

**George Marmelstein**

# **O Direito Fora da Caixa**

**2018**

## Nota do Autor

Lá pelos idos de 2002, numa época em que ainda nem existiam blogs, nem *Facebook*, nem *Instagram*, criei o meu primeiro *site* pessoal. Minha intenção era apenas desenvolver uma espécie de “sala de aula virtual”, onde eu pudesse compartilhar com meus alunos algumas decisões ou artigos que eu citava em sala de aula. Aproveitei para incluir também algumas petições, sentenças e artigos de minha autoria, como se fosse uma janela aberta para toda a minha produção acadêmica e profissional. Era tudo bem amador e despretensioso, mas inovador para uma época em que a *internet* ainda era discada.

Cerca de dois anos depois, transformei o *site* pessoal em um *blog*, que surgiu como a novidade do momento. Chamei-o *Direitos-Fundamentais.Net*, que se tornou um dos primeiros *blogs* jurídicos do Brasil. Ao invés de postar apenas textos “sérios”, passei a usar o *blog* como um balão de ensaio de ideias mais leves e mais ousadas. Para minha surpresa, o *blog* se tornou um grande sucesso, com milhares de acessos diários dos quatro cantos do planeta.

De lá para cá, já se passaram quinze anos. Nesse período, titulei-me juiz federal, tornei-me professor, fiz quatro especializações, concluí o mestrado e o doutorado, casei com a mulher que amo, tive dois filhos, completei duas maratonas, publiquei um livro e vários artigos. E o *blog* me acompanhou em cada um desses momentos.

Desde o início, fiquei impressionado com o alcance daquelas minhas postagens despretensiosas. Foram mais de três milhões de visualizações de diversas partes do mundo, com a participação de um público extremamente heterogêneo, composto por juristas e não juristas, estudantes e pós-graduados, amigos e desconhecidos, brasileiros e estrangeiros...

É lógico que dediquei uma grande parte de minha vida para fazer o *blog* funcionar. Um *blog* é alimentado com ideias, e transformar ideias em textos demanda muito esforço cognitivo e tempo. É difícil calcular as horas que passei sentado à frente de um computador, muitas vezes perdendo noites de sono para não deixar passar uma ideia que surgiu de repente, no meio da madrugada. Isso sem falar nas inúmeras vezes em que quase bati o carro, tentando gravar no celular um argumento que me veio à mente enquanto eu dirigia para depois ser incluído em um *post*.

Eu já tentei várias vezes tentar compreender o que me motiva a gastar tanto tempo da minha vida em algo que nunca me deu um centavo de lucro. Parece ser um misto de vaidade com bondade, ou então um interesse de compartilhar angústias e transmitir ideias. Não sei ao certo. O que sei é que o *blog* produz, em mim, um grande efeito terapêutico. Para uma mente inquieta como a minha, é um alento ter um lugar para lançar minhas ideias livremente e perceber que outras pessoas também se interessam pelos mesmos temas.

O *blog* sempre foi para mim um ambiente de estímulo e não de opressão. É nele que me sinto à vontade para escrever sem compromisso. É ele que gera em mim a vontade de estar sempre pensando e produzindo ideias novas. Divirto-me escrevendo e cresço escrevendo. Lá, posso expor meus pensamentos a um público maior para que eu possa melhorá-los e, quem sabe, escrever algo mais sério no futuro. Sempre acreditei que as críticas dos leitores poderiam ampliar meus horizontes, jogando um pouco de luz nos meus “pontos cegos”.

Tudo isso, misturado a um orgulho vaidoso do criador diante da criatura, me incentivou a dedicar um pouco mais do meu tempo para organizar este livro, que é uma espécie de bolo de aniversário de 15 anos do *blog*.

Resolvi publicar aqui alguns textos que têm em comum um espírito de libertação intelectual. Quase todos surgiram em momentos de inquietação e de angústia a respeito de algum problema jurídico que, na ocasião, me intrigava. Com um problema em mente, as ideias surgiam de modo meio caótico e difuso, e o modo que eu encontrava para organizar essas ideias era escrever um *post*, publicar no *blog* e aprimorá-las constantemente na medida do *feedback* dos leitores.

Obviamente, nem todos os textos são fruto de uma demorada reflexão crítica ou representam uma certeza epistêmica insofismável. Pelo contrário. Como foram escritos em um espírito de libertação in-

telectual, minha preocupação precípua ao escrevê-los foi justamente gerar ideias, ou seja, forçar o raciocínio e a imaginação para levantar uma discussão capaz de frutificar. Se essas ideias causavam inquietação em outras pessoas, meu objetivo já estaria plenamente alcançado independentemente de serem convincentes.

