Há vários modos..... Lincoln

Tinha programado uma conferencia sobre Kelsen, Raz, Shapiro, Hart e a questão direito e moral... Queria falar sobre a lei de Hume e a Lei de Lenio; isto é, como não devemos violar essas duas leis: a questão da falácia naturalista (Hume) e a Lei de Lenio (quem separou o direito da moral foi a moral; isto é: tratar do dilema: como falar da separação ou relação D-M se estou falando sempre de dentro da Moral?). Iria mostrar que o erro dos positivistas está exatamente na impossibilidade de se separar D-M...

MAS DECIDI DISCUTIR A QUESTÃO DIREITO-MORAL SOB OUTRA PERSPECTIVA.

O QUE ME LEVOU a trocar de conferencia foi o que escrevi na coluna de hoje no Conjur – é que li os enunciados do FORUM NACIONAL DE JUIZES CRIMINAIS – FONACRIM – reuniram-se em workshop e aprovaram pequenas pandectas (não quero ofender os pandectistas, porque estes eram muito sérios e elaborar uma pandecta requeria um enorme trabalho).

Por que juízes acham que podem se reunir em workshop para fazer enunciados nos quais constroem conceitos sem coisas e constroem novas leis sem serem parlamentares?

Esses enunciados, em sua maioria, são contrários ao CPP, a LEP e a CF. Por exemplo, eles , em nome da eficiência, dizem que o processo está dispoivel às partes ; reú pode abrir mão do processo; prisão pode ser de oficio; reincidência, mesmo não sentenciada, pode ser usada para ferrar o réu no cumprimento da pena; e sentença de júri já prende por si. Fora outras coisas. POR ISSO RESOLVI MUDAR A CONFERENCIA. Há também centenas de enunciados feitas por processualistas civis – parte dos enunciados contraria o próprio CPC. Como assim? O que nos levou a isso

PARENTESES: peço desculpas para falar em DIREITO. Quem vos fala é um sujeito que foi recepcionado pela CF.... Quando fiz faculdade não havia Constituição; ser jurista exige um grau de ortodoxia;

POR ISSO, HOJE NO BRASIL DEFENDER A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL VIROU UM ATO REVOLUCIONARIO

COMO CHEGAMOS A ESTE PONTO?????? Vamos a algumas cenas dessa grande peça teatral que o Direito:

Cena 1. O  Tse: art 23 da lc 64 (presunções e livre convencimento; há centenas de prefeitos e parlamentares que perderam mandato com base em julgamentos como “não há certeza em relação às provas, mas há a presunção e o livre convencimento do juiz.... (aliás, bem recentemente o livre convencimento foi invocado de novo pelo próprio STF no recurso relativo ao julgamento da chapa Dilma-Temer)

Cena 2. o NCPC expungiu o LC do CPC (emenda minha); e lá também colocamos a obrigação de o direito ter coerência e integridade ; resultado: judiciário, inclusive o STF, continua dizendo que o juiz tem LC e alguns processualistas dizem que exigir coerência e integridade nas decisões foi o pior dispositivo colocado no NCPC;

Cena 3. Alegações finais do caso lula-triplex: MPF, em vez de apresentar provas, diz que por dedução, a partir do explanacionismo, que é possível dizer que há provas – conceito de prova: crença; acabaram com 2000 anos de filosofia e com o conceito de verdade; além disso, trouxeram o teorema de Baies para o processo penal;

Cena 4. Por que as instituições (judiciário, MP etc) acha que concurso pode ser quis show ou espécie de máster chef jurídico? Concurso viraram isso. E ainda perguntam sobre o que é teoria da graxa; ranking dos    20 livros mais vendidos: ....,

Cena 5. Professores dizem em sala de aula: Kelsen separou d e m;    Processualistas dizem que o NCPC adotou sistema de precedentes; dizem que os tribunais superiores devem fazer precedentes porque aplicar o direito é um ato de vontade; ... cursos de mestrado e doutorado aprovam teses sobre aviso prévio e cheque sem fundo e agravo de instrumento.., Teses que são dissertações e dissertações que não passam detccs.

Cena 6. Por que os tribunais acham que podem inverter o ônus da prova? Por que houve tão pouca resistência ao STF quando relativicou a presunção da inocência? Por que não mais se vê manifestações do MP a favor de garantias ou a favor de réus quando estes tem direitos violados?

Cena 7. Por que o TST faz Sumulas contrarias a lei e a CF e ninguém faz nada? Por que um OJ do TST vale até mais do que a CF?

