

FÁBIO ULHOA COELHO
BIOGRAFIA
NÃO AUTORIZADA
DO DIREITO

1. Biografias

O Direito está nas redes sociais, nas conversas às mesas de bar, nos churrascos nas lajes, nos aniversários, nos cafezinhos no trabalho, nos elevadores e nas filas do caixa do supermercado. Todos conhecem os ministros do Supremo pelo nome. Adivinham a posição política de cada um deles. Aprovam e desaprovam suas decisões. Diante da notícia de mais uma operação da Polícia Federal, torcem com entusiasmo ou torcem o nariz. Têm opinião formada sobre a interpretação da Constituição e do Código de Processo Penal.

Juristas são entrevistados na TV. Os parágrafos menos enigmáticos de verborrágicas decisões judiciais são exibidos e destacados na tela, enquanto o apresentador do noticiário os lê. E presos, investigados ou condenados exercem o monotemático direito de resposta: “Confio na Justiça e irei provar que nada do que falam é verdade”.

Esse interesse pelo Direito acontece no Brasil há relativamente pouco tempo. Começou, talvez, por volta de 2002, quando as sessões do Supremo Tribunal Federal (STF) passaram a ser transmitidas ao vivo pela TV Justiça.

Com a disseminação do interesse pelo Direito, vieram, naturalmente, dúvidas e estranhezas. Como podem dois juízes, aplicando a mesma lei, ter cada um deles uma interpretação diferente? Se o

tribunal já decidiu o assunto de um jeito, por que o juiz tomou decisão em sentido oposto, e logo no meu caso? A lei não é igual para todo mundo? Quem consegue entender esse prende e solta do corrupto, se ele até já foi filmado recebendo a propina?

Não sei se este livro conseguirá responder a todas essas dúvidas e estranhezas. Ele pelo menos apresentará outro lado do Direito. Um lado que talvez o próprio Direito desconheça; e, se conhece, não gostaria de ver exposto.

O título do livro é uma metáfora

“Biografia do Direito” é uma metáfora.

O Direito não é uma pessoa para ser biografado. Mas sempre que eu me refugio no ambiente metafórico (e isso acontecerá principalmente neste capítulo), tratarei o Direito como se fosse gente. Insisto, é só uma metáfora.

Minha insistência não é impertinente. É que fiquei escaldado depois de presenciar tantos debates jurídicos perdendo o rumo da racionalidade por desatenção ao fato de que se focava uma figura de linguagem, e não a realidade.

As metáforas são um expediente bastante útil. Têm enorme serventia didática, e eu constantemente as uso em minhas aulas. Mas elas devem ser explicitamente deixadas de lado depois de cumprir sua função de facilitar a compreensão de um conceito mais complexo. Temos uma realidade a conhecer, não podemos ficar detidos no gracioso das metáforas.

Com isso, explica-se o título do livro. Na verdade, explica-se parte do título. Falei da “biografia”, falta falar da “não autorizada”.

Biografias não autorizadas

No Brasil, até 2015 ninguém podia escrever uma biografia sem ter a autorização do biografado ou de seus descendentes. Era desse modo que todos interpretavam a lei sobre a proteção ao “direito à imagem” (Código Civil). Considerava-se que cada um de nós era o

único dono da própria história. Se alguém queria contá-la, não poderia fazer uma narrativa qualquer. Somente se a biografia apresentasse a história do jeito aprovado pela pessoa biografada é que a lei permitia a sua publicação. Era assim que a maioria dos juristas a interpretava.

Quer dizer, quando o escritor se interessava pela vida de determinada pessoa a ponto de achá-la merecedora de uma biografia, deveria pedir a autorização dela antes mesmo de começar a escrever. Senão, ia correr o risco de investir tempo, energia e recursos em pesquisa e escrita que posteriormente seriam desperdiçados caso o biografado não desse a autorização para o livro.

O entendimento era o de que cada pessoa tinha o direito de controlar a sua imagem. Se alguém não queria ser biografado, ou não queria ser biografado de um determinado modo, estava no seu direito. Por maior que fosse o interesse do público em conhecer a vida de uma pessoa famosa, ninguém poderia contrariar a vontade dela de controlar a própria imagem. Se o biografado já tivesse morrido, a autorização deveria ser dada pelos descendentes (filhos, netos, bisnetos e demais gerações, infinitamente). Por todos eles! E sempre havia um tataraneto que condicionava a anuência ao pagamento de uma soma exorbitante. Imaginava-se que muitas biografias de brasileiros e brasileiras não tinham sido escritas em razão dessa forma anacrônica e individualista de a lei tratar o assunto.

