

REFLEXÕES SOBRE O FUNDAMENTO PRUDENCIAL DA ATIVIDADE JURÍDICA*

REFLECTIONS ON THE PRUDENTIAL FOUNDATION OF THE LEGAL
ACTIVITY

MAURO DE MEDEIROS KELLER

Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Filosofia do Direito (Fadusp). Doutorando em Filosofia da Educação (Feusp). Professor de Direito Civil do Federal Concursos.

Recebido para publicação em agosto de 2003.

Bem percebemos, como juristas, o quanto as considerações que acabamos de ouvir, sobre o papel transcendental da virtude da prudência, têm a ver com as atividades que escolhemos como nosso múnus profissional. Basta, apenas para mencionar um dos vários aspectos destacados na aula do Prof. Jean Lauand, verificarmos até que ponto somos tentados diuturnamente a contornar nossas responsabilidades como operadores do Direito (o que deveria significar o mesmo que “servidores da Justiça”, no sentido mais amplo da expressão), em prol de uma aplicação mecânica de dispositivos legais editados e postos em vigor por quem “já decidiu, antes, por nós”.

Estou convencido de que só entenderemos realmente o que representa a prudência no âmbito do direito se formos capazes de operar uma mudança radical de paradigma epistemológico: se abandonarmos o modelo normativo como eixo para a compreensão do fenômeno jurídico, para adotarmos a “decisão” como o lugar privilegiado a partir do qual tudo o mais deve encontrar o seu sentido, sem com isso resvalarmos para um decisionismo volun-

tarista e isento de qualquer referência intelectual. É verdade que, ao longo do século XX, não poucos filósofos procuraram fazê-lo, de um modo ou de outro. Lembremo-nos, dentre muitos, dos nomes de Chaïm Perelman e a Escola Retórica de Bruxelas, Theodor Viehweg e a “tópica jurídica”, Recaséns Siches e a “lógica do razoável”. Foram e são esforços luminosos e ainda fecundantes para libertar o jurista das amarras do paradigma normativo. Creio, todavia, que em todas essas ousadas posturas metodológicas faltou uma articulação consistente com o conceito clássico de prudência, tal como desenvolvido, sobretudo, por Aristóteles e Santo Tomás de Aquino.

Com efeito, faz-se mister, antes de tudo o mais, considerar o direito como algo vinculado, necessariamente, ao conceito de Justiça. É pela mediação da Justiça que o direito reporta-se à prudência como a capacidade mediante a qual se opera o seu achamento. Não há direito e o direito não se compreende senão no âmbito da Justiça, razão pela qual, a rigor, representa uma contradição a idéia de um direito injusto.

* Comentários à conferência do Prof. Luis Jean Lauand na Escola Superior de Direito Constitucional em 09.05.2003.

Ora, uma vez que, identicamente, não há justiça sem prudência, tem-se que não pode haver direito, ou melhor, não pode haver descoberta ou achamento do direito que dispense a referência ao agir prudencial.

Que a essa tarefa de se achar o direito esteja reservado o nome de *arte jurídica*, trata-se de um dado que não nos deve enganar sobre o caráter eminentemente prudencial e não técnico do afazer do jurista. A *ars boni et aequi*, a *ars cognoscendi quid justum est*, é tomada em sentido analógico e impróprio, em parte por força da tradição – especialmente platônica, que sempre se esforçou por entender o universo moral a partir de analogias técnicas –, em parte pela real proximidade entre a atividade jurídica e a arte, decorrente do específico caráter do meio-termo próprio da Justiça, que não se encontra no agente, mas nas obras.

A *arte* do justo não se baseia num conhecimento dedutivo, científico, certo. Reportando-se a Tomás de Aquino, o grande jusfilósofo francês Michel Villey não se cansava de recordar que o juízo como atividade jurídica (juízo deriva de *judicium*) “é o ato do juiz que *jus dicit*, que diz o que ele reconheceu constituir o direito – e que procede ao mesmo tempo do amor à justiça e de uma faculdade intelectual ou *virtus intellectiva*, a *prudência*” (*Le droit dans les choses, Controverses autour de l'ontologie du droit*, de VVAA, Paris, PUF, 1989, p. 19).

