



Opinião: Streck, Og Fernandes e o papel dos juizes na democracia

Acompanhamos, nos últimos dias, um conjunto de declarações de oficiais de alta patente propondo uma interpretação exótica do artigo 142 da Constituição, segundo a qual as Forças Armadas teriam legitimidade para, em casos de grave instabilidade, intervir na política brasileira. Nesse contexto, em situações normais de temperatura e pressão, seria difícil imaginar algo mais perigoso para o quanto já se buscou vilipendiar nossa democracia.

Não obstante, o ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, nos surpreendeu ao postar uma enquete em sua página do Twitter indagando aos seus seguidores: “O Brasil deve sofrer uma intervenção militar?”. Quem viveu os anos de chumbo e conhece Teoria Política, Filosofia do Direito e um pouquinho da nossa história, como o professor Lenio Streck, não precisa fazer muito esforço para perceber a gravidade de tal pronunciamento.

Em carta aberta publicada na **ConJur**^[1], Streck respondeu ao ministro com um grau de invejável elegância e cordialidade; mas nem por isso deixou de demonstrar preocupação com a conduta do magistrado, indagando: “Como assim, ministro? O senhor chega — ou chegou — a cogitar isso? Na sua leitura, os militares podem intervir? Ou o senhor sempre soube que uma intervenção militar é golpe?”^[2].

O que nos causa perplexidade, no entanto, é a resposta oferecida pelo magistrado. Entende o ministro que a “liberdade de expressão” lhe permite indagar a seus seguidores sobre qualquer solução institucional, pouco importando a legalidade ou moralidade do que for colocado em discussão. É o que se pode ler no seguinte excerto:

“Eu quero a liberdade sem tabus. Pelo seu brilhante currículo, sei que o senhor leu Freud, que trata do tema com profundidade, e que define tabu como algo sobre o qual podemos ou não podemos fazer. O permitido e o proibido. Será tabu auscultar a sociedade sobre tema atual e que está na vitrine dos brasileiros? Ou o tema será tabu para um magistrado, mas não será para um radialista, profissão de tanta ou mais visibilidade quanto a minha? Esconder a discussão somente favorece uma postura de criação de mitos no inconsciente coletivo”^[3].

Essa resposta causa perplexidade porque, mais uma vez, na raiz da crise política que estamos vivendo está uma incapacidade — ainda que involuntária — por parte de uma grande parte do Poder Judiciário brasileiro de compreender as obrigações derivadas do papel social (*role obligations*) desempenhado pela magistratura.

Obrigações derivadas do papel social são um tipo de “obrigações especiais”, é dizer, obrigações que afetam uma classe ou subconjunto de pessoas, “em contraste com as obrigações naturais” que afetam (ou são devidas a) “todas as pessoas, apenas enquanto pessoas”^[4].

Obrigações derivadas do papel social têm um valor especial para a democracia quando lidamos com instituições. Como explica Michael Hardimon, no contexto de papéis políticos, familiares ou ocupacionais, essa classe de obrigações compreende um conjunto de “direitos e deveres institucionalmente especificados”^[5]. Uma obrigação dessa natureza, para o autor, é “uma exigência moral que se acopla a um papel institucional, cujo conteúdo é fixado pela função de seu papel, e cuja



força normativa deriva desse papel”[6]. Obrigações desse tipo são, frequentemente, uma classe de obrigações em relação à comunidade, constituindo um exemplo do que Ronald Dworkin denomina “obrigações associativas”, as quais compreendem as “responsabilidades que as práticas sociais atribuem ao pertencimento a um grupo biológico ou social”[7].

Embora Streck não tenha dito com todas as letras, foi a violação a esse tipo de obrigações que causou espanto no jurista gaúcho; e que, mais uma vez, causa perplexidade, pois o magistrado apela a uma suposta “liberdade de expressão” que o dispensaria das obrigações e responsabilidades daquilo que diz no exercício do seu cargo público.

Se o Brasil se encontra no estado lamentável em que se encontra atualmente, uma parte da explicação é a dificuldade que o nosso Poder Judiciário tem encontrado de entender a ética específica que gravita em torno de sua função. Assistimos, na semana passada, a um ministro do STF se colocar na posição de comentarista de rádio ou TV em uma programação populista e dar lições de moral em um senador da República investigado em processo criminal, afirmando em tom jocoso: “Já que ele não teve esse gesto de grandeza [de se afastar do seu mandato], nós vamos auxiliá-lo a pedir uma licença para sair do Senado Federal, para que ele possa comprovar à sociedade a sua ausência de culpa”[8].

