



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.

Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão

Lenio Luiz Streck *

Resumo: Este artigo analisa a relação existente entre os três Poderes, afirmando que a existência de um “presidencialismo de coalizão” no Brasil possibilita uma atuação do Judiciário (ou do STF) voltada a atender demandas sociais, o que abre espaço para o ativismo judicial. Isso significa que os acordos políticos dos partidos, que são realizados de maneira pragmática, instrumentalizando a Constituição, acabam gerando tensões entre o Executivo e o Legislativo que atingem o Judiciário. A atividade jurisdicional, em função da inércia dos outros Poderes, acaba se fortalecendo demasiadamente, o que resulta na existência de julgamentos baseados em argumentos de política. O problema é que o Judiciário deve julgar por princípios, não por políticas – e esta uma exigência democrática. Neste sentido, o texto aponta para a realização de uma Crítica Hermenêutica do Direito, pela qual prospere a exigência de responsabilidade política (Dworkin) dos juízes.

Palavras-chave: Democracia. Presidencialismo de Coalizão. Controle de Constitucionalismo. Ativismo Judicial.

Abstract: This article analyzes the relationship between the three branches, stating that the existence of a "coalition presidentialism" in Brazil enables a performance of the judiciary (or STF) oriented towards meeting social demands, which leaves room for judicial activism. It means that the political agreements of the parties, which are conducted in a pragmatic way, equipping the Constitution, end up generating tensions between the Executive and Legislative branches that reach the courts. The jurisdictional activity, due to the inertia of the other Powers, just getting stronger too, which results in the existence of judgments based on policy arguments. The problem is that the judiciary must judge by principles, not policies – and this is a democratic requirement. In this sense, the text points to the realization of a Hermeneutic Criticism of Law, by which prospers the political responsibility (Dworkin) of judges.

Keywords: Democracy. Coalition presidentialism. Judicial Review. Judicial Activism.

* Doutor em Direito do Estado; Pós-Doutor em Direito Constitucional; Professor Titular da Unisinos e Unesa; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Professor Visitante da Universidade Javeriana-CO e Coimbra-PT; Procurador de Justiça-RS.

1. Introdução

A República brasileira, desde seu nascedouro, fez a aposta no presidencialismo. Interessante notar que o passar dos anos – talvez com toda a tradição das mazelas da República Velha – esse presidencialismo foi se transformando naquilo que vem se denominando de “presidencialismo de coalização”.

Paralelamente, os desvios institucionais praticados pelo Poder Judiciário – entendidos aqui como a prática de ativismo judicial – têm relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil. As constantes dificuldades encontradas pelo governo, para constituir uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, reforçam a instabilidade política no país e fazem com que o mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acabe desaguando no Judiciário. As mesmas coalizões, que atuam no âmbito do governo, também procuram concretizar suas reivindicações por meio do Judiciário, não se preocupando muito com o fundamento jurídico das decisões. Não importa que o argumento seja de política, o fundamental é sempre ter uma decisão favorável.

Com isso, o problema da legitimidade da atuação do Poder Judiciário sempre fica para outro momento. Nesse sentido, a formação de uma juristocracia não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três Poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.

Nos termos propostos Ran Hirschl (*Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*), esses exemplos são demonstrativos de que nosso grau de judicialização atingiu a mega política (ou, a política pura, como o autor gosta de mencionar). Por certo que este fenômeno não é uma exclusividade brasileira. Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, em um cenário mundial. O próprio Hirschl apresenta situações nas quais as decisões, tradicionalmente tomadas pelos meios políticos, acabaram judicializadas, como no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá.

Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Este é o tipo de

controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política. Uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda.

Desse modo, se o Poder Judiciário passa a ocupar um papel institucional de maior destaque frente aos demais Poderes, conseqüentemente a necessidade de limites à decisão judicial passa a tomar um maior espaço nas discussões públicas. Certamente esse tema é uma questão muito cara ao regime democrático, pois a ausência de controle do poder pode levar ao autoritarismo. Por esse motivo, refletir sobre a necessidade de uma teoria da decisão é, antes de tudo, uma preocupação com o próprio Estado Democrático de Direito.

