

NAPOLEAO NUNES MAIA FILHO

LIVRE-DOCENTE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO ACARAÚ
MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
NOTÓRIO SABER JURÍDICO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DA ACADEMIA CEARENSE DE LETRAS

**PROCESSO E JULGAMENTO JUDICIAL
NO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA TARDIO**

BREVES ENSAIOS SOBRE
HERMENÊUTICA DOS FATOS
NA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS JURÍDICAS



EDITORA CURUMIM
FORTALEZA – CEARÁ

2015

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

LIVRE-DOCENTE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO ACARAÚ
MESTRE EM DIREITO PÚBLICO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
NOTÓRIO SABER JURÍDICO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DA ACADEMIA CEARENSE DE LETRAS
Revisão
O Autor

PROJETO GRÁFICO
Carlos Alberto Alexandre Dantas

CAPA
Napoleão Torquato Maia



OUROBOROS
DESENHO DIGITAL
DE NAPOLEÃO TORQUATO MAIA
2014

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
BIBLIOTECÁRIA: REGINA CÉLIA PAIVA DA SILVA CRB – 1051

M 217p Maia Filho, Napoleão Nunes

Processo e julgamento judicial no paradigma juspositivista tardio: breves ensaios sobre a hermenêutica dos fatos na resolução de demandas jurídicas / Napoleão Nunes Maia Filho. – Fortaleza: Imprece, 2015.

Coleção (Curumim sem nome)

242p.: 14,5x21,5cm

ISBN 978-85-8126-071-6

1. Juspositivismo – Brasil. 2. Brasil – História jurídica I.
Título.

CDD 351.9

PREFÁCIO

O propósito deste trabalho se resume a alcançar um objetivo muito modesto: apenas descrever e, em alguns casos, interpretar, o processo pelo qual, ao longo da história social e política ou, mais precisamente, ao longo da extensa *biografia do Estado*, os poderes jurídicos sobre a sociedade se exerceram de forma *crescentemente concentrada*, nisso se incluindo a absorção do *poder de julgar*, que progressivamente se distanciou das preocupações com a justiça.

É bem verdade que, embora a atividade judicial tenha se libertado, pelo menos formalmente, como se diz, das injunções e das influências dos príncipes e, depois, das injunções e das influências das hierarquias administrativas ou executivas e das poderosas *máquinas burocráticas estatais*, sua amplitude (ou o seu espaço) continua delimitada pelos contornos minuciosos desenhados pelo poder do Estado, *mas agora pela vertente do legalismo*, visto – e sobretudo praticado – como se fosse uma doutrina hegemônica da qual ninguém consegue se livrar e nem mesmo discordar.

As características mais gerais dessa situação, ao que se percebe, mostram que, a partir do pensar teórico que mais prestigiou ou hipervalorizou a importância das leis

escritas, ou seja, o *juspositivismo legalista*, desenvolveram-se instituições e doutrinas jurídicas que fizeram do poder judicial uma espécie de *apêndice* dos poderes administrativos do Estado – *um apêndice importante, mas sempre um apêndice* – inserido no vasto e complexo universo dos magnos interesses estatais.

Tanto é assim que um escritor ponderado, como Carré de Malberg (1861-1935), pôde afirmar (tranquilamente) que *la función jurisdiccional no puede considerarse como um tercer poder del Estado, como una potestad igual a las otras dos e irreduciblemente distinta de ellas, sino que constituye simplemente una manifestación y una dependencia del poder ejecutivo, el que comprende así dos ramos particulares: la administración y la justicia.* (Teoría General del Estado, tradução de José Lión Depetre, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 628); nesse contexto – pode-se acrescentar – a ideia de justiça, que fora apanágio dos primeiros teorizadores do poder judicial, terminou sendo envolvida nas tarefas administrativas estatais e com elas se confundindo.

Num plano mais específico, este livro é um *livro crítico* sobre o histórico do juspositivismo legalista e dos desdobramentos de seus postulados, na atividade de julgar, abrangendo os esforços de sua padronização e o *ensino dogmático* do Direito, que a cada dia se torna mais formalista e estranho à análise dos fatos da vida social; o formalismo juspositivista acha-se de tal modo inserido na mentalidade dos juristas julgadores, *inclusive dos mais jovens*, que se revela uma tarefa hercúlea – e talvez mesmo uma tarefa inútil – lutar contra as suas subreptícias e sorrateiras manifestações.

