O PROCESSO DE KAFKA E O PROCESSO NOSSO DE CADA DIA

Ney Wiedemann Neto¹

RESUMO: O texto examina a obra “O Processo”, de Franz Kafka, e a sua atualidade, com relação ao processo judicial brasileiro e os seus contextos argumentativos, especialmente de natureza cível, onde muitas vezes há situações incompreensíveis ao cidadão comum, que o fazem desacreditar do sistema judiciário como meio de realização da Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Franz Kafka. Argumentação jurídica. Processo civil.

ABSTRACT: The text examines the work written by Franz Kafka, “The Trial”, and its relevance with respect to the judicial process and its relations with the Brazilian argumentative context, especially regarding to the civil nature, which often offers incomprehensible situations, leading people to not trust in the judicial system as a possibility to achieving Justice.

KEY WORDS: Procedure. Franz Kafka. Legal argument. Civil procedure.

1. INTRODUÇÃO

Franz Kafka faleceu em 1924, deixando os manuscritos inacabados ao amigo Max Brond, que resultaram na publicação do livro “O Processo”, em 1925. A obra menciona um processo judicial, de natureza criminal, que é instaurado contra o protagonista, Joseph K., o qual não é propriamente julgado na trama. A ordem dos capítulos foi dada pelo amigo de Kafka, cuidando-se de um texto inacabado, o que permite múltiplas interpretações, como uma obra aberta. Há, contudo, um fechamento da vida do personagem, o qual é executado e que termina dizendo “morro como um cão”.

O livro começa com a detenção de Joseph K., por dois agentes do Estado, que não explicam a razão de seu ato. Na sequência, Joseph busca saber o motivo da acusação, recorrendo a várias instâncias, sem sucesso. Ele não sabe qual é o delito que o colocou nessa situação. Vai até um prédio da Justiça, e é atendido por funcionários, sem lograr acesso ao Juiz. Lá encontra outras pessoas que estão sendo processadas e também não sabem o porquê. Joseph procura um advogado, por imposição de seu tio. O advogado faz

¹ Professor da disciplina de Argumentação Jurídica, no CESUCA, Professor da Escola Superior da Magistratura da AJURIS, Mestre em Poder Judiciário (FGV-RJ), Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

uma longa exposição sobre todos os meandros da Justiça que o ameaça. Depois, procura um artista, que pinta quadros para os juízes e que teria acesso a eles. Casualmente, o pintor está criando um quadro onde Themis, a Deusa da Justiça, aparece no final da cena como Diana, a Deusa da Caça. Ainda, Joseph conhece um comerciante, que também é cliente do mesmo advogado, e é por este muito humilhado, na sua presença. Joseph, na ocasião, acaba por dispensar os serviços do profissional. Prosseguindo, Joseph vai a uma catedral, atendendo a um compromisso de trabalho, mas lá encontra um padre, que lhe conta outra estória, buscando explicar porque a Justiça que ele considera injusta é, na verdade, justa. Ao final, Joseph é pego e conduzido por dois funcionários da Justiça, que o levam a um local, onde ele não consegue resistir, e é morto com uma facada no peito.

O livro contém uma crítica da incapacidade de o Direito ter força suficiente, através da sua linguagem, de estabelecer relações intersubjetivas. Parece que Joseph é absorvido pelo processo, perdendo a sua identidade. Também não há uma implicação nas decisões, é um julgamento sem responsabilidades. Os juízes não aparecem, estão ocultos.

A Lei, na obra, é uma realidade incompreensível e Joseph tem uma identidade, vive a sua vida normal, mas tem algo dentro de si que o torna culpado. O Direito é um pano de fundo para uma discussão maior, qual seja, a questão da Verdade e da impossibilidade de relevá-la.

Joseph não consegue alcançar as instâncias superiores que poderiam revelar a Verdade sobre o seu caso. Tal situação remete à alegoria contada na obra, da metáfora do homem que não consegue transpor a porta da Lei, até o final da vida, quando o porteiro lhe explica que aquela porta era só para ele, mas que ele nunca pedira para entrar. Joseph não pediu para entrar naquele mundo incompreensível para si.

O acesso à força simbólica da Lei seria o reconhecimento intersubjetivo, que é prévio à capacidade de a Lei regular as relações sociais. O Direito é o espaço das relações simbólicas de Poder. O Direito é contestado pelo narrador da obra, que é neutro, e não julga Joseph K., e nem as instâncias intersubjetivas que aparecem na obra.

