

## Senso Incomum: Prova da OAB — “Ivo viu a uva” ou “onde fica o MT”?

### Spacca

#### ? Vale um ponto

Acompanho, de longe, a polêmica que se instalou sobre a prova da OAB. Li que “Candidatos e professores de direito [reclamam de falta de isonomia](#) na correção da prova prático-profissional. Segundo eles, duas questões foram anuladas na prova de Direito Civil porque a pergunta demandava dos bacharéis conhecimentos sobre jurisprudência que não estavam inclusos no edital.”

Ao que se sabe, na última prova, o problema decorreu do fato de que algumas perguntas só poderiam ser respondidas com base na jurisprudência do STF. Solução: mudar o edital pra dizer que a resposta deve estar em consonância com a jurisprudência pacificada. A patetada: fizeram duas questões na prova de civil e o gabarito apontava resposta contrária à jurisprudência pacificada. Os desdobramentos: na prova de Direito Administrativo queriam (querem?) anular duas por isonomia! Uau! Já, de pronto, poderíamos fazer uma pergunta para a banca: o que é isonomia? (vale um ponto)

#### Algo de novo ou estamos no interregno?

O que há de novo nisso? A prova da OAB (e dos demais concursos) reflete apenas a crise no ensino jurídico, aliás, decorrente de uma crise muito maior, que a crise de paradigmas que assola o Direito em Pindorama. Falta de isonomia? E existe isonomia nas decisões judiciais? A maior prova da fragmentação no modo de decidir está na criação das súmulas vinculantes e na repercussão geral. Isto é, as fórmulas de decidir por pilhas de processos (vide agora o festejado incidente de processos repetitivos no projeto do novo Código de Processo Civil) nada mais são do que uma resposta darwiniana ao solipsismo judicial brasileiro. Venho denunciando isso há anos. Trata-se de uma crise de imaginário. Quem está acostumado a fazer uma coisa de um jeito, mas não sabe que está errado, está inserido até o pescoço nesse magma de significações (Castoriadis). Ou ainda, poderíamos dizer, com Peter Sloterdijk, em sua *Crítica da Razão Cínica*, que esse *modus procedendi* indica o grau de mal estar em que está inserida a nossa cultura jurídica. Um modelo que pode ser tomado por cínico, uma vez que “ousa se mostrar com verdades nuas, que mantêm algo falso no modo como são expostas”<sup>[1]</sup>.

Um exemplo contado por Bauman ajuda: o primeiro rei de Roma, Rômulo, reinou por 38 anos; esse tempo era o tempo de vida das pessoas, na época; quando ele morreu, ninguém sabia o que fazer... É o que Bauman chama de interregno: “Nós nos encontramos num momento de ‘interregno’: velhas maneiras de fazer as coisas não funcionam mais...”. A dogmática jurídica vive um (e no) interregno!

Duas questões foram anuladas? Céus. E as outras? Posso elencar, se quiserem, outras que não passam por um crivo epistêmico. A dogmática jurídica é um queijo suíço. Não tem remendo. Só uma profunda reformulação do ensino jurídico e do modo de decidir poderão apontar caminhos para que não mais transformemos concursos públicos (e a prova da OAB) em *quiz shows*.

O que é jurisprudência pacificada (*sic*)? E qual é a diferença entre a lei a jurisprudência? Quer dizer que há questões indagando sobre “a letra da lei” e outras sobre “jurisprudência pacificada”? Não me façam farfalhar. Paremos com isso. Estudaram Teoria do Direito onde? Ano zero. Estamos todos nos



enganando. Falta só agora alguém vir dizer que as provas indagarão sobre as regras jurídicas e também... sobre os princípios... só que em questões separadas! Claro: se pensarmos o que se ensina sobre a relação regra-princípio por aí, nada disso surpreenderia. E por aí fora. Ah: e o que dizer da LINDB, essa lei ridícula que se pretende uma “lei de introdução ao Direito”? Um país que tem uma LINDB (isso é nome de chocolate?) não pode esperar muitos de seus alunos (e professores).