Villey demonstra-o de diversos modos. Em primeiro lugar, não convém à prudência exercer-se solitariamente. É sua parte integrante a docilidade, que significa a capacidade de deixar-se instruir fazendo calar o próprio interesse, que renuncia a refugiar-se estupidamente na absurda autarquia dum saber fictício (cf., a respeito, Josef Pieper, *Virtudes fundamentais*, Lis-

boa, Aster, 1960, p. 26). O homem prudente não dispensa o conselho dos prudentes, embora saiba o quão insubstituível, sua própria, *incomunicável*, é a decisão que tomará. Assim nos afazeres do direito: o direito é uma relação entre muitos homens; nenhuma das partes num processo detém a exclusividade da solução justa. “A primeira regra do procedimento judicial é escutar as duas partes, aqueles que as defendem e outros que, a título de juriconsultos, possam oferecer um conselho apropriado” (Michel Villey, op. cit., p. 20).

Por outro lado, à prudência, como virtude do singular e do contingente, pertence esse tratamento dos casos particulares, esse procedimento tateante, controversial, que confronta pontos de vista adversos com o objetivo de encontrar a solução justa. Ao reconhecimento desse fato, o caráter essencial, radical da *juris-prudência* para a vida jurídica, deve o direito romano sua magnitude. “Os juristas romanos lhe atribuíam [à jurisprudência] o papel primordial na gênese de seu direito. Há um texto do *Digesto* que especifica que nas origens – e na ausência de qualquer lei escrita – os seus verdadeiros autores foram os jurisprudentes. A jurisprudência representou para os romanos o berço do direito. Creio que continua sendo verdadeiro no séc. XX quanto aos setores dinâmicos do direito. Ao menos onde o sentido da palavra não foi falsificado, onde ela não desviou-se para o papel de serva da lei estática, onde ela permaneceu conhecimento dos casos, isto é, do direito nas coisas” (idem, *ibidem*).

Cobram assim particular relevo as observações que Michel Villey, Hans-Georg Gadamer e tantos outros têm feito, em nossos dias, sobre o *caráter necessariamente diverso e móvel do direito natural*, dentro da mais genuína tradição aristotélica. Existem regras jurídicas que são con-

vencionais, mas existem também muitas que não se encontram sujeitas ao arbítrio da convenção humana porque a *natureza da coisa* não cessa de se impor. Essa natureza, enquanto objeto do exercício da virtude da Justiça, é o próprio o Direito, o Direito que *naturalmente* impõe-se à realização da Justiça. A bem dizer, não há regras jurídicas absolutamente sujeitas ao arbítrio de uma convenção. Em todas, ainda que fracamente, a *natureza da coisa* faz-se sentir. Apenas na medida em que o *quid de natureza da coisa* não é violentado é que se pode falar de um Direito (*justum, dikai-on*) também relativamente àquelas coisas atribuídas aos homens por convenção. É nesse sentido que se diz que qualquer direito, também do lado da natureza, é variável.

Ora, consoante pondera Gadamer, isto torna extremamente problemática a tarefa de se assimilar à distribuição da Justiça o conceito de *aplicação*, que tão bem se utiliza quando se fala de uma aplicação de conhecimentos técnicos: “A reflexão nos ensina que a aplicação das leis contém uma problematicidade própria do domínio jurídico. Em comparação, a situação do artesão é inteiramente outra. Dispondo do projeto da coisa e das regras para produzi-la passando à execução, ele se pode ver forçado a se adaptar às circunstâncias e dados concretos, ou seja, a renunciar a executar o seu projeto exatamente do modo como o havia primitivamente concebido. Mas uma tal renúncia não significa de modo algum esteja sendo aperfeiçoado o saber daquilo que ele procura executar. Pelo contrário, ele se limita a simples restrições no curso da execução. Neste sentido, trata-se verdadeiramente de uma aplicação do seu saber, embora sofrendo a dolorosa imperfeição que lhe é inseparável” (*Vérité et methode*, Paris, Seuil, 1983,

p. 159). Totalmente diversa é a situação de quem se vê na contingência de resolver uma pendência judicial ou baixar um ato administrativo, com vistas a *aplicar* a lei. Certamente ele terá, no caso concreto, de atenuar-lhe o rigor. “Mas – salienta Gadamer com grande perspicácia –, se ele assim o faz, não é por falta de melhor alternativa, mas porque, de outro modo, não estaria sendo justo. Ao atenuar a lei, ele não dá lugar a uma restrição ao direito, mas ao contrário descobre um direito melhor” (idem, *ibidem*, p. 160). Enquanto no domínio da arte a adaptação à realidade origina um *minus*, comparado ao saber (projeto) do artista, no domínio dos afazeres jurídicos dá-se exatamente o oposto: dessa adaptação deriva um *plus* ao saber (conhecimento das leis e precedentes) do jurista.

