

Artigo

Recebido: 27.10.2019

Aprovado: 04.05.2020

Publicado: 12.08.2020

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v8i3.6196>

O judiciário brasileiro e suas margens: breve proposta para pensar a discricionariedade do atual modelo de decisão judicial na produção de ilegalismos

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil

<https://orcid.org/0000-0003-0052-2901>

Plínio Régis Baima de Almeida

Faculdade Nacional de Direito, Rio de Janeiro,

Rio de Janeiro, Brasil

<https://orcid.org/0000-0003-4015-3960>

Resumo: O propósito do texto é acentuar o caráter político da jurisdição, a fim de acenar para uma possibilidade de leitura do voluntarismo judicial a partir dos limites da decisão judicial. Tratamos inicialmente acerca da discricionariedade enquanto espaço para o exercício do poder político do Judiciário para a produção de normas, destacando o caráter (também) político da decisão judicial na concepção de Hans Kelsen. Logo após, abordamos a antropologia das margens na perspectiva de Deborah Poole e de Veena Das, com o objetivo de tentar reconhecer nessa teoria aporte suficiente para uma nova leitura da discricionariedade judicial a partir das práticas dos membros do Judiciário na realidade cotidiana. Destacados os pontos essenciais, realizou-se um cotejo analítico com o voluntarismo judicial denunciado em tópico anterior, estabelecendo-se, com isso, melhor reflexão acerca da possibilidade de uma crítica dessa prática a partir da lente que permite reconhecer o Judiciário por suas práticas e por suas omissões na realidade concreta.

Palavras-chave: Interpretação; Voluntarismo Judicial; Etnografia do Estado; Poder Judiciário.

Brazilian judiciary and its margins: a brief proposal to think about the description of the current judicial decision model in the production of illegalisms

Abstract: The purpose of the text is to emphasize the political character of the jurisdiction, in order to point to a possibility of reading the judicial voluntarism from the limits of the judicial decision. We deal initially with the discretionary nature as a space for the exercise of the political power of the Judiciary for the production of rules, highlighting the (also) political character of the judicial decision in the conception of Hans Kelsen. Soon after, we approach the anthropology of the margins in the perspective of Deborah Poole and Veena Das, with the objective

of trying to recognize in this theory sufficient contribution for a new reading of the judicial discretion from the practices of the members of the judiciary in everyday reality. Once the essential points were highlighted, an analytical comparison was made with the judicial voluntarism denounced in the previous topic, thus establishing a better reflection on the possibility of a criticism of this practice from the lens that allows recognizing the judiciary for its practices and its omissions in concrete reality.

Key-words: Interpretation; Judicial Voluntarism; Ethnography of the State; Judiciary Branch.

Introdução

Em 28 de setembro de 2018, o ministro Luiz Fux deferiu liminarmente uma suspensão de liminar proposta pelo Partido Novo, *ad referendum* do plenário do STF, para suspender decisão proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski nos autos da Reclamação 32.035/PR¹. Nesta reclamação, Lewandowski havia determinado a cassação da decisão de juíza da 12ª Vara Federal de Curitiba/PR, que impedia que os reclamantes jornal Folha de São Paulo (razão social Empresa Folha da Manhã S/A) e a jornalista Mônica Bergamo realizassem entrevista com o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva antes das eleições, a ocorrerem nos dias 7 e 28 de outubro de 2018 (primeiro e segundo turnos, respectivamente). Questões processuais elementares foram simplesmente ignoradas por Luiz Fux, como a ampliação subjetiva dos efeitos da suspensão de liminar, já que o ex-Presidente Lula não figurou no polo passivo da Reclamação 32.035/PR, não podendo, portanto, sofrer os efeitos de suspensão de uma decisão de cujo processo não participou. Causou ainda mais estranheza que a fundamentação de Fux para restringir a liberdade de imprensa tenha repousado exatamente na qualidade pessoal do ex-Presidente, ignorando o direito pleiteado pelos reclamantes Folha de São Paulo e Mônica Bergamo.

Outros pontos igualmente importantes e legalmente claros foram ignorados, a exemplo de não ser possível ingresso com suspensão de liminar contra decisão de ministro do STF, além de partido político – pessoa jurídica de direito privado² – não poder propor suspensão de liminar, haja vista competir a sua propositura somente ao Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interessada³. Essas questões, caso observadas, deveriam levar à extinção da suspensão de liminar proposta pelo Partido Novo sem a análise de mérito da ação, ou seja, o desfecho seria bem diferente do que foi produzido por Luiz Fux, se analisada sob as imposições constitucionais e legais.

Não é incomum que um debate acadêmico em torno de uma decisão judicial de grande repercussão, seja intercalado por afirmações de que determinada prática é política, e não jurídica, ainda que se reconheça que a referida prática seja uma constante no Judiciário ou em um tribunal específico. Dessa

¹ Trata-se a reclamação de um incidente processual previsto na Constituição, cujas funções são preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, I, “I” e art. 103-A, § 3º). A “autoridade da decisão” reclamada dizia respeito ao julgamento da ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) n.º 130, em que o Supremo julgou, por maioria, que a Lei de Imprensa, publicada durante o regime militar (Lei n.º 5.250/67), era incompatível com a Constituição Federal de 1988.