Cena 8. Por que um magistrados membros do MP acham que podem se vangloriar de terminar um processo em 1 dia, com o réu condenado a mais de 5 anos? Onde estava seu advogado?

Cena 19Por que um juiz pode divulgar impunemente conversas telefônicas obtidas de forma ilícita sob o olhar complacente do STF? E mais: também nada se fez quando Temer foi vitima de prova ilícita: um jurista comprometidos com o direito deve fazer denuncias mesmo quando se trata de adversários;

Cena 10. Porque quando um juiz, MP ou Tribunal comete uma ilegalidade-inconstitucionalidade contra um inimigo aplaudimos e quando é contra nossos amigos criticamos? Por que noscomportanos como torcedores? Por que os professores já não ensinam direito, e, sim, teoria politica de poder, aloás, uma má teoria politica do poder? Por que? PORQUE ACREDITAMOS QUE A MORAL CORRIGE O DIREITO; QUE NOSSAS OPINIÕES VALEM MAIS DO QUE O DIREITO. Por que deixamos espalhar a tese de QUE PRINCIPIOS SÃO VALORES?????? POR QUE DEIXAMOS QUE SE IMPLANTASSEM NO BRASIL TANTAS FABRICAS DE PRINCIPIOS, CRIANDO A CONFEDERAÇÃO PAMPRINCIPIOLOGICA DE PINDORAMA, em que qualquer juízo pessoal-moral vira principio, inclusive em teses de doutorado financiadas pela pobre Viuva? Por que deixamos que o aluno leve para aula um livro facilitado ou mastigado ou coisas afins e “estude” por ele? Por que fracassamos? O ensino jurídico virou um estado de natureza epistêmico?

Parece ter havido um grande workshop nacional, em que se convencionou que a Constituição diz o que os juízes dizem que ela diz. Um grundworkshop;

VAMOS LÁ (vou exercitar de novo minha LEER):

Há alguns anos, escrevi um texto tratando do passado, do presente e do futuro do STF e do Judiciário EM TRES ATOS . Para isso, usei três julgados, dois do STF e um do STJ. São partes importantes de três votos, que valem pelo simbólico que representam:

Ato 1. “*Não estamos aqui para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardamos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o Direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o contrário.”*

Ato 2.*“Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado.”*

Ato 3. “*Sendo assim e considerando que a atividade de interpretar os enunciados normativos, produzidos pelo legislador, está cometida constitucionalmente ao Poder Judiciário, seu intérprete oficial, podemos afirmar, parafraseando a doutrina, que o conteúdo da norma não é, necessariamente, aquele sugerido pela doutrina, ou pelos juristas ou advogados, e nem mesmo o que foi imaginado ou querido em seu processo de formação pelo legislador; o conteúdo da norma é aquele, e tão somente aquele, que o Poder Judiciário diz que é. Mais especificamente, podemos dizer, como se diz dos enunciados constitucionais (= a Constituição é aquilo que o STF, seu intérprete e guardião, diz que é), que as leis federais são aquilo que o STJ, seu guardião e intérprete constitucional, diz que são.*”

Qual seria a diferença entre as três posturas ou três modelos de Direito acima delineados? Em termos de fundamentação teórica, nenhuma. Portanto, um passado recente, o presente e o futuro da Corte apenas saliento que a contundência dos enunciados possui um valor simbólico incomensurável, porque representa um claro deslocamento do discurso de validade do Direito em direção ao Judiciário]. TODOS ELES TEM EM COMUM O FATO DE QUE O DIREITO É O QUE O JUDICIARIO DIZ QUE É E QUE A DOUTRINA DEVE SEGUIR QUE DIZ O JUDICIARIO.

O que deve preocupar a comunidade jurídica? Afinal, o que é o Direito? Seria ele, efetivamente, o que os três ministros dizem que é ou ele pode/deve ser outra coisa? Se for o que dizem (ou disseram) os três ministros, isso é democrático? A doutrina não avle nada, então? SE O DIREITO É O QUE OS TRES MINISGTROS DISERRAM, ENTÃO PARA QUE ESTAMOS AQUI HOJE? Para que escrevmos livros, teses, fazemos congressos? PARA SERMOS PROFETAS SOBRE O PASSADO OU SEJA, PROFETAS SOBRE O QUE OS TRIBUNAIS DISSERAM? Qual é a diferença do realismo à brasileira com o personagem HumptyDumpty de ALICE....? Aliás, o italiano PerluigiChiassoni diz que, quando Kelsen diz que o juiz faz ato de vontade, ele faz o que faz o personagem HD...