Foi muito difícil selecionar os textos e organizá-los em um sistema que fizesse sentido. A ordem cronológica seria a opção mais fácil, mas o leitor poderia sentir uma dificuldade de perceber a conexão entre os textos. Optei então por organizá-los em blocos temáticos, incluindo em todos eles a data da postagem, a fim de que seja possível situá-los no tempo. Incluí também vários textos inéditos que se interconectam com os temas discutidos no *blog*.

Os blocos foram assim sistematizados: (1) *Pensar Direito*, em que estão alguns textos mais relacionados ao pensamento jurídico crítico (no sentido de antidogmático ou questionador); (2) *Juristocracia Verde e Amarela*, onde inclui os textos que tratam da prática jurisdicional, em geral com uma visão mais ácida e não-conformista; (3) *O Direito Fora da Caixa*, em que trato de alguns problemas jurídicos específicos, sempre tentando apresentar um olhar “fora da caixa”, fugindo do senso comum ou da opinião dominante.

Procurei interferir o mínimo possível no conteúdo dos textos para não afetar a sua essência. Foram feitas apenas algumas correções e adaptações, mas o espírito não foi alterado, mesmo que meu posicionamento tenha modificado ao longo do tempo. Procurei, no entanto, aprimorar ainda mais o estilo, incluindo, eventualmente, a indicação de algum elemento modificador mais relevante.

Como o leitor perceberá, a qualidade dos textos é bem variada. Enquanto uns são mais sofisticados, outros são puro deboche. Em todos, porém, há a leveza de estilo e o desejo de provocar um debate livre de amarras protocolares ou acadêmicas. O primeiro texto - *Breaking The Law* - é uma espécie de “manifesto” dessa proposta.

Aposto que você vai gostar!

**George Marmelstein,**

*juiz federal, que, nas horas vagas, edita o blog*  
*DireitosFundamentais.Net*

*Email: georgemlima@yahoo.com.br*

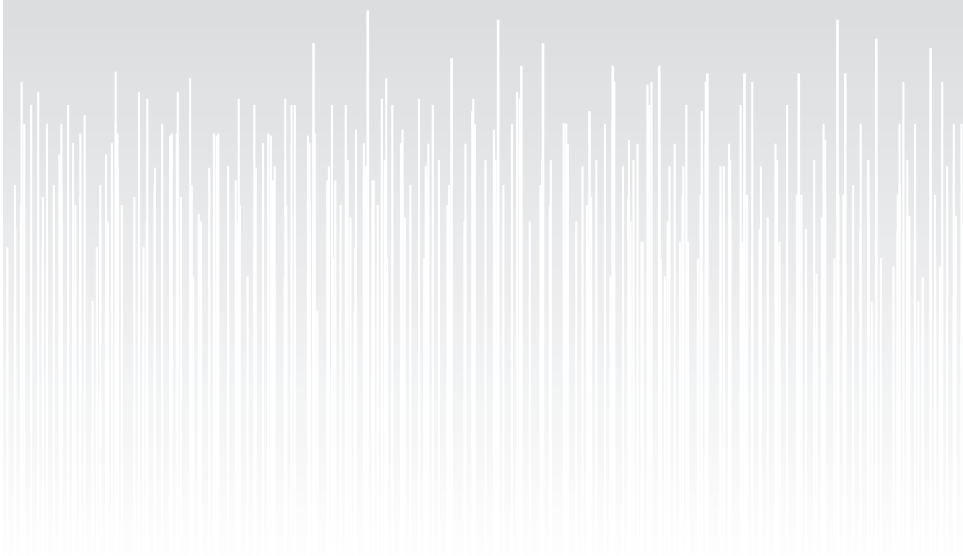
*Instagram: @direitos\_fundamentais\_net*



---

# Pensar Direito

---





## Breaking The Law

“There I was completely wasting / Out of work and down  
All inside it’s so frustrating / As I drift from town to town  
Feel as though nobody cares / If I live or die  
So I might as well begin / To put some action in my life”  
Breaking the Law, Judas Priest

Eis o manifesto inaugural de uma nova forma de pensar o direito. O princípio básico é este: ouse pensar fora da caixa. A receita é simples: pegue todas as crenças consolidadas e as questione. A atitude é sempre desconfiar do discurso aparente e ir a fundo nas reais intenções e propósitos (conscientes e inconscientes) daquilo que é dito.

Pensar fora da caixa é, de certa forma, um modo de *hackear o direito*. Para ser mais preciso, o propósito é investigar a fundo os reais mecanismos de funcionamento da engrenagem jurídica (prática e teórica) não só para compreendê-los, mas também para descobrir seus pontos críticos. Com o conhecimento adquirido a partir daí, tenta-se criar algo diferente e inovador, sempre buscando colocar um tijolo a mais no grande edifício do saber humano.

