O Direito na UTI: Morte cerebral

Eu quero é saber o que você estava pensando/ Eu avalio o preço me baseando no nível mental que você anda por aí usando/ E aí eu lhe digo o preço qu e sua cabeça agora está custando.

METRÔ LINHA 743, Raul Seixas.

Como disse, em outra oportunidade, o "mundo não existe nem acontece a partir do direito, cingindo-se exclusivamente às suas linhas", pois a *vida* lhe escorre e percorre por fora; e é dela que ele promana; auri forças e fórmulas; se constrói; se legitima; se faz aplicável e, portanto, está: *ubi societas ibi ius*.[1]

De sorte que é impossível imaginá-lo disperso, afastado, alheio à *realidade*. Aliás, como afirmam ZAFFARONI e PIERANGELLI, "o dado da realidade nunca será uma objeção, e sim um dado indispensável à permanente dinâmica corretiva, não só no momento de legislar, mas também no de interpretar a lei".[2]

No entanto, se observa, a cada dia, o apartamento entre Direito e *realidade*; entre Direito e *humanidade;* entre Direito e *justiça*, coadjuvado por um atroz *reducionismo* do seu *agir* e do seu *pensar*.

Como necessidade da *vida* em sociedade, e projeção do *ser* humano, ao Direito cabe regular o *fato* que o antecede e o faz nascer; e por se destinar à resolução de conflitos interpessoais, *concretos*, sua criação e, sobretudo, sua aplicação, não prescindem do elemento *humano*, filosófico, e, mais que tudo, do olhar atento e *empático* do seu aplicador por sobre o caso *concreto*.

Infelizmente, hoje, **ainda o se faz como séculos atrás**, inclusive no que se refere a métodos e teorias. Nada de novo praticamente se pensou ou foi criado, e o que de diferente se busca introduzir sofre o impacto e a resistência dos que esqueceram de esquecer o *modus* passado, e, principalmente, o *ultrapassado*; dos que **se eximem de *pensar*** e de sua obrigação de promover, defender ou aplicar não apenas o direito escrito, legislado, mas o melhor direito; não apenas a letra tão fria da lei quão a lápide em que se acha inscrita, mas o direito *justo* – por sinonímia, aquele que mais se *ajusta* à causa; o direito *humanizado* e, por consequência, adequado, equânime e efetivo.

[1] "Estado de Necessidade Exculpante". Boletim Informativo Criminal nº 08/14. Salvador, Bahia : CAOCRIM. set/2014, p. 34.
[2] Grifamos, *in* Manual de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88.

Na verdade, **vive o Direito**, agora, em plena *pós-modernidade*, **o ápice de uma grave crise**, visto que não bastasse a provecta *parestesia* que o definha, nem a repugnante *tetraplegia* que acomete os órgãos incumbidos do seu aperfeiçoamento e da sua aplicação, o que se percebe, lamentavelmente, nesse instante, é a acelerada piora desse quadro, pelo sério comprometimento de suas "funções cerebrais", levando à incapacidade de cognição, raciocínio e interpretação que o assoma, particularmente, aos que o manejam e o operam.

A **demagogia e verborragia políticas**, numa ponta; e, por mais estapafúrdio que pareça, **os avanços e as conquistas tecnológicas** recentes, noutra, contribuem significativamente para o iminente caos em que se acha a Ciência. Estes, não apenas pelo incremento do *risco* e o surgimento de problemas sociais *inéditos* – portanto, não regulados – que ensejam; mas, especialmente, devido o *desvirtuamento* do seu emprego na esfera jurídica.

Por um lado, pululam leis, decretos, atos administrativos, etc., completamente dissociados dos "*dados da realidade"*; são normas de difícil ou impossível compatibilização com o ordenamento jurídico e, diretamente, com a própria Constituição. Pior ainda, publicam-se éditos sem a mínima condição de *exequibilidade*, por deficiência ou, não raro, pela ausência das estruturas e programas a que se reportam – eis o que resulta da sanha legiferante que nos assola.

Noutro extremo, recursos e ferramentas de informática, que se bem utilizados deveriam aumentar a eficiência e a eficácia dos julgamentos e do deferimento de direitos, face ao uso equivocado e desviado, vem dando azo a **julgamentos *genéricos*, de roldão, ou no atacado**; e, ao mesmo tempo, servindo de estímulo à preguiça e ao ócio; ao descaso para com o "caso" (concreto); à *generalização* de soluções; à desenfreada edição de sentenças, pareceres e acórdãos gizados praticamente à base do "control c + control v".[3]

Isso tem sido causa de um **fenômeno ínsito ao próprio Direito**, quando, ao aplicá-lo, seu operador, em lugar da devida *fundamentação*, apresenta um mosaico de arestos e excertos doutrinários, sem quase se reportar ao fato sob exame; nem cotejá-lo, ao menos, com as decisões e opiniões que ajunta. Assiste-se, nesse particular, com perplexidade, à crescente **substituição da jurisdição[4] pela mera transcrição ou referência a acórdãos, súmulas, pareceres, lições de mestres renomados** (alguns de pouco lustro, na verdade).