Uma das principais características do modo juspositivista do pensar jurídico – talvez a mais notável de todas elas – consiste, precisamente, em *exaltar a relevância das regras legais e dos precedentes judiciais relativos à sua aplicação e subestimar a importância dos fatos que alimentam as disputas e originam as controvérsias da vida humana social.*

Ainda que os fatos encham a vista dos julgadores positivistas com as suas cores berrantes e brilhosas, desafiando as previsões das leis escritas, ainda assim, na maioria das vezes, eles (os julgadores positivistas) optarão pela fiel aplicação das regras, talvez *ressalvando a sua reapreciação em termos diferentes, em eventual caso semelhante, no futuro, quando (ou se) houver a edição de uma nova regra ou for por acaso alterado o entendimento jurídico sobre aquela questão, em face de orientação jurisprudencial superior*; o juspositivismo, em resumo, proíbe o julgador de criar, pois lhe permite, apenas, a tarefa de aplicar as leis escritas, *tal como soam as suas palavras ou como já foram elas (as palavras das leis) acolhidas ou entendidas em decisões pretéritas.*

Escrevi, a propósito disso, que o juspositivismo é uma *ideia líquida* que se insinua em todas as frestas da história social, não apenas como uma maneira autoritária de explicar o Direito, fazendo-o emanar diretamente das leis escritas, embora esse seja, sem dúvida, o seu aspecto mais visível; o juspositivismo se converteu numa *explicação do Mundo e dos seus mistérios*, numa forma de pensar e de querer, de imaginar até mesmo as utopias; penso que essas palavras traduzem fielmente a minha percepção das técnicas do juspositivismo e creio que a sua crítica (do juspositivismo) revelará que os julgadores são os únicos que podem *revolucionar* a compreensão do Direito.

Mas *revolucionar a compreensão do Direito*, deve-se logo ressaltar, não é o mesmo que subverter os seus postulados essenciais ou descartar a importância das leis escritas, como se fossem coisas irrelevantes; revolucionar o Direito quer dizer incluir nas preocupações dos juristas, *sobretudo nas reflexões dos juristas julgadores*, o candente e permanente tema da justiça das regras positivas, da equidade dos atos administrativos do Estado e da razoabilidade das suas próprias decisões, *mesmo quando existe uma previsão legal oposta a esses princípios ou, um tanto mais raramente – e aqui está o nó górdio da questão – quando não há regra legal previamente positivada.*

Aliás, sobre a serventia das regras positivas e da *inevitável necessidade de sua inobservância*, em determinadas circunstâncias ou em certas situações especiais, cabe recordar o que dizia o Professor Paul Feyerabend (1924-1994), com a sua judiciosa observação que *não há uma única regra, não importa o quão plausível seja, que não deva ser violada em algum momento ou outro; há sempre circunstâncias em que é sempre aconselhável não apenas ignorar a regra, mas adotar o seu oposto* (Contra o Método, tradução de Cezar Augusto Mortari, São Paulo, Unesp, 2011, p. 31); é claro, sem dúvida, que essa afirmação soa herética e assustadora aos ouvidos dos juristas positivistas que aprenderam, de forma disciplinada e esmerada, o seu *ofício repetitivo*.

O desafio de conhecer as coisas e o de dominar a ciência das relações humanas são, no entanto, empreendimentos *essencialmente anárquicos*: o anarquismo teórico, não submetido a padrões prévios e a paradigmas, estima o Professor Feyerabend, é mais humanístico e mais apto a estimular o progresso do que as suas alternativas que apregoam a lei e a ordem; esse autor

– diga-se de passagem – não é da área jurídica, mas apreendeu com exímia acuidade a *magna quaestio* dos problemas concretos do Direito, quais sejam, o de focar a atenção dos seus cultores na *ideia de justiça* e também nas suas extensões de equidade, legitimidade e proporção das coisas e entre as coisas.

A revolução do Direito, portanto, pertence ao tema do processo do desenvolvimento científico e da cultura, sobretudo no campo das ciências sociais, e visa a resgatar a relevância das reflexões axiológicas, coisa que fica muito além das técnicas juspositivistas. Uma síntese desse pensamento – ou desse modo de pensar – pode ser feita adotando-se o critério segundo o qual *a justiça é uma relação que se realiza em concreto, ou caso a caso, não sendo necessário – até por ser uma tarefa sisífica – que se prefixe a sua definição ou o seu conceito.*

Aliás, a ideia de justiça é uma ideia que não cabe nos limites de uma fórmula; digo isso *tomando de empréstimo* as palavras que o Ministro Félix Frankfurter (1882-1965), da Suprema Corte dos Estados Unidos, utilizou para mostrar a amplitude conceitual do *due process of Law*, um instituto certamente *menor* do que a ideia de justiça, sobretudo na sua dimensão processualizada; a justiça não comporta a *preconceituação apriorística*, presa nas palavras da leis escritas: a sua apreensão será sempre contextual.

