

NAPOLEÃO MAIA FILHO  
MÁRIO GOULART MAIA



# A JUSTIÇA DAS COISAS

A HERMENÊUTICA GARANTISTA  
E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS



EDITORA CURUMIM  
FORTALEZA | CEARÁ  
2021

340.114

M217j

COPYRIGHT © 2021 BY

Napoleão Maia Filho  
Mário Goulart Maia

PROJETO GRÁFICO

Carlos Alberto Alexandre Dantas  
carlosalberto.adantas@gmail.com

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

B 217j Maia Filho, Napoleão Nunes

A justiça das coisas: a hermenêutica garantista e os direitos fundamentais / Napoleão Maia Filho, Mário Goulart Maia. - Fortaleza: Imprece, 2021.

232p.: 14,5cm x 21,5cm (Coleção Curumim sem nome)

ISBN: 978-65-87212-34-0

1. Direito Brasileiro. 2. Justiça Brasileira. 3. Juízes-Decisões-Brasil. I. Título.

CDD: 340.981

SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA  
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA

Nº

DATA

1221565

05/08/22

## NOTA PRÉVIA

O DIREITO NÃO ESTÁ NAS REGRAS, MAS NOS FATOS DA VIDA  
E NOS SENTIMENTOS QUE A CONVIVÊNCIA HUMANA CRIA

*Essa propriedade que tem o sentimento de nos catapultar para o mundo dos valores é, portanto, a que mais intrinsecamente qualifica a existência. Porque nos valores estão os mais sólidos e os mais cristalinos propósitos de toda uma vida individual e ao mesmo tempo coletiva (Carlos Ayres Britto. O Humanismo como Categoria Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 78).*

### 1

Queremos começar esta apresentação confessando um pecado que voluntariamente cometemos: os quatro textos que compõem este volume *não são inteiramente originais*, pois se trata de reedição de trabalhos que antes publicamos, em mais de um livro que escrevemos. A decisão da republicação é dúplici: primeiro, reiterar as ideias e noções que expusemos naqueles livros e, em segundo lugar, fazer retificações, revisões ou explicitações, com o objetivo de *melhorar o estudo das matérias*.

O mérito deste livro pertence também a alguns amigos e colegas que nos sugeriram acréscimos e supressões nos originais, algumas delas acolhidas. Dis-

so resultou a inclusão de muitas e importantes passagens das exposições, em especial aquelas que contêm reflexões verticalizadas sobre aspectos filosóficos da formação das decisões judiciais, as pré-condições subjetivas dos julgadores, a origem de suas posições ideológicas e os seus *impulsos de justiça*.

Pedimos ao caríssimo amigo e muito ilustre Ministro do egrégio Superior Tribunal de Justiça Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Professor e Acadêmico, para fazer a leitura, por mais aligeirada que fosse destes trabalhos e, se ele estimasse que os textos se acham na altura de merecerem publicação, que aquiescesse em escrever um prefácio, também tão rápido quanto lhe aprouvesse ser.

O Ministro Ribeiro Dantas sempre nos causou agradáveis surpresas, mas desta vez ele superou a sua própria marca, pois em brevíssimo tempo nos telefonou e fez elogios generosos, muito generosos, aliás, aos textos, pontuando, com a sua reconhecida elegância e invariável sinceridade, que *alguns conceitos e opiniões ele não os abonava*. Claro que agradecemos a sua advertência e lhe damos inteira razão, pois os pensamentos sobre os assuntos da justiça, do Direito, das leis escritas e da jurisdição são minados de divergências e cheios de ardis e armadilhas. Algumas até fatais.

Mas consignamos com enorme alegria e igual orgulho o nosso agradecimento às suas palavras *extremamente elogiosas aos textos* e, mesmo tendo perfeita consciência de que são coisas do seu coração afável e *mais propenso à ternura do que ao furor* – palavras invertidas do poeta português Bocage – não escondemos que nos sentimos enaltecidos com elas e pelo apreço que revelam.

## 2

O tema da justiça das decisões judiciais e sua imbricação com o processo judicial gira, há muitos anos, na mente dos juristas e sempre retorna aos seus princípios e às suas premissas. Já fomos advertidos – mais de uma vez e por mais de um estudioso – que essas preocupações não são restritas à simples ou tópicamente interpretação das regras positivas, na solução de casos jurídicos a serem resolvidos pelos julgadores. De fato, dizem alguns autorizados doutores, essas preocupações respeitam propriamente e de forma direta ao *complexo conteúdo do Direito*, e não somente ao *estrito conteúdo das leis escritas*.

Essa advertência parte do pressuposto que *o Direito não está nas leis e nem poderia estar, porque reside nos fatos da vida e nas confusões, dissensos e*



*disputas que as relações jurídicas inevitavelmente criam, desenvolvem e conservam.*

A ousadia desta frase não ultrapassa o seu afoito enunciado. O Direito realmente não se acha nas regras escritas, mas nos fatos da vida e os fatos da vida, além de serem múltiplos e inesperados, são também sempre desiguais, até porque ocorrem, inevitavelmente, em distintas circunstâncias de tempo, lugar e modo. Ademais, são praticados por pessoas que carregam experiências diversas, motivações incoincidentes e propósitos também desuniformes. Então, como avaliar esses fatos da mesma maneira? Essa indagação faz refletir que cada caso é um caso irrepetível, individual nas suas próprias e intransmissíveis circunstâncias.

