, cap. II, nota 1.1.

²³ CARRIÓ, Genaro. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32 e 33, § G; p. 34, § K. Em outro sentido disse: LEVI, Edward H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1964, p. 12, que “as regras mudam enquanto são aplicadas”; ROMBAUER, Marjorie D. *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, West Publishing Company, Minnesota: St. Paul, 1984, p. 328; COHEN, Félix S. *El método funcional en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p. 122.

²⁴ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, traduzido como *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, subtítulo *Ridendo dicere verum*. Madrid: Civitas, 1987.

²⁵ Conceitos que, para a maioria, cada autor considera-se livre para formular como lhe pareça, ao seu arbítrio.

RING. Se os critica, pretende-se que sejam como supostas regras gerais das quais pode-se logo deduzir axiomáticamente consequências jurídicas.

Trabalha-se de outra maneira ao analisar os fatos de cada caso, com uma orientação axiológica e interpretativa, com os grandes princípios do direito.²⁶ O mais importante é o devido processo legal²⁷ e sua parte substantiva ou garantia de razoabilidade,²⁸ proporcionalidade,²⁹ sustentação fática suficiente.³⁰ Também o enun-

²⁶ Que ninguém nega: PESCATORE, Pierre. Aspectos judiciales del «acervo comunitario», Revista de Instituciones Europeas, Madrid: 1981, p. 331 e ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Henríque. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, pp. 97 a 103; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 76 e ss.

²⁷ LORD Denning. *The Due Process of Law*. Londres: Butterworths, 1980; *The Discipline of Law*, op. cit.; NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D. e YOUNG, J. Nelson. *Constitutional Law*. Minnesota: West, 1986, 3ª ed., caps. 11 e 13, e o maior desenvolvimento de seu *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*. St. Paul: West, 1986; SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Boston y Toronto: Little, Brown and Company, 1984, 2ª ed., caps. 6 e 7, p. 343 e ss.). PERELMAN, Chaim. *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, Au-delà du positivisme juridique*. París: LGDJ, 1984; LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. Buenos Aires: Astrea, 1970, 2ª ed. TJE, Hauptzollamt München-Mitte (1991), citado em CHITI, Mario P. *Diritto Amministrativo Europeo*. Milán: Giuffrè, 1999, p. 317. Ver p. ex. para o direito alemão e português, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 670/3 e suas referências às notas 490 e ss. da doutrina alemã.

²⁸ WADE, H. W. R. *Administrative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1982, 5ª ed., p. 353 e ss. (*The Principle of Reasonableness*), cap. 13 (*Natural Justice and Legal Justice*, p. 413 e ss.), p. 421 e ss. (*Judicial and Administrative Impartiality*), etc.

²⁹ BRAIBANT, Guy. “*Le principe de proportionnalité*”. Mélanges Waline, París: 1974, p. 297 e ss.; GERAPETRITIS, George, *Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*. Atenas: Sakkoulas, 1997.

cia como justiça e equidade, não como valores sub-legais senão supra-legais. Tratados interamericanos modernos agregam a eficácia e eficiência, e reiteram a equidade.³¹

A todos eles cabe agregar um feixe de princípios de origem antiga, mas em constante re-elaboração: imparcialidade,³² audiência prévia,³³ desvio de poder,³⁴ discricionariedade zero ou única solução justa,³⁵ segurança jurídica,³⁶ *cláusula rebus sic stantibus*,³⁷ boa fé,³⁸ confiança legítima,³⁹ etc. Pode-se-lhes agregar, conjuntamente ao princípio da *mala praxis*, o dever de atuar com diligência, prudência, cuidado, eficiência, etc., em um labor normal

³⁰ LETOURNEUR, “*El control de los hechos por el Consejo de Estado Francés.*” RAP, 7: 221 (Madrid); GOLDENBERG, Leo. *Le Conseil d’. Etat juge du fait.* Paris: Dalloz, 1932, p. 192.

³¹ Assim, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção que explicamos em nosso Tratado de direito administrativo, Buenos Aires, Fundação de direito administrativo, 4 ts., 4ª e 5ª ed., 1999/2000, cap. XVI.

Em edições posteriores, suprimimos esse capítulo, por ter tratado seu conteúdo ao longo da obra. Sua publicação original foi como “um corte transversal ao direito administrativo: a Convenção Interamericana Contra a Corrupção”, LL,1997-E,1091.”

³² Explicamos estes princípios no *Tratado.* op. cit., t. 2, cap. IX, §13.

³³ *Tratado...*, op. cit., t. 2, cap. IX, § 10.

³⁴ *Tratado...*, op. cit., t. 1, cap. X, § 15.3; t. 3, cap. IX, § 6.

³⁵ *Tratado...*, op. cit., t. 1, cap. X, § 15; t. 3, cap. IX, § 8; t.3, cap. VI, nota 11.7.

³⁶ PACTAU, Bernard. “La securité juridique, un principe qui nous manque?” Paris: ADJA, 1995, nº especial de cinquenta anos, p. 151.

³⁷ KÖBLER, Ralf, Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Mohr: 1991.

³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo.* Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER, Franz. *El principio general de buena f.*, Madrid: Civitas, 1977; PICOT, F. *La bonne foi en droit public.* Basilea, 1977.

³⁹ BLANKE, Hermann-Josef. *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht.* Tübingen. Mohr Siebeck: 2000; PREVEDOUROU, Eugénie. *Le principe de confiance légitime en droit public français.* Atenas: Sakoulas, 1998; PUISSOCHET, J.-P. *Vous avez dit confiance légitime, en Mélanges Guy Braibant.* Paris: Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA, J., *Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht.* Bonn: Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzänderungen.* Berlín: Duncker y Humblot, 1990.

de uma pessoa em respeito a outras, em cumprimento de uma obrigação devida a elas.

A razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade, adequação de meios ao fim, etc., nas distintas terminologias dos distintos direitos, são princípios universais e antigos. Entre suas múltiplas aplicações encontramos, em direito penal, todo o desenvolvimento sobre o excesso na legítima defesa.⁴⁰ A razoabilidade aparece igualmente no direito civil, comercial, internacional, processual, etc. São todos verdadeiros princípios gerais do direito, de validade universal.

3. O CONHECIMENTO DO DIREITO

Uma antiga máxima do direito romano vem se deformando com os séculos. Trata-se de que ninguém pode alegar ignorância ao direito para escusar-se de havê-lo descumprido. Ela é claríssima quando se trata do dever de trabalhar de boa fé, não enganar o outro, não provocar danos a ninguém, não abusar do próprio direito, atuar coerentemente, cumprir com a palavra, não voltar atrás, está obrigado pelos próprios atos, não incorrer em *mala praxis*, atuar com prudência, com razoabilidade, com proporcionalidade, não atuar fora dos trilhos, ser um bom pai de família, viver honestamente, cumprir as regras do mercado (*lex mercatorum*),⁴¹ ser justo, ouvir ao outro antes de resolver, etc.

Sem embargo, com o passar dos séculos, os princípios têm aumentado substancialmente, contudo, de maneira exponencial às normas, sobretudo de caráter administrativo. Elas contradizem, às vezes, os princípios maiores da ordem jurídica. Em casos extremos

⁴⁰ Código Penal, art. 34, inc. 6º); SOLER, Sebastián. *Tratado de derecho penal argentino. t. I*. Buenos Aires: TEA, pp. 359-361 e 365; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal, t. 4*. Buenos Aires: Losada, 4ª ed., pp. 26, 127, 235. Uniforme.

⁴¹ Com sua antiga previsão, *caveat emptor*, hoje morigerada pelo direito do consumidor.

é impossível cumprí-las, pois assim estão desenhadas.⁴² É necessário descumprí-las, pois são degradantes ou violam princípios éticos fundamentais ou atentam contra a crescente ordem pública internacional. Ficam no limbo milhões de normas que não estão tingidas de antijuridicidade ou irrealidade manifesta, e que carecem de relação, salvo os absurdos, com os grandes princípios jurídicos: qual formulário apresentar, como preenchê-los, quantas cópias fazer, que fotocópias agregar, como autenticar a assinatura, etc.

É fácil entender que a ignorância não é mais motivo para escusar-se ao descumprimento do direito. Mas parece que a ignorância de como preencher um formulário adequadamente não pode ser julgada com a mesma rigidez que quando da atuação dolosa ou maliciosa que prejudica o outro, inclusive se é por vingança ou simples maldade, e não por descuido ou desconhecimento.

Toca, pois, ao intérprete realizar uma ponderação do caso⁴³ que não reduza ao absurdo este dogma irreal do conhecimento de todas as normas legais ou regulamentárias, senão revalorizar o necessário conhecimento e respeito, a plena vigência efetiva dos grandes princípios do direito.

A solução deve, necessariamente, ser justa e, nessa busca, é possível que haja algum caso em que seja lícito escusar-se à ignorância das normas secundárias,⁴⁴ não dos princípios. Como, tampouco, pode-se escusar ao cumprimento da norma gravemente injusta.

⁴² O explicamos em *La administración paralela*. El parasistema jurídico-administrativo. Madrid: Civitas; *L' amministrazione paralela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, com introdução de FELICIANO BENVENUTI, Milán: Giuffrè, 1987.

⁴³ É importante destacar que não se trata de mudar a regra por outra oposta que seria, ademais, absurda, extremadamente nociva e injusta. Trata-se de atingir a ponderação caso a caso. Essa é a tarefa do intérprete.

⁴⁴ Incluindo as penas, como na sábia decisão do TSJ de Neuquén, sobre o direito indígena frente ao Código Penal, Puel, 1999, que pode ser encontrado em: <ftp://ftp.palermo.edu.ar/pub/red.dip/stjnequen.doc>. A decisão poderia, todavia, fundar-se, adicionalmente, no princípio de justiça (a solução penal era, no caso, injusta), e sem transcendência (o fato era ter removido duas estacas de seu terreno).

4. DEVIDO PROCESSO LEGAL E DIREITO SOVIÉTICO. DIREITO NATURAL

A força destes princípios e em particular do devido processo legal com tudo o que lhe implica (razoabilidade, proporcionalidade, *fairness*, etc.), destaca-se em uma frase do Juiz JACKSON, da Corte Suprema dos Estados Unidos, em plena Guerra Fria (1952). Disse JACKSON que se tivesse que eleger entre as leis do *common law* aplicadas por procedimentos soviéticos, ou leis soviéticas aplicadas pelo *due process of law*, não duvidaria em escolher o segundo.

WADE recorda e enfatiza esta citação,⁴⁵ pois ela mostra a importância no Direito de grandes princípios, estándares ou valores. Não são regras das quais se podem deduzir conclusões por um raciocínio lógico, são formas de compreender e fazer funcionar o direito para que seja justo. Em outra forma de expressá-lo, disse CUETO RÚA que “o juiz vê-se sempre obrigado a decidir entre normas e interpretações contraditórias, e tal decisão importa em um processo valorativo prévio sobre o qual se funda a seleção *em função dos fatos do caso*.”⁴⁶ É uma das formulações contemporâneas da justiça natural oriunda do direito inglês.

Se bem que existem importantes diferenças metodológicas de linguagem e filosofia da ciência, de todas as maneiras suas raízes também se remontam ao direito natural, seja em sua vertente religiosa ou laica.⁴⁷

⁴⁵ J. JACKSON, em *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S.206 (1953), citado por WADE, *Administrative Law*, op. cit., cap. 13, p. 414.

⁴⁶ CUETO RÚA, op. cit., p. 64, nota 27. O itálico é do original.

⁴⁷ BOLAÑOS, op. loc. cit. e suas referências. Ver STARCK, Christian. “*The Religious Origins of Public Law*”, *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres: Esperia, 1998, p. 621 e ss. “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten”, 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et

5. OS CONCEITOS E OS FATOS

JHERING assinalou o excesso de SAVIGNY em construir o direito com base em conceitos, sem partir e centrar-se sempre nos fatos do caso.

“Minha obra *El fin en el derecho* tem por única finalidade colocar em destaque a concepção prática do direito frente à jurídica formal e à filosófica-apriorística; para isso, fixou-se o objetivo de por à vista de todos, os motivos práticos das instituições e regras jurídicas”.⁴⁸

Critica a SAVIGNY, por exemplo, no tema da possessão, por “*construir uma instituição jurídica [...] prescindindo em absoluto de seu valor prático, embasando-se exclusivamente nas fontes e no conceito*”⁴⁹.

Disse ademais JHERING que “a aplicação da usucapião a um objeto incorpóreo como o é a *Hereditas* pressupõe um amadurecimento e virtuosidade de abstração jurídica inimagináveis em tempos primitivos. O mesmo SÉNECA a considera, todavia, uma sutileza dos juristas. Para que um jurista chegue à idéia de estender o conceito de usucapião dos objetos perceptíveis pelos sentidos ao objeto simplesmente imaginado, embasado na pura abstração,” etc.

“Tenho vertigem ao engedrar-me nessa literatura e quanto mais leio mais me confundo, a tal ponto que quando tenho que jul-

les Églises dans leur signification pour l'Union Européenne et ses États membres”, em JORGE MIRANDA, editor, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

⁴⁸ Op. cit., p.43. O desacato é nosso. Em sentido análogo, com distintos exemplos, pp. 45, 46, 47, 53, 54, 55 (!), 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72 (!), 79/80, 81,87 nota 2, 88, 92, 102/3, 104, 105, 107, 109, 129/133 (em que ataca outras formas de usucapião de direitos, demonstrando a fragilidade do instituto da usucapião de direitos e não coisas); 149/180 (um direito processual romano para o poderoso e outro para o débil); 222, 247/54, 267, 269, 271, 272, 273, 274, 278, 279, 284, 286/7.

⁴⁹ Op. cit., p. 219. Grifo nosso.

gar um caso prático, só posso resolvê-lo esquecendo-me por completo de tudo que li e ouvi.”⁵⁰

Logo dedica mais dados à definição servil, a compra da esperança, o direito garantido sobre a esperança, etc.⁵¹

Segundo JHERING, é próprio de SAVIGNY explorar ao máximo os conceitos de direito; afirma que é próprio dele explorar ao máximo os fatos.

6. COMMON LAW E DIREITO CONTINENTAL EUROPEU⁵²

Quem se aproxima do direito, costuma ter uma das duas grandes vertentes: a) os que principalmente o praticam ou exercem como advogados litigantes ou magistrados judiciais (e também funcionários da administração); b) os que principalmente o ensinam e publicam livros, tratados ou manuais para a divulgação, o ensino, etc. Dado que uma ou outra ocupação costuma ser *full time*, não é frequente que haja pessoas que tenham ao mesmo tempo, sem vivência de contradição, ambas experiências. Essa distinção ocupacional faz com que os primeiros prestem importância central aos fatos do caso, deixando momentaneamente em um lugar secundário a doutrina dos livros. Os segundos, dedicados em maior medida às grandes linhas do sistema jurídico, costumam prestar maior atenção aos conceitos, definições, classificações, comparações, etc. Os chamaremos, respectivamente, ocupação a) e b).

Para resolver um problema concreto, ocupação a), faz falta, antes de começar, haver estudado e seguir estudando as obras

⁵⁰ Op. cit., p. 42. Grifo nosso. Temos ouvido igual expressão de distintos magistrados em diversos países do direito continental europeu. JHERING o escreve.

⁵¹ Op. cit., p. 47.

⁵² SCHWARTZ, Bernard. *French Administrative Law and the Common-Law World*. New York: University Press, 1954; FLOGAITIS, Spyridon. *Administrative Law et Droit Administratif*, prefacio de JEAN RIVERO, Paris, L.G.D.J., 1986; VELEZ GARCIA, Jorge. *Los dos sistemas Del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*. Santa Fé de Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994; CUETO RÚA, “*El common law*”, op.cit.

dos segundos. Mas ao entrar no caso, os fatos são 98%⁵³ do problema. Resolvida a percepção valorativa sobre os fatos, com base no prévio conhecimento do direito por quem o escreve, ocupação b), fica uma questão de técnica jurídica, de vinculação e adequação da solução provisória a b), ou de redação da solução a) com base no conhecimento de b).

Pode ocorrer que alguém se dedique tanto ao primeiro, que descuide do segundo. Assim ditará sentenças *contra jus*, arbitrárias, antijurídicas. Pode também, ao contrário, que alguém se dedique tanto ao segundo que descuide ou ignore o primeiro. Então, escreverá obras abstratas, sem contato com a realidade,⁵⁴ potencialmente inúteis.

Obviamente, em ambos os casos o que há é um visível exagero. Também pode ocorrer que existam simples preferências por uma ou outra coisa. Há quem considere que culturas jurídicas inteiras poderiam qualificar-se deste modo, contrapondo, por exemplo, “o espírito teórico alemão” e o “empirismo” e “pragmatismo francês”; ou o “empirismo anglo-saxão” e o caráter “sistemático” do direito continental europeu. Podemos também ir às fronteiras de cada ocupação, sem exceder os limites: livros inteiros analisando um só caso, ou livros tão abundantes em casos que um “teórico” seria tentado a chamá-lo “pandectista”.

A grande diferença é que em a) se pinta ou expõe mais o problema; em b) se pinta ou expõe mais o sistema que o engloba.

O que não muda é que o problema ou caso de direito é trabalhado de igual forma em todos os países do mundo, seja qual for o sistema jurídico. O que muda são os livros, que em determinadas partes do mundo explicam principalmente os grandes princípios e em particular os casos e problemas⁵⁵ e em outras explicam mais o sistema, as regras, as normas, as definições, classificações, compa-

⁵³ Velha figura de linguagem ou *façon de parler* atribuída a WERNER GOLDSCHMIDT pela tradição oral da Procuração do Tesouro Nacional.

⁵⁴ Como critica JHERING acerbamente a SAVIGNY.

⁵⁵ Remitamo-nos às críticas de CARDOZO referenciadas na página 8.

rações, tendência e evolução histórica, conceitos, etc.⁵⁶ Em cada país, de todo modo, convivem o mundo (a), os que praticam o direito, e o mundo (b), os que escrevem e ensinam direito. Reunido-se aqueles que praticam o direito, de países do common law e do direito continental europeu, coincidirão que suas experiências são análogas. Reunido-se aqueles de ambos os sistemas, quem escreve e ensina direito, encontram-se as coincidências entre os grandes princípios de um e outro, ainda que uma grande dispersão terminológica. As mesmas coisas, a força de chamá-las distintas pode chegar a parecerem diferentes; não o são.

Os grandes princípios e a experiência da resolução de casos, esses dois pontos são universais. É uma só experiência metodológica, um só método de resolver casos e problemas, uma só filosofia.

7. O DIREITO NOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

Os tribunais internacionais⁵⁷ são os que melhor exemplificam o critério. Sua composição por juízes de distintas nacionalidades impede que cada um invoque ou aplique seu próprio direito nacional. As regras internacionais, por sua parte, são poucas e muito gerais. Na solução dos casos julgam, pois, um rol claro e distinto, os grandes princípios jurídicos em que os juízes possam coincidir apesar de suas distintas formações e nacionalidade e a percepção dos fatos do caso. O mesmo ocorre com os tribunais europeus de direitos humanos (Estrasburgo) e de justiça (San José), com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (San José), com os tribunais arbitrais internacionais, a Corte Internacional de Justiça (La Haya). Posto que seus pronunciamentos sejam superiores e obrigatórios

⁵⁶ A maior parte de nosso *Tratado de derecho administrativo*, 4 vols., Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006-7, 8ª – 9ª ed., e em www.gordillo.com trata esses temas, mas com a perspectiva que aqui explicamos.

⁵⁷ *Tratado...*, op. cit., t. 2, cap. XVI, “*La justicia administrativa internacional*” Destacamos entre eles os tribunais administrativos internacionais.

para as jurisdições nacionais, parece necessário entender seu método.

Capítulo 3

OS FATOS DO CASO. FATO E PROVA

1. A IMPORTÂNCIA DO CASO

A necessária conexão que deve existir entre a teoria e a realidade aprecia-se, particularmente, na análise de casos: a respeito, cremos conveniente formular algumas reflexões liminares de metodologia da ciência,⁵⁸ vinculadas ao tema do caso.⁵⁹

É conhecida até no mundo anglo-saxão,⁶⁰ em distintas versões⁶¹ e em outros países,⁶² a insatisfação pelo modo com o qual a

⁵⁸ POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1973. *EL desarrollo del conocimiento científico. Conjecturas e refutaciones*. Buenos Aires: Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976; MILLER, David. *Popper Selections*. Princeton: Princeton University Press, 1985, p. 126.

⁵⁹ Não há que confundir a análise do caso com o método de casos para o ensino. Ver uma exposição dos diversos métodos de ensino em *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*. Madrid: Civitas, 1988 e 4 reimpresão, 2001.

⁶⁰ “Os cursos das faculdades de direito e livros universitários nunca consideraram sistematicamente o processo pelo qual os litigantes coletam, analisam e usam os meios de prova para confirmar os fatos”: BINDER, Davia A. e BERGMAN, Paul. *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*. Minnesota, St.Paul: West Publishing Company, 1984, p. XVII.

faculdade prepara o futuro profissional, seja como advogado consultor, litigante, negociador, funcionário público, magistrado, funcionário da justiça, para resolver casos de direito.⁶³

Este é o objetivo central do ensino do direito, pois ele somente se materializa através de sua *aplicação a um caso concreto*, sejam em tratativas privadas, gestões, litígios, sentenças, pareceres etc.

Deve-se recordar que o direito é uma ciência de problemas singulares e concretos⁶⁴ e que os princípios de valoração e de ordem que se extraem da lei são sempre descobertos e contrastados em uma problemática concreta, “de modo que é o problema e não o sistema em sentido racional, o que constitui o centro do pensamento jurídico”.⁶⁵ Os livros têm um lugar na aprendizagem e na prática do direito, mas lê-los ou estudá-los não é equivalente a aprender

⁶¹ Comparar ROWLES, James P., “Toward Balancing the Goals of Legal Education”, *Journal of Legal Education*, 1981, vol. 31, p. 375 e ss., 383, 384 e 389, que é mais otimista no aspecto técnico, que no político-social (p. 391 e ss.)

⁶² No século passado, o Conselheiro ROMIEU aconselhava os jovens auditores do Conselho de Estado Francês: “Sobre todo nada de doutrina, Uds. falsearían el espíritu”: LEGENDRE, Pierre. *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*. Paris, PUF, 1986, p. 469. Isto não significa, entre nós, ignorar de tudo a doutrina, senão deixá-la para depois da análise dos fatos, a valoração e as normas. Não se começa com os livros, se começa com os fatos.

⁶³ Disse CARRIÓ, Genaro. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Buenos Aires: Aleledo-Perrot, 1989, p. 56 e ss.: “em nossas faculdades não se ensina, em realidade, nem sequer se começa a ensinar o ofício ou profissão de advogado.” “Um tem que aprender o ofício só, depois de graduado...”. Ver também, do mesmo autor, *Cómo argumentar y fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, reimpressão, 1996.

⁶⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, em seu prólogo à Viehweq, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1964, p.12: “A Ciência jurídica tem sido sempre, e não pode deixar de ser, uma Ciência de problemas singulares”.

⁶⁵ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Bracelona, 1961, p. 9; em igual sentido MARTÍN RETORTILLO y SAINZ DE ROBLES, *Casos prácticos de derecho administrativo*, Valladolid, 1996, p.18.

direito; é uma parte: o direito se aprende *trabalhando* em resolver casos e problemas singulares e concretos; não há outra forma.

2. A IMPORTÂNCIA DOS FATOS NO CASO

Quiçá, o fundamental e o mais difícil seja transmitir experiências que permitam apreciar, compreender e atuar conforme a máxima de que o decisivo é sempre conseguir perceber e relacionar todos os fatos, selecionando a informação relevante e pertinente e distinguindo a que o é em menor medida, ou carece por último de importância. Por isso, talvez caiba ampliar um pouco mais na sustentação teórica da necessidade de conhecer bem os fatos.

A importância determinante dos fatos tem sido exposta reiteradamente pela doutrina e sem dúvida pela experiência. Os juristas de todo o mundo nunca deixaram de enfatizar a questão, desde a posição de SALEILLES que recorda CARDOZO, “Um decide o resultado ao começo; depois encontra o princípio; tal é a gênese de toda construção jurídica”,⁶⁶ ou mais precisamente, o jurista vai formando uma hipótese provisional a partir dos fatos, hipóteses ou conjecturas que logo controla⁶⁷ com o direito. Em sentido análogo costuma-se dizer com igual acerto que as normas “não se impulsionam por si mesmas”, que são os fatos “que fazem aplicável ou inaplicável uma determinada regra substantiva⁶⁸; que “o alcance de uma regra e, portanto, seu sentido, depende da determinação dos fatos”⁶⁹. Dito com simplicidade magistral, é o princípio cardinal de que “tudo depende do assunto”⁷⁰. Em uma formulação mais empí-

⁶⁶ Ver CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. Yale University Press, New Haven, reimpressão 1952, p. 170. Trata-se da conjectura científica, a que nos referiremos mais adiante: não é que já se “decida”, senão que se formule uma hipótese provisional, sujeita à modificação.

⁶⁷ Nesse controle está a chamada refutação ou negação que ensina POPPER.

⁶⁸ BINDER e BERGMAN, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, op. cit., p. 2.

⁶⁹ LEVI, Edward H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1964, P.10.

⁷⁰ LORD DENNING. *The Discipline of Law*. Londres: Butterworths, 1979, pp.93 e 97.

rica ainda, que “uma vez bem estudados os fatos e sendo estes expostos ordenadamente, estará resolvido 98% do problema”⁷¹.

O direito assegura “que há prova documentada que proporciona uma base racional ou lógica para a decisão [...] (e que esta) é efetivamente um produto do raciocínio a partir da prova. Isto quer dizer prova no caso e no contexto do caso [...] Uma conclusão baseada em [...] prova abstrata pode ser “racional”, mas não é uma decisão racional no caso do qual se trata;”⁷² “ocorre que a realidade é sempre uma: não pode ser e não ser ao mesmo tempo ou ser simultaneamente de uma maneira e de outra [...] a realidade como tal, caso se há produzido o fato ou não, isto já não pode ser objeto de uma faculdade discricionária”, “porque não pode ficar ao arbítrio da Administração” (nem de qualquer outro órgão do Estado) “discernir se um fato se cumpriu ou não, ou determinar que algo ocorreu se realmente não tenha sido assim. O milagre, podemos dizer, não tem lugar no campo do Direito.”⁷³

A Corte Suprema indaga “às vezes exaustivamente, as circunstâncias de fato implicadas na causa submetida à sua decisão para, em função dessas análises, resolver se faz a mediação concreta ou não nessa inadequação dos meios previstos na norma taxada de inconstitucional, com os fins que perseguiu e que – de existir – autorizaria a sustentar sua *irrazonabilidad*”.⁷⁴

Cabe assim mesmo recordar que “As resoluções [...] fundadas em uma prova inexistente [...] torna arbitrária a medida disposta nelas”,⁷⁵ ou que “não cabe [...] sem violar princípios atinentes à garantia da defesa em juízo, prescindir dessa prova com a mera

⁷¹ Segundo a tradição oral, disse WERNER GOLDSCHMIDT na Procuradoria do Tesouro da Nacional.

⁷² JAFFE, Louis. *Judicial Control of Administrative Action*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1965, p.601.

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA. La lucha contra las inmunidades del poder. Madrid: Civitas, 1979, pp.31 e 32, quem também recorda seu artigo *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*.

⁷⁴ PADILLA, Miguel. *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p.77.

⁷⁵ PTN, *Dictámenes*, 81: 228, 230 e nosso t. 4, *Procedimiento administrativo*, op. cit., cap. VII.

afirmação dogmática de que os testemunhos são insuficientes ou inadequados”⁷⁶ e que “os juízes intervenientes possuem, ademais, a possibilidade de revocar ou anular a decisão administrativa sobre os fatos controvertidos, se ela fora suficientemente não razoável ou se apoiara tão só na vontade arbitrária ou no capricho dos funcionários.”⁷⁷

Para determinar essa realidade no plano documental e do expediente, é necessário em primeiro lugar “examinar muito atentamente e de maneira completa o conjunto de documentação”; trata-se do esforço por “fazer falar os papéis” segundo a velha fórmula de trabalho do Conselho de Estado Francês;⁷⁸ é preciso que “esta prova se deduza das peças do expediente”.⁷⁹

Um necessário princípio de direito diz que deve-se manter e aplicar ao menos “uma certa racionalidade dentro da vida”;⁸⁰ ao buscar resolver um assunto, deve, antes de tudo, buscar a solução justa àquela que postulam, “as circunstâncias particulares de tempo e de lugar”⁸¹, e isso a de fazer-se através da “amplitude e minúcia das comprovações”⁸²; não fica senão o indispensável caminho de “proceder-se à investigações de fato bastante delicadas”⁸³, a “pro-

⁷⁶ CSJN, Decisão, 248:627, Aldamiz, 1960.

⁷⁷ CSJN, Decisão, 244:548, 554, Reyes, 1958.

⁷⁸ DE CORMENIN, M. *Droit administratif*, t.I, Paris. ed. Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5 ed., p. 11, nota 3, destaca o trabalho conciso e detalhista dos auditores que verificam, instruem e informam os expedientes.

⁷⁹ LETOURNEUR, M. “El control de los hechos por el Consejo de Estado Francés”. Madrid: RAP, 7:221.

⁸⁰ GOLDENBERG, Leo. *Le Conseil d'État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*. Paris: Dalloz, 1932, p. 192. Ver também RIVERO, Jean. “La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français”, no livro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*. Bruxelas, 1961, p.130 e ss.; LETOURNEUR, p.loc.cit.

⁸¹ Ver RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit administratif”, no livro *Pages de Doctrine*, t.I, Paris, LGDJ, 1980, p. 70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naives sur le recours pour excès du pouvoir”, *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naifs d'um huron sur le contentieux administratif”, *Études et Documents*, núm. 31, 1979/1980, pp. 27 a 30.

⁸² LETOURNEUR, op. cit., p. 223.

⁸³ LETOURNEUR, op. cit., p. 225.

fundas investigações de fato”,⁸⁴ em todos os campos do saber e da técnica que a situação do caso e a imaginação criadora de quem intervêm julguem necessário.

3. A DIFICULDADE EM DETERMINAR OS FATOS

Santo Tomás destacou a base experimental do conhecimento humano e em Aristóteles é possível encontrar a mesma ideia.⁸⁵ É um ponto de partida válido ainda que frequentemente não aplicado. Essa base experimental, em direito, são e serão sempre os casos. Não de outra maneira apresenta-se o direito a litigantes, funcionários, juízes.

Para apreciar a índole e dificuldade da tarefa de perceber os fatos, talvez convenha recordar que LEIBNITZ já assinalava que é inesgotável o repertório de características determinantes de fatos empíricos; as propriedades ou predicados que caracterizam os objetos da experiência são infinitos e por isso, sendo finita a percepção sensível – mesmo com todos os auxílios da ciência – sempre encontrará que os objetos do mundo, que são temporais, jamais mostram suas características de forma plena e exaustiva.⁸⁶

Se todas as ciências só admitem, pois, um conhecimento contingente de seus objetos, o mesmo passa ao jurista em um caso de direito e ainda mais agudamente a quem cultiva outros ramos do conhecimento.

Serão assim, segundo os casos, indispensáveis todos os meios que a ciência e a tecnologia possuem para a percepção da realidade: desde as modestas fotografias, gráficos, planos, dados numéricos, estatísticas, projeções atuais, censos, passando por to-

⁸⁴ LETOURNEUR, op. cit., p. 224.

⁸⁵ COPLESTON, F. C. El pensamiento de Santo Tomás. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 25 a 30.

⁸⁶ VERNENGO, Roberto J. La naturaleza Del conocimiento jurídico. Buenos Aires: Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp.19 a 21.

das as demais análises quantitativas e qualitativas da realidade, sem esquecer nunca a elementar observação direta.⁸⁷

Existem algumas regras empíricas de averiguação dos fatos do caso. Entre elas estão as que explicamos nos pontos seguintes.

4. ANALISAR A PROVA JÁ EXISTENTE⁸⁸

O primeiro passo a realizar⁸⁹, cumpre-se com a prova preexistente a qual parece ser, segundo ela, a realidade, sem esquecer, em seu caso, o expediente administrativo; a análise minuciosa da totalidade da prova documental é indispensável e deve fazer-se tanto individualmente para cada documento como buscando as correções em conjunto.

Convém fazer uma lista⁹⁰ dos fatos que conhecemos e das provas que deles temos, advertir quais são as lacunas de informação e as falências de prova e começar a correlacionar os diversos aspectos fáticos para verificar se aparecem discrepâncias entre eles.

Nessa primeira etapa deve também se avaliar o poder de convicção das provas preexistentes, o grau de credibilidade das testemunhas, de confiabilidade das perícias e informes que existam, a veracidade da documentação, sem dar nada por certo, nem nada por suposto;⁹¹ mais de uma vez uma escritura pública ou um instru-

⁸⁷ Para uma análise detalhada da experiência comum na análise de um caso, ver BINDER e BERGMAN, op. cit., pp. 94 a 98.

⁸⁸ Seguimos a útil classificação de BINDER e BERGMAN, op. cit., p. 34 e ss.

⁸⁹ Ver nosso livro *El método en derecho*, op.cit., cap.I

⁹⁰ BINDER e BERGMAN, op. cit., p. 40, propõem, em realidade, cinco listas de fatos conforme o caráter da prova que sustenta cada um deles: uma lista central totalizadora, duas listas de provas concretas correspondentes a cada uma das partes, duas listas de provas potenciais complementarias de cada uma delas.

⁹¹ Sobre todo o precedente, nos remetimos à BINDER e BERGMAN, op. cit., capítulo I a VIII.

mento público que pudera dar plena fé de suas formas extrínsecas ou de seu conteúdo,⁹² poderá ser arguido como falso.⁹³

Não será suficiente interrogar a parte e tomar nota de sua versão dos fatos, interrogando-a para ampliar a informação e verificar sua veracidade; não só terá que analisar cuidadosamente a documentação que fornece; terá que ter acesso ao expediente administrativo completo se ele existe, consultar os livros de comércio da parte⁹⁴ se isso for pertinente para a questão, visitar o lugar dos fatos se algo tiver a ver com o problema,⁹⁵ consultar os técnicos ou peritos⁹⁶ que conheçam os aspectos não jurídicos do assunto, discutir com eles os fatos do caso tanto para determinar se um entendeu bem como para assegurar-se de que eles o expõem adequadamente. Assim como o advogado que tem que fazer ou defender um juízo de má praxes médica deve compreender os rudimentos do problema médico que deu lugar ao pleito, assim também devem conhecer os rudimentos técnicos ou de fato de qualquer problema administrativo que tenha que encarar.

Por certo, existem limitações materiais de tempo – se vence um prazo para recorrer, há que contestar uma demanda, há que proferir uma sentença – além dos custos e de nem sempre poder contar com a predisposição do interessado, ou possibilidade material de fazê-lo, mas o advogado deve ao menos fazê-lo conhecer em

⁹² Para detectar qual é o efeito probatório quanto ao direito material e o processual remitamo-nos ao nosso t. 3, El acto administrativo. Buenos Aires: FDA, 2007, 9ª ed., www.gordillo.com

⁹³ Não é de se estranhar que se cometam graves deslizos documentais, rearmando expedientes de maneira artificial, destruindo-lhes peças documentais, etc.

⁹⁴ Ou requerer ao cliente a produção de um informe assinado por um contador externo à empresa, certificado quanto ao seu conteúdo pelos auditores e sindicato da empresa, conforme as regras usualmente aplicadas à matéria e certificado enquanto à autenticidade das assinaturas pelo Conselho Profissional pertinente.

⁹⁵ Caso se trate de algo existente fisicamente em algum lugar, conhecê-lo, vê-lo pessoalmente, fotografá-lo, medi-lo, etc, e obter, em suma, toda a informação quantitativa e qualitativa que seja pertinente sobre dito substrato material.

⁹⁶ E em seu caso, igual ao ponto anterior, fazer produzir laudos técnicos externos, devidamente respaldados e certificados a fim de sustentar sua verossemelhança e ulterior força de convicção.

seu caso, quais são as condições ópticas de informação e prova que conduzam a um melhor resultado possível. Logo veremos como se traslada este problema a funcionários e magistrados.

Não se deve temer a prova obtida a mais⁹⁷, pois logo virá a capacidade de síntese e de focalização do profissional; mas ao contrário, a prova obtida de menos pode implicar a perda do caso quando mais à frente a contraparte, eventualmente, a descubra e a forneça aos autos, se ela chega a ser adversa e substancial.

Se o profissional conhece essa prova a tempo, pode advertir *ab initio* a seu cliente que não lhe assiste o direito e perderá o caso, e assim, evitará o desgosto e parcial descrédito de perder um pleito por deficiente conhecimento dos fatos de seu próprio caso, prejudicando seu único capital, que é seu prestígio. Prejudicar a um cliente que perderá o pleito por culpa do advogado, é a melhor forma de destruir-se na profissão.

Com esses primeiros elementos de juízo aproxima-se o momento de determinar se o caso tem até aqui sustentação fática suficiente – na realidade, não só nos papéis e prova documental preexistente - se o fim perseguido ou conjecturado é congruente e proporcional com os fatos que o sustentam.

5. A PROVA ADICIONAL A PRODUZIR

5.1 Os advogados

Terminada a etapa anterior, o advogado começa já a formar algumas hipóteses sobre possíveis moldes ou soluções do caso e isso o levará necessariamente a avaliar se a prova da qual dispõe é suficiente para sustentar alguma ou algumas delas, ou se deve, ao contrário, imaginar outras provas a produzir para sustentá-las, se possível, ou para invalidá-las se não resultam suficientes. Em outras palavras, que prova é necessária para sustentar a argumentação.

⁹⁷ A menos que se faça incorrer em gastos que pareçam desmedidos e irrelevantes.

Aqui deve também começar seriamente a considerar as possíveis refutações da hipótese inicial que conceda, e imaginar quais seriam os meios de prova que podem sustentar essa refutação: em palavras de POPPER, não se trata somente de buscar as refutações e não defender dogmaticamente uma teoria, senão ainda mais, de ser permanentemente autocrítico e crítico da autocrítica.⁹⁸

Essa etapa é prévia ao início do assunto: ao contrário incorre-se no risco de efetuar um determinado levantamento da questão que caia por sua base com a ulterior produção de prova em contrário que realiza a contraparte ou eventualmente o tribunal.

Uma decisão responsável, portanto, deve incluir esta etapa intermediária. A instrução do processo começa, pois, muito cedo com a produção privada da prova pelo advogado, antes de iniciar a controvérsia ou ao menos em suas primeiras etapas.

5.2 Os funcionários ou magistrados

Caso se trate de um funcionário que deve prover ou decidir um expediente, a situação é *mutatis mutandis* a mesma: o princípio jurídico que rege o procedimento administrativo é o da oficialidade, o que supõe não somente a impulsão de ofício, senão também a instrução de ofício. O ônus da prova recai assim sobre a administração, e se a prova já aportada aos autos não satisfaz ao funcionário, lhe corresponde produzir ou fazer produzir os despachos, pareceres, perícias, etc., que a seu juízo resultem necessários para chegar à verdade material.⁹⁹

No caso dos magistrados, usualmente o trabalho probatório dos advogados de ambas as partes, mais o expediente administrativo em seu caso, há permitido avançar bastante na determinação dos fatos. Mas também pode e deve o julgador ditar medidas para melhor prover, pois não pode a consciência ditar um pronuncia-

⁹⁸ MILLER, *Popper Selections*, op. cit., p. 126.

⁹⁹ Explicamos tais princípios em nosso *Tratado de derecho administrativo*, t.2, *La defensa del usuario y del administrado*. Buenos Aires: FDA, 2006, 8ª ed., www.gordillo.com, cap. I.

mento conforme o direito se a seu juízo os elementos probatórios que constam nos autos lhe brindam um insuficiente ou deficiente conhecimento dos fatos.

