

Senso Incomum: Como se mede a “régua” para aplicar a lei — quem a fixa?

Spacca

a régua ou não?

Li interessante matéria na *Folha de S.Paulo* com o título [Procurador eleitoral promete não ‘tolher’ debate político](#). A matéria dá conta de entrevista do novo procurador eleitoral dr. Eugênio Aragão, criticando sua antecessora, dra. Sandra Cureau, que teria sido muito dura na apreciação do direito eleitoral. Ele defendeu uma forma diferente de o Ministério Público Eleitoral agir. Criticou o fato de a dra. Cureau “passar a régua” e processar todo mundo (parece-me ser esse o sentido de “passar a régua”, pois não? Ou entendi mal?). Minha pergunta, de pronto, é: quem tolhe o debate (ou não tolhe o debate) é o agente ou os pressupostos estão fixados na lei?

Onde entra a chatice epistêmica de Lenio Streck nesse debate? Simples. Eis um bom exemplo de como o Direito não deve ser. Não tomo partido do dr. Aragão nem da dra. Cureau. Ambos sempre se mostraram competentes. O que quero dizer é que o Direito Eleitoral, como qualquer ramo do direito, não pode depender da posição pessoal dos seus manejadores-intérpretes-aplicadores (até porque os titulares tiram férias, pois não?).

Eis a questão. Já escrevi muito sobre isso em livros e aqui na **ConJur**. Se, por exemplo, em uma decisão sobre o aborto — suponhamos que o STF esteja decidindo a descriminalização — ficarmos esperando a posição pessoal (ou subjetividade pessoal) do ministro do STF estamos (ou estaremos) mal. Imagino a discussão: “ele é católico; ele não é; ele é agnóstico; ele é liberal; ele é conservador...” e assim por diante. Assim foi no caso dos embargos infringentes. Não preciso tomar posição para um lado ou outro para dizer que o país não pode ficar refém, em suspense, acerca de que como o ministro X ou Y vai decidir. Sua posição pessoal em nada (deveria) importa(r). Como bem diz Dworkin, não me importa o que pensam os juízes. Não me importa para que time torcem, sua preferencias sexuais etc. Decidir não é o mesmo que escolher. Decidir é um ato de responsabilidade política. Devo insistir nisso.

Isso tudo vale (também) para o Ministério Público. Quer dizer que o Direito Eleitoral brasileiro depende da régua do encarregado de aplicar a lei? Teremos que, dependendo do lado em que estivermos, torcer para que um “durão” ou um “não durão” seja guindado ao cargo? Quer dizer que o destino do Direito Eleitoral (ou de outro ramo) pode depender da posição (subjetividade) dos detentores do poder? Isso vale para o STF, para o STJ etc.

Tomar decisões no campo jurídico é ter responsabilidade política. Não é simplesmente escolher um lado ou outro. Repito: decisão não é escolha. A razão prática do juiz ou do membro do MP devem ser suspensas. Se assim não for, não podem assumir cargos.

Vou explicitar isso melhor: compreendo a decisão jurídica, em especial a judicial, como um ato de responsabilidade política. O que quero dizer com isso? Que o magistrado, ao proferir sua decisão, deve estar comprometido com os fundamentos do Estado Constitucional, que tem como seu núcleo a democracia. Portanto, proferir uma decisão judicial não implica resgatar antigos dilemas (já superados),



como o de buscar a vontade da lei, a vontade do legislador ou tampouco apelar para um suposto “poder discricionário”.

A decisão judicial deve, ao contrário de tudo isso, ser construída de acordo com a legalidade (constitucional). É o que chamo de respostas constitucionalmente adequadas (ou corretas), somente obtidas através do filtro de uma Teoria da Decisão Judicial, que eu proponho e descrevo nos meus *Verdade e Consenso* e *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*.

Impasse entre decisão e escolha?

Ora, a questão é singela, para quem trata disso a partir da Filosofia. A existência deste (pseudo) impasse foi o que colocou a doutrina e os julgadores “nos braços” do subjetivismo (e voluntarismo). Ou seja, fosse todo provimento jurisdicional um ato de *decisão*, não haveria espaço para a discricionariedade. “Escolha” diz respeito a gostos e opiniões, o que deve ser afastado dos julgamentos. Enfim, escolha e subjetividade são irmãs siamesas. Escolha quer dizer “discricionariedade”. Na decisão, há algo que se antecipa, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito. Um bom exemplo de escolha — portanto, de discricionariedade — é a decisão do ministro Barroso (AP 565), que, em um dia decide com base na “letra” da Constituição (caso Cassol) que é o Congresso que tem o poder de cassar mandatos e, dias depois, determina a anulação da decisão do Congresso que não cassou o mandato do deputado Donadon (MS 32.326), desta vez com base em argumentos metajurídicos (permito-me a repetição do exemplo, mas ele tem uma importância simbólica ímpar — e ainda terá nos próximos anos).

Tudo isso leva a ativismos. E o que é ativismo? É uma corrupção funcional entre os poderes. Alguns ativismos até podem produzir resultados produtivos, mas não necessariamente isso signifique que o ativismo seja bom. Um relógio estragado também acerta a hora duas vezes por dia. O que precisa ficar claro é que discutir sobre o ativismo implica debater os limites da atuação do Judiciário (e do Ministério Público), que, ao extrapolar suas funções, pode agir para o bem ou para o mal. Antoine Garapon, autor que quase não trabalho, mas, no contexto cai bem, diz que o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a *escolha* do juiz é dependente do *desejo* de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar. A questão que se coloca é: de que lado a gente está? Eis a questão...

