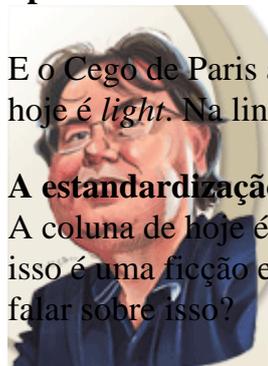


Senso Incomum: A metafísica jurídica, o mineirinho e o caso concreto

Spacca



E o Cego de Paris ainda ficará para depois. Terá que esperar mais um pouco. Isto porque a coluna de hoje é *light*. Na linha do Combo de Palavras.

A estandardização em marcha

A coluna de hoje é sobre aquilo que todos os professores dizem para seu alunos e, no fundo, sabem que isso é uma ficção e que é uma “quase-fraude”: que o Direito é uma questão de caso concreto. Vamos falar sobre isso?

Examinando o projeto do novo Código de Processo Civil – sobre o qual em breve apontarei as baterias do *Senso Incomum* — é fácil constatar como a estandardização tomou conta do imaginário dos juristas. Interessante mesmo é ver, no projeto — que nada mais faz do que ratificar o *habitus dogmaticus*^[1] que conforma a cotidianidade das práticas jurídicas (doutrina e jurisprudência) — o modo como são recuperadas duas formas de positivismo: o velho exegetismo, porque aposta em uma espécie de conceptualização (seriam saudades da *Begriffjurisprudenz*?^[2]), e o positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes (eis aí o protagonismo judicial). Veja-se: de um lado, um capítulo sobre Precedentes (artigos 520 e seguintes), apostando no conceptualismo; de outro, o livre convencimento na apreciação das provas... Como coadunar isso? Alguém pode explicar? Ou seja, sob pretexto de se livrarem das velhas posturas positivistas, o projeto reafirma tanto o velho como o “novo” (*sic*) positivismo. Isso apenas mostra que parcela da comunidade jurídica ainda não entendeu o “que é isto — o positivismo”.

A propósito do conceptualismo ou da vontade de regressar a uma jurisprudência analítica ou, quem sabe, a uma *Begriffjurisprudenz*, parece que o novo CPC incentiva a que se construam súmulas e que nos encaminhemos, definitivamente, a um direito *commonizado*. Isso me entristece. Isso enfraquece a doutrina. E fragiliza a autonomia do direito. Com efeito, os artigos 520 e seguintes me deram essa nítida impressão. Mas não quero adiantar maiores críticas ao projeto do CPC. O que é dele está guardado, como se diz por aí.

Qual é o pior dos positivismos?

Efetivamente, isso eu não sei. Mas parece que há um fascínio brasileiro pelo pandectismo alemão. Aliás, disso não escapa nem um sedizente pós-positivista (ou não-positivista) como Alexy, ou seja, o que é a regra da ponderação (ou o produto dela) senão uma espécie de “conceito” (nova regra geral) que será aplicado por subsunção (a exemplo daquilo que acontece nos *easy cases*)? No fundo, esse é o flerte de Alexy com a velha *Begriffjurisprudenz*.

Veja-se como os juristas — inseridos no *habitus dogmaticus* — são apaixonados pela cisão metafísica (dualismo) como essência e aparência, questão de fato e questão de Direito, etc. Os professores dizem em sala de aula que não dá mais para cindir fato e Direito (ou questão de fato e questão de Direito). Muitos chegam a referir a notável tese de Castanheira Neves sobre o assunto, que serviu de base para a declaração da inconstitucionalidade dos assentos portugueses (não resisto à blague: trata-se de assentos e



não acentos; assentos, em Portugal, correspondiam às súmulas de *terra brasilis*).

Mas, se isso é assim, por que as petições e sentenças falam em “dos fatos” e, depois, “do direito”? Já notaram isso? Por que será? Não seria um problema de índole (a)paradigmática? Ou é somente um *habitus* (homenageio Bourdieu)?

Macro-lide ou “puxadinho” hermenêutico?

Tudo isso aliado à crescente abstratização, espécie de neoconceptualismo que pode ser visto na proliferação de enunciados jurisprudenciais (e até doutrinários) e súmulas (vinculantes ou não). E todos querem incidentes de demandas repetitivas. O STJ já fala em “macro-lide”, como pode ser visto no recente REsp 1.251.331-RS. E no afã abstrativista cabe tudo. Tudo em nome da eficiência. Nesse clima utilitarista, aliás, a ilustre relatora do citado Recurso Especial, ministra Isabel Galotti, aproveitou para suspender não somente feitos passíveis de recurso especial. Explico: como é sabido, inclusive sumulado pelo próprio STJ, *Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais* (Súmula 203). Assim, paradoxalmente, a decisão no REsp 1.251.331-RS contraria esse entendimento e abarca feitos que tramitam nas turmas recursais, a despeito também da — absoluta — ausência de previsão legal de alcance do instituto dos recursos repetitivos às demandas dos juizados especiais (artigo 543-C do CPC).