2. A juristocracia (judiciariocracia) e o presidencialismo de coalizão

O primeiro sistema de controle de constitucionalidade que o Brasil incorporou foi o dos Estados Unidos, após a proclamação da República. Não é preciso destacar os problemas decorrentes da introdução de um sistema atravessado pela carga genética da tradição do *common law* (em que há o *stare decisis*) por um sistema de tradição romano-canônico que recém havia saído de um regime de mais de 70 anos (Império) sem controle jurisdicional, já que na Constituição de 1824 o Brasil se aproximou principalmente do constitucionalismo forjado nas lutas políticas da Europa continental, que, nos séculos XVIII e XIX, buscava a limitação do poder dos monarcas por meio da *volonté générale* formada no Parlamento. No entanto, diferentemente dos europeus, o constitucionalismo em *terrae brasilis* começou apenas *pro forma*, com um imperador governando de maneira extremamente arbitrária, um Poder Judiciário subserviente e um Parlamento enfraquecido frente às investidas autoritárias do Poder Central. Desse modo, durante o Império, as deficiências do Parlamento e a ausência de um controle jurisdicional de constitucionalidade acabaram favorecendo a consolidação de um regime político despótico, controlado pelo estamento burocrático e comandado – ao invés de ser governado constitucionalmente – pelo imperador.

Com a proclamação da República, poucas coisas foram modificadas em *terrae brasilis*. O Imperador saiu de cena e em seu lugar surgiu o regime presidencialista, numa imitação mal feita do sistema construído pelos Estados Unidos no século XVIII. Ao mesmo tempo, dando continuidade a maneira incoerente de incorporar as inovações do constitucionalismo estadunidense, o Brasil criou o Supremo Tribunal Federal – STF – e o controle difuso de constitucionalidade, colocando os velhos ministros do *ancien régime*, membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império,

para operar as inovações constitucionais que desconheciam completamente. E foi assim que o estamento deu início a jurisdição constitucional no Brasil, deixando-a sempre enfraquecida frente às pressões exercidas pelos donos do poder (Faoro).

Mas, o que tem a ver o sistema de controle de constitucionalidade com o sistema de governo presidencialista? Tudo, porque o original americano foi forjado a partir da ideia de a *Supreme Court* ser um Tribunal da federação, circunstância que levou Rui Barbosa a pensar em uma democracia jurídicista no Brasil.

Ou seja, ao menos nos EUA, o *judicial review* tem essa relação com o sistema de governo. Aliás, não estou sozinho nisso. O sofisticado constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman tem um livro, que se chama *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy* (Harvard, 2005), em que ele defende a tese de que o surgimento do Judicial Review, nos EUA, está intimamente ligado ao Presidencialismo plebiscitário, à bagunça do bipartidarismo e do processo eleitoral estadunidense.

Nesse sentido, o sistema de governo presidencialista é responsável pelo tipo de partidos e estilo de “acordos” para a governabilidade que reina no Brasil desde a República Velha. É difícil dizer até que ponto o STF desempenhou bem ou pode desempenhar bem a tarefa de tribunal da federação. Basta pensar nos julgados sobre o Estado de Sítio (entretanto, os julgamentos mais importantes são exatamente antes do acordo Campos Sales e da Política dos Governadores).

Interessante e intrigante, pois não? Não se pode olvidar que os juízes (Conselheiros) remanescentes do Império somente deixaram de “pegar no pé” dos Presidentes em face da Política dos Governadores e, fundamentalmente, na ausência de um efetivo controle de constitucionalidade sobre as intervenções federais.