### A questão da Jane e o Mato Grosso

Outra coisa interessante foi/é a polêmica sobre a famosa questão de direito penal da 2ª Fase do Exame de Ordem, mais especificamente no que tange à viabilidade, ou não, da tese de desclassificação do crime de furto qualificado (artigo 155, parágrafo 5º, Código Penal) para furto simples (artigo 155, *caput*, CP). Quanta profundidade epistêmica. A pergunta (vou resumir) versava sobre a personagem Jane, que subtraiu um veículo em Cuiabá, aproveitando-se que o carro estava com a chave na ignição. A terrível ladravaz queria revender a *res* no Paraguai. Foi presa no dia seguinte, quando tentava passar a fronteira com El Paraguai (mas sem o veículo!). Detalhe: a vítima morreu no dia seguinte por ataque cardíaco. Jane foi condenada à pena de cinco anos de prisão (dureza da caneta do juiz, hein?). Detalhe: dias após o fato, Jane avisou o filho da vítima sobre o esconderijo do carro. E este ficou com o carro (mas não contou para ninguém!)... A questão indagava sobre o que fazer agora, em 2013, enquanto advogado de Jane, uma vez que a sentença transitou em julgado. Não valia falar em HC.

Vários professores se manifestaram. Vozes importantes do mundo jurídico entraram no debate. Onde estaria o carro? No Mato Grosso? Na casa do Marcos Valério? Em Miami? No estádio Defensores del Chaco? É furto? É qualificado? Se desclassifica, vai para a segunda divisão? Tem rebaixamento de tipo penal nesse campeonato? Eu, por exemplo, queria saber acerca do filho da vítima, que ficou quietinho e com o carro durante esse tempo todo! Malandrão! Qual era a idade do menino ou moço? E o advogado de Jane, não foi punido? Ele estudou por EAD? O causídico de Jane era inscrito na OAB? Ele passara no Exame? Ou ele “ganhou” a carteira? Sim, porque defender sua cliente desse modo... Afinal, o que o mentor da questão queria que o novo causídico fizesse? Ainda: qual é o nexos causal da morte da vítima com o ato de Jane? Qual foi a prova apurada? E qual foi a nova prova apurada? Outra coisa: que história é essa do paraguaio (suponho que seja) apresentado como testemunha e adquirente de boa-fé do automóvel? Boa-fé de quê, cara pálida? Ao que entendi, essa testemunha (de boa-fé) serviu para demonstrar o “*animus vendendi*” (desculpem-me a blague) da ré Jane. Ainda: Jane devolveu o carro ao filho da vítima e não relatou isso ao seu advogado? Nem ao juiz? É ficção demais para o meu gosto!

Guardada a bizarrice da pergunta e da falta de conhecimento de geografia da banca (seria impossível o furto ocorrer em Cuiabá e a ré ser presa na fronteira do Paraguai, a menos que ela tenha entrado na Bolívia e depois voltado ao Brasil, para, de novo, tentar entrar no Paraguai) — problemática apontada muito bem por Cezar Bittencourt —, não quero entrar na polêmica<sup>[2]</sup>, porque, com o devido respeito, discutir o mérito de tão mal formulada pergunta é cair na armadilha do “sistema”. Não devemos discutir “a questão”, mas, sim, o modelo de questões e o modelo de formulação de provas. A pergunta que cabe é: por que isso é assim? Por que a dogmática jurídica está longe dos aprofundamentos epistemológicos?

