

# O Juiz e a Jurisprudência – Um Desabafo Crítico\*

**Amilton Bueno de Carvalho**

*Desembargador (aposentado) do TJRS.*

## NOTA INTRODUTÓRIA

Dentre os inúmeros conceitos de jurisprudência (para tanto, ver a análise de José Guilherme de Souza<sup>1</sup>), neste trabalho ela é tida como o “conjunto, não necessariamente homogêneo, de decisões prolatadas pelos órgãos julgadores componentes do sistema Judiciário”.

É de se ter claro que a figura do precedente, numa ponta, pode contribuir para o avanço do Direito numa diretiva emancipatório-democrática e, noutra ponta, pode ser instrumento do entorpecimento do jurídico, com seu dogmático-esclerosamento.

Alguns autores apontam para tais aspectos: (a) Alberto Spota<sup>2</sup> ensina que a jurisprudência “tende a configurar o direito vivo”, “procura tornar menor a separação entre a lei e a justiça”, “evita que se crie um abismo” entre um e outro, “é o meio para aperfeiçoar nossos códigos e leis, para que não padeçam do processo nefasto da cristalização legislativa”, e finaliza: “A jurisprudência, como fonte principal do direito, evitando sua cristalização, constitui a prova de como já não procede inclinar-se ante o dogma da onipotência legislativa e, assim, permanecer indiferente ou impassível frente a uma norma que se separa da ideia da maior humanização do direito” (p. 11, 13, 29, 31 e 56); (b) Carlos Maximiliano<sup>3</sup> diz que “a jurisprudência assumiu seu grande papel, que até hoje desempenha, de esclarecedora dos Códigos, reveladora da verdade ínsita em normas concisas” (p. 177), tem o continente de ser “a fonte mais geral e extensa

---

\* Este texto traduz pequena revisão daquele apresentado à fls. 16/21, do meu livro **Direito Alternativo na Jurisprudência**, Ed. Acadêmica, 1993, há muito esgotado, quando ainda juiz de primeiro grau.

1 José Guilherme de Souza, **A Criação judicial do Direito**, Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1991, p. 30.

2 Alberto G. Spota, **O juiz, o advogado e a formação do Direito através da Jurisprudência**, ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1985.

3 Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Forense, Rio, 9ª ed., 2ª tiragem, 1981.

de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais” (p. 179) e “é a causa mais geral da formação de costumes jurídicos nos tempos modernos” (p. 187); (c) José Guilherme, no local citado, esclarece que a jurisprudência “é fonte do direito e de que ele é o primeiro, senão o único, criador do direito”, mesmo *contra legem* (p. 20); e, (d) José Puig Brutau<sup>4</sup>, entende que a missão da jurisprudência é a de fazer avançar o direito, e que é falsa a crença de que o centro de gravitação do direito são as normas, e não as decisões judiciais.

No entanto, o lado perverso também é denunciado: (a) Roberto Aguiar<sup>5</sup> define que “a jurisprudência, em vez de ser iluminadora de caminhos, transforma-se em dogma que deve ser repetido *ad infinitum*. O novo desperta resistência não porque seja injusto, mas porque desestabiliza a comodidade das reproduções” (p. 113); (b) Carlos Maximiliano também aponta para a distorção: “há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os frequentadores pretórios, são muitos os que se rebelam contra a doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado”; pela lei do menor esforço e para assegurar êxito, juízes e advogados transformam-se em copiadores (p. 181), “arrastam-se pela terra como serpentes” (p. 183); (c) José Guilherme também denuncia que se corre o risco de provocar “distorção na aplicação de padrões estereotipados a situações flagrantemente atípicas e peculiares; e perenização, não só das aludidas distorções como de obstáculos a uma visão ampla do universo jurídico, aberta para soluções mais humanas e justas” (p. 43) e, com Carlos Maximiliano, ataca a atração que ela exerce perante os operadores jurídicos (p. 51).