Isso é assim em bons princípios¹⁰⁰ e existem em nosso país casos em que a Corte Suprema mesma dispôs importantes medidas de prova.¹⁰¹

Há também razões materiais que podem, em ocasiões, levar a isso: no juízo ordinário os fatos podem haver variado com o transcurso do tempo¹⁰² e a proteção à natureza sumaríssima do procedimento pode ter produzido uma omissão probatória – a juízo do que deve decidir – que não se pode moralmente deixar de lado dizendo que a questão corresponde a um juízo ordinário.¹⁰³

É certo que mais de uma vez o tribunal se perguntará se deve “deixar cair o manto do juiz e assumir a toga do advogado”,¹⁰⁴ e também que cada instância sucessiva é mais complicada que a anterior para realizar novas averiguações ou determinações de fato.

Frente à opção de falhar por falta de prova, ou ordenar de ofício a produção da prova que o julgador estime necessária, parece não poder existir nenhuma das opções: ao contrário, se tiver aparente sustentação nas regras de nosso direito processual formal, não as terá nas regras substanciais do devido processo constitucional.

¹⁰⁰ Por ex. na França COLSON, Jean-Philippe, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*. Paris: LGDJ, 1970, que dedica toda uma parte de seu livro à busca de provas efetuadas pelo juiz, p. 97 e ss.

¹⁰¹ Por ex. Saguir e Dib, *Decisões*, 302: 1284, ano 1980.

¹⁰² Assim no caso *Cine Callao*, que analisamos em *Derechos Humanos*. Buenos Aires: FDA, 2007, 6ª ed., o erro em não ver a realidade, cego pela emoção de um “direito à cultura”: o tribunal omitiu-se em analisar se houve ou não uma mudança na alegada situação fática entre o momento em que a lei foi promulgada e o momento em que a Corte a declara constitucional.

¹⁰³ Caso típico, se está em jogo uma vida: *Decisões*, 302: 1284, 1980, Saguir e Dib.

¹⁰⁴ LORD DENNING, *The Due Process of Law*. Londres: Butterworths, 1980, p.61.

5.3 Observações comuns

Com base na estratégia probatória que resolva a etapa anterior, o advogado¹⁰⁵ passará a uma etapa de investigação:¹⁰⁶ entrevistas com técnicos, profissionais dependentes do próprio cliente, novas buscas de documentação que se supunha poder existir, preparação antecipada de interrogatórios de testemunhas, pontos de perícia, etc.¹⁰⁷

Não nos escapa que muita desta atividade probatória os profissionais, às vezes, a deixa para o juízo mesmo: sem embargo, o custo de uma perícia é menor, caso a produza previamente à etapa judicial, os pontos de perícia se preparam com mais eficácia e oportuna colaboração do cliente, etc. Sobretudo, se pode de tal modo propor de forma mais segura e eficaz o enquadramento normativo e jurídico do problema.

Em nossa opinião, pois, é preferível adiantar-se a conceber e produzir, primeiro privadamente,¹⁰⁸ a prova¹⁰⁹ adicional ou contrária¹¹⁰ que resulte necessária.

Com a maior informação e a melhor colocação do caso que resulta da produção privada da prova, corresponderá mais a frente fornecer, se necessário, prova adicional.

¹⁰⁵ E, tal como o explicamos, o administrador ou o magistrado, cada um de maneira decrescente.

¹⁰⁶ Investigação do próprio advogado ou a cargo de peritos contratados: BINDER e Bergman, op. cit., p. 161 e ss., 211 e ss., 218 a 220 e 317 e ss.

¹⁰⁷ Sobre tudo isso nos remetamos novamente à BINDER e BERGMAN, op. cit., capítulos 11 a 17.

¹⁰⁸ Ver em nosso Tratado el t.4, *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2006, 9ª ed., cap. VI, & 19, 22.8, 26.2 e cap. VII, & 10, 10.1, etc.

¹⁰⁹ Analisamos no t. 4, cap. VI, alguns dos problemas que apresentam diversos meios de provas: informes e prova documental (&19 a 21, 23, 26), testemunhos orais ou escritos (&22, 24), posições (&25), perícias (&26), etc.

¹¹⁰ “Não sabemos: somente podemos adivinhar [...] mas dominamos cuidadosa e austeramente estas conjecturas ou antecipações imaginárias e audazes, por meio de contrastes sistemáticos [...] nosso método de investigação não consiste em defendê-las para demonstrar que razão, tínhamos, mas ao contrário, tratamos de derrubá-las” (Popper, *La lógica...*, op. cit., p. 259).

Por sua vez, assim como é melhor produzir a prova antecipadamente de forma privada, entre outras razões porque se faz um melhor trabalho probatório, cabe ter presente que quanto mais se tarde em produzir a prova, cada vez será mais difícil poder convencer acerca da veracidade de sua posição. Em efeito, os juízes têm em primeira instância uma certa tendência a dar algum valor à prova produzida previamente em sede privada ou administrativa, inclusive invocando em alguns casos um suposto caráter de instrumentos públicos dos expedientes administrativos.¹¹¹

No entanto, nas instâncias superiores se produz uma atitude análoga e crescente: os tribunais de alçada têm inclinação a aceitar a versão dos fatos determinados pelos juízes de instâncias inferiores.¹¹²

De tal modo, toda postergação da atividade probatória é sempre progressivamente prejudicial para quem nela incorre.

6. A APRECIÇÃO DA PROVA

Conforme os princípios modernos de apreciação da prova, isto depende da confiabilidade e credibilidade ou veracidade de cada um dos elementos da prova fornecidos; mas é importante aprender a valorar a prova desde o ângulo que o fará a contraparte (empresa, sindicato, etc, ou a administração, no caso da gestão ante as próprias repartições públicas) e a justiça depois, se a questão chega à juízo.

Neste ponto, como talvez em outros, a experiência pareceria resultar insubstituível¹¹³ e deve ajustar-se às circunstâncias de tempo e lugar, às pessoas concretas que desempenham, no momen-

¹¹¹ O explicamos no t.3 de nosso *Tratado*, cap. VII.

¹¹² BINDER e BERGMAN, op. cit., p. 134; LEVI, op. cit., p.5 e suas referências. Comp. LORD DENNING, *The Due Process of Law*, op. cit., p. 62.

¹¹³ O qual, não quer dizer, que não existam também elementos teóricos obtidos a partir da experiência e de outras disciplinas, que ajudam a valorar determinadas provas. A título de exemplo, para a apreciação da veracidade dos testemunhos, ver MIRA e LÓPEZ, Emilio. *Manual de psicología jurídica*. Buenos Aires: El Ateneo, 1980, 6ª ed., pp.115 a 126.

to da ação, as funções decisórias em sede administrativa ou judicial.

Em este último aspecto, o escrito pode ver-se influenciado pelas características de quem tem que decidir,¹¹⁴ mas como existem sucessivas instâncias e o tempo pode produzir mudanças na magistratura ou na administração, resulta difícil a arte de armar uma argumentação que não contradiga frontalmente a atual ou potencial idiosincrasia dos órgãos de decisão.¹¹⁵

7. O MUTÁVEL DOS FATOS E PROVAS

Deve-se aprender a reconhecer o caráter dinâmico de todo problema e determinar como isso afeta seus moldes e possíveis soluções através do tempo que transcorrerá desde a iniciação até sua possível conclusão:¹¹⁶ “a solução de todo caso jurídico tem que inserir-se no tempo e fazer-se cargo de seu transcurso”.¹¹⁷

Em outras palavras, devemos evitar conceber o direito como sistema em que “não há processos temporais, não há causa nem efeito, não há passado nem futuro”.¹¹⁸

Cabe, em consequência, estar sempre atento às mudanças nos fatos que se produzem através do tempo,¹¹⁹ às mudanças na

¹¹⁴ CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, op.cit., p. 49 e ss., &4), 6), 10), 12) e concordantes; p. 61, & III; & IV em combinação com o ap. 11) do & II do mesmo art., etc. Há aqui muito material para reflexão, que os advogados formados realizam cotidianamente em seu trabalho profissional, ainda que nem sempre os alunos.

¹¹⁵ Remitamos-nos à nota precedente.

¹¹⁶ Este tema foi analisado em nosso *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., sección IV, “La protección de los derechos”, capítulos. VIII a XIII.

¹¹⁷ CARRIÓ, *Cómo estudiar...* op. cit., p.34, & K.

¹¹⁸ COHEN, Félix S. *El método funcional en el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p.122, quem, desde logo, o afirma com critério geral.

¹¹⁹ ROMBAUER, Marjorie D. *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*. Minnesota: West Publishing Company, 1984, p. 328.

percepção dos mesmos, a informação adicional que se produz, etc e avaliar sempre como elas afetam o caso.¹²⁰

Mas não somente “fatores posteriores podem surgir e modificar a situação fática.” Outros podem assumir essa postura:

- 1) “o suposto feito inicial”, embora também possa mudar,
- 2) “as regras aplicáveis”,¹²¹
- 3) “o resultado que se considera desejável”,¹²²
- 4) a autoridade que decide,
- 5) o entorno jurídico político,
- 6) as ideias dominantes na sociedade ou no governo, etc.

O transcurso do tempo obriga assim, a uma re-análise constante de todos os fatores do caso.

8. ALGUNS ASPECTOS ESPECÍFICOS

Corresponde identificar os fatos da realidade que dão justificativa, motivo ou causa fática ao ato diferenciando-o da motivação ou explicação de tais fatos externos a ele.¹²³ Há que ter cuidado para não dedicar uma atenção desmesurada a esta, a tal ponto que chegue a impedir a percepção do objeto mesmo ou da situação fática que lhe dá ou tira-lhe sustentação. Em outras palavras, é indispensável que na análise dos fatos perceba-se a realidade e não somente o texto do documento, tratando-se de um ato escrito; ou as palavras ou circunstâncias na qual se expressa, caso se trate de um ato verbal, ou ambos superpõem-se atos verbais e escritos.

Em efeito, a análise do texto desde o ponto de vista fático compreende indispensavelmente o estudo dos fatos, expressados ou não na motivação do ato, na realidade externa ao ato e a qual o

¹²⁰ ROMBAUER, op. cit., p. 329.

¹²¹ CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, op. cit., pp. 32 e 33, & G. Em outro sentido disse LEVI, op. cit., p. 12, que “As regras mudam enquanto são aplicadas”.

¹²² CARRIÓ, op. loc. cit.

¹²³ Ver nosso *Tratado...*, t.3, *El acto administrativo*, op. cit., cap.X, & 6.

mesmo objetivamente refere-se ou relaciona – o diga ou não a motivação - que o enquadra e emoldura. Trata-se de uma adequada percepção da realidade na qual o ato se insere, ou seja, da “causa” ou motivo que o ato tem em dita realidade, independentemente de quais sejam suas expressões de razões ou invocação de argumentos na motivação.

Isto é absolutamente essencial para entender e aplicar o direito: se um lê *Cine Callao* e não adverte que a Corte não percebeu os fatos, erra o caminho; se lê *Chocobar* crendo que os fundamentos expostos são os reais e não os que recorreram dia a dia todos os jornais do país, também se equivoca; o mesmo com *Marbury vs. Madison* desconhece-se o contexto político, não explicado na sentença e assim sucessivamente; o mesmo vale para leis, decretos, sentenças, regulamentos, atos administrativos de qualquer espécie. Quem não entendeu os fatos do caso, nada entenderá do direito no caso.

8.1 A presunção de legitimidade e a prova

Há um erro político de grande persistência: a tendência a crê cegamente em quem exerce o poder,¹²⁴ público ou privado, econômico ou político, honesto ou corrupto.

Isto é válido não somente para o político, mas também para o jurídico. Deve, portanto, evitar-se o erro comum de crê que tudo que a autoridade, qualquer que seja ela, diz é certo, pelo só fato que o diga, confundindo então presunção de legitimidade¹²⁵ com verdade mais contundente, o que resulta não só logicamente insustentável, como também em um erro político substancial em matéria de direito.¹²⁶

¹²⁴ Vem desde sempre. Tanto no direito romano como contemporaneamente, o rico não deve prestar caução quando pede uma medida cautelar; o pobre sim.

¹²⁵ Ver em nosso *Tratado*, t. 3, op. cit., cap. V, segunda parte, & 2 a 6.

¹²⁶ A localização política na matéria é arquetípica. A respeito, ver no mesmo t. 1 do *Tratado*, o cap. III.

8.2 A razão de todos os elementos em jogo

Deve também muito especialmente determinar-se a razão tanto do ato como das normas em que o ato se funda, o que aplica¹²⁷ e dos fatos que o sustentam.

Tudo isso, sem incorrer em falácias formais ou não formais do raciocínio,¹²⁸ detectando assim mesmo as que se hajam produzido ou produzam no decurso das atuações.

Em tal sentido, cabe também recordar a SANTO TOMÁS quando ensinava que não se evoca a razão com a fé, nem se tem fé com a razão, axioma que pode também ser parafraseado em sua aplicação aos aspectos emotivos e racionais que cada caso possa conter. O manejo racional das provas de caráter emotivo é, pois, um dos requisitos de uma análise eficaz do problema.¹²⁹

8.3 Encontrar as normas aplicáveis ao caso

O aluno deve também treinar em encontrar as normas e princípios jurídicos aplicáveis ao caso, sejam eles:

a) supranacionais,¹³⁰ que nas belas palavras de LORD DENNING são cada vez mais como a “maré crescente. Penetra nos estuários e sobe pelos rios. Não pode ser detida”,¹³¹

b) constitucionais,¹³²

¹²⁷ T. 3, cap. VIII, & 8; CAP. IX, & 8 e 9; cap. X, & 6, etc.

¹²⁸ Ver algumas delas no t. 3, cap. IX, & 9.4.

¹²⁹ Para as provas emotivas, BINDER e BERGMAN, op. cit., p. 105 e ss.

¹³⁰ Para a discussão deste tema, nos remetemos ao cap. VI; nosso artigo “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, LL, 1992-B, p. 1295, reproduzido no cap. III de nosso citado livro *Derechos Humanos*, op. cit.

¹³¹ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., p. 18, que agrega que “sem dúvida” as cortes nacionais “devem seguir os mesmos princípios” que as cortes internacionais na aplicação dos tratados que contêm normas de direito interno.

¹³² Convém recordar que o art. 75 inc. 22 da Constituição reconhece como mínima categoria constitucional aos tratados de direitos humanos, o mesmo que o

c) legais, e por último,

d) regulamentárias,¹³³ aplicáveis a cada aspecto do caso, tendo presente que um dos erros de informação que pode sofrer é precisamente o desconhecimento de normas administrativas, tão numerosas e variáveis.¹³⁴

Uma das maiores dificuldades da aplicação do ordenamento jurídico administrativo é partir das normas e princípios supranacionais e constitucionais, o que conduz ao desaparecimento das normas de ordem legislativa e regulamentária com decrescente valor normativo. O não jurista tende a intervir na ordem de hierarquia normativa e dar maior importância ao menor regulamento, ainda que contravenha aos princípios gerais do direito, normas e princípios legais, constitucionais e supraconstitucionais, etc. O tema é antigo e não justifica discussão jurídica de nível teórico, mas é cotidiano na prática. Assim, como se cometem crimes que nem sempre a justiça chega a castigar, é frequente que se cumpra uma pequena regra administrativa absurda, injusta, maliciosa, irracional e não os grandes princípios do ordenamento jurídico.

9. AS VIAS ALTERNATIVAS DE COMPORTAMENTO

Continuando, é necessário imaginar e ter ao dispor várias vias possíveis de solução ou comportamento – ou abstenção de comportamento - conduta processual judicial ou extrajudicial, negociação, etc., plausíveis e razoáveis para o caso, que não contra-

inc. 24 aos tratados de integração latino-americanos e que a Corte Ihes inclui a jurisprudência supranacional. A regra inevitavelmente se expandirá.

¹³³ Nosso livro *La administración paralela, El parasistema jurídico-administrativo*. Madrid: Civitas, 1982 e 3 reimpressão, 2001; *L'Amministrazione Parallela. Il "Parasistema" Giuridico-Amministrativo*. Milan, Giuffrè, 1987. Devido à constante mutação normativa, nem sempre é uma tarefa fácil encontrar a norma regulamentaria aplicável. É um dos problemas não resolvidos de informação administrativa. Ver também nosso *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, parte geral, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. VII.

¹³⁴ De todas as maneiras, deve-se ter presente a dupla limitação à faculdade regulamentaria que emerge da Constituição em matéria de regulamentos delegados e de necessidade e urgência: arts. 76 e 99 inc. 3.

venham desde logo o ordenamento jurídico nem a ética profissional, e que por sua vez, tenham também viabilidade prática desde todo ponto de vista em relação aos interesses em jogo e a justiça objetiva do caso.

Ao mesmo tempo, deve-se recordar uma vez mais que constitui uma falsa quimera pensar que os casos de direito têm uma única, necessária, verdadeira e válida solução. Não há casos iguais, somente parecem sê-los.

Assim, a hipótese de “solução” que pode parecer “melhor” em determinado momento, pode em definitivo chegar a não sê-lo por infinitas razões: imperfeita apreciação dos fatos, incompleto conhecimento deles, dificuldades ou fracassos na obtenção da prova que conduz a acreditá-los, a própria mutação da situação fática, dos interesses em jogo, dos valores sociais aplicáveis, inclusive das normas legais ou supranacionais, da jurisprudência, etc.

Por isso, em direito como em qualquer outra ciência, a suposta “solução” que se crê encontrar para o caso, ou a via de comportamento ou conduta processual que se resolve eleger e que supostamente, haverá que arguir e fundar adequada e convincentemente, é de todo modo sempre uma hipótese ou conjuntura, que logo os fatos posteriores e o tempo invalidaram ou não.

É que *“A ciência nunca persegue a ilusória meta de que suas respostas sejam definitivas, nem se quer prováveis; antes bem [...] a de descobrir incessantemente problemas novos, mais profundos e mais gerais e de sujeitar nossas respostas (sempre provisionais) a comparações constantemente renovadas e cada vez mais rigorosas”*.¹³⁵

“A petição de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico seja provisional para sempre: sem dúvida, cabe confirmá-lo, mas toda confirmação é relativa a outros enunciados que são, por sua vez, provisionais”.¹³⁶

¹³⁵ POPPER, *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p.9.

¹³⁶ POPPER, *La lógica...*, op. cit., p. 260.

Usando as palavras de MUNROE SMITH que recorda CARDOZO, as regras e princípios não são soluções finais, senão hipóteses de trabalho: cada novo caso é um experimento e se a regra que parece aplicável dá um resultado injusto, o resultado deve ser repensado.¹³⁷

Sem dúvida, o advogado que deve dar uma resposta a seu cliente deverá ao final de um processo mental, dar uma opinião: o cliente quer às vezes “sua opinião e não suas dúvidas”;¹³⁸ a mais, por certo, das completas e analíticas razões e fundamentos de sua opinião, que deverão logo resistir ou amoldar-se ante o *test* da crítica.

Do mesmo modo, o administrador ou juiz poderão expressar na decisão as dúvidas que tenham, mas ao final do ato de resolver, deverão fazê-lo assertivamente, expondo os argumentos necessários para sustentar fática e normativamente a decisão.

O advogado da administração poderá envolver em linguagem potestativa e discricional as conclusões de seu parecer, mas tampouco pode evitar consignar qual é a alternativa que propõe para a decisão.

Contudo, esta necessidade em todos os casos inevitável de resolver ou aconselhar concreta e definidamente algo pensado e fundamentado, que expresse de forma adequada e suficiente os argumentos de fato e de direito que o sustentam, não altera que sempre o resolvido ou proposto é uma hipótese a mais, não uma verdade eterna.

Tampouco o fato de que os debates e discussões posteriores, às vezes prestem especial atenção ao tipo de argumentação exposta ou de fundamento jurídico empregado, deve fazer esquecer que a *ratio* da questão sempre estará nos fatos e na análise que de-

¹³⁷ CARDOZO, op. cit., p. 23; MUNROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. No mesmo sentido, CARDOZO recorda a ROSCOE POUND e a POLLOCK: é uma apreciação comum e tradicional no direito norte-americano.

¹³⁸ LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., p. 7.

les se faça. Em tal sentido, costuma-se dizer que “o que um juiz faz é mais importante que aquilo que diz que faz”.¹³⁹

10. INEXISTÊNCIA DE REGRAS GERAIS PARA SOLUCIONAR CASOS

Pelo exposto, pode ser também oportuno recordar o velho aforismo que para a solução de casos “a única regra é que não há nenhuma regra”¹⁴⁰ e o axioma popperiano de que “nunca se pode estar seguro de nada”.¹⁴¹ Tal como já explicamos, não existem regras prévias das quais “deduzir” uma solução, nem tampouco regras empíricas a partir das quais “induzí-la”.

Permita-nos repetir que não se deve buscar o “ídolo da certeza [...] a adoração deste ídolo reprime a audácia de nossas perguntas e põe em perigo o rigor e a integridade de nossas constatações. A opinião equivocada da ciência se detalha em sua pretensão de ter razão: pois o que faz o homem da ciência não é sua *posseção* do conhecimento, da verdade irrefutável, senão sua *indagação* da verdade [realidade] persistente e temerariamente crítica”.¹⁴²

Não se pretende então encontrar a “certeza” da “verdadeira” solução “indiscutível” de um caso de direito: “os que não estão dispostos a expor suas ideias na aventura da refutação não tomam parte no jogo da ciência”.¹⁴³

Há que aprender a conviver com a incerteza criadora, com a angústia de buscar sempre uma solução mais justa, ou melhor,

¹³⁹ REED DICKERSON, *Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing*, na revista “Law and Contemporary Problems”, op. cit., p. 53 e ss., p. 68.

¹⁴⁰ Ou como disse CARDOZO, op. cit., p. 161, “Depois de tudo, há poucas regras: há principalmente estándares e graduações”, isto é, grandes princípios; LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., referindo-se ao direito supranacional.

¹⁴¹ Salvo, talvez, o demonstrado erro ou a conjectura falsa em sua terminologia.

¹⁴² POPPER, *La lógica...*, op. cit., p. 261.

¹⁴³ POPPER, *La lógica...*, op. loc. cit.

que será por sua vez sempre provisional.¹⁴⁴ “A persuasão de que a própria infalibilidade é um mito, leva por fâcies etapas e com algo mais de satisfação à negativa de atribuir infalibilidade aos outros”.¹⁴⁵

Recorda CARDOZO que em seus primeiros anos “Buscava a certeza. Ficava oprimido e desolado quando percebia que a busca por ela era fútil”, mas com o tempo “Me reconciliei com a incerteza, porque cresci até vê-la como inevitável. Cresci para ver que o processo em seus mais altos níveis não é descobrimento, senão criação e que as dúvidas e incertezas, as aspirações e os medos, são parte do trabalho da mente”.¹⁴⁶

Nenhum caso anterior (igual) “soluciona” o seguinte; não só porque “a corroboração não é um valor real”,¹⁴⁷ mas porque haverá pelo menos um tempo distinto, uma pessoa diferente, um espaço diverso, etc.¹⁴⁸ Não incorramos, pois, no erro científico de pretender induzir regras gerais a partir de anteriores casos particulares para futuros casos, (empirismo).

Portanto, há que *diferenciar* cada caso de outro “semelhante” ou “análogo” que se haja feito ou visto previamente e evitar tanto cair em erros anteriores como em “soluções” de casos prévios, que não é senão uma variante do mesmo erro metodológico.¹⁴⁹

Não há casos “típicos”; é o método o quê se deve aprender experimentalmente, não as supostas “soluções”, e, em cada caso deve-se buscar uma hipótese ou conjuntura que seja nova, criativa, imaginativa, mas ajustada à realidade do caso e dos fatos que lhe

¹⁴⁴ A petição de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico seja provisional para sempre: sem dúvida, cabe corroborá-lo, mas toda corroboração é relativa a outros enunciados que são, por sua vez, provisionais: POPPER, *La lógica...*, op. cit., p. 260.

¹⁴⁵ CARDOZO, op. cit., p. 30.

¹⁴⁶ CARDOZO, op. cit., p. 166.

¹⁴⁷ POPPER, *La lógica...*, op. cit., p. 257.

¹⁴⁸ Para dizê-lo outra vez nas palavras de CARDOZO, cada caso é um experimento novo: op. cit., p. 23.

¹⁴⁹ Em sentido análogo CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, op. cit., p. 53.

servam de “causa”; que não seja uma mera adaptação de “soluções” anteriores em suposições semelhantes em aparência, mas que resultarão sempre diferentes na nova situação fática, e portanto, jurídica.

Logo, sem dúvida, continua o processo de aproximações sucessivas em que ao construir os raciocínios fáticos e jurídicos que constituirão a motivação ou explicação das hipóteses, a refina, modifica, altera ou substitui, até que chega o momento em que a decisão “definitiva” é tomada no sentido de colocá-la no papel, em alguma de suas sucessivas versões de trabalho, assiná-la e torná-la conhecida.

Aqui se fechou uma etapa de trabalho, não resolvendo um problema: a ciência o seguirá debatendo sempre.

11. O PASSAR DO TEMPO NO CASO. O IMPULSO PROCESSUAL

Já recordamos que os fatos e circunstâncias de um caso podem ir-se modificando através do tempo, como assim também os interesses e valores em jogo.

É necessário, portanto, considerá-lo dinamicamente e em função do tempo, o qual impõe estimar não somente em *que* tempo¹⁵⁰ se pensa que ocorrerão que coisas, senão também decidir *como* e *quem* haverá de prover *quando* o impulso para que se produzam.

Se bem a teoria jurídica às vezes indica a aplicação do princípio da impulsão de ofício, na prática é uma verdade à impulsão direta pela gestão pessoal do particular ou interessado.

Ao mesmo tempo e não obstante a existência do princípio da contradição, produz-se um desequilíbrio que judicialmente não se deveria em bons princípios aceitar; que cada parte argui seu caso ante o funcionário sem a presença da contraparte e sem possibilidade oportuna de corrigí-la ou contradizê-la.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ver o t. 4 de nosso *Tratado...* op. cit., cap. VIII, &1.

¹⁵¹ Ver LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., p. 85.

Do mesmo modo, o decurso do tempo pode ir demonstrando que apesar da ênfase argumental posta inicialmente em determinados aspectos, eles podem não resultar posteriormente o mais relevante ou atual, obrigando então a ter um espírito crítico permanente¹⁵² e a suficiente adaptabilidade para readequar a propositura do problema. O qual, desde logo, pode-se fazer privativamente e em via administrativista e ainda estando em litígio, pelas negociações e eventuais transações.

Deve-se assim, apreender a descobrir como se analisam os fatos segundo o momento histórico em que o caso se propõe, como se constrói um raciocínio adequado aos tempos e seus valores sociais, como efetua-se um discurso concatenado e lógico, como propõe-se uma solução convincente e razoável, como argumentam-se os pros e contras das diversas alternativas que cada caso pode apresentar, tudo isso não é um suposto vazio atemporal e anti-espacial, senão ao contrário, permanentemente bem centrado no tempo e no espaço real, sem oportunismo político e com espírito de justiça. Tudo isso, claro está, é muito mais fácil dizer que fazer em um caso concreto.

12. UMA AJUDA METODOLÓGICA

Em qualquer caso de direito existe uma série de questões jurídicas que devem ser esclarecidas por quem há de resolvê-lo. Muitas delas o advogado treinado não necessita, nem sequer propô-las, porquanto as percebe automaticamente e em um instante. O advogado não familiarizado com a matéria, ou o estudante de direito, podem, ao contrário, encontrar talvez alguma utilidade em analisar tais aspectos.¹⁵³

De tal modo, deve-se ter presente que um guia metodológico deve ser adaptado progressivamente pelo estudante na medida

¹⁵² Sobre o rol crítico do docente na assistemática do direito vivente, nos remetemos à nossa *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. XIV e XV do prólogo; *Derechos humanos*, op. cit., cap. I, & 3.3.

¹⁵³ Para um maior desenvolvimento, nosso livro *El método en derecho*, op. cit.

em que vai adquirindo destreza na solução dos passos iniciais que ele propõe. No começo do curso suas experiências deverão desenvolver as primeiras etapas do guia e a partir do segundo mês deverá, ao contrário, ir-se concentrando naquelas que são finalmente as centrais para resolver que hipótese formular para o caso.

Em esta segunda e última etapa, logo após haver adequadamente analisado o atinente na validade do ato, fundamentalmente a sua razoabilidade frente aos fatos do caso, direitos que afeta, etc., o mais importante na análise jurídica é determinar as opções possíveis e logo eleger uma.

13. AS OPÇÕES A CONSIDERAR

As principais opções a considerar podem agrupar-se entre as seguintes perguntas que se deve formular frente ao caso:

a) quais são as vias alternativas – razoáveis, ao menos as principais, desde logo, não insensatas –¹⁵⁴ de comportamento jurídico¹⁵⁵ ou material, inclusive de ações ou omissões (ou seja, não deve esquecer a possibilidade de realizar comportamentos que permitam melhorar o enquadramento dos fatos que se analisam, dentro do direito);

b) e quais são todos os aspectos positivos e negativos de cada uma delas.

Dito em outras palavras, que fundamentos ou razões em prol e em contra de cada uma delas, e conjugados de que maneira, vão levando o advogado a preferir ou não, razoável e fundamentalmente, alguma ou algumas de tais vias:

¹⁵⁴ Pois é esta precisamente uma das atitudes integradoras ou globalizadoras do ato de criação no cérebro humano, que o diferencia do computador mais sofisticado.

¹⁵⁵ Pelo o que faz aos recursos em sede administrativa e ao amparo por mora em sede judicial, nos remetemos ao t. 4, onde explicamos largamente estes mecanismos.

a) omissão,¹⁵⁶
 b) negociação,¹⁵⁷ gestão, *lobby*, comportamento material,
 etc.,¹⁵⁸

c) recurso, reclamação ou denúncia administrativa,¹⁵⁹

d) ação judicial, tendo o cuidado de introduzir o caso federal de maneira suficiente e adequada na primeira oportunidade processual e mantê-lo de forma expressa e clara em cada uma das sucessivas instâncias, como assim também introduzir em seu caso a violação a direitos supranacionais, a fim de ocorrer na oportunidade processual pertinente ante os organismos e tribunais de caráter internacional.

Uma vez resolvido o tipo de comportamento que se considera preferível e não se tratando o caso de um fato ou omissão a realizar, cabe desde logo desenvolver através da *redação* do ato jurídico (recurso, reclamação, denúncia, ação judicial, etc.) que em seu caso considera-se preferível, selecionando¹⁶⁰ e graduando¹⁶¹ os

¹⁵⁶ Há situações, sem dúvida, em que a solução é não fazer nada, ou não fazer nada que importe uma via jurídica de ação, recurso, etc., senão um mero comportamento que pode ser material ou até intelectual e inclusive introspectivo.

¹⁵⁷ Ver por ex. EDWARDS e WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*. St. Paul: West Publishing Company, 1977; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlement*, mesma editora, 1983.

¹⁵⁸ Estas alternativas não devem ser desconsideradas pelo advogado que recebe o caso em consulta e devem continuar sendo avaliadas através do tempo. Às vezes, será a própria administração que sugerirá ao administrado uma via de comportamento material que, modificando a situação de fato, permita encarar a resolução da questão.

¹⁵⁹ Para suas diferenças ver no t. 4 o cap. III, & 2.

¹⁶⁰ Devem arguir-se as questões centrais. Ampliar em ROMBAUER, op. cit., p. 329 e na nota seguinte. O mesmo vale, desde logo, para a redação de decisões administrativas ou sentenças judiciais. Em que o que deve decidir com frequência omite consignar a totalidade de seus fundamentos.

¹⁶¹ Segundo o sábio conselho de MORELLO, deve-se evitar “esgotar” todos os possíveis argumentos jurídicos do tema, sob pena de dificultar-lhe a tarefa decisória da autoridade administrativa ou judicial: não deve fazer-se difícil a tarefa de encontrar fundamentos novos que não sejam repetição daqueles do peticionante, no caso de encontrar-lhe razão.

argumentos que vão utilizar, sem excluir, desde logo, os fatos e argumentos diversos.¹⁶² A adequada e suficiente fundamentação, sobretudo de fato, é desde logo tão indispensável como também o é a necessária fundamentação suficiente em direito.

Caso eleja-se o caminho de sugerir vias de omissão, gestão, negociação¹⁶³ ou comportamento que não supõem a interposição de remédios legais, então se deve passar à explicação do comportamento material, negociação ou omissão que se recomenda.

No caso de uma autoridade administrativa ou judicial que deve decidir uma questão, os passos são essencialmente os mesmos; deve também avaliar os fatos, ponderar com a razão, balancear as vias alternativas de solução, eleger alguma, escrevê-la, fundamentá-la suficiente, adequada e convincentemente para não incorrer em um ato arbitrário por falta de suficiente motivação ou sustento fático. Inclusive o tempo pode, às vezes, conduzi-lo, e de fato o conduz.¹⁶⁴

No que se refere à eleição de uma solução criativa do caso e a redação do escrito, nos remetemos ao exposto em *O método em direito*.¹⁶⁵ Em todo caso a primeira regra é clara: começar a escrever, ainda que seja o relato do caso e a descrição de seus fatos ou transcrição de suas normas; pouco a pouco iremos construindo e polindo a argumentação e a resolução finais. É a aplicação do aforismo chinês de que um caminho de dez mil milhas inicia-se com o primeiro passo.

¹⁶² ROMBAUER, op. cit., p. 329. Em matéria administrativa os letrados costumam, às vezes, decidir por não colocar-se mentalmente na situação do funcionário público e não poder então prever, provar e argumentar conforme os arrazoados que este logo aplicará na decisão.

¹⁶³ Ver por ex. EDWARDS e WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, op. cit., WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, op. cit.

¹⁶⁴ Remetemos-nos a *Problemas del control de la administración pública em América Latina*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 55 a 58.

¹⁶⁵ Op. cit., capítulos. VII a XII, pp. 99 a 197.

Capítulo 4

MAIS SOBRE A PROVA NO DIREITO

1. Introdução¹⁶⁶

Para ter êxito na defesa de um direito de maneira preventiva ou reparatória, primeiro tem que provar os fatos que o sustentam, pois as normas “não impulsionam-se por si mesmas”¹⁶⁷; “Tudo depende do assunto”,¹⁶⁸ e são os fatos “que fazem aplicável ou inaplicável uma determinada regra substantiva”;¹⁶⁹ “o alcance de uma regra e, portanto”, seu sentido depende da determinação dos fatos”¹⁷⁰. Estes determinam-se através da prova. Corresponde ao tribunal “verificar se o fato imputado provou-se e constitui alguma das causas admitidas pela lei para autorizar a medida”,¹⁷¹ pois “o controle de legalidade supõe que os fatos configurem-se e classifi-

¹⁶⁶ Ver, em geral, CARRIÓ, Genaro. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995; CUETO RÚA, JULIO CÉSAR. *Una visión realista del derecho, los jueces y abogados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 e ss.

¹⁶⁷ BINDER, David A. e BERGMAN, Paul. *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*. Minnesota: West Publishing Company, St. Paul, 1984, p.2

¹⁶⁸ LORD DENNING. *The Discipline of Law*. Londres: Butterworths, 1979, pp.93 e 97.

¹⁶⁹ BINDER e BERGMAN, op. cit., p.2.

¹⁷⁰ LEVI, Edwards H. *Introducción al razonamiento jurídico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1964, P.10.

¹⁷¹ CNFed, Lamas, LL, 123:149; Arroyo, LL, 101:3.

quem-se adequadamente e as sanções ajustem-se a seu texto”¹⁷²; “a justiça da solução do caso concreto deriva da elucidação verdadeira dos fatos e o direito nele envolvido”¹⁷³. O direito está concebido para assegurar “que há prova documentada que proporciona uma base racional ou lógica para a decisão [...] (e que esta) é efetivamente um produto da razão a partir da prova. Isto quer dizer prova no caso e no contexto do caso [...] Uma conclusão baseada em [...] prova abstrata pode ser “racional”, mas não é uma decisão “racional” no caso do qual se trata “¹⁷⁴. É que, “ocorre que a realidade é sempre uma: não pode ser e não ser ao mesmo tempo ou ser simultaneamente de uma maneira e de outra [...] a realidade como tal, caso produziu-se o fato ou não se há produzido, isto já não pode ser objeto de uma faculdade discricional”, “porque não pode ficar ao livre arbítrio”, “discernir se um fato se tem cumprido ou não, ou determinar que algo ocorreu se realmente não foi assim. O milagre, podemos dizer, não tem cabimento no campo do Direito”¹⁷⁵. Um bom tribunal indaga “às vezes exaustivamente, as circunstâncias de fato implicadas na causa submetida a sua decisão para, em função dessa análise, resolver se faz ou não mediação no suposto caso concreto essa inadequação dos meios previstos na norma taxada de inconstitucional, com os fins que perseguia e que, de existir, autorizaria a sustentar sua *irrazoabilidade*”¹⁷⁶. Para determinar essa rea-

¹⁷² CSJN, Resoluções. 267:77, 79, Milinelli; Grichener, 262:67 e 71, cons. 5 e suas referências.

¹⁷³ GUASTAVINO, Elias. *Tratado de la “jurisdicción administrativa” y su revisión judicial*, t. I. Buenos Aires: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1989, 2ª ed., p. 31; na p. 32 de sua 1ª ed. dizia: “à justiça dos conflitos se chega somente partindo do conhecimento da verdade dos fatos”; TAWIL, Guido S. *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 400.

¹⁷⁴ JAFFE, Louis. *Judicial Control of Administrative Action*. Boston – Toronto: Little, Brown and Company, 1965, p.601.

¹⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas, 1979, pp. 31 e 32, quem recorda seu artigo, *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*. Esta famosa frase é também transcrita por Tawl, op. cit., pp. 392 e 393.

¹⁷⁶ PADILLA, Miguel. *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

lidade é necessário em primeiro lugar, “examinar muito atenta e completamente o conjunto da documentação”; trata-se do esforço por “fazer falar os papéis” segundo a velha fórmula de trabalho do Conselho de Estado Francês;¹⁷⁷ é preciso que “esta prova seja deduzida das peças dos autos”¹⁷⁸.

Um necessário princípio de direito diz que se deve manter e aplicar ao menos “uma certa racionalidade dentro da vida”;¹⁷⁹; ao buscar resolver um assunto, deve, antes de tudo, buscar a solução justa àquela que postula, “as circunstâncias particulares de tempo e de lugar”¹⁸⁰, e isso a de fazer-se através da “amplitude e minúcia das comprovações”¹⁸¹; não fica senão o indispensável caminho de “proceder-se à investigações de fato bastante delicadas”¹⁸², a “profundas investigações de fato”¹⁸³.

SANTO TOMÁS destacou a base experimental do conhecimento humano e a mesma ideia pode ser encontrada em ARISTÓTELES;¹⁸⁴ LEIBNITZ assinalava que é inesgotável o repertório de características determinantes de fatos empíricos; as propriedades ou predicados que caracterizam os objetos da experiência são infi-

¹⁷⁷ CORMENIN, M. De. *Droit administratif*, t. I. Paris: Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destacava o trabalho conciso e detalhista dos auditores que verificam, incluem e informam os expedientes.

¹⁷⁸ LETOURNEUR, M. “El control de los hechos por el Consejo de Estado Francés”. RAP, n 7, p. 221.

¹⁷⁹ GOLDENBERG, Leo. *Le Conseil d'État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*. Paris: Dalloz, 1932, p. 192. Ver também RIVERO, Jean. “La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français”, no livro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*. Bruxelas, 1961, p.130 e ss.; LETOURNEUR, p.loc.cit.

¹⁸⁰ Ver RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit administratif”, no livro *Pages de Doctrine*, t.I, Paris, LGDJ, 1980, p. 70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir”, *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif”, *Études et Documents*, nº. 31, 1979/1980, pp. 27 a 30.

¹⁸¹ LETOURNEUR, op. cit., p. 223.

¹⁸² LETOURNEUR, op. cit., p. 225.

¹⁸³ LETOURNEUR, op. cit., p. 224.

¹⁸⁴ COPLESTON, F. C. *El pensamiento de Santo Tomás*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, pp. 25 a 30.

nitos e por isso, sendo finita a percepção sensível, inclusive com todos os auxílios da ciência, sempre constatará que os objetos do mundo, que são temporais, jamais mostram suas características de forma plena e exaustiva.¹⁸⁵ Nunca captamos, pois, a totalidade de um fato; sempre é uma seleção fruto de cada um de nós, que necessariamente diferirá, por serem infinitos os dados da realidade.

