

Protagonismo judicial e a máxima “Enquanto houver bambu, vai flecha”



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Sabemos que uma lei (um texto legal-constitucional) não é uma coisa em si.

Não se pode dizer que o sentido da lei se esgota em si mesmo. Isso é tão velho que Jonathan Swift já fez blague com isso em 1726, nas *Viagens de Gulliver*, quando conta que o “gigante” foi condenado à morte por ter salvado a rainha do incêndio. Como assim? Simples: para salvar sua majestade, ele urinou sobre o castelo. Havia uma lei, cuja pena era a morte, para quem urinasse em público. Bingo.

Mas, se não se pode interpretar assim, de forma burra e tola, também não se pode ignorar totalmente um texto legal ou interpretá-lo ao seu contrário. Se uma lei diz que é proibido carregar cães na plataforma do trem, isso não quer dizer que, no fiel cumprimento, seja possível levar um urso. E assim por diante.

Portanto, em termos de paradigmas filosóficos, nem a lei tem um sentido objetivado-emsimesmado (uma verdade de cunho adequacionista), nem a lei tem o sentido que possa ser produto de livre atribuição de sentido, tipo “livre convencimento” ou “dou às palavras o sentido que quero”, como é o caso do personagem niilista Humpty Dumpty, de *Alice Através do Espelho*.

Preocupado com isso, meu Grupo de Pesquisa Dasein, da Unisinos (em comandita com meu grupo de estudos da Estácio de Sá), organizou simpósio para discutir os limites da atribuição de sentido. Título do evento: *II Colóquio de Crítica Hermenêutica do Direito — Às voltas com o positivismo jurídico contemporâneo* (todas as conferências estão neste [link](#), inclusive as discussões que se seguiram; congresso diferente e diferenciado: depois de cada dupla de palestrantes, uma hora inteirinha para debate; diferente dos congressos em que o sujeito fala e sai correndo para o aeroporto, sem que os participantes possam fazer perguntas ou contestar o que foi dito — bingo para a organização, modéstia às favas).

Hermeneutas, dworquinianos, positivistas exclusivos, inclusivos e normativos, sistêmicos, jusnaturalistas: uma coisa em comum — *oferecer soluções para limitar o protagonismo na interpretação-aplicação do Direito*



. Enfim, como evitar decisionismos, ativismos e realismos retrôs que dominam as práticas jurídicas no país, pelas quais não temos qualquer grau de previsibilidade (o mais engraçado — e essa crítica foi lugar comum no simpósio — é que o Brasil é o único lugar do mundo em que os realistas se pretendem normativos, transformando a teoria jurídica em uma jabuticaba retrô).

Todos acordamos em um ponto: na democracia, o cumprimento das leis e da Constituição é, além de uma obviedade, uma obrigação, mormente quando se tem uma Constituição normativa. Não é possível que uma pessoa ou um grupo de pessoas possa, para além dos limites impostos pela Constituição, legislar por intermédio de decisões judiciais e/ou construção prévia de “precedentes de Cortes de Vértice” (deve ser algo como “*diverte-se e os demais sofrem*”).

“Enquanto houver bambu, vai flecha” (?): o papel do MP é esse?

A propósito de protagonismos, ativismos e realismos tratados no simpósio, a *Folha de S.Paulo* do dia 1.7.2017 produziu um “bom” exemplo de como não deve ser a discussão sobre o direito no Brasil. Trata-se do “debate” produzido pelo advogado de Temer e um Promotor de Justiça de São Paulo. A pergunta era: *Denúncia contra o presidente Temer é sólida?*. O advogado do presidente está absolutamente no seu papel. Advogado faz [discurso](#) estratégico. É sua obrigação.

Já o promotor [respondeu](#) à pergunta como parte, sim, como se fora a parte ex-adversa e não como um agente do Estado que *deve ter imparcialidade e atuar no plano da impessoalidade*. Aliás, o membro do MP nem poderia opinar sobre a matéria. Não conhece os autos. E não é o promotor da causa. Como ser tão peremptório? E que história é essa de que um conjunto de indícios apontando para a mesma direção correspondem a prova de um fato? O promotor, juntamente com os que defendem o baiesianismo e explanacionismo (sic) *estariam reescrevendo a teoria da prova?* Como assim? Ah, mas o promotor deu opinião como professor e mestre em Direito. Ah, bom. Só que isso torna a questão mais complexa ainda, na medida em que, no caso, os dois corpos do membro do MP ali estão geminados, incindíveis.