Deixemos isso mais claro, por amor ao debate, que parece estar esgarçado em *terrae brasilis*.

No âmago das três citações, vê-se presente o velho realismo jurídico. Mas se ve também a presença do andar de baixo da teoria kelseniana, que no fundo é uma espécie de realismo.

Há várias razões para que nos preocupemos. Por exemplo, por trás dessa tese de que “*a Constituição é aquilo que o STF diz que é*” e “o*Direito infraconstitucional é o que o STJ diz que é*”, está um livre-atribuir-de-sentido, que aproxima esse tardio realismo à Escola de Direito Livre e seus sucedâneos (sociologistas, voluntaristas ou não cognitivismos éticos).

De minha parte, permito-me — acadêmica e mui respeitosamente — contestar as três posições acima, que, na verdade, são uma só, porque tem uma raiz comum. E contesto dizendo que

o direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (Lenio Streck).

Ou seja, o direito possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. Só que estas, depois que o direito está posto — nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) — não podem vir a corrigi-lo de forma indutivista, transferindo o *locus* do discurso de validade para a “cabeça do juiz”, sob pena de completa ausência de legitimidade democrática.

Aqui me parece fundamental um olhar dworkiniano. Na verdade, o direito presta legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política lhe garante coercitividade. Concebendo a política como comunidade (*Polity*), o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política (*politics*), há uma coimplicação (sim, co-implicação e não “complicação”) entre eles na constituição do político. Como ponto de vista partidário, o Direito tem o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O Direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí política ou político, no sentido daquilo que é da *polis*, é sinônimo de público, de *res publica*.

Por tudo isso, a academia e a doutrina brasileira deveriam estar (mais) atentas. Sejamos claros. Se é verdade que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é e se é verdade que os juízes possuem livre apreciação da prova (sic) ou “livre convencimento” (sic), então para que serve a doutrina? Ela só serve para “copiar” ementas e reproduzir alguns “*obter dictum”*? Para que serve o “bordão” da “comunidade aberta dos intérpretes da Constituição”, tão propalada pelo Supremo Tribunal Federal?

Não estou satisfeito. Por isso, vou um pouco mais fundo. A questão que se põe — e aí a responsabilidade é da doutrina*lato sensu*— é que parece que não estamos preocupados com uma efetiva teoria “do” e “no” Direito. Historicamente, apostamos em uma dogmática jurídica tecnicizante, de cunho pragmaticista. No centro dessa dogmática, encontra-se o sincretismo metodológico.

O que sempre importou foi uma espécie de “hermenêutica de resultados”, algo do tipo “decido-e-depois-busco-o-fundamento”. É claro que isso pode, por vezes, dar resultados. Afinal, um relógio parado acerta a hora duas vezes ao dia. O grande problema é que ficamos na dependência não de uma estrutura jurídica de pensamento apta a fornecer sustentáculos à construção de decisões adequadas, mas, sim, de posturas individualistas (ou, se quiserem, solipsistas, para usar uma palavra chata).

Todos os dias, deparamo-nos com decisões ditadas pelo “livre convencimento”, que, no fundo, não passam de álibis teóricos para a ideologização da aplicação do direito. Uma portaria vale mais que a Constituição; circulares comandam a nação; o conceito de insignificância, no crime, depende de “cada cabeça”... PIOR; AINDA ACREDITAMOS QUE CADA CABEÇA, UMA SENTENÇA, INFAME ADÁGIO SOLIPSISTA QUE, QUANTO MAIS SE REPETE, MAIS ATRASA O DIREITO; até mesmo a tese do juiz natural evoca uma tardia confiança no bom juiz;

Um sintoma disso — e venho denunciando isso há anos — são os embargos declaratórios. Perguntem como funcionam os “embargos” no direito alemão, no francês e no norte-americano (berço do “realismo”)? Perguntem se lá um juiz pode mandar emendar a inicial sem dizer o porquê; perguntem, na verdade, se lá existem os tais embargos.Popr que algu´pem pode estar autorizado a produzir uma DECISÃO OBSCURA, CONTRADITORIA OU CONTENDO OMISSÕES?????????

