

Sentimentalismo do(a) juiz(a): o que mudou no caso Lula?



A semana passada foi marcada pela notícia da morte do neto do ex-

presidente Lula, ocorrido no dia 1º de março, ganhando destaque nos sites jornalísticos e tornando-se um dos assuntos mais comentados nas redes sociais. Internautas, jornalistas, juristas, petistas e antipetistas, todos estavam com os olhos voltados para a última tragédia que acabara de envolver o líder político.

A repercussão do fato deu ensejo à comentários desrespeitosos, insensíveis e reducionistas, demonstrando o lado sádico e miserável da alma humana, traduzidos através de um discurso amparado em uma racionalidade pervertida (tratou-se sobre isso no [texto](#) da semana passada, publicado aqui no "Diário de Classe").

Chamou atenção também a decisão judicial que resultou do caso concreto, não devido aos fatos que a envolvem, mas, sobretudo, por ser contrária à decisão que, dias antes, havia sido proferida pelo mesmo tribunal, para o mesmo réu, em caso de igual semelhança, sob as mesmas circunstâncias. Esse será o tema do "Diário de Classe" desta semana.

Descrição do caso e da decisão

No mesmo dia em que ocorreu a tragédia, foi concedido ao ex-presidente o direito de comparecer ao funeral do neto, através da decisão proferida pela juíza federal substituta da 12ª Vara Federal de Curitiba, Carolina Lebbos. O pedido efetuado pela defesa enfatizou o artigo 120, I da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que positiva o direito dos condenados que cumprem pena em regime fechado de obterem permissão para sair do estabelecimento penitenciário, mediante escolta, em caso de falecimento de cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão. O caso concreto, nesse sentido, cumpre com os requisitos objetivos essenciais para ensejar a aplicação do artigo de lei. Por óbvio, correta foi a decisão da juíza, tendo em vista que houve o reconhecimento do pedido com base na legislação (que segue vigendo em plena constitucionalidade).

No entanto, não foi esse o entendimento do órgão jurisdicional um mês antes do ocorrido. O mesmo fato havia chegando ao Judiciário no dia 29 de janeiro, quando da morte do irmão do ex-presidente, contudo, o pedido — que continha os mesmos fundamentos — foi recusado pela autoridade policial, a partir de, basicamente, três argumentos: i) não havia disponibilidade de transporte aéreo para a locomoção do ex-presidente; ii) com a locomoção, havia grande risco à ordem pública, uma vez que seria possível a fuga do líder político, bem como a realização de manifestações sociais; e iii) havia grande “risco de perturbação à tranquilidade da cerimônia fúnebre que será causado por todo o aparato que seria necessário reunir para levar o ex-Presidente até o local”^[1]. Assim entendeu também a juíza da 12ª Vara Federal de Curitiba e, posteriormente, o TRF-4, que confirmou a decisão após interposição de recurso pela defesa^[2].

O objetivo de nossa fala não é emitir um protesto político acerca das decisões da juíza e do tribunal. É, do contrário, através de um caso de grande repercussão, demonstrar de que forma opera o ativismo judicial na realidade brasileira e qual a relação que ele possui com a discricionariedade, traduzida no sentimentalismo do julgador em relação ao caso concreto. Nem poderíamos ter aquela pretensão, haja vista que as decisões foram devidamente corrigidas pelo ministro Dias Tóffoli, do STF, que veio a autorizar a visita e garantir o direito do réu, em ordem de Habeas Corpus *ex officio*, após ter sido provocado através de uma reclamação (conforme citação número 1).

Passa-se o tempo, mudam-se os fatos, acalmam-se os “espíritos”, mas fica a questão: o que mudou entre um caso e outro se ambos possuíam as mesmas características jurídicas? O que faz com que, em um primeiro momento, o Judiciário afaste a aplicação da lei e, em segundo momento, concretize-a?

A mudança dos fatores altera o produto: o ativismo judicial e o sentimentalismo do julgador

Em resposta às questões anteriores, entende-se que ambos os casos foram delicados. Contudo, um foi mais delicado que o outro, na medida em que envolveu a morte de um menor de idade, ocasionando grande repercussão social e, conseqüentemente, evidente pressão pública sobre o órgão jurisdicional. Há quem diga que a primeira decisão havia sido bem fundamentada, pois o Estado possuía suas razões para deixar de garantir o direito do cidadão — direito este que é aplicável a qualquer um que se encontre na mesma situação carcerária. Ocorre que cada argumento utilizado não restou demonstrado. Não houve a demonstração do *risco à ordem pública* e, tampouco, da falta de equipamentos (que seriam fornecidos por particulares).

