

O que é o Direito? Será aquilo que os tribunais dizem que é?



Ao início de *Ortodoxia*, Chesterton, com o estilo que lhe é peculiar, diz que

a única desculpa possível para a existência daquele livro era o fato de que ele significava uma resposta a um desafio, uma resposta aos críticos de sua filosofia^[1].

Este ensaio também tem uma única desculpa para existir, mas uma desculpa bastante diferente daquela de Chesterton: ele não significa, nem sequer *pretende* trazer uma resposta. A desculpa que dá sustentação à existência dessas palavras, ao contrário, traduz-se justamente na intenção de trazer *perguntas* no lugar de respostas; inquietações no lugar de certezas. Por essa razão, peço desculpas ao leitor que, desapontado, encontra pontos de interrogação onde procurava por pontos finais.

Dito isso, passemos ao *leitmotiv* desta coluna: o significado do Direito. O que é o Direito?

Para as vertentes mais radicais do realismo jurídico, escola de pensamento do Direito norte-americano, Direito é simplesmente aquilo que as cortes dizem que é, e eis tudo.

Engana-se quem pensa que essa concepção é algo restrito a um movimento que, porque geograficamente distante, não nos diz respeito; ao que parece, a velha máxima realista é, consciente ou inconscientemente, replicada em nossa prática jurídica.

Se há qualquer dúvida, basta lembrar que ministros do Supremo Tribunal Federal já se manifestaram no sentido de lá estarem não “para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito”, já que “o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é”^[2]; basta lembrarmos que, não obstante algumas reformas legislativas — importantes, que não se diga o contrário —, o *livre convencimento* do magistrado ainda impera nos tribunais brasileiros.

O que é o livre convencimento senão, no limite, a liberdade para o arbítrio? Porque, se o convencimento do juiz é *livre*, não há uma instância que o regule.



É isso que quer dizer (e, dito de outro modo, é isso que quer *combater*) o professor Lenio Streck quando, corajosamente, denuncia que o Direito brasileiro vive a era da *vontade de poder*. Streck, a propósito, é muito direto. Não fala em termos abstratos, não escreve *urbi et orbi* (isto é, *para todos e, consequentemente, para ninguém*)^[3]; sabe o valor das palavras e, justamente por essa razão, dirige-se, muito claramente, a interlocutores bem definidos: os membros de nossa comunidade jurídica — do aluno de primeiro semestre ao jurista mais reconhecido entre os pares.

Como sempre, nada é por acaso; uma coisa está diretamente ligada à outra. É justamente por se rebelar contra a realidade de nossa prática — realidade, como vimos, segundo a qual o Direito é simplesmente aquilo que o tribunal diz que é — que o professor Streck dirige-se a nós que, de uma forma ou outra, formamos a *práxis*: porque se não queremos aceitar o papel de meros reféns do *livre convencimento* das Cortes, somos nós que temos a responsabilidade de dizer o que queremos do Direito.

Em outras palavras, se não queremos que o Direito seja simplesmente o que os tribunais dizem que ele é, caberá a nós respondermos o que ele significa. Dizer *não*, nesse caso, exige também dizer *sim*. Não basta dizer o que não queremos — é preciso também que digamos *o que efetivamente queremos*.

E, ao que parece, desistimos. Desistimos de tentar responder à pergunta que o professor Lenio Streck sempre bem coloca: *o que é isto — o Direito?*

Somos uma comunidade jurídica mal acostumada. Depois de 1988, acostumamo-nos de tal forma com a Constituição, as leis, a prática jurídica, que não mais refletimos sobre o melhor que elas podem ser. Em nossas vidas, o Direito acaba representando algo tão natural que, paradoxalmente, torna-se *desconhecido* — porque pensamos não ser mais necessário refletir sobre ele.

Temos tudo, somos capazes de realizar tudo... Mas já não mais sabemos o que realizar. Aplica-se perfeitamente ao Direito brasileiro o que, reza a lenda, dizia-se sobre Luís XV quando criança: tem todos os talentos, menos o talento necessário para usá-los^[4].

E quando não refletimos sobre o que é o Direito, sobre o que queremos que ele seja, roubamos-lhe toda a possibilidade de ter qualquer significado; e quando ele não significa *nada*, pode vir a significar *qualquer coisa*.

É por isso que essa realidade não admite nosso silêncio. Talvez, em alguma outra época, calar-se tenha sido uma opção para quem busca permanecer distante. Mas quando somos nós — estudantes, advogados, juízes, juristas, professores — os responsáveis pela imposição de critérios a partir dos quais se possa significar o Direito, a própria abstenção em fazê-lo implica em uma escolha. Por trás do silêncio, há um ruído de fundo que grita “que tudo fique como está”.

Enquanto comunidade jurídica, temos nossa parcela de culpa. É por não refletirmos sobre o Direito hoje que, mais passiva que indiretamente, aceitamos que nossa prática seja uma reprimatização do velho realismo jurídico norte-americano. A questão fundamental, pois, é uma só. Queiramos ou não, devemos estar dispostos a encarar de frente a difícil pergunta: o que é o Direito e o que queremos que ele seja?

Difícil, não? Nossas faculdades, tão subservientes aos tempos da *técnica*, da *eficiência*, parecem



satisfeitas em deixar que o tribunal responda[5]. Assim, chegamos ao final de nossos *cursos de Direito*, paradoxalmente, sem termos nunca *pensado sobre o Direito*.