O Direito não está à disposição do julgador. O Direito não é uma mera racionalidade instrumental. Aliás, por pensarem assim, os instrumentalistas do direito processual civil conseguiram “construir” isso que aí está. E no processo penal continuamos a pensar como há décadas atrás. Sequer conseguimos fazer cumprir o artigo 212 do CPP, conquista do sistema acusatório. E por que isso é assim? Porque o Direito é visto de forma fragmentária e pragmaticista. É constrangedor ver JURISTAS IMPORTANTES DIZEREM COISAS como Kelsen queria a aplicação da letra da lei... e que princípios são valores.

Não é por nada que a pesquisa de uma Universidade paranaense publicada recentemente deu conta de que as decisões judiciais refletiriam a ideologia pessoal dos juízes. Ora, os dados não me surpreendem. Confirmam a crise de paradigma que venho denunciando há anos. Nossa formação jurídica, nosso ensino, nossas práticas, encontram-se arraigadas a um paradigma filosófico ultrapassado. Sei que é difícil dizer isso, mas falta filosofia. Falta compreensão. Nosso imaginário jurídico está mergulhado na filosofia da consciência (na verdade, na sua vulgata). Nele, cada juiz é o “proprietário dos sentidos”. É um equívoco dizer que sentença vem de *sentire*. Essa é uma das grandes falácias construídas no Direito.

Na democracia, as decisões não podem ser fruto da vontade individual ou da ideologia ou, como queiram, da subjetividade do julgador. A primeira coisa que se deveria dizer a um juiz, quando ele entra na carreira é: Não julgue conforme o que você acha ou pensa. Julgue conforme o Direito. Julgue a partir de princípios e não de políticas. Aceitar que as decisões são fruto de uma “consciência individual” é retroceder mais de 100 anos. E é antidemocrático.

Dizendo o que já disse sobre a pesquisa do Paraná: juiz tem responsabilidade política. Ele decide. A consciência do juiz não é um ponto cego ou isolado da cultura. Quando o desembargador — nessa pesquisa do Paraná — diz que não dá para esperar que o juiz se separe de seus conceitos políticos e religiosos etc., tem um problema: Ninguém nessa altura do campeonato acha que o juiz é uma alface ou que esteja amarrado aos textos como no iluminismo. Desde há muito que a hermenêutica, principalmente a filosófica, superou isso, na medida em que a carga de pré-conceitos não é um mal em si, mas é uma aliada. Interpretar não é atribuir sentidos de forma arbitrária, mas é fazê-lo a partir do confronto com a tradição, que depende da suspensão dos pré-conceitos. Se o juiz não consegue fazer isso, não pode e não deve ser juiz. São os dois corpos do rei, como diria Kantorowicz. Dworkin diz muito bem que não importa o que o juiz pensa; não importa a sua subjetividade. Suas decisões devem obedecer a integridade e a coerência do Direito.

PARECE QUE APRENDEMOS POUCO COM OS GREGOS. Oresteia – Eumenidas.....

Hoje, o direito tem de ser defendido dos seus predadoresexternos(moral, çpolitica e economia) e internos (pamprincipiologismo, decisionismos, subjetivismos, etc).

Construi o esboço de uma teoria da decisão......(pedaço final da conferencia anterior...).

Não vou expo-la aqui. Tem de ter um espaço próprio. Quero apenas deixar dito QUE DEVEMOS RESGATAR O PAPEL DA DOUTRINA, SE É QUE ELA JÁ TEVE ESSE PAPEL: o de constranger epistemologiacemente quem julga. VERBETE CONSTGRANGIMENTO... Explicar picanha e maminha....

Final: historinha dos critérios – tubarões.

Talvez com a historinha que contarei a seguir seja possível passar de forma mais simples o que tento dizer de há muito. É de Luis Fernando Veríssimo. Divido-a com vocês (com pequenas adaptações). A crônica é “Critérios”. Vamos a ela. Eu gostaria de tê-la escrito.

Os náufragos de um transatlântico, dentro de um barco salva-vidas perdido em alto-mar, tinham comido as últimas bolachas dos pacotinhos e contemplavam a antropofagia como único meio de sobrevivência.  
— Mulheres primeiro — propôs um cavalheiro.  
A proposta foi rebatida com veemência pelas mulheres. Onde se viu, as mulheres? Machista. Safado.