A recente redemocratização e a ampliação do número de partidos políticos colocaram, talvez, um pouco mais de complexidade nessa situação. Com efeito, ainda em 1987, o cientista político Sérgio Abranches, no momento em que o debate constituinte tinha como pauta o problema do pluralismo partidário, cunhou o termo que hoje faz moda nas discussões envolvendo a relação interinstitucional entre o Legislativo e o Executivo: o presidencialismo de coalizão. Sim, o presidencialismo brasileiro é de coalizão. E nesse aspecto não importa a ideologia, pois a maioria dos partidos fazem política de maneira pragmática, instrumentalizando a Constituição e desrespeitando a República.

Desse modo, é necessário perceber a relação do presidencialismo e do parlamentarismo com o “problema da jurisdição constitucional”. Nos regimes parlamentares houve a magnífica invenção

dos Tribunais Constitucionais. Como regra geral, o governo é formado por maioria parlamentar, não há tensão entre a “vontade do Presidente” e a “vontade do parlamento”.

Ao contrário do presidencialismo brasileiro, não há “duas vontades gerais em conflito” no parlamentarismo. Consequência: no parlamentarismo, as tensões sobre direito, especialmente à questão central – a constitucionalidade das leis – são resolvidas por um Tribunal que está fora do âmbito dos três poderes tradicionais. O Tribunal Constitucional é um tribunal *ad hoc*. Ele é composto e engendrado pelo parlamento. O Poder Judiciário não assume protagonismo, porque o Tribunal Constitucional não é do Poder Judiciário.

No Brasil o Presidente é eleito com 50% mais um; o Parlamento tem “vontade geral” que, para apoiar o governo, negocia para formar a maioria. E, mesmo assim, há tensões. Constantes. Legislativo versus Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário *lato sensu*, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia.

3. Os efeitos do presidencialismo de coalizão sobre o STF

Do mesmo modo como o Presidencialismo brasileiro é de coalizão, enredado em atendimentos de pleitos políticos *ad hoc*, circunstância que causa enormes problemas para a assim denominada “governabilidade”, também o Supremo Tribunal Federal acaba ingressando perigosamente nesse terreno de (atendimento a) demandas de grupos. E também – e isso precisa ser dito – demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e tudo acaba no STF. Ele cresce. Mas sofre. E sangra na legitimidade.

Vou tentar explicar isso melhor: assim como a Presidência da República tem de atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses mais de vinte anos, acabou por engendrar uma espécie de “julgamentos políticos”. Assim,

- o “partido” das nações indígenas foi até o STF e teve suas demandas atendidas;
- o “partido” das cotas queria legitimar as cotas, e deu certo;
- o “partido” das uniões homoafetivas queria que o STF dissesse que união estável era equiparável a casamento, e obteve êxito;
- o “partido” das causas feministas, entre outras coisas, buscou retirar da mulher vitimada por maus tratos a titularidade da representação, e igualmente se saiu bem;

- o “partido” das questões ligadas aos embriões e células tronco, idem;
- o “partido” dos governadores (questões envolvendo guerra fiscal etc.) bateu às portas do STF uma infinidade de vezes;
- o “partido” das reivindicações de prestação de saúde via judicialização também alcançou seu desiderato;
- o “partido” da moralização das eleições foi pressionar para que o STF considerasse constitucional a Lei da Ficha Limpa;
- até mesmo o “partido” do parlamento saiu-se bem, pois, mesmo sem obedecer à Constituição, conseguiu validar quase 500 medidas provisórias graças a uma modulação de efeitos concedida pelo STF. Aí é que está o problema. Julgamentos não devem ser teleológicos. Explico, na sequência, o porquê disso.

Em boa parcela desses pleitos, julgados por intermédio de ADIns, ADPFs e HCs, a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses “demais poderes” “mereceram” essa invasão ou não, em face de suas inércias). Aliás, isso pode não ser de todo um mal. Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia.