Kafka critica a racionalidade burocrática da modernidade. O personagem, que é réu, desaparece. As misérias do processo eliminam a pessoa, que por isso, no processo, é “morto como um cão”. A cada capítulo, a identidade de Joseph vai sendo despojada daquilo tudo em que ele acreditava. No final, Joseph rende-se, não podendo mais resistir, nada mais restando.

A expressão “kafkiana” restou consagrada para expressar situações absurdas ou injustas, dentro do sistema da Justiça, onde o sujeito ou se considera uma vítima da Justiça ou acha que foi por ela prejudicado. A obra de Kafka permite uma diversidade de interpretações a partir de múltiplas análises. O objeto do estudo pode se estabelecer no campo da Moral, do Direito, da Filosofia, e assim por diante.

A proposta de nossa abordagem é a argumentação jurídica e o processo civil contemporâneo, buscando estabelecer uma correlação entre a visão de Kafka do processo e as situações atuais, onde muitas vezes percebemos que a falta de sentido e de compreensão se repetem. Assim, focamos a questão da linguagem na argumentação jurídica (e suas armadilhas) e seu uso no processo judicial (e suas disfunções), como instrumento de integração ou de desintegração do cidadão que ocorre às portas do Poder Judiciário, como parte numa relação processual, na busca da solução dos seus conflitos de interesses.

2. As armadilhas da argumentação jurídica

Oportuna é a narrativa de Kafka no curso do Capítulo VIII da obra, quando Joseph vai à casa do advogado, onde conhece o comerciante Block, culminando por dispensar os serviços do profissional. Percebe-se aqui toda a problemática da falta de compreensão ou de sentido da atuação dos atores da cena judiciária e a angústia que isso provoca nos seus destinatários, ou seja, as partes do processo. Em determinado trecho, o comerciante Block explica para Joseph acerca do conteúdo das petições do advogado dirigidas ao juiz:

Além do mais, você precisa saber que no que se refere àqueles escritos de meu processo, mas tarde vim a saber que careciam de qualquer valor. Até consegui ler um deles por obra da complacência de um funcionário da justiça. É certo que era um documento cheio de erudição, mas a dizer a verdade, carecente de substância. Antes de tudo, havia nele muito latinório, que eu não compreendo; depois, ao longo de páginas e páginas, apelos gerais à justiça; depois, adulações destinadas a determinados funcionários que naturalmente não eram nomeados, mas que um iniciado nessas questões tinha forçosamente que adivinhar a quem se referiam; então seguia um auto-elogio do advogado no qual além do mais este se humilhava diante da justiça como um cachorro; e por fim um estudo de casos jurídicos de outros tempos que deviam ser semelhantes ao meu.

Passados cerca de cem anos, essa descrição ainda impressiona. A visão “kafkiana” é atual e semelhante em relação aos textos que se avolumam nos autos de nossos inumeráveis processos judiciais, redigidos no idioma que pela cultura popular é chamado

de “juridiquês”. Isso remete à questão da angústia que aflige as partes nos processos pelo desconhecimento da sua situação e do que realmente acontece na cena judiciária.

Em sessões de julgamento de processos no Tribunal de Justiça, das quais participo, como desembargador, é comum a presença, no auditório, de partes para assistirem aos julgamentos. Ao final da exposição dos votos e proferido o resultado do julgamento, as partes não entendem o que aconteceu, estampando no olhar perplexo a indagação, às vezes até verbalizando: “Afim de contas, doutor, eu ganhei ou perdi?”. É claro que, nesses casos, os magistrados prestam às partes os devidos esclarecimentos e explicações, em linguagem coloquial, em respeito à sua situação e para que entendam o que de fato aconteceu.

De certo modo, Kafka nos conduz, nessa obra, a rever a questão da argumentação no discurso jurídico e as suas diferentes possibilidades de desenvolvimento, através da lógica jurídica e da coloração axiológica que deve permear o discurso. Por isso, a seguir abordamos esses conceitos e o porquê de algumas decisões serem “absurdas” e de outras parecê-lo, sem o serem.

Na lógica jurídica, o operador vale-se da experiência concreta dos problemas humanos numa dimensão axiológica, ou seja, determinada a partir de valores numa relação jurídica e política, estabelecendo finalidades e propósitos.

O uso apenas da lógica formal para interpretar a lei não assegura a certeza ou estabilidade, pois às vezes as leis são obsoletas ou consideradas antissociais pela sociedade. Nesse caso, uma interpretação rígida pode ser destrutiva e causar desestabilidade.