Em 2015, o STF, por unanimidade, decidiu que biografias não autorizadas são admissíveis no Brasil. Não houve nenhuma mudança no texto do Código Civil ou aprovação de nova lei. Mesmo assim, o direito brasileiro mudou radicalmente. Pode ser que você esteja estranhando: como pode uma lei mudar sem nenhuma mudança no texto dela? Nós vamos ver como isso acontece. Foi assim também, por exemplo, com a admissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em qualquer biografia não autorizada, espera-se encontrar revelações de momentos da vida ou traços do biografado que o deixam desconfortável; aspectos da personalidade que o desagradam, a ponto de preferir que permaneçam disfarçados ou ocultos; feri-

das e traumas que deseja esquecer e não quer ver divulgados. Se a biografia não recebeu a autorização do biografado, certamente é porque traria das sombras para a luz revelações que perturbam a sua autoimagem ou prejudicam a sua imagem pública.

Essa é a metáfora do título. Aqui, o Direito é apresentado de um modo que ele preferiria que não fosse revelado.

A história da Lei das Doze Tábuas é inverossímil. O déspota esclarecido não recuou diante do súdito por temer os juízes. O direito romano não é o modelo do direito da atualidade. Montesquieu, além de racista e sexista, não é o grande elaborador da tripartição dos poderes. O Código de Hamurábi e o Código de Justiniano não eram Códigos. Todos são desiguais perante a lei.

Mais que isso, nesta biografia é apresentado um conceito de Direito que não agrada ao biografado. É um conceito bem diferente do que ele vem propagando há algum tempo. Sua identidade é outra. O Direito é astuto. Apresenta-se como lógico e é pura retórica. Pretende-se científico, quando não passa de um repertório de opiniões. Mostra-se fortalecido na lei, mas a lei não tem nenhuma força.

Dos meus livros, este foi o que mais me deu trabalho para nomear. Experimentei algumas alternativas. Demorei até me definir. E, saiba, gostei do título.

Um mundo cada vez mais justo

Todo biógrafo admira o biografado. A escolha nunca é neutra. Por isso, sou bastante zeloso com os lados bons e dignos do Direito. Adianto-me para enfatizar que a falta de lógica, de ciência e de leis fortes não são os defeitos que parecem ser. Ao contrário, são meios astuciosos (e, hoje, indispensáveis) para o Direito cumprir a sua função. Você verá.

Note: justiça tem a ver com ajustes. Não vivemos num mundo justo, mas, se atentarmos para como as coisas eram antes, perceberemos que uma série de ajustes vem acontecendo nas relações entre os seres humanos, tornando o mundo progressivamente mais

justo. O Direito contribui para isso, empoderando os mais fracos no tratamento dos conflitos de interesses. Esse é o lado admirável do biografado.

Nenhuma biografia poderia deixar de ressaltar como o Direito tem feito a parte dele na construção de um mundo cada vez mais justo. Chegaremos a esses pontos, e será dado o devido reconhecimento aos méritos do biografado, que não são poucos.

Biografias autorizadas do Direito

Os interessados em conhecer uma biografia autorizada do Direito contam com extensa literatura. São vários os livros que apresentam o Direito do jeito que lhe agrada. Podem começar pelos cursos e manuais de *Direito constitucional*. Outro bom ponto de partida são os livros intitulados *Introdução ao estudo do direito*, literatura básica de uma disciplina oferecida aos primeiranistas dos cursos de graduação.

Nessas biografias autorizadas, o Direito é apresentado como um conjunto de normas chamado “ordenamento jurídico”. São normas de denominações e funções diferentes. Por enquanto, vou me referir a três delas: Constituição Federal, leis ordinárias e decretos.

As normas do ordenamento jurídico não têm todas a mesma importância; existe uma hierarquia entre elas. A mais importante é a Constituição Federal. Todas as demais devem ser compatíveis com ela. Se uma lei ordinária contraria uma norma constitucional, ela é inconstitucional. Isso significa que não tem validade e precisa ser retirada do ordenamento jurídico.

Abaixo da Constituição Federal, na hierarquia, estão as leis ordinárias. As que tratam de assuntos relevantes ou abrangentes costumam receber nomes especiais, como código ou estatuto. Temos o *Código Nacional de Trânsito*, o *Código Penal* e o *Código de Defesa do Consumidor*, por exemplo. E existem o *Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)*, o *Estatuto do Idoso*, o *Estatuto*

do Torcedor e outros. A maioria das leis ordinárias, contudo, é identificada apenas por um número. A sequência da numeração foi reiniciada com a Constituição de 1946 e, em 2020, eram mais de 14 mil leis federais.

Abaixo das leis, na hierarquia do ordenamento jurídico, encontramos os decretos. São normas baixadas pelo presidente da República para especificar aspectos das leis que não foram suficientemente detalhados. Os decretos não podem contrariar as leis, do mesmo modo que estas não podem ser contrárias à Constituição Federal.

Pois bem. Em qualquer biografia autorizada, o Direito será apresentado como um portentoso conjunto de normas jurídicas organizadas de modo racional numa hierarquia. É o ordenamento jurídico. A designação procura dizer tudo: um instrumento para pôr ordem. A biografia autorizada irá dizer que o Direito *é* o ordenamento jurídico. Para o biógrafo oficial, a ciência jurídica estuda as leis e demais normas componentes do ordenamento jurídico de um país.

