

O novo CPC e o discurso da servidão voluntária dos juristas

19/05/2016



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Não me agrada ter de bater num assunto tão óbvio, pelo menos para

juristas: pugnar pelo cumprimento da lei. Porém, no Brasil, lutar por isso é antipático. O ambiente é propício para servidão. Voluntária. E violência simbólica. Nem precisa forçar muito para a comunidade jurídica se curvar. Mas, vejam: doutrina, faculdades, advogados, cursinhos não se curvam à lei ou à Constituição; curvam-se, sim, àquilo que o Judiciário diz que a lei é. De dois modos: em um nível, Judiciário dos tribunais estabelece os sentidos; no outro nível, o andar de baixo obedece “voluntariamente” a esses sentidos. Independentemente dos dois níveis, o resto da comunidade jurídica (faculdades, doutrina, advogados, cursinhos) “submete-se” à “servidão voluntária”. Forma-se um círculo vicioso, em que a lei e a CF ficam opacos. Não culpemos os políticos. Se vier por aí uma constituinte, já sabemos de quem é a culpa. A comunidade jurídica canibalizou aquilo que poderia segurar o moralismo e a política. O que sobrou ou o que sobrará do Direito?

Sigo. O leitor e tradicional comentarista da **ConJur** Marcos Alves Pintar remeteu duas decisões judiciais que demonstram, simbolicamente, a grave crise que atravessa a aplicação do Direito no Brasil. A primeira é de 6/5/2016, oriunda das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais de São Paulo, *verbis*:

"Ademais, o julgador não está obrigado a responder a todos os argumentos suscitados pelas partes, máxime quando tenha razões suficientes para fundamentar sua decisão".

Detalhe: tratava-se de embargos de declaração interpostos no regime do CPC 2015. O excerto acima é autoevidente. No mínimo, três dispositivos do CPC foram ignorados.

A outra decisão é de 08/04/2016, originária da Vice-Presidência do TRF-3:

"Ressalte-se, a esse respeito, que o julgador não está vinculado aos preceitos normativos ou fundamentos legais indicados pelas partes, reclamando-se apenas que decida a controvérsia de forma fundamentada, em consonância com o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado".

Como assim, excelência? Está vinculado a quê? A sua consciência?

Há já centenas de julgados descumprindo o novo CPC. As decisões acima são a ponta do iceberg. Falei disso na coluna da semana passada (ler [aqui](#)). Qual é a razão de o Judiciário se comportar desse modo? Simples. E complexo. O Brasil forjou um imaginário pelo qual a decisão judicial depende da convicção pessoal do magistrado. Isso foi naturalizado, tornado senso comum. O lema “decido conforme minha consciência” foi introjetado e reproduzido nos livros e nas salas de aula. É absolutamente “normal” — e isso pode ser visto nas dezenas de livros sobre o novo CPC que circulam — que o livre convencimento e a livre apreciação sejam o norte do processo. Civil e penal. Por isso, nunca floresceu uma teoria da decisão no país. Claro: se os juízes decidem conforme sua consciência e por livre convencimento, *por que haveria de existir uma teoria da decisão?* Impossível teorizar a consciência. Se a consciência tivesse uma consciência, ela mesma fugiria de si.

Sem problema. Faz escuro, mas eu canto, digo com o poeta Thiago de Melo. Continuarei a cobrar responsabilidade política dos juízes e tribunais. Continuarei a cobrar o cumprimento da Constituição e das leis. Continuarei a teorizar sobre isso, para mostrar as origens dessa problemática. Há anos procuro mostrar à comunidade jurídica o tiro no pé que é para os advogados essa crença serôdia de que juízes possuem liberdade para julgar. Li um livro de um importante processualista penal em que, paradoxalmente, critica a verdade real, mas defende o livre convencimento motivado. Tem até tese de doutorado sobre isso. Pois é. Por isso é que a cada momento os causídicos são surpreendidos. Evidente. O que queriam? Se a decisão advém da subjetividade e do subjetivismo do decisor^[1], *como ter previsibilidade?* No Brasil, com o domínio desse “positivismo jurisprudencialista”^[2], poderiam hoje ser fechados os cursos de pós-graduação e as faculdades de Direito... E ninguém daria falta. Aliás, na própria pós-graduação continua-se a dizer coisas desse tipo. Assim, o que se produz não tem influência nos tribunais. Ali, decide-se como se quer. Mínimos limites semânticos são ultrapassados e rasgados todos os dias. Princípios inventados no varejo servem para derrotar as leis no atacado. Princípios são equiparados a valores por professores que fizeram doutorado. E pelos que não fizeram. Bem, tanto faz. A questão que fica é: o que é isto o Direito?