E como isso foi feito? Sempre há uma analogia para resolver o problema de modo realista (no sentido do realismo jurídico, que, como se sabe, é um positivismo fático). Um “puxadinho hermenêutico”: já que não dá para usar o parágrafo 3º do artigo 543-B, do CPC, que abarca as turmas recursais, pois se refere ao recurso extraordinário no STF, dá-se um jeito e utiliza-se o artigo 328 do Regimento Interno, não do STJ, mas, sim, do STF. Desse modo, encobre-se melhor o contorcionismo hermenêutico, interpretando o CPC de acordo com o Regimento Interno do STF. Assim, cabe quase tudo em nome da “macro-lide”. Será que cabe o respeito à normatividade nessa ordem de ideias?

Afinal, causas ou teses abstratas?

Como venho referindo — o Alexandre Bahia, constitucionalista e processualista mineiro trabalha isso em vários textos — já não julgamos causas. Tratamos só de... teses. Pois é. Passamos a lidar com conceitos... sem as coisas. Isso é o que se pode chamar de “metafísica jurídica”. O caso concreto — a coisa concreta, o “senhor fato” — sumiu! Foi para as calendas. Nem a valorosa classe dos estagiários consegue mais encontrá-lo.

Parece que os juristas se encontram no entremeio de um mix positivista: um pé na metafísica clássica, porque querem aprisionar o mundo em conceitos, e outro na vulgata da filosofia da consciência, no voluntarismo. Primeiro constroem os conceitos (sem coisas); depois, aplicam-nos como uma espécie de “mito do dado”. Como se existisse o “sentido” em geral. Como se as coisas tivessem essências ou as palavras pudessem carregar “as coisas”. Como se a palavra água molhasse ou pingasse; a palavra bomba explodisse, a palavra pé deixasse pegadas e o tipo penal do estupro (con)tivesse a “essência de estuprez”.



E, para piorar, a moléstia contemporânea dos resumos jurídicos (e dos resumos dos resumos). Esse “neo-resumismo” representa bem o imaginário fragmentado da “pós-modernidade”. Trata-se de um direito siliconado. Mais ou menos como a “mulher pera” ou a “mulher melão”. Sabemos que é *fake*. Mas andam por aí. Nas capas de revistas. E nas salas de aula (respectivamente). Os sanduíches do McDonald’s são assim também: na foto são uma coisa... O Direito entrou nessa onda já há muito tempo.

O sábio mineirinho e o “caso concreto”

A estória que conto está no site www.tirodeletra.com.br e pode ser uma excelente alegoria para os alunos (não só eles) aprenderem o que é um caso concreto e do que estou falando hoje nesta coluna.

Seu Zé, mineirinho, pensou bem e decidiu que os ferimentos que sofreu num acidente de trânsito eram sérios o suficiente para levar o dono do outro carro ao tribunal. No tribunal, o advogado do réu começou a inquirir seu Zé:

— O senhor não disse na hora do acidente ‘estou ótimo’?

E seu Zé responde:

— Bão, vô ti contá o que aconteceu. Eu tinha acabado di colocá minha mula favorita na caminhonete...

— Eu não pedi detalhes! — interrompeu o advogado — Só responda à pergunta: O senhor não disse na cena do acidente: ‘estou ótimo’?

— Bão, eu coloquei a mula na caminhonete e tava descendo a rodovia...

O advogado interrompe novamente e diz:

— Meritíssimo, estou tentando estabelecer os fatos aqui. Na cena do acidente este homem disse ao patrulheiro rodoviário que estava bem. Agora, várias semanas após o acidente ele está tentando processar meu cliente, e isso é uma fraude. Por favor, poderia dizer a ele que simplesmente responda à pergunta? Mas, a essa altura, o Juiz estava muito interessado na resposta de seu Zé e disse ao advogado:

— Eu gostaria de ouvir o que ele tem a dizer.

Seu Zé agradeceu ao juiz e prosseguiu:

— Como eu tava dizendo, coloquei a mula na caminhonete e tava descendo a rodovia quando uma picape travessô o sinal vermelho e bateu na minha caminhonete bem do lado. Eu fui lançado fora do carro prum lado da rodovia e a mula foi lançada pro outro lado. Eu tava muito ferido e não podia me movê. Mais eu podia ouvir a mula zurrano e grunhino e, pelo baruido, percebi que o estado dela era muito feio. Em seguida o patrulheiro rodoviário chegou. Ele ouviu a mula gritano e zurrano e foi até onde ela tava. Depois de dá uma oiada nela, ele pegou o revolve e atirou 3 vezes bem no meio dos ôio dela. Depois ele travessô a estrada com a arma na mão, oiô para mim e disse: – ‘Sua mula estava muito mal e eu tive que atirar nela. E o senhor, como está se sentindo?’ – Aí eu pensei bem e falei: “tô ótimo...!”