É assim que o Direito quer ser visto.

A pirâmide

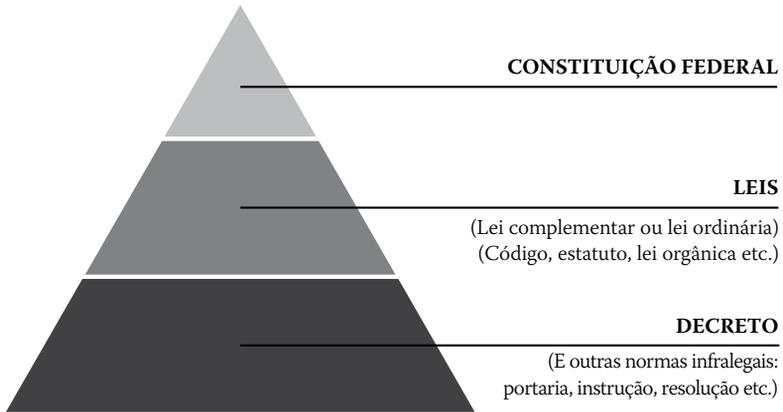
Informações jurídicas normalmente não são apresentadas em gráficos, figuras, tabelas e organogramas. Nós, da área, temos até certa dificuldade para processar a informação transmitida por essas ferramentas visuais de síntese, tão pouco habituados estamos a utilizá-las.

Há, porém, uma exceção: a estrutura hierárquica das normas do ordenamento jurídico comumente é apresentada aos estudantes por meio de uma pirâmide.

Em sua versão mais simples, põe-se no topo a Constituição Federal; na base, os decretos e outras normas de regulamentação, como portarias, instruções, resoluções etc.; e, entre a Constituição Federal e os decretos, as leis (as complementares à Constituição e as ordinárias; algumas com os nomes simbólicos de código, estatuto, lei orgânica etc.).

A pirâmide, quando representa apenas as normas jurídicas editadas por Poder ou autoridade federal, para aplicação em todo o país, é esta mostrada a seguir.

Esquema 1 – Hierarquia das normas federais



Direito-ordenação

Numa biografia autorizada, o Direito é apresentado como o sistema de ordenação da sociedade. Sua finalidade seria, de acordo com os biógrafos oficiais, criar e garantir a ordem social. E, para atingir essa finalidade, funcionaria sempre associado a uma tríade: *Estado, leis e juízes*.

De modo sucinto, as coisas se passariam da seguinte maneira. O Estado possui um órgão dedicado à elaboração de padrões gerais e abstratos de conduta: é proibido fazer isso, permite-se fazer aquilo, é obrigatório comportar-se deste modo etc. O órgão do Estado encarregado da elaboração dos padrões de conduta pode ser um colegiado de legisladores (como nas democracias) ou um soberano único (como nas monarquias absolutistas).

Ao elaborar esses padrões gerais e abstratos de conduta, o órgão legislador decide como as pessoas devem se comportar e ameaçam os desobedientes com punições. Ele irá estabelecer, por exemplo, que todos devem respeitar a vida uns dos outros e definirá que os assassinos serão presos. Esses padrões abstratos são as *leis*.

Os juízes pertencem a outro órgão do Estado, encarregado da aplicação das leis aprovadas pelo Legislativo. Eles não podem modificar as leis, nem distorcê-las; devem simplesmente aplicá-las nos julgamentos de casos concretos. Juízes, em suma, devem ser os primeiros a obedecer às leis criadas pelos legisladores. As decisões deles devem punir os desviados exatamente do modo previsto nos padrões gerais e abstratos. No final, por esse mecanismo engenhoso, todos acabam se comportando como previsto nas leis aprovadas pelo Estado, já que os desobedientes são afastados do convívio social pelos juízes.

A biografia não autorizada discorda de tudo isso.

Direito como tratamento de conflitos

Se o Direito não é o ordenamento jurídico, então o que ele é? É o sistema social de tratamento dos conflitos de interesses.

Há várias diferenças entre definir Direito como ordenamento jurídico ou como sistema de tratamento de conflitos. A mais importante diz respeito à finalidade do Direito. Visto como o *sistema social de tratamento dos conflitos de interesses*, não se pode esperar dele que ponha ordem na sociedade. O Direito atua no pontual, não no geral. Seu objeto é o micro, não o macro.

Outra diferença importante está ligada à função da lei. Na biografia autorizada, ela é o instrumento de ordenação da sociedade. Aqui, ela será um dos padrões de orientação do tratamento do conflito de interesses. Certamente, o padrão mais importante, mas apenas *um* deles. Quero dizer, há outros padrões que também orientam o tratamento dos conflitos de interesses. São a doutrina e a jurisprudência.