As razões

Sobre o que é o Direito já muito escrevi aqui na **ConJur**. Hoje quero insistir nas razões científicas pelas quais os juízes decidem desse modo. Uma professora mexicana, Mariflor Rivero, em livro sobre Gadamer, cujo título é *Diálogo y Alteridad*, faz uma crítica mais radical do que a minha ao solipsismo, raiz de todo esse “livre apreciar o Direito”. Ela tem uma

pergunta genial: *como se pode dar conta de um significado se este foi produzido subjetivamente e está mediado pela própria subjetividade do intérprete?* Bingo. Ela mostra que o ponto crucial para a hermenêutica é o combate ao subjetivismo. Pensem nisso numa relação com o Direito e a questão do livre convencimento, o problema do protagonismo, do consequencialismo. É um prato cheio.

É por isso que, com Richard Palmer, podemos perguntar: *quando o subjetivismo se coloca na base da situação interpretativa, o que é interpretado senão uma objetificação?* Palmer, aqui, trata da raiz do solipsismo. Ou seja, uma objetificação do mundo a partir de uma subjetividade transcendental ou de um voluntarismo relativista que sustenta o solipsismo do sujeito.

E vamos a um francês, Antoine Garapon, crítico ferrenho do ativismo. Ele associa a decisão judicial a um *critério de desejo*, de *vontade* daquele que julga, afirmando: “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar”. Ainda, menciona que, neste contexto, o ativismo “revela-se sob duas formas: a) sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, b) pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência”.

Poderia parar por aqui. Estas são citações de textos e livros que venho escrevendo há 20 anos. Fiz uma opção por um Direito calcado em paradigmas filosóficos. Somente assim é possível fazer desleituras (Bloom e Stein) das capas endurecidas de sentidos que cobre aquilo que se pode denominar de “um Direito no Estado Constitucional e Democrático de Direito”, com seu grau de autonomia, desrespeitado dia a dia exatamente por esses critérios de vontade. Por favor, não é implicância minha. Não inventei isso. Apenas tento socializar esse conhecimento teórico para fazer ver que a aplicação do Direito não pode depender de subjetivismos. Claro que o Direito não está contido na lei, como se as hipóteses de aplicação já estivessem ali contidas. *Mas também o Direito não é o que o juiz ou ministro dizem que é*. Minimamente, onde está escrito “presunção da inocência” deve-se ser... “Presunção da inocência”. Esse sentido não pode cambiar sob pretexto de vontades, políticas, moralidades... Ou até mesmo de estatísticas, como quis fazer ver o ministro Roberto Barroso para justificar a decisão no HC 126.292 (ver [aqui](#)).

Com todos esses elementos, fica fácil identificar as razões pelas quais juristas dos mais variados matizes (juízes e processualistas, principalmente) insistem na decisão conforme a consciência, no livre convencimento, mesmo que a lei processual civil tenha expurgado a palavra “livre”. Não me preocupo com as críticas. Preocupa-me, sim, a democracia e o sofrimento dos advogados nas suas lutas cotidianas contra o desconhecido, contra o excepcional, contra o arbítrio...

Não abdicarei dessa luta. Sobremodo me preocupo com o silêncio eloquente da classe dos advogados, que se vergam cotidianamente ao látigo das decisões *ad hoc*. Como indagava Heleno Fragoso: por que os advogados, quando recorrem de uma decisão iníqua e mal fundamentada, qualificam-na de “venerável decisão de fls”? Aqui, a psicanálise poderia ajudar a explicar o discurso dos juristas. Para ir mais longe, diria que é o *discurso da servidão voluntária*