O segredo é começar desbravando os fundamentos para só depois se preocupar com os detalhes. A lição é dada por Elon Musk: “trate o conhecimento como um tipo de árvore semântica. Certifique-se de compreender os princípios fundamentais, ou seja, o tronco e os ramos maiores, antes de entrar nos detalhes ou nas folhas”.

O projeto não é solitário, mas coletivo, colaborativo e plural. Por isso, o diálogo há de ser valorizado. O conhecimento do outro deve ser tratado como algo que enriquece nossa perspectiva. Afinal, o outro vê coisas que não conseguimos ver (“*The blind spot: One does*

*not see what one does not see*” - Foerster). Ou, como diria Popper, eu posso estar errado e você pode estar certo e, juntos, chegamos mais próximos à verdade.

As ideias devem, portanto, ser compartilhadas e discutidas livremente. Todos devem se sentir em um ambiente de colaboração intelectual que não aprisione a criatividade, assumindo uma predisposição para um debate intelectual franco e livre. As críticas precisam ser recebidas como algo positivo; e a refutação, tratada como um pressuposto do crescimento intelectual. O lema de Santo Agostinho deve abraçado por todos: *“prefiro os que me criticam, porque me corrigem, aos que me elogiam, porque me corrompem”*.

É fundamental ser compreensivo em relação a todas as ideias que surjam, mesmo que não se concorde com o seu conteúdo. Abraçe o princípio da caridade epistêmica para enxergar os argumentos alheios sempre em sua melhor luz, evitando distorcê-los ou enfraquecê-los injustamente. Sempre que possível, reconstrua-os de uma forma que possa aprimorá-los, ao invés de simplesmente rejeitá-los liminarmente.

Por outro lado, não se conforme com meras palavras: elas podem ser fruto de uma habilidade retórica que os juristas dominam muito bem. Compreenda que quanto maior for a força de convencimento das “palavras de legitimação” tanto maior será a manipulação de seu uso. Se existem palavras que “dão nós na garganta” de tão comovedoras, não se deixe enganar pelo seu canto de sereia. Provavelmente, o discurso é meramente retórico e pode esconder interesses espúrios.

Acredite na razão humana, mas acima de tudo, acredite também astúcia humana. Justamente por possuir habilidades intelectuais bastante desenvolvidas, o ser humano é capaz de se aprimorar cada vez mais na arte de dissimular, de enganar, de manipular por motivos egoístas. Saiba identificar os cavalos de Tróia argumentativos. Não se deixe influenciar pelos discursos adornados com palavras grandiloquentes que escondem as intenções mais abomináveis. Exija sempre uma descrição mais completa do propósito do discurso, para verificar suas consequências e implicações práticas. Tão importante quanto analisar a roupagem argumentativa é compreender como aquelas palavras podem afetar a realidade em que vivemos.

Parta do princípio de que os juristas são astutos e usarão sua astúcia para dar uma roupagem “conforme ao direito” a qualquer so-

lução que lhe convenha. O jurista astuto usará o que for útil para convencer a plateia. Esteja, portanto, preparado para combater a dissimulação argumentativa. Não perca de vista que, para desmascarar uma dissimulação argumentativa, é preciso ir além da mera análise do discurso e do domínio das falácias. É fundamental desvelar as aparências, a fim de investigar quais foram os reais fatores que motivaram o agir humano. Como sugeriu John Locke: “as ações dos homens são os melhores intérpretes de seu pensamento”.

Compreenda que aquilo que é apresentado como “razões de decidir” nem sempre corresponde àquilo que, de fato, influenciou a tomada de decisão. A argumentação é sempre uma exteriorização posterior de uma decisão previamente tomada por razões que nem sempre são ditas. Aliás, há razões que são até mesmo inconscientes, o que aumenta ainda mais a distância entre os fatores reais da decisão e o que é explícito em sua justificação. Conheça os vícios cognitivos, sobretudo os vieses e as heurísticas já catalogadas. Perceba que a argumentação jurídica é apenas a parte que o decisor quer que seja vista. E como a argumentação exerce, hoje, um papel central no processo de legitimação da atividade jurídica, aquilo que é dito e mostrado pelo argumentador muitas vezes representa apenas o que pode agradar ou convencer o auditório.

Suspeite também da teoria e da doutrina. A teoria, muitas vezes, tem uma função de reforço das práticas consolidadas e, por isso, pode estar contaminada pelos mesmos vícios de seus praticantes. A teoria, em verdade, pode ser até mais dissimulada do que a prática, pois tem a seu favor a fachada ornamental de um discurso mais sofisticado, pretensamente objetivo e envolto de um manto sagrado de cientificidade que nem sempre está aberto a questionamentos. Trate com ceticismo todos os que se apresentam como senhores da verdade e que usam manobras discursivas para blindarem suas ideias contra críticas externas.