Doutrina é o conhecimento estruturado da interpretação das leis e demais normas jurídicas do ordenamento de um país. Quando um conflito de interesses é tratado, levam-se em conta os ensinamentos dos criadores da doutrina, os doutrinadores.

Jurisprudência, por sua vez, é o conjunto de decisões judiciais sobre determinado assunto, que representa o pensamento predominante entre os juízes acerca dele. São os precedentes, que igualmente servem de orientação ao tratamento dos conflitos de interesses.

A biografia autorizada criou uma metáfora para esses padrões. Ela fala em fontes do Direito. Assim como a água jorra do subterrâneo por meio de uma fonte, também o Direito emergiria da lei, da doutrina e da jurisprudência. A biografia não autorizada põe de lado a metáfora das fontes, porque ela não ajuda a entender o biografado.

Uma explicação sobre a palavra “lei”

“Lei” é uma norma do ordenamento jurídico contemporâneo que orienta os juízes na solução dos conflitos de interesses. Você conhece o mecanismo: o Poder Legislativo aprova a lei, em termos gerais, e o Poder Judiciário a aplica aos casos concretos. Isso nem sempre foi assim. Na verdade, é até relativamente recente. E, claro, não era assim antes de os *Homo sapiens* passarem à civilização, ou seja, enquanto vivíamos no “estado de natureza”. Na verdade, acreditamos em dois ambientes ou circunstâncias muito diferentes: antes e depois de nos civilizarmos. Quando não existia a civilização, nossa vida devia ser bem parecida com a dos demais primatas.

Ao falarmos na “lei do mais forte”, estamos mais uma vez usando uma metáfora. Ela é útil para podermos organizar a narrativa. O padrão existente na superação dos conflitos entre os humanos antes da civilização pode ser sintetizado pela noção de “lei do mais forte”. Desde que não desatentemos ao fato de que é uma metáfora, não há mal nenhum em continuarmos usando a palavra “lei” nesse contexto.

Aliás, como vamos descobrir aos poucos, quando falamos em “lei de talião” e em “Lei das Doze Tábuas”, por exemplo, também estamos usando a palavra “lei” num sentido metafórico. Elas não foram aprovadas por nenhum Poder Legislativo, para serem aplicadas por juízes no julgamento de processos judiciais.

Uma explicação sobre a palavra “civilização”

Algumas palavras são perigosas.

As palavras perigosas são ambíguas, têm mais de um significado, mas não é qualquer caso de ambiguidade que as torna perigosas.

O perigo surge quando os dois sentidos da palavra ambígua são muito diferentes e um deles evoca violência, discriminação ou preconceito que não se encontram no outro.

É o caso da palavra “civilização”.

Quando, a partir do final do século XV, o europeu chegou à África, à América, ao Oriente Extremo e à Oceania, ele se proclamou “civilizado”, e aos povos originários, chamou de “incivilizados”. E justificou o genocídio, a escravização e a submissão desses povos, bem como a usurpação de suas terras, como se estivesse espalhando a civilização pelo mundo.

Não é definitivamente nesse sentido colonialista que emprego a palavra aqui, ao fazer referência à transição entre dois estados pelo *Homo sapiens*. Essa transição é um acontecimento tão longínquo no tempo que não sabemos quando se verificou pela primeira vez, muito menos onde.

“Civilização” é o estado em que o *Homo sapiens* observa, no tratamento de conflitos de interesses internos aos grupos, alguns padrões diferentes da lei do mais forte. Ela surge quando a espécie passa a se organizar, desestimulando ou mesmo punindo o uso da força, por quem a tinha mais, na subjugação de outro indivíduo do mesmo grupo, para fazer prevalecer o seu interesse. A partir do momento em que isso acontece, nos distanciamos dos demais pri-

matas de tal modo que podemos falar em outro estado, diferente do estado de natureza.

A transição do estado de natureza (conflitos resolvidos pela força) para o estado de civilização (conflitos resolvidos por outros padrões) foi um momento decisivo na trajetória evolutiva da espécie. Acho que conseguimos entender melhor como tudo aconteceu não tratando a biologia e a história dos seres humanos como se fossem dissociáveis.

“Civilização”, nesse segundo sentido, é uma medida, métrica ou régua. Os inumeráveis grupos de humanos se distanciam do estado de natureza (e da prevalência da vontade do mais forte) em ritmos próprios, cada um a seu tempo e modo. “Saltos civilizatórios”, por sua vez, são os momentos em que aumentou a velocidade do distanciamento em relação ao estado de natureza. Haverá também os de estagnação e até mesmo retrocessos.

A cada passo com que o agrupamento humano se distancia do estado de natureza, reduzem-se as chances de os indivíduos mais fortes conseguirem impor sua vontade pela força. À medida que o grupo se afasta do estado de natureza, os indivíduos fracos tornam-se paulatinamente empoderados.

Na palavra “civilização”, para identificar a saída do estado de natureza, não há nenhuma referência ao colonialismo. Como se verá lá na frente, o colonialismo é a negação da civilização.