No caso dos magistrados, usualmente o trabalho probatório dos advogados, mais o expediente, tem permitido avançar na determinação dos fatos. Mas também pode e deve o julgador ditar medidas para melhor prover, se entender que não pode a consciência ditar um pronunciamento conforme o direito, se a seu juízo os elementos probatórios constantes nos autos lhe brindam um insuficiente ou deficiente conhecimento dos fatos. Isso é assim em bons princípios¹⁸⁶ e existem em nosso país casos em que a Corte Suprema mesma há disposto importantes medidas de prova.¹⁸⁷ Há também razões materiais que podem em ocasiões levar a isso. Com efeito, em um juízo ordinário, cuja extrema lentidão é de público e notório conhecimento, os fatos podem haver variado com o transcurso do tempo. Por proteção à natureza sumaríssima do procedimento, pode haver ocorrido uma omissão probatória, a juízo do que deve decidir, que não se pode moralmente ignorar, dizendo que a questão corresponde a um juízo ordinário. Ao contrário, é certo que mais de uma vez o tribunal se perguntará se deve “deixar cair o manto do juiz e assumir a toga do advogado”¹⁸⁸ e também que cada

¹⁸⁵ VERNENGO, Roberto J. *La naturaleza del conocimiento jurídico*, CDCS, 1973, pp. 19 a 21.

¹⁸⁶ Por exemplo na França COLSON, Jean – Philippe, *L'office du juge et la preuve dans l'ê contentieux administratif*. Paris: LGDJ, 1970, que dedica seu livro à busca de provas pelo juiz, p. 97 e ss. Com tudo, às vezes os jurisdicionados provocam a frustração do tribunal; algo assim pode ser advertido em CNFed. CA, Sala IV, ADECUA c/ ENARGAS, LL, 1998 – F, 338.

¹⁸⁷ Por exemplo no caso Saguir e Dib, Decisões, 302: 1284, ano 1980.

¹⁸⁸ LORD DENNING. *The Due Procress of Law*. Londres: Butterworths, 1980, p. 61. Ver também *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. VII; ARAZI, Roland. “*El ocase de las teorías sobre la carga de la prueba*”, LL, 23-II-2000; PEYRANO, Jorge W. “*Doctrina de las cargas probatorias dinâmicas*”, LL 1991-B, 1034; “*Nuevos rumbos de la doctrina de las cargas probatorias*

instância sucessiva é mais complexa que a anterior ao realizar novas averiguações ou determinações de fato. Os tribunais de alçada têm, de modo geral, uma certa inclinação, instintiva e de princípio a aceitar a versão dos fatos determinada pelos juízes de instâncias inferiores. Confiam mais neles.¹⁸⁹

Em definitivo trata-se de uma diferença enquanto ao modo e alcance da percepção da realidade, através da prova, com que um juiz esteja disposto a sentenciar. Quanto mais se aprofunda na análise dos fatos e a produção de prova, inclusive de ofício, melhor serviço de justiça prestará à sociedade. É na indagação dos fatos onde se realiza o mais importante *test* de cada caso de direito.

Cabe ademais ter presente as mudanças nos fatos que se produzem através do tempo,¹⁹⁰ as mudanças em sua percepção e prova, a informação adicional que se produz, etc. e avaliar sempre como isso afeta o caso. Os casos são dinâmicos, como dinâmica é a prova que nos vai mostrando pouco a pouco, nunca completamente, a realidade dos fatos. Ao se produzir nova prova, varia nossa percepção dos fatos e, portanto, do caso em si.

Mas não só “podem surgir fatores posteriores que modifiquem “o suposto fato inicial”, senão que também podem mudar “as regras aplicáveis”,¹⁹¹ “o resultado que se considera desejável”, a autoridade competente para decidir, as circunstâncias que rodeiam o caso,¹⁹² o entorno jurídico político,¹⁹³ as idéias dominantes na

dinâmicas; las cargas probatorias sobrevinientes”, ED, 12-V-99; LORENZETTI, LL, 1991-A, 995; EISNER, LL, 1994-C, 846.

¹⁸⁹ BINDER e BERGMAN, op. cit., p.134; LEVI, op. cit., p. 5 e suas referências. Comparar Lord Denning, *The Due Process of Law*, op. cit., p. 62.

¹⁹⁰ ROMBAUER, Marjorie D. *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*. Minnesota: West Publishing Company, St. Paul, 1984, p.328; CUETO RÚA, op. cit., p. 139 e ss.

¹⁹¹ CARRIÓ, Genaro. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32 e 33, & G.

¹⁹² São “as circunstâncias da conduta”: RAFFO, op. cit., recorda CUETO RÚA, op. cit., p. 160 e ss., a necessidade de perceber a realidade social e econômica, p. 168 e ss. Um entorno social distinto possa dar lugar à prevalência de um método interpretativo sobre outro: op. cit., p. 226.

sociedade ou no governo, até mesmo os funcionários,¹⁹⁴ etc. Ademais, “As regras mudam enquanto são aplicadas”;¹⁹⁵ ou seja, muda também seu sentido quando esta é aplicada, adquire novos significados que não foram pensados por seus autores.¹⁹⁶

Algumas decisões (consideram que “as sentenças devem atender à situação existente ao momento da decisão,¹⁹⁷ o que torna inoficioso seu tratamento ao carecer da colocação do objeto atual”,¹⁹⁸ matéria discutível, caso formulada como regra genérica. Recordemos que para a solução de casos “a única regra é que não há nenhuma regra”¹⁹⁹ e o axioma popperiano de que “Nunca se pode estar seguro de nada”. Não se deve buscar o “ídolo da certeza[...] a adoração deste ídolo reprime a audácia de nossas perguntas e põe em perigo o rigor e a integridade de nossas constatações. A opinião equivocada da ciência funda-se em sua pretensão de ter razão: pois o que faz o homem da ciência não é sua *possessão* do conhecimento, da verdade irrefutável, senão sua *indagação* da verdade persistente e temerariamente crítica”²⁰⁰. Recorda CARDOZO que em seus primeiros anos “Buscava a certeza. Ficava oprimido e desolado quando percebia que a busca por ela era fútil”, mas com o tempo “Me reconciliei com a incerteza, porque cresci até vê-la como ine-

¹⁹³ É a realidade política, que o advogado deve conhecer: CUETO RÚA, op. cit., p. 170 e ss.

¹⁹⁴ Requer a capacidade psicológica de percepção de outros: CUETO RÚA, op. cit., p. 165 e ss.

¹⁹⁵ LEVI, op. cit., p.12.

¹⁹⁶ Um bonito exemplo é a frase “nas condições de sua vigência”, que está advertida em Giroldi, LL, 1995-D-462.

¹⁹⁷ Decisões: 216: 147; 243: 146; 244: 298; 259: 76; 267: 499; 308: 1087.

¹⁹⁸ Decisões: 231:288; 253: 346; 307: 2061; 316: 479, *Bahamondez; Cajá Complementaria de Previsión para la Actividad Docente*, 30 de mayo de 1995, cons. 2. Não compartilha dessa decisão a Corte dos EE.UU. em *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

¹⁹⁹ Ou como disse o já recordado CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, reimpressão 1952, p. 161, “Depois de tudo, há poucas regras: há principalmente estandares e graduações”, isto é, grandes princípios; LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit.

²⁰⁰ POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1973, p. 261.

vitável. Cresci para ver que o processo em seus mais altos níveis não é descobrimento, senão criação e que as dúvidas e incertezas, as aspirações e os meios, são parte do trabalho da mente”²⁰¹.

2. Unidade da prova nos distintos processos

O regime da prova é basicamente o mesmo nos distintos ramos do direito processual;²⁰² não costuma haver senão escassas normas de direito processual administrativo que em matéria de prova apresentam algo diferente do direito processual comum.²⁰³ Sem embargo, a dinâmica probatória é distinta, primeiro porque uma parte fundamental da prova já está produzida ou há de ser produzida no procedimento administrativo prévio ao judicial e segundo porque interferem na decisão, como veremos problemas que não são próprios do processo ordinário.

Em todo caso, é válida em todo processo aquela verdade absoluta de que os juízos se ganham ou se perdem na prova. O que determina a solução do caso é a percepção dos fatos pelo tribunal através da prova e sua força de convicção. A prova segue sendo o ponto vital; é a jugular do juízo, de qualquer juízo.

3. Criação ou aplicação do direito. Verdade e prova

²⁰¹ CARDOZO, op. cit., p. 166.

²⁰² Ao contrário do que expusemos no texto, há autores e jurisprudência que consideram que existem princípios “não só distintos, senão até opostos”, tais como GALLOSTRA. *Lo contencioso-administrativo*. Madrid, 1881, p. 629, citado por GONZÁLEZ PERÉZ. *Comentários a la ley de la jurisprudencia contencioso-administrativo*. Madrid: Civitas, 1978, p. 932 e nota 7. Quem postula uma diferença, está sustentando, como disse GONZALEZ PEREZ, op. cit., p. 953, o caráter “revisor” da justiça, com o alcance de remeter-se à prova produzida em sede administrativa e limitar a produção em sede judicial; isso levaria à uma denegação de acesso à justiça, pois de pouco serve acudi-la se não se pode produzir prova *ex novo*: por isso, o princípio tem que ser o de amplitude de produção da prova em sede judicial (op. cit., p. 934 e ss.).

²⁰³ Tampouco figura a prova nas análises sobre possíveis reformas ao regime processual administrativo, p. ex. em GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La reforma de la legislación procesal administrativa*. Madrid: Civitas, 1992.

Será permanente a discussão acerca de se o juiz meramente aplica o direito ou em verdade também o cria. Sem prejuízo de que compartilhamos da ideia de que o juiz cria o direito, no mínimo porque reconhece e determina os fatos, é claro que tem que decidir várias soluções jurídicas possíveis para um caso qualquer, isso dependerá sempre de qual é a situação de fato a qual toca aplicá-las. Basta que o juiz determine que os fatos são “A” ou “B” para que paralelamente a solução jurídica passe de “A” a “B”. Vai depender de o tribunal reconhecer ou determinar os fatos de um ou outro modo, para que a solução mude. Isto é assim no direito vigente, em qualquer filosofia ou método jurídico, em qualquer sistema jurídico, em qualquer país. Só o ensinamento diz, às vezes, outra coisa.

Admitimos a partir de POPPER que não existem verdades absolutas nem nas ciências físicas ou naturais nem menos, todavia no direito; só há conjecturas, ou se si quer verdades com aspas, provisórias. Uma é a “verdade” da administração, outra a “verdade” das partes no juízo, outra é a “verdade” na sentença do tribunal em cada instância sucessiva. Quando se esgotam as instâncias será a “verdade” a da última sentença? Como disse GARCIA DE ENTERRIA, os tribunais superiores não têm a última palavra: a tem a doutrina; ou como diziam antigamente os marxistas, a história; ou os historiadores e seus revisionismos: é dizer, ninguém.

Em definitivo, ninguém sabe qual é a verdade de um caso. Sempre vai ser uma verdade provisória,²⁰⁴ ou mais bem uma mera conjectura, boa ou má, mas conjectura afinal sujeita sempre a eventual demonstração de falsidade. Com o qual, tampouco devemos exagerar na crítica sobre a eventual incerteza da decisão em algum modo subjetivo do tribunal;²⁰⁵ o que seja imperfeita não lhe tira

²⁰⁴ Que pode ter o caráter de decisão com força legal que põe fim a uma controvérsia jurisdicional de modo irreversível. Mas será irreversível enquanto decisão, não indiscutível enquanto pretensão de verdade, essa qualidade que não é conferida aos seres humanos.

²⁰⁵ Sobre “as razões de juiz” ver CUETO RÚA, op. cit., pp. 135 a 154. Cabe assinalar que a doutrina processual enfatiza os deveres do juiz de determinar a verdade jurídica objetiva: CSJN, “Oilher”, LL, 1981-C, 67; “B.V.E.”, ED, 173: 591; ARAZI, Roland. “El ocaso de las teorías sobre la carga de la prueba”, LL, 23-II-2000 e suas demais referências; *infra*, t.4, 2000, 4ª ed., cap. VI, n.º 2 e 3.

validez provisória como conjectura ou hipótese, nem lhe tira a possibilidade de resolver de forma definitiva, no marco da *litis*, uma questão contenciosa.

4. A dispensa de prova

Cabe também recordar a distinção do direito processual comum entre fato evidente, fato público e notório e conhecimento oficial ou conhecimento privado do juiz.

Fato evidente é aquele que ninguém poderia discutir nem ignorar.²⁰⁶ Que há noite e dia; o sol, as estrelas, o calendário,²⁰⁷ o tempo, a vida e a morte. “A evidência justifica-se porque é absoluta. Porque é irreversível logicamente. Até porque não tem demonstração”.²⁰⁸ De todas as maneiras não é preciso dar-se um alcance extremo ao conceito de fato evidente, pois “esses fatos evidentes, ainda não necessitam de prova por parte de quem deseja justificá-los, podem merecer e aceitar a prova do adversário, porque cada dia o avanço da ciência vai demonstrando que fatos que se tinham por evidentes, como certos pacificamente, passaram à história das ideias científicas à raiz de outras novas”²⁰⁹.

Fato público e notório é aquele que todos sabem em determinado tempo e lugar:²¹⁰ que tal pessoa é o presidente da República ou o prefeito da cidade. Como disse GUASP, “Não são, pois, fatos notórios aqueles que o órgão jurisdicional pode conhecer oficialmente ou privadamente, senão aqueles que desfrutam de um reconhecimento geral no lugar e no tempo em que o processo se

²⁰⁶ Estamos falando, claro está, de algum momento determinado no tempo e no espaço.

²⁰⁷ SENTÍS MELENDO, Santiago. *Teoría y práctica del proceso*, vol. III. Buenos Aires: EJEA, 1959, p.103.

²⁰⁸ CARNELLI, Lorenzo. “*El hecho notorio en el proceso dispositivo*”, LL, 31: 631, 641; *El hecho notorio*. Buenos Aires, 1944.

²⁰⁹ EISNER, Isidoro. *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires, 1964, p. 45.

²¹⁰ Mas “mais vale ao demandante demonstrar o fato que afirma, ainda que a seu juízo seja notório”, como recorda ESGUERRA SAMPER, op. cit., p. 44.

desenvolva”;²¹¹ o notório é “o conhecido por todos; mais não o que conheça o titular do órgão de forma privada, com um número maior ou menor de pessoas”²¹²: Em outras palavras, fato notório é aquele “que ninguém o põe em dúvida”²¹³.

O conhecimento privado do juiz é aquele que o juiz sabe, mas não está nos autos: a solução clássica é que não pode usar seu conhecimento privado para resolver uma questão, mas pode ordenar medidas para melhor prover, inquisitórias ou de ofício, para introduzir ao expediente, sobre o controle das partes, seu conhecimento privado. Deste e não de outro modo pode levá-lo à sentença.

5. A prova nas faculdades regradadas e discricionárias²¹⁴

O que dissemos até então, é aplicável em primeiro lugar em matéria de faculdades regradadas, porque haverá que determinar, ante as diversas suposições de fato previstas por lei, se o que se resolveu enquadra em uma ou outra suposição, ou em nenhuma. Essa não é tanto uma questão normativa ou de interpretação jurídica, é fundamentalmente de interpretação dos fatos através da prova produzida.

Nas faculdades discricionárias a prova também determina a solução do caso. Todas as técnicas de controle da discricionariedade, princípios jurídicos indeterminados, fatos determinantes, boa-fé, desvio de poder, confiança legítima, princípios gerais de direito, proporcionalidade, relação custo-benefício, razoabilidade, etc., exercitam-se através da percepção dos fatos e avaliam através da prova. Estes princípios são reconhecidos como constitucionais pelo princípio do devido processo legal, e, também supranacionais pela

²¹¹ GUASP, Jaime. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t.II, 2ª parte, Madrid, 1947, p. 380.

²¹² LÓPEZ NIETO e MALLO, Francisco. *El procedimiento administrativo*. Barcelona: Bosch, 1960, p. 825; HELLBLING, Ernst C. *Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen*, t.I. Viena: Manzschke Verlag, 1953, p. 274.

²¹³ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III. Buenos Aires, 1956, p. 249.

²¹⁴ Ampliar em GOLDENBERG, op. cit., capítulos. VI a X, p. 148 e ss.

Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica. São também supranacionais na Europa, em que a Convenção Européia permite construí-los e o tem feito a jurisprudência desde seus começos²¹⁵.

6. A doutrina dos atos próprios e a própria prova em contrário

A melhor forma de interpretar a conduta e a intenção das partes, como também a validade de seu comportamento e as consequências jurídicas a que cabe aplicar-lhe, é ver o que há feito e dito seus atos, suas atitudes: são nos fatos e nos papéis, os próprios papéis onde se refletem, em geral, os próprios atos²¹⁶. Ademais e como o tem sustentado a Corte Suprema de Justiça da Nação, a doutrina dos atos próprios aparenta-se com o princípio da boa-fé e entre ambos constituem princípios cardinais de nosso ordenamento jurídico. Tem dito assim que “Uma das derivações do princípio cardinal da boa-fé é a que se pode formular como direito de todo cidadão na veracidade alheia e ao comportamento leal e coerente dos outros, sejam estes os particulares ou o próprio Estado”. “O atuar contraditório que permeia deslealdade resulta desqualificado pelo direito, o que ficou eternizado em brocardos como o que expressa “*venire contra factum proprium non valet*” que sintetizam aspectos de densa dimensão ética do princípio da boa-fé”²¹⁷.

²¹⁵ No TJE o caso *Hauptzollamt München-Mitte* (1991), citado em CHITI, Mario P. *Diritto Administrativo Europeo*. Milán: Giuffrè Editore, 1999, p.317. O princípio da razoabilidade, proporcionalidade, adequação de meio a fim, etc., é universal e de larga data. Por isso a Corte Européia não vem senão reiterar algo que já estava nos direitos nacionais. Ver por ex. para o direito alemão e português, SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p.670/3 e seus comentários das notas 490 e ss. à doutrina alemã.

²¹⁶ Comp. a jurisprudência que cita KIELMANOVICH, *Teoría de la prueba y medios probatórios*, Buenos Aires, Abelebo-Perrot, 1996, pp. 338/40.

²¹⁷ CSJN, Cia. *Azucarera Tucumana*, JA, 1989-IV, 429.

Igual princípio vem sendo destacado pela doutrina;²¹⁸ e como há dito também a Corte, “resulta necessário exigir das partes um comportamento coerente, alheio às mudanças de conduta prejudiciais e desestimular toda atuação que implique um trabalho incompatível com a confiança que se tem suscitado no outro”²¹⁹. A documentação frequentemente predetermina, sem que as partes o saibam, ao momento de sua ação ou silêncio, a solução do juízo:²²⁰ sendo assim, será tarde, querer revestir o que se há atuado, calado ou omitido de forma consistente. Por isso, o direito romano avisava: *Vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*.

7. A prova em sede judicial

Existe um ponto prévio à demanda em que se pode produzir provas: tanto provas privadas ou extrajudiciais, a que logo nos referiremos, como provas judiciais prévias ao processo, o que em direito processual chamamos medidas de prova antecipada. Neste caso, o litigante apresenta-se à justiça antes de iniciar a demanda e pede a produção de determinadas provas, conforme os pressupostos que o código autoriza. Um caso típico é quando o futuro litigante pede o sequestro dos autos, documentação, livros, etc. Neste caso, ficará a critério do tribunal verificar se existem ou não razões fundadas para o sequestro: geralmente quando se pode alegar, fundamentadamente, que se estão fazendo manobras com esse expediente que vão distorcer sua realidade ou sua verdade. Também é permitido, nesse momento prévio à demanda, produzir outras medidas de provas. Há aqui uma situação que a veremos repetida para o advogado que vai fazer a demanda: encontra o expediente, estuda o

²¹⁸ MAIRAL, Héctor. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

²¹⁹ CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y outro*, LL-1992-B, 216 e ss., cons. 4º *in fine*. Este princípio também se menciona como confiança devida ou garantia de proteção da confiança. Ver supra cap. II, nota 2.16.

²²⁰ Ver também BACACORZO, Gustavo. *Tratado de derecho administrativo*, t. II. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, 2ª ed., p. 34 e ss., onde recorda a AN-DRÉ MAUROIS na frase “sobre o papel tudo tem ar de verdade.”

tema, quer armar a demanda e se dá conta que com os elementos probatórios que tem o juiz talvez não lhe dê uma medida cautelar; necessita mais elementos probatórios.

Se caso põe a prová-los em juízo, passará o tempo; então poderá o caso produzir privadamente a prova e segundo o grau de convicção que esta tenha, segundo a credibilidade dos especialistas, testemunhas, peritos, esperar que esse pacote de provas produzidas antecipadamente, consiga ou não a medida cautelar.

Outra hipótese de prova é acudir à justiça penal para investigar a conduta de funcionários da administração ou de particulares relacionados com a administração pública em virtude de concessões ou privilégios. Por essa via mais difícil, dadas as maiores exigências do direito penal para incriminar uma conduta, podem acreditar fatos que ainda não justifiquem qualificação penal, caso estes permitam provar certos fatos que depois servirão de base para a demanda em outra sede.

8. Produção privada da prova²²¹

8.1 Testemunhos

Quando há dificuldade de produzir antecipadamente a prova em sede judicial, é pertinente utilizar uma variante que no direito norte-americano se denomina *affidavits*, que são declarações que preparam uma pessoa de forma unilateral e privada e se incorporam como prova documental.

Nada impede em direito, sempre que se trabalhe de boa-fé, pedir a uma testemunha que escreva sua declaração em uma carta expressando aquilo que ela conhece: essa prova documental pode ser reforçada com seu oferecimento como testemunha, para que a chame para ratificar sua assinatura e conteúdo, perguntando-lhe, etc. Isso não importa, tampouco, adiantar qual pode ser a força de convicção que essa prova tenha em sede judicial; nem inclui a rea-

²²¹ Ver nosso *Tratado...*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. VI, & 7, 19.2, 22.7, 22.8, 26.2; cap. VIII, & 10.1.

lização da atividade probatória sobre controle de ambas as partes quando isso é materialmente possível.

8.2 Perícias

O mesmo se aplica às perícias, que podem produzir-se privadamente e incorporar-se aos autos, oferecendo simultaneamente o perito como testemunha, para ratificar seus ditos, reformular perguntas, etc.

9. As provas ilegalmente obtidas

É fundamental em direito administrativo o princípio processual de que são inadmissíveis as provas ilegitimamente obtidas²²². Assim, uma escuta telefônica feita pela administração ou terceiros sem autorização judicial,²²³ uma violação de domicílio sem autorização judicial, ou excedendo a autorização judicial; produção de prova sem ouvida da contraparte, etc. E aplica-se também em casos extremos, como as declarações obtidas sobre tortura.

Este princípio geral se estende à inadmissibilidade das provas reservadas ou secretas. Elas sempre existiram na história em regimes autoritários, mas de tanto em tanto pretendem reaparecer, e é então necessário que os tribunais mantenham firme o princípio de que as provas secretas são inadmissíveis em direito. O princípio que proíbe a “prova” secreta ou reservada reaparece, por exemplo, nas deportações de pessoas, em que costuma haver informes dos organismos de segurança, que, por seus próprios tribunais em todo o mundo, resolvem que os informes secretos não são admissíveis

²²² Ampliar em nosso livro *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. VI, & 17, “Inadmissibilidade das provas ilegitimamente adquiridas”.

²²³ Por sua vez, inclusive a autorização judicial procede com critério restritivo: Mille, CNCrim. e Corr., Sala IV, LL, 1997-C, 416; Rodríguez, TOral Criminal n° 9, LL, 1997-D, 613; Tello, CNCasassão Penal, Sala III, LL, 1995-B, 63; Del Bagno, TOral Criminal Federal, Mar del Plata, DJ, 1994-2-453; OLDANO, Íris, “Escuchas telefônicas”, JA, sem. n° 6163 del 17-XI-99.

como prova e, portanto, não permitem expulsar a uma pessoa com base nesse fundamento²²⁴.

10. A alegação informal

Há uma prática processual que com diferentes nomes e matizes existe em alguns países e está proibida em outros: em nosso *argot* forense é chamada “alegação de orelha”; no direito norte americano não são as comunicações *ex parte* que estão proibidas entre o magistrado e um dos litigantes, a ponto tal de resultar virtualmente inconcebíveis²²⁵. É algo que pratica em maior grau e com maior liberdade o advogado da administração. Ele fala privadamente ao juiz ou ao tribunal e expõe-lhes alguma situação que não introduz na *litis* como questão de fato e prova. Pode ser que essa situação de fato seja suficientemente importante como para que o juiz não possa evitar tê-la presente *in pectore* ao momento de julgar (a dimensão orçamentária, internacional, política ou econômica do problema, suas repercussões para o governo ou a opinião pública, etc; em suma, a jurisprudência de interesses que nossos tribunais tanto usam e tão pouco explicitam). Quando o tribunal o admite, o que ocorre com frequência, de fato admite também a alegação *ex parte* do particular. Mas o peso de sua argumentação não é, nem remotamente comparável a do Estado, e o indivíduo fica sem poder rebater, nem sequer conhece o que a administração há dito ao tribunal por trás do processo, do particular, da ordem jurídica. A desigualdade e injustiça processual se transforma inconstitucional. Para solucionar esta distorção processual não cabe senão apelar à oralidade ao menos em fase de alegação final, pois oralidade implica não só imediação e igualdade entre as partes, como também pu-

²²⁴ *El procedimiento Administrativo*, op. cit., cap. IV, & 17, “Podem invocar-se na decisão as peças reservadas?” Em matéria penal *stricto sensu* a legislação admite o agente encoberto, mas com algumas ressalvas e para delitos de especial transcendência como o tráfico substancial de entorpecentes como explica PALACIO, Lino Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 96 a 104, &16.4.4, “Agentes encobertos.”

²²⁵ Ver as referências do t.2, cap. XVI, & 12, nota 12.2. Ver também *El método en derecho*. Madrid: Civitas, 1988, 4ª reimpressão, 2001, p. 233.

blicidade e controle social: que a sociedade possa ver com base em quais provas o tribunal resolve determinadas coisas.

11. Provas produzidas na privacidade da pessoa

Mais complexo é o atinente às provas que se referem à privacidade das pessoas, por exemplo, sua saúde. Isso, geralmente, considera-se amparado no princípio da privacidade. Nos tribunais administrativos internacionais, em alguma ocasião utiliza-se o critério de requerer este tipo de informação para utilizá-la *in câmara*, sem incorporá-la necessariamente ao expediente²²⁶. Também se admite na França que o tribunal pode decidir por dar ao requerente a informação acerca de sua saúde e ele terá a liberdade de submetê-la ou não ao tribunal²²⁷. Na carreira policial e militar a saúde é básica nas promoções e afastamento. É frequente encontrar sentenças que analisam a razoabilidade das constâncias médicas a efeito. Em estes e outros casos, parecera que aquele que se encontra em tal condição não tem mais remédio, ao não ser resignar-se em sua privacidade médica para poder aceitar o julgamento. Não é uma condição satisfatória, mas não tem outra saída que a publicação da sentença com iniciais e não com o nome e sobrenome completo²²⁸ (uma precaução que, às vezes, nem mesmo a Corte Suprema há tomado)²²⁹. A Câmara também tem retirado decisões com nome e sobrenome de pessoas com AIDS, o que pareceu uma violação do

²²⁶ Assim, o Tribunal Administrativo do BID. Ver nosso *Tratado...*, op. cit., t. 2, cap. XVI.

²²⁷ CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*, 4ª ed. Paris: Montchrestien, 1993, pp. 612 e 621.

²²⁸ Outra variante é a adotada pelo Tribunal Administrativo do FMI, que designa a cada caso uma sigla convencional do tipo “Mr. A” ou “Ms. B”, tornando então difícil ou inclusive impossível, que terceiros conheçam quem são os atores.

²²⁹ Existem pronunciamentos que avaliam exames de AIDS sem consentimento, o qual privilegia outros valores além da privacidade. Ver KEMMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “*El sida en la jurisprudência*”. Buenos Aires: La Ley, 1999, quem orienta sobre os precedentes: DT, 1997-B, 1779; JA, 1997-V, 329; ED, 160: 327; LL Buenos Aires, 1996-949, etc. A doutrina privilegia a privacidade, a jurisprudência não.

direito à intimidade na legislação vigente²³⁰. A melhoria das técnicas de cura da AIDS, mais uma melhor tutela contra a discriminação, estão reorientando o direito até privilegiar a informação e conseqüente possibilidade de cura com o diagnóstico precoce, sobre o direito da intimidade do enfermo. Há nisso uma constante do direito.

12. Meios de prova

O princípio sempre é o da liberdade para as partes na eleição dos modos de prova, sujeito às possibilidades materiais do tribunal²³¹.

Mas há neles uma grande limitação fática que não demanda dos fatos, senão da discricionariedade: um propõe testemunhas ou peritos e a administração não os chama ou designa, há que produzir prova privada; um pede ao juiz a inspeção ocular ou o reconhecimento judicial e não o ordena, há que acompanhar antes fotografias, vídeos, etc. O particular deve, pois adiantar-se a produzir a prova que de antemão cabe à administração, ou o tribunal não ordenará.

12.1 Fotografias e vídeos

²³⁰ La Ley 23.798, de prevenção e luta contra a AIDS, em seu art. 2º, disse que não se pode “a) Afetar a dignidade da pessoa; b) Produzir qualquer efeito discriminatório, estigmatização, degradação ou humilhação; c) Exceder o marco das exceções legais taxativas ao segredo médico que sempre se interpretarão de forma restritiva; d) Incursionar no âmbito da privacidade de qualquer habitante da Nação Argentina; e) Individualizar as pessoas através de fichas, registros ou armazenamento de dados, os quais, a tais efeitos, deverão levar de forma codificada. O art. 6º dispõe que “Os profissionais que assistam à pessoas integrantes de grupos de risco em adquirir a síndrome de imunodeficiência estão obrigados a prescrever as provas diagnósticas adequadas para a detecção direta ou indireta da infecção”; o art. 8º estabelece: “Os profissionais que detectem o vírus de imunodeficiência humana (HIV) ou possuam a presunção fundada de que um indivíduo é portador, deverão informar-lhe sobre o caráter infecto-contagioso do mesmo, os meios e formas de transmiti-lo e seu direito em receber assistência adequada.”

²³¹ COLSON, op. cit., p. 166 e ss.

Cabe admitir todos os meios de prova e dentre eles cabe mencionar as fotografias, que os advogados, às vezes, não utilizam suficientemente. O saber ver, *sapere vedere*, requer a visão direta ou indireta do objeto²³². Senão faz-se uma inspeção ocular, pode resultar importante que estejam as fotografias ou o vídeo.

A fotografia tem uma força de convicção bastante importante, sobretudo se são fotografias numerosas, variadas, que permitem apreciar aquilo que se quer descrever. O advogado tem que tomar o trabalho de fechá-las e assiná-las no verso, declarando sobre juramento, como auxiliar da justiça, que foram tomadas nesse momento e lugar. Todavia, podem tomar mais providências e fazê-las mediante uma ata notarial por um escrivão público, por fotógrafo profissional e com testemunhas, igual que para uma gravação telefônica, “câmara oculta”, etc. Estes requisitos são cada vez mais necessários à medida que o desenvolvimento tecnológico permite modificar uma fotografia pelo computador;²³³ o mesmo é aplicável a outros meios de armazenamento de dados que logo mencionaremos. Em um passado recente, quando incorporavam-se suficientes fotografias de alguma questão debatida, a prática é que ela não costuma ser questionada e então passa a ser uma questão não relevante para a conclusão do caso. Se não se forneceu a prova fotográfica, então sim, ao contrário, pode chegar a ser uma questão relevante. Com o tempo será indispensável rodear esta prova de maiores formalismos como os que explicamos anteriormente. O mesmo se aplica ao vídeo, que é admissível como prova, mas convêm acompanhá-lo de uma degravação para facilitar sua leitura e ocupar-se

²³² Claro que o ser humano também ali se equivoca. Temos visto sentenças de primeira instância decidindo em um sentido com base em que o documento principal era uma fotocópia, e a câmara rejeitando com base a assinalar que não era fotocópia, mas original.

²³³ Em tal sentido ver CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 656; “Proteção imediata dos dados privados da pessoa. Habeas Data operativo”, LL, 1995-E, 293 onde explicam também muitos dos novos truques para alterar imagens, do que resulta a necessidade exposta no texto.

igualmente de outras providências probatórias²³⁴. Um ponto polêmico quanto às fotografias e os vídeos é o referente àqueles feitos à distância; se violam ou não a privacidade das pessoas: sobre isso aplica-se o princípio da inadmissibilidade das provas ilegalmente obtidas.

12.2 Fax, telex, etc

Podem ser admitidos como prova o telex, fax e demais correspondência entre as partes. Se bem que são meios de provas admissíveis somente entre as partes, isso é assim, contanto que ambas a mantenham em reserva: se uma delas faz pública sua correspondência, então a podem invocar os terceiros, porque deixou de ser privada; pela ação de uma das duas passou a ser pública e fica um problema entre as partes sobre se uma pode ou não fazer pública a correspondência privada.

Os disquetes e discos rígidos ou CD-ROMs, *memory sticks* dos computadores e vídeos gravadores ou câmaras de foto digitais, também são admissíveis como prova. Sem prejuízo de ter presente uma sempre possível perícia adversa, em todo caso convêm precaver-se e degravar o texto ou imagens e fornecê-las documentalmente, prévia certificação notarial de sua autenticidade. Cabe admitir também o reconhecimento judicial, a inspeção ocular, ainda que sobre esse assunto, os tribunais sejam bastante reticentes à sua produção²³⁵.

12.3 Gravações Telefônicas

12.3.1 Telefonia comum

²³⁴ Sobre o valor probatório do vídeo: Charlin, CNTrab., Sala III, LL, 1984-D, 401; DJ, 1984-6, 182, e seu complemento com ata notarial, Díaz de Vivar, Juzg. Nac. Civ., nº 67, LL, 1998-C, 88.

²³⁵ Sem desconhecer as dificuldades práticas que isso apresenta para todo tribunal, não pode deixar de expressar que a verificação direta é uma das melhores formas de precepção da realidade. Para uma análise da experiência comum na análise de um caso, ver BINDER e BERGMAN, op. cit., pp. 94-98.

Também são admissíveis as gravações telefônicas ou pessoais, com algumas limitações. As conversas telefônicas são equiparáveis à correspondência. São privadas entre as partes; mas, convêm também recordar que quando um escreve é mais cuidadoso, quando fala se torna menos. O outro pode estar gravando e é questionável o ato de uma das partes, em uma conversa, gravar o que a outra diz; é um ponto que gera discussão²³⁶. Mas o que passa quando a pessoa com a qual eu falo grava o que eu digo e usa publicamente a gravação contra mim? Essa informação passa ao domínio público, e pode ser invocada por qualquer um como prova?

12.3.2 Telefonia celular e outras gravações

Existem decisões que afirmam que a comunicação por um telefone celular, ao transmitir-se pelas ondas que são de domínio público ou a chamada banda larga, não constitui uma comunicação privada, senão pública. Equipara-se a uma transmissão de rádio. Uma pessoa que a tenha sintonizada a pode gravar e usar como prova.

Outra questão é a gravação de uma conversa pessoal. Essa prova, sendo uma gravação ignorada pelo outro, costuma admitir-se como válida; não é uma prova ilegitimamente obtida²³⁷. Portanto, caso esteja falando com um funcionário com um gravador ligado no bolso, o que aquele diz pode ser usado como prova²³⁸. Em um interrogatório, se estão tomando declaração a uma testemunha e o interrogante nega-se a deixar exata constância do que a testemunha diz e as objeções não às registra em ata, é delicado: há que levar um gravador e logo controlar o texto do interrogante com a própria gravação, como se fosse uma entrevista jornalística.

²³⁶ No processo penal se requer prévia autorização judicial, mas a regra conhece exceções, como explica PALACIO, *La prueba...*, op. cit., & 12.4, “Intervenção de comunicações telefônicas”, pp. 72-76.

²³⁷ A menos que exista relação de dependência, caso no qual se requer que não seja mascarada.

²³⁸ O mesmo em matéria penal no que se refere à “câmara oculta” de TV. PALACIO, op. cit., pp. 76/7.

12.4 Outros meios de prova

Não existe disposição que limite os meios de prova de que se pode fazer uso. Podem empregá-los através de técnicas antigas ou modernas: provas fonográficas²³⁹ ou magnetofônicas, fotográficas segundo já vimos,²⁴⁰ radiográficas²⁴¹, etc. Também já recordamos os velhos *floppy disks* e os disquetes rígidos, discos rígidos (*hard drive*) do computador, discos laser ou CD-ROMs, DVDs e tudo mais que o desenvolvimento tecnológico produza no futuro.

O uso de dados da internet como prova teve no começo dificuldades de admissão em virtude das possibilidades técnicas e as inclinações ou inclusive comodidade material do tribunal. Caso ofereça-se como prova que o tribunal consulte a internet, ou na França ao Minitel, a decisão sobre a admissibilidade da prova foi inicialmente adversa²⁴². Com tudo, já há sentenças e tribunais que invocam e aplicam informação técnica oriundas da internet²⁴³.

No Uruguai as normas criam o procedimento e “o procedimento eletrônico”, o qual “terá a mesma validade jurídica e probatória que o procedimento tradicional”, ou tramitado “por meios convencionais”²⁴⁴. Ali o ordenamento é vigoroso em avançar, ainda que não façam falta, normas expressas para admití-lo²⁴⁵.

²³⁹ COLOMBO, Leonardo. “La prueba fonográfica de los hechos”, LL, 51: 1152.

²⁴⁰ Ver DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, “*La fotografía cómo prueba en el juicio civil*”, JA, 23:117. O tema deve ser rediscutido, desde logo, a partir da fotografia digital.

²⁴¹ A respeito das placas de raios “X” pode ver-se o trabalho de CHARLES C. SCOTT, em “*Michigan Law Review*”, Ann Arbor, t. 44, nº 5, 1946, p. 773 e ss.

²⁴² Assim na França para o Minitel: CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 607.

²⁴³ Por exemplo, abstratos de medicina tomados em www.medscapepublineabstract.com, utilizado pela CNFedCa, Sala IV, B. de P., C. E. e outros c. Policia Federal Argentina, LL, 25-I-01, P.3.

²⁴⁴ DELPIAZZO, Carlos E. *El procedimiento administrativo electrónico y e lacto administrativo automático*, UTE, Recopilación de conferencias y exposiciones realizadas, Montevideú, 1999, p. 39 e ss., p. 47.

²⁴⁵ DELPIAZZO, op. cit., p. 46.

Também existe o direito a que a administração elabore, publique e proporcione padrões de qualidade dos serviços²⁴⁶.

Igualmente são admissíveis as inspeções oculares, ou através de outros sentidos: prova de paladar, de olfato, de tato, de audição;²⁴⁷ contudo, nesses casos é mais provável que a apreciação de tais fatos efetue-se por meio de peritos;²⁴⁸ ou com a colaboração de peritos,²⁴⁹ é dizer, realizar a medida probatória o próprio funcionário, mas acompanhado e aconselhado pelo perito²⁵⁰. Também pode combinar a prova pericial e a prova de inspeção ocular desde que o órgão esteja presente durante a realização da perícia, o que dá mais imediação à prova,²⁵¹ sem substituir o meio de prova.

A inspeção ocular, tátil, olfativa, etc., pode realizar-se não só sobre objetos inanimados, senão também, em certos casos, sobre pessoas e animais,²⁵² podendo consistir em uma comparação, mediação, etc.; constitui um meio de prova de certo interesse, enquanto outorga imediação,²⁵³ mas não existe uma obrigação legal de suportar a inspeção,²⁵⁴ razão pela qual será necessário o consentimen-

²⁴⁶ Disse o Decreto 229/2000 em seu art. 5º, inc. b), c) e d): “b) Determinar os níveis ou padrões de qualidade atuais na provisão dos serviços que se prestam aos usuários e às metas quantificáveis para seu desempenho futuro”, “c) Estabelecer um sistema de monitoração e avaliação do cumprimento dos padrões sobre a base de um conjunto homogêneo de indicadores”, “d) Realizar uma ampla difusão dos resultados, em uma linguagem clara e acessível para o conjunto da população”.

