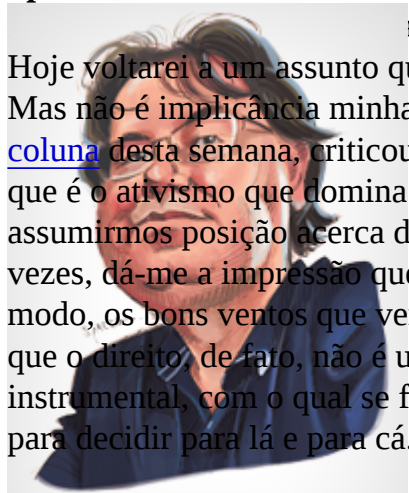


Senso Incomum: Sem provas, juíza disse: “testemunhei os fatos”!

Spacca



do ativismo

Hoje voltarei a um assunto que tem me deixando intrigado. Podem dizer que sou um chato (epistêmico). Mas não é implicância minha. Vejam que o ataque ao ativismo não é só meu. O Néviton Guedes, na [coluna](#) desta semana, criticou fortemente esse fenômeno. O que vocês lerão é apenas a ponta do *iceberg* que é o ativismo que domina parcela da aplicação do direito em *terrae brasilis*. Está na hora de assumirmos posição acerca do que queremos para o direito. Semana a semana, bato nessa tecla. Por vezes, dá-me a impressão que falo ao vento Por isso a coluna do Néviton foi uma boa aragem; do mesmo modo, os bons ventos que vem da coluna Diário de Classe todas as semanas, opondo-se ao ativismo). E que o direito, de fato, não é um espaço para reflexão, sendo apenas uma mera (ir)racionalidade instrumental, com o qual se faz qualquer coisa. Mas qualquer coisa mesmo. Onde o almoço é motivo para decidir para lá e para cá.

Denunciei, [aquí](#), a inconstitucionalidade flagrante do artigo 23 da LC 64 (Lei Eleitoral). E “ouvi” um silêncio retumbante da comunidade jurídica. Todo mundo parece achar normal que, em uma democracia, possa ser crível que uma lei diga que

“O Tribunal formará sua convicção *pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida*, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

Não obtive apoio na e da doutrina de Pindorama.[\[1\]](#) Clamei, dizendo: doutrina, doutrina, onde estás que não respondes?, mas nada ocorreu. Resultado: o Supremo Tribunal Federal considerou o tal dispositivo constitucional, no julgamento da ADI 1.082. Isso fez com que eu escrevesse nova [coluna](#), criticando — com toda lhanesa — a decisão do Pretório Excelso.

Perguntava eu, então: Pode o juiz, na democracia, formular presunções mediante raciocínios indutivos feitos a partir da prova indiciária?

Qual é o problema de induções e julgamentos por presunções? Um, não. Vários. O principal deles é que, em julgamentos por presunções, o pobre do utente não pode provar o contrário. Ele é culpado de plano, só porque só-podia-ser-ele e que “todo-mundo-sabe-que-foi-assim”. O juiz já formou a convicção...por presumir que ele é culpado! Bingo!

Dizia eu também: o que é isso, o “interesse público de lisura eleitoral”, que tudo justifica? Quem dirá o que interessa ao público? Vejam a fragilidade normativa de um dispositivo desse tipo. Substitua-se por “o juiz decidirá conforme a sua consciência e da forma que melhor atenda ao interesse público de lisura eleitoral”, e não haverá nenhuma diferença relevante da situação atual. Se o juiz está autorizado a decidir com base em indícios e presunções, e se é ele mesmo quem decide como e quando deve fazê-lo, estamos simplesmente dependentes não de uma estrutura e, sim, de um olhar individual.

É a antiteoria da decisão jurídica. Uma decisão assim não é produzida no ambiente democrático do



processo, mas no terreno solitário da mente judicial. O fato de ela ser “jogada” num processo, e de se submeter “aos recursos inerentes à legislação processual” não é o suficiente para salvá-la. A decisão democrática deve ser precedida de debate em contraditório, pois não? Com a palavra, os processualistas e constitucionalistas! Bem, o resto leiam ou releiam a coluna que tratou do assunto.

