

George Marmelstein

O Direito

**Fora da
CAIXA**

2.^a edição

2019

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



2

Pensar Direito

"Nós começamos confusos e terminamos confusos num nível mais elevado"

Provérbio citado por A. F. Chalmers¹

Na faculdade de direito da UFC, havia um professor bastante debochado que costumava levar três carimbos para sala de aula e sempre que um aluno fazia uma pergunta mais difícil, envolvendo um daqueles problemas que até mesmo o Google é incapaz de responder, ele segurava os carimbos entre os dedos, levantava os braços e bradava com o tom bem sério: *"as respostas para todos os problemas jurídicos da humanidade estão em um desses três carimbos; basta escolher um, que seu problema está resolvido"*. Os carimbos eram *"defiro"*, *"indefiro"*, *"conclusos para decisão"*.

É lógico que esse professor estava zombando, no espírito de humor típico de alguns seres mais elevados. Mas, por detrás dessa brincadeira inocente, há uma crítica sutil, porém profunda, à prática do direito. Nós, do direito, adoramos uma resposta padronizada, de preferência daquelas que não nos obrigue a pensar muito. Quanto menos trabalho tivermos para resolver um problema, melhor.

Há razões práticas para isso. A sociedade espera que o sistema judicial se comporte de forma previsível, sem surpresas e, de preferência, o mais rápido possível, dentro daquilo que se convencionou chamar de *"devido processo legal"* dentro da *"razoável duração do processo"*.

Precisamos observar formas, prazos e rituais solenes. Tudo funciona para que o resultado do processo decisório não seja arbitrário e,

1. CHALMERS, A. F. **O Que é Ciência Afinal? (What is this thing called science?, 1983)** São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 22.

para isso, são impostas algumas diretrizes normativas que amarram os juristas com regras pré-determinadas, não apenas em relação ao procedimento a ser seguido, mas também em relação ao conteúdo das respostas a serem apresentadas.

Para dar conta dessa ânsia de certeza, de celeridade e de eficiência, o trabalho jurídico acaba se transformado em uma linha de produção mecanizada, onde a função dos “operadores do direito” consiste, basicamente, em encontrar a resposta pré-definida para os problemas que surgem, repetindo a mesma resposta para todos os casos semelhantes. Esse fenômeno é bem conhecido nos bastidores do mundo forense e tem até mesmo apelidos: processos repetitivos, julgamentos em massa, casos rotineiros, sentenças chapadas e assim por diante.

Se, por um lado, a automatização do raciocínio jurídico tem vantagens práticas inegáveis, especialmente quando estamos diante de conflitos massificados que exigem soluções imediatas, previsíveis e isonômicas, por outro lado, ela possui um péssimo efeito colateral que é a *alienação* daqueles que fazem parte do sistema. Perdemos o senso crítico e nos transformamos aos poucos em pessoas estúpidas que não pensam por conta própria, mas apenas seguem sem questionamentos, como robôs abobalhados, as instruções detalhadas que são impostas de cima para baixo. A alienação faz com que percamos a noção de responsabilidade pelos nossos atos, já que nos transformamos em meras engrenagens de um sistema muito maior do que nós, sem autonomia e sem capacidade de questionar qual é o sentido daquilo que nós fazemos.

Juristas alienados são facilmente manipuláveis, tornando-se servos fiéis dos poderosos de ocasião. E isso é extremamente perigoso para a sociedade, pois o direito, que deveria ser um instrumento de limitação do arbítrio, pode se transformar, ele próprio, numa arma de opressão, a serviço da “banalidade do mal”, para usar a famosa expressão criada por Hannah Arendt. A humanidade já teve a oportunidade de testemunhar esse fenômeno durante o nazismo e vários outros regimes ditatoriais, onde o estado funcionou como uma linha de produção de atrocidades, com o aval das leis e dos juristas, que, friamente, cumpriram sua atividade burocrática sem qualquer crise moral, como se fossem bons e orgulhosos funcionários da morte.