A respeito da insuficiência da lógica forma e do mero silogismo jurídico para embasar a decisão do juiz, valioso é o ensinamento de BENETI²:

Fala-se que a decisão realiza o silogismo perfeito cuja premissa maior é a lei e cuja premissa menor são os fatos, seguindo-se a extração da conclusão, que é a decisão judicial. E assim realmente é. Mas muitas vezes a matéria não se exaure no exame da legislação, assim como, no sistema anglo-americano, a interpretação não estanca na análise dos precedentes. Benjamim Cardozo assinalou que “alguns juízes raramente vão além desse processo, seja qual for o caso”, porque sua noção do dever se limita à ideia de casar as cores do caso concreto, que têm em mãos, com as cores de muitos modelos de casos, espalhados sobre a sua mesa de trabalho. Aquele que mais se aproxima do seu nos meios-tons fornece a norma aplicável. Mas, atualmente, nenhum sistema de direito vivo pode evoluir mediante tal processo e nenhum juiz de uma alta Corte, digno de sua investidura, encara a sua função tão

² BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2003, 3ª. ed., pp. 110-111.

estritamente. Se nisso consistisse toda a nossa profissão, haveria nela muito pouco interesse intelectual. O homem que possuísse o maior fichário dos casos julgados seria, também, o Juiz mais sábio.

A argumentação é a técnica aplicada ao discurso para a escolha do significado de alguma coisa, que pareça ser o mais adequado, com base em provas concretas e opiniões aceitáveis. É o elemento dinâmico do direito contemporâneo, visto que os argumentos jurídicos são usados para sustentar as posições dos interlocutores. Nesse cenário, a capacidade de persuadir é fundamental para que as ideias sejam aceitas pelos demais. Por isso, podemos afirmar que vivemos num mundo de argumentos, que são fundamentais para a tomada de decisões.

Na época de Kafka, o Dogmatismo Jurídico era a corrente da Filosofia do Direito que dominava o pensamento dos juristas, hoje superada pelo Pós-Positivismo. A impossibilidade de se alcançar a “Verdade” é em toda a obra apontada pelo narrador, restando implícita a sábia crítica do autor em face desse sistema que se mostrou insuficiente para explicar o Direito.

Com MONTEIRO³, podemos recordar a respeito dessa mudança de modelo:

O paradigma da razão prática no Direito foi construído a partir das insatisfações geradas pela hegemonia da racionalidade cartesiana. O neopositivismo jurídico foi responsabilizado pela extirpação peremptória do pensamento prático em benefício das análises formais do fenômeno jurídico. Com efeito, as teorias jurídicas estruturais delimitaram seu objeto de uma forma excessivamente restritiva: a norma jurídica. A reabilitação da Filosofia Prática pela moderna Teoria da Argumentação Jurídica desencadeou o deslocamento do objeto da norma para a argumentação.

Portanto, no contexto argumentativo, não se parte do princípio da existência de verdades. O embate de argumentos é que definirá qual deles que prevalecerá no caso concreto. O argumento preponderante será o mais razoável, o que receber maior adesão dos interlocutores, porque racionalmente, e após o cotejo com os demais argumentos, merecer maior atenção e apoio.

A esse respeito, vale mencionar a observação de CUNHA⁴:

Não vivemos sob o império de verdades absolutas, capazes de levar ao convencimento o mais intransigente dos indivíduos. Até mesmo aquilo que habita o

³ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 3^a. ed, p. 01.

⁴ CUNHA, Marcelo Garcia da. **Argumentação processual: como articular estrategicamente a palavra em juízo**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2010, pp. 16-17.

mundo sensível (um fato ou um ato humano) pode ter sua veracidade ou versão contestada por razões variadas, construídas e expostas conforme as habilidades argumentativas de quem as defende. Há quem sustente, embora nem sempre com fundamentos convincentes, que o homem não foi à Lua. Há quem diga, a despeito dos milhões de judeus exterminados pela deplorável ideologia nazista, que inexistiu o holocausto. Há aqueles que negam a força das evidências em nome de uma verdade particularizada, construída de acordo com interesses ou visões de mundo destoantes do padrão socialmente aceitável.

A argumentação é o conjunto de recursos lógico-formais e de linguagem, pelos quais alguém tenta convencer o outro de que certa tese é a melhor solução de um problema ou uma dificuldade. Ela se desenvolve por raciocínios, exercícios mentais, de onde se extraem as consequências. Esses recursos são os argumentos, elementos indissociáveis da prática dos juristas.

Daí que no mundo do Direito não há verdade universal e nem alguém que a revele ou possua. A argumentação jurídica permite a construção de consensos e a adesão dos interlocutores. A substituição do critério de verdade pelo critério de razoabilidade permite a valorização do diálogo como recurso para determinar qual argumento deve prevalecer.