Sigo. O problema é justamente este: acharemos “bom” quando o ativismo produzir decisões contrárias a todos os avanços do Direito? É preciso lembrar que o ativismo judicial tem relação ao kelseniano conceito de que interpretação é um ato de vontade (claro, isso no plano do que Kelsen entendia como decisão jurídica). E atos de vontade não tem controle. E onde não há controle, não há democracia. Simples, pois.

A personalidade do procurador ou do magistrado: importa?

Quando um juiz *decide*, ele deve perguntar: o que a legalidade (constitucional, e falo aqui no sentido de Elías Díaz) diz sobre esta questão? Vejamos: um *problema jurídico* deve ser respondido por *argumentos jurídicos*. Direito não é moral. Moral não corrige o Direito. Nada importa sobre a personalidade do juiz. Ao Direito não importam as inclinações do magistrado, porque temos uma Constituição e Códigos para responderem as questões jurídicas (desde logo, remeto o leitor para as três últimas linhas desta coluna). É isso o que se chama de Direito democraticamente construído: um Direito que dispensa opiniões e convicções pessoais. Se a democracia depender de opiniões pessoais, teremos que rezar para que



teremos “homens bons” conduzindo o Direito. E, como diz o psicanalista Agostinho Ramalho Marques Neto, “Deus me livre da bondade dos bons”. PS: é evidente — e, por favor, já escrevi muito sobre isso — não propugno neutralidade. Acaciano isso. Trata-se de responsabilidade política e “dos dois corpos do rei”. E também se trata de conduzir o processo com *fairness* (equanimidade).

No caso do Ministério Público é a mesma coisa. Quando o MP acusa, esta acusação deve estar fundamentada na legislação produzida democraticamente. Este é o ponto: a fundamentação jurídica (seja ela judicial ou acusatória) deve ser um exercício rigoroso de legalidade e, por conseguinte, de constitucionalidade, o que não está presente na personalidade do juiz ou promotor. O Ministério Público deve(ria) ser uma magistratura: já na denúncia deve haver um ato de decisão e não de mera escolha.

Numa palavra: o tamanho das régua e o leito de Procusto

Por tudo isso, fiquei preocupado com o que disse o ilustre Procurador Eugênio Aragão. Mas fiquei preocupado também com a Procuradora que o antecedeu. Pelo que li, o direito eleitoral dependeu e dependerá do tamanho da régua dos dois. Cá para nós, não acho que deva ser assim. Talvez ele não quisesse ter dito isso. Mas disse. Na verdade, com tudo que já li e escrevi até hoje, tenho convicção que não é assim. Se não tenho razão, então teremos que fazer como disse dia desses aqui no Conjur um importante professor paulista, Oscar Vilhena, quando falou que até os almoços influenciam na decisão... Pois é. Interpretação seria, além de um ato de vontade, um problema de saciedade de apetites (o que, no fundo, tem seu grau de razão...!).

Talvez tenhamos que, em vez de estudar Direito (e teoria da decisão, coisa que não fazemos), estudar estratégias para saber o que cada juiz, ministro ou procurador eleitoral (ou não eleitoral) comeu no café da manhã, o que cada um gosta de fazer nas horas vagas, para que time torce, quais os livros que lê etc, etc e etc. Mais do que isso, precisaremos descobrir que tipo de régua usará para mensurar um crime. E “fazer Direito” vai virar (na verdade, já virou há muito tempo) um mero jogo de poder.

Uma “régua” (para usar as palavras de Aragão) não é uma régua em si; assim como uma coisa não é em si e nem uma lei é “em si”. O texto não é a coisa. No texto não está a lei. Mas nem a lei é aquilo que o interprete-manejador diz o que ela é. Em termos de régua, se é com ela que medimos o alcance da lei, o seu tamanho não pode depender do manejador. Nem a lei tem o tamanho em si, como se nela já estivesse contida a sua régua e nem o manejador usa a régua que quer, fazendo com que esta — a lei — passe a ter o tamanho da régua do manejador. Caso contrário, teremos que torcer para que tenhamos manejadores com “boas escolhas de régua”.

Desculpem-me, mas, como cidadão, quero saber, por exemplo, se o Bolsa Família beneficiou 2.168 políticos (clique [aqui](#) para ler) é crime ou não. E se determinada manifestação em inauguração de obra é ou não campanha antecipada. E que saibamos todos de antemão o que se pode e o que não se pode fazer na campanha eleitoral. E não quero que isso dependa do tamanho da régua que irá medir o alcance da lei. É por isso que decidir não é o mesmo que escolher!



Calha lembrar a lenda do Leito de Procusto, que tinha um castelo no deserto, sendo que dava guarida a todos os viajantes que por ali passavam. Só tinha uma condição: que dormissem no seu leito. E aqueles que medissem mais do que ele, cortava-lhes as pernas; se medissem menos, espichava-os. Tudo de acordo com... a sua régua! Bingo!

A propósito: o Direito não é e não pode ser aquilo que o Judiciário ou o Ministério Público dizem que é. Pensemos, por exemplo, em um famoso *case*: quando Hitler foi julgado pela tentativa de golpe (Putsch de Munique, de 9 de novembro de 1923), a lei dizia, claramente, que a pena para estrangeiros — e Hitler era um — seria a expulsão, além da prisão. Pois os juízes “cavaram” valores e interesses por debaixo da lei e... bingo: não o expulsaram, condenando-o somente à prisão. O resto todos sabem (antes que alguém me acuse de originalista ou “positivista” ou algo assim, sugiro a leitura do artigo Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?, disponível neste [link](#)). Saludos!

Date Created

24/10/2013