Testemunhamos, poucas semanas antes, o mesmo ministro, na abertura de uma sessão na suprema corte, pedindo a prisão de uma pessoa que não estava em julgamento e que não tinha qualquer pedido de prisão formulado contra ela[9]. Voltando um pouco mais no tempo, vimos o presidente de um tribunal louvar publicamente a sentença mais discutida do país (a qual condena um ex-presidente da República a quase 10 anos de reclusão com base em evidências no mínimo controvertidas[10]), cuja apelação está pendente de julgamento em seu próprio tribunal[11].

A filosofia da linguagem ensina que em nossos atos de linguagem há mais do que o conteúdo proposicional. Se alguém grita “fogo!”, provavelmente isso não é um ato constatativo, que meramente pretende informar uma realidade empírica. Para o bom entendedor, trata-se de um ato de linguagem regulativo, que pretende levar a uma ação concreta, que só faz sentido no contexto específico de interação, incluindo a posição ocupada ou o papel desempenhado por cada um dos atores envolvidos, que justifica, autoriza ou exige determinada ação. Se, por exemplo, alguém grita “fogo!”, diante de uma sala em chamas, é porque pretende que você se proteja ou o auxilie a apagá-lo. E, todavia, diferentemente seria se fosse um oficial gritando “fogo!” a um subordinado em meio a um combate.

A enquête proposta pelo ministro Og Fernandes não foi inocente. Não tinha um propósito meramente estatístico; tinha um propósito performativo porque inevitavelmente traz em si uma pretensão, a de justificar ou de tornar possível uma ação. A de tornar viável, discutível, plausível, aceitável, enfim, um caminho a ser seguido (ou ao menos considerado) pelo seu interlocutor, a defesa pública de um golpe de Estado. O pronunciamento de um magistrado de tribunal superior, diferentemente do de um radialista, não apenas encoraja os defensores do golpe a se manifestar, mas traz em si a pretensão de os dispensar do ônus argumentativo de justificar a possibilidade de quebra da legitimidade democrática.

Incabível, portanto, pretender apelar aqui até mesmo a uma suposta “liberdade de expressão” por parte do magistrado. É difícil não ver nessa atitude uma violação a uma obrigação, de natureza ética, derivada do papel institucional de magistrado, como a expressão, inclusive, de uma “contradição performativa”, já que nega o que pretende afirmar: tal atitude expressa, em si mesma, uma pretensão incorreta diante das



obrigações e responsabilidades políticas e morais inerentes à magistratura, de “primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos”^[12].

[1] Lenio Luiz Streck, "Carta aberta ao ministro Og Fernandes", 29/9/2017. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-set-29/streck-carta-ministro-og-fernandes-lembrar-dias.

[2] Idem, ibidem.

[3] Og Fernandes, "Uma resposta a Lenio Streck: caríssimo professor, meu tabu é a lei", 29/9/2017. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-set-29/og-fernandes-carissimo-meu-tabu-lei-resposta-lenio-streck.

[4] Diane Jeske, “Special Obligations”, in. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/special-obligations.

[5] Michael Hardimon, “Role Obligations”, in. *The Journal of Philosophy*, vol. 91, p. 333-363, esp. 334. Citado em Jeske, op. cit.

[6] Idem, ibidem.

[7] Ronald Dworkin, *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap, 1986, p. 196.

[8] Ver: agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-09/stf-afasta-aecio-de-mandato-e-determina-recolhimento-domiciliar-noturno.

[9] Ver: g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/ministro-luiz-fux-defende-prisao-de-joesley-batista-e-ricardo-saud.ghhtml.

[10] Ver, em especial: Carol Proner et alli, *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6 Editora, 2017, onde alguns dos maiores juristas do Brasil se pronunciam sobre o caso.

[11] Ver: politica.estadao.com.br/noticias/geral,sentenca-que-condenou-lula-vai-entrar-para-a-historia-diz-presidente-do-trf-4,70001925383.

[12] Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura, artigo 2º. Ver: www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura.

Meta Fields