

## Por que é tão difícil fazer a coisa certa no direito brasileiro

Estou escrevendo um livro sobre *Como Fazer a Coisa Certa no Direito*. Já está na editora. Mas se pudesse incluiria o que a seguir relatarei, para mostrar **o que é a coisa errada no direito** e por que nossa chance de "dar certo" é mínima. Principalmente quando se ignora a legislação, os Códigos e se desdenha do pobre do usuário e de seu causídico. Aliás, *renito: advogar é um exercício de humilhação cotidiana*. Por isso advocacia é para fortes. Stoik Mujik.



Como já falei semana passada, isso também ocorre por culpa da advocacia, que se

queda silente. *É a praga da pós-modernidade, em que o mundo virou um grande grupo de WhatsApp*. Nele, não há realidade, só ficções. Aniversários (como o mundo é fofo no modo virtual), fotos de pizzas (todo mundo é feliz), epistemologia do churrasco (comprar e assar um carneiro é mais fácil que escrever um tratado sobre os carneiros — *oiçam* Lenio Streck em Podcast — em que explico *O que é isto — A Epistemologia do Churrasco*) e a prática da economia dos afetos (a nova disciplina pós-moderna). A chance de isso tudo dar certo é quase zero.

E sigo. Algumas coisas aparecem como sintomas. Por isso falarei sobre duas decisões do TJ-MS. O que delas vale é o simbólico. O que elas simbolizam — essa é a questão fulcral.

Trata-se de duas decisões proferidas pelo mesmo magistrado em dois dias seguidos, cujo conteúdo é absolutamente contraditório sobre o mesmo tema.

Vejamos.

Primeiramente, ao tratar sobre a Medida Cautelar com pedido liminar em RESE 1402522-05.2023.8.12.0000, o desembargador Jairo R. de Quadros proferiu decisão que acatou o pedido do Ministério Público e atribuiu efeitos suspensivos ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo réu no processo criminal, ordenando que o processado retornasse a cumprir pena no regime fechado.

Nessa decisão, acatou o pedido do MP, embora a Medida Cautelar não esteja prevista como uma das possibilidades de se alcançar efeito suspensivo de recurso. O julgador entendeu que este caso estaria abarcado como uma das hipóteses de *interpretação extensiva* que se pode valer ao julgar um processo criminal, com esteio no artigo artigo 3º do Código de Processo Penal. Além disso, o desembargador cita alguns precedentes judiciais do STJ (HC 492.460 e HC 491.443) e do Tribunal de Justiça de SP (CautInom 2229256-09.2019.8.26.0000). Para arrematar, o julgador ainda cita que está presente os requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, fundamentando sua decisão na "necessidade de garantia da ordem pública" ao afirmar que o réu possui condenações anteriores e portava quantidade considerável de crack.



O mundo gira duas vezes e, no pedido liminar em Medida Cautelar do proc. 1403023-56.2023.8.12.0000, o mesmo julgador negou o pedido sem sequer analisar a fundamentação de mérito. Acontece que o magistrado entendeu, desta vez, que não seria cabível um pedido de efeito suspensivo por meio do método da Medida Cautelar, argumentando que os recursos no processo penal têm caráter taxativo:

"Como cediço, os recursos cabíveis no direito processual penal são enumerados taxativamente, mesmo porque inexistente analogia em matéria recursal" [1].

Gosto quando os magistrados são taxativos. Portanto, apenas dois dias após proferir decisão acatando a Medida Cautelar como meio idôneo para pleitear a suspensão de RESE, o desembargador profere julgamento diametralmente oposto.

Não é que ele não pudesse mudar de opinião. Mas para isso tinha o ônus argumentativo. Fazer o *overruling* de si mesmo.

É de se espantar que no processo de número 1402522-05.2023.8.12.0000 o magistrado tenha invocado uma *interpretação analógica e extensiva* do instituto e, apenas dias depois, tenha sido tão enfático quanto à taxatividade do modelo recursal penal.

Gosto também da argumentação. Com efeito, para dar maior peso à sua decisão, o desembargador colaciona alguns julgados que denegam pedido de suspensão por meio de Mandado de Segurança e Medidas Cautelares (TJ-SP e TJ-MG).

Interessante é que o fiscal da lei, o Ministério Público, parece nada fazer com relação a isso. E o magistrado não se constringe em transformar a decisão judicial em uma mera escolha. Esquece-se do significado do nobre ofício de decidir. **Que é um ato de responsabilidade política.** Ninguém pode depender de escolhas do tipo *vou ao cinema ou não vou. Ou quero Pepsi ou Coca-Cola.* Ou hoje é taxativo, amanhã não será. Há um verbete no meu Dicionário de Hermenêutica que trata exatamente do tema Decisão.

Por fim, se alguém quiser uma dica de prova em concurso público, pergunte o que é solipsismo e coloque nas alternativas esse caso do TJ-MS.

E nada mais preciso dizer, a não ser:

- (i) Precisamos falar sobre o direito brasileiro.
- (ii) Precisamos falar sobre os artigos 489 do CPC e 315 do CPP.
- (iii) Precisamos falar sobre precedentes.
- (iv) Precisamos falar sobre coerência e integridade (artigo 926 do CPC).
- (v) Precisamos falar sobre a *Revista de Precedentes* ([ler aqui](#)).

Sim, necessitamos. Vandrê dizia naquele dia do festival em 1968: *a vida não se resume a festivais*. E eu digo: **gente do direito, a vida não se resume a grupos de WhatsApp e redes sociais.** Existe vida fora disso. E essa é real.

Como real é o mundo concreto em que todos os dias somos feridos por decisões em embargos de declaração, REsp etc.

Sim, precisamos, mesmo, falar sobre o que está acontecendo no direito brasileiro.

**Post scriptum:** já estava fechada a coluna, quando recebi de meu amigo Marcio Berti a lista de enunciados do Fórum Nacional Juizados Criminais (Fonajuc).

Entre outros, chamou-me a atenção o de número 13: *Não será adiada a audiência em caso de não comparecimento injustificado do representante do Ministério Público devidamente intimado.* O enunciado foi aprovado por maioria. Resta saber se uma audiência criminal é válida sem a presença do MP. Ou a sua ausência acarreta a extinção da ação penal? Ou o juiz conduzirá, violando o artigo 212 do CPP e todo o princípio acusatório? "Legislar" não é fácil, pois não? O realismo jurídico brasileiro não se contenta com o clássico lema "o direito é o que...". Vai mais longe e explicitamente estabelece leis gerais.



[1] Fl. 278 do processo 1403023-56.2023.8.12.0000

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-ago-31/senso-incomum-tao-dificil-coisa-certa-direito-brasileiro/>