Na dicção de ASENSI⁵, a argumentação conduz a transformação do direito, como bem ponderou em sua obra:

O campo do direito tradicionalmente se constituiu a partir de uma lógica binária de “sim” e “não”, “certo” e “errado”, “lícito” e “ilícito” etc. Com a inserção da argumentação jurídica, passou-se a pensar o campo do direito em termos de gradações, níveis, camadas, redes etc. Com isso, a argumentação tem permitido a transformação das concepções de direito de forma gradual, sem necessariamente provocar um rompimento com as concepções anteriores, já que se encontra guiada por uma racionalidade. O direito muda através do tempo, e essa transição tem sido orientada pelo recurso à argumentação como critério do que será o “novo” direito. A argumentação permite estabelecer parâmetros e referenciais de como deve operar a transformação do direito no mundo contemporâneo.

Por esse motivo, podemos afirmar que o Direito tem caráter interpretativo. É uma ciência hermenêutica, que se faz a cada instante, pois utiliza a interpretação para a sua aplicação. O Direito só existe no momento da sua aplicação, visto que as normas são projetos que se tornam eficazes quando chamadas à realização, para cumprir a sua finalidade. A aplicação do Direito é a composição do plano da norma com o plano do fato, através da valorização desses planos, relacionando-os, num esforço interpretativo.

Oportuna a reflexão de BELCHIOR e de MOREIRA⁶ a respeito do tema:

⁵ ASENSI, Felipe Dutra. **Curso Prático de Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Eslevier, 2010, p. 08.

⁶ BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. **A importância da lógica jurídica e da teoria da argumentação para o operador do direito**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_190.pdf, p. 15. Acesso em 15.08.2012.

A importância do desenvolvimento de uma teoria da argumentação no Direito para responder aos problemas urgentes expressos pela teoria jurídica contemporânea reside na tentativa de estabelecer um método de argumentação jurídica que possa ser considerado racional. A interpretação do Direito não tem como excluir a “ratio legis”. Além disso, as controvérsias na atividade de aplicação da lei são inevitáveis, fazem parte da vida do Direito. É exatamente por isso que existe a possibilidade de se recorrer ao Judiciário. Entram aqui, sem dúvidas, a ética e a responsabilidade do julgador, já que, por mais que se tente controlar racionalmente as decisões, sempre haverá uma margem de liberdade do juiz, pelo fato de se constituir um ser axiológico. Não adianta ao profissional do Direito saber tudo o que está previsto nas normas, decorar os códigos, leis, se ele não consegue organizar suas ideias e efetivamente aplicá-las, por meio de uma argumentação motivada e também racional. Resta ultrapassada a ideia do jurista bitolado e limitado a um conjunto de normas. Até porque a crise do positivismo jurídico comprova que a Lógica Formal e o raciocínio dedutivo, por meio de estruturas fechadas, não conseguem responder às demandas levantadas pelo Direito. Como visto, no período pós-positivista, a norma jurídica é formada não só pelas regras, mas também por princípios, contendo e exprimindo valores, imperando uma nova forma de ver o Direito, de interpretar e aplicar as normas jurídicas, exigindo uma nova atitude do julgador. Concluimos, assim, que o estudo da Lógica Jurídica e da Teoria da Argumentação é fundamental para o operador do Direito, na medida em que oferece meios de estabelecer um raciocínio jurídico correto e verdadeiro, na busca da persuasão e do convencimento do seu público.

Para esse fim, é necessária a lógica jurídica, onde o operador se vale da experiência concreta dos problemas humanos numa dimensão axiológica, ou seja, determinada a partir de valores numa relação jurídica e política, estabelecendo finalidades e propósitos. O uso apenas da lógica formal para interpretar a lei não assegura a certeza ou estabilidade, pois às vezes as leis são obsoletas ou consideradas antissociais pela sociedade. Nesse caso, uma interpretação rígida pode ser destrutiva e causar desestabilidade.

A hermenêutica consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está reservada ao juiz, mas este se encontra por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Para isso, a lógica formal não é suficiente, porque não soluciona o problema jurídico. Ao enfatizar o raciocínio silogístico, a lógica formal atém-se à construção das premissas e à correção da conclusão obtida. Se o Direito tivesse essa linguagem demonstrativa e não houvesse dúvidas a respeito de suas múltiplas possibilidades, a hermenêutica não seria necessária.

A interpretação é, então, indispensável para a compreensão do Direito, e mantém o debate em forma de diálogo, cujos argumentos não precisam ser provados ou demonstrados, bastando serem aceitos para que o aplicador possa encontrar a melhor solução ao caso concreto. Isso porque o raciocínio jurídico lida com valores, que vão além da lógica formal, e deve-se buscar um acordo sobre o que é mais razoável para o caso em

exame. Logo, as discussões jurídicas envolvem valores que são apresentados em técnicas de argumentação, num processo persuasivo.