O saber do jurista não pode ser, assim, de cunho técnico, ou, com maioria de razão, científico ou filosófico. Viu-o perfeitamente Aristóteles quando trouxe a lume a noção de *epikeia* (equidade) (*Ética a Nicômaco*, V, 14). E é também por aqui que se entendem os malabarismos de que se servem os juristas quando interpretam os conceitos e normas legais: ora lhes conferem um maior, ora lhes outorgam um menor elastério, ora estabelecem uma antinomia entre a regra dada e um princípio explícito ou implícito da Constituição, ora postulam que para a hipótese não há disposição direta, por vislumbrarem a existência de uma lacuna, ora assumem que a regra não mais está em vigor, ora que ainda está etc. O que aos olhos do leigo pode parecer o exercício mais escancarado do capricho e do jogo dos interesses humanos, deve, ao reverso, ser considerado como a própria maneira de ser da atividade jurídica, radicalmente prudencial, essa incessante procura, pelos operadores do direito (em especial pelo mais emblemático de todos,

o juiz), da decisão justa, para tanto libertando-se, pelos meios mais adequados à sua disposição, da camisa-de-força que outros (por meio das leis, dos precedentes) lhes pretenderam impor.

A realidade jurídica, a vida do direito está composta de situações individuais, históricas, irredutíveis portanto umas às outras. Se a teoria jurídica tem como objeto esta especial realidade, terá de encontrar o modo de alcançá-la em sua dimensão mais característica. O longo esforço do pensamento jurídico em introduzir em sua própria constituição uma dimensão individualizadora, levado a cabo com tantas vacilações, com tentativas da mais diversa índole, manifesta com grande clareza esta especialíssima condição do direito.

Por conseguinte – adotando-se a classificação aristotélica das cinco virtudes intelectuais ou dianoéticas (ciência, sabedoria filosófica, intelecto dos primeiros princípios, arte e prudência) –, somos levados a concluir que, se o saber do jurista não é do tipo científico, filosófico, sindéretico (de sindérese, intelecto dos primeiros princípios da razão prática) ou técnico, resta que o seja do tipo prudencial. *Dikastiké phrónesis*, prudência judicial (ou jurídica): assim o denominou Aristóteles (idem, ibidem, VI, 8 – 1141b, 29).

Mas uma questão (a título de objeção) que se pode levantar é a seguinte: se na realização da Justiça, que tem por objeto a obtenção do direito, em sentido estrito (*dikáion*) o que importa é o que objetivamente está determinado, não tendo qualquer relevância as *boas disposições* daquele que age, não há necessidade de recorrermos à prudência, pois a determinação deste direito, objetivo, poderia mais seguramente ser fixada a nível institucional, prévio e fundante da decisão daquele que age. Se o que importa é o objetivo, não o

subjetivo, se é o justo em si, e não o bem de quem julga, para que se recorrer à prudência? Não é certo que muitas decisões justas são tomadas não porque quem as toma é virtuoso e prudente, mas porque teme as conseqüências para si de uma atuação em contrário?

Em verdade, convém salientar que a decisão justa, correta, não é justa porque é justo quem a toma, mas porque, prudentemente, prudencialmente, soube-se fixar o meio-termo. Ora, o justo (*dikaion*) é objetivo. Em si, tem um valor que não depende das intenções subjetivas de quem o realiza. Todavia, quem o realiza jamais poderá *habitualmente* acertá-lo sem as intenções retas, que condicionam o bom exercício da prudência. A institucionalização pode apontar, a esse respeito, para uma solução, mas não tem força para dispensar o julgador do esforço de almejar a consecução da Justiça, a descoberta do *dikaion* no concreto, e de forma habitual.

Parte das confusões que se criaram a respeito deve-se, não pode haver dúvida, ao diferente modo de relacionamento entre a Justiça e a prudência, diante do que há entre esta última, de um lado, e as demais virtudes morais (basicamente, a fortaleza e a temperança), de outro. A diferença está em que, mesmo de fora, pode-se discernir o que é objetivamente justo ou injusto, ao passo que não tem sentido investigar o que é objetivamente corajoso ou covarde, comedido ou desregrado.

O cumprimento da Justiça realiza-se principalmente num ato exterior. No domínio do justo e do injusto, o que importa é ação externa do homem. “Pelo contrário, no domínio da fortaleza e da temperança, é preciso atender primeiro ao estado íntimo do homem e só em segundo lugar à sua projeção exterior. Só através daquilo que um homem realiza de visível não posso eu

dizer se ele é corajoso, covarde, comedido, desregrado; necessita de o conhecer já, teria de saber como é que ele próprio se sente. A justiça dum ato, porém, pode mesmo uma terceira pessoa verificá-la de fora. Quanto vinho me é permitido beber sem lesar a virtude da temperança isso é que um estranho dificilmente poderá determinar. Mas é muito fácil a qualquer um determinar *objetivamente* quanto devo pagar ao hospedeiro” (Josef Pieper, op. cit. p. 90-91).