### Por que a dogmática tem ficado no raso?

A dogmática jurídica tem ficado no raso. Com saudades do século XIX, alimenta-se de restos de sintaxe e de semântica jurídica, assim como de exemplos bizarros, buscando com isso alcançar, por vias tortas, a plenitude de algo que nunca foi pleno... Ora, parece que a dogmática — mormente a penal — não



consegue se movimentar fora do modelo tradicional. Se, no positivismo clássico, toda regra era geral, porque buscava antecipar todas as hipóteses aplicativas; agora, em tempos de “um novo modelo de Direito e de Estado”, parece restar ao jurista apenas recheiar o direito penal com “simulacro-de-respostas-antes-das-perguntas”.

Ou seja, a dogmática penal nega a *applicatio*. Ela se nega a entender que o Direito só se dá em um caso concreto. Por isso, trabalha o todo tempo com exemplos ficcionais. Caio, Tício, Zenão (e Jane), ou outros nomes, passam a fazer parte de um mundo de exemplos bizarros. Um grupo vai fuzilar uma pessoa. Só um rifle está carregado, nenhum dos atiradores sabe. Qual é a solução? Caio e Tício querem matar Mévio. Com veneno. Um não sabe do outro. Os dois usam apenas a metade da dose letal. Mas o idiota do Mévio toma as duas meias-doses. Qual é a solução? E daí? E as peculiaridades de cada caso? É possível dar uma resposta sem que se esteja diante do caso concreto? Ora, buscar respostas antes das perguntas nada mais é do que repetir a fórmula das normas gerais do positivismo clássico. Ou o direito penal está blindado às mudanças filosófico-paradigmáticas?

Essa pergunta sobre o automóvel e a discussão sobre onde esse automóvel estaria é típico exemplo do que estou discutindo. Faltam elementos... É claro que faltam elementos. Trata-se de um exemplo que não serve para aferir o conhecimento do candidato. E onde estaria a jurisprudência pacificada sobre esse assunto? De novo: o que é jurisprudência? E o que é “pacificada”? É uma súmula? Jurisprudência pacificada é medida como? Pela ementa? Ou pelos fundamentos de decidir? Que coisa, não?

Vamos “brincar” com isso? Para começar, súmula não é precedente. Nós nem temos um sistema de precedentes, embora o projeto do NCPC aposte em um modelo de como decidir “via precedentes”. Direito tem DNA. Cada caso tem uma história institucional a ser reconstruída. Não dá para brincar com exemplos e pensar que existem “conceitos sem coisas”. Isso é apenas cair em uma armadilha “metafísica”. Como se uma ementa pudesse abarcar todas as hipóteses de aplicação. Como se existissem essências a serem descobertas. Ora, ora.

Já que querem fazer perguntas com “exemplos” (ou simulacros de casos), pergunto: por que razão sempre se fazem questões com furtos, roubos, enfim, delitos cometidos pela patuleia? Vejam a chinelagem do furto de Jane (a da famosa questão). Ou isso ou os exemplos beiram ao ridículo, com Caio e Tício, Mévio e outros personagens caricatos (lembro sempre de Paulo Freire: por que ensinar às crianças que “Ivo viu a uva”, se no Nordeste não tinha Ivo e nem uvas? Por que ensinar Ivo a escovar seus dentes todas as manhãs e levar maçã para a escola se a maioria das crianças nem dentes tinham e nunca comeram uma maçã na vida?).

### **Sugestões de temas para discutir...**

Por que não fazem questões, então, sobre sonegação de tributos, por exemplo, se o sujeito que furta pode ter sua punibilidade extinta se devolver o valor furtado à vítima, nos mesmos moldes que ocorre com o crime de sonegação? Hein? Poderiam colocar o HC que beneficiou Marcos Valério e confrontar com um caso concreto (que eu atuei, por exemplo e que está no *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*) em que do furto não restou prejuízo algum para a vítima... Por que não perguntam sobre se levar droga na vagina para dentro do presídio caracteriza crime impossível? Por que não perguntam sobre se as atividades do bispo Rodovalho, que ensina na sua igreja os “segredos espirituais, emocionais e práticos para adquirir riquezas”, não violam o preceito constitucional que trata do livre exercício da fé e dá isenção de impostos às igrejas? Ou se seria um estelionato? Dizer na igreja que a fé tira o sujeito do SPC — já,



aqui, não é o Rodovalho (ex-deputado pelo DEM) quem faz essa promessa, mas, sim, outra seita – é liberdade religiosa ou é puro estelionato? O que os candidatos diriam disso tudo?