Por isso o Direito é dinâmico, visto ser uma Ciência Social atrelada às necessidades e interesses do meio onde se aplica e não pode ser reduzido a normas jurídicas e fórmulas fixas, ante a mutabilidade da sociedade em que tais normas se inserem. As mudanças operadas pelo tempo e pelo espaço devem ser consideradas. O operador do Direito, na interpretação dos fatos e na aplicação das normas, é influenciado por uma gama de valores que orientam esse mecanismo decisório.

Com razão ALEXY⁷, ao discorrer sobre a necessidade do discurso jurídico, em virtude da natureza do discurso prático geral:

A necessidade do discurso jurídico surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral, que definem um procedimento de decisão que em numerosos casos não leva a nenhum resultado e que, se leva a um resultado, não garante nenhuma segurança definitiva. Há três razões para esta debilidade: (1) as regras do discurso não prescrevem de que premissas normativas devem partir os participantes no discurso. O ponto de partida do discurso é constituído pelas convicções entre si. Visto que (2) nem todas as etapas da argumentação estão fixadas e (3) algumas regras do discurso só podem ser cumpridas de maneira aproximada, há sempre a possibilidade de que não se alcance nenhum acordo. Evidentemente, as regras do discurso exigem alguns enunciados normativos como discursivamente necessários. Sua negação é incompatível com elas (discursivamente impossível). Porém, resta um amplo campo do possível discursivamente em que se pode justificar tanto um determinado enunciado normativo como sua negação sem infringir as regras do discurso.

Tal noção de valor remete às problemáticas da subjetividade, da afetividade e das orientações. As palavras que exprimem valores portam orientações argumentativas. O julgamento de valor corresponde à tomada de posição. Não há argumentação neutra. Toda argumentação é posicionada. Os valores estão atados à consistência temporal, geográfica e ideológica. É a valoração que assegura a efetividade dos direitos, modificando o conteúdo de aplicação de regras antigas e até revogando outras ultrapassadas.

A Justiça meramente formal é facilmente obténível, não exigindo mais que o estágio de desenvolvimento mental positivo, bastando combinar as regras com os fatos apenas juridicamente versados, atos de mera cognição e de procedimento, que dispensam atuação superior pela inteligência. A justificação de valor é que ameniza os excessos das regras abstratas relativizando a sua aplicação numa constante correção de rumos.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 3ª. ed., pp. 279-280.

3. AS DISFUNÇÕES DO PROCESSO CIVIL

Feitas essas considerações sobre o processo decisório, é inegável que em nosso sistema judicial nos deparemos, volta e meia, com decisões teratológicas, por assim dizer daquelas decisões abusivas, ilegais ou contrárias à razoabilidade jurídica. A imprensa é profícua em divulgar notícias a esse respeito, notadamente de condenações criminais por crimes famélicos, insignificantes ou de bagatela, de pessoas ignorantes, analfabetas ou miseráveis, que se afiguram desproporcionais ou contrárias à própria finalidade do processo.

Nesses casos, podemos inferir que se trata de decisões “kafkianas”, no sentido desse termo que restou consagrado para se referir a situações injustas ou absurdas, no âmbito jurídico. Ouso dizer que, em princípio, o motivo disso estaria no equívoco interpretativo do aplicador do Direito, ao se restar adstrito aos ditames da lógica formal, ao invés da lógica jurídica, visto que a primeira se mostra insuficiente para a realização da Justiça, pois despida da coloração dos valores históricos, sociais e geográficos vigentes na sociedade naquele momento. Aliás, fosse tão simples o processo de decidir, já teriam os entendidos desenvolvido um programa de computador que, alimentado pelos dados do caso concreto, dadas as premissas de cada hipótese, forneceria uma única solução possível, e os juízes não seriam mais necessários.

Isso nos remete ao outro extremo, o da multiplicidade de soluções judiciais para casos análogos, e a perplexidade que isso causa no homem comum, numa aparente disfunção do sistema judicial, que também poderia parecer “kafkiana”. No exercício da judicatura, não raro, deparei-me com processos praticamente idênticos que receberam soluções antagônicas, pelo simples fato de terem sido sentenciados por juízes diferentes ou julgados os recursos por desembargadores distintos no tribunal. Imagine dois vizinhos que aforaram, na mesma época, duas ações com os mesmos pedidos e causas de pedir, tendo, ao final, uma ação resultado vitoriosa e a outra derrotada.