O perigo, na verdade, é que ocorra, consciente ou inconscientemente, uma troca de dogma: da lei pelo pensamento dos juízes, ambas formas cruéis de inibir a criatividade do operador jurídico, tomando-o incapaz de ver o direito como proposição do ainda não, mas que pode vir a ser, como possibilidade de renovação do judiciário que “passa pelo direito de ousar, pelo direito de criar, pela faculdade de fazer as normas pulsarem pelos despossuídos e serem aptas para interferir nos novos fatos...” (Roberto Aguiar, *op. cit.*, p. 115). Ou seja, a lógica perversa dogmática continua a mesma, apenas muda-se a premissa maior: ao invés da lei, aparece a jurisprudência.

Todavia, a jurisprudência, como elemento forjador da consciência jurídica de um povo, pode contribuir para o avanço social. E, às vezes, tem-no feito!

<sup>4</sup> José Puig Brutau, **A jurisprudência como fonte do Direito**, Coleção Ajuris, nº 5, 1ª ed. brasileira, 1977, p. 39.

<sup>5</sup> Roberto Aguiar, **A crise da Advocacia no Brasil**, Alfa-Ômega, São Paulo, 1991, p. 113.

## O NOVO JUIZ (É POSSÍVEL?)

Marcado pelo meu local de fala (daí porque suspeito), entendo que o papel do juiz é muito forte como agente criador da jurisprudência, evidente que sem descaracterizar a importância do provocador, detonador, balizador, de todo o processo de onde emerge o ato decisório: o advogado e o promotor de justiça. Daí porque pretendo demonstrar como vislumbro este **pequeno burguês com sede de poder** que, em determinado momento de sua vida, ingressa na “casta da magistratura”.

Fique claro: as eventuais críticas à magistratura representam, antes de mais nada e acima de tudo, profunda declaração de amor a ela: **acreditado** que o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem. É amor e não ódio (ou “amoródio”, como diria um psicanalista). É respeito e não desdém, é confiança na dignidade da função!

Tenho que, para que o Juiz possa se completar tanto no plano individual, quanto como agente social, há requisitos que me parecem indispensáveis e que têm sido omitidos tanto por aqueles que olham a magistratura desde fora, quanto por aqueles que pretendem ver a magistratura a partir de seu próprio local de fala.

Os que miram desde fora – como regra – dão menor importância ao juiz. É tido como mero aplicador da lei, ou instrumento do poder dos doutrinadores que necessitam, para provar suas “verdades”, que os magistrados as cumpram, ou, finalmente (e agora dentro do Poder Judiciário), como cumpridores de ordens do Tribunal, via jurisprudência. Enfim, instrumento de ponta do dono da lei ou do dono do saber ou da hierarquia do Poder. Por outro lado, os próprios críticos não têm dado real importância à atividade específica do julgador: o juiz é conservador, não crítico, alienado.

Outrossim, e n’outra ponta, quando o julgador fala de si mesmo emerge discurso efetivamente alienado dando a si próprio ares de divindade. O exemplo palmar dessa ótica (aqui manifestada com todo o respeito) é a “Prece de um Juiz”, do magistrado aposentado João Alfredo Medeiros Vieira, vertido para quinze línguas. E assim começa a prece: “Senhor! Eu sou o único ser na terra a quem tu deste uma parcela da tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes. Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra obedecem, ao meu mandado se entregam... Ao meu aceno as portas das prisões se fecham... Quão pesado e terrível é o fardo que puseste em meus om-

bros!... E quando um dia, finalmente, eu sucumbir e já então como réu comparecer à Tua Augusta Presença para o último juízo, olha compassivo para mim. Dita, senhor, a tua sentença. Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem”.

O texto explica-se por si só. E o que é pior: nós (juízes e povo) acreditamos na ideia do mito juiz-divindade. Não nos ocorre sequer a possibilidade de não existir Deus (como ficaria o sentido da prece?) ou de que o poder de condenar ou absolver passa muito mais pelo que quer a autoridade policial; que as pessoas inclinam-se perante o juiz por receio e não por respeito (aliás, nós sabemos que nem o advogado gosta de juiz: lisonjeia-o apenas para aguçar sua onipotência); que as portas da prisão dependem mais da correlação de forças que ocorre no presídio ou da boa ou má vontade do carcereiro; que o fardo é pesado (?) mas nem tanto como o daquele que passa fome!