²⁴⁷ HELLBLING, op. cit., p. 311; lei austríaca, art. 54; no processo ordinário ver ROSENBERG. *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, 1955, p. 239; EISNER, Isidoro. *La prueba em el proceso civil*, 1946, p. 74.

²⁴⁸ É mais provável e mais frequente na prática, mas não necessário.

²⁴⁹ HELLBLING, op. cit., p. 311; lei austríaca, art. 54.

²⁵⁰ O art. 479 do CPCCN expressa que o reconhecimento judicial (não se usou agora a expressão “inspeção ocular”, por sua reconhecida limitação a um só sentido), poderá ordenar-se também com “a concorrência de peritos e testemunhas a dito ato.”

²⁵¹ HELLBLING, op. cit., p. 312.

²⁵² HELLBLING, op. cit.

²⁵³ HELLBLING, op. cit., p. 311.

²⁵⁴ Tampouco no direito austríaco: HELLBLING, op. cit., p. 312.

to da pessoa. Não procede, ao contrário, a inspeção ocular sobre arquivos, quando ela pode ser suprida por informes ou certificações.²⁵⁵ O campo mais propício para a inspeção ocular, na prática, costuma ser os casos de urbanismo e meio ambiente²⁵⁶. Costuma-se caracterizar a inspeção ocular como uma atividade que se desenvolve fora da sede do organismo,²⁵⁷ mas se isso é o usual não constitui uma regra absoluta, já que as partes podem trazer à sede do órgão a respeito do qual se propõe seu conhecimento direto pelo tribunal, quando isso for materialmente possível.

²⁵⁵ Corte Suprema de Justiça da Venezuela, Sala Político Administrativa, decisão de 2-8-67, transcrito em BREWER-CARÍAS, ALLAN-RANDOLPH. *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 e Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, *La actividad administrativa*, vol. I, *Reglamentos, procedimientos y actos administrativos*. Caracas: EJV, 1976, pp. 160 e 161.

²⁵⁶ Tal é a opinião de CHAPUS. *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 614, quem agrega a expropiação. Sem esquecer-se da entrevista pessoal, que costumamos esquecer como elemento de convicção, mas se utiliza em momentos claves, p. ex. antes de conferir um cargo ou emprego, etc.

²⁵⁷ TENTOLINI, Ottorino. *La prova amministrativa*. Milan: Giuffrè, 1950, p. 151.

Capítulo 5

COMO LER UMA SENTENÇA*

1. Saber ler

Saber ler é outra das versões, em direito, do *Sapere vedere* de MIGUEL ÁNGEL. Há alguns cidadãos que têm que ser lidos, por serem clássicos e conhecidos. Outros nem tanto.

Começaremos pelos primeiros, antes de entrar na leitura de uma sentença que é uma tarefa mais complexa do que parece.

1.1 Saber ler o começo

Antes de tratar da leitura da sentença judicial, convêm recordar algumas regras simples, por vezes esquecidas, de leitura. Todos cremos que sabemos ler bem um texto jurídico, mas não costuma ser assim. É fundamental, na leitura, encontrar os pontos críticos ou conjunturais, os eixos fundamentais daquilo que estamos lendo e registrar, empiricamente, quais erros cometemos com mais frequência para evitar repetí-los.

Os pontos críticos variam de um texto a outro, de forma absolutamente não predeterminada: podem estar ao final, no começo, no meio; destacados e/ou passar, entre temas não importantes e/ou desinteressantes.

Se o autor do texto jurídico quis ser didático os colocará em um lugar de destaque. Assim, a comissão relatora do projeto de lei 19.549/72 colocou o mais importante no começo, por inspiração de quem fora Procurador do Tesouro Nacional, Dr. Adalberto Cozzi. Injustamente esquecido em seu suporte ao texto definitivo; como é habitual, muitos pensam que a maior influência foi dos teóricos, não dos práticos do direito. Essa técnica o faz pouco elegante, mas não há dúvida que ajuda na compreensão do decreto-lei: seus primeiros artigos são um compêndio de direito público já antes conhecido²⁵⁸.

1.2 Saber ler o final

Em meu caso, um dos meus erros de leitura mais frequente é que inconscientemente, sem dar-me conta do que faço, abandono a leitura uma linha ou duas antes do final: seja um contrato, um ato jurídico qualquer, uma lei, a nova constituição. Como mecanismo de autocontrole começo sempre a ler algo pelo final, para estar seguro de que não me escapará o que alí está.

1.3 A letra pequena ilegível

Outro dos erros conhecidos de leitura de um contrato qualquer é não ler bem o que se chama “a letra pequena”. O nome provém talvez dos contratos pré-impresos em que as cláusulas adversas ao comprador figuram tão pequenas como para ser normalmente ilegíveis. O mesmo com os produtos que devem legalmente constar esclarecimentos acerca do que vedam: costumam colocá-los em um tamanho tão pequeno quanto seja possível (assim as bulas que acompanham todo medicamento, indicando seus efeitos adversos). Com o avanço dos anos e a deterioração da visão, às vezes não podemos lê-los nem com uma lupa. E aos muito jovens, que podem lê-los sem dificuldade, normalmente não lhes interessa sua leitura. Deverão ainda equivocar-se muito na vida para dar-se conta

²⁵⁸ E não como pretendem alguns, de um direito público que nasceu além do nada.

que há que ler a letra pequena com mais cuidado que a letra normal.

Por tudo isso, as normas de proteção ao consumidor costumam exigir um tamanho mínimo de letra que não impeça de fato sua leitura. As advertências nos produtos nocivos como o tabaco tem um tamanho predeterminado pela ordem jurídica.

1.4 A letra oculta

As cláusulas ou normas com “letra pequena” podem não sê-las no tamanho físico, senão na dificuldade de localizá-las. É um velho drible dos advogados escreverem coisas desinteressantes, inúteis, repetitivas e sem imediato e aparente sentido prático que quase convidam a saltá-las, e no meio delas incorporarem aquelas disposições adversas aos interesses da parte contrária, que seria preferível não lê-las.

Assim, as escrituras de empréstimo, nacionais e internacionais. Uma cláusula de *cross default* não leva nunca letras de molde, mas em nossa leitura deve tê-las com tipografia de tamanho “catástrofe”.

1.5 Saber ler o evidente

Uma forma sofisticada de ocultar algo é colocá-lo bem evidente. Isso pode ou não dar resultado, mas é necessário estar prevenido. Pode algo ser tão evidente que não o vejamos²⁵⁹.

1.6 Saber ler o que não está escrito

Este é o verdadeiro pesadelo: ler entre linhas, imaginar o não dito e não equivocar-se demais. Múltiplos desentendimentos ocorrem assim na linguagem falada. Um diz uma coisa e o outro entende algo distinto. Sua sincera, mas às vezes débil explicação é

²⁵⁹ A técnica idealizada por EDGAR ALLAN POE, p. ex. em *La carta robada*.

“*eu pensei que...*” E os psicólogos ganham a vida interpretando o que uma pessoa “verdadeiramente” quis dizer, não o que disse.

Por sua vez, em nosso procedimento judicial, como no administrativo, tudo tramita por escrito, mas é habitual conversar com o funcionário. Ambas as partes o fazem e disso não fica registro escrito para quem, alheio à causa, leia o parecer, o ato, a sentença. Por isso, se diz com clareza que nosso procedimento não é oral nem escrito, é “conversado”²⁶⁰.

2. As modalidades de leitura

2.1 Para ler uma lei

Para ler uma lei, primeiro há que prestar atenção ao contexto político, social e econômico do país e à época. Há que buscar na realidade (não nos debates) as razões verdadeiras que levam a seu ditado. Logo, ao começar a leitura do texto legal, não tem que deter-se nos artigos que têm um toque conceitual ou conclusivo, nem menos ir a ver os antecedentes legislativos: há que buscar em seu texto os pontos resolutivos de questões concretas. Há que fazer falar a seu texto. Não é questão de prestar excessiva atenção ao conceito ou definição que os legisladores podem incorporar ao artigo. Com efeito, se o resto do articulado precisa ao regime legal de determinada maneira, não a fará mais extensa um amplo conceito inicial ou vice-versa. Veja por exemplo na lei de confidencialidade 24.766 a amplitude do artigo primeiro, completamente deixada de lado por todo o articulado que se refere sempre a situações sumamente pontuais, em sua quase totalidade referidas à indústria farmacêutica nacional e não à definição conceitual do art. primeiro. O mesmo passa em matéria de serviços de eletrodutos com o art. 1º e os arts. 5º e 8º e assim sucessivamente.

²⁶⁰ Ver CARRIÓ, ALEJANDRO e outros, *En defensa de los derechos civiles*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 79, nota 5. A respeito do que foi dito no começo do parágrafo precedente de nosso texto ver, como caso concreto, o relato de KILLMEATE, Atílio, “Os descapacitados motores e o transporte público”, em CARRIÓ e outros, op. cit., pp. 78, 79, 80 (sexto parágrafo, segunda frase).

2.2 Para ler um contrato, olhar os fatos

Um contrato deve ser analisado para buscar sua harmonia interna e sua letra pequena, complementando com os fatos das partes, antes de celebrá-lo e, sobretudo, na execução do contrato. Resulta assim que para estudar o texto de um contrato há que estudar a *conduta das partes em sua execução*, conforme os meios probatórios que o direito admite.

2.3 Saber ler os livros

A doutrina dos livros e artigos de revista vale como auxílio ao conhecimento e a interpretação do direito, mas não é a fonte com a qual solucionar uma colocação concreta do direito em um caso singular. Seu peso real não é o de seu autor, senão o de seus argumentos.

Obviamente que os advogados sabem disso. Não obstante, por um estilo retórico utilizamos a doutrina como argumento de autoridade, ainda que seja uma falácia não formal da razão. Isso em si não está mal. O mal está em crê-lo.

3. A decisão jurídica

Não há diferença entre o processo de decisão do magistrado em um juízo, do advogado em um assunto ou o funcionário em um expediente.

Tampouco ela existe entre o pior possível erro de um advogado com seu cliente ou um médico com seu paciente: despreciar a capacidade deste para penetrar na realidade e descrever seu caso. Pois tudo se reduz sempre ao mesmo, perceber adequadamente a realidade para determinar em que lugar do mundo teórico enquadrá-la.

O sistema do direito ou o mundo da medicina não servem para nada se quem os aplicam não conseguem, no diagnóstico, identi-

ficar qual é a realidade que tem ante si. Essa é a primeira, talvez a única, em todo caso a grande *decisão*²⁶¹ a tomar. E como nossa capacidade de perceber a realidade é limitada, frente a dados ilimitados da mesma (LEIBNIZ), essa decisão não está dotada do caráter absoluto da *Verdade*. Os homens não têm essa aptidão, só Deus. Deus sabe a Verdade dos fatos, nós *decidimos* (conjecturamos) o que nos parece ser a “verdade” do acontecido em um caso. Não o sabemos, nunca o saberemos com essa perfeição da Verdade, ainda deveremos *decidir*, e de fato necessariamente o faremos.

3.1 A formação de uma hipótese inicial

Na primeira etapa da tomada de decisão incidem fatores que, às vezes, não são recolhidos pela sentença ou o escrito forense e que somente conhecem aos que estiveram adentro do processo de decisão. Para os que não estiveram dentro do processo decisório nessa primeira etapa, ou não conhecem o caso de maneira direta, esta etapa é a mais difícil, pois o intérprete alheio à causa depende do que pode averiguar escutando ou perguntando às partes ou ao tribunal, ou do que os jornais recolham como versões dessa mesma discussão ou debate interno ou, por fim, de *sua própria leitura direta da realidade*, tratando de recompor aquele que em seu momento poderia ter sido o processo interno do tribunal.

Há magistrados generosos que contam algumas de suas percepções fáticas importantes, que podem escapar aos letrados. Em LORD DENNING no primeiro capítulo de sua *The discipline of Law*,²⁶² indica como parar-se frente a um tribunal. Em o Juiz JACKSON, que ordenou dividir o monopólio da *Microsoft*, afirma publicamente que influenciou em sua decisão a forma com a qual

²⁶¹ Não constata a verdade; decidem uma hipótese ou conjectura: sempre provisional, sempre exposta à refutação. Em quanto tempo da decisão, seja ela profissional, administrativa ou judicial, ver nosso artigo “El tiempo de la decisión jurídica”, em Fernández Ruiz, Jorge e Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, IJ, 2007, pp. 146-58.

²⁶² Londres, Butterworths, 1979.

BILL GATES declarou por vídeo. A nível de prejuízos discriminatórios, são as porcentagens em que os juízes decidem a favor ou em contra de alguma minoria,²⁶³ ou os advogados aceitam um ou outro tipo de causa.

3.2 O processo de fundamentação

Muitos dizem que o juiz toma primeiro sua decisão e depois a passa para um assistente para que ele a escreva; em outras variantes, que os assistentes fazem primeiro, livremente, sem instruções, um projeto que o juiz corrige ou que fazem projetos alternativos entre os quais o magistrado elege. Algo parecido pode formular-se a respeito do advogado que conta com assistentes em sua tarefa profissional, o Diretor de Assuntos Jurídicos de uma repartição pública a respeito dos advogados que a integram, etc. É parecido ao que faz o médico quando consulta um colega e, também, o paciente que busca uma segunda opinião.

É provável que em mais de um caso isso seja assim, mas estas variantes não constituem necessariamente a regra. Em todo caso, também há casos anormais, todavia mais extremos, de tribunais que encontram-se tão sobrecarregados de trabalho que recorrem a remédios heróicos. Assim, um juiz penal de primeira instância estadual nos disse há um quarto de século, algo que também dizia em público. Na sua vara entravam oito mil causas por ano: suas alternativas eram renunciar, trabalhar até adoecer e morrer, ou delegar justiça. Suas palavras foram: elejo para mim as causas de narcotráfico, os piores homicídios, etc, e nos demais, trato de que os empregados de minha vara façam a melhor justiça que pos-

²⁶³ Remitamos-nos a nosso *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *Parte general*. Buenos Aires: FDA, reimpressão 2003, 8ª ed., cap. VIII, & 15, “Procesamiento estadístico.”

sam²⁶⁴. Histórias parecidas escutam-se em algumas reuniões de advogados²⁶⁵.

Quando finalmente ascendeu a um tribunal mais importante, a situação que deixou atrás seguia sendo a mesma. Era e é um magistrado sério, honesto, responsável, capaz, respondendo racionalmente frente a um problema posto a ele, e para qualquer outro que tomasse seu lugar, insolúvel pelos caminhos clássicos. Tinha o poder de condenar à prisão ou decidir que outro pudera condenar, mas não tinha o poder de mudar sua relação entre horas-homem de juiz e a quantidade de causas a resolver em sua vara.

Na Corte Suprema de Justiça da Nação há cerca de duzentos secretários e subsecretários cultos com um nível hierárquico e profissional equivalente a juiz de primeira instância ou desembargador. É o que se pode chamar de “Corte jovem”²⁶⁶. Seu número e excelência profissional dizem às claras de suas funções reais. Não é tão só buscar jurisprudência²⁶⁷. Nesse exercício intelectual, propo-

²⁶⁴ Se continuarmos a comparação com a medicina, seriam os médicos e paramédicos na frente da guerra, nos hospitais de campanha.

²⁶⁵ Os que se dedicam à reclamações coletivas da função pública ou ao direito do trabalho, quando no lugar de fazer uma ação de classe se faz uma demanda conjunta por um número elevado de pessoas: são os empregados do estudo quem decidem como fazer o enquadramento de cada indivíduo no grupo.

²⁶⁶ Por ex. CARRIÓ, Alejandro. *La Corte Suprema y su independencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 12.

²⁶⁷ A situação se repete onde quer que vá, com diferentes formas de resolução, mas o mesmo tipo de problema. Temos visto governantes sérios assinar expedientes sem lê-los, às vezes, sem sequer vê-los; bastava com que um auxiliar lhes dissesse do que se tratava. Certa vez presenciamos a assinatura em tais condições de um decreto, primeiro pelo ministro e depois pelo presidente, ambos sem lê-lo. Temos tido notícias de presidentes que tinham alguém que assinava em seu lugar; de escritórios onde a assinatura de um profissional é feita por um empregado; é o caso da assinatura digitalizada no computador. Alguns detalhes mais em nosso *Tratado de derecho administrativo*, t.2, *La defensa del usuario y del administrado*. Buenos Aires: FDA, 2006, 8ª ed., cap. XIV. Assinar por outro é, às vezes, mas não sempre, decidir por outro. Até tem um nome quase elegante: delegação de assinatura.

mos ao leitor continuar com distintas alternativas deste raciocínio inconcluso²⁶⁸.

3.3 A explicação da decisão

Em situações normais o que se escreve na sentença não reflete todo o ponderado pelo tribunal. Por conseguinte, a maior experiência do magistrado, mais enxuta é a fundamentação do que resolve²⁶⁹ em suas sentenças: aprende o valor do silêncio e o perigo da verborragia²⁷⁰. Com razão é um critério empírico que nenhuma norma escrita consagra em parte alguma do mundo. Não por isso menos real e antigo²⁷¹.

Os advogados, ao contrário, habitualmente não dispõem dessa saída, pois em seu objetivo de convencer o tribunal é possível que argumentem de diversas maneiras seu caso, tentando demons-

²⁶⁸ Ainda hoje as elites acadêmicas reconhecem este fato, dentro dos mistérios ou arcanos da Corte Suprema: “havia muita delegação dos juízes para os secretários. Segue havendo delegação, não nos enganemos. Não ofendo a ninguém dizendo a verdade.” VANOSSO, Jorge Reinaldo. “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte de la Argentina (Balance de una década de –certiorari- crillo),” separata-anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (ano XLV, 2 época, nº 38), Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 31.

²⁶⁹ Por sua vez, é claro que o juiz não deve resolver, em princípio, senão o necessário. Ver SUNSTEIN, CASS, *One Case at a Time. Judicial Minimalismo n the Supreme Court*, Cambridge e Londres, Harvard University Press, 1999.

²⁷⁰ A qual não o é, tanto fica claro que é um conjunto de possibilidades argumentais levando a uma mesma conclusão. Fica, como é o direito, a sana incerteza de qual foi o argumento convincente, no lugar da falsa certeza do fundamento formal eleito pelo tribunal. Por isso sobrevivem os escritos de CICERÓN, mas não os fundamentos do tribunal para dar-lhe razão. O mesmo nas decisões judiciais anotadas no verso de um escrito judicial (*endorsed on the Bill*). MARTINEZ-TORRÓN, Javier. *Derecho anglonorteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la “common law”*. Madrid: Civitas: 1991, p. 78.

²⁷¹ Ver NIETO, op. cit., pp. 142-53, na medicina há coisas que se comentam entre médicos e não se dizem ao paciente. São os “segredos da sala de operação”.

trar sua tese desde os diversos ângulos sobre os quais o juiz possa, por sua vez, querer considerá-los²⁷².

Mas o tribunal, no procedimento escrito, às vezes o soluciona lendo somente os fatos e o *petitum* dos escritos;²⁷³ assim, é como cabe também efetuar a primeira leitura de suas sentenças. O *trait d' union*, o laço argumental de direito, pode prover tanto o juiz, que sabe direito, como a parte, que também o sabe. Isso é fácil, o difícil é decidir qual é a realidade à qual aplicá-lo.

O magistrado em sua sentença só tem que pensar quais argumentos deve²⁷⁴ expor para que um tribunal de alçada não diga que a sentença é arbitrária por carecer de argumentação suficiente. Por isso os melhores tribunais a respeito dos quais não há alçada, frequentemente fazem sentenças mais curtas, quanto a argumentação. Os fatos da causa que são determinantes (para o magistrado) sempre devem ser descritos, desde logo²⁷⁵. Isso é o fundamental.

É frequente que algum dos argumentos que realmente militam a favor da decisão que adota-se, não explicitem-se na sentença porque foram apagados nesta segunda etapa, ainda havendo sido antes escritos como parte dela. O rascunho sobre papel segue sendo um dos melhores auxiliares da reflexão²⁷⁶.

Outros, por ser óbvio que não podem e nem devem ser escritos, não necessitam ser apagados, mas igualmente estarão pre-

²⁷² Nas audiências orais dos tribunais estadunidenses, é o tipo de pergunta argumentativa que os juizes formulam aos letrados.

²⁷³ Por isso há que fazer-lhe visitas de cortesia e conversar, si nos dá a oportunidade de fazê-lo.

²⁷⁴ O juiz Chalés Breitel, colocava a menor quantidade de argumentos e nisso trabalhava com sumo cuidado. Suas sentenças, breves, não eram para “leitura rápida”. Um cuidado análogo conta Lord Denning, *The Discipline of Law*, op. cit., p. 7.

²⁷⁵ Mas nem sempre estão todos. Ver as páginas precedentes.

²⁷⁶ Como explicamos em *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, op. cit.

sententes na mente dos juízes no momento de resolver. Recordamos os dois exemplos postulares muito particulares dados por LORD DENNING e JACKSON, dois respeitáveis e respeitados magistrados. Mudando de tipo de exemplo, é a explicação real de *Marbury v. Madison*²⁷⁷.

3.4 A política jurídica da decisão e de sua motivação

Há diversas políticas jurídicas que adotam distintos tribunais para um mesmo tipo de problema²⁷⁸. Assim por exemplo, quando o tribunal resolve anular um ato da administração (pelos motivos de ilegitimidade que o levaram à convicção da nulidade), tem dois possíveis caminhos, quase opostos. Um é eleger como fundamento a comissão de algum vício imotivadamente neutro²⁷⁹. Outro é mostrar a multiplicidade de violações à ordem jurídica cometidas pela administração²⁸⁰. O primeiro parece mostrar um tribunal mais seguro, que pode anular um ato sem atritos, permitindo-se a cortesia da luva de veludo, mas anulando efetivamente o ato. O segundo pode indicar um tribunal que sente que deve fundamentar muito bem a nulidade como para demonstrar ante a sociedade que não havia outra alternativa que anular a decisão.

²⁷⁷ Que explica Miller, JONATHAN e outros, *Constitución y poder político. Jurisprudência de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*. Buenos Aires: Astrea, 1987.

²⁷⁸ Também há uma política temporal de quando decidir algumas questões, como o mostra entre outros o Conselho de Estado da França. Ver nosso livro *Problema del control de la administración pública en América Latina*. Madrid: Civitas, 1982, p. 57; LONG, M.; WEIL, P. e BRAIBANT, G., *Les grands arrêts e la jurisprudence administrative*: Paris, 1978, 7ª ed., pp. 221-22.

²⁷⁹ Assim, o Conselho de Estado da Grécia: PÉTROULIAS, Démosthène, “Note sur la motivation des actes administratif en droit hélienique”, em DUPUIS, Georges, (dir.), *Sur la forme et la procédure de l’acte administratif*. Paris: Econômica, 1979, p. 31 e ss., p. 40, nota 1.

²⁸⁰ É o sistema dos tribunais argentinos, que explicamos em o *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*. Buenos Aires: FDA, 2001, 9ª ed., e em www.gordillo.com cap. IX, & 4.7, “Efecto sinérgico de los vicios”, p. 15.

Estão também os casos em que o tribunal não considera que deva extinguir o ato, mas não quer aparecer assumindo o rol de concordância política de uma decisão do Poder Executivo ou outro órgão do poder. Pode fazê-lo de muitas maneiras: considerá-lo questão não judicial,²⁸¹ não entrar a considerar sequer a causa, declarando-se não competente ou não esgotada a instância administrativa, ou utilizando qualquer outro dos muitos argumentos e sutilezas do direito processual para não pronunciar-se sobre a materialidade da questão. É uma forma de comunicar “O ato é válido, mas não vou pagar o custo político de dizê-lo expressamente”.

3.5 A leitura de uma sentença

O primeiro é conjecturar quais foram os argumentos da primeira etapa, aqueles que não encontraram destino na fundamentação que a sentença apresenta.

Para isso há que estar sempre atento ao que ocorre na realidade, seguir as novidades do mundo real, prestar atenção às descrições jornalísticas sobre as discussões internas do tribunal, etc. Por outro lado, é indispensável não ficar preso à leitura do que ficou na sentença como fundamentação. Não cair nas “*elucubrações dos litigantes*” senão ater-se “*às palavras decisórias*”²⁸².

A fim de recriar na própria mente qual pode haver sido o cenário argumentativo dessa primeira fase de formação da conjuntura provisional da sentença, é necessário proceder ao contrário. Há que ver isoladamente, com uma visão de túnel ou microscópio, não toda a sentença, senão tão somente o que se resolveu ante qual problema e a partir disso tratar de pensar qual pode haver sido a linha argumental da primeira etapa. Não o que consta por escrito da sentença, que pode não ser completo ou inteiramente fidedigno (ou

²⁸¹ As “falsas questões políticas” que recorda MAIRAL, Héctor A. *Control judicial de la administración pública*, t. I. Buenos Aires: Depalma, 1984, & 305, pp. 511 a 513.

²⁸² Segundo as sábias palavras da Real Cédula de 1768 que recordamos *infra*, & 4.1.

inclusive ser inexato, no sentido que os fundamentos que se dão, às vezes não são os reais pelos quais se tomou a decisão),²⁸³ senão o que tratamos de recriar em nossa mente a partir de uma percepção tão parecida como seja possível da mesma realidade. Por isso, como assinalamos antes, sobrevivem, às vezes, os escritos argumentativos da parte triunfante²⁸⁴ e não a decisão que lhe deu a razão: aqueles incitam a pensar, não pretendem congelar fotograficamente um argumento de autoridade.

4. Dificuldade em localizar o objeto da sentença

(o que o juiz resolve, o que faz)

Muitas sentenças são tão extensas que podemos nos perder nelas, ou tão enxutas que podemos passá-las por alto, ignorá-las por sua concisão, como se fossem menos importantes quanto mais breve são. Devemos nos precaver de ambas as coisas, tanto de dar demasiado tempo a uma sentença longa, como muito pouco a uma curta. Há duas linhas que são fundamentais. Existe uma centena de páginas onde tudo é sobreabundante.

A importância de uma sentença, por certo, não depende de sua extensão ou atrativo teórico, senão do que decide. Não é o tamanho, a abundância de citações, as árduas discussões que oferecem aos leitores, em seu voto, os magistrados individuais ou os integrantes de um tribunal colegiado, o que faz que uma sentença seja importante. Mas o que ela decide.

5. O que buscar. O que a sentença é ou resolve

Para ler utilmente decisões judiciais é importante ter em claro, antes de tudo, que uma sentença é uma decisão judicial frente a uma situação de fato determinada. Para isso, devo tratar em primeiro lugar de determinar qual é a situação de fato a qual a senten-

²⁸³ São as motivações *ex post* que explica Nieto.

²⁸⁴ O mais ilustre, CICERÓN.

ça se refere, qual é o problema proposto, qual é o caso em definitivo. E à continuação, qual é a decisão que o tribunal adotou, se admitiu ou desprezou a demanda, se sentenciou a favor da autora ou da demandada.

Ao contrário, como o disse, que argumentos de direito deu, que doutrina elaborou, etc., não é esta etapa de busca tão importante como saber o que se resolveu em um problema determinado.

Se a sentença é ordenada e prolixa, encontrarei ao começo dela uma descrição do conflito e ao final, pouco antes das assinaturas, como o resolveu.

Se a sentença não é ordenada e prolixa, e neste sentido há muitos que não o são (nem tem porque sê-lo), deverei sobrevoar a decisão para detectar a explicação dos fatos do caso através de seus distintos considerandos e, desde o final, o melhor é retroceder para entender bem o que se decidiu.

É fundamental que não desviemos ou distraiamos nossa atenção inicial de como se fundamentou ou argumentou a decisão. Isso virá depois, se a decisão é importante para nós, uma vez que tenhamos compreendido em nossa mente como pode haver sido a colocação do tribunal frente à realidade naquela primeira etapa conjectural que antes mencionamos.

Pode ocorrer que os fatos sejam muito polifacéticos e levem tempo para desenvolvê-los; ou que a própria decisão seja complexa e tenha muitas variáveis. Este último pode ocorrer se a decisão é favorável²⁸⁵. Uma decisão desfavorável se resume, aos

²⁸⁵ Na decisão *Ángel Estrada*, sobre três votos o primeiro fica em desidênciã e o segundo e terceiro, separados, faz maioria indicando ao Ente Nacional Regulador da Eletricidade que deve decidir novamente, agora, “tendo em conta o disposto na presente resolução”: CNFed. CA, Sala I, LL, SAdm., 6-X-00, p.34. Ver também meu artigo “Ángel Estrada”, JA, número especial, 2005-III, fascículo nº 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproduzido em *Res Publica, Revista da Asso-*

efeitos de sua inicial compreensão, em poucas palavras: “Não há lugar na demanda” e em Câmara, “Confirma-se a sentença apelada” ou “Despreza a apelação interposta”. As sentenças adversas à pretensão do autor são fâcies de selecionar: “Não”, isso é tudo o que precisamos saber inicialmente, frente a que pretensão, para ter uma idéia clara do que foi resolvido.

6. Descobrir a sentença

Na decisão judicial há, pois, dois momentos distintos: um, em que o juiz vai formando uma hipótese provisional de como resolver o caso. Outro, posterior, em que o juiz vai armando os fundamentos da decisão que provisoriamente contemplava. Nesse processo vai ajustando, revisando ou eventualmente corrigindo a hipótese inicial.

6.1 Saber ler

Reiteramos que há duas variantes antigas para analisar uma sentença: a) prestar atenção no que ela resolve frente a um problema determinado, ou b) prestar primordial atenção aos argumentos que a decisão apresenta, sem ter prioritariamente em conta o que resolve ou o problema frente ao qual se expressa.

A segunda variante é a que se usa em forma exclusiva para preparar os sumários das coleções ou publicações de sentenças; é também a forma em que muitos estudantes de direito, advogados e professores de direito os lêem.

São dois caminhos tão clássicos e diversos que faz mais de dois séculos um rei considerou necessário, desde a sabedoria empírica, proibir aquilo que fazia espalhar a segunda forma de lê-los. Dizia a Real Cédula de 25 de junho de 1768: “ *Para evitar os prejuízos que resultam com a prática que se observa na Audiência de*

Mallorca de motivar suas sentenças, dando lugar a elucubrações dos litigantes [...] mando termine a dita prática atendo-se às palavras decisórias”²⁸⁶.

As elucubrações não há que tê-las com o que a sentença disse, senão com a adequada compreensão do caso ou problema de fato que o juiz tinha frente a si e de qual foi a determinação que adotou frente a ele, que decidiu.

De igual modo, o juiz que lê um escrito apresentado pelas partes, presta atenção em quais são os fatos que a parte sustenta (que obviamente contrastará com sua própria percepção da prova) e com base no que eles pedem. Primeiro é sempre necessário determinar e saber de que se trata²⁸⁷. Em um escrito, saber qual é o *objeto* e qual é o *pedido* (que devem, desde logo, coincidir)²⁸⁸ em uma sentença, o que se há resolvido e frente a qual colocação.

6.2 Descrição e razão fático-jurídica

Quando tenho uma seleção interessante de sentenças cuja solução me parece útil para aquilo que estou analisando, então posso a aprofundar-me em sua leitura. Deverei ter em conta principalmente seus argumentos jurídicos, ou principalmente sua descrição dos fatos?

Os leitores já sabem que os fatos são o mais importantes em direito, que se nos equivocamos nos fatos todo o demais não serve. Que são os fatos determinantes para que uma solução seja justa ou injusta, que uma conduta determinada seja abuso do direito ou não, boa ou má-fé, má práxis ou não, constitua ou não uma arbi-

²⁸⁶ Citado no magnífico e provocativo livro de Nieto, op. cit., pp. 137 e 143-5.

²⁸⁷ Utilizamos adrede a frase que a sabedoria popular havia reclamado de viva voz frente ao Cabildo, nos albores da Revolução de Maio.

²⁸⁸ GENARO R. Carrió assinalava que, por isso, essas são as partes fundamentais de um escrito jurídico, às quais o advogado deve prestar máxima atenção e cuidado. *Mutatis mutandis*, é o mesmo método de BREITEL para suas sentenças.

trariedade e assim sucessivamente com cada um dos grandes princípios do direito.

O que distingue um bom de um mau trabalho jurídico não é tanto o argumento propriamente normativo, conceitual, etc., senão sua profundidade em analisar minuciosamente as circunstâncias de fato, para resolver se corresponde enquadrá-las em uma ou outra das tantas categorias que o direito tem.

Assim, como o mais importante em um caso de direito são os fatos, também o que mais interessa em uma sentença é como percebe e argumenta ou se pensa os fatos. Mas não devemos tampouco supor que a descrição que a sentença faz é necessariamente completa e adequada. A realidade está sempre fora da decisão²⁸⁹.

Pode ocorrer que hajam influído na decisão determinadas questões de fato que não se explicam na sentença e que o leitor em consequência não adverte de sua leitura literal; não por isso são menos determinantes para a solução do problema. Por isso o leitor deve tratar de re-analisar a realidade do conflito e sua inserção na realidade de seu tempo e de seu lugar.

7. O que a sentença diz de mais e de menos

Se os leitores entram nas *elucubrações* que assinalam a real cédula de 1768, então, torna-se pior o que uma sentença diz de mais do que o que diz de menos, se é muito breve. Por que a ausência ao menos faz pensar o leitor sobre quais haverão de ser verdadeiramente os fundamentos da sentença. A presença excessiva de argumentos, se não são os centrais, desorienta a busca e a leva por caminhos sem destino. Outras vezes ocorrem ambas coisas a uma só vez: a sentença omite as razões fundamentais que não são as que levaram a tomar a decisão, mas podem em abstrato, “objetivamente”, fundá-las.

²⁸⁹ E o juiz tem o mesmo problema humano que assinalou LEIBNIZ.

É que a redação final das sentenças não recebe o mesmo tipo de cuidado que a tomada da decisão, inclusive provisória. É possível que se entrem nessa versão final, instrumental quase, argumentos de mais ou de menos. Ademais, porque é quase um esporte de nossa profissão dar e buscar argumentos diversos. É assim que caso possa-se agregar um bom argumento à decisão, agrega-se, ainda que seja um argumento que não haja tido peso para adotar a decisão que se toma. Desse modo, se multiplicam na sentença argumentos instrumentais que não tiveram participação alguma no processo decisório. A doutrina que adotar a sentença agregará mais, quiçá tão irrelevantes, mas menos perigosos que os que a sentença agrega aos reais.

Também há argumentos reais que não é de bom estilo dá-los por escrito. O montante da condenação é algo que sempre se tem em conta. Ninguém quer condenar o Estado a pagar uma soma que este não possa pagar. Como se há dito acerbamente, “Quando não há dinheiro, não há direito”²⁹⁰. Em uma condenação civil por perdas e danos o magistrado também toma em conta a realidade da vítima ou do responsável (por exemplo, ao fixar uma reparação, que seja igual ou superior ao lucro que o responsável haja obtido com a comissão do dano), ou de ambos. Às vezes o diz,²⁹¹ às vezes não²⁹².

Ao contrário, caso se trate de condenar o Estado, nenhuma sentença fará a argumentação de como pondera quando pesa nos cofres públicos a condenação que se dá ou omite dar. Não se equi-

²⁹⁰ Falamos, claro está, de países que atravessam por épocas de insolvência.

²⁹¹ O disse a CSJN em uma decisão - *Ekmekdjian* – que vem despertando neste e em outros aspectos o interesse de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid: Civitas, 1993, p.45. Ver também MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Libertad de prensa y proceso por difamación*. Bracelona: Ariel, 1988.

²⁹² Às vezes, as normas o impõem. Na Finlândia, as multas por infrações de trânsito se graduam segundo o patrimônio do infrator. Assim, um novo rico paga, às vezes, mais de cem mil dólares por passar indevidamente na mão da rodovia.

voquem em crer que por isso o argumento não há sido cuidadosamente analisado.

Tomaremos dois casos famosos e dois não tão conhecidos para exemplificar como os fundamentos de mais ou de menos podem entorpecer nossa análise. Não será culpa da sentença, senão nossa, entendê-la mal. Como se verá, conosco aconteceu.

7.1 Chocobar²⁹³

A Corte Suprema tinha mais de setenta mil causas atrasadas em matéria de aposentadoria, enquanto ponderava uma decisão que era sem dúvida muito difícil, importava dar ou cercear um direito de caráter provisório, ao qual sempre os tribunais têm sido sensíveis. Isso é assim por seu caráter alimentício e pela etapa da vida em que tem aplicação (às vezes a eminente morte dos aposentados que reclamam que lhes paguem o que, a seu juízo, a lei determina). Se a Corte deixou atrasar setenta mil causas é porque às considerava em conjunto, porque valorava o peso econômico sobre os cofres públicos da decisão global que adotara²⁹⁴.

Quando a demora se fez insustentável pela apresentação do Defensor Público da Nação ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,²⁹⁵ se fez público nos jornais da época (e o relataram publicamente membros do tribunal) que sobre nove votos haviam dois grupos de quatro votos cada um: os jornais assinalavam o montante total que a decisão representava para o tesouro nacional²⁹⁶. Os jornais²⁹⁷ noticiaram que o nono voto oscilava entre

²⁹³ 1996, LL, 1997-B, 247.

²⁹⁴ O qual, certamente, não disse na sentença.

²⁹⁵ O qual foi público e notório e sem embargo, tampouco a sentença registra.

²⁹⁶ Igual temática se apresentou em 1986 *in re Zappa*. Os jornais o intitulavam “Impossível pagar os 82 por cento”; “Em um callejón sem saída.” Ver OTEIZA, Eduardo. *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*. La Plata: LEP, 1994, p. 158 e suas referências de p. 157. Alí a decisão foi formalmente “jurídica”, mas irreal. A sentença era impossível de ser cumprida e não o foi, como explica OTEIZA, op. loc. cit. Por isso é tão importante o contro-

assinar o voto que estabelecia a maior porcentagem de aumento, ou conseguir que o outro grupo aumentara a porcentagem que reconhecia. Diz-se que desde o primeiro voto se desafiou a fazer maioria, os integrantes do segundo grupo disseram que apesar de ser maioria não votariam de igual modo. *Não nos consta*. Em todo caso disseram os jornais que o voto alternado conseguiu um pequeno aumento do primeiro grupo e somou-se finalmente a eles, fazendo maioria.

Como fundamentá-lo? Talvez com o amargo “Quando não há dinheiro, não há direito”? Em todo caso, muito brevemente. A decisão final, teve apesar disso, meia centena de considerações. Isto em si não é reprovável. Mas se alguém os invoca como precedente ou jurisprudência, ao contrário, comete um grave erro de percepção. Por isso não colocamos especial atenção a seu texto; prestamos, ao contrário, muita atenção quando encontramos alguma descrição do processo real da tomada de decisão do tribunal nesse mesmo caso.

7.2 Peralta²⁹⁸

le social das decisões judiciais, que tratamos brevemente em “*La modernización de la administración pública*,” em *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo. Revista da Associação Internacional de Direito Administrativo*, opus n° 1, México, Janeiro-Junho de 2007, pp. 153-71.

²⁹⁷ Obviamente, tampouco a sentença. É uma prática comum nos tribunais colegiados de todo o mundo fazer o que se denomina nos Estados Unidos *horse trading*: a busca de um meio termo de consenso entre todos os magistrados, resignando cada um algo de sua posição para alcançar uma decisão comum a todos. É parte natural da busca de consenso em corpo colegiado e em verdade não pode reflexionar-se na sentença. Careceria de estilo. Mas, lê mal uma decisão aquele que omite perguntar-se como se chegou a esse consenso. Ainda nos tribunais individuais há intercâmbio de idéias entre o juiz e seus secretários ou outros funcionários ou empregados do tribunal. Logicamente influenciam-se reciprocamente. Esse processo de interpenetração de idéias em caminho à decisão que expõe a sentença, tampouco é desde logo explicada por esta, nem poderia sê-lo. Não por isso lerá bem uma decisão quem ignore esse processo.

²⁹⁸ CSNJ, *in re Peralta*, Decisão, 313: 153.

Muito se há publicado sobre essa sentença. Em uma segunda-feira publica-se um decreto de necessidade e urgência que transforma todos os depósitos a prazo fixo no sistema financeiro, em um bônus a longo prazo. Se há escrito rios de tinta.