Conflitos e complexidade

Retomando, o Direito não é a ordenação dos comportamentos em sociedade, mas o sistema social de tratamento dos conflitos de interesses. E eles podem ser mais ou menos complexos.

A grande maioria dos conflitos de interesses é relativamente simples. Se o inquilino não pagou o aluguel, ele deve ser despejado, não pode continuar usando o imóvel alheio sem pagar. Se o pai divorciado suspendeu o pagamento da pensão da filha menor ao saber que a ex-mulher está de namorado novo, ele tem que ser forçado a cumprir sua obrigação alimentar, podendo até ser preso. Se

o empresário sonegou impostos para conseguir vender os seus produtos mais barato do que o concorrente, deve ser obrigado a pagar os tributos sonegados, com multa e juros. E assim por diante.

Há, entretanto, conflitos mais complexos. Em intrincadas questões de relacionamento entre os sócios de uma empresa ou na interpretação de refinados contratos de inovação financeira, advogados e juízes se esforçam para traduzir nuances econômicas em termos jurídicos.

E alguns conflitos são altamente complexos. Agora, não se trata mais de dificuldades na tradução jurídica de certas realidades um tanto opacas para os profissionais do Direito, mas de uma verdadeira colisão entre valores de grande e igual importância. Pense: de um lado, os danos a que se expõe o meio ambiente pelo uso incorreto de defensivos agrícolas; de outro, a impossibilidade de se alimentar bilhões de pessoas sem esse recurso de produção. No conflito entre proteção ambiental e segurança alimentar, nenhuma resposta é simples. Condenamos à fome bilhões de pessoas pelo receio de desprezar os direitos das futuras gerações? É possível conciliar tais valores? Como poderia ser essa conciliação?

O Direito lida com questões cada vez mais complexas. E, para isso, precisa de instrumentos cada vez mais complexos também. E temos um problema: tudo que se faz para eliminar a complexidade tem sempre o efeito oposto ao desejado e torna o mundo ainda mais complexo. É inevitável.

Conflitos e mais complexidade

Mais conflitos de alta complexidade:

- Remoção de moradias irregulares em áreas de mananciais.
- Proibição de esportes de grande apelo popular, mas cruéis com os animais.
- Pagamento pelo Estado do elevadíssimo preço de um tratamento experimental para a doença rara de uma única pessoa, consumindo recursos que faltarão ao atendimento básico da saúde de milhares.

- Acesso dos povos originários aos serviços públicos e o respeito à cultura deles.
- Reconhecimento do direito do criminoso ao esquecimento de seu crime, contraposto à liberdade de imprensa e de informação.
- Limitação da privacidade em prol de mais segurança.
- Direito à imagem esbarrando na liberdade de expressão.
- Permanência em praças públicas ou remoção de estátuas homenageando personagens da história quando passamos a repudiar os valores que elas nutriam.
- Escolha entre, de um lado, proibir ou reescrever a literatura infantil clássica que contém frases racistas e, de outro, contextualizá-la historicamente, como o meio correto de contribuir para a autovalorização das crianças negras.
- Descriminalizar o uso recreativo da maconha, mas manter a criminalização de outras drogas.
- Conceder ou negar ao estuprador a paternidade do filho nascido do estupro.
- Punir os crimes com tolerância zero ou afastar os criminosos primários da escola de crime que frequentarão na penitenciária.

Conflito tratado não é necessariamente conflito terminado

Quando se diz que o Direito é o sistema pelo qual a sociedade se organiza para *tratar* os conflitos de interesses, não se presume que ele efetivamente os *solucione*. O juiz pode determinar que o agressor não se aproxime da vítima de violência doméstica por meio de uma “medida protetiva de urgência” prevista na Lei Maria da Penha. O juiz dá a ordem, mas nada consegue assegurar sua obediência. Há, aliás, muitos casos em que, apesar da determinação judicial de afastamento, o agressor procura a vítima nos momentos em que ela não está diretamente protegida e a submete a mais violência. Responderá por esse novo crime, receberá pena maior e poderá ser preso, mas nada disso solucionará de verdade o conflito entre esse agressor e a vítima.

Até agora, as sociedades humanas conseguiram se organizar para dar um tratamento aos conflitos de interesses, mas não criaram nenhum meio de efetivamente superá-los, terminá-los, encerrá-los. Não se conhece instrumento capaz de pôr fim definitivo ao conflito.

Pode acontecer, e acontece com alguma frequência, que o conflito tratado pelo Direito realmente desapareça, que as pessoas envolvidas aceitem a solução dada e abandonem a disputa ou discórdia. Vem, então, a paz para o vitorioso e para o perdedor, que continuam fazendo negócios ou se relacionando, como vizinhos ou familiares. Mas, ainda aqui, não há nenhuma certeza de real pacificação. O perdedor pode ter se submetido à decisão desfavorável apenas por razões táticas e, na verdade, aguarda friamente a chance para revidar.