De todo modo, estava posta a questão fulcral: *qual critério usar para decidir quem seria comido primeiro para que os outros não morressem de fome?*  
— Primeiro os mais velhos — sugeriu um jovem.  
Os mais velhos imediatamente se reuniram num protesto. Falta de respeito!  
— É mesmo — disse um — somos difíceis de mastigar.  
— Por que não os mais jovens, sempre tão dispostos aos gestos nobres?  
— Somos, teoricamente, os que têm mais tempo para viver — disse um jovem. E vocês precisarão da nossa força nos remos e dos nossos olhos para avistar a terra.  
— Então os mais gordos e apetitosos, sugeriu o jovem.  
— Injustiça! — gritou um gordo. — Temos mais calorias acumuladas e, portanto, mais probabilidade de sobreviver de forma natural do que os outros.  
— Então comamos os mais magros.  
— Nem pensem nisso — disse um magro, em nome dos demais. Afinal, somos pouco nutritivos.  
— Por que não comemos os religiosos, gritou outro.  
— Negativo. Não esqueçam que só nós temos um canal aberto para lá — disse um pastor, apontando para o alto — e que pode se tornar vital, se nada mais der certo.  
Era um dilema.  
É preciso dizer que esta discussão se dava num canto do barco salva-vidas, ocupado pelo pequeno grupo de passageiros de primeira classe do transatlântico, sob os olhares dos passageiros da patuleia, apertada na segunda e terceira classes, isto é, o resto da embarcação e não diziam nada. Até que um deles perdeu a paciência e, já que a fome era grande, inquiriu:  
— Cumé é que? Cadê a boia (na verdade, queria dizer “comida”).  
Recebeu olhares de censura da primeira classe. Poxa, o patuleu não sabe nem falar o português. Mas como estavam todos, literalmente, no mesmo barco, também recebeu uma explicação.  
— Estamos indecisos sobre que critério utilizar.  
— Pois eu tenho um critério — disse o patuleu.  
— Qual é?  
— Vamos comer primeiro os indecisos.  
Esta proposta causou um rebuliço na primeira classe acuada. Um dos seus teóricos levantou-se e pediu:  
— Não vamos ideologizar a questão, pessoal!  
Em seguida levantou-se um ajudante de maquinista e pediu calma. Queria falar.  
— Náufragas e náufragos — começou — Neste barco só existe uma divisão real, e é a única que conta quando a situação chega a este ponto. Não é entre velhos e jovens, gordos e magros, poetas e atletas, crentes e ateus... É entre minoria e maioria.  
E, apontando para a primeira classe, gritou:  
— Vamos comer a minoria!  
Novo rebuliço. Protestos. Revanchismo, não, gritavam os membros da primeira classe!  
Mas a maioria avançou sobre a minoria. A primeira classe não era primeira em tudo?  
Pois seria a primeira a ser devorada.  
Entretanto, restava um problema. Não podiam comer toda a primeira classe, indiscriminadamente. *Ainda precisava haver critérios*. Foi quando se lembraram de chamar o Natalino. O chefe da cozinha do transatlântico. E o Natalino pôs-se a examinar as provisões, apertando uma perna aqui, uma costela ali, com a empáfia de quem sabia que era o único indispensável a bordo.

O fim desta pequena história admonitória é que, com toda agitação, *o barco salva-vidas virou e todos, sem distinção de classes, foram devorados pelos tubarões. Que como se sabe, não têm nenhum critério*.

Conclusão:

Por isso, a aplicação do Direito precisa de critérios. Aplicados sempre de forma equânime (por e com *fairness*). Não pode ser feita na base do “o clamor público exige”, “entre a lei e minha consciência, fico com a última”, “em nome da verdade real”, “julgar é um ato de fé”, “prova é o nome dado a uma crença” (sobre isso farei uma Coluna!), “a sociedade está pedindo mais punição”, “em nome dos fins, posso usar qualquer meio”, “é melhor condenar alguém do que ninguém” e assim por diante.

A democracia precisa de critérios. *Antes que sejamos todos devorados pelos tubarões.* Se é que já não estão às nossas portas. Na verdade, já estão.

MORAL DA HISTÓRIA: Tubarões não tem critérios. *Tubarões não sabem nada de Direito*. Tubarões cuidam apenas de seu apetite. Atendem apenas aos seus desejos. Quem cuida do Direito *não deve e não pode* se comportar como os tubarões. O Direito só funciona mediante critérios.

METAFORICAMENTE: Preocupado com o apetite dos tubarões e com sua irracionalidade, VENHO AQUI NESTA AULA MAGNA *importuná-los e avisar que precisamos de critérios.*

Eis meu recado: Que o Direito é que serve para filtrar a moral e a política, e não o contrário.