Ou quem sabe perguntar se “planejamento tributário” é atividade lícita, ou não, como consta em recente reportagem da Folha de S.Paulo (*Fisco vê má-fé em planejamento tributário* – clique [aqui](#) para ler), dando conta de que a receita multa em R\$ 50 bilhões grandes empresas por redução de tributo em fusões e aquisições? Uma boa *quaestio* para resolver: a empresa A controla a empresa B; empresa B controla C. Empresa A faz um investimento em C, transferindo suas ações de B para C. A transferência de ações é registrada no balanço de B com base no valor patrimonial desses papéis, mas é feita em C com base no valor de mercado (maior). Isso pode, Arnaldo? De todo modo, se forem pegos, pagarão cesta básica. Ou não. Não daria uma bela questão de direito tributário?

Ou uma questão sobre licitações, tendo como *case* a problemática envolvendo o consórcio de empresas que cuida da manutenção das 500 mil urnas eletrônicas e que querem uma prorrogação no seu contrato. O candidato teria que responder: se a Constituição exige licitação, é possível prorrogar? (observação: valor envolvido — R\$ 120 milhões). Ainda: é possível um juiz ou um membro do Ministério Público abrir empresas nos Estados Unidos?

Outra dica de questão: na relação regra-princípio, por que não perguntam se ainda é possível dizer que o ato de uma autoridade é “legal”, mas foi “imoral”? Basta uma resolução para dar foro de legalidade a uma conduta imoral (portanto, ilegal-inconstitucional)? O que é uma regra? O que é um princípio? O que é isto — uma teoria da norma? O que a banca da prova da OAB teria a dizer sobre isso?

Enfim, por que a banca insiste em fazer perguntas do tipo “Ivo viu a uva” ou “quantas maçãs Olavo deu para Élide” ou “quantos ossos o cão de Olavo e Élide — Bodoque — comeu em um ano, se ele recebe um a cada dois dias” (sou do tempo dos personagens Olavo, Élide e o cachorro Bodoque)? *Houston, Houston, we have a problem!* Em que país vivemos? Ah. Já sei. É onde o banqueiro bilionário André Esteves é contratado para salvar Eike Batista da falência e confessa que “estamos perdendo o jogo”, referindo-se não ao grupo Eike... mas, sim, ao Estado brasileiro. Ele critica o paternalismo do Estado. Critica o BNDES... Hip, hip, hurra! Pois o BNDES deu de bandeja R\$ 10 bilhões para... justamente seu cliente. Ah, sim, ele repete a cantilena do “bom empresário-empreendedor”: o público é ruim, corrupto; bom é o privado, ético. Claro, o lado dele, Esteves, é o privado. E ele é favor da meritocracia. Ah, bom. Se ele não diz isso, o que eu poderia pensar? De meritocracia, Eike entende tudo. E os bancos de *terrae brasilis* também. A propósito: “Estamos perdendo o jogo”? “— Nós quem, cara pálida”? Claro que é a patuleia. Tudo isso são retratos da meritocracia de Pindorama.

O que isso tem a ver com a prova da ordem e as questões dos concursos públicos? Pensemos um pouco. Se o mundo dos concursos e das provas da OAB for o das ficções, gente como Esteves, Eike e tantos outros sabem muito bem lidar com a realidade... E como sabem. Devem estar rolando de rir das questões da prova da Ordem... que falam de furtos e desclassificações de qualificado para simples, carros furtados levados para o Paraguai (ou para o Mato Grosso do Sul)... Como não estou conseguindo parar de rir da comparação das ficções das provas e da realidade das relações de poder em *terrae brasilis*, paro por aqui!