Mas há um dado da realidade dos bônus que resolve o tema. Na sexta-feira do fim de semana prolongado prévio ao decreto houve um brusco e extremo reaquecimento financeiro na praça, em virtude do qual as colocações bancárias desse dia ao fechar os bancos, em *call* por esse fim de semana, fizeram-se a mais de 900% anual²⁹⁹. Quase quatro dígitos de intereses. Esse dado demonstra, sem mais argumentação, que era necessário e imediatamente urgente, esfriar esse reaquecimento da economia. Nunca sentimos a necessidade de ler o pronunciamento judicial, a solução é auto-evidente. Tudo o que se diga a respeito, será demais.

7.3 Allevato

Às vezes leio toda a sentença de forma minuciosa. É quando seguramente me equívoco. Sempre tenho presente meu comentário ao caso *Allevato*, que o encontrei todo errado.³⁰⁰ A exposição da sentença tinha, em verdade, diversos erros de fato. Isso me deu coragem. Sua argumentação de direito suscitou, por sua vez, minha total discrepância “jurídica” e assim comentei a decisão. Assinalei todos os erros e propus “logicamente” a solução contrária.

²⁹⁹ Cinquenta vezes mais que uma altamente preocupante taxa bancária, em *call*, de 15 ou 16% em nosso país.

³⁰⁰ Ver nosso livro *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: FDA, 1996, 1ª ed., anexo do cap. X, pp. 56-60; 2ª ed., 1998. Cabe destacar que se trata de um excelente tribunal, que tem ditado magníficas decisões. Uma delas demos como exemplo de análise fática: *The Scotch Whisky Association Ltd.*, CNFed. Civ. e Com., Sala II, 2000, LL, 2000-C, 696, cuja análise normativa supomos também boa, mas não cremos necessário ler, tão claro era, da descrição dos fatos, que não cabia senão uma única solução justa.

Crasso erro. Pois eu não havia advertido uma particularidade de fato que não estava na decisão, mas sim ao redor do problema, o que por aplicação de um raciocínio diverso, tanto meu como do decisório, permitia chegar à mesma solução que o tribunal havia dado. Se bem eu pensava e penso que o pronunciamento não tinha adequados fundamentos de fato e de direito, sua percepção da realidade e sua decisão eram as corretas. A minha estava equivocada, apesar de que foram “bons” meus argumentos. Obviamente, de nada servem “bons” argumentos se são aplicados onde não correspondem.

Reitero, a solução adequada era a da sentença, ainda por *outras razões e em outra descrição fática do mesmo caso*.

É claramente preferível dar a boa solução e explicá-la mal, que dá-la mal e explicá-la “bem”, pois o segundo, como se adverte, é uma falácia. Se a solução está *mal*, não se pode dizer que *juridicamente* está bem: os conceitos que se dão serão ao estilo SAVIGNY, potencialmente bons *in vitro*, mas não atinentes – alheio ao problema a resolver, portanto, maus no caso concreto, defeituosa aplicação do direito a uma suposição que não enquadra no raciocínio normativo que se realiza.

O direito não é um exercício abstrato, é a solução de problemas concretos. Se se resolve mal os problemas, não é bom direito.

7.4 Pereyra

Esta decisão a comentamos³⁰¹ exclusivamente para mostrar o processo de análise. Não incluímos expressamente nossa hipótese fundante, para deixá-la aberta ao leitor. De todo modo não temos informação que nos permita fundar ou ludibriar nossa conjectura. Pensamos que se trata de uma questão de simpatia ou anti-

³⁰¹ “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas”, RAP, 234-91 (Buenos Aires, 1998).

patia contra as categorias de pessoas (nem sequer as pessoas concretas de que se tratava no pleito) que integravam os dois tipos ou grupos humanos que eram centrais da causa. Por um lado as testemunhas de Jeová, um dos quais se negava, por sua religião, a submeter-se aos signos pátrios.³⁰² Por outro, o estabelecimento militar e dentro dele os tribunais militares que o condenaram por insubordinação.

Ademais estão em jogo valores como a liberdade de religião, o juízo atual de valor sobre a época em que tais sentenças militares eram ditadas, a liberdade individual, a discriminação em razão das crenças. No critério oposto, a essência do ser nacional, a ordem, a autoridade, a defesa nacional, a defesa da bandeira e nosso modo de vida ocidental e cristão, o fato de que a detenção era “benigna” e não sofriam maus tratos, que lhes permitia sair nos fins de semana ou em algum caso pernoitar em sua casa ainda estando “em prisão”,³⁰³ etc.

O usamos como barômetro dos sentimentos e juízos de valor predominantes em nossa cultura. Quem o analisa em nossos diversos cursos de pós-graduação, costuma coincidir em uma solução adversa ao que crer. Tal é assim a solução judicial, inclusive da Corte Suprema de Justiça da Nação. Como sociedade não privilegiados, nem tutelamos a diversidade, preferimos a uniformidade, a homogeneidade³⁰⁴.

8. O interesse do tema ou o interesse da sentença

³⁰² Não esteve nunca em dúvida a sinceridade de suas crenças.

³⁰³ Terceiras pessoas nos têm levado a entender que estes últimos argumentos militaram na tomada de decisão; não foram expostos no texto do pronunciamento jurisdicional.

³⁰⁴ Começamos com a ordem simétrica dos bancos na sala e com o democratizante jaleco branco. Nos colégios particulares, com bonitos e elegantes uniformes, com o qual o jaleco branco se volta discriminatório. Sempre o uniforme, nunca a liberdade e a individualidade. O mesmo pode dizer-se da prática de formar os alunos para saldar a bandeira. Prática desconhecida nos EE.UU., onde ninguém dirá que não honra e respeita a bandeira, sem necessidade de fazer uma formação marcial. Assim seguimos premiando o igual, hostilizando o distinto.

Há temas que são de apaixonante atualidade e novidade, que levados a um tribunal recebem, no entanto, uma sentença adversa: o tribunal não compartiu o entusiasmo da parte.

Suponhamos que a sentença que se profere, desprezando a ação, faz, contudo, uma boníssima exposição da interessante colocação contida na demanda e também um bom raciocínio dos motivos pelos quais o juiz não admite essa pretensão.

Neste caso, a sentença não é de interesse enquanto tal, não somente enquanto veículo instrumental de uma temática que também poderia estar contida em um artigo de revista, em um capítulo de um livro, etc.

A colocação era original, mas o juiz entendeu com boas razões que não cabia acolhê-la. Há nisso alguma novidade jurídica?

Não estritamente, porque o direito não mudou com essa decisão. Digamos que é uma informação que pode ser útil ter, porque alguém pode querer fazer igual colocação ante o mesmo tribunal ou para enriquecer sua cultura jurídica, se não tinha em claro que essa situação devia resolver-se desse modo. Nada mais.

O princípio do qual se deve partir para a análise de sentenças, portanto, é que o importante enquanto sentença não é o material de leitura que tenha, como se fora um artigo de revista jurídica, uma monografia, um ensaio de tese.

O importante enquanto sentença é *a resolução interessante de um problema* e é ela que deve ser atrativa por algum motivo. Se a decisão é de interesse, então também o será analisar como o juiz explica essa decisão. Se não comporta novidade, por exemplo, por ser óbvia, o interesse de seu conteúdo *não é distinto do que poderia ter qualquer outra publicação*, não enquanto sentença.

A esclarecimento tem importância porque muitos juizes são precisamente professores de direito que assim como publicam arti-

gos ou livros, também incluem em suas decisões argumentos próprios de tais meios de difusão. Não existe óbice algum, jurídico, ético nem social a este veículo de desenvolvimento de idéias de cátedra, mas é importante assinalar que isso não transforma o veículo em uma sentença, enquanto fonte de direito, nem à suma de iguais documentos dizendo igual conteúdo, em sentença.

Seu valor depende da força de convicção que seu desenvolvimento intrinsecamente tenha, ou da autoridade que inspire quem o redigiu, mas não se pode dizer, estritamente, que se está citando um pronunciamento jurisdicional.

8.1 Dictum e holding

Essa questão é parecida à distinção entre o que se chama *dictum* e *holding* de uma sentença. *Holdings* é aquilo que especificamente se resolve, e portanto, as razões que a fundamentam. *Dictum* é tudo aquilo que se diz a propósito do tema, ou inclusive lateralmente e sem vinculação com o *thema decidendum*, o qual não é então um precedente judicial.

8.2 Questão material e questão processual

Algumas vezes, as colocações suscitadas na sentença têm interesse, ainda que adverso enquanto ao fundo, pelo o que resolve (não, insistimos, pelo o que diz) enquanto a forma, e não pelo que resolve enquanto fundo. Por exemplo, se pode admitir a legitimação ampla de quem invoca apenas a condição de cidadão para impugnar determinada atividade estatal, mas desprezar a colocação enquanto ao fundo por não considerar que a atividade impugnada seja ilegítima. O primeiro tem interesse, o segundo não, pois presumindo-se aquela legítima, nada agrega ao conhecimento empírico, salvo exceções que realmente o seja segundo determinado tribunal.

9. O excesso de informação

Dissemos várias vezes que não lemos a argumentação ou as considerações de determinada sentença. Para alguns pode parecer irresponsável ou pouco sério. Mas há razões que colocam o problema em outra perspectiva.

Vale advertir que o tempo dedicado a adquirir informação que é inútil é tempo que se priva à investigação ou à aprendizagem útil, ou em todo caso, o descanso. Se nosso tempo é um bem escasso e insubstituível não devemos desperdiçá-lo. Quando alguém pergunta como fazemos para ler tantas sentenças e recordá-las, a resposta é uma: nem sempre as leio integralmente,³⁰⁵ senão somente sua descrição do problema e na decisão que frente a ela adotam. Os colegas poderão advertí-lo: cito muita jurisprudência nos livros,³⁰⁶ mas faço poucas notas à sentenças. Quando posso, as faço muito pequenas³⁰⁷.

Uma segunda razão que me levou a ler as decisões, de modo que fique exposto, foi a necessidade de ler um grande volume de sentenças. Esse esforço era para selecionar aquelas que se publicariam no “Suplemento de jurisprudência de direito administrativo”, a meu cargo, do jornal *La Ley*. Quanto maior a quantidade de sentenças lidas, melhor a seleção³⁰⁸. Mas não é somente ter a

³⁰⁵ É uma equação de ferro. Quanto mais detalhadamente se lê cada decisão, menos decisões se lêem e mais se perde a visão de conjunto. Por isso são importantes as análises de conjunto, como os capítulos 4 e 5 de OTEIZA, *op. cit.*

³⁰⁶ Não nos escritos judiciais, pois o tribunal a conhece muito melhor que eu. Se o faço, dificulto seu trabalho, pois uma razão de estilo o levará a ter que buscar e citar outros precedentes invocados.

³⁰⁷ *Cien notas de Agustín. Notas assistemáticas de un lustro de jurisprudência en derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999.

³⁰⁸ O método ficou, essa situação não. Com efeito, posteriormente, venho tendo o privilégio de que muitas decisões se acerquem a mim, por amigos ou conhecidos. Algumas redes informáticas de interesse público proporcionam um serviço semelhante. Por exemplo, a da Universidade de Palermo chamada Red DIP ou Red de Derecho de Interesse Público: red.dip@palermo.edu.ar A inscrição é gratuita.

cargo uma publicação ou o óbvio problema contemporâneo que tem todo aquele que se dedica ao direito: um excesso de informação, especificamente de jurisprudência. De todas maneiras, detenhamo-nos um momento neste aspecto do problema.

9.1 As coleções oficiais de jurisprudência

Cada coleção oficial agrega muitos volumes cada ano e eles não representam senão uma parte do total real³⁰⁹. Caso incluam as decisões de tribunais estaduais e estrangeiros, superam a capacidade de leitura normal de uma pessoa. Suponhamos que devo buscar jurisprudência para algum tema que estou pesquisando.

Obviamente, há uma primeira seleção temática na qual nos guiaremos pelo tipo de tribunal e de causa, inclusive os glossários ou índices que fazem os livros de jurisprudências. Feita essa primeira seleção grossa, seguem ficando muitas decisões em relação ao tempo de que disponho.

Se nos dedicamos, de entrada, ler a todas detidamente, nossa inversão de tempo será tão alta que não alcançaremos ler muitas outras. Pode ocorrer que entre as que não olhamos haja algumas que eram importantes para nosso interesse. Para que não fiquem decisões importantes sem ver, devo, pois, ler rápido e bem. Devo também poder acumular em minha cabeça, sem prejuízo de fazer anotações, uma visão global do que estou vivendo. De outra maneira posso perder-me, posso desorientar-me na busca.

9.2 A seleção por livros. Seus limites

Uma variante é acercar-se à seleção que fazem os livros e confiar na busca do autor. Não está mal como ponto de partida. O

³⁰⁹ Nem sequer do próprio tribunal. De acordo com informação extra-oficial, o CSJN, por exemplo, não publica todas suas sentenças senão que “seleciona” as de maior interesse ou ao contrário, exclui as de menor entidade – segundo quem classifica.

problema é que os livros não costumam ter o preciso problema que queremos indagar e pode proporcionar, senão uma orientação geral, mas não o que pontualmente buscamos. O mesmo ocorre, desde logo, com os artigos de revista, as monografias, teses tratados. Como cada caso é um caso, as aproximações gerais orientam, mas não resolvem o problema. E um quer saber, nesta primeira etapa, se há decisões que resolvem de alguma maneira o *thema decidendum* que um tem agora. Quer saber onde está parado, para começar. Muitos amigos convidam-me para averiguar se conheço algum precedente em determinado tema.

9.3 A seleção por sumários de revistas

Outra possibilidade é buscar nos sumários que fazem as revistas de direito e os CDs que compilam tais sumários. Sua vantagem é que a busca se faz pelo computador. Muitos advogados jovens costumam assim, ler nada mais que o sumário da revista que publica a decisão, mas isso tem um primeiro problema e é o que trata de uma visão alheia que não necessariamente representa uma boa leitura das sentenças. Se a outra parte adverte que um citou sumariamente de um CD, fica exposto ao cenário, quando lhe contrapõe com a decisão real e não os sumários de “doutrina”.

9.4 A seleção pessoal. Seus problemas

Se quero tratar de selecionar pronunciamentos que aporem um determinado ponto de vista ou indaguem uma questão pontual, não me resta outro remédio que tomar grandes quantidades de decisões e começar a tratar de buscar rapidamente o que me interessa. Não é sempre útil, se não tenho muito tempo disponível, ler prolixamente cada sentença que encontro, pode não ser ela finalmente de meu interesse. Igualmente não serve avançar ordenadamente na leitura, pois não pode saber se o resultado é importante até chegar ao final. Devo, pois, começar pelo resultado.

Primeiro necessito determinar se o resultado me interessa, antes de, em seu caso, aprofundar-me nele. Se para conseguir velocidade leio superficialmente, pode passar-me por alto uma decisão

importante ou deter-me em uma que não o é. Assim, atinjo então a qualidade de minha busca. Mas se não consigo rapidez de leitura, que é muito mais que leitura rápida, a quantidade de decisões que poderei ler será menor e a qualidade de minha informação se verá restringida por um campo de referência mais reduzido. Outros que saibam buscar melhor poderão encontrar decisões que eu não pude achar. Devo, pois, conseguir velocidade de leitura especificamente para conseguir ao menos encontrar os precedentes referidos à questão que tenho que resolver ou analisar.

9.4.1 Informando-se todos os dias

Outra experiência possível é a leitura cotidiana dos jornais jurídicos, algo que com certeza todo advogado deve fazer. O problema é, outra vez, que a informação é muita e o tempo nem sempre permite uma leitura detalhada ou o tema não nos interessa. Obviamente, uma primeira seleção é temática, por grandes temas: atraem-me os temas de direito civil ou penal, comercial ou administrativo, etc. E dentro de cada matéria há subtemas que atraem e outros que não. Mas feita essa seleção, *a priori* ficam, todavia, muitas sentenças que ler para estar atualizado. O problema da relação de tempo e a qualidade da seleção são o mesmo que quando se busca algo em particular.

Essa leitura diária tem suas dificuldades. Uma delas é a necessidade de manter a distância com o objeto. Não se deve tomá-lo sem mais, acriticamente, como um dado concreto do direito vigente, senão como uma hipótese de conhecimento. Pois a leitura rápida de todos os dias implica leitura com insuficiente reflexão. Não é bom encher-se demais de informação que está destinada a mudar. Não prepara suficientemente para a mudança.

Por fim, há que mediar sempre a quantidade de horas dedicadas à reflexão e à criação com o tempo utilizado na recepção de informação. O modo de leitura de sentenças que propomos impede a confiabilidade das respostas existentes. Contribui à criatividade.

Mantêm a mente aberta. Prepara para as mudanças que virão. É reflexão, mais que informação³¹⁰.

³¹⁰ Dizia BIELSA: “Alguns estudam cinco horas e pensam uma. É ao contrário. Há que estudar uma hora e pensar por cinco.”

Capítulo 6

A LINGUAGEM COMO MÉTODO

1. A NECESSIDADE DE UMA METODOLOGIA

Sem alguns elementos de metodologia do conhecimento e de teoria geral do direito, resulta mais difícil, ou por vezes, impossível desentranhar o porquê das diferenças pontuais entre diversas obras³¹¹. A omissão de explicitar tais princípios elementares pode levar a discussões inúteis nas quais se julgam argumentos à margem de toda ciência. Neste capítulo, retomaremos alguns aspectos de teoria geral que, a nosso juízo, é indispensável ter presente no estudo e aplicação³¹² do direito.

³¹¹ Algo disto poderá o leitor encontrar na análise do “caso dos exploradores de cavernas” que publicamos em nosso livro *Derechos Humanos*. Buenos Aires: FDA, 2007, 6ª ed., anexo II ao cap. IV; igualmente nos casos “o dever de não fumar em público”, anexo III ao mesmo cap. IV, Cine Callao, anexo ao cap. VI e E., F.E., cap. VIII, caso I.

³¹² Esta dicotomia é errônea. Ver o Epílogo e nosso livro *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, hacer*. Madrid: Civitas, 1988, 3ª reimpressão, 2001.

Sem um ponto de partida claro acerca *do que* é uma definição em direito, qual é a relação das palavras ou designações que são utilizadas no mundo, o quê são e para que servem as classificações, qual a natureza ou essência de uma instituição jurídica, só se pode escrever uma obra “*logomáquica*”, é dizer, uma obra dedicada à luta de palavras. Além dos problemas de valoração econômica ou social, pesa excessivamente o problema do poder e a autoridade frente à liberdade³¹³.

2. A estrutura aberta da linguagem ordinária e da linguagem jurídica³¹⁴

Como expressa Hospers³¹⁵ as palavras não são mais que rótulos das coisas: colocamos rótulos nas coisas para falar delas, portanto, as palavras não têm a mesma relação com as coisas, como a que tem os rótulos das garrafas com elas mesmas. “*Qualquer rótulo é conveniente na medida em que nos colocamos de acordo acerca dele, e o usamos de maneira consequente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância, ainda que preguemos um rótulo distinto, assim como a coisa seria a mesma, ainda que usemos uma palavra diferente para designá-la*”³¹⁶.

³¹³ No mesmo sentido BOLAÑOS, Marcelo. “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa”. ED, 187:951, 977.

³¹⁴ Ampliar em CARRIÓ, Genaro, R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, terceira parte, p. 63 e ss., nos quais pode encontrar-se uma nova bibliografia ampliatória; ROBINSON, Richard. *Definition*. Oxford, 1972.

³¹⁵ Neste ponto seguiremos a HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*, t. I. Buenos Aires: Macchi, 1965, cap. I.

³¹⁶ HOSPERS, op. cit., p. 22; ROSS, Alf. *Tû – Tû*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 32 e *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: EUDEBA, 1963, pp. 109 e 110.

3. *Uso comum*

A linguagem não seria utilizável se não houvesse alguns acordos convencionais sobre que rótulos colocar em que coisas: há, por eles, um uso comum ou convencional das palavras, mas esse uso comum serve pouco em linguagem científica, pois geralmente carecem de suficiente precisão, estando afetado de superficialidades e ambiguidade. É dizer que frequentemente uma mesma palavra pode ser utilizada em uma grande diversidade de sentidos, e que quem a emprega nem sempre está consciente de qual é o sentido em que a está utilizando no momento, nem qual o sentido em que está utilizando seu litigante na disputa.³¹⁷ O uso comum não só se emprega na linguagem ordinária, como também na chamada linguagem técnica ou científica.

4. *A estrutura aberta da linguagem*

É impossível superar essa dificuldade, pois a linguagem natural tem sempre estrutura aberta. Não se pode atingir precisão nas definições, palavras ou símbolos,³¹⁸ a menos que construamos uma linguagem artificial³¹⁹.

Isso é o que tem feito as ciências exatas, e o que até agora não pôde fazer o direito. Em consequência, não se pode atingir a precisão que caracteriza as chamadas ciências exatas³²⁰.

Em qualquer caso, a aplicação da lógica simbólica³²¹ ao direito³²² permite evitar raciocínios inválidos³²³, mas não soluciona o

³¹⁷ CARRIÓ, Notas..., op. cit., pp. 23 a 35, 67 a 69.

³¹⁸ HOSPERS, op. cit., pp. 48 a 58.

³¹⁹ Ampliar em HART, H. L. A. *Derecho y moral*. Buenos Aires: 1962, p. 24 e ss.; COPI, Irving M. e GOULD, James A. *Contemporary Readings in Logical Theory*, Nova York, 1967, p. 93 e ss.; ROSS, Alf, op. cit., pp. 110 e 111.

³²⁰ CARRIÓ, Notas..., op. cit., pp. 37 a 39.

³²¹ Ver BLANCHÉ, Roberto. *Introduction à la logique contemporaine*. Paris, 1957, p. 14; AGAZZI, Evandio. *La lógica simbólica*. Barcelona, 1967, p. 151 e

problema da imprecisão da linguagem e dos termos jurídicos que nascem³²⁴, nem tampouco seu uso emotivo.

Tampouco soluciona, desde logo, os problemas axiológicos que são indispensáveis ter em conta na interpretação e aplicação do direito.³²⁵

Dito em palavras de Popper: “*Na ciência cuidamos de que as asseverações que façamos nunca dependam do significado de nossos termos. [...] É por isso que nossos términos nos dão tão poucos problemas. Não os recarregamos. Tratamos de consignar-lhes tão pouco peso como seja possível. Não tomamos seu “significado” muito seriamente. Estamos sempre conscientes de que nossos termos são um pouco imprecisos (dado que temos aprendido a usá-los somente em aplicações práticas), e chegamos à precisão não reduzindo sua penumbra de inconstância, senão mais mantendo-nos dentro desta.*”³²⁶

ss.; COPI, Irving M. e GOULD, James A., *Contemporary Readings in Logical Theory*, Nova York, 1967.

³²² Pode ver KLUG, ULRICH. *Lógica jurídica*. Caracas, 1961, p. 41 e ss.; WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. Viena: Springer, 1970, p. 189 e ss.

³²³ Disse AYER, Alfred Jules. *Lenguaje, verdad y lógica*. Buenos Aires, ano 1965, p. 77, que “a introdução de símbolos que denotam construções lógicas é um artifício que nos permite enunciar proposições complicadas acerca dos elementos de ditas construções, de uma forma relativamente simples.”

³²⁴ Em sentido similar HART, op. cit., p.31; desde logo, a lógica simbólica tem contudo, claras vantagens: BLANCHE, op. cit., p. 15 e ss. Comparar GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción al derecho*. Buenos Aires, 1967, 3ª ed., pp. 332 e 333.

³²⁵ Explicamos alguns deles no *Tratado de derecho administrativo*, t I, *Parte general*. Buenos Aires: FDA, 2000, reimpressão da 5ª ed., cap. III, “Bases políticas, constitucionais e sociais do direito administrativo.”

³²⁶ POPPER, Karl. *Popper Selections*, textos selecionados por David Miller, Princeton University Press, Princeton, Nova Jersey, 1985, p. 97; POPPER, Karl L. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1973, op. cit., pp. 260 e 261; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*. Londres: Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas e refutaciones*. Buenos Aires: Paidós, 1967; *Unended Quest*, Open Court, 1976, etc.

5. O uso comum e a liberdade de estipulação

Não existe nenhuma aplicação em ater-se ao uso comum, mas “quando empregamos uma palavra de maneira distinta ao uso comum, devemos informar aos nossos ouvintes acerca do significado que lhe damos. Inversamente, quando não informamos aos nossos ouvintes do sentido em que estamos usando as palavras, eles têm todo o direito de considerar que as estamos usando em seu sentido convencional; em outras palavras que seguimos o uso comum.” Dito de outra maneira: “qualquer um pode usar o ruído que lhe convenha, o desejado para referir-se a qualquer coisa, contanto que aclare o que designa o ruído em questão”³²⁷.

Está claro que nem sempre é conveniente afastar-se do uso comum, pois se corre o risco de não ser entendido ou ser mal interpretado. A regra da liberdade de estipulação há de ter aplicação, principalmente nos casos em que:

- a) Não haja uma palavra para aquilo que se quer falar;
- b) Aquilo de que se quer falar já tem uma palavra que o representa adequadamente, mas o uso comum utiliza outra palavra para designá-lo, e esta outra palavra induz à confusão, é escura ou leva a conclusões sem fundamento;
- c) O caso mais importante em que é recomendável afastar-se do uso comum é quando a palavra empregada convencionalmente tem “tal inconstância e imprecisão que resulta insatisfatório continuar usando essa palavra seguindo o uso comum”³²⁸.

Em tal caso, se “consideramos que é uma fonte constante de confusão continuar empregando uma palavra de acordo com o uso comum, podemos tratar de fazer uma de duas coisas: 1) abandonar

³²⁷ HOSPERS, op. cit., pp. 14 e 15; ROSS, Alf, op. cit., p. 110.

³²⁸ HOSPERS, op. cit., p. 17.

*a palavra totalmente;*³²⁹ ou 2) *continuar usando a mesma palavra, mais tratar de purificá-la usando-a em algum sentido especial e mais limitado, em geral, restringindo-a arbitrariamente alguma parte específica no vasto domínio que tem*³³⁰.

Em direito administrativo é frequente ver aparecer palavras de difícil compreensão que não agregam claridade à linguagem, senão ao inverso. Em tais casos convém aliviar a carga supérflua, sobretudo quando os autores discordam muito entre si a respeito do seu alcance.

6. A definição das palavras em direito como problema metodológico

Fica dito com o exposto, que a definição das palavras jurídicas será quase sempre uma questão de liberdade de estipulação. Mas isso não significa que careça de importância, nem que possa fazer-se por demais arbitrárias. Tem importância, porque segundo o uso que damos à expressão, devem-se aplicar logo todas as demais consequências jurídicas pertinentes. A claridade do conceito que se estipule é um pré-requisito da claridade de tudo que se exponha sobre o tema. Devemos assim evitar, desde o começo, cair no que Popper chama “*um dos prejuízos que devemos a Aristóteles, o prejuízo de que a linguagem pode ser feita, mais preciso pelo uso das definições*”; “*Uma definição não pode estabelecer o significado de um termo [...] estes, por muitas razões serão possivelmente tão vagos e confusos como os termos iniciais[...] todos os termos que re-*

³²⁹ É o que temos feito com as palavras “policia” e “poder de policia”: ver o t. 2 de nosso *Tratado...*, op. cit. *La defensa del usuario y del administrado*, 2006, 8ª ed., cap. V: “O poder de policia”. Tudo se reduz ao teste de claridade: se podemos explicar os problemas do regime jurídico pertinente sem utilizar tais palavras nem incorrer em obscuridade ou imprecisão, ou se, pelo contrário, quem as utilizam conseguem com ela maior claridade expositiva. No primeiro caso fizemos bem em omiti-las, no segundo, tem razão quem continua utilizando-as.

³³⁰ HOSPERS, op. cit., pp. 17 e 18; la bastardilla es nuestra; HAYAKAWA, S. I., *Language in Thought and Action*. Londres, 1970, 2ª ed., p 214 e ss.

almente são necessários são termos indefinidos”³³¹. Tampouco, trata-se de averiguar, por conseguinte, a “natureza” ou “essência” das coisas ou as instituições. Como recorda Alf Ross³³², pertence ao passado a formulação de perguntas tais como, o que faço “realmente é”; isso vincula-se “à crença de que as palavras representam objetivamente conceitos ou idéias apresentados, cujo significado deve ser descoberto e descrito”,³³³ a que se remonta a teoria da definição de Aristóteles, na qual “o filósofo se pergunta que ‘são realmente’, ‘verdade’, ‘beleza’, ‘bondade’ etc, e acredita possível estabelecer definições verdadeiras”³³⁴. “Não se trata que uma definição estipulativa seja tão ‘boa’ como qualquer outra, senão que os critério para compará-las não podem ser os de verdade ou falsidade, pois esses termos simplesmente não se lhes aplicam. As definições estipulativas somente são arbitrarias em sentido específico. Porém, em que sejam claras ou escuras, vantajosas ou desvantajosas, etc são questões de feito”,³³⁵ em base das quais há de deduzir-se a conveniência ou inconveniência da definição estipulativa que se proponha³³⁶.

Com muito maior razão, então, caberá evitar as definições dogmáticas nas quais “a noção [...] responde a uma tendência ir-reprimível da razão: a busca do incondicionado. Neste caso, o que se busca é uma fonte única, ilimitada e suprema de toda normatização e justificação jurídica. Tal fonte se houver, está mais além de nossas possibilidades de conhecimento e de expressão”³³⁷.

³³¹ POPPER Selections, op. cit., pp. 95 a 97.

³³² *Sobre el derecho y la justicia*, op. cit., p. 111 e suas remissões.

³³³ Op. cit., p. 109, nota 3.

³³⁴ Op. loc. cit.

³³⁵ COPI, Irving. *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: EUDEBA, 1962, p. 103.

³³⁶ Pois, desde logo, uma definição estipulativa “não é verdadeira nem falsa, senão que deve ser considerada como uma proposta ou uma resolução de usar o *definiendum* de maneira que signifique o que o *definiens*, ou como um pedido ou como uma ordem. Nesse sentido, uma definição estipulativa tem um caráter diretivo mais que informativo” (COPI, op. cit., p. 102).

³³⁷ CARRIÓ, *Sobre los limites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973, p. 57.

Ao formular uma definição estipulativa, devemos buscar uma lista das características da coisa considerada, sem as quais a palavra não poderia aplicar-se-lhe. Estas serão as características definidoras da palavra. Note-se que a denotação não deve ser muito ampla³³⁸, nem restrita;³³⁹ contudo, pode ocorrer o perigo de tal situação³⁴⁰.

7. Elementos a considerar para estipular as definições

Agora, com que critérios estabeleceremos que características nos parecem definidoras, afim de estipular o uso que daremos as palavras?

Outra vez, deve-se insistir que isto não é uma questão dogmática, nem que ponham em jogo grandes princípios jurídicos, senão uma questão metodológica, pragmática, de mera conveniência ou oportunidade.

Nisso concordam não só a teoria geral e a metodologia da ciência,³⁴¹ mas também muitos juristas,³⁴² não todos. Este é o primeiro ponto fundamental da questão: caso se pense que só há uma definição possível para cada instituição, necessariamente válida em determinado ordenamento jurídico e que todos os que não a compartilhem incorrem em erro, então a questão está irremissivelmente

³³⁸ COPI, op. cit., p. 121; HOSPERS, op. cit., p. 36; GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción al derecho*, op. cit., p. 326.

³³⁹ COPI, op.; HOSPERS, op. loc. cit.; GOLDSCHMIDT, op. loc. cit.; “poucas vezes resulta iluminador receber uma definição em forma de uma alternativa breve e concisa”: STEBBING, L.S., *Introducción a la lógica moderna*: México, 1965, p. 195.

³⁴⁰ HOSPERS, op. cit., p. 37; outros requisitos de uma definição em COPI, op. cit., p. 120 e ss.; STEBBING, op. cit., p. 199 e ss.

³⁴¹ Por ex. CARRIÓ, op. cit., pp. 66 a 71.

³⁴² FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1958, p. 280; VON HIPPEL, Ernst. *Untersuchungen zum problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*. Berlin: Springer, 1960, 2ª ed., p. 2 e ss.; ANTONIOLLI, Walter. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Viena: Manzsche, 1954, p. 195.

desencaminhada³⁴³. Discutir sobre essa premissa é como ir e vir em uma “*verdadeira via morta*” e fazer “*monumentos à esterilidade*”, nas palavras de Carrió³⁴⁴.

Em consequência, o que haverá que discutir é antes de tudo, quais são os objetos sobre os quais discorreremos e dos quais diremos se corresponde ou não agrupá-los, em uma definição ou em várias. É dizer, qual é a realidade que em princípio e globalmente entraremos a analisar. Em segundo lugar, e partindo assim, do marco global (não de um pequeno setor arbitrariamente estabelecido, e menos ainda de uma definição pressuposta), deverá analisar-se qual é o regime jurídico imperante e aplicável a esta realidade, a fim de investigar que coisas recebem um mesmo tratamento jurídico e quais recebem um tratamento distinto. Se um grupo de questões recebe substancialmente igual regime jurídico, então será conveniente agrupá-las em uma mesma definição.

Neste último ponto estará o centro da discussão; em determinar que grupo de fatos receba, substancialmente, igual trato por parte do direito. Está claro assim, o que o jurista está capacitado para fazer, e também o que vale a pena discutir; mas sempre tendo em vista que uma vez chegado ao acordo sobre quais são as coisas ou assuntos que recebem certo tratamento jurídico, agrupá-los ou não diante de determinada definição será sempre questão de conveniência, que só em termos de utilidade, claridade, oportunidade etc, pode ser discutida: não se poderá dizer que é verdadeira ou falsa.

8. Definição e classificação

Do exposto, deve-se repetir no que se refere às classificações de tipo jurídico que apresentam os mesmos caracteres metodológi-

³⁴³ Como disse HEMPEL, op. cit., p. 5, “de acordo com a lógica tradicional uma definição “real” [...] (é) a formulação da “natureza essencial” ou os “atributos essenciais” de alguma entidade. Sem embargo, a noção de natureza essencial é tão vaga que torna essa caracterização inútil ao final da investigação rigorosa.”

³⁴⁴ CARRIÓ, op. cit., p. 69.

cos que as definições; em verdade, inclusive, pode-se afirmar que a definição só pode resultar de uma classificação prévia de objetos.

Vejamos em que consiste, cientificamente, uma classificação: *“quando empregamos palavras de classe, pois, agrupamos muitas coisas diante de uma mesma denominação (consignamos um mesmo rótulo impresso a muitas garrafas) sobre a base das características que estas coisas têm em comum. Ao usar a mesma palavra para nos referir a muitas coisas, tratamos estas (ao menos pelo momento) como se fossem todas iguais e ignoramos suas diferenças. Neste feito, falecem as vantagens e desvantagens das palavras de classe.”*

Possivelmente não há duas coisas no universo que sejam exatamente iguais em todos os aspectos. Por conseguinte, por mais semelhantes que sejam duas coisas, podemos usar as características em que se diferem como base para colocá-las em classes distintas; *“podemos eleger um critério para pertencer a uma classe, tão detalhado e específico que em todo o universo não haja mais que um membro de cada classe. Na prática não o fazemos porque a linguagem seria tão incômoda como o seria se todas as palavras fossem nomes próprios. O que fazemos é usar de classes amplas, e logo, se necessário, estabelecemos diferenças dentro da classe, como base para ulteriores distinções dividindo a classe principal em tantas sub-classes consideradas convenientes.”*

De igual modo, provavelmente não hajam duas coisas no universo tão diferentes entre si que não tenham algumas características comuns, de maneira que construam uma base para localizá-las dentro de uma mesma classe.³⁴⁵ Por isso, podemos razoavelmente classificá-las de uma ou outra maneira, agrupá-las de um ou outro modo, segundo as características assimiláveis ou, ao contrário, diferenciáveis que nos interesse destacar.

As características comuns que adotamos como critério para o uso de uma palavra de classe é uma questão de conveniência. Nossas classificações dependem de nossos interesses e de nossa necessidade em reconhecer tantas semelhanças, como as diferenças entre

³⁴⁵ HOSPERS, op. cit., pp. 25 e 27.

as coisas. Muitas classificações distintas podem ser igualmente válidas. *“Há tantas classes possíveis no mundo com características comuns ou combinações destas que podem tomar-se como base de uma classificação.”* *“O procedimento que adotamos em cada caso particular depende, em grande medida, do que consideramos mais importante, as semelhanças ou as diferenças”.* *“Não há uma maneira correta ou incorreta de classificar as coisas, do mesmo modo que não há uma maneira correta ou incorreta de aplicar nomes às coisas”*³⁴⁶.

Cada palavra não cumpre outra função que a de ordenar e sistematizar os conhecimentos que se querem transmitir, desde seus princípios mais gerais até suas noções mais detalhadas. Qualquer que seja a amplitude ou a restrição que outorguemos à definição, de todos os modos ela será mais ou menos útil, cômoda ou incômoda, segundo o caso, mas não “verdadeira” ou “falsa”³⁴⁷.

Por isso, *“as palavras não tem outro significado, senão aquele que lhes dão (por quem as usa ou pelas convenções linguísticas da comunidade). Não há, portanto, significados ‘intrínsecos’, ‘verdadeiros’ ou ‘reais’, à margem de toda estipulação expressa ou uso linguístico aceito”*³⁴⁸.

O mesmo vale, desde logo, para toda a ciência e não só para a linguagem científica. Novamente, em palavras de Popper: *“a ciência nunca persegue a ilusória meta de que suas respostas sejam definitivas, nem sequer prováveis; antes [...] há de descobrir incessantemente problemas novos, mais profundos e mais gerais, e de sujeitar nossas respostas (sempre provisionais) a contrastar constantemente renovadas e cada vez mais rigorosas”*;³⁴⁹ *“na lógica da ciência que tenho buscado é possível evitar o emprego dos conceitos de verdadeiro e falso: [...] não é necessário que digamos que uma teoria é falsa, senão somente que a contradisse certo conjunto*

³⁴⁶ HOSPERS, op. cit., pp. 28 e 30.

³⁴⁷ CARRIÓ, op. cit., p. 65.

³⁴⁸ CARRIÓ, op. cit., pp. 66 e 67.

³⁴⁹ *La lógica de la investigación científica*, op. cit., p. 262; *The Open Universe. Na Argument for Indeterminism*. Londres: Routledge, 1991.

de enunciados básicos aceitos.” “Por conseguinte, a colaboração não é um valor real”³⁵⁰.

Como disse Carrió, concordando, *“as classificações não são verdadeiras nem falsas, são servis ou inúteis: suas vantagens ou desvantagens estão atreladas ao interesse que guia a quem as formula, e a sua fecundidade para apresentar um campo de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis”³⁵¹.*

Em palavras do mesmo autor, *“sempre há múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de relações ou de fenômenos; o critério para decidir-se por uma delas não está dado, senão por considerações de conveniência científica, didática ou prática. Decidir-se por uma classificação não é como preferir um mapa fiel a um que não o seja [...] é preferível optar pelo sistema métrico decimal frente ao sistema de medição dos ingleses”³⁵².*

O exposto tem por finalidade quitar o dogmatismo das discussões sobre definições e classificações e centrar a análise e discussão sobre o regime jurídico concreto que haverá de reger cada instituição. Este regime e sua interpretação é o que importa, não as definições e classificações que a seu respeito façamos, a menos que elas levem a confusão, ou sejam um intento de sacrificar a liberdade frente ao poder.

Classificações sem demonstrável valor de utilidade e conveniência que não explicam em nada o operativo do sistema jurídico, senão que expõem, dogmaticamente, supostas essências imutáveis, não são apenas incompreensíveis, senão ademais danosas. O prejuízo que causam é tempo que fazem perder o desprevenido leitor de boa fé que quer entendê-las ou deve estudá-las.

³⁵⁰ Op. ult. cit., pp. 256 e 257.

³⁵¹ CARRIÓ, op. cit., pp. 72 e 73.

³⁵² CARRIÓ, op. cit., pp. 72 e 73. “Se o primeiro é preferível ao segundo não é porque aquele seja verdadeiro e este falso, mas porque o primeiro é mais cômodo, mais fácil de manejar e mais apto a satisfazer com menor esforço certas necessidades ou conveniências humanas”.

