

Função terapêutica do caso concreto e argumentos vazios no Direito



Mário (poderia ser João, Pedro, Mario ou qualquer um de nós) vai a juízo a

fim de ser indenizado pelo fato de ter encontrado um rato na embalagem de molho de tomate produzido pela parte ré. Para conseguir comprovar o fato constitutivo do seu direito, requer a produção antecipada da prova, afinal é imprescindível demonstrar que o roedor tinha vindo junto com o molho. O pedido de Mário, no entanto, é indeferido. O juiz fundamenta a sua decisão com dois argumentos: o primeiro é o de que a urgência estaria superada pela demora da parte, uma vez que constituiu advogado em março, e a ação foi proposta somente em maio; o segundo é no sentido de que o produto pode ser mantido congelado, sem prejuízo para a apuração da presença do elemento estranho alegado[1].

Antes de voltar ao caso narrado, façamos uma breve introdução.

Ovídio A. Baptista da Silva sempre foi um crítico ferrenho do modo como o Direito é ensinado no Brasil. Uma das suas maiores preocupações era a falta de preocupação dos nossos juristas e professores com o estudo de casos concretos. Dizia Ovídio que o Direito, tanto na universidade quanto na prática, resumia-se a uma ciência demonstrativa, e não a uma ciência da compreensão construída dialeticamente. Nas suas próprias palavras, “o ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os fatos dando-lhes o sentido de uma norma, mesmo que o processo tenha como objeto a lide, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da histórica como se estivesse a tratar de um problema geométrico, como preconizara Savigny. O estudante não tem acesso aos ‘fatos’, apenas às regras”[2].

Lenio Luiz Streck é outro crítico do modo como se estuda/ensina o Direito no Brasil. Há muito, Lenio vem denunciado, dentre outras coisas, a utilização, em grandes manuais, de exemplos totalmente distantes da realidade, que envolvem os clássicos Caio, Tício e Mévio. Embora os mais emblemáticos sejam os exemplos do Direito Penal, eles se fazem presentes em todas as matérias. Nem os grandes autores escaparam deles. Orlando Gomes, por exemplo, ao explicar em seu consagrado e excelente curso a chamada posse clandestina, ensina ser aquela que se adquire às ocultas, que o possuidor obtém usando de artifícios para iludir o que tem a posse, ou agindo às escondidas, como é o caso do sujeito que, à noite, muda a cerca divisória de seu terreno, apropriando-se de parte do prédio vizinho[3]. O que normalmente vem à mente dos alunos com isso: um sujeito, com um chapéu e capa escura, andando silenciosamente, para trocar as cercas do imóvel vizinho. Seria cômico se não fosse trágico.

Estudar casos reais importa para refinarmos nossos exemplos e melhor compreender as matérias. No entanto, isso não pode ser levado ao extremo, de modo a cairmos numa espécie de niilismo acadêmico

— tão comum quanto os artificialismos referidos — para o qual só a “prática” tem utilidade. Esse ponto de vista desconsidera o Direito enquanto episteme e faz com que os livros jurídicos fiquem reduzidos a repositórios de decisões judiciais, as quais, irrefletidamente, tornar-se-iam direito. É uma espécie de novo realismo jurídico doutrinário. Só que, no caso, a doutrina não é doutrina; ela é refém do que dizem os juízes.

Daí a função “terapêutica” do estudo de casos em Direito. Ela se desdobra, pelo menos, em duas frentes: auxilia na compreensão do Direito frente à concretude da vida, evitando que fiquemos reféns do artificialismo antes apontado, e revela o modo como o Direito, no cotidiano no foro, vem sendo solapado por argumentos vazios, carentes de juridicidade. O caso que inaugura o texto da coluna de hoje é, por sinal, um bom exemplo disso.

Não é nosso intuito aprofundar, neste curto espaço, as questões dogmáticas relacionadas ao caso mencionado. Nos interessa, mais de perto, colocar em xeque os argumentos utilizados na decisão judicial relativamente à (in)existência de urgência, que normalmente é traduzida nas expressões perigo na demora, para a tutela antecipada, e perigo da infrutuosidade, para a tutela cautelar. A pergunta que deve ser feita é a seguinte: haveria urgência na realização da prova pericial? Com o passar do tempo, seria mais difícil demonstrar, cientificamente, que o roedor realmente estava na embalagem do molho de tomate e que não teria sido posto lá somente num segundo momento?

