

De Dworkin a Luís Gama, todos criticam poder absoluto de pautar ações!



Há, todos sabemos, três ADCs (43, 44 e 54) a serem pautadas pela ministra

Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal. Tudo depende dela e seu poder discricionário (que, na verdade, não se enquadra no conceito de discricionariedade, como veremos). No último 11 de julho, [escrevi](#) sobre isso — e ofereci uma solução sistêmica.

O ponto é que não é só a hermenêutica (CHD ou a teoria concretizante de Müller) e teoria dos sistemas que trazem às claras o fantasma do poder sem controle, escondido por trás do poder de escolha da ministra Cármen. Evidente que não. Penso que qualquer teórico do Direito, quaisquer que sejam seus fundamentos, poderá apontar, à sua maneira, os absurdos subjacentes a uma prática que, passivamente, aceita essa aporia jurídica.

Não é de agora que [venho alertando](#) que, porque temos um direito fundamental a uma resposta hermenêuticamente adequada à Constituição, temos um dever epistêmico de exigir evidências científicas das decisões de nossos tribunais. Dos argumentos utilizados em decisões judiciais, quantas — e *quais* — são, de fato, baseados em argumentos verdadeira e autenticamente *jurídicos*?

Disso, segue-se que, quando um juiz diz que decide com base no que diz o autor x, não só podemos como *deve(ría)mos* perguntar: é mesmo? Será que o autor x diz mesmo isso que está sendo dito que ele disse?

Pois bem. O leitor atento vai entender o porquê dessa digressão (que interessa à bem pouca gente em tempos de fragmentação e do predomínio de emojis e imagens e notícias bizarras). Eu disse, agorinha mesmo, que “*qualquer teórico do Direito, quaisquer que sejam seus fundamentos, poderá apontar, à sua maneira, os absurdos subjacentes a uma prática que, passivamente, aceita essa aporia jurídica*”. Disse e repito. Só que exigir que os juízes fundamentem quando decidem (ou dizem decidir) com base

em determinado autor impõe a mim um ônus argumentativo: eu também devo demonstrar o *como* quando digo que um autor diz alguma coisa.

O novo encontro na Dachha (terceiro convescote)!

Sigo. Para dizer que assumo o ônus. Todos que têm (e assumem ter) responsabilidade — acadêmica, teórica, epistêmica, política — devem fazê-lo. Assim, pensei comigo mesmo: qual será a melhor forma de demonstrar que muitos teóricos do Direito, de diversas correntes, teriam critérios a partir dos quais se pode criticar esse poder discricionário da presidente (ou *presidenta*, como queira) do Supremo? Rosane deu a ideia: por que não um novo encontro na Dachha de São José do Herval? Inverno, lareira, vinho, quentão...

Ideia excelente. O leitor mais atento sabe que, [por vezes](#), gosto de fazer como fez Alvy Singer em *Annie Hall*, de Woody Allen, e trazer o próprio autor para que ele mesmo explique o que diz (ou não diz).

Assim, como já fiz, não só em [uma](#), mas em [duas](#) oportunidades, pensei ser esta uma boa hora para novo um café-vinho-quentão jusfilosófico. Kelsen, Hart, Dworkin, Waldron, Shapiro e Raz... chamei a todos. Luhmann, claro, já havia dado sua opinião; foi para ele que eu liguei antes de escrever a coluna *linkada* lá em cima... meu velho amigo Leonel Severo Rocha foi quem intermediou a conversa.

No fim, até Jeremy Bentham resolveu aparecer. Democrata que era, não gostou da subrepresentatividade dos clássicos.

Ao início da reunião, expliquei a todos qual era a pauta: justamente, o poder absoluto (no sentido de não haver modo de controla-lo) que faz com que a Presidência do STF não paute as ADCs. O Regimento Interno do STF dá poderes à Presidência para a formação da pauta. Como não há previsão de como uma ADC vai à pauta do Plenário, tudo depende do que consta no artigo 13, III, do referido Regimento. Cláusula em aberto. Carta branca. Poder ilimitado. Pauta quando e se quiser. Simples assim.

Shapiro e Raz, positivistas exclusivos com pretensão de tão somente *descrever* o Direito, foram logo dizendo — e, claro, também se esquivando: “Epa, Streck, que história é essa? Você bem sabe que não estamos preocupados em dizer como o Direito deve ser. Só queremos descrevê-lo. Não vamos prescrever nada sobre isso.”

Minha resposta? “— Caríssimos, bem sei que vocês só querem descrever o Direito, de forma moralmente neutra. Não acho que isso seja lá muito possível, mas, de todo modo, pergunto a vocês justamente o seguinte: vocês conseguem *descrever* um negócio desses?”