² A Lei n.º 9.096/95, que dispõe sobre os partidos políticos, afirma no seu artigo inicial tratar-se de pessoa jurídica de direito privado. No mais, trata-se de conhecimento rudimentar na esfera jurídica.

³ É o que afirma o artigo 4º da Lei n.º 8.437/92, que dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público.

forma, concorda-se que uma prática judicial habitual, ainda que em desacordo com a ordem jurídica, que acaba por compor uma norma jurídica derivada de uma decisão judicial, (re)formulando-se, com isso, o próprio (sentido de) Direito.

Mesmo entre magistrados, como bem afirma Duncan Kennedy ao mirar a realidade judicial estadunidense, ainda que afirmem atuar a partir de um processo discursivo que exclui a ideologia de suas decisões, é comum o reconhecimento de que outros juízes não excluem o elemento ideológico na hora de decidir⁴. Ainda assim, a preocupação com essa realidade encontra resistência no espaço acadêmico jurídico, por supostamente se tratar de algo afeito à esfera do político.

Fatos são em geral dedutíveis no Direito a partir da análise comparativa entre o comportamento ideal esperado (“dever-ser”) e a prática realizada que gera efeitos concretos na realidade cotidiana, numa espécie de tentativa de subsunção do fato à norma prescrita no ordenamento jurídico. Quando verificada a inadequação da conduta ou do fato concreto à norma jurídica, surge a partir daí um “dever de correção” por parte do Estado. Ou seja, a inobservância de uma norma se transmuta em ponto de partida no mundo jurídico para fins de se deduzir e de se reclamar juridicamente algum direito que exsurge desse descumprimento.

Esse “jogo de espelhos” entre as dimensões do “ser” e do “dever-ser”, apesar de importante para se definir obrigações jurídicas na reduzida esfera de relações e de pretensões a serem deduzidas a partir de um caso concreto, é insuficiente para entender situações como a acima narrada, em que questões de poder ignoram a previsão da ordem jurídica. Olhar para um fato produzido com o auxílio de comportamentos não previstos no plano normativo, ou mesmo contrários a normas jurídicas, em que se tem como um dos efeitos a alteração da própria ordem jurídica, e ainda assim negar a sua importância para o debate jurídico, é padecer na fictícia linha divisória que transforma – ao menos no plano teórico – o jurídico e o político planos puros e incomunicáveis do conhecimento científico.

Pretende-se refletir sobre a tomada de decisões no plano jurisdicional a partir da perspectiva concreta, das práticas e das ausências dos membros do Poder Judiciário. Em especial, visa o artigo conduzir a uma leitura apoiada no Judiciário enquanto realidade, de suas práticas, cuja finalidade é o de permitir diagnóstico do seu significado real na qualidade de instituição estatal e de oportunizar prognóstico quanto ao decisionismo personalista característico da atividade jurisdicional brasileira.

Nossa intenção com o presente trabalho é tentar fugir do lugar comum ao qual nos remete o pensamento jurídico tradicional. De início, percorreremos a discussão acerca da discricionariedade judicial, em especial partindo daquela que por décadas foi (e ainda é) depositada na conta de Hans Kelsen e do suposto “cientificismo decisionista” de sua *Teoria Pura do Direito*. Kelsen será igualmente importante para destacar o caráter (também) político da jurisdição. Em seguida, será proposto um novo canal de análise da produção do Direito pelo Judiciário sob a ideia de “margens” utilizada pela antropologia, a partir de uma etnografia do Estado, de suas práticas, linguagens e lugares.

⁴ KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University, 1998. p. 23.

Discrecionariade judicial: entre jurídico e político

Em setembro de 2014, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luiz Fux proferiu decisão na medida cautelar da Ação Originária 1.773/DF, em que concedeu tutela antecipada para garantir a todos os juízes federais, trabalhistas, da Justiça Militar e das Justiças Estaduais⁵, aos membros dos Tribunais de Contas e aos membros do Ministério Público uma ajuda de custo para fins de moradia, verba comumente conhecida como auxílio-moradia. A decisão gerou indignação, à medida que foi concedida de forma indiscriminada em favor de setores mais elevados da burocracia brasileira. Ressalte-se que, ao se tratar de uma verba de natureza indenizatória⁶, só poderia ser paga caso se verificasse na ordem concreta individual de cada interessado o cumprimento de alguns requisitos previstos em lei⁷.

A decisão gerou enorme aumento de despesa à União e aos Estados-membros. Nota técnica da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal, destinada a avaliar o impacto orçamentário do auxílio-moradia nos Poderes da União⁸ de 2010 a 2017, afirma que o considerável aumento de gastos entre 2014 (ano da decisão de Luiz Fux) e 2015 é decorrente dessa decisão do STF e das consequentes normas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público⁹.