Essa aparente contradição é inerente ao sistema, sendo explicável pela própria lógica jurídica aplicada ao processo decisório. O componente axiológico é elemento indissociável e fundamental da adequação do fato à norma pelo julgador. Os aspectos

ideológicos, psicológicos, culturais, entre outros, na sua bagagem, influenciam os seus raciocínios e as ponderações pelas quais elege a melhor solução para o caso concreto.

A esse respeito, a lição de PALADINO e de DOUGLAS⁸:

O texto da lei não pode ser visto como um valor irredutível, quase imutável, enquanto na sua vigência. Até a algum tempo, parecia ser o Direito uma “receita de bolo”: falava-se em interpretações gramaticais, literais, e reduzia-se tal ciência à regra, ignorando não só os princípios como também a realidade circundante.

Na Estética da Recepção, uma das teorias da leitura, defendida por Jauss e, tempos depois, por seu discípulo Iser, vimos que o texto não é nada sem o leitor. Ler é interpretar, e é impossível uma leitura sem que se jogue na compreensão do texto os valores da época, do local e da vida.

Portanto, ao analisar um caso concreto, é impossível eliminar os valores que sustentam a compreensão dos princípios, pois diversos são os fatores que se colocam entre o texto e o intérprete ou leitor, os quais não são apenas de ordem social e econômica, cultural ou antropológica, mas pessoal e psicológica, devendo, pois, estes últimos serem reduzidos na construção da norma, uma vez que o papel do jurista é buscar no direito sua ação transformadora da realidade social e econômica por meio da realização da justiça.

Não obstante haja uma tendência à estabilização dos precedentes, com o passar do tempo, pela repetição de julgados semelhantes pelos julgadores, que obtém a adesão de seus pares, em determinado sentido. Em situações antagônicas no tribunal, na mesma câmara julgadora, há hipóteses processuais em que a decisão é tomada por maioria, restando um dos julgadores vencido em seu posicionamento. Isso permite, às vezes, um novo julgamento com o quadro de julgadores ampliado, para uma reapreciação da matéria e uma possibilidade de reversão do sentido da decisão.

De outro giro, nosso sistema permite um sem número de novos recursos, pedidos de reconsideração, de efeito modificativo da decisão anterior, pela via de embargos de declaração, de agravo, de agravo regimental, de embargos infringentes, etc. Isso torna difícil a previsão de quando o processo chegará ao seu final. Se houver a vontade das partes, ou de apenas uma delas, pode ser que o processo nunca termine. Aliás, vale aqui lembrar a angústia de Joseph quanto à falta de perspectiva de seu julgamento, o que o levou aos poucos a uma desesperança, uma desintegração de sua identidade, sucumbindo ao final, ainda que sem saber ao certo a “Verdade” sobre o seu processo.

Isso me recorda a lição que recebi, ainda nos bancos acadêmicos, de um querido professor de direito comercial. Contou ele a respeito de sua primeira causa judicial, que envolveu tenaz luta nos tribunais para prevalecer o direito do seu cliente, consumindo mais

⁸ PALADINO, Valquíria da Cunha (org.); DOUGLAS, William (org.). **Princípios básicos da argumentação jurídica**. Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 02.

de dez anos de empenho. Ao fim e ao cabo, venceu no Supremo Tribunal Federal e o processo encontrou o seu término. Em júbilo, procurou o cliente para comunicar-lhe o êxito, encontrando apenas a viúva, porque nesse interregno já havia ele sucumbido. De novo, a atualidade de Kafka.

Há casos outros em que não são as partes que sucumbem, mas as possibilidades de satisfação dos seus direitos. Em certos combates judiciais, não raro aquele que é demandado ao pagamento de alguma indenização, para ilidir as possibilidades do adversário de expropriar o seu patrimônio para essa finalidade, faz com que esse desapareça, valendo-se de ardis e artifícios que às vezes são difíceis de reverter ou de demonstrar judicialmente. Essas me parecem também situações “kafkianas”, no sentido da inutilidade do processo, quando ele não serviu para a realização da Justiça, que deveria ter sido o seu fim. Ao final, o vencedor resta com um amontoado de papéis dos quais não logra obter nenhuma efetividade, senão desapontamento e frustração.

Vale registrar, ainda, a importância dos tribunais superiores para a segurança jurídica, no sentido da estabilidade dos precedentes e da uniformização da jurisprudência, além da busca por uma releitura nacional da Constituição da República e das leis federais. De um lado, a missão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nesse desiderato, traz a pacificação ao propor uma única hermenêutica, pela via de súmulas, de súmulas vinculantes, de precedentes repetitivos que impedem novos recursos, etc. De outro lado, porém, amplifica a angústia do cidadão que se vê refém desses meandros da cena judiciária, já nos tribunais de hierarquia superior, e de seus respectivos juízes inatingíveis e que não são vistos, como se constata na visão de Joseph K. a esse respeito, no diálogo com o pintor Titorelli, que os retratava em suas obras.