Nesse sentido, é de se perguntar: qual o argumento de princípio que sustenta a decisão exarada pelo Pretório Excelso no julgamento da ADI 4029/DF que julgava a constitucionalidade da lei 11.516/2007 resultante da conversão da medida provisória n. 366/2007 que criou o “Instituto Chico Mendes”? Na ocasião, o STF reconheceu que a medida não havia cumprido o que determina o § 9º do art. 62 da CF (submissão a uma comissão mista de deputados e senadores para avaliar o cumprimento dos requisitos da urgência e relevância).

Na mesma ocasião, verificou-se, ainda, que muitas outras medidas provisórias (estima-se que mais de 400) haviam sido convertidas em lei, sem que o § 9º do art. 62 tivesse sido observado no decorrer do processo legislativo. Logo, haveria aqui uma enxurrada de leis que tiveram origem pelo procedimento de conversão de medidas provisórias, vigendo entre nós em regime de flagrante inconstitucionalidade formal.

A decisão do Supremo Tribunal, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da lei 11.516/2007, operou uma modulação de efeitos *pro futuro*, para que os efeitos da pronúncia de nulidade viessem a ocorrer depois de 24 (vinte e quatro) meses...! A decisão atingiu, ainda, outras

tantas leis que tiveram o mesmo vício de procedimento que acometia a lei do instituto Chico Mendes.

Nos termos do voto do Min. Relator Luiz Fux: “No que atine à não emissão de parecer pela Comissão Mista parlamentar, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas *ex tunc* do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa”.

Vê-se que, neste caso, o STF decidiu segundo padrões estritamente políticos, a partir de argumentos utilitaristas/consequencialistas. No limite, é possível dizer que a discricionariedade judicial chegou a tal magnitude que, para todos os efeitos, foi suspensa a vigência do § 9º do art. 62 (estado de exceção?), na medida em que medidas provisórias convertidas em lei sem sua efetiva observância foram convalidadas pelo referido Acórdão, caso em que a Corte se transformou em uma espécie de poder constituinte derivado de fato, alterando formalmente o texto constitucional. Alguém dirá: e querias que o STF fizesse o quê? A resposta é simples: as decisões do STF valem também por seu aspecto simbólico, às vezes mais do que real... (invoco, sempre, o inesquecível Cornelius Castoriadis). O que quero dizer é que os efeitos colaterais desse tipo de decisão podem ser perniciosos à democracia, coisa que, no mínimo, deveria ter sido frisada, com letras garrafais, nos votos dos Ministros. Há casos em que a discussão envolve questões de princípios – reconhecimento de direitos –, só que os fundamentos lançados pelos Ministros em seus votos apontam para o fato de que a decisão foi pautada em argumentos de política e não de princípios (me refiro à teoria dworkiniana, é claro). Veja-se o caso da ADI 4424/DF, que questionava dispositivos da chamada “Lei Maria da Penha”. No caso, o STF alterou – via interpretação conforme a Constituição (na verdade, o correto teria sido utilizar a *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*, ou seja, uma nulidade parcial sem redução de texto) – a ação penal do crime de lesão corporal tutelado pela lei, estabelecendo que, nos casos em que o crime for cometido no âmbito da violência doméstica, a ação penal seria pública incondicionada (e não condicionada à representação, como se previa anteriormente).

Nesse caso, não estou preocupado – para efeitos destas reflexões – com o mérito do julgamento (se existia ou não argumentos de princípio a sustentar essa sentença interpretativa da Corte). Preocupa-me, sobretudo, o fato de que, em inúmeros votos, os ministros mencionaram o fato de que as estatísticas sobre a violência doméstica são “alarmantes”, estando a necessitar de um meio mais rigoroso de persecução criminal. Pergunto: manejar estatísticas e planejar ações futuras

não seria tarefa pertencente ao âmbito da política legislativa? Seria esse um argumento jurídico suficiente para adicionar um sentido à lei?