A pergunta é difícil porque não há uma resposta pronta. Nenhum manual dedicado ao Exame da OAB, nenhum livro esquematizado será capaz de responder, de forma simples, taxativa, *o que é isto – o Direito*? Porque a resposta não é simples. Não é fácil, não é taxativa.

E isso é excelente.

É excelente porque talvez o ponto não esteja na *resposta*, mas *justamente na pergunta per se*. É muito provável que, ao tentar responder o que é o Direito, todo e cada leitor destas breves palavras chegue a uma resposta diferente. Mas talvez, nesse caso, o *desacordo* seja mais valioso que o acordo: talvez, estaremos em uma situação melhor se, em vez de uma conclusão definitiva, buscarmos o *próprio debate acerca do conceito*.

Roubemos[6] aqui as belas palavras de Ortega y Gasset e compreendamos por que nossas definições não podem substituir o “ainda não” por um “finalmente”: porque se dar por satisfeito é também morrer por dentro. Como diz o filósofo *raciovitalista*, em alusão a seu mestre Cervantes, “o caminho é melhor que a pousada”[7].

O Direito não é só o que os tribunais dizem que ele é; ele deve ser também o que todos nós — estudantes, advogados, juízes, juristas, professores — queremos que ele seja. Basta que tornemos a refletir. A partir daí, o caminho está aberto para que construamos, para o Direito, todo seu significado. Porque “toda parede”, dizia Emerson, “é uma porta”[8].

Responder o que é e o que queremos do Direito é a difícil tarefa que cabe a todos nós que, de uma maneira ou outra, (i) formamos a comunidade jurídica e (ii) não nos contentamos com as velhas máximas realistas; (res)significar o Direito e atribuir a ele todo seu sentido é *e sempre será* de nossa responsabilidade. *Sempre será* porque não haverá uma resposta final — afortunadamente. Porque, ao argumentarmos de forma contínua sobre o significado das palavras, crescemos muito mais do que quando atingimos qualquer conclusão artificial. Nossa questão jurídica é também uma questão existencial.

Sempre é.

E, então, *o que é isto — o Direito?*

“Começaremos por acolher as respostas dadas; nenhuma será a última. Cada qual conduzirá a novas indagações, até que a indagação final tenha o silêncio como resposta — e não por ser uma indagação vazia. Surge o silêncio que não é o abrigo de nada, mas onde a própria essência do homem encontra meios de falar-lhe através de seu eu mais íntimo, através de suas necessidades, da razão, do amor.”[9]

Agradeço a meu irmão, Gustavo Morbach, aluno do terceiro semestre, pela atenta leitura deste texto e, sobretudo, por renovar minhas esperanças com relação ao que o Direito pode vir a ser a partir daqueles



que vêm para ajudar a construí-lo.

- [1] Aqui, cabe uma observação (muito mais pela beleza do que por relevância ao presente ensaio): Chesterton, humildemente, relutava em chamar sua filosofia de sua; dizia que não a havia criado. Quem a havia criado era Deus e a humanidade; e essa filosofia, por sua vez, teria criado o próprio Chesterton.
- [2] RCL 4.335/AC. AI nos EREsp 644.736/PE.
- [3] *À cidade e ao mundo*. A reflexão em ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Barcelona: Austral, 2017, pp. 44-45: “Se ha abusado de la palabra, y por eso ha caído en desprestigio. [...] Desde hace casi dos siglos se ha creído que hablar era hablar urbi et orbi, es decir, a todo el mundo y a nadie. Yo detesto esta manera de hablar y sufro cuando no sé muy concretamente a quién hablo”.
- [4] ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Barcelona: Austral, 2017, p. 111.
- [5] Oportuno trazer um belíssimo aforismo de Kafka: “Eles tiveram de escolher entre se tornarem reis ou mensageiros de reis. Como crianças, todos quiseram ser mensageiros; conseqüentemente só há mensageiros. Eles galopam pelo mundo gritando uns aos outros mensagens que, como não há reis, perderam o sentido. Dariam fim alegremente à sua vida miserável, mas não ousam, em razão de seu juramento de serviço”. Em KAFKA, Franz. *The Blue Octavo Notebooks*. Nova York: Exact Change, 1991, p. 28.
- [6] Por que o verbo “roubar”? Chamamos o professor Lenio Streck a responder: “Quando nasce, o homem cai no mundo. Que é desconhecido ainda para ele. Mas as coisas já estão aí. E já têm nome. Resta ao homem ‘correr atrás’ para capturar os sentidos. Compreendê-los. Heidegger diz que o ato de interpretar é um roubo (Das Raub). Sim, apropriamo-nos dos sentidos que estão no mundo”. Em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica*. Livro-carta n. 1. 1 ed. São Leopoldo: Edição do autor, 2017, p. 04.
- [7] ORTEGA Y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Barcelona: Austral, 2017, p. 98.
- [8] “*The man truly conversant with life knows, against all appearances [...] that every wall is a gate.*” EMERSON, Ralph Waldo. *Natural History of Intellect*. In: EMERSON, Edward Waldo (ed.) *The Complete Works of Ralph Waldo Emerson: Natural History of Intellect, and other papers*. Vol. 12. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 1904, p. 442.
- [9] JASPERS, Karl. *Introdução ao Pensamento Filosófico*. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 12.

Date Created

05/05/2018