Não se percebe que a população esclarecida sequer confia no judiciário (ver, para tanto, a tese de mestrado do Prof. João Batista Moreira Pinto).<sup>6</sup>

A resposta a tudo parece vir de Marco Aurélio Dutra Aydos, quando propugna por um juiz-cidadão igual, presente, humano.<sup>7</sup> O que se está buscando é uma nova ética à magistratura e não sua alienada deificação! Que tal se pensar num juiz que chora, sofre, ama e que se contamina pela angústia de seu povo!

Pois bem. Penso que o juiz deve buscar se conhecer enquanto totalidade *possível* (evidente que conhecer a “totalidade total” é impossível), ou seja, enquanto agente historicamente localizado, apto à transformação e com ciência de sua própria individualidade, até dos mecanismos de seu inconsciente (cada vez mais parece-me indispensável tratamento psicoterapêutico). É que muitas vezes julgamos dando um conteúdo racional (consciente) ao ato decisório quando, em verdade, a real motivação aloja-se no inconsciente. A clareza de tais mecanismos faz com que ocorra certo distanciamento crítico brechtiano entre a angústia da lide e as pessoas do juiz. A resolução da neurose individual faz com que, às das partes, não alcancem a individualidade do juiz – ou a torne limitadamente suportável. Ao contrário, se o distanciamento não ocorrer, pode acontecer que o juiz esteja julgando a si próprio no outro e não a lide do outro. Ou seja, condena a si, mas quem vai para o presídio é o outro.

6 João Batista Moreira Pinto, **Direito e Novos Movimentos Sociais**, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992, p. 68 e seguintes.

7 Marco Aurélio Dutra Aydos, “Juiz-cidadão”, in: **Lições de Direito Alternativo 1**, Ed. Acadêmica, 1991, p. 121 e seguintes.

Um exemplo – que muito tenho referido – já faz parte do anedotário forense. Conta a lenda que determinado julgador, com vida sexual recatadíssima, sempre e sempre, condenava acusados por delitos sexuais. Fez isso durante toda sua atuação enquanto juiz. Acontece que ele se aposentou e a partir daí se liberou sexualmente. Logo após o jubileamento, revelou-se conquistador inquieto, a ponto de ser motivo de chacota. A explicação entre o juiz que não admitia qualquer relação de sexo e o não juiz (aposentado) conquistador vulgar, está em que, enquanto juiz não se permitia ter uma vida sexual livre, repudiava aqueles que assim procediam. Sentia-se agredido porque os outros se permitiam ter vida sexual abundante e somente logrou assim agir quando se sentiu homem “comum”. Condenava, pois, não os outros, mas a sua sexualidade não resolvida. No entanto, quem ia para a cadeia por causa de seu problema sexual era o *outro*, o réu.

Assim, quantas e quantas vezes, por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar sua própria e mal resolvida angústia.

Mas conhecer a si próprio, na totalidade possível, não basta. É necessário conhecer o fato em julgamento e os litigantes, dentro também de uma totalidade possível: quem são realmente os litigantes? De onde vieram? Que expectativa os anima? Que base que orienta os fatos? Quem são os advogados que atuam (eles também contribuem decisivamente para a (re)construção do fato)?

Como julgar sem ter isso claro? Como decidir fundado na forma asséptica das ditas “partes”? O desconhecimento do fato e dos atores em litígio é tão presente que a maioria dos julgamentos – no cível – se dá de forma antecipada. Quem está sendo julgado tem insignificante valor. E isso até os advogados desejam: julgue-se rápido, não importando se bem ou mal: a solução, seja qual for, é o que interessa.

