

Senso Incomum: O rabino Eliezer, os garimpeiros e os juristas

Spacca

"Caminante, son tus huellas el camino y nada más"

Na semana em que o Supremo Tribunal Federal inicia aquele que pode ser apontado como um dos maiores e mais importantes de sua história, tenho acompanhado, com tristeza, pelos jornais e demais mídias, a espetacularização do julgamento. Pior: muitos argumentos — para não dizer, a maioria — são visivelmente ideologizados. Ou se é a favor ou contra... A CUT exige (sic) julgamento técnico. Já FHC diz que o Supremo deve ouvir o povo. Já [escrevi](#) sobre o mensalão aqui na **ConJur**. Aproveito, então, para contar uma estorinha (estava guardando-a para outro momento; mas a circunstância me obriga). Há vários modos de contá-la. Hermeneuticamente, sistemicamente (Günther Teubner faz uso dela) e outros modos que não vem o caso falar agora.



Lá vai. Estavam os rabinos reunidos para discutir o *Talmud*, o livro sagrado. Três rabinos sustentavam determinada tese sobre o significado de um dispositivo (ou versículo). O rabino mais velho, Eliezer, sustentava tese contrária. Dias e dias de discussão (quase um mês). Ao que o velho Eliezer disse: “Se a minha tese estiver correta, aquela árvore vai se mexer”; e a árvore se mexeu. Os três, com seus ternos Hugo Boss, entreolharam-se e, sem mostrarem surpresa, disseram: “Ótimo, oh grande Eliezer, mas nós achamos que a nossa interpretação é a melhor”. O velho tentou uma vez mais: “Se a minha interpretação estiver correta, aquele rio mudará de curso”; e o rio mudou de curso. Pois os três nem se “tocaram”. Então Eliezer apelou: “Se a minha interpretação estiver correta, Deus vai se manifestar; afinal, é a Sua Palavra que está em jogo. E Deus, chateado já com aquela “ronha”, anunciou, de forma tonitruante: “O rabino Eliezer está certo!” Os três jovens rabinos se entreolharam e, simplesmente, disseram: “Ótimo, antes, estava 3 a 1; agora, está 3 a 2...”. Vencemos!

Moral da “estória”: interpretação não se faz por maioria e nem com torcida organizada; tampouco atendendo eventual maioria de um lado ou de outro. Interpretação não é Gre-Nal, Fla-Flu, San-São, Pal-Cor, Ba-Vi, Atle-Tiba, etc.

Lavando as pedrinhas

"Caminante, no hay camino, se hace camino al andar"

A coluna desta semana é um pouco intimista. Com Antonio Machado. Poesia é *poiesis*. É dizer pela primeira vez aquilo que já foi dito. Por que não há palavra primeira; e nem a última. E, com ela, retorno no tempo. Quando iniciei a lecionar na graduação na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da UNISC de Santa Cruz do Sul na década de 80, contava uma metáfora (ou parábola?) para os meus alunos para facilitar a sua compreensão acerca da realidade. Comecei a lecionar muito cedo. Na verdade, com 16 anos passei no concurso para professor municipal da rede pública de Agudo. Tenho registrado isso com orgulho na minha CTPS. Eu estudei sob o modelo que misturava na mesma sala de aula os cinco níveis de alunos. E lecionei para cinco níveis ao mesmo tempo. Era um menino lecionando para meninos e meninas.

Anos depois, ingressei na UNISC, de Santa Cruz. Deixara, prematuramente, a carreira de jogador de



futebol, depois de passagem como goleiro nas divisões de base do Riograndense, de Santa Maria, Internacional, de Santa Maria (meu querido Interzinho, embora eu seja gremista da cepa) e no time principal do glorioso e amado Avenida, de Santa Cruz do Sul. Agora, o jogo era outro. Mostrava, no “campo da sala de aula”, o papel da ideologia, da alienação. Pois bem. Retomo a metáfora agora, em novo contexto. Eu a chamava originalmente de “a parábola das lavadeiras”. Para evitar qualquer conotação negativa, substituo as lavadeiras por garimpeiros (podem substituir por qualquer categoria ou carreira — não quero brigar com as lavadeiras e nem com os garimpeiros e nem com os juristas...).