Também no emblemático julgamento da ADI 3510/DF – no interior do qual o atual presidente do Tribunal, Min. Carlos Ayres Britto, chegou a afirmar que o STF teria se tornado uma “casa de fazer destinos” – os mais diversos votos enveredaram para a discussão de questões que são alheias à atividade de concretização de direitos que a função contramajoritária da Corte Constitucional comporta. No caso, o próprio voto do Ministro relator já citado acima, questiona – numa perspectiva ontológica clássica até – o que é a vida, ou seja, uma espécie de reificação do conceito de vida. Anota-se que, nos termos da CF, os juristas e o Judiciário podem divergir sobre o direito a vida, seu exercício, sua plenitude etc.

Entretanto, parece-me exagerado deixar a uma Corte – composta por 11 ministros – a definição do que seja a vida. Esse tipo de discussão envolve vários atores sociais, de várias especialidades que não podem ser submetidas ao estrito espaço do Poder Judiciário. De se perguntar: se a decisão incorporasse no dispositivo uma definição de vida, esta faria coisa julgada? Estaria a comunidade científica vinculada à definição determinada pelo Judiciário? E poderia, aqui, ainda, apresentar um elenco considerável de questões de política decididas pelo STF.

É claro que o STF não tem culpa de essas questões a ele serem submetidas. Isso é óbvio. O problema é que não conseguimos, ainda, fazer um diagnóstico acerca das razões pelas quais isso vem sendo assim. De certo modo, o STF acaba tendo que atender às demandas de vários segmentos, como que a institucionalizar uma espécie de “coalizão político-judiciária”, repetindo, no mínimo como metáfora, o modelo de presidencialismo de coalizão do Poder Executivo. Veja-se, como já referido, os diversos grupos que leva(ra)m as suas reivindicações ao Tribunal Maior – demarcação de terras indígenas, a questão das cotas, a questão do aborto, as questões homoafetivas, embriões, demandas coletivas de saúde etc. Suas “reivindicações” foram atendidas pelo Judiciário (e não pelo Executivo ou o Legislativo).

Em um conto, Jorge Luis Borges fala de uma obra na qual todos os desenlaces acontecem; cada um é o ponto de partida de outras bifurcações. De vez em quando, as veredas desse labirinto convergem. Num dos passados possíveis, o senhor é meu amigo; noutra, meu inimigo... Ao atender reivindicações ou demandas populo-sociais, por vezes a Suprema Corte deixa de julgar por princípios e passa a julgar por políticas. E isso parece problemático.

Julgamentos por política, no fundo, representam aquilo que hoje vem sendo chamado de consequencialismo: nele o Judiciário não leva os direitos a sério no sentido de *seriously right* como fala Dworkin; ao contrário, por vezes nega direitos a pretexto de que a sua efetiva concretização

traria maior prejuízo econômico, ou não contribuiria para o bem-estar geral etc. Num sentido mais prosaico, seriam também políticas as decisões tomadas com base em uma pseudo vontade da maioria, clamor popular ou até mesmo – e no limite – interesse partidário. Claro que, aqui, é necessário um certo cuidado, porque na discussão com Richard Posner, Dworkin até afirma ser consequencialista.

Mas haveria uma contradição, aqui? Na verdade, ele é “consequencialista” não no sentido de Richard Posner (Análise Econômica do Direito). Mas o é no sentido de que o juiz é responsável politicamente pelo que faz com os princípios que constituem internamente uma comunidade democrática. Ou seja, se o juiz decide de um modo, ele está onerado em suportar as consequências desta decisão (e de seus fundamentos) para os próximos casos. Para que fique bem claro as diferenças entre “consequencialismo de Posner” e “o de Dworkin”, cabe bem dizer que minha crítica ao pamprincipiologismo é um argumento “consequencialista”, na linha do que afirma Dworkin.

