



Senso Incomum: Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?

Spacca

O título da coluna é bem provocativo. Mas tem absolutamente sentido. A falta de controles sobre as decisões judiciais e o invencível estado de barbárie interpretativo (no sentido hobbesiano do termo) que subjaz às práticas cotidianas justifica falar em “ativismo ou decisionismo a la Conselheiro Acácio” (cuja máxima era: as consequências vem sempre depois!) e um certo “exegetismo Jeca Tatu” (quem não lembra do personagem de Monteiro Lobato, que representava o atraso e o subdesenvolvimento?).

Os leitores sabem de minhas críticas ao ativismo e coisas desse gênero. Fruto de uma sociedade patrimonialista e de uma burocracia de perfil extrativista (é só ver o imbróglio da compra de uma refinaria em Pasadena, em que, ao que parece, sequer se teve a pachorra de ler uma cláusula no contrato, que qualquer néscio que tenha estudado direito na faculdade do Balão Mágico sabe),^[1] parece que o discurso da autoridade em *terrae brasilis* desnecessita de justificação. “Faço porque faço”. “Eu não preciso lhe convencer”. E isso parece que se aprende na faculdade e até na pós-graduação. Estamos lascados.



No fundo, temos não só uma democracia delegativa, de cariz hobbesianista, como já denunciara há anos Guillermo O’Donnel, como temos também uma burocracia (incluindo judiciário e todo o sistema de justiça) delegativa. Ou seja, aquilo que é “delegativo” torna despicienda a *accountability* (prestação de contas). Por isso, O’Donnel preferia uma “democracia lockiana” (de Locke), que respeita o que se chama de “representatividade”. Em face da divisão de Poderes, isso se aplica a todas as esferas da administração.

O decisionismo e o ativismo tem direta relação com nossa maldita herança patrimonialista. Há uma dissertação de mestrado na Unisinos, de Danilo Pereira Lima, orientada por mim, que bem demonstra isso. Tem a ver com nossos “estamentos”. E é a delegação-para-que-um-decida-por-nós. E, o pior: o “um” (ou a uma, para não ser multado pela turma do politicamente correto) acredita que é o/a plenipotenciário/a. Por isso autores como Habermas fogem do solipsismo e optam por uma estrutura. E outros como Dworkin tem ojeriza ao discricionarismo. Assim como os hermeneutas.

Dito isso, vejamos dois exemplos

Vou relatar dois casos que representam simbolicamente as duas faces (ou duas delas) da justiça brasileira. Nas duas é possível perceber o varejo de um grande atacado. Nos dois exemplos encontramos as camadas encobridoras do direito que acumulam resíduos desde os tempos em que se fazia eleição a bico de pena em Pindorama. De um tempo de baixíssima *accountability*.

Caso um: o advogado que deveria recolher as custas no domingo.

No Paraná um causídico perdeu uma ação nos juizados^[2] e ingressou com um recurso, interposto tempestivamente em 14 de março de 2014, uma sexta-feira, precisamente às 18h20min10seg (como é maravilhoso o processo eletrônico! Tem até os segundos!). Como se sabe, por força do artigo 42,



parágrafo 1º da Lei 9.099, interposto recurso em face de sentença proferida, que no caso é para o próprio Juizado, o preparo deverá ser realizado nas 48 horas seguintes, sob pena de deserção. Pois o juiz considerou-o deserto, porque o prazo final para o preparo se daria em 16 de março de 2014 (às 18h20min10seg) e o causídico somente fez o preparo no dia 17. Só que 16 era... um domingo. Bingo.

Pouco importou para Sua Excelência o “detalhe” domingueiro. “Desertou” o recurso, claro! Cumprir a lei ao “pé da letra” como se letra tivesse pé. Cumpriu com um exegetismo Jeca Tatu (raquítico), porque não quis cumprir outro dispositivo que também-pode-ser-lido-ao-pé-da-letra, o artigo 132, parágrafo 1º do CC, que determina o seguinte: “Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento”. Também o parágrafo 1º: “Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil”. Do mesmo modo, não importou que o artigo 175 do mesmo CC determina que para efeito forense, os domingos são feriados! E a Bíblia (católica), que fala em guardar domingos e festas.^[3] Amém, irmão pecador! Isso além do artigo 184, parágrafo 1º do Código Civil.