Já tendo o processo percorrido no âmbito estadual as várias instâncias e meandros, passando por juízes e por desembargadores, na forma de variadas decisões e recursos, pode desse modo também percorrer os altos escalões da capital da República, visitando os referidos tribunais superiores e seus ministros, para uma nova rodada de um sem número de recursos outros. Não são raros os casos onde as posições das partes se alternam entre “vencedor” e “perdedor” do Direito perseguido, caçado, e nunca atingido. Remete-nos à alegoria de Titorelli, na obra de Kafka, ao transmutar Themis, deusa inerte e estática, de olhos vendados, em Diana, deusa da caça, a qual, quiçá, estaria mais capacitada para “capturar” a desejada e difícil Justiça. Ao final, o definitivo “perdedor” da batalha acredita-

se vítima de uma perseguição, atribuindo a sua derrota, muitas vezes, à incompetência ou à corrupção do seu advogado ou do próprio juiz que por último decidiu o seu caso.

Por fim, creio que algumas considerações devem ser tecidas acerca das questões formais do processo, atinentes aos prazos, às condições da ação, à prescrição da pretensão de direito material, aos pressupostos processuais e aos requisitos específicos para admissibilidade de ações ou de recursos. Há um grande número de detalhes e de aspectos que não podem passar despercebidos pelos operadores do Direito, em especial os advogados, em razão dos quais a razão da parte poderá “desaparecer”, ainda que ela supostamente a tenha, relativamente ao seu direito material. Quando isso acontece, maior ainda é a incompreensão do cidadão, que não entende o que sucede, já que os seus argumentos “de mérito” sequer foram apreciados pelo juiz, por algum “detalhe” ou “formalidade”. Muitas vezes os próprios advogados não logram êxito em explicar isso aos seus constituintes em linguagem compreensível, ampliando o sentimento de uma conspiração contra si.

Podemos mencionar, para ilustrar, que a própria admissibilidade de recursos aos tribunais superiores (recurso extraordinário e recurso especial) pressupõem uma técnica e uma atuação que se impõem desde a petição inicial ou a contestação⁹. Sem a devida identificação e o questionamento dos dispositivos que poderiam estar sendo formalmente violados, esses expedientes não têm viabilidade. Da mesma forma, os recursos direcionados ao Tribunal de Justiça, como por exemplo apelações, agravos¹⁰ e embargos infringentes¹¹, devem ter respeitados os pressupostos de admissibilidade, devendo os

⁹ Não é fácil alcançar um juízo de admissibilidade positivo nos recursos especial e extraordinário, pois o STJ e o STF dificultam ao máximo a admissibilidade destes recursos. Além do devido enquadramento às hipóteses de cabimento previstas constitucionalmente, o recurso especial e o extraordinário devem atender a uma série de requisitos e não esbarrar nas diversas súmulas editadas pelo STF e STJ que interferem diretamente na admissibilidade destes recursos. Como exemplo pode ser citada a súmula n. 7 do STJ que afasta a possibilidade de REsp sob o fundamento de reapreciação da prova ao definir que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, a súmula n. 281 do STF que determina o prévio esgotamento de todos os recursos ordinários ao afirmar que “é inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, a súmula n. 356 do STF quanto à ausência de prequestionamento dispõe que “o ponto omissão da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”, entre outras.

¹⁰ Recentemente, no julgamento do Resp n. 1.102.467-RJ, na forma do art. 543-C do CPC, o Superior Tribunal de Justiça, ao rever seu posicionamento, firmou entendimento no sentido de que a ausência de peças facultativas, mas necessárias à compreensão da controvérsia, não dá ensejo à inadmissão liminar do agravo de instrumento, devendo ser oportunizado ao agravante a complementação do instrumento.

¹¹ A partir da Lei n. 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 530 do CPC, para o conhecimento dos embargos infringentes não basta que o acórdão não seja unânime, tem que ter havido reforma da sentença de mérito. Ocorre que muitos advogados interpõem equivocadamente este recurso, como em casos em que o acórdão não

operadores do direito atentarem à mudanças legislativas, edição de súmulas e novos entendimentos¹², porquanto muitas vezes em virtude de não observância de uma nova orientação acabam por ter obstado o seguimento do recurso interposto.

