



TOMADA DE DECISÃO EM SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO

Carlos Antônio Petter Bomfá¹

1. INTRODUÇÃO

Jean Cruet² frisa que a missão do juiz consiste essencialmente em fazer nos litígios particulares a aplicação exata das regras do direito consagrado.

Ressaltou que, segundo a definição de Montesquieu, o juiz é simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a força nem o rigor.

Para Cruet, a própria noção do direito positivo, nascida do reconhecimento de prescrições obrigatórias, parece excluir toda a ideia de uma participação aberta e normal do juiz na transformação das regras imperativas da lei: se o juiz pudesse com toda a liberdade tomar cada decisão particular, segundo o capricho do momento, já não haveria em verdade regras jurídicas, no sentido preciso da palavra, e o arbítrio mais ou menos inteligente, mais ou menos equitativo do juiz constituiria a, única lei viva, o único direito efetivo, incerto e mutável como o próprio homem.

¹ Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Advogado e Professor de Direito Civil da Faculdade Casa do Estudante em Aracruz-ES.

² CRUET, Jean. A vida do direito e a inutilidade das leis. BDJur, Brasília, DF, 20 jan. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26626>>.

A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.

2. A SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO: ESTUDO DE CASO HIPOTÉTICO

O Ministro Eros Grau leciona que o direito tem caráter constitutivo — não meramente declaratório, pois — e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão.

Eros Grau, em inúmeros votos e escritos jurídicos, tem afastado uma regra geral quando diante de uma situação de exceção, a exemplo do voto proferido na PETIÇÃO 2.766, no Tribunal Superior Eleitoral, que tratava de infidelidade partidária, proposta contra o Deputado Clodovil Hernandes.

A respeito da situação de exceção o Ministro Eros Grau ensina que:

“A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. A norma geral deixaria de sê-lo [= deixaria de ser geral] se a contemplasse. Da exceção não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. Ela está no direito, ainda que não se a encontre nos textos normativos de direito positivo.

Pois ela não está situada além do ordenamento, senão no seu interior. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade, zona de indiferença, no entanto, capturada pelo direito.

De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção — somente desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Daí que ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas ao fazê-lo não se afasta do ordenamento. Aplica a norma à exceção

desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção, retirando-se desta.”

Pois bem, observe-se o caso hipotético a seguir:

Um servidor público estável responde a um processo administrativo disciplinar, sob acusação de violação do dever funcional, por ter extraviado documento considerado como prova relevante para uma Comissão Parlamentar de Inquérito, a qual resultou no arquivamento dessa CPI por falta de provas. A penalidade prevista no Estatuto Jurídico do Servidor Público é demissão.

O Resultado da CPI, da qual dependeria da prova documental extraviada, implicaria na aplicação da penalidade de suspensão dos investigados de suas funções, sem remuneração.

Pergunta-se: como deverá ser a decisão no PAD em face do servidor, considerando-se que a pena aplicável ao ato que praticou é mais gravosa que aquela que seria aplicada na CPI em face dos investigados?

Tomando por base os modelos de tomada de decisões, o particularismo e formalismo, conforme leitura extraída do texto “Na fronteira do Formalismo” de Noel Struchner, temos as seguintes opções de escolha:

1º Modelo: o particularismo:

De acordo com o modelo particularista, o que importa é achar o melhor resultado possível para cada caso que se possa aparecer. Segundo esse modelo, as regras funcionam apenas com sugestões.

Pelo modelo particularista, nenhuma consideração do caso em jogo é excluída a priori. Qualquer fato que seja importante ou relevante para alcançar o melhor resultado é incluído no cálculo decisório final.

A decisão a ser tomada, segundo esse modelo, pela autoridade administrativa para punir o servidor público poderia ajustar o predicado fático da maneira que desejar.

Então, teríamos a seguinte de decisão: se se levasse em consideração todos os fatores relevantes, a regra da penalidade seria afastada, isso porque, a penalidade que seria aplicada na CPI é menos gravosa que a penalidade a ser aplicada no PAD em face do servidor.

2º Modelo: o formalismo:

Pelo modelo formalista, não se pode levar em consideração, na decisão, outros fatores que pudessem permitir um resultado mais interessante, mas apenas os fatores previamente estabelecidos e destacados como relevantes pelas regras.

Assim, sempre que a regra determina um resultado claro, o responsável pela decisão se vincula ao resultado gerado pela regra e não a qualquer outro.

Então, teríamos a seguinte de decisão: o servidor deveria ser demitido, pois a regra determina um resultado claro: demissão.

Há, ainda, modelos intermediários, como o particularismo sensível às regras, com o qual melhor se apresenta como modelo de decisão ao caso em exame.

Segundo esse modelo intermediário, além das justificações substanciais que existem atrás das regras, também existem justificações geradoras de regras.

As justificações geradoras de regras são razões para se formular como regra aquilo que se pretende alcançar: o bem que se pretende promover ou o mal que se pretende evitar.

Para o particularista sensível às regras, diante de cada caso deve-se colocar na balança as justificações geradoras de regras e as justificações substanciais para determinar a decisão.

No caso em exame, a justificação geradora da regra da penalidade de demissão aparenta ser a certeza e segurança que o documento extraviado influenciaria positivamente o resultado da CPI.

Todavia, as justificações substanciais (gravidade da pena, servidor público estável e ausência de PAD's antecedentes) devem também serem colocadas na balança, para se obter o resultado decisório.

Sob tal perspectiva, ao mesmo tempo que se reconhece a virtude de se ter regras, também se reconhece a existência de razões substanciais que norteiam a construção das regras.

Assim, no caso em exame, a balança penderia mais para uma tomada de decisão que apresentasse um resultado melhor, sem desconsiderar as regras.

O resultado, então, seria a não aplicação da pena de demissão ao servidor público, substituindo-a por uma penalidade equivalente àquela que seria aplicada na CPI.

Considerando a definição de direito de Carlos Santiago, ao analisar o caso dos juízes, a identificação de um sistema jurídico requer a formulação de juízos de valor sobre a justiça e a moralidade de suas disposições.

Assim, os juízes devem decidir, conforme estabelecem certas regras do sistema jurídico, se determinadas regras são aplicáveis aos casos particulares, que lhe são propostos para resolução, e devem deliberar, em alguns casos, a execução das consequências que essas regras estabelecem.

3. CONCLUSÃO

O caso hipotético identifica-se com um caso de exceção, permitindo afastar a regra prescrita.

A consequência da aplicação da penalidade de demissão do servidor no PAD é mais grave que penalidade que seria imposta aos investigados na CPI, o que justificaria negar a aplicação da regra por um critério valorativo de justiça.

Todavia, não se pode desconsiderar integralmente a finalidade da regra posta, que consiste na punição, o que classifica essa decisão segundo o modelo particularista sensível às regras.

4. REFERÊNCIAS

- STRUCHNER, Noel. NAS FRONTEIRAS DO FORMALISMO. A função social da dogmática jurídica hoje. Série Direito em Debate. Editora Saraiva.
- CRUET, Jean. A vida do direito e a inutilidade das leis. BDJur, Brasília-DF, 20 jan. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26626>
- BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. PET. 2.766. Publicado no DJE em 25.04.2009, pag. 57-58.