A decisão, de caráter precário, vigeu por mais de 4 anos, sendo revogada por Luiz Fux somente em 26 de novembro de 2018. A motivação do ministro, mais uma vez, gerou perplexidade: o fim do pagamento indiscriminado do auxílio-moradia ficou condicionado ao efetivo aumento de 16,38% aos membros da magistratura, resultado de um “acordo”, no qual serviu a verba como uma espécie de “mercadoria política”¹⁰, entre o então Presidente da República Michel Temer, o Presidente do STF Dias Toffoli e o próprio Luiz Fux, o que só reforça o uso do auxílio-moradia por via transversa – e porque não ilegal – para fins remuneratórios¹¹. O assunto não escapou da atenção da literatura jornalística especializada, desencadeando um pedido de impeachment em desfavor de Luiz Fux:

⁵ Na época da decisão, 9 (nove) estados ainda não pagavam a referida verba.

⁶ A verba indenizatória tem por finalidade ressarcir ou compensar dispensas realizadas “[...] em decorrência do exercício de cargos, empregos e funções públicas”. FERRAZ, Luciano de Araújo; MOTTA, Fabrício; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 130.

⁷ A verba não deveria ser paga, por exemplo, àqueles que atuam na cidade de origem e que possuem residência própria e aos que partilham de casa em que um dos cônjuges já recebe a verba em apreço.

⁸ Nota Técnica 307/2017; Assunto: despesa com auxílio-moradia; Interessado: Senador Randolfé Rodrigues; Consultou Legislativo: Augusto Bello de Souza Neto.

⁹ Criados por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004, competem aos referidos Conselhos respectivamente, dentre outras atribuições, controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do Ministério Público e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e dos membros do Ministério Público (§ 4º, artigo 103-B e § 2º, artigo 130-A, todos da Constituição Federal de 1988).

¹⁰ Expressão cunhada por Michel Misse. Para mais, ver a obra: MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹¹ Fato de ampla repercussão, a exemplo de: Fux revoga auxílio-moradia para juízes após sanção de reajuste para STF. Conjur. 26 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-26/fux-revoga-auxilio-moradia-juizes-reajuste-stf>>. Acesso em 15 mar.2019.

Até o início de 2019, Fux fora alvo de três pedidos de impeachment protocolados no Senado por cidadãos. O primeiro deles atacava sua decisão, uma liminar de 2014, de determinar pagamento de 4,3 mil reais a todos os juizes do país, a título de auxílio-moradia – benefício isento de imposto de renda e contemplando inclusive quem morasse em imóvel próprio. Essa determinação era parte de uma estratégia, que se tornaria pública anos depois. Como os juizes não recebiam aumento salarial, Fux deu a decisão de pagar um benefício aos magistrados. E manteve a liminar em seu gabinete, sem submetê-la ao plenário, não permitindo que os demais ministros a derrubassem – e havia votos mais que suficientes para isso. Quando Toffoli assumiu a Presidência do Supremo, ele negociou com Temer um reajuste para os juizes e Fux prometeu, em troca, derrubar o pagamento do auxílio que ele, em sua decisão, havia dito que era determinado por lei¹².

Neste ano de 2019, causou espécie a homologação realizada pela juíza federal Gabriela Hardt, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, de acordo feito entre Ministério Público Federal situado no estado do Paraná e a Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás). Com o “Acordo de Assunção de Compromissos”, seriam destinados 682,56 milhões de dólares a um fundo privado a ser criado e administrado pelo próprio Ministério Público Federal, cuja sede seria na cidade de Curitiba.

A Procuradora-Geral da República (PGR), chefe do Ministério Público da União¹³, ingressou com ação destinada a suspender o ato judicial que homologou o referido acordo¹⁴. Um dos argumentos utilizados é o de que o acordo ofende de forma grave a configuração constitucional do Ministério Público Federal, pois, segundo dispõe a PGR na inicial da ADPF:

[...] não é possível que órgão do MPF, em decorrência do exercício de suas atribuições funcionais, possa desempenhar atividades de gestão de recursos financeiros de instituição privada, nem definir onde serão aplicados, muito menos ter a sua disposição um orçamento bilionário [...].

Não compete ao Ministério Público Federal ou ao Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba administrar e gerir, por meio de fundação, recursos bilionários que lhe sejam entregues pela Petrobrás (ADPF 586, p. 23)¹⁵.

Só após suscitar inúmeras críticas, o Ministério Público Federal no Paraná resolveu pela suspensão dos procedimentos destinados à constituição do fundo. Ainda assim, informou que a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União seriam consultados sobre a possibilidade da destinação do recurso bilionário a ser gerido pelo fundo em apreço¹⁶.

¹² RECONDO, Felipe, Luiz Weber. **Os Onze** - O STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 230.

¹³ O Ministério Público da União compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (art. 24 da Lei Complementar 75/93).

¹⁴ A ação foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 586. A Câmara dos Deputados ingressou com Reclamação junto ao Supremo. O Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) também ingressaram com ADPF a fim de suspender o acordo.