Infelizmente, é cada vez mais difícil lutar contra esse tipo de alienação mesmo nos dias de hoje, quando quase todos estão conscientes dos perigos de uma aplicação mecânica e acrítica do direito estatal.

A ameaça não vem apenas do sistema político, mas também do sistema econômico. O mercado “capturou” as faculdades de direito de tal forma que o ensino jurídico tornou-se ele próprio uma mercadoria produzida em massa. Os alunos não são estimulados a pensar, mas apenas a decorarem respostas “prontas pra usar” (“*prêt-à-porter*”), que serão cobradas à exaustão nas provas de acesso aos mais relevantes cargos públicos. A situação está tão absurda que quem pensa demais e ousa ser original, propondo novas soluções para velhos problemas, não é aprovado: para ter sucesso nos concursos e nas provas o importante é memorizar e reproduzir os mantras consolidados!

A consequência prática desse modelo (educacional?) que privilegia o conhecimento mnemônico em detrimento da reflexão consciente é que os professores, em sua maioria, tornaram-se meros reprodutores e sistematizadores das leis e dos precedentes judiciais. Em sala de aula, ficam repetindo literalmente o que está na lei, num claro menosprezo à inteligência dos alunos, que são perfeitamente capazes de lerem os enunciados legais por conta própria sem precisarem de um locutor martelando enunciados em seus ouvidos.

Essa massificação do ensino afeta o direito como um todo. Para perceber isso basta ver que são cada vez mais escassas as obras críticas no Brasil. Os livros jurídicos mais vendidos não desenvolvem nada de novo, mas apenas reproduzem as principais decisões dos tribunais. Os autores se autobajulam mutuamente, repetindo com outras palavras o que está claramente previsto na lei ou nas ementas dos julgados, muitas vezes tornando mais longo o que poderia ser dito de forma mais direta. É só inverter a ordem das palavras ou acrescentar alguns sinônimos que você se torna, nesse modelo, um escritor original!

Os alunos, embora sejam vítimas, também têm sua parcela de culpa, ainda que seja uma culpa involuntária, já que não têm outra opção senão se curvarem diante do sistema. Muitos estudantes – veja bem: estudantes de direito! – fogem da discussão crítica como o diabo foge da cruz, como se tivessem uma espécie de alergia a um bom debate de ideias. Poucos estudam para aprender, mas apenas para passar. Se o professor indica um texto mais profundo, a pergunta básica é

“isso vai cair na prova?”. Se o professor quer que o aluno produza algo inédito, surge logo um “vale ponto?”. Se o professor provoca uma discussão mais complexa onde as respostas exigem uma reflexão mais demorada, a pergunta é “o Supremo já julgou isso?”. Naturalmente, o mercado editorial segue essa tendência e não quer saber de livros teóricos que façam o leitor pensar muito: o público exige “esquemas”, “macetes” e “resumos”, enfim produtos enlatados para serem consumidos por uma massa de iludidos que acreditam que a aprendizagem pode ocorrer por osmose.

Num sistema assim, onde o que importa é decorar o pensamento alheio e repetir o senso comum, não há espaço para a produção de uma doutrina crítica e influente. A “doutrina” daí resultante, regra geral, é dócil como um carneirinho, até porque, no modelo atual, em que quase todos os juristas estão amarrados por interesses profissionais e econômicos, não há clima para uma crítica mais ácida, que é a matéria-prima básica para a evolução do conhecimento. Ninguém gosta de se indispor com quem está no poder e todos procuram agradar os que estão por cima, espalhando elogios gratuitos para massagear o ego dos excelentíssimos medalhões de toga. São poucos os que têm coragem de identificar abertamente um erro cometido por algum tribunal e publicar um artigo consistente demonstrando que os juízes se equivocaram grotescamente. As críticas são veladas, tímidas, superficiais e quase sempre motivadas por razões econômicas. Criticar abertamente, sem o uso de “datas vênias” ou outras frases fingidas, transformou-se em falta de educação²!