(dos juristas), título da obra de *Etienne de la Boetie*. Nela, em 1548, falava das relações entre os súditos e o tirano. Examina, já então, as razões pelas quais os indivíduos estabelecem uma relação de súdito de forma voluntária. Sugiro a leitura. Urgente. Como canja, trago a primeira razão pela qual os homens servem voluntariamente, segundo Boetie: *é que nascem servos e são criados na servidão*. Traduzindo para o juridiquês: *nascem nessas faculdades que temos* (ver [aqui](#)), *crescem nos cursinhos* (ver [aqui](#))[3], fazem (contratam?) *coachings* para concursos (ver [aqui](#)), *leem esses livros que estão por aí aos borbotões*[4] e, depois, já *est(ar)ão prontos para servir*. Só que uns escapam e serão os que mandarão. E farão o que quiserem. Dá para entender? Mais explicadinho é impossível.

Encerro com J.F Mattéi, com seu *La barbarie intérieure*: é no interior do homem (no subjetivismo) que precisamos detectar as tendências a cair na barbárie. Ela está no subjetivismo. E Ernst Bloch diz que, deixados a nós mesmos [solipsismo], somos ainda vazios. E Hannah Arendt, Horkheimer e Adorno são impiedosos para com o sujeito da modernidade, chamado pelos dois últimos de “despótico”. Essa sujeição de tudo que é natural ao sujeito leva ao obscurantismo e ao autoritarismo. Com toda a razão. E nem precisei apelar à Gadamer.

Em uma frase: subjetivismo é pensar que nada vindo de fora (de si) pode impor limites ao intérprete. Ora, a lei e a Constituição (mais a doutrina e a jurisprudência) são essas coisas “de fora”. Em face disso, pergunto: quando os juristas irão perceber que, quando vamos ao Judiciário, buscamos uma resposta daquilo que está do lado de fora do juiz e não do que está dentro?

Post scriptum: E o juiz afastou a mulher do governador depois de consultar os amigos do Facebook! Vem aí uma nova teoria das fontes!

Para ilustrar o que estou dizendo, passo para os leitores a notícia de que o juiz de Direito que afastou a mulher do governador de Minas consultou, antes de decidir, os colegas numa página fechada do Facebook para saber o que eles achavam (ver [aqui](#)). A notícia é autoexplicativa. Não é preciso dizer nada sobre ela. Só uma coisa me intriga: quem teria sido o caracídeo (*hopias malabaricus*) que fez a traição do grupo? Ou seja: quem vazou?

[1] Uma mostra do ponto a que chega o subjetivismo é a decisão que absolve o réu pela ausência de testemunho negado anteriormente... Pelo próprio juiz (ver [aqui](#)).

[2] Entendo por realismo tardio ou jurisprudencialismo positivista o Direito definido a partir de um (certo) enfoque empírico, sem referência a elementos dotados de objetividade (em termos de metaética podemos chamar a isso de não cognitivismo moral). Isso é o que, de forma mais sofisticada (por aqui vulgarizam isso), já se podia ver em Bentham, Ihering, Geny, Ehrlich, nos realismos jurídicos e nos voluntarismos em geral. Trata-se de um Estado jurisprudencial 2.0.

[3] Antes que se queixem aqueles que são professores de cursinhos que “não são assim”, respondo que de antemão faço a ressalva, afirmando: nem todos são assim. Como em tudo que é lugar, há trigo e há joio.

[4] Aqui poderia colocar um link sobre os livros tipo direitos facilitados, mastigados, em palavras cruzadas etc. Esses compõem uma espécie de *lumpem* epistêmico. Mas o furo é mais embaixo. O mais grave são os manuais e compêndios que, sob a aparência de traduzirem uma



dogmática jurídica “mais sofisticada”, confundem conceitos, espalhando equívocos conceituais. Poderia elencar dezenas deles, como: a falsa dicotomia “juiz boca-da-lei-juiz dos princípios”, “princípios como valores”, “pamprincipalismos”, conceitualizações sobre a verdade que não resistem a cinco segundos de filosofia, aplicação da ponderação “direta”, com um “princípio” “em cada mão”, uso dos princípios gerais do Direito misturando-os com os princípios constitucionais, uso da metodologia de Savigny, a tese de que aplicação da lei é um ato de vontade etc. E mais dezenas de equívocos. Tempestade perfeita.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-mai-19/senso-incomum-cpc-discurso-servidao-voluntaria-juristas/>