Nesse contexto, detecta-se o sintoma que a Crítica Hermenêutica do Direito se encarregou de aprofundar: o *solipsismo judicial*. A utilização de termos vagos e ambíguos (como, por exemplo, *risco à ordem pública*) como forma de fundamentar uma decisão judicial é o método mais apropriado para camuflar a *discricionariedade*. A decisão torna-se poluída, travestida de legitimidade, quando, em realidade, carece de fundamentação — poderíamos até questionar acerca da suposta aplicação do princípio administrativo da impessoalidade pelos agentes públicos e a neutralidade do Estado, mas seria tema para um próximo momento.

Dizer que ela possui uma *fundamentação frágil* não significa dizer que ela não possui *fundamento*, pois se trata de conceitos diferentes entre si. O fundamento é o que está por trás da fundamentação e que serve de estrutura para sustentá-la. Nesse sentido, a partir do momento em que se constata a contrariedade entre as duas decisões (sem que haja motivo jurídico para tanto), depreende-se que os fundamentos das decisões foram de cunho moral e político, pois sabemos que o segundo caso, além de envolver a morte de um menor de idade, carregou consigo grande pressão social para que a saída fosse permitida. A “voz das ruas” — a vontade imediata dos cidadãos — exerceu grande influência sob o resultado do produto.

Obviamente, *a priori*, não há relevância em saber se a decisão foi tomada com base em um fundamento moral, caso ela aplique de forma devida o que o Direito diz. Há relevância, no entanto, quando esse fundamento moral serviu para deixar de aplicá-lo. No exemplo aqui utilizado, a moralidade está implícita, tendo em vista que a pressão social e a sensibilidade da julgadora em relação ao caso concreto possibilitaram a concretização da lei (que deveria, por si só, ter sido suficiente para ensejar a sua aplicação). O problema é diagnosticado no primeiro caso, quando a moralidade subjetiva da julgadora constrangeu a aplicação do artigo de lei (que versa acerca de um direito do apenado).

É importante salientar que no último caso a repercussão gerada garantiu o cumprimento da legislação, mas, se fosse o contrário, garantiria a sua inaplicabilidade, mesmo não havendo fundamentos jurídicos para tanto. É por isso que *fundamentação jurídica* não pode ser confundida com moral ou política^[3], ocasionando o exercício do ativismo judicial — que, em um regime democrático de Direito, possui consequências prejudiciais.

Denota-se desta prática não apenas a insegurança jurídica, mas, sobretudo, a possibilidade da utilização de critérios inconsistentes para a fundamentação judicial, capazes de ensejar a mais pura tirania — que são relativos e que ora significam X, ora significam Y.

Lenio Streck entende o ativismo judicial como sendo a prática gestada no interior da própria sistemática jurídica, consistindo em um ato de vontade daquele que julga e que caracteriza uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há a extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos^[4], que podem ser confirmados, inclusive, em grau recursal — como, efetivamente, foi.

Passa-se o tempo, mudam-se os fatos, acalmam-se os “espíritos” e mantém-se o ativismo judicial, que não apenas possibilita a confusão entre Direito e moral, mas, além disso, camufla critérios e fundamentos — e, conseqüentemente, gera insegurança jurídica. Disso decorre a necessidade de continuarmos a nos manifestar acerca de sua existência no cotidiano das práticas jurídicas, desenvolvendo a capacidade de detectá-lo.

^[1] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição avulsa na Reclamação 31.965/PR**. Relator: Ministro

Ricardo Lewandowski, 30 jan. 2019. Disponível em <

http://www.unisinos.br/biblioteca/images/docs/MANUAL_ABNT_BIBLIOTECA_fevereiro_2019.pdf
>. Acesso em 12.mar.2019.

[2] BRODBECK, Pedro. Justiça nega pedido de Lula para ir a funeral de irmão. **G1**, 30 jan. 2019.

Disponível em <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/01/30/justica-nega-pedido-de-lula-para-ir-a-funeral-de-irmao.ghtml>>. Acesso em 12.mar.2019.

[3] Na obra *Precisamos falar sobre Direito e Moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*, o jurista Lenio Streck efetua uma análise epistemológica da discricionariedade e da predação da Moral no Direito, de forma a aprofundar a questão. Ver: STRECK, L. L.. **Precisamos falar sobre Direito e Moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018. v. 1. 182p.

[4] STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. v. 1. p. 87.

Date Created

16/03/2019