Diante de cada classificação que leia, pergunta-se o leitor: Para que serve? Se a resposta não é satisfatória siga seu caminho por outros rumos, que o mundo do conhecimento é muito amplo como para tomar caminhos sem saída.

Capítulo 7

A “CERTEZA” RESULTANTE DO PODER

1. CERTEZA

Digamos, de entrada, com POPPER³⁵³, que a ciência supõe não adorar “o ídolo da certeza [...] a adoração desse ídolo reprime a audácia e põe em perigo o rigor e a integridade de nossas constatações. A opinião equivocada da ciência funda-se em sua pretensão em ter razão: pois o que faz o homem da ciência não é sua posse do conhecimento, da verdade irrefutável, senão sua indagação da verdade [realidade] persistente e temariamente crítica.

“A ciência nunca persegue a ilusória meta de que suas respostas sejam definitivas, nem sequer prováveis; [...] antes, busca descobrir incessantemente problemas novos, mais profundos e mais gerais e de sujeitar nossas respostas (sempre provisionais) a

³⁵³ POPPER, Karl. *Unended Quest*, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*. Londres: Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*. Buenos Aires: Paidós, 1967; *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1973, pp. 260 e 261; *Popper Selections*, textos seleccionados por Miller David, Princeton University Press, Nova Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc.

constatações constantemente renovadas e cada vez mais rigorosas”; “na lógica da ciência que tenho buscado é possível evitar o emprego dos conceitos de verdadeiro e falso: [...] não é mister que digamos que uma teoria é falsa, senão somente que contradiz certo conjunto de enunciados básicos aceitos.” “Por conseguinte, a corroboração não é um “valor real”.

Trasladado ao plano virtual, em palavras de VIDAL PERDOMO, “Esta busca difícil desalenta, em ocasiões, a certos espíritos mais dispostos às coisas determinadas e fixas, mas estimula enormemente a quem gosta das renovações e amam, se assim pudera dizer, a aventura intelectual”³⁵⁴.

2. A serviço do poder

Essa falta de metodologia e de aceitação da incerteza que é a única regra de toda ciência, leva também à busca da falsa certeza em justificar sempre e de qualquer maneira o poder. É a racionalidade irracional do poder ilimitado, sem freios, sem fraturas, sem fissuras. Invocando somente a “autoridade” da pura afirmação dogmática, pode-se chegar a que se tomem, em cada ocasião, as teorias dos direitos comparados, que nesse momento estão à serviço do poder, ou estiveram antes, como o “ato institucional” das ditaduras brasileiras, a “reserva da administração” da Constituição de De Gaulle, etc., ou que sigam, irreflexivamente, os autores nacionais que melhor dissertem a favor do poder, das ideais do poder administrador ilimitado. Muitos, quiçá a maioria, é de boa fé.

3. A certeza para o poder de turno

Essas afirmações, ainda de boa fé, dogmáticas e erradas não são casuais nem objetivamente inocentes; provêm ao leitor e ao intérprete de dois alimentos fundamentais: um, a certeza que não existe na ciência; dois, o serviço ao poder de turno. Dois conselhos ou decisões, caso se trate de um juiz, de um MAQUIAVEL com roupas modernas.

³⁵⁴ VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 10ª ed., p. 8.

Daí o êxito infreável que sempre têm, mesmo desafiando a razão ou precisamente por isso. Se diante da evidência constitucional de que a destinação de recursos só provém do Congresso e o Executivo mal pode, então, criar um ente estatal para que os gastem sem disposição legislativa, um autor que sustenta com ênfase que as entidades autárquicas podem criar-se por decreto, jogará a balança do poder; logo toda a doutrina do poder e todo o poder dirão e farão o mesmo, ainda que ninguém possa encontrá-lo na Constituição. Suas idéias serão “maioria” doutrinária,³⁵⁵ “ganharão” a discussão.³⁵⁶

Seu fundamento, a busca do incondicionado, de verdades e certezas eternas na defesa do poder do momento, é a mesma busca que tinha COMTE, justamente chamado “sociólogo da pré-história”, das leis eternas e imutáveis, exatamente o contrário da filosofia de POPPER que aqui explicaremos; essas normas eternas e imutáveis, que COMTE fez nas normas de ação e reação, também têm encontrado recepção doutrinária local na mesma fonte em que se nutrem os ideólogos do poder, os inocentes ou culpáveis maquiávelicos de hoje e de amanhã.

O verdadeiramente impressionante, o patético, é assim o êxito dessas concepções autoritárias. Muda a Constituição, muda a ordem internacional, muda a sujeição do país aos tratados internacionais de direitos humanos, mas eles seguem citando as mesmas fontes de antigamente ou lendo as normas de hoje com os parâmetros dessas doutrinas autoritárias do passado.

4. Um direito a serviço do poder

³⁵⁵ Também o é, por certo, o direito civil. Bem o recorda LORENZETTI, Ricardo Luis. *Las notas fundamentales de derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1995, cap. III, “O direito privado como limite do poder”.

³⁵⁶ Para quem faz conta é então vital administrar as citações, não é questão de que os que pensam diferente, sejam ou pareçam mais. Em um erudito artigo de cem notas, citar pela primeira vez a quem pensa diferente... quando se está acabando o artigo! É a nua luta pelo poder levada ao campo “acadêmico”, sem importar que isso sacrifique toda pretensão de objetividade.

Quando se chega a dizer que o decreto supre a lei já se percorreu o caminho em que se desconhecem e violam os arts. 36, 42, 43, 75 inc. 22, 76, 99 inc. 3, da Constituição; não se cumprem os pactos e tratados internacionais de direitos humanos; desafiam-se os órgãos supranacionais de aplicação; viola-se ou tolera que se viole a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, desconhecem-se os direitos do usuário ao testemunho, independente do previsto no art. 42 da Constituição, etc.

Se esse vai ser o resultado do “direito” e a “doutrina”, não faz falta ter regime jurídico nem tribunais. É o dilema que levantou JACKSON.

O direito administrativo é direito constitucional e político, é luta contra o poder, qualquer poder, na defesa dos direitos dos indivíduos e associações de indivíduos,³⁵⁷ é a aventura de pensar. Se a intenção é fazer um direito da administração, um direito legitimador do exercício do poder, então se está renunciando a fazer direito³⁵⁸.

Tudo é então o poder, os corredores do poder, a influência, a corrupção.

Mas isto é retroceder oito séculos na história até antes da Carta Magna de 1215. É quando o Rei James I ou logo Carlos I mantiveram que era traição sustentar que o Rei estava abaixo da lei. Lord Bracton disse então “*The King é under no man, but under God and the law*” (*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub*

³⁵⁷ Na doutrina do direito administrativo argentino é frequente o cômputo de quantos têm dito uma coisa e quantos outra, em qualquer texto. São assim computadas até as leituras de um simples livro de direito: quem diz ler algo e quem diz que isso não o diz determinado livro. Dissemo-lhes uma vez que a este passo haverá que incluir nos livros um facsimil das referências.

³⁵⁸ Já se está aqui em direção a BONNARD, Roger. *Lê droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*. Paris, V 1939, 2ª ed., em um exemplo mais recente, de distinta característica, é a China *de fin de siècle*: como bem explica CORNE, Peter Howard. *Foreign Investment in China. The Administrative Legal System*, Hong Kong: Hong Kong UP, 1996, tudo são relações.

Deo et Lege)³⁵⁹. Carlos I sustentou em seu juízo que a Corte não tinha competência para julgá-lo. Foi sentenciado a morte³⁶⁰.

5. O uso emotivo, político e axiológico da linguagem

Pelo exposto, o direito administrativo está cheio de perigosos usos emotivos e políticos da linguagem. Assim ocorre, às vezes, com expressões e “conceitos” “jurídicos” (poder de polícia³⁶¹, atos de governo, potestade regulamentária, decreto, etc.), como disse GENARO CARRIÓ a respeito da idéia de poder constituinte originário: “em realidade tudo tem origem no caráter ambíguo da palavra “poder” e em seu uso híbrido [...] Às vezes essa palavra quer dizer “potestade” (atribuição, competência, faculdade, capacidade, jurisdição, autorização, etc.) e, outras vezes, segundo o contexto, quer dizer “força” (potência, poderio, domínio, dominação, etc.) “Desde aí há um só passo a afirmar que o sujeito ou entidade em questão têm as atribuições porque dispõe da ça”³⁶². Como assinala o mesmo autor, haveria que indagar uma resposta de alcance geral que explicasse o porquê desses acertos;³⁶³ pode tratar-se, como o mesmo o disse, “de uma tendência irrepri-

³⁵⁹ Ver LORD DENNING. *What Next in the Law*. Londres: Butterwoths, 1989, p. 6.

³⁶⁰ LORD DENNING, op. loc. cit.

³⁶¹ O censuramos em “La crisis da la noción de poder de policía”, Revista Argentina de Ciência Política, 1962, nº 2; reproduzido em nosso livro *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Perrot, 1963 e publicações posteriores; atualmente em nosso *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Buenos Aires: FDA, 2000, 8ª ed., cap. V. Coincidem MARIENHOFF, Bidart Campos, Linares e outros. O recorda, em outra sequência que não altera o resultado, RASPI, Arturo Emilio, “La publicidad de los documentos de la administración y el resguardo de la privacidad individual”, ED, 187:900, 907. Quando alguém invoca o poder de polícia não discute uma questão acadêmica, busca o poder incondicionado.

³⁶² CARRIÓ, Genaro. *Sobre los limites Del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973, pp. 50 e 51.

³⁶³ CARRIÓ menciona “desaforos lingüísticos semelhantes perpetrados por teóricos do direito”, op. ult. cit., p. 56. A analogia com JHERING-SAVIGNY é manifiesta.

mível da razão: a busca do incondicionado”³⁶⁴. Isso aprecia-se nos conceitos do direito público e privado: a polêmica SAVIGNY-VON JHERING tem ainda hoje vigência.

6. As “leis” que não são leis

Do mesmo modo, cabe duvidar se é que é possível corrigir, na linguagem dos advogados, alguns resquícios autoritários dos governos de fato: a então terminologia oficial de chamar “lei” a o que era tão somente, decreto-lei³⁶⁵. Restaurada a democracia e condenada pelo art. 36 da Constituição a teoria dos governos de fato, não é jurídica nem politicamente admissível seguir chamando “leis” ao o que de lei, teve somente o nome oficial. É imprescindível, pois, já que de Direito falamos, denominar corretamente como decreto-lei às assim chamadas leis emitidas nos períodos de 1966-1973 e 1976-1983. Como se adverte, ainda há muito por fazer para chegar a um direito administrativo constitucional, liberal, democrático. A idéia de força e autoridade sem limite permeia todas suas capas linguísticas, todos seus estratos conceituais.

Apesar dos órgãos internacionais de aplicação dos tratados que nos comprometem, nos recordarem, aqui pretendemos ignorá-los. A própria CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS tem dito que “Por isso, a proteção aos direitos humanos requer que os atos estatais que os afetem de maneira fundamental não fiquem ao arbítrio do poder público, senão que estejam rodeados de um conjunto de garantias endereçadas à assegurar que não se vulnerem os atributos invioláveis da pessoa, dentre os quais, o mais relevante estabelece que as limitações estabeleçam-se por uma lei adotada pelo Poder Legislativo, de acordo com o estabele-

³⁶⁴ Op. ult. cit., p. 57. Que nossa admiração pelo autor seja excusa de repetir a mesma brilhante frase com poucas linhas de diferença. E tomara que o leitor a recorde.

³⁶⁵ O dissemos em *Derecho administrativo de la economia*. Buenos Aires: Macchi, 1967, pp. 447 e 448; “Análisis crítico de la ley de desarrollo”. Revista de Legislación Argentina, 2:88 (Buenos Aires, 1966).

cido pela Constituição”³⁶⁶. Em igual sentido pronuncia a COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: “*Portanto, qualquer ação que afete os direitos básicos deve ser regulada por uma lei aprovada pelo Poder Legislativo e deve ser congruente com a ordem jurídica interna*”³⁶⁷.

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS define como lei “*a norma jurídica de caráter geral, presa ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas Constituições dos Estados partes para a formação das leis*”,³⁶⁸ pois, “*o princípio da legalidade, as instituições democráticas e o Estado de Direito são inseparáveis*”,³⁶⁹ é a legislatura eleita e não outra a que tem a potestade legislativa³⁷⁰.

³⁶⁶ Parágrafo 22 da OC 6/96, em ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, 1996, Washington, DC, 1997, p. 65; grifo nosso. As opiniões consultivas da CORTE IDH são de aplicação obrigatória no direito interno, como tem resolvido a CSJN em *Giroldi* de 1995. O temos explicado em nossa nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales”, na *RAP*, 215: 151 (Buenos Aires, 1966). O critério tem sido reiterado em *Bramajo*, *DJ*, 1996-196, cons. oitavo e em *Arce*, *LL*, 1997-F, 696 com nossa nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado” reproduzida em *Cien notas de Agustí*, Buenos Aires: FDA, 1999, p. 165, & 76 “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado.”

³⁶⁷ Op. ult. cit., parágrafo 62, p. 65; grifo nosso. Ver a explicação da nota anterior.

³⁶⁸ Opinião consultiva nº 6, parágrafos 23 e 32.

³⁶⁹ Opinião consultiva nº 8, parágrafo 24.

³⁷⁰ Opinião consultiva nº 8, parágrafos 22 e 23; tudo isso reiterado no voto conconcorrente do representante argentino ante à CIDH, FAPPIANO, Oscar Luján, caso 10.843, Chile, 15 de outubro de 1996, Informe nº 36/96, parágrafo 31, p. 197 do Informe de 1996 da COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: o princípio da boa-fé nos obriga a cumprir no plano interno o que sustentamos e nos obriga no plano interno e internacional.

O tema há dado lugar, pela primeira vez em tantos anos, ao primeiro debate em nossa doutrina. Sugerimos, muito especialmente, sua leitura e reflexão³⁷¹.

³⁷¹ Ver Gordillo, Agustín e Campolieti, Federico, “*Lei 19.549 ou decreto-lei 19.549/72? Um debate epistolar e de gerações*”, em *LL*, 2006-F, 892; *o muito agudo e informativo comentário de Miljiker, Maria Eva*”, Lei 19.549 ou decreto-lei 19.549/72? Um debate linguístico e filosófico”, em *LL*, 2007-A, 777; Yacovino, Cecília, “Discurso y realidad: Otra mirada sobre el debate Gordillo – Campolieti”, em *RPA*, Res Publica Argentina, 2007-1, 83, Buenos Aires, 2007, editorial Rap.; Diana, Nicolas, “La fuerza de las palabras (o las palabras de la fuerza)”, *igual revista*, 2007-1, 93.

CAPÍTULO 8

A CRESCENTE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

1. INTRODUÇÃO

Mesmo que a matéria dos direitos humanos seja a primeira e mais importante manifestação da internacionalização do direito, não é a única. Este capítulo tem por finalidade mostrá-la em seu contexto, antes de passar à análise detalhada de outros aspectos específicos da matéria.

2. A REALIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA SUPRANACIONAL A COMEÇOS DO SÉCULO XXI

É frequente que o estudioso do direito local encontre dificuldades para aceitar o fundamento da supremacia aqui postulada do direito supranacional convencional sobre o direito constitucional interno.³⁷²

Nossa própria Constituição peca de ambivalência quando coloca os tratados acima das leis, e não, ao menos expressamente, de si mesma, mas, ao contrário, aceita expressamente a cessão de

³⁷² Com o aditamento do denominado direito das pessoas que menciona o art. 118 da Constituição e o art. 21 da ley 48.

competência e jurisdição de órgãos supranacionais (art. 75 inc.24), que desde logo prevalecerão sobre a Constituição.

Se é difícil que se apresente um conflito interpretativo entre as normas supranacionais e a Constituição, por serem ambas de caráter garantidor, sobretudo em matéria de direitos humanos,³⁷³ em todo caso já tínhamos exposto em outro lugar como se resolve dita questão em matéria de direitos fundamentais³⁷⁴. Diferente é a questão dos tratados internacionais que impõem limitações a direitos de caráter econômico. No caso das limitações internacionais ao meio ambiente, dificilmente pode haver conflito em virtude do art.41 de nossa Constituição. Em outros temas como patentes, GATT em geral, etc, o mais provável é que com o tempo prevaleça também nos feitos da norma supranacional.

Em todo caso, talvez ao leitor duvidoso frente a este dilema, lhe resulte reconfortante saber que no país mais importante do mundo existe quem expresse similares dúvidas: os Estados Unidos,

³⁷³ Assinala ZAFFARINI, Raúl. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal”. Buenos Aires: FDA, *Revista de Derecho Público*, 1987, 2:61, que as normas constitucionais “só podem interpretar-se no futuro em sentido compatível com o texto da Convenção”, ainda que “pareça tratar-se de consequências que também pudesse deduzir-se de uma correta e garantidora exegese de nossos preceitos constitucionais.”

³⁷⁴ Uma das discussões concretas a explicamos no livro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., cap. XV, amparada pelos arts. 43 e 75 inc. 22. Como disse PESCATORE: “É o momento de preparar-se para ratificar os tratados quando cada Estado deve ou deverá considerar e resolver os problemas de tipo constitucional que se levantem. Cada um é dono da solução que lhes dê; mas uma vez que se aceita o compromisso internacional com toda liberdade, há aqui um feito histórico sobre o que já não é possível voltar”. “Juridicamente não há, pois, volta atrás na Comunidade. Não está permitido pôr de novo em tela de juízo os compromissos uma vez assumidos; não está admitido nacionalizar de novo os setores que já passaram pela autoridade da Comunidade.” Do mesmo modo, o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada pela lei 19.865, estabelece que “uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificação pelo não cumprimento de um tratado.” PESCATORE, Pierre. Aspectos judiciais do “acervo comunitário”, *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 e ss., p. 336.

que aplicam a seus habitantes a jurisdição norte-americana, inclusive pelos atos de corrupção cometidos no estrangeiro;³⁷⁵ que não assinou o Pacto de São José para não ficar submetido à jurisdição supranacional da Corte com sede na Costa Rica,³⁷⁶ nem, todavia, à Convenção sobre direito marítimo, por razões de conteúdo e jurisdição; sem embargo, tem subscrito e ratificado o NAFTA, que como todo tratado de integração leva à criação de normas supranacionais; assinou igualmente o GATT, em cujo organismo supranacional de aplicação conta com somente um voto.

A tendência à integração jurídica supranacional, mesmo para os Estados Unidos, é, pois um bom indicador de que podemos esperar os demais países acerca do futuro. Agrega-se a ele a grande interdependência dos países, a globalização da economia, o notável incremento em todo o mundo das empresas transnacionais, incluídas as de capitais argentinos, e nossa condição de devedores crônicos³⁷⁷, e se compreenderá que a ordem de prelação das normas supranacionais convencionais escapa, em alguma medida, a nosso poder de determinação. É isso, sobretudo, se queremos mover-nos dentro da economia mundial. De todas maneiras é a tendência universal, e cada vez que assinamos um tratado (necessitados, obrigados ou convencidos), o princípio da boa-fé que rege a matéria impede opor, posteriormente, a suposta violação do direito interno, assim seja constitucional. Assinado um tratado, ratificado e deposi-

³⁷⁵ Trata-se da lei sobre práticas corruptas no estrangeiro, *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que complementa a lei contra a máfia ou lei sobre organizações corruptas e negócios ilícitos, lei *RICO, Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 18. U.S.C. Sécs. 1962 et seq.; outra lei contempla o confisco liso e cheio de todos os subornos (18. U.S.C. Sec.3666), sem prejuízo de outras figuras penais concorrentes. Nossa própria Constituição confere a uma lei especial o julgamento dos delitos contra o direito das pessoas cometidos fora de nosso território (art. 118).

³⁷⁶ HENKIN, Louis. “International Human Rights and Rights in the United States”, em MERON, Theodor (compilador), *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p.25 e ss., 50 e ss.

³⁷⁷ Nosso *Tratado de derecho administrativo*, t.1, *Parte general*. Buenos Aires: FDA, 2003, 8ª ed., capítulos. IV e XI, & 8.3 e suas remissões; “El contrato de crédito externo”, no livro *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: FDA, 1998, 2ªed., cap. IV.

tado, por definição não lhe é oponível norma alguma do direito interno dos países signatários, inclusive de suas respectivas constituições³⁷⁸. A tendência à regulação em matéria de fundos marinhos, direito de altamar,³⁷⁹ proteção do meio ambiente, etc.,³⁸⁰ é inexorável.

2.1 Os Direitos Individuais no Direito Supranacional

A Constituição faculta ao Congresso aprovar tratados internacionais com transferência de jurisdição à organismos supranacionais, sem a obrigação formal de submetê-los à consulta popular (art. 75, inc. 24). Tampouco há direito de iniciativa popular para os tratados internacionais (art. 39), ainda não se excluiu a consulta popular à respeito (art. 40).

Isso faz com que o direito supranacional modifique a ordem constitucional sem intervenção direta do povo, titular da soberania na ordem interna, a menos que o Congresso decida submetê-lo a consulta popular que é o que em bons princípios deveria fazer.

Em todo caso, cabe destacar que tais tratados internacionais, sejam os de direitos humanos ou os de integração, por sua própria natureza tendem a limitar os poderes do Estado no interno ou externo. Resulta disso que esse mecanismo não pode, normalmente, resultar em detrimento dos direitos individuais frente ao Estado.

A Corte Suprema de Justiça da Nação resolveu em *re Gironldi*, em 1995, que as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos de San Jose Da Costa Rica são obrigatórias no direito interno de nosso país. A sua vez, dita Corte de San Jose decidiu em 16 de julho de 1993, na opinião consultiva nº 13,

³⁷⁸ *Tratado*, op. cit., cap. VI; PESCATORE, op. cit., p. 33.

³⁷⁹ Ver ROZAKIS, Christos L. e STEPHANOU, Constantine A., *The New Law of the Sea*. Amsterdam: North-Holland, 1983; nosso *Tratado*, t.1, op. cit., cap. IV, p. 54 e ss.

³⁸⁰ AMAN, Jr., ALFRED C. *Administrative Law in a Global Área*. Ithaca, N.Y., Cornell University Press, 1992.

que a Comissão é competente para qualificar *qualquer* norma do direito interno de um Estado Parte como violadora das obrigações que este há assumido ao ratificar ou aderir-se à Convenção.

Desse modo, já não basta com que a administração esteja submetida à lei e esta à Constituição, senão que todo o direito interno esteja submetido a um direito supranacional em matéria de direitos humanos e liberdades públicas.

Por tais razões, os direitos individuais preexistem a todo ato estatal: a Constituição, as sentenças, as leis, aos atos e regulamentos administrativos. As leis podem regular os direitos dos indivíduos, fixando seus alcances e limites, mas, embora nenhuma lei seja ditada, o direito individual existe não obstante, por império da Constituição, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais pactos internacionais de direitos humanos previstos no inc. 22 do art. 75 da Constituição.

2.2 A Articulação da Legislação Nacional com a Internacional

De acordo com o art. 31 da Constituição, “Esta Constituição, as leis da Nação que em sua consequência se ditem e os tratados com as potencias estrangeiras são a lei suprema da Nação.” Em consequência, “pode afirma-se que, a princípio, a só aprovação dos tratados internacionais, de acordo com o procedimento que estabelece a mesma Constituição, incorpora estes ao direito interno da Nação”³⁸¹. A Constituição de 1853/60 estabelecia uma ordem hierárquica dentro do âmbito de sua competência territorial e em consonância aos tempos de sua promulgação; essa norma, mais de um século depois, deve ser entendida em consonância com a hierarquia atualmente vigente de normas.

O relativo a determinar se o conteúdo normativo do tratado passa a ser legislação interna sem outro requisito que o da apro-

³⁸¹ PTN, *Dictámenes*, 58:222 (1956).

vação pelo Congresso, havia dado lugar a soluções diversas³⁸² segundo as particularidades que apresenta à convenção e inclusive a lei de aprovação. Ademais dizer que quando uma lei ratifica um tratado pelo qual se estabelecem regras de direito que se referem exclusivamente a seres humanos individuais (direito do trabalho, direitos humanos, etc.) carece de fundamento pretender que a ratificação vale somente frente aos demais Estados e não para os habitantes do país respectivo; a lei de ratificação transforma essas proposições em normas jurídicas que também são internas³⁸³.

O tema dos tratados vincula-se intimamente com a questão da existência e alcance de um direito comunitário latino-americano. A integração econômica usualmente não formava parte das estratégias nacionais reais e era comum acordar a estes pactos o caráter de um tratado-marco, faltando-lhe o mais claro sentido dinâmico que se atribui desde antigamente aos tratados da comunidade européia. Segue-se disso que a Corte Suprema interpretou no passado que um tratado posterior dessa índole não prevaleceria sobre leis nacionais anteriores³⁸⁴. Alguns instrumentos jurídicos latino-americanos comunitários careciam então da vigência jurídica que alguns estudos tentavam dar-lhe.

A discussão européia³⁸⁵ entre os partidários dos direitos nacionais soberanos e os sustentadores da tese do quase-

³⁸² Dictámenes citados; CSJN, Decisões, 150:84; 186:258; 254:500, *La República*, 1962.

³⁸³ Tem seguido as afirmações precedentes ALTAMIRA, Pedro Guillermo. *Curso de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1971, p. 63. O caráter jurídico internacional dos direitos humanos é indiscutível: HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: EDIAR, 1991; LILICH, Richard B., e NEWMAN, Frank C. *International Human Rights*. Boston: Little, Brown and Co., 1979; BUERGENTHAL, Thomas. *International Human Rights*. Minnesota: West Publishing Company, 1988 e suas referências.

³⁸⁴ Decisões, 254:500, *La República*, ano 1962.

³⁸⁵ Dizia-se na Europa que “estas teses e hipóteses deixam reconhecer que ainda está longe de um juízo uniforme. Isto tem seu fundamento no presente estado de flutuação em que se encontram não somente o direito comunitário, mas também às comunidades mesmas. Nessa incerteza é compreensível que ainda persista a luta entre os partidários da União Europeia, os partidários dos direitos soberanos”.

federalismo, chega a nós resolvida de antemão, como logo veremos, mas também flui naturalmente da aceitação em 1983 do Pacto de San Jose de Costa Rica e dos progressos em matéria de integração, como é o caso do MERCOSUL.

2.3 A Crescente Regulação Internacional

Já vimos que o sistema de direitos humanos é hoje em dia claramente supranacional e que existem alguns setores da economia que estão virtualmente internacionalizados, como o sistema financeiro;³⁸⁶ há outros em que a regulação internacional é crescente. Assim, a proteção dos recursos naturais,³⁸⁷ em que há progresso com respeito à regulação dos fundos marinhos, o direito marítimo e diversas questões de meio ambiente³⁸⁸.

Mas, é possível que haja, todavia, mais desenvolvimento regulador internacional. Com efeito, há atividades que se desenvolvem atualmente nos mares internacionais, fora da jurisdição de todos os países. Os casos mais antigos e conhecidos foram os cassinos flutuantes, depois das quatro milhas das águas jurisdicionais

nos e os “realistas”. A opinião jurídica dependerá se a presente época de estancamento na questão da integração europeia se orienta a um retrocesso ou a um desenvolvimento maior. Com este alcance tem pouco valor novos intentos de interpretação e deveria deixar-se a multiplicidade de construções até hoje transitadas.” EBERHARD MENZEL, comentário aparecido na revista *Die öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, 1969, caderno 15/6, pp. 579 e 580.

³⁸⁶ Algo disso, explicamos no cap. IV do t. 1 de nosso *Tratado de derecho administrativo*, op. cit.

³⁸⁷ Pode ver ROZAKIS e STEPHANOU, *The New Law of the Sea*, op. cit.; AMAN Jr., ALFRED C. *Administrative Law in a Global Area*. Ithaca, Nova York: Cornell University Press, 1992. Em uma perspectiva ideológica localizada em outra realidade nacional e internacional, já antes falava-se também de *Le nouvel ordre économique international e l’administration publique*, livro coordenado por BÉRARD TIMSIT, Aire-sur-la-LYs, França, Unesco – IISA, 1983.

³⁸⁸ Alguns exemplos: leis 15.802 e 24.216, Tratado Antártico; lei 18.590, Tratado da Bacia do Prata entre Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai; leis 21.836, 23.456 e 24.089, contaminação marítima; leis 22.344 e 23.815, comércio internacional de espécies ameaçadas de fauna e flora silvestre; lei 22.502, Protocolo de Londres sobre a seguridade da vida no mar; lei 23.778, camada de ozônio.

dos Estados Unidos. Seguiram-lhes as rádios instaladas fora da jurisdição marinha, por exemplo, da Inglaterra, para escapar aos regulamentos internacionais.

Ao mesmo tempo a pesca em águas internacionais tornou-se barata com os barcos fábrica, que realizam todo o processo fabril em águas internacionais fora da jurisdição de nenhum Estado, nem sempre respeitando os convênios internacionais sobre limites racionais da exploração dos recursos marinhos.

Existem também, no presente, barcos fábrica que, baixa bandeira de conveniência (convenience flag), constituem fábricas que produzem outros produtos em alto-mar, sem sujeição às normas impositivas ou trabalhistas locais, obtendo assim custos mais baixos e que nem sequer tocam porto. Outros navios aproximam-se a retirar a produção, fazer troca de pessoal, etc. Todo este sistema de crescente atividade em águas internacionais pode chegar a ter suficiente importância econômica como para que as nações queiram regulá-lo, controlá-lo e porque não, tributá-lo.

Cabe, pois, em geral, esperar um lento, mas progressivo avanço da regulação internacional ao qual nosso país como outros estarão também submetidos.

3. DISTINTAS FONTES SUPRANACIONAIS

3.1 Tratados em geral

Nosso país se submeteu a vários tipos de ordem jurídica supranacional. Por agora, pode-se distinguir:

a) aqueles ordenamentos que têm um órgão judicial supranacional de aplicação, como é o Pacto de San José da Costa Rica.

b) os demais tratados de direitos humanos incorporados pelo art. 75 inc. 22 da Constituição, mas que carecem de tribunal supranacional.

c) os incipientes tratados de integração autorizados pelo inciso 24 do mesmo artigo, mas que tampouco têm tribunal supranacional. É possível que com o passar do tempo os tratados de integração tenham tais tribunais, como já ocorre na Europa, com o qual poderão ser classificados junto ao de San José como um direito comunitário mais efetivo pela existência de tribunais de aplicação; esses tribunais seguramente estenderão sua competência pelo século XXI.

d) as demais normas supranacionais, entre as quais o meio ambiente é uma boa mostra, com 69 convenções assinadas por nosso país.

3.2 O caso específico da Convenção Americana de Direitos Humanos

Em 1983 o Congresso Argentino sancionou pela lei 23.054 a submissão do país à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e seus procedimentos supranacionais,³⁸⁹ em especial a sujeição à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos com sede em San José de Costa Rica e logo realizou o ato formal de seu depósito internacional³⁹⁰. Posteriormente a Constituição de 1994 deu-lhes “hierarquia constitucional”, igual que a outros tratados.

Daremos aqui especial ênfase a dito pacto, por agora, por ser o único que conta com um tribunal supranacional. Ele não altera a obrigatoriedade que todos têm no direito interno, mas força reconhecer que desde um ponto de vista prático não é o mesmo que a interpretação do tratado termine no próprio país ou possa continuar-se ante um tribunal internacional ou supranacional.

³⁸⁹ TREJOS, Gerardo, “Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos em la Convención Americana”, em HERNÁNDEZ, Rubén e TREJOS, Gerardo. *La tutela de los derechos humanos*. San José. Costa Rica: Juricentro, 1977, p. 59 e ss.

³⁹⁰ Com uma insólita reserva por decreto: *Revista de Derecho Público*, op. cit.

Não é o mesmo introduzir o caso federal para ocorrer em sua oportunidade ante a Corte Suprema de Justiça da Nação, seja por violação à Constituição ou aos tratados, que introduzir também o caso supranacional para ocorrer em sua oportunidade ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em qualquer caso e assim como nossa Constituição, em uma leitura não excessivamente atada ao passado, já permitia ler com ela o que o Pacto de San José se limita a explicar, o mesmo ocorre com os demais pactos de direitos humanos: podem e devem ser aplicados por nossos tribunais. Enquanto aos de integração, parece evidente que a negociação não é suficiente meio de resolução de conflitos. Para avançar-se na integração, a criação de tribunais independentes provêem um complemento indispensável para seu funcionamento e aplicação eficazes.

A Convenção contém uma importante enumeração de garantias individuais e liberdades públicas, que em sua grande maioria constituem um avanço sobre o estado prévio de nossa legislação, e que ademais definem com maior amplitude que nossa Constituição, muitos direitos individuais;³⁹¹ ela tem em primeiro lugar uma importância prática como propósito normativo de acrescentamento material no âmbito de liberdade e da esfera de direitos dos indivíduos.

Desde este primeiro ponto de vista prático e com independência de quão eficazes³⁹² sejam ou deixem de ser seus procedimentos de ouvida jurisdicional internacional, atento ao procedimento prévio ante a Comissão,³⁹³ o caráter excludente da legitima-

³⁹¹ Ampliando-os, não os reduzindo pelo que não existe em tal aspecto conflito normativo algum. Inclusive pode sustentar-se que a Convenção meramente explicita o que já está implícito na Constituição.

³⁹² O explicamos *infra*, cap. VIII.

³⁹³ Art.44: “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta convenção por um Estado parte.”

ção deste a respeito dos indivíduos lesionados,³⁹⁴ o certo é que ao constituir um avanço em matéria de direitos individuais, toda pessoa desejosa de ver melhorar seus direitos deve, necessariamente, advertir que ela constitui um importante progresso de nosso ordenamento jurídico, e interpretá-la e aplicá-la em consequência.

3.3 Outras convenções de direitos humanos

Em 1990 precedemos a Constituição, na ordem de prelação das fontes, pela Convenção Americana de Direitos Humanos³⁹⁵.

Em 1992 a Corte Suprema de Justiça da Nação iniciou um importante caminho,³⁹⁶ que continua em desenvolvimento,³⁹⁷ de reconhecimento da ordem supranacional em direito interno.

Em 1994 a Constituição o introduz claramente, ainda que não empregue expressamente a ordem de hierarquia das normas que nós utilizamos³⁹⁸.

A pergunta que o leitor formula de imediato é: Por que supranacionalidade? Não é por acaso que a Constituição é a primeira e mais importante das fontes, a cúspide do ordenamento jurídico? É uma pergunta que se responde aos poucos, e satisfará somente com o decorrer do tempo. Em todo caso, explicamos a mesma questão sobre outro prisma *infra*, cap.VIII.

³⁹⁴ Art. 57: “A comissão comparecerá em todos os casos ante a Corte.” E o 61, inc. 1, conclui o ritual restritivo: “Só os Estados Partes e a Comissão têm direito a submeter um caso à decisão da Corte.”

³⁹⁵ Nosso artigo “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, em *La Ley Actualidad*, 17 de abril de 1990.

³⁹⁶ EKMEKDJIAN, 1992; LL, 1992-C, 543; ED, 148:338.

³⁹⁷ Fibracca, Decisões: 316: 1669; Hagelin, Decisões: 316: 3176; *Cafés La Virginia*, LL, 1995-D-277; Gioldi, LL, 1995-D-462.

³⁹⁸ Uma das tantas discussões a explicamos em Los amparos de los arts. 43 e 75, inc.22, *infra*, cap. XV do livro *Derechos Humanos*, op. cit.; t.1 de nosso *Tratado...*, op. cit., cap. VI e VII.

3.4 Os tratados de integração econômica

O tema dos tratados vincula-se intimamente com a questão da existência e alcance de um direito comunitário latino-americano, mas também com a observação de que passa na União Européia, pois isso nos mostra, como em outras vezes, um segundo caminho.

A integração econômica não tem formado parte das estratégias nacionais reais e por isso tem sido comum acordar a estes pactos o caráter de um tratado-marco, faltando-lhe o sentido dinâmico dos tratados da comunidade européia³⁹⁹. Segue-se assim que a Corte Suprema tem interpretado, faz muito tempo, que um tratado posterior não prevalecia sobre leis nacionais anteriores⁴⁰⁰.

Essa jurisprudência vem tendo uma mudança substancial a partir da sentença da CSJN em *Cafés La Virginia*,⁴⁰¹ ampliado por *Dotti*⁴⁰² e outros.

3.5 Jurisprudência e opiniões consultivas supranacionais.

Nossa Corte Suprema tem dito que a interpretação da Constituição Americana deve efetuar-se “tal como a Convenção citada vigora no âmbito internacional e considerando particularmente sua efetiva aplicação jurisprudencial pelos tribunais internacionais competentes para sua interpretação e aplicação”; Dai que a aludida jurisprudência deva servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais na medida em que o Estado Argentino reconheceu a competência da Corte Interamericana para conhecer em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção

³⁹⁹ GONZÁLEZ, Florência. “*Legislación y administración en un sistema de integración: el caso de la Comunidad Europea.*” Buenos Aires: RDA, 14:455, 1994.

⁴⁰⁰ Decisões: 254:500, *La República*. 1962.

⁴⁰¹ CSJN, LL, 1995-D-277.

⁴⁰² *Dotti*, DJ, 1998-3, 233.

Americana (ver arts. 75 da Constituição Nacional, 62 e 64 Convenção Americana, art. 2 da lei 23.054)”, incluindo as opiniões consultivas do tribunal⁴⁰³. Sobre isso voltaremos mais adiante.

Por agora não são fontes quantitativamente importantes as decisões e opiniões consultivas da Corte Interamericana, mas já tem-se reconhecido seu caráter de fontes em nosso país, incluídas as opiniões consultivas. É um passo qualitativamente fundamental.

Do mesmo modo, podem chegar a aparecer outros órgãos judiciais supranacionais e, desenvolver os tratados de integração e outros multilaterais, pode aparecer normas regulamentarias ou de segundo nível dentro da ordem jurídica supranacional. É o caminho que tomou a integração européia, é o caminho que seguiremos se avançarmos no processo de integração.

Por agora é prematuro perguntar em detalhe como inserir-se-ão com respeito ao ordenamento local, mas merece *prima facie* claro que em direito interno, leis incluídas, deverão ceder ante o direito supranacional criado pelos organismos aos quais o país subscreva e que corresponderá aos juízes locais aplicar dito direito supranacional de maneira imediatamente operativa e em base a jurisprudência internacional.

3.6 Transações e compromissos internacionais

Não deve descuidar-se da importância prática e jurídica dos compromissos e transações que o país realiza ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para evitar ser levada ao seio da Corte Interamericana e que logo deve honrar com as próprias sentenças. Lamentavelmente não são compromissos públicos, mas sempre se termina conhecendo-os quando a parte autora invoca o cumprimento estatal. Seguramente é uma matéria que evoluirá com o passar das décadas, à medida que siga avançando o direito supranacional.

⁴⁰³ *In re Giroldi*, LL, 1995-D-462; BUERGENTHAL, op. cit., p. 166.

Vemos um exemplo no caso *Birt*, em que a Corte Suprema refere-se ao cômputo da indenização conferida pelo decreto 70/91, modificado pela lei 24.043⁴⁰⁴. A maioria de cinco votos não reconhece o recurso extraordinário e confirma a sentença apelada; a dissidência de três de seus membros admite o recurso extraordinário e também confirma a sentença apelada. As análises de ambos pronunciamentos, referidos ao cômputo hierárquico, SINAPA, etc., pareciam referir-se a um tema de função pública.

Sem embargo, a dissidência do nono membro da Corte, que também admite o recurso extraordinário e confirma a sentença apelada (há, pois, *unanimidade total em manter a sentença apelada*) funda-se, em definitivo, em expor o contexto do problema – *in textu et contextu consideratam*-,⁴⁰⁵ que não é um cálculo escalonado na função pública.