¹⁵ Íntegra da petição inicial da ADPF 586 pode ser lida em <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/03/8f909b359d777319c693fc774773a5e4.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁶ Fato amplamente noticiado, a exemplo de MARTINES, Fernando. Pressão da repercussão: MPF interrompe criação de fundação bilionária e irá consultar CGU e TCU. Conjur. 12 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-12/mpf-suspende-criacao-fundo-bilionario-petrobras>>. Acesso em 19 mar. 2019.

Episódios como estes, ainda que produzam discursões e divergências quanto à forma utilizada e à finalidade perquirida, encontram logo no mundo jurídico conclusões “lógico-dedutivas” de que normas foram infringidas. “Partir do ponto de chegada”, ou seja, de que uma norma não foi eventualmente cumprida, serve-nos talvez como argumento para reclamar judicialmente direito deduzido a partir desse descumprimento.

Esse modelo pouco nos entrega, no entanto, se desejarmos entender os motivos de essas decisões descumprirem regras que se mostram tão elementares do Direito, por autoridades que possuem sólido conhecimento sobre as mesmas regras que ignoram. A realidade circunscreve-se, portanto, em fatores diversos, que permitem olhar para um fato como os acima descritos através de diversas lentes, sendo a visão que assenta importância no reconhecimento da subsunção do fato à norma, a fim de verificar a sua obediência (comum ao universo jurídico), apenas uma das hipóteses.

Não de hoje diversos juristas se debruçam sobre a discricionariedade afeita à atividade jurisdicional, a fim de ou denunciá-la enquanto elemento objetivo em descompasso com práticas democráticas ou mesmo de envidar esforços para, a partir da formulação de técnicas hermenêuticas e de teorias da argumentação, neutralizá-la ou ao menos arrefecê-la, diminuindo a “liberdade criativa” do juiz e, conseqüentemente, seu poder de produzir Direito a partir de uma perspectiva individual.

Tais tentativas não resultam, na tradição jurídica brasileira, em maior “racionalidade das decisões”, porque incapazes de se fazerem incorporar no nosso modelo tradicional de decisão judicial. Não é, no entanto, incomum que autores da hermenêutica jurídica e da teoria da argumentação sejam lembrados em decisões judiciais, mas não porque adotadas suas teorias em substância, e sim porque acabam assumindo na decisão um papel de argumento de autoridade, a reforçar a opinião pessoal de quem decide, além de utilizados pelo julgador para demonstrar certa erudição¹⁷.

Evidencia-se que, sob o aspecto teórico do Direito, as doutrinas pós-positivistas, tendo o positivismo jurídico – a que chamam de “decisionista” – como tese a ser superada, passam a desacreditar ou mesmo a negar o político da decisão judicial, sempre na promessa de uma racionalidade jurídica no campo da interpretação das normas.

Hans Kelsen, o principal teórico positivista e certamente o maior alvo (ou “espantalho”) da doutrina que se assume “neo”, reconhece em sua clássica obra *Teoria Pura do Direito* a existência de uma margem de livre apreciação do julgador ante a fixação de uma “moldura” (plano de determinação), sendo este resultado da interpretação jurídica de uma norma que lhe é superior¹⁸. Ainda que definida a moldura para a decisão judicial, sempre restará para Kelsen, no entanto, um “espaço de indeterminação” a ser integrado pelo julgador.

Para Kelsen, a “interpretação jurídica” se limita a definir a moldura a ser observada na decisão. Todo o restante, ou seja, todo o espaço de discricionariedade, no qual o juiz exercerá um poder político por meio de um ato de vontade, Hans Kelsen nega se tratar de objeto da Ciência do Direito, atribuindo-o ao

¹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 15.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 246.

que denominou de política do Direito. Para Kelsen, portanto, “entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa”¹⁹. Trata-se a decisão judicial, assim como a do legislador, por conseguinte, de um ato de vontade a partir do qual se prioriza uma interpretação em meio a várias outras admissíveis.

Esta digressão teórica – ainda que de forma resumida – é importante para demonstrar que, apesar da preocupação da teoria com a racionalidade jurídica da interpretação que leve a uma decisão também jurídica²⁰, a produção do Direito pelo Judiciário advém, em importante medida, do “casualismo” dos magistrados do que de uma pretensa congruência jurídica de suas decisões.

Ainda que, do ponto de vista teórico, se rechace a discricionariedade do juiz quando da tomada de decisão, as técnicas de interpretação e as teorias da argumentação formuladas para dar “racionalidade” e previsibilidade às decisões não possuem caráter impositivo (coercitivo) ao julgador²¹. Assim, inexistindo qualquer obrigatoriedade, incumbe-se o julgador, quando da feitura da norma por meio da decisão, da escolha ou não de técnica de interpretação a ser utilizada no caso concreto, da justificativa ou não da escolha de determinado método ou teoria, ou mesmo o sincretismo é permitido, selecionando o que convier, tudo em nome da “liberdade criativa” do juiz.