Não é preciso ser muito inteligente para perceber que, nos dias de hoje, as ações do pensamento crítico e da filosofia estão em queda na bolsa de valores do mercado jurídico.

Existem, é certo, algumas tentativas de reabilitação da filosofia no ensino jurídico. Curiosamente (ou paradoxalmente), alguns concursos públicos estão inserindo em seu conteúdo programático

2. Aqui merece ser feita uma nota de atualização. Desde que este artigo foi escrito, houve mudanças na mentalidade acadêmica que se tornou bem mais crítica – e até mesmo hostil – à atuação judicial, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Há fatores políticos que podem explicar este fenômeno. De qualquer modo, a crítica central do artigo original – que se dirigia ao material consumido pelos alunos e concurreiros – continua válida. Os textos, em geral, são meras aclamações domesticadas da jurisprudência dos tribunais superiores.

algumas questões filosóficas. A inclusão da filosofia nos concursos públicos ressalta certamente a importância dessa disciplina para a formação humanística dos profissionais do direito. Apesar disso, há uma séria chance de que a massificação do ensino torne essa cobrança totalmente sem sentido, já que, se a tradição continuar, o aluno não se preocupará em apreender a filosofar, mas apenas a decorar mecanicamente as teorias filosóficas de um modo superficial e com o único propósito de acertar a questão. Corremos o sério risco de transformar o ensino da filosofia em um ensino massificado e pouco crítico, totalmente contrário ao próprio espírito da filosofia.

De todo modo, não se pode negar que é extremamente difícil compatibilizar o trabalho jurídico com as divagações mais críticas, abstratas e especulativas. Parece haver um abismo insuperável entre o mundo do pensamento filosófico e o mundo do jurista prático dos tempos de hoje, para quem o tempo é valioso e a vida acelerada.

O filósofo gosta de questionar tudo; duvida de todos, até dele mesmo; não se conforma com explicações óbvias; tenta fugir do senso comum; desbrava caminhos intelectuais até então desconhecidos pela maioria das pessoas; critica por hábito; não se apegua a modelos pré-estabelecidos, nem a normas impostas; elabora sistemas miraculosos, alguns beirando o absurdo, para explicar o inexplicável; vasculha novos horizontes para escapar da perspectiva unidimensional compartilhada pelo restante do “rebanho”; desenvolve argumentos incomuns e inusitados, alguns difíceis de serem digeridos; abala as convicções mais consolidadas; desconstrói dogmas; incomoda aqueles que seguem o pensamento dominante; faz pouco caso das autoridades, especialmente das intelectuais; irrita quem não gosta de pensar e faz tudo isso com prazer.

Já se nota a total discrepância entre os juristas práticos e os filósofos. O filósofo gosta de contemplar, de interrogar, de pensar; o jurista, de dar respostas e de decidir. Em geral, o filósofo hostiliza a técnica. Para ele, o grande prazer é tentar encontrar *verdades absolutas*, a *essência das coisas*, o *mundo ideal*, as *coisas em si*, o *reino dos fins*. São poucas as discussões filosóficas que terminam em consensos definitivos. É precisamente o contrário do que se espera de um profissional do direito: nós, juristas, temos uma mentalidade mais voltada para a solução imediata dos problemas. Possuímos uma ingenuidade consciente, ou seja, sabemos que as nossas soluções não são perfei-

tas, nem imutáveis, mas nos conformamos com elas, pois sabemos que algumas decisões inevitavelmente têm que ser dadas e não temos todo o tempo do mundo para ficar especulando sobre uma utópica verdade que nunca chega. Aliás, muitas vezes, numa atitude de autoengano deliberado e consciente, sacrificamos intencionalmente a busca da verdade por uma questão de conveniência, deixando de lado questões fundamentais de justiça por motivos meramente formais. Parafraseando Herbert Viana e Torquato Pereira de Araújo Neto, pode-se dizer que nós, juristas, *só queremos saber do que pode dar certo, não temos tempo a perder.*