É evidente que em um sentido mais geral o direito possui uma justificação política. Em Dworkin isso aparece na construção do que ele nomeia de “responsabilidade política dos juízes”. Segundo o jusfilósofo estadunidense, a responsabilidade política dos juízes implica decisões assentada em argumentos de princípios. Ou seja, a responsabilidade política dos juízes é decidir de modo a reconhecer direitos, e não a criá-los a partir de argumentos subjetivos ou políticos no sentido retratado acima (o tipo de decisão que articula, concomitantemente, argumentos de princípio e argumentos de política, são as decisões legislativas). E isso é um modo de controle: a Teoria da Decisão Judicial é um modo de controlar o exercício da jurisdição (ou, se quisermos, o poder dos juízes), afirmando que eles possuem um ônus democrático.

Insisto: direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões e ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo.

É verdade que o direito presta legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política lhe garante coercitividade. Concebendo a política como comunidade (*Polity*), o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política (*politics*), há uma coimplicação entre eles na constituição do político. Como ponto de vista partidário, o

direito tem o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí política ou político, no sentido daquilo que é da polis, é sinônimo de público, de res publica.

4. As razões pelas quais o controle político não pode ser um remédio para o problema do risco de uma judiciariocracia

O grande orador romano, Cícero, cunhou o emprego de uma expressão que, por muito tempo, representou o *topos* determinante da relação dos seres humanos com o seu passado: “*historia magistra vitae*” (A história é a mestre/professora da vida). Baseado em modelos helenísticos, ele afirmava que o orador é capaz de produzir um sentido de imortalidade para a história, articulando-a como instrução para a vida, mostrando para o seu auditório, a partir de uma coleção de exemplos vivenciados no passado, como é possível aprender com a experiência histórica-

Trata-se, aqui, de perceber certo sentido pedagógico para a história; um sentido prático, efetivo, baseado na ideia de que é possível se instruir por meio dela. Em uma rápida síntese, poderíamos reduzir o conteúdo dessa afirmação em torno da intuição elementar de que os acertos do passado devem ser repetidos; os erros, evitados.

Isso porque, um fato recente – a assombrar o direito constitucional brasileiro – pode nos colocar diante de uma situação em que teremos de saber se vamos adiante, com algum grau de acerto ou se, em contrapartida, iremos retroceder para o tempo do Estado de Polícia (*Polizeistaat*).

Refiro-me à PEC nº 03/2011, aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Nos termos do projeto, quer-se (ou queria-se)¹ dar nova redação ao inciso V do art. 49 da CF que define as competências do Congresso Nacional. A alteração modificaria a competência atribuída ao Congresso de sustar atos normativos do Poder Executivo que extrapolem sua competência regulamentar ou os limites da delegação legislativa. O novo texto substituiria a expressão “Poder Executivo” por “Outros Poderes”, deferindo ao Legislativo a possibilidade de sustar atos decisórios do Poder Judiciário que adentrem na seara da inovação legislativa “criando” (*sic*) uma regra jurídica nova.

¹ Depois veio a PEC 33, em linha similar, que, dentre outras questões, propõe a existência de um controle, realizado em parte pelo Congresso e em parte por consulta popular, às decisões definitivas tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tenham por objeto Emendas Constitucionais.

Efetivamente, nada é gratuito. Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Sintomas, à evidência, do “estado de natureza interpretativo” que se estabeleceu no Judiciário de *terrae brasilis*, onde, em muitos casos, cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da “escolha” que Tribunais fazem acerca de “cumprir a lei ou não cumprir a lei”... Isso para dizer o mínimo.

É claro que isso nem sempre foi assim. Nossa história constitucional é marcada por longos períodos ditatoriais e alguns poucos suspiros democráticos. Se lermos, por exemplo, a literatura que trata da República Velha, podemos nos indagar: como foi que sobrevivemos?² O maior período de estabilidade institucional e funcionamento das instituições democráticas é o atual. Mas, é preciso dizer para as gerações mais jovens, nem sempre foi assim. Um famoso livro, escrito por Aliomar Baleeiro ainda na década de 1960, pode nos auxiliar nessa reflexão. O livro se chama “*O Supremo Tribunal Federal, esse Outro Desconhecido*”.