O tratamento do conflito pelo Direito, embora não conduza sempre ao fim da disputa ou da discórdia, é importante para a organização da sociedade. Sem esse tratamento, nada serviria de freio para o mais forte usar a violência para fazer prevalecer a vontade dele, sobrepujando o mais fraco.

A contribuição do Direito para a organização da sociedade é limitada e pontual. Trata alguns dos conflitos de interesses e eventualmente soluciona parte deles. O Direito não consegue organizar a sociedade. Ele serve apenas para reduzir algumas tensões que poderiam esgarçar de vez o tecido social.

Tratamento de conflitos de interesses

A medicina trata o doente, mas não o cura. Os médicos conhecem tratamentos, mais ou menos eficientes, e os propõem diante do que interpretam nos sintomas e exames. Mas a cura é uma resposta do organismo do paciente. Duas pessoas com iguais sintomas são tratadas do mesmo modo, mas é frequente uma demorar mais a melhorar do que a outra, ou acontece de uma sarar completamente e a outra morrer.

O Direito, por sua vez, trata os conflitos de interesses, mas não os soluciona necessariamente. Os profissionais jurídicos conhecem

os tratamentos disponíveis para situações conflituosas. O completo desaparecimento do conflito, porém, é uma possível resposta dos sujeitos do conflito ao tratamento dado pelo Direito.

Orientação do tratamento de conflitos de interesses

Tratamento, na medicina ou no Direito, pressupõe a adoção de procedimentos coerentes com uma finalidade. Existe um claro objetivo a ser tentado: a cura do paciente doente ou a solução do conflito de interesses. A racionalidade dos procedimentos é definida em função desse objetivo.

Os humanos adotam uma orientação racional quando se organizam para tratar os conflitos de interesses surgidos dentro dos inumeráveis grupos nos quais têm se dividido (tribos, clãs, famílias, cidades, Estados, regiões econômicas etc.). Organizar o tratamento dos conflitos significa, em suma, criar consenso acerca de umas tantas diretrizes gerais.

Padrões de orientação do tratamento de conflitos de interesses

A racionalidade embutida nas medidas de tratamento não é facilmente compreendida por todos. Por isso, traduz-se a orientação em padrões de conduta.

Médico e paciente não precisam saber por que aquele antibiótico, na dose e na periodicidade definidas na bula, deve ajudar na cura da doença. Ao médico cabe se manter sempre atualizado sobre os novos medicamentos; ao paciente, simplesmente obedecer a receita médica.

Os padrões constantes de bulas e da literatura médica resultam de extensas pesquisas biológicas, farmacológicas, químicas e clínicas. No consultório, o profissional está preparado para fazer o diagnóstico e detalhar dose e periodicidade da medicação, mas, em geral, desconhece (e não precisa mesmo conhecer) as pesquisas feitas para fundamentar as informações da bula. Nem todos

os médicos têm condições de processar as nuances do trabalho científico. No outro lado da mesa, o paciente tem menos condições ainda.

Do mesmo modo, a racionalidade das medidas de tratamento dos conflitos de interesses é traduzida em padrões de conduta. Os responsáveis pelo tratamento dos conflitos de interesses se orientam por esses padrões. Hoje em dia, nos países democráticos, eles são os advogados, juízes e demais profissionais jurídicos.

O padrão atual de orientação do tratamento dos conflitos de interesses mais operante é a lei. Melhor dizendo, são as normas jurídicas (Constituição Federal, leis ordinárias, decretos e as demais). E estou falando aqui apenas do padrão mais importante. Além da lei, os envolvidos no tratamento dos conflitos de interesses se orientam pelos padrões da doutrina e da jurisprudência. No passado, quando não existiam leis, doutrina e jurisprudência, os padrões de orientação do tratamento dos conflitos de interesses eram outros. Na aula sobre fontes do Direito, o professor dirá aos alunos que esses padrões antigos eram os costumes.

Mas, assim como antes havia padrões diferentes dos atuais, nada garante que, no futuro, o tratamento dos conflitos continuará a se orientar por leis, doutrina e jurisprudência.

Padrões e decisão

No estado de natureza, o padrão de tratamento dos conflitos era a lei do mais forte. Claro, não aconteceu de alguém ter decidido que seria assim ou deveria ser assim. Simplesmente o atendimento à satisfação do mais forte predominava na luta pelos recursos escassos de sobrevivência.

Do mesmo modo, quando surge a civilização e o tratamento dos conflitos de interesses passa a observar outros padrões, não aconteceu de alguém ter decidido que seria assim ou deveria ser assim. Aos poucos, as satisfações das necessidades deixaram de predominar sempre pela força. O processo da civilização como estratégia de sobrevivência da espécie humana estava em curso.

Após a invenção da escrita, algumas sociedades começaram a registrar esses padrões. Também aqui eles não eram o resultado de uma decisão. Não aconteceu de alguém ter decidido que seria assim ou deveria ser daquele modo. O registro escrito passou a ser usado para recuperar, quando necessário, o padrão observado desde a origem dos tempos.