E se não temos tempo a perder, evitamos nos envolver com abstrações “sem sentido” que só servem para derrubar os nossos pontos de apoio e nos desviar das respostas que procuramos. Nós, juristas, somos críticos, mas até certo ponto. Partimos de algumas premissas que não questionamos por uma razão muito simples: não precisamos questioná-las, nem temos tempo para questioná-las, nem nossa formação acadêmica nos dá as ferramentas necessárias para questioná-las. Nesse aspecto, somos mesmo “dogmáticos” no sentido mais estrito e pejorativo do termo, uma vez que confiamos em nossas opiniões sem examinar criticamente os seus fundamentos, desconsiderando liminarmente qualquer ponto de vista que possa colocá-las em dúvida. Temos uma natural ojeriza às ideias dissidentes, que passam abalar o nosso sistema de crenças.

Para nós, a *verdade jurídica* está em um misterioso “ordenamento”, que aprendemos a respeitar não apenas porque ele nos fornece o nosso ganha-pão, mas também porque é nele que depositamos as nossas esperanças e apostamos as fichas de nosso “sentido de vida”, pelo menos da nossa vida profissional. A justiça está escrita em um livro verde e amarelo meio desbotado, elaborado por alguns sujeitos que nunca vimos na vida, a não ser através de imagens. Acima da Constituição, só há a metafísica, a teologia e as estrelas: e o jurista comodamente finge que não precisa voar tão alto uma vez que as respostas para as nossas perguntas já são todas fornecidas por esse oráculo mágico e sagrado chamado “ordenamento jurídico-constitucional”.

Com isso, deixamos de especular acerca de um suposto fundamento último de nossas convicções, sobretudo quando nossas intuições funcionam normalmente e, na maioria das vezes, nos levam na

direção correta. Qualquer semelhança com o misticismo não é mera coincidência: o fundamento é essencialmente o mesmo.

Tudo isso faz com que seja cada vez mais raro encontrar estudantes de direito que se preocupem em aprimorar o seu senso crítico através da leitura de obras mais profundas. A maioria dos estudantes, com uma preguiça mental típica de qualquer estudante pouco comprometido com o aprendizado, costuma questionar antes mesmo de se dar ao trabalho de ler qualquer texto filosófico: *para quê estudar teorias mais abstratas entediadas e incompreensíveis se, na “hora H”, a decisão terá que ser tomada com base nos precedentes e nas leis positivas? Para quê saber a relação entre direito e moral se a Fundação Carlos Chagas só cobra o texto da lei? Ao invés de conhecer as teorias da justiça não é melhor ler os informativos do Supremo Tribunal Federal?*

Essa é uma forma de pensar muito comum entre os estudantes de um modo geral e não os culpo por isso. Aliás, se formos procurar culpados, talvez os próprios filósofos possam ser considerados, em grande parte, responsáveis por esse estado de coisas, pois foram eles que fizeram com que a filosofia do direito perdesse gradualmente a sua razão de ser ao se distanciar do *mundo prático* e talvez até mesmo do *mundo da vida*.

Os filósofos sempre foram acusados, com grande dose de razão, de serem “sonhadores demais” e de buscarem respostas utópicas e sem base empírica que não correspondem à realidade. Francis Bacon já dizia que, *“quanto aos filósofos, são as suas palavras como as estrelas que dão pouca luz por estarem demasiadamente altas”*. Por sua vez, Bertrand Russell, com ironia, afirmava que “o truque da filosofia é começar por algo tão simples que ninguém ache digno de nota e terminar com algo tão complexo que ninguém entenda”. Na mesma linha, Platão, no seu famoso diálogo Teeteto, contou que, em certa ocasião, o filósofo Tales caminhava observando as estrelas quando caiu num poço. Uma mulher que assistiu à cena comentou de forma bem humorada: *“o que é que estás à espera de ver no céu, se nem és capaz de ver o chão que pisas?”*.