Diante do que foi elucidado, percebe-se, pois, que a discricionariedade judicial, tão combatida enquanto característica funesta a impregnar a doutrina positivista, ganha no atual momento da esfera empírica do Direito brasileiro, a bem da verdade, um novo escopo de proteção, camuflada que está em meio à etiqueta racional e científica de técnicas, de teorias e de seus teóricos, a permearem enquanto adorno as decisões judiciais. Um dos mais significativos intelectuais juristas do Brasil, Lenio Streck, não se cansa de, em versão sempre bem-humorada e bem articulada, advertir dos riscos da interpretação judicial a partir do livre convencimento, da ponderação, de argumentações pessoais das decisões judiciais. São inúmeros seus escritos semanais sobre o tema - além das obras de grande fôlego, como seus livros - mas deve ser destacado o resumo de sua posição sobre o poder dos princípios que, na concepção dos neoconstitucionalistas, derruba qualquer porta de limitação à aplicação da lei conforme entendimento pessoal do julgador. Streck relembra o instante do nascimento desta visão que hoje praticamente domina a aplicação do Direito no Brasil²²:

De novo: nada disso é gerado espontaneamente. Ninguém é filho de chocadeira. Quando, logo depois de 88, os professores acharam que ‘agora o juiz boca da lei está morto’ e ‘chegou a vez do juiz dos princípios’, a derrocada começou. Quando o primeiro professor de cursinho inventou o resumo do resumo e depois veio outro professor

¹⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 251.

²⁰ Talvez aqui a principal característica do “jurídico” seria a sua previsibilidade, que se traduziria em segurança e estabilidade para os potenciais destinatários de uma decisão judicial.

²¹ A análise formulada não deve levar à conclusão precipitada de que as técnicas e as teorias devam ser impositivas, mas tão-somente de que, não sendo, permite-se ao julgador, na prática, usufruir o mesmo espaço de discricionariedade que se pretende combater.

²² STRECK, Lenio Luiz. **A parcialidade judicial: de como (só) a vergonha poderá nos redimir**. <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-18/senso-incomum-parcialidade-judicial-vergonha-redimir>>. Acesso em 18 de jul. de 2019.

com resumo facilitado e quejandos e quejandinhos, iniciamos a descida. Quando os concursos foram transformados em *quiz shows*, quando a OAB terceirizou o exame de ordem, Tribunais, Ministérios Públicos etc., apostaram no modelo decoreba e ninguém fez nada, a ‘conquista’ se consolidou.

O debate em torno do jurídico, ou do que é e do que não é racional, acaba por dramatizar um conflito que é só aparente, porque não investiga as causas – de ordem política – a contemporizarem essas disputas no plano precipuamente jurídico. Ao político atribui-se aqui o sentido de exercício de poder, que, na perspectiva da produção do Direito, não se encerra no processo legislativo de feitura das leis, nem mesmo se condensa nas formalidades depositadas (e esperadas) no Estado de Direito.

Ainda que da teoria de Hans Kelsen não se possa concluir que “tudo/nada” cabe, como se, por ser da “política do Direito” a assunção do conteúdo além da moldura, não houvesse qualquer obstáculo ou constrangimento na tomada de decisões, reconhecer o caráter também político de uma decisão judicial permite enfim (re)afirmar o exercício do poder por parte do Judiciário. E não só isso. É preciso entender que, para além de um estudo pautado somente na normatividade (legislações, técnicas de interpretações, argumentações jurídicas, normas produzidas a partir de decisões etc.), a importância de se dimensionar o Judiciário enquanto ator político expressivo, cujos membros são também humanos, acertam, erram, falham, corrompem-se, constitui numa exigência já atestada historicamente, por insuspeito liberal, como Alexis de Tocqueville, que estende tais falhas ao gênero dos juristas, com todas suas espécies²³:

No ponto em que se movimentam príncipe e juristas, origina-se um despotismo que mal deixa o ar para o homem respirar; quem somente refletir sobre o príncipe - e não sobre os juristas - conhecerá apenas um lado da tirania. Para conhecer o todo é necessário ter os dois – príncipe e juristas – diante dos olhos²⁴.

Diante disso, se pode igualmente formular pretensão em torno dos elementos e das motivações que conformam uma norma jurídica pelo Judiciário, que não são fatalmente extraídos da ordem jurídica formal e que, portanto, podem servir a atividade judicial ao fronteiro espaço de disputa entre o legal e o ilegal, o formal e o informal, às margens – mas ainda assim a ele pertencente – do que se considera Estado de Direito.

O judiciário brasileiro e suas margens: práticas, lugares, linguagens na construção de ilegalismos

Em coletânea de artigos dedicados às “margens do Estado”, Das e Poole propuseram aos antropólogos convidados um distanciamento da imagem já consolidada de Estado enquanto modelo administrativo centralizado e racional de organização política e de controle sobre determinado território²⁵. Em vez disso,

²³ TOCQUEVILLE, Alexis de. Die gesellschaftliche und politische Zustände Frankreiches vor und nach 1789. TOCQUEVILLE, Alexis de. **Das Zeitalter der Gleichheit – Auswahl aus Werken und Briefen**. 2 Auflage. Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, 1967. p. 133.

²⁴ No original: “An dem Schnittpunkt, an dem sie sich begegnen, entsteht ein Despotismus, der der Menschheit kaum die Luft zum atmen läßt; wer nur an den Fürsten denkt, nicht an den Juristen, kennt nur eine Seite der Tyrannei. Um das Ganze zu erfassen, muß man aber beide zugleich im Auge haben”.