Eu avisei...

Pois vejam o que aconteceu. Leiam parte da decisão a seguir e verão o ovo da serpente que está em gestação, graças ao artigo 23 da LC 64, monumento à não democracia.

Ei-la:

"Cumpre ressaltar a dicção do art. 23 da Lei Complementar no 64/1990, que autoriza o julgador a formar sua convicção ‘pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral’.

Em sintonia com este comando legal, *saliento que esta julgadora estava diuturnamente presente na Comarca e, acompanhou de perto todo o pleito eleitoral de 2012, presenciando a dificuldade dos investigadores, para comprovar os ilícitos praticados pelos investigados, durante todo o período eleitoral, demonstrado com a propositura de várias ações cautelares. (...) [2]grifei*

Quero dizer, antes de tudo, que não me importa se o candidato – esse que se ferrou – é ou não inocente. Isso é irrelevante. O que importa é saber que a juíza colocou nos autos sua opinião pessoal, extraída de sua subjetividade e sua apreciação pessoal dos fatos. Mesmo que os autos não retratassem isso, ela, em outras palavras, disse que não importa se ficou ou não provada a culpa do réu; o que importa é que “eu-sei-que-ele-é-culpado”. E por quê? Porque sim.

Digo eu: E daí? Juiz que testemunha os fatos não pode julgá-los. Ele pode, no máximo, ser arrolado como testemunha. E testemunha não julga. Simples, pois. Mas, de onde vem essa “possibilidade de ir-além-da-prova-provada”? Simples: Da disposição da malsinada Lei Eleitoral. Sim, a mesma lei que diz que podem ser usados presunções e fazer induções. É preciso dizer mais?

Vou me abster de seguir o comentário. Vou repetir um dos meus poetas preferidos, T. S. Eliot: em um país de fugitivos, quem anda na contramão... parece que está fugindo. Sigo acreditando que o direito é um fenômeno complexo. E que decisão não é escolha, conforme explicito amiúde em *Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. Fosse escolha, estaríamos (embora lamentavelmente estejamos) à mercê das opiniões pessoais dos julgadores. E, cá para nós, decisão também não é opinião. Decisão é um ato de responsabilidade política. Tenho, no mínimo, umas oito colunas que tratam disso nos últimos dois anos.

Retorno, para dizer, numa palavra, que essa questão da decisão jurídica é tão importante que deveria ser transformado em disciplina nas Faculdades de Direito. E essa discussão sobre o artigo 23 da LC 64, que deu azo à decisão acima comentada, é — no plano da filosofia e da teoria do direito — tão singela quanto



saber que, fosse o Tribunal uma junta médica e aparecesse um paciente sangrando, seria óbvio que a única coisa que não poderia ser ministrada ao infeliz era um anticoagulante. Se me entendem a alegoria (ou simplesmente a ironia).

E por que ela é singela? Porque na democracia só vale a prova submetida ao contraditório e não à presunção do julgador. Ora, de que vale o trabalho do advogado se, na hora “h”, o julgador pode sacar da manga do colete uma katchanga “real” do tipo “embora não haja provas, eu sei que foi assim”. A propósito: leiam de novo essa [coluna](#) da Katchanga. Eis as razões de minha chatice epistêmica. De todas as quintas-feiras.

[1] Como já referi, há dois alunos do Programa de Pós-Graduação da Unisinos tratando desse assunto (Margarete Coelho, orientada pelo Prof. Dr. Anderson Teixeira) e Alexandre Nogueira, orientado por mim.

[2] O processo versava sobre irregularidades do candidato e então prefeito de um município da Bahia, que acabou não se elegendo por uma diferença de 96 votos. Autos no 396-31.2012.6.05.0091 e no 394-61.2012.6.05.0091. Sentença de 2014.

Date Created

10/07/2014