Pois bem. Dois (ou mais) garimpeiros faziam o seu garimpo, lavando suas pedrinhas na bateia (era uma bateia bem simplificada, é verdade — se me entendem!) e, ao longe, avistaram um monte de gente brigando. Dois grupos se dilaceravam. Um disse para o outro: você está vendo o que eu estou vendo? O outro respondeu: “Sim, um bando de gente brigando. Parece que não têm o que fazer. Vamos continuar nosso garimpo. Esse é o nosso ofício”. Pois é. Aquele “bando de gente brigando” era a batalha dos Guararapes, que mudava a história do Brasil. Mas, para os garimpeiros, isso nada significava. Estavam alienados.

Da anorexia à bulimia informacionais

“*Al andar se hace el camino y al volver la vista atrás...*”

Uma batalha só é uma batalha para quem sabe o que é uma batalha. Uma batalha só é uma batalha para quem tem a (pré)compreensão do que seja o fenômeno “batalha” (mormente, na situação histórica em que se localiza a “coisa”). Desde 1988, olhamos o fenômeno da aplicação do Direito. Poucos compreende(ra)m o fenômeno “como” fenômeno (na hermenêutica se diz “algo como algo” — *etwas als etwas* — peço desculpas para “aquela turma” de sempre). Tenho escrito muito sobre o modo/modelo de decidir vigente no país. Tenho denunciado, incansavelmente — alguns me chamam de chato e repetitivo nesse assunto — o excessivo discricionarismo (estou sendo eufemista quando falo “excessivo”!).

Tenho insistido na necessidade de o ensino jurídico se tornar mais reflexivo. Tenho batido na tecla de que os concursos públicos incentivam a mediocridade. Parcela considerável das questões são “pegadinhas” ridículas e só servem para vender os livros de determinados juristas ligados a esse tipo de produção. Tenho me colocado, de forma ácida, contra as publicações que buscam estandardizar o Direito. Tenho protestado com veemência contra essa verdadeira “febre eficaz quantitativa” que tomou conta dos tribunais. Tudo acaba em estatística. Metas. O papel vai sumindo, sendo substituído por *pen drives*. Já distribuímos ações como se estivéssemos em *drive thru* do *McDonald's*.

Pois bem. Passados quase 25 anos do advento da nova Constituição, essa fenomenologia da fragmentação (discricionarismo, ativismo, e outros “ismos”) de quando em vez volta à ordem do dia. O engraçado (ou trágico) é que a comunidade jurídica se impressiona, revolta-se e se indigna quando “descobre” bizarrices, escândalos, absurdos etc, no varejo. Sim, no varejinho. Quando descobrimos que um sujeito ficou preso quase um ano por ter furtado um sabonete ou um pacote de margarina, dizemos “ohhh, céus”, isso não pode acontecer. E sequer olhamos as estatísticas do sistema prisional, para saber quantos outros acusados desse naipe lá estão. Do mesmo, dizemos “ohhh” quando, de forma sincera, discutimos “a cadeia recursal de *terrae brasilis*” e a “importância” (sic) dos embargos declaratórios. Pois é. Mas no dia seguinte esquecemos. Resumo (não da ópera, que é coisa sofisticada, mas do “sertanejo universitário”): indignamo-nos no varejo e nos omitimos (ou nos alienamos) no atacado. Anoréxicos



informais; bulímicos comunicacionais!

Na metáfora ou parábola, os garimpeiros dizem: que horror! Mas, onde estavam os garimpeiros? Onde estão os garimpeiros que escreveram tantos livros durante esses quase 25 anos e não criticaram essas idiossincrasias do sistema? Onde estavam os garimpeiros que lida(ra)m com a bateia do processo neste tempo todo, quando, dia a dia, o acesso à Justiça foi sendo “fechado”? Todos estavam preocupados com os recursos nos tribunais. Estavam? Como resolver(am) isso? Logo após a CF88, veio a Lei 8.038 e os garimpeiros disseram: agora vai! Afinal, ali constava que os recursos contrários à sumula não seriam admitidos. Agora vai? Não, não foi. Veio a Lei 9.137 e estendeu a linha “de corte” para os recursos contrários à jurisprudência dominante (sem que ninguém soubesse ou saiba até hoje o que isso quer dizer). E todos disseram: agora vai. Mas, não foi. Veio a Lei 9.756 e todos bem a conhecem. E no acampamento dos garimpeiros, júbilo: agora vai. Uivos! De novo, não foi. Veio a aprovação da Sumula Vinculante e, com grande festa, bateias foram jogadas ao alto, com gritos de “agora vai”. E ainda veio a repercussão geral, com o que se completava o ciclo do “agora vai”.

Discutimos teses ou causas?