Meio perplexo, Raz olhou para Shapiro, que olhou de volta para Raz, que olhou de volta para Shapiro e disse: “— É, devo admitir: sequer somos capazes de descrever um Direito autofágico, que se derrota sozinho ao admitir um poder — chamemos, generosamente, de discricionário — para escolher pauta na Suprema Corte, sem que o próprio Direito estabeleça o modo de controlar esse poder. O Direito reivindica autoridade. Há que prever razões de segunda ordem que impeçam o predomínio das razões de primeira ordem — caso contrário, esse Direito — autofágico — perde a sua característica principal: a de reivindicar autoridade”. Deixando de lado minhas diferenças com o positivismo, achei boa a resposta e lhes ofereci o melhor *scotch* da Dacha.

Kelsen não veio. Mandou fonograma: “Caro Prof. Lenio; essa discussão é de política jurídica; decisionismo; por isso escrevi o oitavo capítulo da minha TPD; portanto, não me interessa isso; além disso, estou irritado com professores e agentes do Direito que ficam dizendo por aí que sou positivista exegético, que prego a aplicação da letra da lei e que separei Direito e Moral. Enquanto vocês daí do Brasil não me lerem Direito, não discutirei coisas do Brasil. Vocês que se virem. Quem pariu Mateus que o embale”.

Dworkin, bem-humorado — e, claro, meio debochado —, disse para Hart, que tomava chá perto da mesa de bilhar: “Herbert, meu caro, acho que talvez você devesse ficar mais na sua hoje. Também está nessa onda de só ficar descrevendo, e, pior: aceita a discricionariedade. Sim, sei que não é essa discricionariedade de que você falou no seu Conceito de Direito. Mas, sabe como é. No Brasil, quem conta um conto aumenta um ponto... Eu estou tranquilo: posso afirmar muito serenamente que esse poder da ministra é um atentado àquilo que chamo de Integridade do Direito”.

Hart estava tranquilo. Sorriu e disse: “Ora, Ronnie... você bem sabe que a discricionariedade de que falo aparece na zona de penumbra dos *hard cases*... meu conceito de Direito não envolve essa aporia brasileira. Discricionariedade tem espaço restrito. Nunca é o poder de dizer o contrário do que se extrai da regra de reconhecimento!”

Waldron, que gosta de Hart e Dworkin, colocou panos quentes antes que aquilo virasse um novo debate teórico entre os dois. Foi logo dizendo: “Professores, vejam bem... falemos de positivismo ou integridade, fato é que, em uma democracia, nada justifica que essa decisão, que, como o Prof. Lenio a nós mostrou, pode e muito provavelmente *vai* ser arbitrária, esteja nas mãos de uma só pessoa”.

Foi aí que, finalmente, Bentham — que, até ali, mais parecia uma [múmia](#) em seu canto — resolveu dar sua opinião. “Vocês viram só no que dá? Estou avisando desde o século XIX que dar esse poder todo na mão de juízes não ia dar boa coisa... Em vez de depender do Direito, as pessoas passam a depender do (PCJ) privilégio cognitivo do juiz. Esse é um problema sério na democracia contemporânea”.

Hart, Dworkin, Raz, Shapiro, Waldron, Luhmann, Tom Campbell, Fr.Müller, Gadamer, Leonel Rocha, Celso Antônio, Weida, Ernildo Stein, Cattoni, Canotilho, J. Miranda, Mizabel, Martonio, Otavio Rodrigues Jr, Jacinto Coutinho, Bercovici, Geraldo Prado, Garcia Amado, eu mesmo... todo mundo concordaria com Bentham nessa (não posso elencar todos). Afinal, para quê serve o Direito em uma democracia? Pode uma autoridade ter poder ilimitado para pautar uma ação constitucional?

O ponto alto do convescote foi a chegada de Luís Gama, quem sempre usou a lei contra a lei. Rábula, para buscar a liberdade de escravos, invocava a interpretação pela qual, estando proibido o tráfico, já não poderia haver vendas de escravos. Gama, depois de degustar generosos goles de um Malbec que lhe alcancei, disse: “— Não cursei Direito porque era negro. Mas aprendi Direito na luta. Não entendo como, em 2018, um Regimento Interno pode conceder poder ilimitado à Presidência do Supremo Tribunal. Na minha época, nem havia controle de constitucionalidade. Constituição outorgada. País com escravos. Fosse no segundo Império, até entenderia. Mas, hoje...”.

E todos concordaram com Luís Gama.

A reunião? Foi longe... mas isso fica para uma próxima.

Date Created

28/06/2018