Veja-se como o mais primário formalismo foi utilizado pelo juiz, talvez para “firmar sua posição pessoal” ou sei lá o que. Fez uma leitura “literal”, sem Constituição, sem teoria do direito, sem mais nada. O grande problema é que o mesmo juiz, em outros casos, não se mostra tão exegeta. Ou seja, não é porque teoricamente tenha feito uma opção metodológica pelo mais simplista positivismo do século XIX. Não. Longe disso. É porque, naquele caso, uma exegese “tipo Jeca Tatu” resolvia a parada. Pior: misturando dois paradigmas — para atender ao solipsismo, usou o mito do dado.

Assim, comportou-se como o personagem Ângelo da peça *Medida por Medida*, de Shakespeare, que disse que condenava Cláudio à morte porque ele, Ângelo, era apenas um “escravo da lei”. A interpretação do juiz paranaense foi “literal a fórceps”. Sim, porque nem um exegeta do século XIX faria uma leitura desse jaez. Por certo, buscaria consolidar uma interpretação a partir de outros casos similares... Ou só cumprir a lei! Bingão!

Caso dois: o FGTS e o saque para pagar pensão alimentícia

O artigo 20 da Lei 8.036 enumera as hipóteses de movimentação da conta do trabalhador vinculada ao FGTS. Lá há várias hipóteses, mas nenhuma delas contempla a possibilidade de saque para pagamento de pensão alimentícia.

Mesmo assim, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais^[4] foi favorável a pedido de utilização do FGTS para tal fim, sob o fundamento de que o rol da lei seria apenas exemplificativo, reestabelecendo uma sentença de Santa Catarina. De forma “criativa”, um juiz federal mencionou a possibilidade da utilização do FGTS em situações não previstas em lei. O STJ — embora em um caso bem diferente — já havia aberto o caminho para isso, simplesmente “legislando” uma hipótese a mais das constantes no artigo 20.

Explicando: para o juiz — no que foi respaldado pela Turma Nacional —, em razão da aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana (sempre esses dois princípios que servem até para proibir — ou permitir — a caça aos patos), o saque do FGTS para pagamento de pensão alimentícia seria franqueado pelo ordenamento, mesmo que não constando do rol legal. Fez isso alegando coadunar com entendimento do STJ, que já haveria realizado semelhante



exercício, de ultrapassar hipóteses legais de liberação do FGTS, dizendo também que a pensão alimentícia seria viabilizadora do direito à vida.

Não importa, no caso, se a decisão foi “justa” ou se, efetivamente, o legislador “falhou” em não incluir os inadimplentes de pensão alimentícia como possíveis sacadores do FGTS. Também não importa que o governo tenha já autorizado utilizar o FGTS para comprar ações da Petrobrás (agora em baixa). Importa mostrar, sim, por princípio, que não é o Judiciário que deve tratar dessa matéria. É preciso que isso fique claro na República.

Por certo há sobejadas razões para que o legislador não tenha elencado essa hipótese de saque do FGTS. Ele não serve para socorrer problemas decorrentes de pensão alimentícia não paga. A questão que se coloca é: posso, amanhã, pedir para sacar meu FGTS se não tiver dinheiro para pagar a pensão que devo? Toda a malta endividada pode? Ou a decisão só vale para aquele caso? Por exemplo: uso o dinheiro do pagamento da pensão e torro em ingressos para a Copa e depois peço para usar o FGTS? Esse é o *busílis* de uma decisão. Qual é o caráter de generalização abrangente do *decisum*? Qual é o princípio que se retira da decisão da Turma? Qual é o limite dessa atitude ativista? Podemos, por exemplo, incluir mais uma hipótese do tipo “sacar o FGTS para comprar ingressos para a Copa com base no princípio da felicidade e da realização do lazer”? Sim, porque se cabe para pagar pensão...

E mesmo que se diga que o governo gere mal o FGTS e o utiliza de forma equivocada, o Judiciário só pode corrigir um tipo de má gestão em hipóteses restritas e que digam com a legislação em vigor. Neste caso, somente a partir do uso da jurisdição constitucional é que poderia o Judiciário intervir. Mas, com certeza, não para criar uma nova hipótese de uso do FGTS. Não me parece que a não inclusão pelo legislador da hipótese do uso do FGTS para pagamento de pensão alimentícia se constitua em uma omissão inconstitucional...