A justiça, como se sabe, sempre foi *sentida* como uma exigência da incompletude dos homens – *e da sua possibilidade e do seu desejo de completar-se* – ou da sua liberdade, por isso também é apreendida como *resistência* que se exerce contra as pressões dos poderes; como disse Karl Marx (1818-1883), *a liberdade consiste em converter os órgãos do poder em instituições su-*

bordinadas à sociedade, acrescentando que sempre há maior liberdade quando e na medida em que o poder das instituições é mais limitado.

Assinalo, mais uma vez, que ideia de justiça, quando vista sob a rigorosa disciplina das leis escritas, dos seus entendimentos prévios ou das rotinas processuais, *assemelha-se a uma grande ave de longas asas poderosas, capturada e presa numa rede de náilon ou numa forte malha burocrática que se estende sobre ela, para contê-la e impedir que alce o seu impressionante voo.*

Sei claramente que a alguns essa imagem – ou essa descrição – parecerá apenas um *arroubo romântico* ou uma forma anticientífica de expressar uma miragem, *mas uma miragem tão próxima, que pronunciar o seu nome é como tocá-la*, como diria o poeta mineiro Carlos Drummond de Andrade (1902-1987), em momento, aliás, *nada preocupado com questões jurídicas* (*A Paixão Medida*, Rio de Janeiro, Record, 1998, p. 17); penso que a crença na *justiça além das normas* somente possa ser dita de modo romântico, quem sabe com estas emocionantes e apaixonadas palavras do compositor e cantor Jessé Florentino Santos (1952-1993): *voa, voa minha liberdade, entra, se eu servir como morada; deixa eu voar na sua altura, abraçado na cintura da eterna namorada.*

Esse ponto doutrinário antilegalista, aliás, foi percutido com a maior exatidão pelo Professor Eros Grau, ao apontar que no legalismo *não apenas se consagra o radicalismo mais exacerbado do positivismo, mas também se apresta o cientista do Direito para ser colocado a serviço do arbítrio e da opressão, visto que todo e qualquer conteúdo pode ser Direito, ainda que arbitrário e opressivo* (*Direito/ Conceito e Normas Jurídicas*, São Paulo, RT, 1988, p. 31), o que ele rejeita com vigorosa veemência.

Em poucas palavras, pode-se entender que o legalismo é uma capa que reveste a ausência de pensamento criativo, encobre a falta de vigor nas decisões, servindo, portanto, de biombo para ocultar a fragilidade e a falta de determinação, até mesmo quando, no seu íntimo, o julgador está convencido que a solução que as leis escritas apontam é inadequada, anacrônica, insuficiente ou injusta; isso se revela, com grande nitidez, nas chamadas *ressalvas de pontos de vista* que, não obstante a reserva intelectual, enseja que o julgador siga a corrente vitoriosa da qual discorda; para obviar esta situação, tem-se criado, artificialmente, a força vinculante de alguns entendimentos judiciais, o que significa dizer que as percepções dos julgadores ficam enclausuradas também em precedentes obrigatórios.

Pois bem, eis a síntese das reflexões alinhavadas nestes breves ensaios, elaborados exclusivamente com o objetivo de chamar a atenção dos juristas julgadores para a necessidade de ousar incluir a *justiça além das regras* nas suas decisões, ou seja, para cortar a sequência da tradicional ortodoxia estatizada – o legalismo – que contagia *todas as instâncias do poder do Estado*, convertido que se acha o legalismo no padrão preferível da certeza jurídica, de modo que os críticos das suas formulações são, de logo, apontados como dissidentes e acoimados de promotores da instabilidade.

Em resumo, talvez os juristas se advirtam que essas realidades do Direito das leis escritas são como uma nebulosa e, para ser compreendida é preciso seguir a receita do poeta cearense Francisco Carvalho (1927-2013), para quem *a nuvem de que falo foi descrita nas folhas de um vetusto pergaminho; era de um rei*

que resvalou na tumba por excesso de amores e de vinho; essa nuvem de argila é nossa irmã que faz tricô com pássaros de lã (Romance da Nuvem Pássaro, Fortaleza, UFC, 1998, p. 59).

Brasília/DF, janeiro de 2015.

Napoleão Nunes Maia Filho.