Os padrões de tratamento dos conflitos de interesses somente passaram a ser o resultado de uma decisão há pouco tempo, historicamente falando. Resultou de um processo lento e gradual no modo como a sociedade humana se organiza para tratar os conflitos de interesses. Ele se conclui com a “positivação”, algo que amadurece plenamente apenas no início do século XIX. Vou falar muito disso.

Uma trajetória, não uma história

Esta biografia não autorizada não é um livro de história do Direito. Para entender as transformações pelas quais ele está passando atualmente, precisamos olhar o passado. A narrativa do biografado, porém, não será detalhada de modo tendencialmente exaustivo, transitando pela sucessão de todos os fatos relevantes. Apresento uma cronologia, sim, mas com lacunas, saltos e recuos no tempo. Por isso, prefiro chamar a narrativa de “trajetória”. Ela ocupa a primeira metade do livro. Na segunda, convido o leitor a repensar se Direito é mesmo, como dizem os biógrafos oficiais, um sistema de pôr ordem na sociedade.

Proponho uma trajetória em cinco etapas e escolho um fato histórico como marco temporal para cada uma delas.

A primeira etapa corresponde ao início da civilização, momento em que a lei do mais forte deixa de orientar os conflitos pelos bens escassos e seguem-se outros padrões de orientação. Um dos primeiros é a *lei de talião*, resumida na fórmula “*olho por olho, dente por dente*”, de que você certamente já ouviu falar. O marco temporal escolhido é a instalação, a mando de Hamurábi, de pedras com instruções sobre a solução dos conflitos de interesses em

praças públicas de algumas cidades do Império Babilônio (século XVIII AEC).

A segunda etapa da trajetória é a da lei escrita. Seu marco temporal é a Lei das Doze Tábuas, do direito romano (século V AEC). Os padrões eram então transmitidos oralmente, e isso dava um enorme poder aos guardiões da tradição oral. Eles precisavam ser requisitados para lembrar qual o padrão de tratamento para cada conflito. Receava-se também que os guardiões ajustassem a tradição aos interesses da ocasião. Escrevê-los não só esvaziou esse poder e evitou algumas distorções oportunistas, como também conferiu maior racionalidade ao tratamento dos conflitos de interesses.

No início da terceira etapa da trajetória do Direito, aparece um personagem poderoso: o Estado Nacional. Ele afirma ser o único autorizado a usar legitimamente a força e, com isso, institucionaliza o Direito. Também nessa etapa, um corpo estável de funcionários públicos passa a se encarregar com exclusividade do tratamento dos conflitos de interesses. Surgem os juízes, por enquanto como meros agentes do soberano. O marco temporal é a Paz de Vestfália (século XVII).

A etapa seguinte da trajetória proposta é marcada por uma extensa mudança na definição dos padrões de orientação do tratamento dos conflitos de interesses. Esses padrões deixam de ser a tradição originada há muito tempo para se tornar o produto de uma decisão. O marco temporal é a aprovação, por Napoleão Bonaparte, do Código Civil dos Franceses (início do século XIX). Nesse momento da sua história, o ser humano está plenamente convicto de que conseguirá organizar a sociedade de forma racional.

Na quinta etapa, em que estamos, assistimos ao fortalecimento e à independência dos juízes. A democracia deixa de ser apenas a vontade da maioria, com o Poder Judiciário dando voz e reconhecendo direitos a setores minoritários da sociedade. A complexidade dos conflitos sociais está de tal modo exacerbada que a trinca Estado, leis e juízes parece não dar mais conta. Surge o que já chamaram de “ativismo judicial” e “juristocracia”. O marco temporal que escolhi é um julgamento do Tribunal Constitucional da Alemanha, o caso Lebach (1973).

Etapas não são estanques

Toda explicação que elaboramos é uma simplificação. Nunca conseguimos traduzir completamente em ideias a rica realidade que nos cerca. Estamos sempre compreendendo apenas parte dela.

Essa limitação de nossa capacidade de abstração não tem impedido intervenções eficientes na realidade. Criamos vacinas que nos protegem, maquininhas fantásticas que usamos para trocar mensagens com quem está no outro lado do mundo, construímos enormes edifícios, produzimos alimentos para bilhões de seres humanos e já visitamos a Lua.

Ao descrevermos trajetórias históricas, também elaboramos ideias que são inevitavelmente uma simplificação, uma captura parcial do objeto. A simplificação é inevitável, mas temos como nos defender de certas armadilhas.

Uma das armadilhas da simplificação consiste em tomar as cinco etapas em que dividi a trajetória do Direito como se fossem estanques. No rico fluir dos acontecimentos, as mudanças por que passou e passa a espécie humana não são abruptas. Elas inicialmente se insinuam, deflagrando um insistente movimento de fluxo e refluxo, espalhando vacilações e incertezas. Depois, em velocidade que vai de hesitante a exponencial, as mudanças representativas de cada etapa se afirmam. O novo se impõe ao velho, empurra-o para trás, mas nem sempre o elimina por completo.