Por que temos que transformar tudo em ficções? Como dizia o Oswald de Andrade sobre os brasileiros, o que aplica também ao Exame de Ordem (e aos concursos em geral): “Cheio de bugiganga, sempre de



tanga".

### O TCU, a água do parto e as botas do aristocrata

Vou me repetir. E isso que vou dizer não tem *stricto sensu* relação com o que escrevi acima (embora, *lato sensu*, tenha!). O *homo empoderatus* voltou a atacar (leia [A camponesa e o homo empoderatus de terrae brasiliis](#)), agora tendo a seu lado o *homo patrimonialisticus*. Eis o “senhor fato” que me obriga a me repetir: o TCU gastará R\$ 6,7 milhões na troca de móveis (sofás, mesas, armários, cabideiros...). Comprará 41 televisores de 60 polegadas, por R\$ 5,8 mil cada. Poltronas de quase R\$ 4 mil cada. Enquanto isso, os utentes, os patuleus, os choldreus, tomam soro em pé e morrem nas filas dos hospitais que não têm macas. Mas o TCU tem sofás chiquérrimos. É por isso que conto de novo a alegoria da Revolução Francesa. O TCU merece. Nós merecemos. Aí vai:

Há um filme sobre uma peça de teatro que pretende contar a Revolução Francesa. Na primeira cena, o rei e a rainha fogem da França e são recapturados na fronteira. Da plateia, alguém reclama, dizendo que a revolução deve ser contada de outro modo.

Na nova cena, aparece uma bacia com água quente, uma camponesa pronta para dar à luz e a parteira. Na sequência, entra um aristocrata, que voltava da caçada. Vendo aquela água límpida, lava as suas botas sujas na bacia destinada ao parto. Desdém, deboche e desprezo. E alguém grita da plateia: “— Isso. É assim que se conta a origem da Revolução”. Alguma coisa tinha que ser feira. Já não dava mais.

Peço desculpas, mas não podia deixar de repetir o início da coluna de duas semanas atrás e que, ao que consta, passou despercebida, perdendo, de longe, em ibope para a notícia de que a Lei Maria da Penha não se aplicava ao caso Luana Piovani (e daí?)!

[1] Cf. SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da Razão Cínica*. São Paulo: Estação Liberdade, 2012, p. 26.

[2] Só para registrar: no plano da dogmática, gostei mais das críticas do Cezar Bittencourt (o Pacelli também levanta bem essa questão da má formulação). Cezar entra — bem — no jogo da questão e mostra a impossibilidade geográfica. Vejam a ficcionalidade do direito e por que caras como Eike e outros riem do direito: Quem acreditaria que Jane furtaria o carro em Cuiabá e iria até o Paraguai (foi presa na fronteira) e depois voltaria para buscar o carro? Venderia o carro e o comprador viria buscar o veículo no Mato Grosso? E que história é essa de “terceiro de boa-fé”? E esse terceiro picareta-receptor veio depor? Atravessou a fronteira e veio depor? Ou foi por carta rogatória? Hein? E o Promotor ou o Juiz não perguntaram para ele algo do tipo: “— Mas o Senhor iria comprar um carro vindo do Brasil, assim, sem documentos?” Outra coisa: se o menino ou moço, filho da vítima, nada contou sobre a devolução do veículo e isso, portanto, não veio aos autos, tal circunstância é “questão de prova”, pois não? Não tem que provar isso? Como o moço ficou rodando com o carro nesse tempo? Se a mãe dele, a vítima, morrera, não teria que ter transferido o carro, se ele era o único herdeiro? Tudo matéria de prova... Logo, é revisão criminal, pois não? Cá para nós, não dá. É demais. *La garantia soy yo...*

**Date Created**

25/07/2013