A propositura de uma ação rescisória, de outra feita, reclama a demonstração tão veemente dos seus requisitos de admissibilidade, que na maioria dos casos ou o pedido é julgado improcedente ou a própria petição inicial é indeferida. Ainda, os embargos de declaração têm o seu uso tão deturpado, através de infundadas pretensões de re julgamentos para os quais não se prestam, que às vezes acarretam até mesmo imposição de multas àqueles que se valem desse expediente, como meramente protelatório. O efeito infringente muitas vezes buscado, para ser legítimo, só terá lugar quando a alteração da decisão for consequência necessária do acolhimento dos embargos. Vale a lição de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery¹³, segundo os quais *“a infringência do julgado pode ser apenas a consequência do provimento dos EDcl, mas não o seu pedido principal, pois isso caracteriza pedido de reconsideração, finalidade estranha aos EDcl”*, porque *“o objetivo e a finalidade dos embargos não podem ser a infringência; esta encontra-se o momento posterior ao do julgamento do mérito dos embargos: na consequência decorrente daquilo que já foi julgado”*.

Isso revela, a meu sentir, assimetria de informações entre os operadores do direito, e muito mais ainda destes com os destinatários de suas atuações, que podem assim ser considerados as partes, e até mesmo a sociedade, indiretamente. Muitas vezes os atores da cena judiciária não se entendem, como se não falassem a mesma linguagem, desencadeando diálogos assíncronos, restando as partes perplexas com tudo isso, porque são elas que menos entendem o que se passa, em razão da linguagem hermética que é utilizada pelos agentes do discurso jurídico.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

unânime manteve a decisão de primeiro grau, ou ainda, quando apesar de haver a reforma decisão, esta não adentrou no mérito da ação.

¹² O Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente, alterou sua jurisprudência para passar a admitir os chamados recursos prematuros, interpostos antes do início do prazo recursal. No julgamento do habeas corpus n. 101132 restou consignado que *“as preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado.”*

¹³ NERY JUNIOR, Nelson e NERY ANDRADE, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1014.

Finalizando, ainda que a leitura da obra de Kafka transmita uma sensação de “non sense”, de angústia ou de desesperança, gostaria de deixar uma mensagem positiva, buscando em meio a esse pretense caos um sentido ou uma “ratio” de harmonia e de possibilidade de se alcançar a paz social. Creio que as situações verdadeiramente “kafkianas” decorrem de uma incompletude dos operadores do Direito, que pode ser superada pelo seu aperfeiçoamento, através da hermenêutica, na superação da lógica meramente formal como ferramenta do processo decisório.

Quanto às demais situações, que tenho como supostamente “kafkianas”, reclamam maior atenção e preparo dos atores da cena judiciária, que necessitam atentar aos aspectos formais do processo, os quais se impõem para que ele seja conduzido com segurança. Entretanto, não podemos nos olvidar do direito material das partes e da importância da sua realização, não sendo o processo um fim em si mesmo.

Isso nos remete a toda uma gama de medidas que a sociedade hoje busca implantar para esse fim, entre as quais destaco as seguintes: o estímulo à simplificação da linguagem jurídica; a ampliação do papel das agências reguladoras para assegurar os direitos dos consumidores; os meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, a mediação e a conciliação; as práticas da Justiça Restaurativa; o incremento do acesso à Justiça pelos serviços de assistência judiciária; a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública e de associações pela via das ações coletivas de consumo, assegurando os direitos dos cidadãos e dispensando o ajuizamento de milhares de ações individuais idênticas; as reformas processuais em curso, que visam atualizar o processo para a realidade do Século XXI, inclusive levando em conta os seus avanços tecnológicos.

Enfim, resta dizer que há a esperança de um mundo não tão sombrio como aquele que vitimou Joseph K., desde que não percamos o foco, que é e sempre deverá ser a valorização e a dignidade da pessoa humana, assim como o respeito à identidade individual de cada um de nós nesse contexto, onde não somos papéis, números ou equações, mas seres humanos, e como tais merecemos ser reconhecidos e considerados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 3^a. ed.

ASENSI, Felipe Dutra. **Curso Prático de Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Eslevier, 2010.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. **A importância da lógica jurídica e da teoria da argumentação para o operador do direito**. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_190.pdf. Acesso em 15.08.2012.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. São Paulo: Saraiva, 2003, 3^a. ed.

CUNHA, Marcelo Garcia da. **Argumentação processual: como articular estrategicamente a palavra em juízo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 3^a. ed.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY ANDRADE, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PALADINO, Valquíria da Cunha (org.); DOUGLAS, William (org.). **Princípios básicos da argumentação jurídica**. Niteroi, RJ: Impetus, 2006.

Cesuca
FACULDADE INEDI