Coloque pontos de interrogação até mesmo naquilo que seja mais sagrado para os membros da comunidade jurídica. Não trate o direito como algo intocável e imaculado. Para saber como o sistema jurídico funciona de verdade e para desvendar os seus mais profundos mistérios, é preciso desafiá-lo, conhecer suas entranhas, ir além das aparências. Nunca perca de vista que a atividade jurídica está inserida em um jogo de poder que se sustenta pela tradição. E que esta



## Pensar Direito

*“Nós começamos confusos e terminamos confusos num nível mais elevado” Provérbio citado por A. F. Chalmers<sup>1</sup>*

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.

## A Engenharia Reversa da Argumentação

Coloque-se na posição de um recrutador responsável pela seleção de uma pessoa para ocupar o posto de Chefe do Departamento de Polícia. Você tem dois candidatos em potencial: João, que é um policial com bastante experiência de rua, mas baixa formação acadêmica, e Maria, que é uma policial com pouca experiência de rua, mas alta formação acadêmica. Quem você escolheria?

Essa pergunta, formulada de forma um pouco mais complexa, foi parte de uma importante pesquisa em psicologia social realizada por Uhlmann e Cohen, da Universidade de Yale. Os pesquisadores criaram dois cenários diferentes. No primeiro cenário, o candidato masculino tinha boa experiência em rua, mas baixa formação acadêmica, enquanto a candidata feminina tinha as qualidades opostas. No segundo cenário, o quadro se inverteu: o candidato masculino foi apresentado com pouca experiência em rua, mas alta formação acadêmica.

Em ambos os cenários, observou-se uma tendência majoritária de se escolher o candidato masculino para o posto de Chefe do Departamento de Polícia. Essa tendência ocorria mesmo quando os recrutadores (que eram cobaias da experiência) eram do sexo feminino.

O mais curioso e relevante é que também foi perguntado aos recrutadores quais os motivos preponderantes da escolha. Por que eles preferiam João? A resposta variava conforme o cenário: no primeiro caso, João foi escolhido porque a experiência nas ruas seria uma qualidade mais importante para um Chefe de Polícia; no segundo caso, João foi escolhido porque a formação acadêmica era a mais relevante para um Chefe de Polícia. Ou seja, o argumento era construído conforme a resposta, funcionando como um pretexto para justificar a

escolha depois que ela já tinha sido feita e não como um guia a orientar previamente a escolha. No fundo, o que motivou o juízo foi uma pré-compreensão baseada numa perspectiva estereotipada de que o Chefe de Polícia tinha que ser homem, embora ninguém tenha assumido abertamente esse fato.

Ressalte-se que os pesquisadores também tiveram o cuidado de criar um modelo de pesquisa onde o cargo a ser ocupado era mais relacionado com a figura feminina: o de Chefe do Departamento de Enfermagem. Nessa outra situação, também se observou que as escolhas eram motivadas pelo estereótipo, e as razões posteriormente exigidas para justificar a escolha eram construídas conforme a situação, ou seja, as qualidades apontadas como mais importantes para aquele cargo variavam conforme o fato de o candidato ser homem ou mulher. Nesse caso, as qualidades que, ocasionalmente, eram atribuídas à candidata feminina prevaleciam para que, em geral, a mulher fosse escolhida ao cargo.

Muitas são as lições que podemos extrair dessa pesquisa.

A primeira, sem dúvida, é a de que nossas escolhas são, muitas vezes, motivadas por pré-compreensões, que nem sempre temos coragem de assumir ou mesmo temos consciência de que existem. Nossos juízos pré-concebidos são muito mais fortes e influentes do que imaginamos.

A segunda é a de que devemos sempre desconfiar das razões apresentadas para justificar as nossas escolhas (e as escolhas dos outros), pois, por mais que sejam expressas em linguagem racional e pretensamente objetiva, elas podem estar apenas tentando esconder os seus verdadeiros motivos. E isso não vale apenas para o recrutamento a uma vaga de emprego, mas também para as decisões mais variadas e importantes que, cotidianamente, temos que tomar.

A terceira é a de que não devemos menosprezar o contexto da descoberta para uma completa compreensão do ato de decidir. Ainda que o contexto da justificação tenha um papel importante no controle da racionalidade da decisão e por mais que uma argumentação bem desenvolvida tenha um enorme poder de convencimento, nem sempre somos capazes de expressar claramente todos os autênticos fundamentos das nossas escolhas, e o que é dito pode não corresponder ao que foi, de fato, relevante para a formação do juízo.