Conhecimento do juiz como um todo (possível), conhecimento do fato e partes também como um todo (possível), mas apenas isso não basta. Mais é preciso.

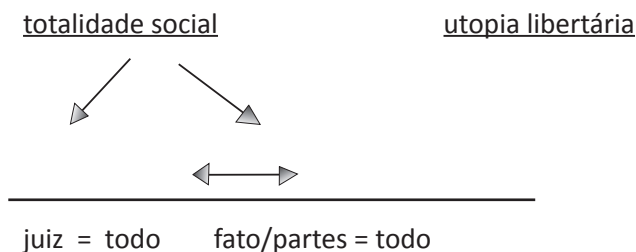
Necessário é que se conheça o todo social possível, ou seja, a realidade histórica com seus contornos: as forças em luta, a disputa hegemônica, as relações de poder, aliás, Marx já dizia que Direito, Economia, Política, Sociologia, fazem parte de um continente único: a história. Um famoso magistrado americano lecionava que o juiz deve conhecer polí-

tica, economia, sociologia, psicologia, e se souber um pouco de direito não faz mal...

Finalmente, além de conhecer a si próprio, a situação em litígio e o todo social, deve, a partir daí, decidir com um pé na utopia. Sentenciar com a perspectiva do amanhã, com a possibilidade transformadora na diretiva da utópica vida com dignidade para todos. E propor o ainda não, mas que pode vir a ser. Decidir com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de novo modelo social.

Na suma, em se conhecendo como um todo (possível) segue em linha horizontal na direção do fato e partes, também como um todo (possível), para após seguir em linha vertical, jogá-los no total social, e outra vez na horizontal, decidir com olhos voltados à utopia. A menção incessante do *todo* reside no reconhecimento de que na base de tudo está a máxima hegeliana: a verdade é o todo!

Ou conforme o seguinte esquema:



Hegel: o verdadeiro é o todo.

O que acontece, na realidade, é que o juiz não se conhece, não tem saber claro do fato/partes com todos os seus contornos, não tem presente o momento histórico em que vive e decide com os olhos no passado. A quem interessa este tipo julgador? Àqueles que sonham que a realidade permaneça inalterada: tudo continua exatamente como está. Quem somos nós? Conservadores e, às vezes, reacionários. Criar, ousar, criticar, sonhar, parece que é local reservado aos exóticos, aos rebeldes, cuja estrutura, em determinados locais, procura expelir.

## RELAÇÃO JUIZ X TRIBUNAL: UMA QUESTÃO DE FAMÍLIA

Para se perceber o fascínio alienante que exerce a jurisprudência emergente dos tribunais na postura do juiz singular, há aspectos que ocorrem no seio da “casta judicante” que, ou não têm sido percebidos, ou têm sido sonogados àqueles que não fazem parte da estrutura, mas que merecem ser apreciados. A discussão que aqui se levanta tem por objetivo mostrar o invisível que está atrás da realidade aparente, ambicionando que o ato sentencial forjador da jurisprudência possa ter um continente libertário/criativo e não opressor/repetitivo.

Na relação com a comunidade, o juiz representa, no inconsciente das pessoas, a figura do pai. Evidente que o juiz, enquanto regra, aceita/assume esta figura. Ele é aquele que pune, repreende, autoriza o casamento, determina a separação conjugal, distribui os bens. A comunidade, quando não consegue resolver seus problemas, busca socorro na figura do pai/julgador. A relação “familiar” é tão forte que há até controle da sexualidade do juiz pela própria sociedade, além, é óbvio, de controles menores: na maneira de vestir, de se portar, em relação a seus amigos. E algo forte, presente, marcante.

No entanto, esta relação pai-filho que se dá entre juiz-jurisdicionado se reproduz entre juiz-tribunal. Este assume atitude paternalista em relação ao julgador singular. É ele, tribunal, que pune o juiz, eleva seus vencimentos, promove, elogia. Deve-se deixar claro, embora óbvio, que nem todo juiz, nem todo integrante do tribunal, assume esta posição. Não se está generalizando, pois.