Essa última dissidência é a que explica, em seu cons. 9, que essas normas “*procuraram reparar economicamente os danos sofridos por quem – em um período difícil de nossa história – foi privado de sua liberdade, sem importar que as ações por responsabilidade extracontratual estivessem prescritas*”, para “*superar situações*” em que “*se havia produzido a prescrição de dita ação*”, pois “*ainda que as soluções dadas a respeito no âmbito judicial ajustavam-se ao direito positivo, não alcançavam, portanto, a dar*

⁴⁰⁴ O prazo previsto para reclamar as indenizações da lei 24.043 foi ampliado pela lei 24.436 em 180 dias a partir de sua promulgação em 11-1-95; a lei 24.321 que trata do desaparecimento forçado de pessoas que ocorreu até 10 de dezembro de 1983 não tem prazo para o ajuizamento de suas ações e talvez não possa considerar-se limitada pela lei 24.447. A indenização da lei 24.411 pelo desaparecimento forçado de pessoas tinha como prazo 180 dias desde sua entrada em vigor (publicada em 3-1-95); a lei 24.499 (B.O. 13-VII-95) ampliou em cinco anos este último prazo. Isto dá um adicional fundamental de analogia para estender também o prazo para reclamar a indenização da lei 24.043 e para o ajuizamento de ações pela lei 24.321.

⁴⁰⁵ *Codici Iuris Cononici*, art. 17.

equitativa solução, isso, em ordem a conseguir a plenitude do direito e a justiça”⁴⁰⁶.

O importante da dissidência de fundamentos é destacar a incidência dos acordos e transações celebrados pelo país ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como direito interno de nosso país. “*Ao mesmo tempo tentou-se [...] dar cumprimento à promessa dada pelo Governo Argentino à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, referentes ao ditado de uma norma que reconhecera ditos benefícios às vítimas, questão esta que importava não só fazer honra a um compromisso assumido, senão também uma forma de evitar as sanções internacionais que poderiam haver sofrido a Nação.*”

Outros casos não têm tido repercussão judicial direta, mas sim jornalística e é possível que as transações sejam mais do que conhecemos⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Tal situação foi analisada em 1979 nos seguintes términos: “Ao considerar um ato particular de violência ou intimidação dentro de um contexto político geral, se torna também menos nítido o problema da prescrição da ação ou em seu caso, da caducidade: pensamos que a prescrição ou a caducidade não podem começar a computar-se senão a partir do momento em que a intimidação ou violência tenham sido cessadas. Agora bem, pode ocorrer que cesse o ato particular de intimidação, mas subsista o clima geral de insegurança. Nesse caso, entendemos que deve adotar-se um critério amplo e aceitar a ação ou o recurso qualquer que seja o tempo transcorrido desde o ato concreto de intimidação ou violência”: GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t.3; *El acto administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1979, 3ª ed., cap. IX, p. 50; Buenos Aires, FDA, 2000, 5ª ed., cap. IX, p. 52; 8ª ed., 2003, p. 52; 9ª ed, pp.58-9 e em www.gordillo.com

⁴⁰⁷ Há pouco tempo, o país foi assomado por um projeto restritivo da liberdade de imprensa. Inteiramos-nos pelos jornais que um conhecido jornalista, condenado há algum tempo por desacato jornalístico a um membro de nosso Corte, havia tempo antes transacionado sua reclamação em Washington em troca do compromisso formal do governo argentino em derrogar a figura do desacato. Visto o projeto de lei de imprensa, o jornalista se apresentou novamente em Washington, alegando que o projeto de lei violava o texto e o espírito da transação internacional. Ante à força obrigatória da transação, o projeto de lei foi devidamente aban-

4. CARACTERES GERAIS

Uma interpretação a) realista e sensata, b) valiosa ou justa, c) teleológica ou finalista, d) que tome conta da circunstância fática⁴⁰⁸ que determinou nossa adesão,⁴⁰⁹ não pode, senão buscar aqueles métodos de interpretação que em cada caso melhor assegurem a efetividade e vigência de tais normas e princípios.

Não se trata, então de fazer uma sorte de “neutra”, ourives ou pedreiro jurídico, um trabalho de dogmática ou de linguagem formal de textos positivos nos quais busquemos de que modo interpretar cada artigo para levá-lo à sua inexigibilidade, não vigência ou inaplicabilidade.

A única interpretação finalista congruente com a circunstância maior da submissão à Convenção e ao direito internacional de direitos humanos e comunitário, em geral, será aquela que busque construir soluções no sentido de afirmar a vigência, garantia e aplicabilidade ou exigibilidade imediata dos direitos individuais e a integração regional, e não a inversa, a indefesa dos indivíduos e sua submissão à autoridade ou governo de turno, para isolá-lo do contexto internacional⁴¹⁰.

Ademais, é claro que a globalidade do mundo, nas comunicações e a economia, inclusive nas políticas e ideologias dominantes, não deixa lugar para países que elejam ficar como afastados da comunidade internacional... O preço é muito caro.

donado. Isto implicaria que os mecanismos supranacionais de transação estão funcionando mais eficazmente.

⁴⁰⁸ O arconte dirigente, determinante, que foi “causa” em suma da sanção legislativa.

⁴⁰⁹ Que não é outra senão a influência prévia de tais direitos em seu funcionamento ou aplicação prática.

⁴¹⁰ Algumas das dificuldades concretas de interpretação podem ser visas em “Los amparos de los arts. 43 y 75 in. 22”, em nosso livro *Derechos Humanos*, op. cit., cap. XV.

4.1 Direito interno

Uma das primeiras e mínimas afirmações que parece assim inevitável fazer é que estas normas constituem não somente direito supranacional, mas também e quanto menos, ao próprio tempo, direito interno, vigente, operativo, aplicável de pleno direito a toda situação que caiba enquadrar em suas normas, em tanto estas tenham um conteúdo que não seja manifesto e indiscutivelmente programático. Essa adicional nota de direito interno é agora de nível constitucional.

A Convenção e outras normas supranacionais têm assim o duplo caráter assinalado, que implica a obrigação das autoridades nacionais de aplicá-las, sem prejuízo da aplicação que também farão delas as autoridades judiciais supranacionais existentes segundo o caso.

4.2 Derrogação *ipso jure*

Do exposto, surge que toda norma contrária preexistente há cessado automaticamente em sua vigência. É óbvio que toda outra norma legislativa anterior que opunha-se direta ou indiretamente a estas normas ficou imediatamente derogada ou carente de vigência, por incompatibilidade com a legislação posterior.

Uma interpretação que pretendia que estes pactos supranacionais ou ao menos de nível constitucional não são senão uma expressão de desejos (salvo, é claro, sua única norma claramente programática), insuscetível de aplicação direta pelos juízes, não involunçável pelos indivíduos, constituiria uma farsa à ordem jurídica e às liberdades e garantias públicas.

É certo que houve doutrinas e jurisprudências que inexplicavelmente sustentaram o caráter programático de toda a Convenção, mas foram os primeiros tempos de aplicação do Pacto e era, todavia, muito recente o retorno à democracia. A jurisprudência e doutrina atuais iniciarão no que parece, uma tendência segura de mudança.

Uma norma legislativa posterior seria igualmente ineficaz para apartar-se de suas normas, desde que o país não retire sua adesão e submissão ao direito supranacional. Se o Congresso quer apartar-se das normas supranacionais a que, validamente submeteu-se, deve, previamente, retirar-se dessa comunidade jurídica internacional conforme o procedimento ali estabelecido. Seria um passo atrás até a barbárie, muito difícil de realizar por nossos países no atual contexto internacional.

4.3 Aplicação legislativa e jurisdicional

No caso da Convenção, os Estados signatários têm-se obrigado *ipso jure* “a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela” (art.1, inc.1), e a “garantir seu livre e pleno exercício” através da tutela jurisdicional e por aplicação direta da Convenção e seus princípios; isso, sem prejuízo da obrigação que também têm de instrumentá-los com os mecanismos complementários que forem convenientes,⁴¹¹ sem poder, enquanto isso, pretender negar-lhes operatividade e aplicação direta e imediata. Essa obrigação alcança os órgãos jurisdicionais que devem aplicar tais normas em forma direta e imediata.

Não todos os juristas têm aceitado ou recepcionado esta conclusão. Entre eles alguns legisladores, que as vezes, produzem leis dando a entender que estão “criando” determinados direitos que já estão consagrados na Convenção. Nisso a que ver nada mais que uma busca por melhor instrumentalização e mais efetiva operatividade da cláusula, mas não a afirmação de que ela carecia de existência ou vigência antes da lei regulamentaria pertinente.

⁴¹¹ Art. 2º: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1 não estiverem já garantidos por disposições legislativas ou de outro caráter, os Estados Partes se comprometem a adotar, com acerto a seus procedimentos constitucionais e as disposições desta convenção, as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para fazer efetivos tais direitos e liberdades.” É claro que a Corte de San José não é o único intérprete que aplica a convenção, senão o último nos casos submetidos à sua jurisdição.

Em defeito de lei regulamentaria do Congresso, corresponde-lhe o mesmo que em matéria constitucional – a aplicação direta da Convenção pelos juízes.

4.4 Caráter supranacional

A Convenção e demais atos similares, como direito supranacional eliminam, obviamente, o dogma do poder interno de cada país – o governo – como poder incondicionado e ilimitado. O preço de ser parte da comunidade civilizada é reconhecer o respeito às suas mínimas normas de convivência e comportamento no plano *interno*. Inclusive os países com suficiente poder como para pretender isolar-se do mundo terminam reconhecendo que não está em seu próprio interesse fazê-lo.

Não há mais poderes nacionais ilimitados em um mundo tão estreitamente interconectado como o atual, e menos ainda, haverá no futuro. Em nosso caso particular, é óbvio que o rol que nos cabe é muito menor.

O país vem reconhecendo de forma expressa a jurisdição de um tribunal internacional de justiça, com competência para proferir sentenças contrárias em caso de desconhecimento por este das garantias individuais mínimas de seus próprios habitantes. Isto se tem estendido às opiniões consultivas, e pronto tomará também inevitavelmente a jurisprudência de outros tribunais, em especial o europeu de direitos humanos. O que se pode dizer então, em uma perspectiva teleológica e razoavelmente futura, é que temos aqui um verdadeiro direito supranacional com todas as notas próprias de uma ordem jurídica suprema.

As características que explicamos em seu lugar⁴¹² para a Constituição, como ordem jurídica superior no direito interno, são assim em um todo aplicável às normas da Convenção enquanto ordem jurídica superior Supranacional.

⁴¹² Nosso *Tratado*, op. cit., cap. VI.

Muitos autores e intérpretes resistirão em considerá-lo direito *supranacional*. Talvez mais que os que já se negavam antes da reforma constitucional a considerá-lo *direito interno*, ou *direito sem adjetivos*.

Também estão os que negavam ao extremo, à mesma Constituição como direito⁴¹³ e não faltaram os que de igual modo raciocinaram com as leis. Mas são essas conjecturas falsas que não podem entorpecer o raciocínio científico e político do jurista que busque interpretar a melhor ordem jurídica com a qual assegurar a paz, a justiça, a ordem, etc., em seu país.

O caminho do futuro está a nosso juízo claramente assinalado: por cima das vacilações, contradições e até negações formais que esta nova ordem jurídica supranacional tenha que sofrer, não serão, em suma, senão como a mesma negação que até a Constituição padeceu. Isso não muda o curso do destino, ao menos em largo prazo.

O caminho da evolução européia em matéria de direitos humanos, que também avançou lenta, mas seguramente no sentido da vigência de uma ordem jurídica supranacional, marca também o caminho.

Ademais, parece óbvio que nos casos aberrantes já não existe lugar para o retorno à barbárie nacional, pelo menos a barbárie sob pretendida cor de legalidade. Passe o que passe nos feitos em determinada comunidade nacional, já não poderá mais em direito dizer “que o genocídio, a tortura e o delito cesáreo de um déspota constituam assuntos exclusivamente internos, *de jurisdição doméstica*”⁴¹⁴. Os demais países e a própria Organização das Nações Unidas não poderão sempre ter a vontade política de intervenção

⁴¹³ Creemos haver provado o erro de tais concepções a partir da 1ª ed. de nossa *Introducción al derecho administrativo*. Buenos Aires: Perrot, 1962 e estimamos agora oportuno formular a subsequente hipótese de progresso jurídico.

⁴¹⁴ ORTIZ PELLEGRINNE, MIGUEL ANGEL. *Introducción a los derechos humanos*. Buenos Aires. Ed. Á Baco de Rodolfo Depalma, 1984, p. 63.

multilateral nos massacres internos, mas ninguém poderá pretender reconhecer o caráter de jurídicas a tais aberrações.

Em efeito, “faz ao bem comum da humanidade salvar o homem em todas as partes do globo, qualquer que seja a soberania do Estado sobre a qual se encontre. Em última instância, a paz mundial não é a mera ausência de guerras, nem se reduz ao só equilíbrio de forças adversárias, senão que é obra da justiça”⁴¹⁵.

4.5 Denúncia não unilateral

No caso *Cafés la Virginia* de 1994,⁴¹⁶ a Corte Suprema recordou que pelo princípio da boa-fé na interpretação dos tratados não é coerente sustentar que um tratado “só consagra um compromisso ético, mas não jurídico”, senão que cria autênticos “direitos e obrigações” (cons.6), com o qual “a aplicação pelos órgãos do Estado Argentino de uma norma interna que transgride um tratado – ademais de constituir o não cumprimento de uma obrigação internacional – vulnera o princípio da supremacia dos tratados internacionais sobre as leis internas” (cons.8); “uma lei que prescreve-se disposições contrárias a um tratado ou que fizesse impossível seu cumprimento [...] seria um ato constitucionalmente inválido” (cons. 10).

Nessa decisão, o voto de BOGGIANO avança em recordar a JOHN JAY enquanto que um tratado não pode ser alterado ou cancelado unilateralmente, mas em comum acordo (cons. 21 e 22) e nega a *fortiori* competência ao Congresso a derogá-lo por lei (cons.23); ademais “os pactos se fazem para serem cumpridos; *pacta sunt servanda*”, com o qual “carece de sentido postular, como princípio geral, a possibilidade de sua revogação unilateral. Esta implica não cumprimento do acordo” (cons. 26); também invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (cons.29).

⁴¹⁵ ORTIZ PELLEGRINNE, op. cit., p. 63, quem cita em tal sentido *Gaudium et Spes*, P. II, c. 5, n° 78.

⁴¹⁶ CSJN, LL, 1995-D-277.

Em seu conjunto, a decisão segue a inevitável tendência de aplicar a nova ordem jurídica e econômica mundial e o voto comentado avança um passo mais; ainda que a terminologia custe, há uma ordem jurídica supranacional⁴¹⁷. Pouco a pouco deveremos nos acostumar a consultar as coleções de jurisprudências supranacionais e não devemos tampouco nos esquecer de que as opiniões consultivas da Corte de San José são igualmente obrigatórias no plano interno.

5. A articulação da justiça nacional com a justiça supranacional

5.1 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

O país já havia se submetido validamente à jurisdição supranacional e supraconstitucional da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴¹⁸ e a Corte Suprema havia declarado em 1993 a operatividade de suas cláusulas, mesmo em ausência de regulação legislativa⁴¹⁹.

Não obstante isso, o art. 75 inc. 22 perfecciona o ponto ao prever um mecanismo muito estrito de denúncia dos tratados de direitos humanos, mais severo que o que estabelece para os tratados de integração no inc. 24.

Isso implica claramente que a subordinação ao organismo supranacional e supraconstitucional de controle de direitos humanos é virtualmente irrevogável no direito interno, sem prejuízo de que é irrevogável no direito supranacional.

Não se pode esquecer o constantemente repetido princípio da “irreversibilidade dos compromissos comunitários”; “jurídica-

⁴¹⁷ Em tal sentido, GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., t. 1, Prólogo e capítulos. VI e VII.

⁴¹⁸ Nosso art. “La supracionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, LL Actualidad, 17 de Abril de 1990.

⁴¹⁹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo e outros, Decisões, 308:647, ED, 148:338; Fibracca, Decisões: 316:1669; Hagelin, Decisões: 316:3179; *Cafés La Virginia*, CSJN, LL, 1995-D-277.

mente não existe, pois, volta atrás na Comunidade. Não está permitido colocar novamente em tela de juízo os compromissos uma vez assumidos; não está admitido nacionalizar de novo os setores que já passaram sobre a autoridade da Comunidade”⁴²⁰.

Do mesmo modo, o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada pela lei 19.865, estabelece que “*uma parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificativa pelo não cumprimento de um tratado*”, o qual não pode, razoavelmente, pretender-se aplicável somente nas relações internacionais do Estado, pois isso importaria uma duplicidade de interpretação contrária à indispensável unidade da ordem jurídica; é igualmente evidente que ao referir-se ao direito interno como imponível ao tratado inclui a Constituição. “*É no momento de preparar-se para ratificar os tratados quando cada Estado deve ou deverá considerar e resolver os problemas de ordem constitucional que surgirem. Cada um é dono da solução que lhes dê; mas, uma vez que se aceito o compromisso internacional com toda liberdade, há aqui um feito histórico sobre o qual já não é possível voltar atrás.*”⁴²¹ Por isso carece de sentido procurar, pior ainda, interpretar a Constituição de 1994 em qualquer sentido que a faça supostamente menos garantista que o direito supranacional.

5.2 As “condições de vigência” dos tratados

Já vimos que a Corte Suprema de Justiça da Nação resolveu em 1995, no já recordado caso *Giroldi*, que quando a Constituição dá “*hierarquia constitucional*”⁴²² aos tratados e concordatas

⁴²⁰ PESCATORE, “Aspectos judiciales del “acervo comunitário”, op. cit., p. 336.

⁴²¹ PESCATORE, op. cit., p. 348.

⁴²² A Constituição emprega no primeiro parágrafo do art. 75, inc. 22 a frase “*hierarquia superior às leis*” e no terceiro “*hierarquia constitucional*”. A primeira eleição semântica poderia indicar uma hierarquia intermediária entre a lei e a constituição, a segunda alternativa é aceitar como mínimo o nível constitucional do tratado. A Corte é explícita em eleger a segunda variante. Pensamos que com o tempo reconhecerá também a supranacionalidade de tais normas e princípios, segundo o expusemos em “*La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*”, op. cit.

“nas condições de sua vigência”,⁴²³ isso significa que é “tal como a Convenção citada efetivamente rege no âmbito internacional e considerando particularmente sua efetiva aplicação jurisprudencial pelos tribunais internacionais competentes para sua interpretação e aplicação” (cons. 11, primeiro parágrafo). “Daí que a aludida jurisprudência deva servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais na medida em que o Estado Argentino reconheceu a competência da Corte Interamericana para conhecer em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção Americana (confr. arts. 75 da Constituição Nacional, 62 e 64 da Convenção Americana e art. 2 da lei 23.054)”⁴²⁴.

5.3 Vigência interna das opiniões consultivas

Do qual resulta que nossa Corte deve aplicar os tratados “nos términos anteriormente expostos, já que o contrário poderia implicar responsabilidade da Nação frente à comunidade internacional”⁴²⁵. Nosso tribunal integra tais decisões e opiniões consultivas ao texto constitucional pela cláusula segundo a qual os tratados têm-se que aplicar “nas condições de sua vigência”. Isso inclui a jurisprudência atual e futura dos organismos internacionais de aplicação.

O mesmo critério resulta aplicável para os tribunais que no futuro se instituíam para tratados de integração como o MERCOSUL, ou os organismos supranacionais de outros tratados internacionais subscritos e aprovados pelo país.

5.4 Prevalência sobre “qualquer” norma de direito interno

A sua vez, dita Corte de San José decidiu na opinião consultiva n 13 de 1993, que a Comissão é competente para qualificar *qualquer* norma do direito interno de um Estado Parte como violadora das obrigações que este há assumido ao ratificar ou aderir-se à

⁴²³ Art. 75, inc. 22 & 2.

⁴²⁴ Cons. 11, & 2.

⁴²⁵ Cons. 12.

Convenção, com o qual nem sequer uma interpretação constitucional local poderia opor-se à jurisprudência supranacional.

5.5 Sua aplicação pela jurisprudência nacional

Uma vez que se complementa o aclarado no citado voto *in re Birt* com a decisão da Corte *in re Giroldi*⁴²⁶ e a tendência internacionalista ou universalista que a Corte está adotando nos últimos tempos (Ekmekdjian,⁴²⁷ Fibracca,⁴²⁸ Hagelin,⁴²⁹ Cafés La Virginia⁴³⁰), é claro que nossa Corte Suprema de Justiça da Nação fica corretamente incorporada e articulada ao sistema internacional que em primeiro lugar representa a Corte Interamericana de Direitos Humanos de San José de Costa Rica com suas decisões e opiniões consultivas, sem prejuízo dos demais tribunais internacionais; isso, em nível de organização hierárquica do poder judicial nacional e supranacional. Em matéria de outras fontes, já vimos que ademais dos tratados temos também os acordos transacionais celebrados pelo país, ante reclamações frente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos: pode ser uma fonte crescente de direito supranacional e interno.

5.6 Medidas “de outro caráter”

Frente à clássica questão dos Estados parte, quando se obrigam a adotar as medidas legislativas “ou de outro caráter” (art. 2 da Convenção Americana), obrigam-se somente a ditar leis ou também a proferir sentenças⁴³¹ que supram a eventual falência legislativa, esta Corte já tem tomada posição *in re Ekmekdjian*,⁴³² que recorre ao velho princípio maior de *Kot*⁴³³ e *Siri*:⁴³⁴ *a obriga-*

⁴²⁶ LL, 1995-D-462.

⁴²⁷ Decisões, 308:647; LL, 1992-C, 543; ED, 148:338.

⁴²⁸ Decisões, 316:1669.

⁴²⁹ Decisões, 316:3176.

⁴³⁰ CSJN, LL, 1995-D-277.

⁴³¹ E atos administrativos, em seu caso.

⁴³² *Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo e outros*, Decisões, 308:647; ED, 148:338.

⁴³³ Decisões, 241:291; LL, 92:632.

⁴³⁴ Decisões, 239:459.

ção é também dos juízes, não somente do legislador. É a linha argumental que retoma o cons. 12 de Gioldi quando afirma que “a esta Corte, como órgão supremo de um dos poderes do Governo Federal, corresponde-lhe – na medida de sua jurisdição – aplicar os tratados...”

Agrega nosso tribunal que o artigo 1 da Convenção enquanto exige que os Estados parte devem não somente “respeitar” os direitos e liberdades reconhecidos nela, senão ademais “garantir” seu exercício, é interpretado pela Corte Interamericana no sentido que “implica o dever do Estado de *tomar todas as medidas necessárias* para remover os obstáculos que podem existir para que os indivíduos possam desfrutar dos direitos que a Convenção reconhece”⁴³⁵.

5.7 Direito a sentença em um prazo razoável

A questão, então, é que fará a Corte Suprema em outros assuntos em que o legislador há sido remisso, por exemplo, na criação de mais tribunais judiciais em matéria processual administrativa para que não haja uma violação ao mesmo art. 8 enquanto outorga em seu inc. 1 a garantia de ter sentença “*dentro de um prazo razoável*”. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aplicando igual cláusula da Convenção Européia, condenou a Suíça por violação ao direito em ter sentença em um prazo razoável (no caso, o processo administrativo tardou quase três anos e meio), não por negligência de seus magistrados, senão do legislador em não criar oportunamente os tribunais à medida que aumentavam as causas. Talvez deva também nossa Corte recorrer à jurisprudência comparada *européia*, que não há feito senão interpretar a mesma cláusula

⁴³⁵ Outra particularidade de interesse na decisão é que invoca expressamente não uma sentença da Corte Interamericana senão a opinião consultiva nº 11/90 de 1990, a que ademais transcreve enquanto afirma que essa devida garantia importa “*o dever dos Estados parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas, através das quais se manifesta o exercício do poder público (par. 23 da opinião consultiva, cons. 12 “in fine” da decisão aqui comentada).*” A opinião consultiva vem adquirir, de modo exposto, caráter vinculante para nosso país.

que também tem a Convenção Americana. Não teria sentido, em verdade, reconhecer a obrigatoriedade da jurisprudência supranacional americana como aqui se faz e desconhece logo o precedente da européia, quando a cláusula é igual e não existe precedente distinto da Corte Interamericana. Esperamos, pois, a versão nacional de *Zimmerman* e *Steiner* antes que nos condene expressamente a Corte de San José⁴³⁶.

⁴³⁶ Ver nosso livro *Derechos humanos*, op. cit., cap. XIV. Temos voltado aos temas deste capítulo em diversas publicações, já repetitivas, mas não por isso pacíficas: “Responsabilidade do Estado no direito internacional”, em XXX Jornadas Nacionais de Direito Administrativo, RAP, ano XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326:391-400; “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” em *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 213-226, entre outras.

Capítulo 9

RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO INTERNACIONAL

1. O Crescimento qualitativo do Direito Internacional⁴³⁷

Minha experiência pessoal neste tema tem sido de descobrimento permanente. Quando fiz Faculdade, direito internacional era uma matéria totalmente alheia ao mundo dos advogados comuns. A situação não tem melhorado, pois ainda hoje há advogados que se formam havendo estudado pelo mesmo livro que eu na década de 50. Mas o direito internacional tem mudado, seja no que o conhecemos ou no que o ignoramos. É o mesmo que a chamada globalização da economia: todo o mundo está entrelaçado de uma maneira muito intensa. A quantidade de tratados operativos que temos, escapa a nosso conhecimento habitual e nem sempre temos em claro que, qualitativamente há um salto muito grande, pois agora esses tratados estão de feito e de direito por cima de nossa Constituição.

⁴³⁷ Nos remetimos aos capítulos IV e VI de nosso *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003, 8ª ed., reimpressão 2000; e cap. XX do t. 2, *La defensa del usuario y del consumidor*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006, 8ª ed.

2. A evolução-involução da responsabilidade

No tema da responsabilidade do Estado tem-se produzido um duplo fenômeno bastante curioso. Ao mesmo tempo que diminui a responsabilidade interna do Estado (contrariando a evolução histórica que tem sido sempre crescente face a responsabilidade do Estado), aumenta a responsabilidade internacional. Isso é contraditório; não é coerente que em um âmbito a responsabilidade haja constante aumento e em outro constante diminuição.

Em um plano interno a explicação é parecida a etapas análogas que tem vivido diversos países há mais ou menos 2 séculos. A penúria fiscal é enfocada tratando de aumentar os impostos até que não se arrecada mais, reduzindo o gasto até que não pareça possível limitá-lo mais, pedindo empréstimos até que a capacidade de endividamento fique excedida. Fica então o remédio heróico, não pagar todas as dívidas senão algumas ou atrasá-las. É o tema da bancarrota total ou parcial dos Estados, coisa que tem ocorrido muitas vezes na história. Livros que pareciam inúteis por obsoletos são, de pronto, terrivelmente vigentes. MONSIEUR DE CORMENIN escreve em 1840 seu *Direito Administrativo*⁴³⁸ em dois volumes e conta como em mil e setecentos, o Estado francês entrou na mesma espiral que estamos agora, dois séculos depois. Aí começaram a aparecer normas de distintos níveis nas que se dizia que a uma determinada categoria de credores não lhes seriam pagas suas dívidas, logo outra categoria, até atingir uma exclusão geral. A lista de pessoas excluídas pelo Estado francês cobre as primeiras cinquenta páginas daquele livro. É parecido às situações que nós vemos hoje em dia, só que em outro contexto, com outra linguagem, com outras explicações.

⁴³⁸ MONSIEUR DE CORMENIN, *Droit administratif*, t. II. Paris: Thorel y Pagnere, 1840, 5ª edição.

3. A responsabilidade pela violação aos direitos humanos

Onde primeiro começa a aparecer a responsabilidade internacional do Estado é nos mecanismos de direitos humanos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Quando o país subcreve-se a ela, formula-se na adesão que faz o governo argentino, uma reserva por decreto a respeito da faculdade que tem a Corte de condenar o país. Essa reserva não estava na lei e para mim é inexistente. De todas as maneiras, não é por uma sentença que condena a República Argentina a pagar uma soma em dinheiro, que funciona o mecanismo internacional de reparação de prejuízos causados pelo Estado. Opera de uma maneira muito mais informal.

Os interessados ou terceiros, em uma verdadeira ação popular, reclamam ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em Washington. Ao culminar o trâmite pode-se chegar a uma solução amistosa, que é frequente, na qual o governo argentino compromete-se a criar os mecanismos necessários para que o Estado seja responsável pelos prejuízos aos quais reclama; ou a um informe condenatório. Ambos documentos são reservados inicialmente. O primeiro de fato, o segundo de direito. Se o governo não dá resposta satisfatória e não há uma solução amistosa, o documento é publicado no informe anual da Comissão, cuja tirada e circulação é limitada. O acordo amistoso, quando se celebra, fica abaixo da jurisdição dessa comissão; se o dá por não cumprido está em condições de iniciar a demanda ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴³⁹. Não costuma-se chegar até ali.

⁴³⁹ Onde, desde logo, nos podem condenar. Ver CURIEL, Alicia e GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: a primeira decisão contra o Estado argentino”, *Revista Jurídica do Centro de Estudantes*, nº 8, 1996, p. 36 e ss. Ver também, em geral, MARTINS, Daniel Hugo. *Los tratados Internacionales como fuente del Derecho Administrativo*, no livro coletivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, cap. I. Ver CURIEL, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: o caso “Guillermo José Maqueda c. República Argentina”, LL, 1997-E, 515.

Um dos problemas desse mecanismo é então que essas resoluções não se publicam ou não há forma simples de ascender a ela.

4. *In re Birt*

O primeiro caso mais conhecido é Birt. É o nome que aparece em primeiro lugar em um reclamo coletivo ante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela responsabilidade do Estado àqueles que foram ilegalmente privados de sua liberdade pelo último governo militar. O certo é que a Argentina dita primeiro uma lei, logo dita decretos, há uma jurisprudência da Corte com o mesmo nome, Birt, aplicando-o.⁴⁴⁰ Nessa jurisprudência, é interessante ver como o leitor que respeita as jurisprudências podem desorientar-se com sua leitura; há três votos, os três dizem o mesmo, mas o fundamentam diferentemente. Com os dois primeiros votos, que assinam oito dos membros da Corte, parece uma discussão de função pública, falam do SINAPA, da quantia de soldos, até que se chega ao último voto e é esse diz que a verdade é que a Argentina tem comprometida sua responsabilidade internacional, porque obrigou-se ante a Comissão Interamericana a resolver esses problemas e os deve resolver de boa fé. Em consequência, há que pagar. Essa é a verdade, esse é o verdadeiro razonamento.

Além disso, aparecem mais leis que voltam a ampliar as prescrições e reabrem os prazos para reclamar; novas jurisprudências da CSJN. Isso significou um gasto não depreciável para o Estado e não está fechada essa conta, todavia. Aqui temos uma suposta responsabilidade que aparentemente está dirigida pelo legislador e juízes internos. Sem embargo, seu verdadeiro motor são os mecanismos internacionais.

5. *In re Verbitsky c. Belluscio*

⁴⁴⁰ CSJN, *in re Birt*, que comentamos em LL, 1995-D, 292. Ver também GORDILLO, Agustín. *Cien notas de Agustín*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999, & 2, “Una excepción a la ley 24.447?”, pp. 33 a 36.

5.1 A origem

É muito interessante para apreciar a força informal desses procedimentos o caso *Verbitsky c. Belluscio*⁴⁴¹. VERBITSKY ofende a BELLUSCIO, que o processa por injúrias. Mas o juiz enquadra o ilícito como desacato e assim condena a VERBITSKY. Dito jornalista recorre à Comissão Interamericana onde celebra uma solução amistosa com o governo argentino pela qual este se compromete a eliminar a figura do desacato. Faz-se o acordo, sem que ninguém seja informado de tal. Mas é uma obrigação assumida internacionalmente que compromete a responsabilidade do Estado.

5.2 Seu resultado

Tempos depois, sem nenhuma menção a esse antecedente que resulta verdadeiramente determinante na decisão, o Congresso Argentino dita uma lei revogando o desacato. Certo dia, lemos em um jornal que se havia derogado. Mas não há ninguém que o atribua como bandeira política.

5.3 A informação

A doutrina, as disposições e as transações sobre responsabilidade internacional do Estado Argentino na Comissão ou na Corte não publicam-se, senão raramente. Onde estudar o tema? Somente em um livro de VERBITSKY: *Um mundo sem periodistas*,⁴⁴² da editora Planeta. Por sua intervenção direta no assunto é o único que pode relatar toda esta experiência.

Tive que esperar que fosse Secretário de Justiça um amigo meu para dizer-lhe: “eu sou professor de direitos humanos e não tenho os acordos firmados pelo governo argentino que são fonte de direito.” Oficialmente os pediu e, utilizando, por sua vez, a amizade com o Secretário da Comissão, os deu a mim. Agora os tenho, os

⁴⁴¹ Causa 11.012 (*Verbitsky c. Belluscio*).

⁴⁴² VERBITSKY, Horacio. *Un mundo sin periodistas*. Buenos Aires: Planeta, 1997.

cito, mas apesar de sua extrema simplicidade de conteúdo não me animo a reproduzi-los textualmente por temor a violar informação confidencial.

5.4 Efeitos residuais

Tempos depois, quando circula um projeto de lei que se chamou lei *mordaza*, Verbitsky apresenta-se novamente à Comissão e sustenta que está sendo violado o espírito do acordo. A Comissão assente, a Argentina arquiva o projeto e o tema jamais voltou a ser comentado.

6. Mendoza

Houve um caso de dois mendocinos assassinados. Reclamou-se ante a Comissão Interamericana e a Argentina chegou a um acordo pelo qual aceitava a responsabilidade e as partes submetiam-se, de comum acordo com sua fixação, a um tribunal *ad hoc* local. Como a questão demorava, também demorou-se um dos créditos que o estado de Mendoza tramitava em outro organismo internacional que nada tinha a ver com o sistema interamericano de direitos humanos. Informaram aos representantes estatais que era embaraçoso para os funcionários internacionais outorgar o crédito quando ainda não se havia resolvido o tema da indenização dos mendocinos assassinados; para um bom entendedor...

A comissão *ad hoc* fixou o montante. Essa decisão saiu publicada nos jornais locais, mas não nos jornais do resto do país e, tampouco, nas coleções de jurisprudência que conhecemos. Ficamos sabendo, pois, de casualidade.

7. Os convênios de proteção às inversões estrangeiras⁴⁴³

Há cerca de cinquenta tratados bilaterais de proteção às inversões estrangeiras, que prevêm arbitragens internacionais para as controvérsias que possa haver entre um inversor estrangeiro, definido de maneira ampla, e o Estado Argentino.

A Constituição e a decisão de um tribunal arbitral internacional não saem em nenhuma publicação oficial, nem nas revistas jurídicas, às vezes, apenas merece alguma menção nos jornais. Sem embargo é uma clara fonte de responsabilidade internacional do Estado.

8. Tribunais estrangeiros

Ocasionalmente inteiramo-nos de acordos transacionais ante tribunais estrangeiros ou de decisões condenatórias ao Estado Argentino. Mas a informação que se recebe é totalmente assistemática e pode não representar cabalmente o total. Quem lê prolixamente o Boletim Oficial pode encontrar talvez, um direito que aprova uma transação pela qual paga-se uma soma importante em dinheiro: assim o caso Siderman de Blake, que tramitou na Califórnia⁴⁴⁴.

Frequentemente aceitamos a jurisdição estrangeira. No B.O. a cada tanto, se lêem decretos nomeando o Procurador do Tesouro da Nação como advogado em um juízo que tramita no exterior e facultando-o a contratar os serviços locais que forem necessários.

Essa é uma mudança muito importante da tradicional política Argentina na matéria. Antes o Estado Argentino tinha uma política que havia desenhado GOLDSCHMIDT. Consistia em nem

⁴⁴³ Explicamos o tema no cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional” do t.2, *La defensa...*, op. cit.

⁴⁴⁴ Susana Siderman de Blake, et al, v. *La República Argentina*, et al., transacionado em virtude do Decreto 996/96, B.O. 4-IX-96, cons. 2, 7 e 8.

sequer contestar a demanda, nem sequer questionar a jurisprudência, porque havia uma teoria de que contestar a jurisprudência era consentí-la. Queixava-se, pois, o país pela via diplomática, mas ficava em rebeldia judicial. Em juízo, lhe embargavam os aviões da Aerolíneas Argentinas, os barcos da ELMA e, finalmente, assertavam-se. Agora, contestam-se as demandas, aceita-se a jurisdição⁴⁴⁵ e, eventualmente, chega-se ao Superior Tribunal do país, seja em juízo ou em arbitragem.

Em juízo há um famoso caso que tem duas leituras: *Welter c. República Argentina*, resolvido pela Corte Suprema dos Estados Unidos, que nos condenou por não cumprimento de contrato. Em nosso meio, a decisão publicou-se como o caso *Álvarez Machaín*⁴⁴⁶ com acerbadada condenação de nossa doutrina, inclusive um intitulado *La república imperial*.⁴⁴⁷ Um dos autores nos pergunta, com malícia, se os autores puderam executar a sentença: mas não é assim que funciona o sistema. Se o país não cumpre a sentença aumenta a qualificação de risco-país que dão as cinco ou seis qualificadoras privadas internacionais e com isso eleva-se a taxa de juros

⁴⁴⁵ Contudo, a defesa do Estado em tribunais estrangeiros a arbitragens internacionais é altamente deficitário: os advogados do Estado não têm instruções de como levar a fundo o assunto e por isso utilizam principal ou exclusivamente defesas formais. Se estas caem, o Estado fica indefeso.

⁴⁴⁶ É o princípio *male captus, bene detentus*: o réu foi mal capturado em seu país de residência (Noriega, Eichmann, etc.), mas está bem detido no país que o capturou no estrangeiro e lhe aplica sua própria jurisdição: Alvarez Machaín, 1992, publicado em ED, 148:155, com notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Os Estados Unidos na contramão: o voto de Rehnquist no caso Alvarez Machaín”; OUTEBA, MABEL N., “A decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos como violador da integridade territorial e da soberania dos Estados”, ED, 148:163; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Sequestro de delinquentes presumidos em um Estado estrangeiro e julgados nos Estados Unidos”, ED, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “A Corte dos Estados Unidos ingressa na luta contra o narcotráfico.” ED, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “É realmente monstruosa a sentença Alvarez Machaín?”, ED. 148:187.

⁴⁴⁷ O caso *Welter* resolvido pela CS desse país em 1992, publicado em LL, 1992-D, 1124, com nota de ZUPPI, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública”, LL, 1992-D, 1118. Nossa visão em *Después de la reforma del Estado*. Buenos Aires: FDA, 1998, 2ª ed., cap. IV.

flutuantes que o país deve por suas dívidas externas.⁴⁴⁸ Se o Estado se alça formalmente contra uma sentença respeitável, lhe sai então mais caro que pagar a condenação. Pode custar-lhe centenas ou milhares de milhões.

9. Os contratos de crédito externo⁴⁴⁹

Muitas vozes locais têm sustentado a inconstitucionalidade da sujeição do país à jurisdição estrangeira. Mas, o certo é o que o Código Civil argentino diz: que os contratos regem-se pelo direito e a jurisdição do lugar de execução. Pois bem, ninguém nos empresta dinheiro (salvo os próprios investidores locais) sem que o contrato celebre-se em um país desenvolvido e os desembolsos efetuem-se no mesmo lugar, depositando o crédito em uma agência local do Banco Central.

Também ali, assinam-se as promissórias, pactua-se a jurisdição do lugar e o Procurador do Tesouro Nacional concorre ao ato, também no lugar, manifestando em um parecer razoado, elaborado e de maneira convincente, que tal contrato é constitucional, legal, exigível e que o país não tem exceções que opor ao eventual progresso, nos tribunais do lugar, na ação de não cumprimento do contrato em seu caso.

Obviamente, pelo princípio da boa fé, o Estado não pode opor, com êxito, exceção alguma ao progresso da ação se não cumpre com o contrato. Cada vez os pareceres são melhores, porque cada vez que a um credor se ocorre um argumento novo sobre o tema, pede ao país que o ponha no próximo parecer para a renovação de um crédito.

⁴⁴⁸ Pois estão interconectados à taxa variável e têm cláusula de *cross-default*.