²⁵ ASAD, Talal. ¿Dónde están los márgenes del estado? **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 53-62, 2008. p. 53.

a fim de se repensar de forma crítica o Estado a partir de suas margens, sugeriram reflexões “[...] acerca de como as práticas e políticas de vida nestas áreas [margens territoriais e sociais] moldam as práticas políticas de regulação e disciplinamento que constituem aquilo que chamamos ‘o estado’”²⁶.

A etnografia, afirmam Das e Poole, privilegia a experiência em detrimento da formalidade, do ritual que segue outras disciplinas. Nesse sentido, “a etnografia oferece uma perspectiva única do tipo de práticas que parecem desfazer o estado em suas margens territoriais e conceituais”²⁷. Permite, uma “antropologia das margens”, entender o Estado a partir de suas margens – daquilo que em geral é considerado não convencional – enquanto pressupostos necessários ao seu próprio entendimento, à sua própria existência, como o é a exceção à regra²⁸.

A proposta de Das e Poole foi o de repensar o Estado a partir dos limites estabelecidos entre o público e o privado, entre centro e periferia, entre aquilo que é considerado legal e ilegal, remetendo-nos a lugares cujas populações têm sido negligenciadas e marginalizadas (objeto comum à etnografia). A “ausência” ou a “presença débil” do Estado nesses lugares é melhor entendida quando se atribui como condições necessárias para o Estado as ilegalidades e a desordem que habitam as suas margens. É dizer, o Estado visto na perspectiva concreta, real, a partir de suas práticas e de suas ausências, não se cabe na ideia de organismo ordenador, sendo o seu conceito elasticado para abarcar também as ilegalidades não previstas na ordem jurídica.

Segundo Das e Poole, “a relação entre a violência e as funções ordenadoras do estado é fundamental para o problema das margens”²⁹. O Estado surge como organização política a reclamar unidade e concentração de poder, em substituição às diversas instâncias de poder privado e à pluralidade de ordenamentos jurídicos característicos do período Medieval. Heller, por exemplo, aponta a obra de Frederico II, na Sicília do século XIII, como um germen do Estado moderno, exatamente por ter subtraído “... radicalmente do sistema feudal o exército, a justiça, a polícia e a administração financeira, centralizando tudo de modo burocrático”³⁰.

A centralização do poder, uma das essências do Estado, representou igualmente o distanciamento entre as estruturas de poder e o indivíduo comum³¹. Na concentração do poder está contido, além da jurisdição obrigatória de esfera pública, o monopólio do poder normativo (monismo jurídico), caracterizado

²⁶ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 19.

²⁷ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 20.

²⁸ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 20.

²⁹ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 22.

³⁰ HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. Tradução de Luis Tobío. 2. ed. México: FCE, 1998, p. 170.

³¹ ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 94.

pela competência para fixar o que é e o que não é “lei”, definindo-se práticas e espaços considerados afeitos ao Estado e os que dele são excluídos³².

Na coletânea descrita por Dal e Poole três enfoques de margens foram identificados: margem enquanto periferia, lugar no qual se encontram pessoas pouco socializadas na ordem jurídica, a exemplo dos povos originários (“indígenas”); como conceito que circunda os temas legibilidade e ilegibilidade; margem enquanto espaço entre corpos, a lei e a disciplina, trabalhando as noções de soberania e biopolítica. Importa-nos para este trabalho, no entanto, a noção de margem desenvolvida por Das e Poole a partir da ideia de exceção.

A exceção, advertem as autoras, é em geral tratada pela teoria como algo delimitado, um organismo ou ente extravagante à noção de Estado na Modernidade, mesmo que reconhecida com ainda mais frequência³³. Carl Schmitt, por exemplo, parte do pressuposto de que o excepcional não encontra qualquer descrição na ordem jurídica vigente, competindo ao soberano decidir sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, além do modo por meio do qual será a exceção sanada.

Para Carl Schmitt, na exceção o Estado permanece em detrimento do Direito, sendo a suspensão do Direito pelo Estado uma medida de autopreservação. Segundo Schmitt, a norma só pode ser aplicada em situação de normalidade. Não se trata a normalidade, portanto, de mero pressuposto, mas de uma questão de validade. “Não existe norma que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido”³⁴.

O conceito de margem trabalhado por Das e Poole tem como proposta ultrapassar esse sentido usual de exceção “[...] como evento que pode ser confinado a classes particulares de espaços ou períodos de tempo, ou uma condição que se oponha de alguma maneira às formas normais do poder estatal”³⁵. Corroboram o sentido de vida nua de Agamben como ameaça constante que se mantém suspensa, mas que toda pessoa pode um dia ser atingida por esse estado. Consideram, não obstante, que, nos estados de exceção, as diferenças entre os que residem tanto dentro quanto fora da ordem jurídica aparecem nas práticas do cotidiano presente, o que difere da noção de Giorgio Agamben, cujas diferenças aparecem, segundo as autoras, “[...] como presenças fantasmagóricas do passado [...]”³⁶.

³² DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 23.

³³ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 26.

³⁴ SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13.

³⁵ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 27.

³⁶ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 29. Referência ao *homo sacer*, figura da lei romana arcaica, que encarna a vida nua, presente e fundamental na teoria de Agamben.

A partir do enfoque a leitura das práticas estatais no plano concreto, a exceção não deve ser vista como algo que se contrapõe à normalidade do poder estatal, mas sim como uma forma ordinária de exercício desse poder. É “exceção” não por aparecer esporadicamente em espaço regulado por uma ordem jurídica; é “exceção” porque, ainda que não prevista na ordem jurídica estatal (v.g. procedimentos, objetivos, comportamentos etc.), atravessa a estrutura e a ordenação estatal por meio de práticas concretas hodiernas do cotidiano. É, portanto, a parte do “ser” estatal cujas práticas não foram previamente delineadas por normas jurídicas formais, mas que ainda assim ao Estado pertence.

A questão das origens da lei para Das e Poole deriva não tanto do que chamam de “mito do Estado” (da passagem dos ordenamentos jurídicos privados ao monopólio da jurisdição pelo Estado):

[...], mas sim em homens cujas habilidades para representar o estado, ou fazer cumprir suas leis, são baseadas no reconhecimento de sua impunidade de se mover entre o apelo à lei e as práticas extrajudiciais, que são claramente representadas como remanescentes. fora, ou antes, ao estado³⁷.

Estas autoras citam como um dos exemplos dessas figuras as forças paramilitares da Colômbia, que de um lado atuam como extensão do exército colombiano (legal), enquanto do outro lado atuam em canais de circulação de drogas e de armas (ilegal). O exemplo muito se aproxima ao das milícias no Rio de Janeiro, que foram formadas por agentes e ex-agentes do Estado (v.g., policiais militares, bombeiros e agentes penitenciários) com a justificativa de combater o narcotráfico e que atuam no “mercado ilícito”, a exemplo da exploração clandestina de gás e de televisão a cabo e da extorsão de moradores das comunidades em que atuam³⁸.

Por se apresentarem e agirem como agentes estatais, podem eles traspasar a linha que separa as formas legais e as formas extralegais de atuação. Segundo Das e Poole, essas pessoas “[...] representam simultaneamente o desaparecimento da jurisdição estatal e sua contínua refundação por meio de sua apropriação não tão mítica da justiça e da violência privada”³⁹. São elas o “lugar oculto” ou a “cota ocultada” do Estado, que habita com frequência a realidade do cotidiano sobposta pelo manto mítico estatal. Considerar a existência e a atuação dessas pessoas permite-nos, pois, “[...] entender como a fronteira entre o legal e o extralegal ocorre nos escritórios e instituições que representam o estado”⁴⁰.

³⁷ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. *Etnografías Comparadas. Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 29.

³⁸ O atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, defendeu chefe de milícia particular em discurso na Câmara dos Deputados, quando era deputado federal pelo Rio de Janeiro. Tratava-se do ex capitão da Polícia Militar Adriano Magalhães da Nóbrega, conhecido como “Urso Polar”, o qual foi apontado pelo Ministério Público como chefe da milícia do Rio das Pedras e um dos articuladores do chamado Escritório do Crime, considerado o maior grupo de matadores de aluguel do Rio de Janeiro. Fato amplamente divulgado, a exemplo de MELLO, Igor. Jair Bolsonaro Defendeu Chefe de Milícia na Câmara. *O Globo*. 25 jan. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/jair-bolsonaro-defendeu-chefe-de-milicia-em-discurso-na-camara-23401641>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁹ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. *Etnografías Comparadas. Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 30.

⁴⁰ DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. *Etnografías Comparadas. Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008. p. 30.

A etnografia das margens proposta por Das e Poole pode nos permitir inovadora reflexão acerca da atuação do Judiciário devidamente descrita no tópico anterior e que tanto vem produzindo conflito aparente e, por isso, disputa superficial no plano normativo, na tentativa de solucioná-lo enquanto problema reservado à esfera jurídica. São nos espaços de exceção criados a partir do uso do discurso da racionalidade da interpretação que a criatividade das margens é ainda mais visível, porque, sob a justificativa do “fazer justiça” por meio de construções argumentativas técnico-científicas, produz-se decisões que a todo momento (se) amparam (n) a renúncia à ordem jurídica vigente.

Atentar ao estado de exceção somente em momentos extremos, como sugere a teoria de Carl Schmitt, obscurece a relação entre essas condições críticas e a vida diária, impossibilitando entender como instituições fundadas em regimes democráticos – do que é aqui exemplo o nosso Judiciário – são capazes de atuações contrárias à própria ordem constitucional.

A ênfase posta pelas autoras é a de que as margens são redefinidas para assegurar a sobrevivência de minorias. No nosso caso, a proposta é o de pensar o conceito de margens enquanto espaços de automanutenção do poder, quando do uso do discurso da racionalidade pelo Judiciário para se permitir flutuar entre o legal e o ilegal.