O que houve, portanto, foi uma nítida substituição do legislador. Dizendo ainda de outro modo, para evitar mal entendidos e comentários apressados: não se trata de fazer como o juiz do Paraná e fazer uma interpretação ao “pé-da-letra” do dispositivo legal que fala das hipóteses de movimentação do FGTS. Parece óbvio isso. Há casos, por exemplo, em que situações de omissões se resolvem com interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*). Algo como “esse dispositivo somente será constitucional se entendido no sentido de...”. Ora, não me parece que poderíamos fazer isso no caso do uso do FGTS.

Enfim, se havia algum modo de resolver o caso concreto, antes disso o Judiciário deveria perguntar se a decisão poderia ser estendida para os demais patuleus. Neste caso, entre liberdade e igualdade, teríamos que ficar com a igualdade, ou seja, porque transferir recursos do restante da malta para resolver o problema de um caso (um inadimplente de pensão alimentícia, por mais dramática que pudesse ser a situação do vivente)? De todo modo, remeto o leitor para as seis hipóteses em que o judiciário pode deixar de aplicar uma lei (cf. *Verdade e Consenso*, capítulo final – Saraiva, 2011, 4ª. Edição).

Numa palavra

Peço desculpas por insistir nesse assunto “ativismo-decisionismo-falta-de-democracia”. Tenho sido um chato. Mas, o que fazer? Alguém tem que dizer essas coisas. Dizer que o rei está nu. Dizer, mais uma vez, que decisão não é escolha subjetiva. Bater pé e dizer que não é! Decisão é um ato de



responsabilidade política. Meus direitos não podem depender de escolhas subjetivas, pessoais, voluntaristas, políticas... Por melhor que seja o juiz. Por mais bondoso que seja. Mas, bondoso para quem?

Juiz é o garante da democracia e não o que a fragiliza. Deve julgar por princípios e não por políticas. Simples assim. Judiciário não governa o país (por mais que ele possa considerar equivocada a gestão do FGTS). Cada coisa no seu lugar, como diria Voltaire, falando do personagem *Pangloss* (e compreendamos as suas desventuras): “reparem que o nariz foi feito para sustentar óculos. Por isso usamos óculos. As pernas foram visivelmente instituídas para vestirem calças; por isso usamos calças. As pedras foram feitas para serem talhadas...”.

Judiciário não se substitui aos juízos políticos, éticos, morais do legislador e do governante. Estes não são dele. Claro que — e isso já expliquei à sociedade — juiz não é alface. Não é neutro. Não vou repetir o que tanto já disse acerca do que seja a *applicatio* de uma lei. Mas ele não substitui o governo ou o parlamento. Deixemos que a malta vote. Se vota mal, pelo menos pode-se substituir o incompetente de quatro em quatro anos (no caso do senador, de oito em oito). Mas não esqueçamos que um juiz ativista, além disso, é vitalício (atenção: tanto é ativista o que se coloca na ponta de uma exegese rasa, negando direitos como no caso do exemplo um, como o juiz ou Turma do exemplo dois). É impossível substituir juízes (e promotores) pelo voto. Peço que compreendam bem essa observação que faço — e a faço de forma absolutamente lhana e respeitosa. Pensando na democracia.

É espantoso o modo como a interpretação do Direito se transformou em um conjunto de posturas e teses utilizadas *ad hoc*. É possível ver um tribunal ou um órgão fracionário lançar mão de uma “metodologia exegético-subsuntiva” (na verdade, quase sempre uma vulgata) ao mesmo tempo em que ignoram totalmente os limites semânticos de um texto jurídico.^[5] Por vezes, em um mesmo julgamento. Assim, em um determinado momento, escravo da lei (e com leituras rasas que passam longe de, porque não, desejadas sinonímias); em um segundo momento, o “proprietário dos sentidos da lei”, tal como acontece com a peça de Shakespeare, na parte em que Ângelo faz a proposta para que Isabela passe uma noite com ele em troca da liberdade de Cláudio. Mixagens... Nada mais do que isso.

Basta ver o ensino jurídico ministrado nas faculdades de Direito, assim como os cursinhos de preparação para concursos públicos. A produção de apostilas, manuais e compêndios recheados de raciocínios pequeno-gnosiológicos é o sustentáculo dessa reprodução *standard* (sem ar condicionado e direção elétrica e sem bancos de couro) do Direito. Para esse tipo de produção literária (e em sala de aula), o Direito não passa de uma mera racionalidade instrumental. Na verdade, para essa gente o Direito é uma mera técnica, que pode ser manipulada ao bel prazer do utente. Eis o ovo da serpente, agravado por setores da pós-graduação, onde continua-se a ensinar “a ponderação” (essa famosa Katchanga Real que serve para tudo...e para nada), “regras é no tudo ou nada e princípios e na ponderação” (argh)^[6], “a vontade das partes como argumentos meta-jurídicos”, “que Kelsen é um representante da Escola da Exegese”, “que a discricionariedade é uma fatalidade”, etc. A filosofia olha para o direito e pergunta: em que século está essa gente? O Nobel é nosso. Vamos para Estocolmo.