⁴⁴⁹ Explicamos o tema em nosso livro *Después...*, op. cit., cap. IV. Não somente o país celebra o contrato de crédito externo no exterior, recebe ali o dinheiro e pactua seu pagamento, com o qual é indubitável a base fática e jurídica da jurisdição estrangeira que também se pactua. Também faz outros atos de voluntária submissão à autoridades estrangeiras, como escrevi na SEC os títulos da dívida pública: Decreto 395: 97, B.O. 11-IX-97, p. 5, entre tantos.

10. Como cobrar dívidas

Tudo isso vai crescendo e tem uma série de mecanismos de apoio que não são absolutamente públicos. Desde sempre, quando algum país tem interesses econômicos que o Estado Argentino não está satisfazendo adequadamente, seu embaixador faz uma intensa gestão de *lobby*.

Nem sequer faz falta que se trate de um país desenvolvido, dominante.⁴⁵⁰ Temos ouvido a respeito de gestões de embaixadores de países não centrais para nós, que sem embargo, esperam que o governo argentino nacional ou local segundo o caso, ceda ao que normalmente não deveria ceder. Quais os modos pelos quais chegassem ao resultado em que o Estado tem que pagar, mais os casos em que o Estado não teria que pagar e, pela pressão paga igual!

Em suma, no contexto atual, a responsabilidade internacional do Estado é bastante pronunciada, ainda que custe encontrá-la nas coleções de jurisprudências. Enquanto isso, a responsabilidade interna vai diminuindo. Um grande paradoxo.

⁴⁵⁰ Até tal ponto se encontra estendida a prática internacional que agora os tratados, um pouco inutilmente, a proíbe. Ver lei 25.350, convênio com Guatemala, art. IX, inc. 6: “As Partes Contratantes se abstêm de tratar, por meio de canais diplomáticos, assuntos relacionados a controvérsias submetidas a processo judicial ou a arbitragem internacional, de conformidade com o disposto neste artigo, até que os processos correspondentes estejam concluídos, salvo no caso em que a outra parte na controvérsia não haja dado cumprimento à sentença judicial ou à decisão do Tribunal Arbitral, nos términos estabelecidos na respectiva sentença ou decisão.”

Capítulo 10

RECAPITULAÇÃO

1. O direito romano

Do Direito Romano o que ficou é que o principal eram os princípios e o caso. Ninguém melhor que CÍCERÓN para demonstrá-lo. Os formalismos absurdos daquele direito foram rapidamente abandonados, mas grande parte do seu legado persiste por todas as partes do mundo. De todas as maneiras, nem todos os formalismos seguem, morreram. Nós advogados seguimos usando, porque gostamos de frases latinas. Novos Princípios do direito recebem seu batismo em latim contemporâneo: *male captus, bene detentus*⁴⁵¹.

⁴⁵¹ USSC, Alvarez Machaín, 1992, www.supremecourtus.gov, ED, 148:155, com notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Os Estados Unidos na contramão: o voto de Rehnquist no caso “Alvarez Machaín””; OUTEBA, Mabel N. “A decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos como violatório da integridade territorial e da soberania dos Estados”, ED, 148:163; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Sequestro de delinquentes presumidos em um Estado estrangeiro e julgados nos Estados Unidos”, ED, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “A Corte dos Estados Unidos ingressa na luta contra o narcotráfico”, ED, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “É realmente monstruosa a sentença Alvarez Machaín?”, ED, 148:187. Mais além da dogmática jurídica, é preciso advertir a importância que nos Estados Unidos têm os fatos mencionados na nota 1 da decisão e no primeiro parágrafo da mesma decisão (o conjunto sinérgico de narcotráfico, corrupção, crime organizado, tortura e morte, etc., tudo em um caso) e seu cotejo com Noriega em Panamá, ou Eichmann para Israel, Argoud para Israel e Alemanha, etc. Em todo

2. O devido processo

Com o tempo a humanidade retomou o devido processo, por vê-lo demasiado manchado. É possivelmente uma das primeiras grandes recuperações dos retrocessos posteriores ao direito romano. Reaprenderíamos que não pode ser acusador e juiz, nem juiz e parte (*nemo iudex in causa sua*): o juiz deve ser imparcial, alheio à demanda, um terceiro desinteressado ao processo (CARNELLUTTI). Isso não implica distância nem frieza hierárquica, requer coração e sensibilidade.

Mas não basta com que o juiz seja alheio à demanda. Deve também ser independente, no sentido de não estar estruturado hierarquicamente, não receber ordens nem instruções de ninguém. Isso requer valentia.

Também se pontualizaria o contraditório, a igualdade das partes no processo.

3. O primeiro direito das pessoas e o direito marítimo

Da crescente atividade marítima dos grandes países nasceu o direito do povo para combater a pirataria, (mas expedir autorização de percurso)⁴⁵² lutar contra a escravidão.

No século XIX, tudo isso parecia ter ficado, exclusivamente, como um capítulo interessante nos livros de história do direito e, às vezes, todavia, o ensinavam assim no século XX⁴⁵³.

caso a Argentina faz o mesmo: Gorriarán Merlo no México, Pico e Trovato no Brasil, etc.

⁴⁵² É fácil constatar que a ordem internacional não era, nem sequer em seu nascimento, entre iguais. ALLOT, PHILIP, “Maré Nostrum: A New International Law of the Sea”, em *American Journal of International Law*, 86:764 (Outubro de 1992). Ver também a nota seguinte.

⁴⁵³ CRUZ BARNEY, Oscar. *El régimen jurídico del curso marítimo: el mundo indiano y el México del siglo XIX*. México: UNAM, 1997; CABALLERO JUÁ-

4. A dogmática jurídica

Nos fins do século XIX e começos do século XX floresce a dogmática jurídica com a codificação civil, comercial, etc. O direito penal nasce como uma ode ou poema à dogmática jurídica, como garantia dos indivíduos frente às antigas perseguições irracionais da vingança pública, que com seus excessos fizeram renascer, melhorada, a idéia do devido processo.

5. As investigações da linguagem

Mais ou menos pelo mesmo tempo florescem os estudos de filosofia da linguagem, que na realidade teriam que demonstrar, com o tempo, a falácia de uma dogmática jurídica construída sobre palavras: *una contradictio in terminis*. Não se pode fazer dogmática utilizando palavras, um dos instrumentos menos precisos que emprega a humanidade.

6. O Common Law

Nessas épocas do Common Law aparece algo diferente do direito continental. Enfatiza o caso, não a construção dogmática. Enfatiza os valores, não as regras. Na Europa floresce, ao contrário, os códigos, os sistemas, a dogmática.

7. O Holocausto

O Holocausto ensina que o direito das pessoas pode e deve ser também contemporâneo. Aos primeiros e já velhos crimes do direito do povo agregam-se agora o genocídio como crime de lesão à humanidade, com normas *ad hoc*, *ex post facto*⁴⁵⁴ e juízes não naturais, mas o último modo de encontrar uma solução justa ao crime mais horrendo da humanidade.

REZ, JOSÉ ANTONIO. *El régimen jurídico de las armadas de la carrera de Índias. Siglos XVI e XVII*. México: UNAM, 1997.

⁴⁵⁴ Ver ZUPPI, “La prohibición “ex post facto” y los crímenes contra la humanidad”, ED, 131:765.

Sua implicância filosófica adverte RADBRUCH quando ensina que há um direito por cima da lei, e que a lei pode ser antijurídica⁴⁵⁵.

Não há aí, em RADBRUCH, hierarquia constitucional nem direito internacional imperativo (*ius cogens*):⁴⁵⁶ é um raciocínio filosófico, que parte da assertiva de que, em geral, a segurança precede a justiça na ordem de prelação dos valores.

8. Pirataria internacional, tomada de reféns, etc.

O Holocausto poderia ter sido um caso pontual na história. Sem embargo, ao renascer da realidade da pirataria e o terrorismo internacional, abaixo a forma de tomada de reféns, de aviões, etc., renasce claramente, e renova o direito do povo. *Entebbe*, *Eichmann*, *o apartheid*, vem demonstrando que o direito do povo está vigente e em evolução. Há um direito por cima dos territórios nacionais e, ademais, se aplica. Em cada caso há explicações pontuais, como deve ser o direito, mas já não cabe falar de exceções nem só de história. A história demonstra que não se pode esquecer que o passado está também no presente.

9. Genocídio, tortura, desaparecimento forçado de pessoas, apartheid, etc.

Os tratados internacionais agregam à lista tráfico de mulheres, o genocídio, agora expressamente, o desaparecimento de pessoas, a tortura. Vão pelo mesmo caminho o narcotráfico⁴⁵⁷ e a corrupção. Poder-se-á dizer, cinicamente, que tudo isso é pelo interesse dos Estados dominantes, como no velho direito marítimo que

⁴⁵⁵ RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962, p.36, tradução de M. I. AZARETO de Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht.

⁴⁵⁶ Também há, desde logo: mas isso vem depois. Ver ZUPPI, “El derecho imperativo (“*ius cogens*”) en el nuevo orden internacional”, ED, 147:863; “La noción de soberanía en el nuevo orden internacional”, ED, 151:781.

⁴⁵⁷ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 84: *ius cogens superveniens*; BARBERIS, Julio A. *Formación del derecho internacional*. Buenos Aires: Ábaco, 1994.

deu lugar ao primeiro direito do povo. A explicação não muda as soluções.

10. Uma síntese dos conflitos filosóficos

Prossegue, aparentemente, um forte enfrentamento entre os expositores da dogmática jurídica, o iusnaturalismo, positivismo, etc. e as diversas variantes de cada um. Os autores, pelo menos, discrepam fortemente entre si. Alguns parecem ressentidos com a nudez do uso da linguagem como instrumento de poder; outros que POPPER haja demonstrado que o homem não tem o uso da verdade (ela pertence a Deus e à religião, não aos homens do direito). O ser humano, com humildade cristã, fora de sua fé, só tem o uso da conjectura ou a hipótese e, também, a demonstração da falsidade de algumas delas. Pretender mais é praticar o pecado de soberba ou, ao menos, mal uso da linguagem. Outros parecem criticar que alguns iusnaturalistas tentam transmitir uma concepção religiosa do mundo além de uma série de valores por cima da lei. Há, por certo, sociedades em que religião e lei positiva coincidem em alguma medida, mas não costumam ser apresentadas como modelos ocidentais de como deve funcionar o direito em uma sociedade contemporânea. Também há sociedades democráticas e modernas com algum ponto de união entre religião e direito; mas não é a regra geral nem o pode mostrar como um *sistema* de relações⁴⁵⁸.

Mas além das percepções de cada autor, parece indubitável que a humanidade, pelos fundamentos que foram postos de acordo, no mínimo, em que há uma série de valores jurídicos que estão por cima dos ordenamentos nacionais. É uma sorte do iusnaturalismo. Reconhece-se a origem eclesiástica do direito público, sem dúvida, mas principalmente já como uma etapa histórica, não como modelo atual⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Há, por certo, distintos autores que tratam de construir esse sistema, a partir da doutrina da Igreja Católica. BIDEGAIN, BARRA, COVIELLO, etc.

⁴⁵⁹ STARCK, Christian, "The Religious Origins of Public Law", *European Review of Public Law*, vol. 10, nº 3, Londres, Esperia, 1998, p. 621 e ss.; "Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Eu-

O velho direito do povo é o novo direito internacional imperativo, com jurisdição extraterritorial (há mudado a noção de juiz natural), com fontes do direito que já não são as dos códigos penais locais. São, contrariamente, o direito penal que aprendemos na Universidade, o costume, a jurisprudência, a doutrina. Também os tratados, por certo, mas estes, em rigor, não cumprem senão a função de registrar por escrito o que primeiro há sido acordado e aplicado pelo concerto das nações civilizadas ou mais desenvolvidas.

Esse fenômeno do direito internacional penal tem réplicas menores, mas não menos importantes. Assim, os crescentes tribunais internacionais das mais diversas matérias (tribunal de justiça europeu, tribunais europeu e americano de direitos humanos, tribunais administrativos internacionais, tribunais arbitrais internacionais e culturas jurídicas distintas, devem de todos os modos, colocassem de acordo em algumas questões fundamentais de direito. *Terminam sempre sendo os grandes princípios do direito, os grandes valores jurídicos*).

Os tratados internacionais não tratam somente de delitos que lesão à humanidade. As convenções de direitos humanos incluem uma vasta série de direitos fundamentais da pessoa humana, por cima dos Estados e princípios jurídicos contemporâneos como a não discriminação, etc.

Outros textos começam a incluir valores como a equidade, a justiça, a eficiência, como princípios supranacionais (a Convenção Interamericana contra a Corrupção) até sanas práticas contáveis supranacionais (a convenção internacional contra o suborno transnacional). Em realidade, já se havia advertido que a técnica era um fator de erosão da soberania⁴⁶⁰. As normas só o confirmam.

ropäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten”, 1997, 31, Essener Gespräche, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres”, em JORGE MIRANDA, editor, *Perspectivas constitucionales*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

⁴⁶⁰ PEDRIERI, Alberto. *Le norme technique come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, em UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Mucchi Editores, Módena, 1996, pp. 1413 e ss.

Era impossível que esse processo internacional não tivesse sua recepção interna. É o momento em que os países começam a advertir a primazia dos princípios por sobre as normas e que não existe diferença entre o *common law* e o velho direito continental europeu. Que o direito é e tem sido sempre, não pode ser outra coisa, que a solução de casos concretos e individuais. Solução que terá em cada caso litigioso, ao concluir, o valor de finalidade, de coisa julgada, mas nunca o valor de Verdade. Só de conjectura, às vezes falsa desde seu nascimento⁴⁶¹. O que não lhe tira o valor de finalidade, que é parte do direito em sua primazia da segurança jurídica.

⁴⁶¹ Os juizes são homens, portanto falíveis. Fora e dentro dos Estados Unidos muitos não concordam com a decisão de sua Corte Suprema ao favorecer BUSH frente a GORE. O tribunal (mais além de seus argumentos: estamos raciocinando como propusemos no cap. V) claramente privilegiou a segurança (dando fim a uma previsivelmente longa recontagem de votos, que demoraria a decisão formal acerca da eleição do presidente) sobre a justiça (pois obviamente GORE seria o ganhador, se também se corrigissem os erros incorporados ao sistema nos condados integrados por minorias nacionais, que ali eram maioria). É que disso se trata na justiça: um processo de tomada de decisões que em algum momento será final, ainda não estará dotada, porque não podem estar do valor da verdade. Essa resolução judicial que encerra o caso e é acatada, é a chave da ordem jurídica. Nisso todos os norte-americanos estão unidos. Quem não os entende assim não entendem, todavia o que é o direito.

Epílogo

1. As premissas

1.1 *Sapere vedere*

Copiei o estilo testimonial e até as etapas e algumas palavras de CARDOZO e outros. É uma forma de homenagem. Propenho ao leitor que trate de identificar em sua mente quais podem ser as palavras alheias e, quando chegue a seu lugar, reconhecê-las.

Tomei de ATALIBA NOGUEIRA, professor de Teoria do Estado em São Paulo até 1996, ano em que se aposentou, a idéia de entregar o mais claramente possível, um testemunho de tudo o que ensinou e aprendeu ao longo de sua vida acadêmica. Em seu caso foi a lição de despedida, o profético e provocativo *O perecimento do Estado* (1996). A morte do Estado tal como se conhecia e o anúncio antecipado do Estado tal como é hoje. Não se tratava de que o Estado desaparecia, senão que se propunha vê-lo de outra maneira, pois já se perfilava como seria. Era *sapere vedere*, a difícil proposta de MIGUEL ÁNGEL.

Em meu caso foi colocar-me ao final de uma longa lista de homens do direito de todo o mundo que têm questionado uma forma preconcebida e abstrata, voluntarista de ver o direito, que nada tem a ver com a realidade.

1.2 A igualdade do *common law*, o direito continental europeu e o nosso

Agrego uma idéia que tampouco é minha. O direito funciona exatamente igual tanto no *common law* como no direito continental europeu e no nosso. Foi-me explicado por CHARLES BREITEL, meu mestre no Tribunal Administrativo do BID; é uma forma em que se pode ler, a meu juízo claramente, a outro grande jurista de nosso tempo, JULIO C. CUETO RÚA.

1.3 Pequena bibliografia

Ademais de JHERING, suas agudíssimas notas com pseudônimo e outras, reunidas sobre o título *Bromas y veras em la ciência jurídica*,⁴⁶² sugiro ler a CUETO RÚA⁴⁶³ e a GENARO CARRIO.⁴⁶⁴ São de leitura indispensável, mas não suficiente, para os que queiram saber o que é o direito (o que por certo não exclui a nenhum advogado).

Sugiro trabalhar e estudar. Não existem receitas mágicas para aprender. O presente trabalho não esgota os temas nele tratado, por suposto. Mas por algum lado tem que começar. Esta obra é minha proposta de como começar, junto a *El método em Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*⁴⁶⁵ y *La Administración Paralela. El parasistema jurídico-administrativo*,⁴⁶⁶ traduzido ao italiano pelo Professor Titular de Direito Administrativo da Università di Bologna, Dr. LUCIANO VANDELLI e publicado sobre o título *L'Amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*,⁴⁶⁷ com introdução de FELICIANO BENVENUTI. Agrego-os, muito inmodestamente, à lista.

Incluí o capítulo I dos t. 1 e 2 de meu Tratado de direito administrativo, com acréscimos e modificações. Sem prejuízo de que penso em reler estas páginas, lhe haverá sido útil também ao

⁴⁶² Subtitulado *Ridendo dicere verum*. Madrid: Civitas, 1987, tradução do alemão Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.

⁴⁶³ Minimamente seus livros *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000 e *El "common law"*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

⁴⁶⁴ Sugiro todas as suas obras. Ao longo desse livrinho o leitor encontrará citadas apenas algumas, porque não tratei aqui todos os temas que ele abarca.

⁴⁶⁵ Publicado em Madrid, 1988, por Civitas. 3ª Reimpressão 2001. Também disponível gratuitamente em www.gordillo.com

⁴⁶⁶ Publicado em Madrid, 1982, por Civitas. 4ª Reimpressão 2001. Também disponível gratuitamente em www.gordillo.com

⁴⁶⁷ Ed. Giuffrè, Milão, 1987.

interessado por direito administrativo,⁴⁶⁸ sua formulação atual pode ser atrativa igualmente para quem se interesse por qualquer ramo do direito e para quem não conheça o direito.

2. Meus começos

2.1 A hipótese de um futuro estudante de direito

Nasci em 22 de outubro de 1938 em uma cidadezinha chamada Ascensión, município de General Arenales, Província de Buenos Aires. No terceiro ano da escola primária nos mudamos a Avellaneda, na grande Buenos Aires. Sucessivas mudanças me levaram ao centro de Buenos Aires e a uma vida algo nômade. Gosto de viajar.

Em 1955 tinha 17 anos e terminava o segundo grau;⁴⁶⁹ me preparava para ingressar à Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Li para isso (ainda não havia provas para ingressar) *La lucha Por el derecho* de JHERING, e muitas páginas de um livro clássico de *Introducción al Derecho*. Tinha uma ilusão juvenil: “*Que lindo deve ser saber, em cada situação, se um tem ou não direito a algo!*”

2.2 Os estudos e o ensino do direito

Em dezembro de 1958 fui aprovado na última matéria, em 1959 realizei cursos livres práticos e obtive meu diploma. Em 1958

⁴⁶⁸ De fato, agora começamos os cursos de pós-graduação remetendo-nos a esta base.

⁴⁶⁹ Já desde a infância tinha uma tendência libertária: sempre dediquei muito mais esforço a estudar por minha conta que nos cursos sistemáticos. Sempre tratei de aprender algo em qualquer circunstância, em todo momento da vida, até descansando e passeando: a mente funciona sempre. Comecei a estudar, a meu pedido, antes de ingressar na escola primária (não existia jardim de infância e eu queria ler as historietas cômicas das revistas e jornais: assim tive minha primeira professora ou professora particular). Enfatizo isto porque frequentemente me atribuem, inexplicavelmente para mim, que sugiro não estudar. Ver a nota seguinte.

e 1959 fiz o que se denominava Docência Livre em Direito Administrativo, basicamente um treinamento em docência e pesquisa, com RAFAEL BIELSA; comecei o doutorado formal em 1959. Em 1960 obtive o título de doutor e ingressei como professor adjunto na cátedra de MANUEL MARIA DIEZ, onde ensinavam JORGE TRISTÁN BOSCH e MIGUEL S. MARIENHOFF. Nessa cátedra fui o primeiro a incorporar-me, em uma nova geração. Chegaram sucessivamente HÉCTOR A. MAIRAL, JORGE A. SÁENZ, GRACIELA REIRIZ e outros futuros professores titulares de direito administrativo. Era um âmbito de pesquisa e ensino; quase dez anos depois seria titular por concurso (1969), e pouco tempo mais tarde, todos os demais. Ao ano seguinte de minha incorporação como professor adjunto em Buenos Aires ingressei, em 1961 e por concurso, na Universidade Nacional de La Plata, como adjunto de MIGUEL S. MARIENHOFF, em cujo lado estive até ele alcançar, em 1968, seu limite estatutário de idade; ao assumir a reitoria em 1969, meu primeiro ato foi elevar, por ato fundado e com êxito, sua proposta como Professor Emérito.

2.3 A resposta ao jovem interrogante. A primeira lição da vida

Nunca deixei de estudar, até hoje, mas somente comecei a trabalhar ao ingressar em 1961 à Procuradoria do Tesouro Nacional. Ali comecei realmente a aprender, pois somente se aprende fazendo.

Em poucos anos mais, soube que minha hipótese juvenil era falsa.

Aprendi que era exatamente ao contrário, que “saber” Direito significava que nunca estava seguro de nada, que nunca sabia se tinha ou não direito a algo em uma situação determinada, salvo as coisas demasiado óbvias para as quais, tampouco, faz falta haver estudado direito.

Mais maduro, todavia, aceitei que aquela falta inicial de certeza era normal, perpétua, imodificável e até desejável; que era importante os grandes valores e princípios, que não proporcionam

uma regra declinável como um verbo, mas sim uma orientação valorativa. Era para seres pensantes, não para autômatas.

2.4 Estudar, sempre estudar. Mas não é suficiente

Recordo o conselho de um velho advogado que em 1955 me viu estudar e me dizia, basicamente, que o fundamental era estudar depois de se formar; recomendava-me que desconfiasse de quanto me ensinaram na Universidade, isso não era a profissão de advogado. Sim, me aconselhou estudar pouco na Universidade.

Quando na atualidade e a pedido de algum pai que quer orientar a seu filho, dou conselhos individuais a um jovem estudante, o *feed back* através de seus pais é que lhe disse que não fazia falta estudar.⁴⁷⁰ Por suposto que faz falta estudar, muito e sempre, ainda mais porque o direito muda constantemente: sempre há novas leis, novos tratados, nova jurisprudência, nova realidade em que inserir o sistema jurídico. Ignorá-lo é assegurar o próprio fracasso.

Ninguém pode ser bom advogado se não estuda o sistema jurídico, as normas, as sentenças, a doutrina, tudo. Sempre.

Mas não é suficiente. É condição necessária, mas não suficiente. E não é talvez, a mais importante, pois ocorre que não fazem falta tutores para ler livros, mas sim mestres para aprender um ofício.

Também tem que estudar a realidade e as disciplinas próximas a ela.

Esse último é também condição necessária ainda que materialmente impossível. O homem não pode determinar a verdade na realidade. Ali começam os grandes fracassos dos advogados, que são parte inevitável de sua vida profissional. É o mesmo que os erros dos médicos. Por sua vez, ninguém conceberia um professor que ensinasse medicina e não atendesse pacientes nem tentasse curá-los, nem mostrasse pacientes a seus alunos; deve ensinar a evitar

⁴⁷⁰ Nenhum aluno que tenha feito uma prova comigo dirá que isso seja verdade. Mas isso sim, jamais faço uma prova com questões tiradas de livros.

erros, se não os erros que se faz vivenciar, então, ao menos, os conceitos que dizem os livros mais sua própria opinião *in vitro* (em abstrato, com base na razão) sobre eles, sobre as decisões, as normas. Mas isso não serve para que o outro aprenda a trabalhar.

2.5 A segunda lição: tentar ver a realidade

Aprendi na profissão que é impossível ver bem a realidade, que nos equivocamos constantemente, que os erros podem ser terríveis e aparentemente imperdoáveis. É o que há que ensinar e aprender, para melhorar nossa visão. Tomemos como exemplo disso somente uma questão de papéis: é não ver uma página, ler mal algo, confundir um original com uma fotocópia (xerox), ler incompleta ou superficialmente, não advertir que falta uma assinatura, não encontrar o essencial, não saber ler a letra pequena nem entrelinhas... Mas todos os objetos da realidade sensível, mais a mente humana... Os erros são infinitos e só o tempo e a experiência vão diminuindo, mas nunca eliminando, a margem de erro.

Com inteligência se aprende do próprio erro. Com muita inteligência, também do erro alheio. Há que aprender a ver que o erro é nossa condição humana, não um fracasso pessoal. Há inumeráveis exemplos de erro e não devem ser vistos com censura nem vergonha. Há que aprender a ver-se a si mesmo na situação do outro e tratar de registrá-la para não repetir o mesmo erro. Já que é inevitável equivocar-se, pelo menos que seja um novo erro, não o mesmo.

A título de exemplo: se trata da norma que obriga aos produtos importados conterem a etiqueta que assinale o país de origem. Norma clara e sem problemas. O importador de um produto foi multado pela administração por ter uma etiqueta que não cumpria o requisito. Demandou. O juiz de primeira instância, verificando que não se indicava o país de origem, confirmou a multa e desprezou a ação. A Câmara revoca a decisão, assinalando que posto que a etiqueta indicava sua procedência da União Européia, isto era suficiente identificação. Elaborou para isso uma série de bons argumentos para superar a norma que exigia a menção precisa do país. Uma trabalhosa, mas boa solução jurídica, que em definitivo faz dizer na norma o que a norma não diz, sem ser ela injusta nem arbi-

trária. A Câmara entendeu, nesse aspecto, que a multa era uma solução injusta e arbitrária, não a norma.

Até ali, bem. Mas ocorre que a própria decisão transcreve na íntegra a etiqueta. E a etiqueta diz “*Producto elaborado na Comunidade Económica Européia [...] seguem duas ou três linhas de texto [...], Toledo, Espanha.*”⁴⁷¹ Ou seja, a etiqueta assinalava o país de origem e não o advertiram à administração que multou, o juiz que confirmou a multa, a Câmara que a revogou e o advogado que levou o caso (pois de outro modo, se houvesse destacado a parte pertinente do texto da etiqueta, haveria ganhado por essa razão e não pelo agora desnecessário e dificultoso processo de reinterpretação normativa).

Cuide-se o leitor de censurar muito vivamente às partes e juízes desse processo. Aprenda, primeiro, que o erro, ainda que manifesto, é normal. *Sapere vedere* é intrinsecamente difícil para os seres humanos. Perfeição no *sapere vedere*? Impossível. Como disse LEIBNIZ, os dados da realidade são infinitos, nossa capacidade, finita.

No exemplo, o advogado não deve treinar somente em ler a norma que diz respeito às etiquetas e suas possíveis reinterpretações em um caso injusto, deve treinar em ler etiquetas. Isso não é uma piada, é a verdade. O que crê que é uma piada não está lendo bem este livro. Pois se não se lê bem a etiqueta, tudo o demais é inútil e por demais equivocado.⁴⁷²

3. Minha aprendizagem jurídica

3.1 A função pública

Permita-me repetir algo muito importante para mim: passei os primeiros e melhores anos de minha vida profissional na Procuradoria do Tesouro Nacional, de 1961 a 1968, onde básica-

⁴⁷¹ CNCom., Sala E, Plan Rombo, ED, 8-II-2000, p. 7, cap. II.

⁴⁷² Há um caso excelente por diversos motivos, que também inclui a leitura de etiquetas. Ver *The Scotch Whisky Association Ltd.*, CNFed. Civ. y Com., Sala II, 2000, LL, 2000-C, 696.

mente aprendi Direito (leia pois: não o aprendi na Universidade)⁴⁷³ trabalhando em preparar projetos de pareceres. Ensinou-me um advogado magnífico: RAFAEL CASTRO VIDELA.

Ocorreram depois outros passos acidentais, e acidentados, pela função pública, exercendo a decanatura de Direito em 1969 (La Plata) e 1973 (Buenos Aires). Também em 1983/4 passei fugazmente pelo Diretório Nacional de Administração Pública.

3.2 Patrocínio e assessoramento ao setor público e privado

Houve anos de assessoramento ao setor público em âmbito internacional. No nacional, nesse longo período de quase meio século, assessoriei e patrocinei alternativamente ao setor público e ao privado. Conheço “os dois lados do mostrador” e trato de manter sempre esse duplo enfoque das coisas. Para trabalhar eficazmente como advogado, seja de um particular ou do Estado, é indispensável entender como é a situação e a estratégia do outro.

3.3 *Stage* no Conselho de Estado Francês

Em 1984 fiz um *stage* no Conselho de Estado Francês, onde pela mão de GUY BRAIBANT tive o inusitado privilégio de presenciar os debates de uma *Assemblée Restrainte* e de algumas comissões internas. Essa experiência confirmou-me, uma vez mais, que o direito, em seu exercício concreto, é uma experiência universal.

É por sua conta, em seu próprio prejuízo intelectual, que quem lê reflexões empíricas crê que elas se dão somente no mundo do *common law*. Craso erro. Tenho falado com muitos magistrados ou experimentados advogados litigantes tive o prazer de conversar; tenho ditado seminários exclusivamente para magistrados, onde os

⁴⁷³ Não porque não houvesse professores que ensinaram a trabalhar, senão porque “aprendi” erroneamente com meus companheiros que era melhor evitá-los. Demasiado trabalho, demasiada insegurança. A situação se repete hoje em dia, com um agravante: a inserção trabalhista é mais difícil e para melhorar suas chances devem fazer pós-graduação e /ou fazer mestrado no exterior. Como se adverte, é mais caro e leva, todavia mais tempo que estudar bem na carreira desde o começo.

participantes analisavam este tema e chegavam às mesmas conclusões metodológicas comuns.

3.4 Integração de tribunais administrativos internacionais

Uma de minhas experiências enriquecedoras foi integrar tribunais administrativos internacionais: seis anos no Tribunal Administrativo do BID, culminando como seu Presidente, seis no tribunal administrativo da OEA, doze no tribunal administrativo do FMI, três no tribunal administrativo da OIT.

Nos tribunais internacionais, obviamente integrados por magistrados de distintas nacionalidades e, portanto, distintas culturas e sistemas jurídicos, do *common law* ou não,⁴⁷⁴ verifiquei aquilo que se lê em seus estatutos, que cada juiz não deve nem pode invocar nem aplicar seu próprio direito nacional.

⁴⁷⁴ Nestes tribunais tive a imensa honra e privilégio de trabalhar, em distintos momentos, claro está, junto a um magistrado de toda a vida, norte-americano; um distintíssimo jurista norte-americano de direitos humanos; um professor suíço que hoje é presidente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos; o então presidente da CS de Barbados; o então presidente da CS da Jamaica; o então presidente da Corte Internacional de Justiça; um magistrado do Conselho de Estado da França; um catedrático japonês; um egípcio, o ex-presidente da Corte Federal Suíça; uma ex-magistrada da Suprema Corte da Austrália; dois magistrados da Justiça Federal Canadense; o ex-presidente de um tribunal regional Africano; o presidente de uma Seção do Conselho de Estado da Itália; além dos magistrados de nossa área: um costariquenho, dois brasileiros, um mexicano, um salvadoreño, um venezuelano. Foram iluminantes, além das conversas ao longo de toda a vida com professores e magistrados locais, pequenos papos informais com um membro da Corte Constitucional Italiana, um da CS dos Estados Unidos, um da CS do Brasil, um da Corte Constitucional Chilena e assim sucessivamente. Seria absurdo pretender que diriam o que dissemos aqui; mas injusto não reconhecer que muito devemos a eles. Na profissão, quando trabalhamos com outros profissionais de experiência, aprendemos as mesmas lições vitais. Ninguém que exercera ativamente a profissão desde a advocacia, a função pública ou a magistratura, nos ensinou algo que está em discrepância substancial com o que aqui explicamos. Os colegas acadêmicos nem sempre pensam o mesmo.

Se cada juiz não pode invocar seu próprio direito nacional (constituição, leis, jurisprudência, doutrina), o único campo comum de pensamento e ação de todos são as poucas normas expressas que devam manejar e aqueles grandes princípios ou valores jurídicos que comumente aceitem. A lista se repete com somente variações de época e país: razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal, boa fé, prudência, não prejudicar ao outro, etc.

Os tribunais internacionais estão em igual situação: Corte Internacional de Justiça, Tribunal Europeu de Justiça, Corte Europeia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O mesmo sucede, geralmente, com os tribunais arbitrais internacionais, ainda que os tratados ou os compromissos arbitrais lhes indiquem decidir segundo um direito nacional, pois em tal caso a magistratura funciona, da mesma maneira.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ Às vezes, a norma indica que o tribunal aplicará também os princípios do direito internacional, como o tratado bilateral Argentina-Sudáfrica (lei 25.352), art. 9.4 *in fine*. Pode ver-se, sobre o tema geral dos tribunais administrativos internacionais, “Restrições normativas dos tribunais administrativos internacionais,” em LL, 2002-F-1540-8; reproduzido em Ahe, Dafne (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2002, pp.285-98. O original inglês se publicou posteriormente, como “Statutory Limitations of International Administrative Tribunals,” no livro XXth Anniversary, InternAmerican Development Bank, Administrative Tribunal, Washington DC, 2003; “Frenos y contrapesos en la creación del derecho en organismos internacionales. El caso de la discriminación,” La Ley, Edição Especial 70 Aniversário, novembro de 2005, pp. 165-175; LL, 2005-F, 1404; “The administrative Law of International Organizations: Checks and Balances in Law Marking – The Case of Discrimination,” em European Public Law Series / Bibliothèque de Droit Public Européen, vol. LXXXIII, *Internationalisation of Public Law / L’Internationalisation du Droit Public*. Londres: Esperia, 2006, pp. 289-312; reproduzido por *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law*, vol. 18, nº 1, Primavera de 2006, Londres, Esperia, 2006, pp. 289-312; “Tribunales administrativos internacionales”, em Universidad Austral, *Cuestiones de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Rap. 2006, pp. 803-806; “La justicia administrativa internacional,” em nosso *Tratado de derecho administrativo*, t.2, *La defensa del usuario y del administrado*. Buenos Aires: 8ª ed., 2003, também, disponível em www.gordillo.com, cap. XVI.

Ocorrerá igual com a Corte Penal Internacional.

3.5 Docência e pesquisa

Em esses já próximos cinquenta anos, exerci com afinco, a docência, a tempo parcial, mas continuamente. O melhor dos meus esforços, contudo, o dediquei e dedico à pesquisa livre,⁴⁷⁶ a escrever e publicar, a viajar a congressos e conferências internacionais (pois a diversidade enriquece, a homogeneidade não) e a escutar a colegas (magistrados, professores, advogados, funcionários) de distintos âmbitos e países. Escutei a magistrados contar em privado, o quê não contariam publicamente, porque isso não é próprio de sua profissão judicial (o juiz fala por suas sentenças, não as explica oralmente). Ao contrário, em uma variante algo diferente, sempre escuto a algum colega do mundo acadêmico, tanto de nosso país como de distintos países europeus, parece algo surpreendente ouvir algum magistrado judicial de qualquer parte do mundo contar a simples realidade de como e porquê se resolve algum caso.

3.6 As lições da experiência

Li aqueles que dizem que a democracia ou o Estado de Direito não é um governo de homens, senão de leis e li a outros assinalarem, ao inverso, que uma das chaves da democracia é a eterna vigilância social sobre os que mandam e os que julgam, pois os homens sempre se equivocam, e nem sempre obedecem às leis, ainda quando elas sejam claras.

⁴⁷⁶ Salvo minha tese doutoral que fiz em 1958/9 com uma bolsa de Inicialização Científica do hoje CONICET. Fazer uma pesquisa na qual se sabe que deve prestar contas dela a outro não é o melhor. Ao menos eu não fiquei satisfeito e nunca publiquei o resultado, um desnecessário volumoso trabalho de 558 páginas (eu queria demonstrar meu trabalho material; descuidei da qualidade do resultado intelectual). Ao contrário, prefiro pesquisar livremente, caoticamente. Começo os projetos, sigo ou o faço de maneira descontínua, termino ou não, sem prestar contas a ninguém que não seja eu mesmo e, claro, meus leitores.

Aprendi que é fundamental que os que mandam estejam divididos, fraturados e que sejam controlados por a) magistrados alheios à contenda (terceiros desinteressados do processo), b) independentes (não sujeitos às ordens ou instruções de ninguém na hora de decidir), c) com instâncias revisoras (dupla instância plena como mínimo, mais alguma instância extraordinária) e d) sobre controle social (devemos vigiar o que fazem). Ajuda um bom Senado, um Conselho da Magistratura, um tribunal de julgamento de magistrados, um ombudsman judicial.

Dei conta que é preciso trabalhar casos concretos, é errado buscar soluções predeterminadas e nem sequer, *ex post*, certas. Que a certeza não existe no mundo dos homens. Qualquer médico sabe disso. Qualquer advogado também, ainda que aceite que deve conhecer os livros. Pois aprender, se aprende fazendo.

No caminho me encontrei novamente com JHERING, desta vez em sua polêmica vital com SAVIGNY (*Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*).

4. Os ensaios. Os tempos

Após um começo kelseniano-axiológico-empírico em minha *Introducción al derecho administrativo* de 1962, comecei a ensaiar parte destas novas explicações, primeiro na segunda edição de *El lacto administrativo*, em 1969; depois através das sucessivas edições do volume I de meu *Tatado*, desde 1974 adiante. Em 1984 publiquei em Madri minha *Teoría general del derecho administrativo*, que segui elaborando o tema. Continuei em um trabalho que fiz, à propósito de meu *stage* no Conselho de Estado Francês, inédito, mas que expliquei, em 1985, no Doutorado em Direito Administrativo da Universidade de Paris II, por gentil convite de YVES GAUDEMET. Fiz um novo balanço até 1988 em *El método em Derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*; continuei a reflexão e agreguei no volume II do Tratado, *La defensa del usuario y del administrado*, um primeiro capítulo sobre a prova: sem prova, não há direito.

Formulei um balanço atualizado e ampliado ao explicá-lo em um ensaio que chamei *International Administrative Law: Common Law and European Continental Law*, que ditei no ano 2000 na Grécia, na *Academy of European Public Law*, graças ao convite de meu amigo e distinto colega SPYRIDON FLOGAÏTIS, quem ademais me tem honrado com a designação de integrante do Conselho Consultivo de dita academia, e criou uma bolsa (beca) em meu nome (*). (*) *Se criou um “Instituto Internacional de Direito Administrativo “Agustín Gordillo” na Associação Internacional de Direito Administrativo e isso não pode ser alheio, entendo, à simplicidade das idéias que aqui repito para as jovens gerações de advogados que devem ainda aprender o que é o direito.*

Creio que está pronto para publicar, não porque está bom, senão porque é hora de escutar mais opiniões e experiências, de dividir reflexões em um âmbito mais extenso.

IMPRESSO NA PRIMEIRA QUINZENA DE JULHO DE
2007 NOS ESCRITÓRIOS GRÁFICOS DA “LA LEY” S.A.E e I.
– BERNADINO RIVADAVIA 130, AVELLANEDA – PROVIN-
CIA DE BUENOS AIRES – REPUBLICA ARGENTINA



Éta obra foi imprésa em oficinas próprias, utilizando um moderno sistema digital de impréssão por demanda.
Ela é fruto do trabalho das seguinté pésoas:

Profésoré revisoré:

Adão Lenartovicz
Dagoberto Grohs Drechsel

Impréssão:

Andrea L. Martins
Doreval Carvalho
Marcelo Schwb

Editoração:

Elaine Gonsalvé
Elisabeth Padilha
Emanuelle Milek

Acabamento:

Afonso P. T. Neto
Anderson A. Marqué
Bibiane A. Rodrigué
Luciana de Melo
Luzia Gomé Pereira
Maria José V. Rocha
Nádia Sabatovski
Sueli de Oliveira
Willian A. Rodrigué

Índicé:

Emilio Sabatovski
Iara P. Fontoura
Tania Saiki