“...se ve la senda que nunca se há de volver a pisar”

Quem consegue “passar” um recurso para o STJ ou STF? Na área criminal, os recursos extraordinários foram sendo abandonados e substituídos pelo Habeas Corpus (se alguém tem dúvida, examine os números no site do STF). Passamos a discutir teses jurídicas. Esquecemos as causas e as coisas (*die Sache*). Ensinamos aos alunos que “direito é uma questão de caso concreto”. Será que é, mesmo? Ora, os verbetes sumulares, os verbetes jurisprudenciais — e agora já há “verbetes doutrinários” — só servem para estandardizar mais ainda o Direito.

Cada verbete esconde o caso. A tese esconde o caso concreto. E o projeto do novo Código de Processo Civil parece estar encantado com os “precedentes” do direito do *common law*. E, pior: insiste nos embargos declaratórios, esse instrumento de quinta categoria que só serve para “esquentar” decisões mal fundamentadas. Os embargos declaratórios são o sintoma de que o furo é mais embaixo. Lembro, aqui, uma decisão do Tribunal Constitucional Espanhol de 1992, que mostra que, fosse aplicada no Brasil, milhões de decisões não poderiam ter sido consertadas ou corrigidas via embargos de declaração. Vou insistir de novo: é possível um sistema jurídico “dar certo”, se os Códigos Processuais admit(ir)em (ou continuarem a admitir) que um juiz possa exarar sentenças omissas, contraditórias ou obscuras? Vou repetir: omissas-contraditórias-obscuras! Para mim, uma sentença que seja omissa, obscura ou contraditória, antes de tudo, viola o mais elementar direito fundamental das partes, a da motivação/fundamentação. Se começássemos por aí, obrigando o juiz a não exarar sentenças omissas, contraditórias ou obscuras, já estaríamos avançando sobremodo. De pronto, evitaríamos centenas de milhares de processos inúteis!



Volto. Como sabemos e observamos, a resposta principal que o sistema jurídico vem dando para a falta de integridade da jurisprudência (um problema, aliás, seriíssimo, já que acarreta decisões contraditórias para casos semelhantes, ou seja: quebra o princípio da isonomia), tem sido a busca da uniformidade a partir das decisões dos tribunais superiores. A ideia é padronizar entendimentos a respeito de teses (e não causas, porque essas estão prenhes de facticidade) e adiantar ao utente, já no primeiro grau, ou o quanto antes, a solução que ele haveria de receber anos depois. Com isso se privilegia o *princípio* (sic) da duração razoável do processo, consagrado no coração do sistema via Emenda Constitucional.

A medida bem se ajusta aos propósitos de aceleração dos procedimentos, indo ao encontro da almejada celeridade processual. Se alguém tem alguma dúvida (não sei se, a essas alturas, ainda seria possível tê-las), que consulte a Exposição de Motivos do projeto de NCPC. Alvíssaras. Qual é o problema? São muitos. O primeiro problema é que não se garante tratamento igualitário, simplesmente, com decisões linearmente iguais. Os autores do NCPC esquecem que o que garante a igualdade de tratamento, que é uma *virtude*, é a coerência de princípios. Para brincar com exemplo manualesco: se eu tenho uma única *tábua salvadora* (sic) e dois naufragos estão se afogando, a única maneira de dar tratamento linearmente igualitário seria... deixar que os dois afundassem. Agora, se eu compreender o caso e trabalhar com princípios, encontrarei boas razões para deixar a tábua com um ou com outro naufrago. Quero dizer: não pode haver respostas (corretas, ao menos) antes das perguntas e as perguntas são propostas pelo caso. Bingo! E os casos são irritantemente diferentes.

Por que isso é assim? Ou, perguntando de outro modo: por que se tem deixado ambos os naufragos morrerem afogados? Há uma série de fatores para explicar esse fenômeno. Aliás, muitos deles já vêm sendo denunciados neste mesmo espaço, desde a primeira coluna. Destaco um: é que não há uma teoria processual abrangente a guiar essa almejada uniformização. Há pouca doutrina, no campo do Direito Processual, com essa pretensão. A maior parte dela limita-se a comentar (e, quando muito, a explicitar o conteúdo de) decisões tribunalícias. Sim, a doutrina é caudatária das decisões. E os tribunais, por sua vez, sem uma doutrina séria a constrangê-los, ficam cada vez mais livres para agir de forma discricionária. É um estado de natureza hermenêutico! E é, efetivamente, um círculo vicioso.