Esta relação de pai-filho é tão presente que, com incrível frequência, surgem aqueles que a assumem numa extensão alarmante. Do lado do juiz, o temor reverencial leva-o a ter atitude de subserviência despersonalizante, a ponto de alterar o timbre da voz perante o genitor-tribunal, remeter-lhe presentes, conferir-lhe agrados e elogios vulgares: **gera a figura repelente do bajulador**. Na outra ponta, o integrante do tribunal, que já foi filho um dia, assume agora a figura do pai a exigir que se o bajule, que se o considere superior. E assim o faz até para justificar sua própria existência: negar a subserviência implica em reconhecer que sua história foi doentia (e isso é insuportável). Evidente que tudo passa pelo inconsciente tanto que os magistrados percebem isso, mas *nos outros!*

Nesta relação de família, percebem-se momentos interessantes.

Há o juiz que está na infância (que pode perdurar para sempre). Aquele que tem o pai por ídolo, que tem apenas um sonho: agradar o pai. Mais: seu desejo quando “crescer” é ser igual a ele.

O número daqueles que permanecem na infância é importante. E qual a forma mais comum de agradar o pai? Aderir a sua sapiência, reconhecer a inteligência dele. Seu saber é o que interessa. E como o saber do pai é expresso em acórdãos, seu continente é um: transcrever, sempre e sempre, a vontade-jurisprudência do seu superior.

Então, a melhor sentença, na visão daquele que assume a condição de pai (ou seja, quer que se lhe agrade), é aquela que mais copia acórdãos – os seus acórdãos preferentemente!

Evidentemente que tal relação não é sadia, mas ela perdura neuroticamente. E quando eu, juiz, chegar ao tribunal, espero que outros “filhos” sigam, agora, o caminho que trilhei: copiem-me!

Mas nesta relação, outros parecem permanecer na adolescência: querem destruir o pai. Seu inimigo externo, sempre e sempre, é o tribunal. Tudo o que acontece na vida tem um culpado: o tribunal. Mesmo as coisas boas que dele emergem são repudiadas. O tribunal está sempre a perseguir-lhe e proteger o outro, o irmão. Seus acórdãos, mesmo que preciosos, são rejeitados. Este filho mantém a lógica da família doentia, é-lhe reservado o papel de ovelha-negra do grupo familiar. O número não é significativo.

Outros, porém, parecem assumir a maturidade: o tribunal é apenas o tribunal! Tem defeitos, como também virtudes, como qualquer grupo humano. Dele emergem decisões preciosas que merecem ser seguidas e outras não. É composto de alguns competentes e outros não, uns sérios e outros não, uns trabalhadores e outros não. Ou seja, é composto de homens com toda a sua dimensão e, como tais, e não como “pais”, devem ser vistos.

Esse filho chega à real independência do tribunal e segue seu caminho para além da vontade “paterna”. Está disposto a ousar e a criar, quer o pai aplauda, quer não. Seu compromisso não é com a carreira, ou agradar o pai, mas sim colocar sua atuação a serviço do jurisdicionado.

Evidentemente que este juiz, que é razoavelmente livre, causa mal-estar no tribunal que se julga pai. É a sensação de perda que o ge-



nitor tem quando o filho quer seguir seu caminho. O pai neurótico não percebe que a liberdade do filho é sua maturidade enquanto ser e tem que isso representa repúdio a ele (pai). Parece que não suporta que o filho caminhe sozinho, enquanto o pai-democrata percebe que ganhou um parceiro da caminhada, um igual que contribui para o avanço do direito.

Como a maioria encontra-se (e parece sem condições de sair dali) na fase da infância, fácil é perceber como a jurisprudência emergente do pai tem cunho de dogma e é entorpecedora da criatividade. Daí porque não se concorda com Carlos Maximiliano quando diz que o julgador copia acórdão pela “lei do menor esforço”, entendendo que o motivo é outro: **agradar o órgão censor/pai.** ❖