Quero dizer com isso é que, na linha da agora já famosa frase de Janot “enquanto houver bambu, vai flecha”, a discussão proposta pela *Folha* nada acrescentou. Uma coisa é o advogado colocar suas teses; outra é o agente do MP simplesmente, com parcialidade (o que um membro do MP não deve ser: parcial), *opinar em um complexo caso em menos de 3 mil caracteres*. Para o promotor, a denúncia é perfeita. Claro: examinada sob o ponto de vista estratégico, a denúncia é péssima na opinião do advogado e perfeitíssima na opinião do promotor. Mas, exceção feita ao advogado — o qual, insisto, está no seu papel — *é esse tipo de coisa que enfraquece o Ministério Público*. Fragiliza. Desgasta. Transformou-se em parte. Em acusador sistemático. Em torcedor.

Sigo. A infeliz [frase](#) “enquanto houver bambu, vai flecha” bem denota o ponto em que chegamos. Quando entrei no MP há 31 anos atrás, no meu discurso de posse recitei um mantra que levei comigo durante mais de 28 anos: *a de que o MP era uma coisa diferente, que devia atuar como magistrado, que não tinha lado, o seu lado era a lei e a Constituição, doa a quem doer*. Pena que isso venha sendo esquecido. *Da judicialização da política chegamos a politização da Justiça*. Hoje, imitando agir estratégico, até se distorcem teorias para justificar que “prova é igual a fé ou crença” ou “mesmo não tendo prova, a probabilidade estatística é suficiente para obter a condenação” ou “um conjunto de indícios consubstanciam uma prova do fato imputado”. Vem a calhar o editorial do *Estadão* de 5.7.2017, quando [alerta](#):



“Seria um equívoco *não pequeno* se o desejo de combater a corrupção e a impunidade levasse a um descarte paulatino da lógica e das garantias do processo. A delação premiada deve ser instrumento de auxílio à Justiça, e não uma obsessão que faz inverter o ônus da prova, excluir a presunção de inocência e transigir com as condições para a prisão”.

No fundo, a coisa se coloca do seguinte modo, já que estamos falando de bambus e flechas: o “*fator Target*”^[1] é sempre perigoso. De novo o editorial do *Estadão*: “*Atirar antes e perguntar depois não é uma boa forma de conduzir processo penal*”. Atirar a fecha e depois pintar o alvo, pode até em um primeiro momento significar vitória. Afinal, o atirador nunca erra. O problema é quando o alvo não mais pode ser pintado à vontade. Então a disputa voltará a ser equilibrada.

Paro por aqui. Meu receio, como ex-procurador de Justiça — sei do que estou falando; já estive lá e participei anos e anos dos órgãos colegiados e na linha de frente — é que venhamos a apanhar bambus muito apressadamente. Afinal, do bambu saem as flechas; e do couro saem as correias. A politização da justiça é o primeiro passo para a decadência.

O que quero dizer — e aqui praticamente escrevo uma carta ao MP — é muito simples e é absolutamente a favor da preservação da instituição: *há (ou deveria) haver uma diferença entre o agir de um membro do MP e o de um advogado*. Se não há diferença — isto é, se, à semelhança do advogado, MP faz agir estratégico (ou seja, simplesmente disputa e quer ganhar) —, qual seria a razão de o MP ter garantias?

Peço que, antes de me apontarem as flechas (enquanto ainda existir bambu), reflitam sobre o que estou dizendo. Despacito.

¹ O Target effect é uma criação minha e que consta no livro *Hermenêutica e Jurisdição – Diálogos com Lenio Streck* (livraria do Advogado, 2017). Quer dizer: pelo “efeito alvo”, o atirador nunca erra. E sabem por que? Porque primeiro atira a flecha e depois pinta o alvo em torno da flecha. 100% de acerto.

Date Created

06/07/2017