### 3

Como todos sabem - todos os juízes sabem - as leis são feitas para casos gerais, casos abstratos, casos futuros ou casos hipotéticos. Somente as sentenças dos julgadores são feitas para os casos específicos, os casos concretos, os casos presentes ou os casos reais. Como se sustentar que as circunstâncias materiais e objetivas desses últimos casos possam ser vistas como aquelas outras com as quais o legislador trabalhou, em outro ambiente emocional e finalístico e sob outras poderosas variáveis?

Como um julgador pode ignorar as circunstâncias de um caso e decidi-lo como se essas circunstâncias, *autênticas atropeladoras da identidade de situações*, não existissem ou fossem idênticas às de outro caso passado, objetivamente ocorrido e realizado em tempo, lugar e modo pretéritos e essencialmente distintos?

Ademais disso, deve-se considerar que a estimação do que as leis e as outras regras significam - ou dizem - varia com o inevitável passar do tempo, varia também segundo a mutante percepção do leitor e, sobretudo, quando esse leitor é um juiz que se orienta - ou não - pelo farol das garantias jurídicas ou pelo facho aceso do punitivismo. Pelas pessoas de carne e osso e as suas angústias ou pelo fascinante poder estatal e seus tradicionais e históricos atributos.

Pensamos que dirigir-se o juiz por uma ou por outra luz *não é uma opção do julgador*, mas uma atitude que explode de dentro de si, *como um amor que vem de longe, de uma estrela cuja luz não se apaga, persiste a brilhar, mesmo quando o astro se extinguiu nas distâncias geladas, astronômicas e imedíveis*. Distâncias cósmicas e infinitas. Esta metáfora me foi transmitida pelo poeta Luciano Maia, a partir de um poema do poeta romeno Mihai Eminescu.

Até diremos que nenhum juiz é iluminado pelo garantismo porque o deseja ser, como ninguém será misericordioso se não trouxer essa chama no seu coração, como uma graça de Deus Altíssimo.

#### 4

Estes são os assuntos deste livro. E pedimos a atenção para um complicador notável, importante e poderoso: *o surgimento da ideia de direitos humanos e fundamentais, com a sua carga de transcendências e de complexidades. São direitos não escritos, que não podem ser submetidos a padrões avaliatórios que se baseiam em cotejos com leis, decretos e provimentos. Os direitos humanos e fundamentais são como a justiça, uma coisa que não se sabe, mas se sente - esta expressão é do filósofo sergipano Tobias Barreto - feito o amor que ninguém pode definir, mas todo mundo sente quando o encontra.*

Eles, os direitos subjetivos, *são exigências de que as leis não dão conta e nem podem dar, porque a sua pressão somente se manifesta nas urgências dos casos concretos, nos contextos objetivos, não nos casos abstratos, dos quais o legislador tratou.* Manifesta-se como desafio que se dirige mais ao sentimento humanístico e à intuição de justiça do que à inteligência



e ao conhecimento de leis e de doutrinas legalistas, *mesmo quando vasto e refinado, ornado com títulos acadêmicos e referências.*

O cultivo sistemático do juslegalismo impenitente gera, nas mentes dos juristas, em primeiro, lugar, a ideia de que integram uma elite e esse sentimento de elitismo, mantido por uma espécie de superioridade autocriada - ideias do filósofo alemão Friedrich Nietzsche - praticamente destrói as chances de efetivação da justiça. É como quem olha para um abismo e termina sendo atraído por ele, *como se fosse para um abraço.*

## 5

O livro que agora (re)publicamos tem um objetivo muito alto: apontar e advertir que a jurisdição não pode se fechar na cômoda hermenêutica expressional das regras das leis escritas. Os julgadores não são filólogos, que possam discutir o sentido de certos termos e o alcance de certas expressões, *já que eles devem - os julgadores - atentar para os fatos da vida e criar - não copiar ou reproduzir - as soluções das controvérsias que neles são baseadas.* Este pensamento foi exposto pelo magistrado americano Benjamim Cardozo, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos.

É aos juízes que cabe o insubstituível dever de *completar o atendimento dos fins do Direito, sob a inspiração da justiça*, preenchendo, *mediante criação tópica*, com a sua argúcia e a sua intuição de justiça, as inevitáveis lacunas de legitimidade, de equidade e de justiça que as leis escritas *sempre e inevitavelmente trazem*. É isso que penso ser o para quê a jurisdição existe. A aplicação *more burocratico* de regras legais é realizada com inegável competência pelas instâncias administrativas estatais, em clima de *alta racionalidade*, como Max Weber já apontou.

O intuito deste livro pode muito bem ser outro pecado mortal, mas também que é uma grande virtude prevenir-se contra os desvios e evitar as injustiças assombradoras, esses fantasmas noturnos que rondam o exercício da justiça, *mas a temem como temem a luz*. Vamos fazer o seu exorcismo, antes que esses monstros desesperados nos façam trabalhar em apoio e a favor de suas malfeitorias.

Deus seja louvado, para todo o sempre!

Fortaleza/CE, junho de 2021.

*Napoleão Maia Filho*  
*Mário Goulart Maia*