Esta propriedade da Justiça tem a mais íntima conexão com o fato de ela ser essencialmente uma relação com o *outro*. Ora, só mediante um ato exterior é que o outro fica a possuir aquilo que é seu. “E esta é também a razão por que, no domínio da justiça, o bem e o mal são julgados somente em função do próprio ato, sem importar a maneira como ele se relaciona com o estado íntimo do sujeito: o bem e o mal na verdade não dependem da concordância do ato com o seu autor, mas da concordância do ato com o *outro*” (idem, ibidem, p. 91).

Por onde se pode explicar que, não obstante o caráter essencialmente mutável e contingente do objeto da prudência, quando o agir prudencial volta-se para a realização de atos de Justiça, tem-se que os deveres a eles inerentes mostram-se os mais independentes das mudanças de situação, tornando a efetivação da Justiça a mais suscetível, aproximadamente, de ser determinada de uma vez para sempre. Em suma: *a justiça, de todas as virtudes morais, é a que mais convém com a arte, é a parte da dimensão ou domínio da prudência que mais se aproxima da arte.*

Por esta razão, não faz sentido algum se criticar a fundamentação prudencial do direito com base no argumento de que se estaria dando entrada ao absolutismo da

decisão, a um anarquismo derivado de um certo situacionismo ético e jurídico. Sem dúvida, o grande erro do situacionismo consiste em que ele nega a fundamental *abertura* da prudência ao mundo das normas universais, e pensar que entre um e outro não há continuidade alguma, como se essa continuidade significasse necessariamente uma aplicação (no sentido gadameriano), mecânica e dedutiva das normas gerais aos casos singulares. Como observou o estudioso espanhol Martínez Doral – numa obra sugestivamente intitulada *A estrutura do conhecimento jurídico* –, “a doutrina da prudência faz-nos ver, pelo contrário, que se entre esses dois mundos não há efetivamente uma continuidade lógica e a passagem de uma para a outra supõe necessariamente o salto da prudência (e portanto, a *intervenção de uma pessoa*), há, no entanto, entre ambos uma continuidade real, que permite dar à decisão subjetiva da prudência um fundamento objetivo... A prudência acaba na resolução concreta para uma situação particular, mas esta resolução se toma não somente em função da situação, mas em função de *regras e princípios universais*” (*La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1960, p. 111).

A prudência de modo algum significa arbítrio. Não se pode, a esta altura, deixar-se de fazer uma menção, ainda que muito breve, aos seus requisitos (chamados pela tradição *partes integrantes*). Toda a questão 49 da “*Secunda Secundae*”, ou seja da segunda grande divisão da Segunda Parte da Suma Teológica, de Tomás de Aquino, é dedicada ao exame desses oito requisitos. A prudência é um conhecimento que por sua índole especial requer informação do passado e visão do presente. Em suma, requer *memória e inteligência* (no sentido específico, sinônimo aproximadamente de

intuição). Este conhecimento é adquirido das duas únicas formas como nos é acessível o conjunto das coisas: ou por tradição ou por invenção. Daí decorrem dois outros requisitos para a prudência: a *docilidade* e a *solércia* ou agilidade mental para pesquisa própria. Não basta porém o conhecimento e a sua requisição. Urge também usar habilmente o conhecimento adquirido: donde a necessidade de contarmos com um *razão* industriosa. Estes cinco requisitos preenchem as exigências da prudência em sua dimensão cognoscitiva. Mas como a dimensão essencial da prudência é preceptiva (dos três atos próprios desta virtude, a saber: deliberação, juízo e decisão, é o último que performa o agir prudencial), a razão requer outras três coisas: ordenar as ações ao fim, atender às circunstâncias e evitar os obstáculos. A elas correspondem os três últimos requisitos da prudência: *providência*, *circunspeção* e *cautela*.