É até curioso o fato de os filósofos quererem solucionar os problemas mais complexos e fundamentais do universo, as questões essenciais da condição humana, o mais sublime sentido das coisas e da vida quando, muitas vezes, sequer conseguem resolver os problemas mais simples do cotidiano.

De fato, parece que muitos filósofos, mesmo nos dias de hoje, são incapazes de enxergar o chão à sua frente e preferem construir pensamentos tão densos e abstratos que não fazem o menor sentido para pessoas “normais”. Esse fenômeno se dá não apenas em relação às questões filosóficas mais abstratas, como a metafísica ou a ontologia, mas até mesmo em relação a assuntos mais práticos, como a política, a ética ou o direito, que, por dizerem respeito ao dia a dia das pessoas, deveriam ser apresentados de uma forma mais clara e mais simples. Às vezes, lendo alguns livros de filosofia, dá vontade de cantarolar a música “Toda Forma de Poder”, dos Engenheiros do Havai: “eu presto atenção no que eles dizem, mas eles não dizem nada”.

Porém, nem toda filosofia precisa ser complicada e desnecessariamente obscura. Há que se separar o joio do trigo. E é isso que tenho em mente quando tento compreender algumas ideias filosóficas. Sou jurista e não filósofo, nem tenho qualquer pretensão de me tornar filósofo. Mesmo assim, faço sempre questão de buscar inspiração também na filosofia e em outros ramos do conhecimento, por saber que o mundo do direito exige cada vez mais uma abertura cognitiva. E não tenham dúvida de que o pensamento filosófico pode ser uma ferramenta extremamente útil para abrir os horizontes intelectuais dos juristas.

É preciso reconhecer o óbvio: o direito é muito mais do que leis, decretos e acórdãos de jurisprudência. Um jurista que decorou todas as leis em vigor, mas não tem a mínima noção sobre o fundamento do direito é como uma pessoa que decorou todos os nomes e números de uma lista telefônica, mas não sabe sequer para que serve o telefone.

O bom profissional do direito não pode se isolar de outros ramos do saber, pois, para solucionar os problemas jurídicos, toda informação é bem-vinda. Daí porque é preciso saber um pouco de tudo. Como diria Blaise Pascal, *“uma vez que não podemos ser universais e saber tudo quanto se pode saber acerca de tudo, é preciso saber-se um pouco de tudo, pois é muito melhor saber alguma coisa de tudo do que saber tudo apenas de uma coisa”*.

Todo aquele que deseja se tornar um bom jurista precisa abrir a mente. Nossa principal ferramenta de trabalho é o pensamento e a argumentação. Para argumentar com inteligência, é fundamental

assimilar o maior número de informação possível e saber utilizá-la. Essa deve ser uma preocupação contínua na formação jurídica.

Da filosofia em particular, é possível assimilar os ingredientes básicos para um pensamento jurídico crítico: a humildade intelectual, a dúvida consciente, a abertura para o diálogo, a crítica racional e a constante e sincera preocupação com o conhecimento e com a ética com o intuito de construir um mundo melhor.

A humildade intelectual é um pressuposto básico de tudo. “*Só sei que nada sei e nem isso eu sei*”: eis o lema de Sócrates, que deveria ser seguido por qualquer pessoa em processo de aprendizagem. Aqueles que se sentem como deuses oniscientes e que assumem uma postura de superioridade intelectual diante das outras pessoas é como um jumento empacado.