Essa discricionariedade é a mesma que “tranca” ou que “faz subir” um recurso extraordinário a pretexto de que uma violação a um dispositivo constitucional (nada menos!) é ou não relevante do ponto de vista jurídico(art. 543-A CPC — dou um livro *Direito Processual Simplificado* de presente para quem me convencer de que qualquer violação à Constituição não é relevante do ponto de vista jurídico!). Ou que escolhe casos individuais representativos de uma controvérsia multiplicada(art. 543-B — quem sabe para fazer preponderar o interesse público sobre o direito individual da parte, que, a valer o [aborrecimento](#) da ministra Nancy, não deveria sequer poder desistir do recurso!

Sigo. O interessante não é até constatar o problema. Este, parece-me, é bastante evidente. O surpreendente é que não se divisa qualquer preocupação mais detida da doutrina processual ou dos *operadores* (essa palavra é terrível, fazendo-me lembrar de uma Carterpillar) do direito processual com a reversão desse quadro. Tudo acontece diante da nossa vista destreinada. Alienada. Como a dos garimpeiros da parábola. Sem uma compreensão minimamente abrangente do fenômeno jurídico, aceitamos esse tipo de coisa como uma fatalidade. Uma espécie de — e venho denunciando isso de há muito — “falácia realista” (diz-se: isso é assim mesmo...). Agarramo-nos na ideia de que a sociedade é complexa, de que há novos direitos a serem tutelados e que a onda, agora, é constitucionalizar o



processo. Como ninguém se anima a estudar, com seriedade, os diversos campos do conhecimento que sustentariam e densificariam conteudisticamente estas afirmações (a sociologia jurídica, a teoria do Direito, o Direito Constitucional, a Filosofia do Direito, etc.), esses argumentos passam a justificar qualquer posicionamento, qualquer decisão. O estudo passa a ser uma *decoreba* de posições contraditórias em princípio, conforme elas sejam ou não majoritárias ou dominantes nos tribunais superiores. E a jurisprudência, à deriva, passa a ser mesmo *lotérica*, com o perdão do chavão.

Pior ainda que, examinando as pesquisas recentes daqueles poucos que tentam perfurar a superfície, a situação não melhora. É que a pragada ponderação de princípios à brasileira encontrou terreno fértil no Direito Processual Civil. Tome-se em mãos qualquer curso ou manual de Direito Processual Civil. Lá descobriremos que a segurança jurídica é *só* mais um princípio, a ser sopesado (sic) com o interesse público ou, sei lá, com a dignidade da pessoa humana: resultado? Relativiza-se a coisa julgada em favor da... Fazenda Pública (exclua-se o *case* das investigações de paternidade e não encontraremos outra coisa, façam a pesquisa)! O julgamento de improcedência liminar (art. 285-A do CPC) viola o princípio do contraditório? Não há problemas: o contraditório é *só* mais um princípio, a ser “harmonizado” (essa palavra me lembra aqueles chatos que falam sobre “harmonização” de comidas com vinhos e cervejas) com a garantia da duração razoável do processo. Uau! O artigo 515, parágrafo 3º, do CPC, viola o duplo grau de jurisdição? Que é isso, companheiro? Não há hierarquia entre o princípio do devido processo legal e o da duração razoável do processo, sendo que, neste caso, o legislador privilegiou o segundo.

O furo é mais embaixo mesmo

“*Caminante, no hay camino, sino estelas en la mar*”

Antes de seguir... *Estelas en la mar* podem ser “enganosas”, porque podem fazer pensar que Antonio Machado quis dizer “Caminhante, não há caminho, a não ser estrelas no mar...”. Na verdade, *estelas en la mar* são os rastros que os barcos deixam... Absolutamente dialético (e paradoxalmente, hermenêutico): os rastros aparecem abertos, mas, na medida em que o barco avança, vão desaparecendo... Desvelando e, ao mesmo tempo, velando. O problema dos juristas é que eles querem caminhos dogmáticos, como se, uma vez abertos, assim permanecessem e ficassem imunes à ação da facticidade e da temporalidade...!

Continuo. Velejando. Na dialética do “velar-desvelar”...