[3] Atalhos do teclado de um computador que correspondem às funções "copiar" e "colar".
[4] Na acepção mais estrita do termo, iuris=direito + dictio=dizer: dizer o direito.

Ressalte-se que, como tangenciado, o fenômeno da coexistência humana é pródigo em criar nuances e peculiaridades que, se passam despercebidas ao julgador, são capazes de converter em *injustiça* uma decisão que em outras 100 causas idênticas se mostrou equânime.[5]

Nesse passo, ao invés da clara exposição do processo mental percorrido; da trilha palmada; da sequência lógica e racional que o levou à conclusão lançada nos autos, aquele termina por exibir uma pletora de *cases* e exemplos nem sempre aplicáveis à situação examinada.

De fato, nunca foi tão comum ler-se manifestações, sentenças, pareceres e acórdãos em que, à guisa da indeclinável e insubstituível *motivação*, veem-se "transcritos", ou melhor, "copiados e colados", arestos e trechos de doutrina.

Nunca se pensou tão pouco; nem tão pouco também se preocupou em externar, explicitar, por assim dizer, o *raciocínio*; as razões que levaram aquele aplicador do direito, naquele caso específico, a agir dessa e não daquela outra forma; e tudo isso em franca e ululante violação de princípios comezinhos do Direito, como o "contraditório"; a "ampla defesa"; e a "persuasão racional e motivada do juiz", etc.

A essa altura, chega-se mesmo a imaginar se, de repente, não se olvidou por completo que tanto a jurisprudência como a doutrina, conquanto *fontes* do direito, não substituem o processo intelectivo do *julgar:* - orientam-no, é vero; guiam-no, sem dúvida; reforçam-no, com certeza; **porém, jamais o substitui, nem jamais o substituirá** (pelo menos, oro e espero que sim). A uma, porque a experiência humana é rica, e aquilo que serviu a uma causa, pode, ainda que por um detalhe, não servir à outra; a duas, porque o cidadão, mormente o réu, não tem obrigação de adivinhar qual ponto do paradigma colacionado se aplica à sua situação; a três, porque é seu direito ver esquadrinhadamente delineado, na sentença ou manifestação, e poder compreender, a *motivação* sob a qual agiu seu subscritor, a fim de exercitar plenamente seu direito de defesa.

Volvendo, porém, à **questão computacional**, obviamente que não se pretende, aqui, abominar o uso dos recursos tecnológicos na seara jurídica, muito pelo contrário; mas, apenas, enfatizar que não se pode substituir o *pronunciar*, a dicção do direito (pensada, é claro) por julgados e lições de ilustrados. E, nesse particular, o ponto

[5] Decisões gerais servem a questões gerais, em regra; causas peculiares, requestam soluções especiais, moldadas ao caso concreto. Nessa seara, não custa lembrar que a norma *excepcional* é como um carro que, para sair ou entrar da garagem, precisa atravessar a calçada; seu condutor deve fazê-lo com prudência e estrito respeito às condições em que se acha (o fato) e às leis de trânsito, sobretudo as dirigidas à proteção do pedestre, pois caminhando em terreno alheio e pantanoso, qualquer deslize pode resultar em arbítrio ou ferimento a direito alheio.

de discordância reside, exclusivamente, em constar-se que, com a desculpa de tornar célere a prestação jurisdicional, estejamos caminhando, a passos largos, para um *abismo* chamado ***"automatização do direito"***, do seu *pensar*; ou, mais grave ainda, do *julgar* as questões da vida e dos fatos.

Por outro lado, **a maneira de ingresso e "formação" dos integrantes das agências operativas do Direito**[6] é outro ponto de desarranjo a ser notado, nesse contexto, posto que acaba contribuindo, em meu entender, para a perenização dos percalços aqui comentados.

Na verdade, os concursos, nos moldes atuais em que são realizados, não cobram nem aferem a capacidade de *pensar* do candidato; seu *raciocínio jurídico;*[7] e, muito menos, a *dialética argumentativa* tão necessária ao mister que aspira assumir.

Sem dúvida, esses certames aferem, mal e tão somente, conhecimentos teóricos. Atribuem conceitos a peças de "formulação" quase perfeita, mas sob o aspecto eminentemente acadêmico; as quais, entretanto, servem apenas à solução de "lides" artificialmente delimitadas, típicas de um universo ideal, cartesiano, paralelo; de uma "realidade virtual"[8] onde, quiçá, os examinadores as tenham ido buscá-las.

Os **cursos de formação**, por seu turno, é forçoso convir, são um quase-engodo; não aparelham nem formam doutrinariamente o profissional, que, na realidade, é fisgado bacharel de Direito e transformado, como se num passe de mágica, alguns dias depois, em juízes, defensores e promotores de justiça. Acrescente-se, ainda, que estes – sem desdouro ou embargo do preparo acadêmico que detinham ao chegar – não possuem, em sua expressiva maioria, a *experiência* e o senso de *realidade* imprescindíveis a qualquer exercício profissional – o que poderia ser amenizado se se adotasse um novo *pensar* em termos de seleção e formação do profissional.[9]

Por fim, **os próprios tribunais**, ensimesmados, e a pretexto de imprimir celeridade e evitar a procrastinação dos processos, dão sua parcela de contribuição para esse ocaso – essa autêntica obnubilação do Direito. Sob esse pálio, nossas cortes, não raro, mediante interpretação, no mínimo, peculiar, quando não casuística, recusam-se ao

[6] Aliado à falta de um programa de capacitação continuada e de requisitos acadêmicos para cada promoção.