Se algum desses requisitos falha ou revela-se insuficiente, diminuem-se as chances de que uma decisão a ser tomada possa ser qualificada como prudente. Nesse contexto, as normas e os precedentes desempenham um papel insubstituível para o homem prudente, sobretudo quando as suas resoluções dizem respeito à distribuição da Justiça: a) permitem que as decisões sejam tomadas com cautela e providência, levado em consideração o conjunto de conseqüências já verificadas com base nesta ou naquela interpretação da norma ou precedente; b) indicam uma orientação fundamental de permanência, base da estabilidade das relações jurídicas, que, atendidas outras circunstâncias, é um fator que sempre deve ser tomado em conta; c) indicam uma vontade política que também precisa ser sopesada, vontade essa proveniente de um órgão ou setor do Estado (Legislativo, tribunais superiores) relativa-

mente ao qual pode-se presumir encontrar-se dotado de melhores condições para avaliar o alcance que suas formulações ou interpretações possam ter com vistas a garantir o bem comum; d) educam o jurisprudente quanto a vários domínios das relações sociais estruturados em instituições jurídicas e o orientam a buscar soluções com maior facilidade pelo acréscimo de informações a respeito da questão a que visa elucidar (é aqui que o sentido de *tradição*, em toda a sua força, faz-se perceber mais intensamente, e com maior amplitude demanda ao jurisprudente os requisitos da *docilidade* e da *memória*).

É deste modo que, para a efetivação do justo, especial relevo apresenta a *casuística*, aquilo que, em virtude do empobrecimento do seu significado, chamamos habitualmente de *jurisprudência*.

A casuística, ensina Martínez Doral, “é uma doutrina, um conjunto inteligível de enunciados válidos em geral, ainda que se refiram a casos particulares... O juízo da casuística ainda é especulativo, permanece por necessidade no plano do inconcreto e não tolera de nenhum modo ser confundido com o juízo imediatamente prático da prudência” (idem, *ibidem*, p. 97). Aqui é onde se mostra a fecundidade deste procedimento mental no conhecimento jurídico. Se este em última instância dirige-se à realidade efetiva que se visa regular, a maior proximidade da casuística a essa realidade efetiva – a meio caminho entre as conclusões teóricas da ciência e a decisão imediatamente ativa da prudência – pode facilitar o trânsito entre ambos os domínios e preparar de um modo mais seguro a determinação prudencial.

A prudência, porém, não devemos esquecer jamais, também no jurídico é a única regra imediata da ação concreta. A casuística, ainda que de modo muito mais

intenso que as leis, não pode senão fornecer-lhe subsídios. Daí que o jurista mais familiarizado com os métodos do casuísmo possa restar desconcertado diante de uma situação da vida: “Daí também os catastróficos resultados que em algumas ocasiões podem ter lugar, devidos a um apelo indiscriminado à técnica, quando o de que se trata é a criação ou aplicação do direito. Com efeito, a aproximação dessas funções ao procedimento da técnica e o seu afastamento da esfera da prudência significam uma renúncia sistemática em captar a novidade da situação que se deve regular e o recurso apressado às fórmulas e receitas que tiveram êxito em situações análogas. Se levarmos em conta aquela particularidade da justiça pela qual ela é independente em máximo grau da mudança das situações e suscetível de ser determinada de uma vez para sempre, teremos de reconhecer que aquele procedimento pode levar consigo, em numerosas ocasiões, a realização da justiça. Mas se recordarmos que só à prudência, que nada mais além dela, corresponde o ofício de emitir uma decisão reta sobre a matéria concreta, que nos diga como devemos agir agora, compreenderemos até que ponto em outras ocasiões, também numerosas, a pura técnica criadora ou aplicadora do direito pode chegar efe-

tivamente a resultados catastróficos” (ibidem, p. 97-98).

O que vale sempre será, em última análise, o valor *ético* – com toda a força da palavra – daquele que está chamado a proferir as decisões justas, a enunciar o direito, *jus dicere*: o juris-prudente.

O caminho seguro para a humanização do direito não será, por conseguinte, o do simples incremento de acesso ao conhecimento possibilitado pela informática, o da seleção dos mais *inteligentes* ou mais eruditos para as funções jurisdicionais ou o da simplificação das leis e normas em geral. Isto e muito mais que se poderia sugerir não seriam senão meros paliativos se fossem desacompanhados da prudência dos homens prudentes.

Resgatar plenamente o significado primeiro do clássico vocábulo *jurisprudência*, tornando-o vivo como nos melhores tempos do velho e tão atual direito romano: parece ser esta uma parte importante da tarefa que compete aos que se empenham, como juristas, em contribuir na luta contra aquele primado incondicional da *poiesis* e da *tekné*, da produção e da técnica, e que tanto ameaça reduzir a realidade a simples material de trabalho, essência definitiva de um materialismo desumanizador.