Nesse aspecto, nós, juristas, somos pecadores. Costumamos ter o rei na barriga e fingimos que somos capazes de, com nossas canetas mágicas, transformar uma folha de papel na mais perfeita encarnação da justiça. Não costumamos assumir nossos erros, nem mudar de opinião mesmo quando sabemos que estamos errados, o que certamente não é um defeito exclusivo dos juristas. É preciso que sejamos menos arrogantes do ponto de vista intelectual e estarmos dispostos a abrir mão de nossos pontos de vista sempre que eles se mostrem falhos. Ter consciência de que ninguém é dono da verdade – e de que sequer é possível descobrir com certeza se uma ideia é absolutamente verdadeira – é o primeiro passo para evoluir intelectualmente.

A dúvida também é outro ponto importante. O conhecimento nasce da incredulidade. Duvidar era o lema de Descartes, o pai da filosofia moderna. Michel de Montaigne também dizia que “*saber muito é, quase sempre, a causa de muito duvidar*”. Duvidar de tudo e de todos. Duvidar dos discursos. Duvidar das leis. Duvidar dos juízes. Duvidar dos políticos. Duvidar dos professores. Duvidar dos livros. Duvidar das autoridades. Duvidar até mesmo da própria razão, da intuição e dos sentidos, que frequentemente nos enganam.

Mas a dúvida não pode ser inconsequente. É preciso duvidar, mas também estar aberto para ouvir e compreender os outros. O diálogo é essencial para o direito, assim como para qualquer área do conhecimento. É preciso estar sempre com a mente aberta, preparado para dialogar, ouvir e tentar compreender as ideias alheias, mesmo que não se concorde com elas. É fundamental estar disposto a apren-

der com os nossos “adversários” intelectuais. No mundo do debate de ideias, não deve haver inimigos, mas colaboradores. A metáfora do “ponto cego”, lembrada por Marcelo Neves, no seu livro “Transconstitucionalismo”, serve para ilustrar esse aspecto: embora nós não sejamos capazes de enxergar o “ponto cego”, é possível que outra pessoa consiga. Assim, o nosso campo de visão se amplia consideravelmente a partir do momento em que estejamos dispostos a ouvir o que o outro tem a dizer e não simplesmente querer impor a nossa própria visão de mundo na base da força e da arrogância. Afinal, não há nenhuma pessoa ou grupo social que seja capaz de ter uma visão tão privilegiada e tão abrangente de determinado problema que possa se arrojar no direito de impor a sua própria solução às outras pessoas sem levar em conta o que elas têm a dizer.

Por outro lado, apesar de estar disposto a conhecer ideias novas, é fundamental ter sempre uma visão crítica, questionar tudo, desconfiar dos “argumentos de autoridade”. Não se deve conformar facilmente com os pontos de vista que são apresentados. Aliás, não se deve aceitar acriticamente nem mesmo com os nossos próprios pontos de vista, pois eles podem estar errados.

Apesar disso, não se deve criticar por criticar, como se o objetivo de tudo fosse “destruir o inimigo”. Aquele que desconstrói um ponto de vista sem oferecer nada melhor em troca pode ser tão inútil para a humanidade quanto aquele que destrói um abrigo por conter goteiras deixando todos numa situação ainda pior. A função da crítica deve ser a de identificar erros que possam permitir o surgimento de novas perspectivas capazes de levar à descoberta conjunta da verdade ou de soluções que proporcionem uma vida melhor.

A busca do conhecimento e a construção de um mundo melhor: eis o objetivo final de toda essa empreitada. Buscar o conhecimento significa, antes de tudo, ter consciência de que a verdade absoluta jamais pode ser atingida, pois nossas capacidades intelectuais são extremamente limitadas enquanto a nossa ignorância se expande progressivamente ao infinito. O conhecimento absolutamente certo e demonstrável é um objetivo que jamais pode ser alcançado. Isso não significa, contudo, que devemos desistir de tentar conhecer o mundo que nos cerca. Devemos, pelo contrário, buscar a verdade, ainda que na maioria das vezes possamos falhar por uma larga margem. O mais importante, contudo, é nunca desistir de buscar um mundo melhor de se viver.