[7] "Toca Raul!": Ele que, para conquistar um amor e se credenciar perante o sogro, a contragosto, e não concluiu, a faculdade de Direito, sabia, perfeitamente, ou deu a entender, o valor dessa função.

[8] Conheço muitos e antigos versados na hermenêutica que, até hoje, não enxergam o caso por detrás do processo. Parecem encará-lo como algo virtual, um *game*, que não tem existência além do fólio que o forma, mas cuja realidade sua intervenção não transforma.

[9] Há anos propugno um concurso diferido, prolongado, onde não se avaliasse o candidato em *flashes*, o período de seleção coincidisse com o da formação, envolvendo módulos de ensino prático e doutrinários; conhecimento aprofundado da instituição; estágios supervisionados, etc., para, ao final, galgar aprovação apenas aqueles que, durante esse período, obtivessem determinado nível de desempenho.

conhecimento de matérias que mereceriam reexame, quer em razão de um detalhe, de uma peculiaridade; de um novo argumento, que, se melhor e devidamente observado, poderia afetar o dito *posicionamento pacificado*; e, alfim, afastar os *julgados* que praticamente se esfrega nas fuças do cidadão, cassando-lhe, irrazoavelmente, a palavra e o acesso à Justiça.

A interpretação *extensiva*, estendida e abusiva que o STJ tem dado à Súmula 83; que, na verdade, não passa de reedição da Súmula 286 do STF,[10] constitui exemplo perfeito e acabado da condição de estagnação do Direito que se busca representar. Pois, tanto no coevo como em seu antigo[11] enunciado, o que se veda é o *conhecimento* de recurso especial, apenas, "pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

No entanto, exacerbando do seu poder, e faltando ao dever de harmonizar a interpretação da legislação infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando-a, indevidamente, à hipótese prevista na alínea "a" do art. 105, III, da CF, que trata exclusivamente da *contrariedade* ou *negativa de vigência* a lei federal. Porém, no que pese, como se sabe, o recurso interposto com base em "dissenso jurisprudencial", quando o julgamento se resume à definição sobre qual dos *standards* em conflito deve prevalecer, essa outra via, normalmente, arregimenta atrás de si – ainda que de encontro a um posicionamento (momentaneamente) "consolidado", novas questões; argumentos inéditos; pontos de vistas recentes, contemporâneos e mais afinados com o momento em que é interposto; os quais, possivelmente, sequer existiam, ou evoluíram desde a formação daquele.

Ora, assim procedendo, o STJ não apenas afronta a *literalidade* da disposição sumular, como fecha suas portas a qualquer possibilidade de modificação ou *evolução* do *pensamento jurídico*. Pouco importa, nesse caso, que os costumes cambiem; que a realidade seja dinâmica e o direito, por via de consequência, deva seguir-lhe a sorte; que seus próprios ministros possam mudar, como constantemente mudam, sua concepção sobre determinados assuntos; ou, ainda, venham a ser sucedidos por outros com pensamento diverso; tampouco que, por conta disso, pessoas sofram penas imerecidas ou assistam, impotentes, sucumbirem-lhes direitos a que fariam jus – Nada, nada disso, realmente, importa...

Resta, por fim, enfatizar que, sendo a súmula um "instrumento flexível, que

[10] Quando este Tribunal ainda era competente para julgar recurso extraordinário fundado em "dissidio jurisprudencial".

[11] *Não se conhece do recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrido*.

simplifica o trabalho da justiça […] mas evita a petrificação, porque […] regula o procedimento pelo qual pode vir a ser modificada", mediante o esforço de advogados e juízes na busca incessante de "argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica",[12] a atitude dessa Corte apenas pode ser figurativamente retratada como a própria *"declaração de morte cerebral"* do Direito; o *de cujus*, que, ao deixar a UTI, deverá ser depositado – pela exclusiva e prepotente vontade do referido órgão judicante – em "sepulcro caiado", como se aprovem, e lacrado. Em companhia, é claro, do outrora sagrado *"direito de pensar";* de *pensar* direito; de *pensar* o Direito.

De minha parte, espero somente não viver para testemunhar pessoas de carne e osso serem trocadas por autômatos "togados"; ou, vai saber, por *softwares* implantados em androides vestindo togas!

[12] LEAL, Vitor Nunens, Passado e futuro da Súmula do supremo tribunal federal, pub. Revista de Direito Administrativo 145, p 1-20, *apud* ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. Recurso especial e recurso extraordinário criminais. - São Paulo : Saraiva, 2013, p.161.