Para o juiz da causa, o primeiro argumento que afastaria a urgência seria a demora na própria propositura da ação. Concluiu o órgão julgador que a urgência estaria superada pela demora da parte, uma vez que constituiu advogado em março e a ação fora proposta somente em maio. Mas não poderia ser o contrário? Vale dizer, quanto maior o tempo para a propositura da ação, maior não seria a urgência? Ou estaria o julgador a presumir que o advogado levou dois meses para propor a ação e, por isso, não haveria urgência? Trata-se de argumento sem nenhuma solidez.

Em nosso livro *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*^[4], já havíamos destacado que uma das consequências do vezo decisionista presente na jurisprudência brasileira está na criação de uma espécie de “presunção judicial” a respeito da inexistência de urgência conforme o período de tempo que medeia determinado evento narrado no processo e a propositura da ação. Não é incomum, portanto, que a questão do perigo da demora seja aquilatada a partir de “máximas” como as seguintes: “caso fosse urgente, teria a parte ajuizado a ação em período mais próximo da formulação dos autos”; “havendo o fato narrado na petição inicial ocorrido há mais de 12 meses, ausente o requisito do *periculum in mora*, impondo-se a manutenção da decisão *a quo*”; “chama-se atenção, nesse contexto, para o significativo lapso temporal (mais de dois anos) entre o óbito do pretense instituidor da pensão e a postulação de tutela provisória de urgência, situação que, salvo melhor juízo, afasta a noção de perigo na demora”.

A mesma coisa pode ser dita para o argumento utilizado no caso em questão, no sentido de que o produto pode ser mantido congelado, sem prejuízo para a apuração da presença do elemento estranho alegado. Ora, qual a base científica utilizada pelo juiz da causa para afirmar, peremptoriamente, que a manutenção do produto em determinada temperatura não irá gerar prejuízo para a instrução probatória? E mais, deverá o autor manter, na geladeira da sua casa, um rato até que sobrevenha a fase instrutória do processo? Caso quiséssemos dizer o contrário, careceríamos de qualquer condição de verificabilidade — salvo se o juiz deixasse de ser juiz para se tornar perito. Ele poderia ter dito que há urgência, pois, mesmo congelado o rato, o transcurso do tempo poderá prejudicar a realização da prova pericial. Tratam-

se, portanto, de argumentos frágeis, mas que, recorrentemente, são utilizados como subterfúgio para decidir.

Enunciados performáticos que escondem o caso importam em fundamentações vazias, como se estivéssemos falando de conceitos sem coisas. Assim como é possível afirmar que se houvesse a urgência o autor teria proposto a ação em período mais próximo, também é possível afirmar que, justamente por não ter proposto a ação em período mais próximo, há, agora, a urgência autorizadora da concessão da tutela provisória.

Note-se que, nessa perspectiva, a argumentação utilizada em diversos julgados no cenário nacional assume o caráter de um enunciado meramente retórico/performativo que apenas esconde um raciocínio *lato sensu* subjetivista, não passando sequer pelo o que Lenio Streck denomina de teste da condição semântica de sentido^[5]. Desse modo, o lapso de tempo para a propositura da ação não pode figurar como uma espécie de pressuposto negativo construído judicialmente para obstar a concessão da tutela provisória. Tudo dependerá do caso concreto, não sendo possível, de antemão, presumir que não há urgência simplesmente em razão do tempo decorrido para a formulação do pedido de tutela jurisdicional.

Por isso tudo que o caso concreto é tão importante. Isso não significa que nele encontraremos sempre a resposta certa. Mas ele nos auxilia a separar o joio do trigo. É justamente essa concretude que permite refletirmos se um argumento que embasa a decisão judicial é jurídico ou se é apenas um álibi retórico. Além da sua função terapêutica na metodologia do ensino jurídico, o caso concreto deve importar também para o órgão julgador, o qual deve perquirir as vicissitudes de cada caso. Isso pode parecer um tanto óbvio, porém não é o que ocorre no cotidiano forense.

Voltando ao nosso exemplo, é verdade que em determinado caso a demora na propositura da ação pode fazer transparecer a ausência de urgência. Mas isso não pode ser tratado como uma máxima, com validade universal para todos os demais casos. Tudo dependerá justamente do caso concreto.

[1] Trata-se de decisão proferida em processo que tramitou perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Esteio, no Rio Grande do Sul, e que foi posteriormente reformada pelo Tribunal de Justiça daquele estado, quando do julgamento do Agravo de Instrumento 70074286089.

[2] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 36-37.

[3] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21ª ed. Revista e atualizada. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

[4] RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

[5] STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 233.

Date Created

24/02/2018