Então? Viram como é importante o tal de “caso concreto”? Como se diz em Minas, “uai”. Texto e contexto. Texto e norma. O século XIX e parte dos sucedâneos positivistas que ingressaram no século XX e persistem no XXI apostava na tese de que o texto trazia consigo a própria norma. Lei era igual a direito e direito era igual a lei. A tese de que a norma é o produto da interpretação do texto (lei), de



Müller, veio para azeiturar o caminho pós-positivista. Claro que correndo o risco — e isso acabou ocorrendo — de a tal “norma a ser atribuída ao texto” se descolasse totalmente deste. Bom, o resto da história conhecemos. Tenho gastado rios de tinta para contar isso.

Quando o projeto do CPC nitidamente aposta em conceitualizações/abstratizações, buscando *commonlizar* o Direito (sem a responsabilidade do caso concreto daquela família de direito), penso no risco dos conceitos sem coisas. Do “paraíso dos conceitos” já denunciado por Hart.

Por isso, deixemos que o mineirinho conte a sua história. Deixemos que ele conte o “seu caso concreto”. Porque nem tudo que parece, é!

As consequências vêm sempre depois...

Post Scriptum 1: meu orientando Márcio Gil dos Santos, de Juiz de Fora (MG), manda notícia (clique [aqui](#) para ler) dando conta de que o governo de Minas Gerais obteve, dia 14 de junho de 2013, liminar do Tribunal de Justiça proibindo qualquer manifestação durante a Copa da Confederações. Aí está. Deve ter utilizado a Constituição da FIFA e não a da República Federativa do Brasil! Veja-se como a coisa da abstratização pega: uma decisão judicial, que deveria ser uma *applicatio*, uma concretização, é emitida com caráter de “norma geral”.

A decisão tem eficácia *erga omnes* e é dotada de autoexecutoriedade no caso de descumprimento... Ah, a tentação “dos passados” (disso que você está pensando, o passado recente e do passado mais distante, o positivismo exegético). Seria como na antiga propaganda do Nescafé Casagrande, “a volta dos bons tempos”? Aquele mineirinho perguntaria: “— Bons tempos para quem, cara pálida?” Invocando de novo o nosso mineirinho, o Messi do caso concreto, pergunto: Decretaram o estado de sítio nas alterosas?

Post Scriptum 2: e leio na Internet que o governador de Goiás obteve liminar na Justiça proibindo uma estudante de jornalismo de citar seu nome em qualquer documento. É isso mesmo! Uma decisão, que deveria ser concretização, é posta como norma geral — uma proibição geral e irrestrita... Pronto!

E, de novo, digo: *And I rest my case!* Ou, em sânscrito clássico: *Eu não disse?*

Post Scriptum 3: sobre as manifestações de rua escreverei nos próximos dias. *Mientras*, sugiro a leitura do [texto](#) de Rosivaldo Toscano . Está tudo muito confuso, ainda. Mas tenho receio de frases de ordem do tipo “não voto em partidos, voto em pessoas”; “tudo está errado”... (tenho medo que Pedro Bial venha a ser alçado a líder dos movimentos – peço que entendam a metaforização que estou fazendo!).

Democracia tem mais a ver com Locke do que com Hobbes. Guillermo O’Donnel já denunciava de há muito o perigo das democracias delegativas. Ruim com partidos... pior sem eles. Parcela considerável dos que hoje marcham nas ruas não lembra em quem votou... mas odeia assim mesmo os políticos. Mas não quero pré-julgar, assim, sem uma reflexão mais aprofundada.

De todo modo, vai uma pergunta, feita com todo o cuidado e respeito: será que essas coisas como “macro-lide” — e outras do gênero — não tem a ver com a formação de um imaginário que insta esse povo a ir às ruas? Não estaríamos esquecendo o “Brasil concreto”, do mesmo modo como esquecemos o “caso concreto” no direito?

Li recente decisão que me faz pensar se isso também não colabora para o esquecimento do “Brasil



concreto”, que é, no fundo, a alegoria do que aqui estou tratando: o esquecimento do caso concreto, das coisas, daquilo que é palpável, do que machuca as pessoas, que move suas vidas: ‘O sistema normativo pátrio utiliza o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que significa dizer que o magistrado não fica preso ao formalismo da lei nem adstrito ao laudo pericial produzido nos autos, devendo o julgador analisar o caso concreto, levando em conta sua livre convicção pessoal.’ (5001367-22.2011.404.7119).

De novo me permito invocar a sabedoria do grande Conselheiro Acácio, do romance *O Primo Basílio: as consequências vêm sempre depois...* Já não estariam *vino*, perguntaria o nosso sábio mineirinho Zé, engolin(d)o a letra “d”? Já eu vou invocar o mexicano Eráclio Zepeda: “quando as águas da enchente descem e cobrem a tudo e a todos, é porque de há muito começou a chover na serra. Nós é que não nos demos conta”.

[1] Expressão que criei quando do lançamento da primeira edição do *Hermenêutica Jurídica em Crise* há mais de dez anos.

[2] Jurisprudência dos conceitos.

Date Created

20/06/2013