O sugestivo título apontava para dois fatores internamente implicados: em primeiro lugar, ao descobrimento que o seu autor, ainda infante, teve desse importante órgão de nossa República. Nas eleições presidenciais de 1919, peleavam Rui Barbosa e Epitácio Pessoa. A Bahia, de Rui e Aliomar, estava em polvorosa e havia grande temor de que as autoridades do Estado impedissem a manifestação e circulação dos correligionários políticos de Rui. Muitos familiares de Aliomar estavam entre essas pessoas. Um dia, a família do jovem Aliomar despertou festejante: o Dr. Rui havia conseguido, perante o Supremo Tribunal Federal, uma ordem de *Habeas Corpus*, que garantia a liberdade de expressão e a circulação de seus partidários políticos. Assim, o Supremo Tribunal Federal – até então um Outro Desconhecido – aparece para Aliomar como o garantidor dos direitos e das liberdades individuais.

O segundo fator, mais fácil de ser reconhecido, deve-se a intenção de Baleeiro de apresentar para a comunidade política esse Órgão que, na história brasileira, mantinha certa descrição institucional até 1988. De se dizer, até 1988 – com um frágil sistema de fiscalização de constitucionalidade e sem efetiva democracia –, o STF desempenhava um papel, até certo ponto, coadjuvante no cenário político nacional. No nosso contexto atual, a realidade é bem distinta. O STF protagoniza, diuturnamente, questões que afetam interesses políticos nacionais. Já não pode ser um “Outro Desconhecido”; mais do que isso, o Supremo Tribunal é hoje um “ex-desconhecido”. E isso decorre, em princípio – e há que se reconhecer isso – de um fator de consolidação de nossa democracia. Sendo mais claro: em uma democracia constitucional é necessário que exista um

² Sugiuro, desde logo, *Fogo Morto*, de José Lins do Rego.

Judiciário forte, que funcione como efetivo garantidor dos direitos fundamentais e das regras do jogo político que são estatuídas pela Constituição. Nesse sentido, basta ver o que escreve Alexis de Tocqueville, em seu *A Democracia na América*, sobre as funções da Suprema Corte e a democracia estadunidense.

Nos últimos anos o STF tem participado, cada vez mais incisivamente, da vida política nacional. Isso deveria ser alvissareiro uma vez que – como veremos a seguir – a existência de um Poder Judicial independente que funcione como efetivo garantidor dos direitos fundamentais é um marco definidor de um Estado Democrático de Direito. Vale dizer, em uma democracia constitucional, o Judiciário tende a aparecer mais porque as demandas pela concretização de direitos (civis, políticos e sociais) são efetivamente reconhecidas pelo Estado e a sua proteção cabe, efetivamente, ao guardião da Constituição.

Todavia, em diversos casos, o STF adentra nas veredas da política proferindo decisões que acabam sendo, numa análise rigorosa, estritamente políticas (e, com isso, indiretamente incentiva as demais instâncias a fazerem o mesmo). Um aviso: por certo que o papel de Tribunal guardião da Constituição desempenha uma atividade que, numa perspectiva mais geral, encontra uma justificativa política.

Quando afirmo e defendo, a partir de Dworkin e da matriz hermenêutica, a autonomia do direito e a necessidade de que as decisões judiciais sejam decisões de princípios e não de política, não quero – e nunca quis – afirmar uma separação exclusivista entre direito e política. Como afirma Dworkin em seu *Levando os direitos a sério*, a justificativa mais geral e abrangente para o direito é política uma vez que, dessa justificativa, deriva a “doutrina da responsabilidade política” que rege a jurisdição constitucional. Nos termos da doutrina da responsabilidade política, os juízes têm para si o dever de, no momento da decisão judicial, decidir conforme o direito segundo argumentos de princípios e não argumentos de política.