As margens que pensamos são elasticadas pelo Judiciário para manutenção e ampliação do próprio poder, como é exemplo o caso do auxílio-moradia que narramos no início deste trabalho, e do poder de forças políticas e econômicas reais com as quais se identificam grande parte das carreiras jurídicas. Permitem, não obstante, uma nova leitura a partir dos limites e das possibilidades de variação do ordenamento jurídico por meio dos quais a Constituição (e o próprio Estado) é experimentado.

Sob o prisma aqui desvelado, ganha em sentido proposta elaborada por Duncan Kennedy de uma jurisdição comprometida com propostas à esquerda, ao reconhecer a existência de uma jurisdição já (e sempre) parcial, mas camuflada sob uma pretensa neutralidade que, de mais a mais, tem por objetivo camuflar uma ideologia dominante (o uso do discurso “não ideológico” como disfarce para a ideologia determinante)⁴¹.

À guisa de conclusão

A discricionariedade característica da atividade jurisdicional é comumente enxergada pelos teóricos como algo exógeno, que lhe é adversa. Partindo desse lugar comum, denunciam-na como algo que é incompatível com um Estado que se assume (ao menos formalmente) democrático, cuja neutralização pode ser encontrada na racionalidade de teorias da argumentação jurídica e de técnicas hermenêuticas.

A adoção de métodos teria o condão de arrefecer a chamada “liberdade criativa” do julgador, permitindo, com isso, uma produção do Direito em bases jurisdicionais longe de uma perspectiva personalista e individuação do magistrado.

⁴¹ Vide Kennedy, Duncan. **Form and Substance in private law adjudication**. Disponível em: <<https://duncankennedy.net/documents/Form%20and%20Substance%20in%20Private%20Law%20Adjudication.pdf>>, bem como KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University, 1998.

Ainda que louváveis, essas iniciativas não têm resultado numa maior “racionalidade das decisões” no âmbito da jurisdição brasileira. No mais, autores que se dedicam a desenvolver teorias com vistas à racionalização das decisões judiciais são, em geral, nelas citadas, mas somente como argumento de autoridade, reforçando ainda mais a opinião pessoal de quem decide.

Na prática esse modelo resultou na ampliação do poder discricionário do Judiciário, pois vem permitindo certa blindagem do julgamento (como) político, haja vista estar involucrado pelo atributo da racionalidade e da cientificidade da decisão e da neutralidade do Estado, encarnado aqui pelo próprio Judiciário. No mais, essa conduta ativista vem oportunizando a magistrados a interpretação arbitrária da ordem jurídica, resultando na produção de novas formas de relação jurídica e de “novos direitos”.

Na esfera de decisão do Judiciário, onde se processa uma disputa de sentidos das normas, do que é e do que não legal, o estudo antropológico em torno das margens do Estado, no qual se procede a um distanciamento da imagem iconizada do Estado para repensá-lo criticamente a partir de suas margens, mostra-se como um canal inovador para o desenvolvimento do Direito. Isso porque pensar como as práticas e políticas dos magistrados constituem aquilo que entendemos por Judiciário – aqui apresentando o Estado –, além de formular e reformular a ordem jurídica a qual devem reverência, permite o melhor desenvolvimento da doutrina jurídica, aproximando-a da realidade sobre a qual envida influenciar.

É possível afirmar, portanto, diante do que foi acima desenvolvido, que existe um espaço de indeterminação na feitura da norma jurídica e que esse espaço será preenchido por um ator político (magistrado) a partir de suas crenças (sejam elas “jurídicas” ou não). É factível ainda dizer que o “legal” e o “ilegal” da norma por ele produzida dependerá do seu ato de vontade e que o resultado desse ato pode inclusive produzir uma “mercadoria política” capaz de ser negociada, a exemplo da questão do auxílio-moradia acima narrada.

Referências

- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria política da soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- ASAD, Talal. ¿Dónde están los márgenes del estado? **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 53-62, 2008.
- DAS, Veena; POOLE, Deborah. El estado y sus márgenes. Etnografías Comparadas. **Cuadernos de Antropología Social**, Buenos Aires, n. 27, p. 19-52, 2008.
- FERRAZ, Luciano de Araújo; MOTTA, Fabrício; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. Trad. Luis Tobío. 2. ed. México: FCE, 1998.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KENNEDY, Duncan. **Form and Substance in private law adjudication**. Disponível em: <<https://duncankennedy.net/documents/Form%20and%20Substance%20in%20Private%20Law%20Adjudication.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2020.

- KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University, 1998.
- MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze - O STF, seus bastidores e sua crises**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do Direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **A parcialidade judicial: de como (só) a vergonha poderá nos redimir**. <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-18/senso-incomum-parcialidade-judicial-vergonha-redimir>>. Acesso em 18 de jul. de 2019.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *Die gesellschaftliche und politische Zustände Frankreiches vor und nach 1789*.
- TOCQUEVILLE, Alexis de: **Das Zeitalter der Gleichheit – Auswahl aus Werken und Briefen**. 2 Auflage. Köln/Opladen: Westdeutscher Verlag, 1967.