Quando afirmamos que, num momento de sua história, os humanos deixaram de tratar os conflitos entre os seus indivíduos pela lei do mais forte e adotaram padrões diferentes de tratamento, e que nesse momento nasceram a civilização e o Direito, isso é uma simplificação, como são todas as nossas narrativas históricas.

Quer dizer, em primeiro lugar, não há propriamente *um* momento, e sim um processo, em que se “avança” para o diferente, indo e vindo, indo mais do que vindo, vindo mais do que indo, em ritmos diversos, até a maioria dos indivíduos introjetar novos valores e conceitos, transformando o ambiente a ponto de estimular a percepção da chegada de mais uma etapa na trajetória.

Além disso, normalmente nada muda por completo. O aparecimento de novos padrões de tratamento dos conflitos não levou ao total afastamento da lei do mais forte. Ainda hoje, até mesmo nos grandes centros urbanos, conflitos de interesses se resolvem pela lei natural de prevalência da vontade do mais forte. Considere a hipótese do estupro de uma jovem, em que o criminoso é o violento vizinho dela: moram numa comunidade em que a presença do Estado não é perceptível. Se a vítima preferir o doído silêncio às torturantes incertezas e desconfortos do inquérito policial e da ação penal e às perspectivas de mais violência contra ela e sua família, o inominável conflito será sufocado pela lei natural. O estuprador verá o seu perverso interesse prevalecer sobre o da fragilizada e desprotegida jovem.

Se ela, contudo, resolver reagir, procurar outras mulheres da comunidade que sofreram a mesma hedionda agressão, promover a união delas, ir atrás do Estado que relutou em chegar até elas, produzir um barulho intenso nas redes sociais e na imprensa, e se tiver um bocado de sorte e incansável disposição para a luta, pode ser que consiga levar o conflito de interesses ao tratamento pelo Direito. Pelo menos, haverá uma chance de inverter o jogo e conseguir impor seu interesse ao do estuprador, vendo-o preso por alguns anos. No estado de natureza, à jovem violentada só restava a resignação.

A lei do mais forte hoje

Se estou falando ao celular enquanto caminho em direção ao trabalho e sou surpreendido por um ciclista, que me toma o aparelho e cruza a rua, sumindo rapidamente pela transversal, fui mais uma distraída vítima de um corriqueiro furto na cidade em que moro.

O que devo fazer diante do furto? A rigor, deveria ir à delegacia de polícia, apresentar a notícia do crime. Se encontrasse funcionários dispostos a fazer o trabalho deles, seria convidado a tentar reconhecer o criminoso, vendo uma sucessão de fotos na tela do

computador. Seria submetido a um questionário minucioso, cujo objetivo é levantar a maior quantidade de dados para a investigação. Parte desse questionário se destinaria a descartar a hipótese de eu estar mentindo. Seria levado ao técnico, para fornecer informações que permitissem elaborar o retrato falado do delinquente.

Podará acontecer de eu nunca receber notícias do meu aparelho celular e, no final, tudo resultar numa imensa perda de tempo. Mas, se, ao contrário, tudo der certo, a polícia conseguirá identificar e deter o assaltante e eu terei restituído o aparelho celular em poucos dias. Nesse caso, porém, a saga terá continuidade. Serei intimado a comparecer perante o juiz, para reconhecer presencialmente o criminoso.

Se o juiz considerar que não há provas suficientes para impor qualquer pena ao rapaz ali sentado do outro lado da mesa, com ensaiada cara de coitadinho, ele o absolverá, e tudo terá sido, mais uma vez, uma enorme perda de tempo. Mas pode ocorrer de o juiz se convencer de que realmente fui assaltado por aquela pessoa, e condená-la às penas previstas na lei.

Se tiver sido o primeiro crime pelo qual responde (se for réu “primário”) e se, para o juiz, um aparelho celular não for um bem tão caro para mim, a pena será branda. O assaltante não ficará mais que alguns meses detido, ou poderá ser obrigado apenas a pagar uma multa ou fazer uns serviços sociais.

Poderei me sentir feliz com esse resultado, acreditando que a justiça foi feita e que o rapaz terá aprendido uma dura lição que o levará a procurar trabalho em vez de continuar furtando celulares. Mas pode acontecer algo bem diferente. O assaltante passa a me perseguir para poder se vingar da punição que recebeu na primeira chance que surgir. Percebo que ele fica à espreita e vou à polícia para nova notícia de crime, reiniciando-se a saga, a tensão e a perda de tempo.

Diante disso, se por acaso eu já souber como costuma ser o tratamento que o Direito vai dar ao conflito de interesses entre mim e o rapaz que furtou o meu celular, é provável que opte por simplesmente suportar o prejuízo, desativar o aparelho a distância e,