Sigo, para perguntar: tem jeito ainda a justiça de *terrae brasiliis*? Ou, irremediavelmente, está entregue ao levitã hermenêutico, a partir de uma delegação sem *accountability* e sem constrangimentos epistemológicos? Cartas para a coluna. Faça — sei que de forma antipática — a minha parte.

E repito o que disse na coluna passada, a partir de T S Eliot: em terra de fugitivos, andar na contramão é dar a impressão que está fugindo... Pois não me importo que pensem que estou fugindo. Virou moda no Brasil dizer que “decisão é um ato de vontade”, “direito é o que os tribunais dizem que é”, “decidir é um ato solitário”, como disse, orgulhosamente, um jovem juiz federal, primeiro lugar de sua turma, no discurso de posse. Pensei: eis o próprio *Selbstsüchtiger* (o sujeito solipsista, o que se basta, o que não precisa fazer *accountability*).

Entre Ângelos e Azdaks e fazendo um *círculo de giz caucasiano*^[7] no solo de *terrae brasiliis*, lembro do que Voltaire mencionou em *O Ingênuo* e que encaixa como uma luva no que aqui foi dito:

“Mandaram chamar um médico da vizinhança. Era um desses que visitam os doentes correndo, que confundem a doença que acabaram de ver com a que estão examinando, que exercem uma cega rotina em uma ciência à qual nem toda a maturidade de um espírito são e prudente poderá tirar seus perigos e incertezas. Agravou o mal com uma precipitação em prescrever um remédio em moda da época. Há modas até na medicina! Essa mania era bastante comum em Paris. [...] Mandaram chamar outro médico. Este, em lugar de ajudar a natureza e deixá-la agir em uma jovem criatura cujos órgãos a induziam para a vida, só se preocupou em contrariar o seu colega. Em dois dias a doença tornou-se fatal.”

Como nos dois exemplos que apresentei: no primeiro caso (Juizados do Paraná), morreu o direito do utente; no segundo (caso do FGTS), o paciente pode até não ter morrido, mas saiu todo arranhado.

[1] Devem ter sido juristas e técnicos (conselheiros *lato sensu*) que estudaram na Faculdade do Balão Mágico (ou do Reco Reco, Bolão e Azeitona) os experts que deram parecer favorável à compra da Refinaria de Passaperna (em-brasileiro) comprada pela Petrobras. Sim, porque isso não é obra de um conselheiro só. É uma operação que, se-não-for-desonesta, precisa de muita expertise. Foi um recorde histórico. Até a famosa compra da tal refinaria, consta que o pior negócio da história da humanidade tinha ocorrido 3.500 A.C, quando a empresa Primitivobrás (que explorava óleo de bisão) trocou um bisão bem gordinho por uma galinha de angola, com base em um parecer exarado por um conselheiro da estatal do reino. Devido ao sucesso do negócio, o tal conselheiro foi elogiado e promovido, tendo atuado durante os 8 anos seguidos no ramo da compra e venda de bisões, que, por alguma razão, achava que valiam menos que galinhas de angola. Em antanho e agora, a dúvida é: incompetência ou corrupção? Por exemplo, qual é a razão de o conselheiro do reino trocar o bisão por uma galinha de angola, se o bisão vale 1000 vezes mais do que a galinha? Hein?

[2] Processo 0001302.18.2012.8.16.0036.

[3] Placa levantada pelo estagiário: sarcasmo!



[4] Proc. [5000194-75.2011.4.04.7211](#) não disponibilizado.

[5] Sobre o que são limites semânticos nesta quadra da história, ver meu *Hermenêutica Jurídica e(m) crise e O que é Isto – decido Conforme Minha Consciência*. Mais recentemente, meu novo *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito* (Livraria do Advogado, 2014).

[6] *Argh* é uma onomatopeia.

[7] Peça de Bertolt Brecht.

Date Created

27/03/2014