Não adianta aprovar (e apostar em) mecanismos vinculatórios (expliquei acima a sucessão de leis que “facilitaram a vinculação”... e sabemos no que deu e no que dá). O problema está na decisão jurídica. E não adianta os projetos do CPC ou CPP virem com a grande “sacada” de que o artigo 93, IX, é a institucionalização do “livre convencimento motivado”... Não aguento mais essa catilinária a-filosófica. Isso não resiste a cinco minutos de filosofia. Ora, como se isso não fosse uma contradição insolúvel. Como posso, primeiro, admitir um livre convencimento, para, depois, resolver esse problema do “livre” (solipsismo) com uma motivação? Motivação de que? Daquilo que escolhi livremente? Ora, Oskar von Büllow faria bons comentários sobre isso no final do século XIX. Ele concordaria com a tese, com a diferença — fundamental — do contexto em que ele pregava o “protagonismo judicial” (não vou aqui recordar a comunidade jurídica sobre esses sucessos históricos).

Será que o problema não está exatamente nisso? De que devemos ter critérios para decidir e que devemos construir condições para que não mais incentivemos atitudes voluntaristas? Decisão jurídica não é escolha.^[1] Há uma responsabilidade política nas decisões. E isso é uma aposta na autonomia do



direito. Que não pode ser “corrigido” pelo subjetivismo judicial. Tampouco a valoração fática pode ser feita de forma solipsista. Por isso, a decisão não pode ser produto de “escolhas pessoais”.

Em poucas palavras, o que quero dizer é que todos esses mecanismos instrumentalistas (Leis 8.038 e quotas) não resolvem e não resolverão o problema da fragmentação do Direito. Sem uma teoria da decisão, pode-se tentar de tudo. Da importação ingênua dos precedentes do *common law* à vinculação sumular. Será a crônica de uma fragmentarização anunciada. Do modo como algumas teses processuais se apresentam, fico imaginando que o “sistema ideal(izado)” é como a “aporia do queijo suíço”: o melhor queijo é o suíço; é o melhor porque tem muitos furos; assim, mais furos, melhor queijo, e, conseqüentemente, menos queijo. Mais furos, menos queijo, melhor queijo... Isso quer dizer, “logicamente”, que o queijo ideal é o não-queijo! O melhor sistema processual se alcança sem processos. Ou proibindo a que o causídico leve suas queixas aos pretórios...Bingo!

Volto à parábola. E os garimpeiros seguem até hoje batendo suas bateias. Está complicado achar mais ouro? O ouro está terminando? De quem é culpa? Ah, a culpa é do outro. Ou dos outros (ou vamos trabalhar todos para o Estado? Ser um garimpeiro “privado” será — ou já é — uma tarefa hercúlea; fico pensando nos advogados que estão começando a carreira, enfrentando um périplo diário nos fóruns e tribunais na busca de cidadania... antes que a seus clientes, deles mesmos, humilhados já na porta da “repartição da justiça”). Como em Kafka: a porta está aberta... Mas, por que não entras?

Pois é. A palavra “outro” vem do latim “*alienus*”. Por isso, alienação quer dizer “eu alieno a minha ação ao outro”... Então, quem faz isso é uma pessoa alienada. Dizendo bem devagarinho: uma pessoa *ali-é-nada*! Vamos colocando a culpa no “sistema” (sem que saiba o que é isso). Ou nos escondemos atrás da instrumentalidade das formas (sabe-se lá o limite disso). De dentro do “sistema processual”, o jurista (garimpeiro) arranja “novas” soluções, apostando — de novo — no instrumentalismo processual, nos juizados especiais, nas decisões monocráticas, na importação da fórmula dos precedentes (isso está dando um ibope...!) ou criando mais mecanismos vinculatórios... E sempre com a esperança de que “agora vai”! Atirando para cima as bateias do mesmo modo como já fizeram quando da aprovação das Leis 8.038, 9.137, 9.756, a EC 45, etc. Como o corsário: afundando e atirando...!

Ao longe, a batalha segue... É muita gente brigando... Mas, no meio do rio, cada garimpeiro segue seu garimpo. Cada um faz o que pode, pois não? Entrementes, como está aquele seu recurso, doutor? Como foi o “juízo de admissibilidade”? Ah, já existe repercussão geral? Ah, são milhares de recursos sobrestados... Ah, sim. Houve um pedido de vista... (sobre isso, falarei em outra coluna).

Garimpeiros, uni-vos! O que tendes a perder senão vossas bateias?

[1] Sobre esse assunto, recomendo as obras *Levando o direito a sério*, de Francisco Motta (Livraria do Advogado, 2012); também a obra *Aplicação crítica dos precedentes no Brasil*, de Mauricio Ramires (também da Livraria do Advogado), além de *Verdade e Consenso* (desculpem-me os que se queixam das indicações, mas, é necessário; a coluna não é auto-aplicável).

Date Created

02/08/2012