Repitamos isso, com vagar: argumentos de princípios e não de política! Esse é o ponto fundamental da questão: a responsabilidade política dos juízes se materializa na produção de decisões segundo o direito. Insisto: juiz não escolhe; juiz decide! Explicitando melhor: discussões que envolvem projetos futuros, bem-estar social, consequências que resultaram da aplicação do direito em questão, não são decisões que pertencem à esfera do Judiciário, mas que devem ser tomadas pelos meios políticos adequados (legislativos e/ou executivos). No Judiciário devemos levar o direito a sério, decidindo segundo argumentos de princípios.

Todos esses fatores deveriam produzir uma autorreflexão – uma espécie de catarse – por parte do Poder Judiciário sobre as suas decisões. É por isso que insisto: precisamos

desenvolver/implementar uma Teoria da Decisão judicial. E, antes que alguém critique a falta de soluções, quero dizer que, em *Verdade e Consenso*, proponho uma Teoria da Decisão. Esse é o projeto da Teoria do Direito contemporânea que responde à necessidade de se construir anteparos para a autoridade judicante, na perspectiva de tornar mais democrático o Poder Judiciário.

Nesse contexto, aproveito o ensejo dessa discussão para esclarecer uma dúvida que cerca os leitores de minha obra. Como sintoma, cito um Congresso realizado além-mar, em que um ex-Ministro do STF chegou a dizer que minha teoria seria uma “proibição de os juízes interpretarem as leis” (*sic*). Indago: fosse eu um defensor do positivismo exegético (sintático, primitivo ou paleojuspositivismo – vejam os diversos nomes que essa “coisa” foi adquirindo), não deveria eu, por coerência, defender a PEC nº 03/2011? Elementar. Afinal, o Legislativo, como no exegetismo francês do século XIX, é que passaria a cuidar da perfeita obediência à “letra da lei”...! Pois, então, que de agora em diante fique bem claro que não há resquícios de exegetismo em minha obra (alguns chegam a me acusar de “originalista” – *sic* – ao modo norte-americano).

Com efeito, para um exegeta, certamente seria uma tarefa possível de ser levada a cabo pelo Legislativo a análise da validade das decisões judiciais, na medida em que a aplicação seria um processo mecânico, derivado da interpretação que o órgão judicante – previamente – faz do direito legislado. Bastaria identificar em que lugar o Judiciário deixou de proceder mecanicamente para corrigir o “erro” identificado... E alterar-se-ia a decisão (nem quero falar aqui do problema da subsunção, na medida em que tem muita gente que ainda acredita que “casos fáceis se resolvem por subsunção” – *sic* – e “casos difíceis por ponderação” – *sic*).

Todavia, na hermenêutica, sabemos, de há muito, que a interpretação é um ato construtivo. No campo hermenêutico, qualquer iniciante que tenha sobrevivido à mediocridade do senso comum, sabe da existência da ultrapassagem da *Auslegung* (reprodução de sentido) para a *Sinngebung* (atribuição de sentido). Deriva ela da compreensão, que é um existencial, cuja função é abrir para o intérprete a possibilidade da interpretação.

Não interpretamos para compreender. Ao contrário, compreendemos para interpretar. Também a interpretação não acontece em tiras (as três *subtilitas* – *intelligendi*, *explicandi* e *applicandi* – estão superadas). Ela se manifesta na *applicatio* (aplicação). Por isso, fundamentação e decisão são co-pertinentes. Ninguém fundamenta primeiro para depois decidir, simplesmente porque, no momento em que decide, já aconteceu a fundamentação. Esse é o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*), que quer dizer que, de algum modo, o intérprete sempre está à frente de si mesmo, porque a sua condição de existente antecipa sentidos. Definitivamente, a interpretação não

é um ato de vontade. A partir da hermenêutica, enfim, da Crítica Hermenêutica do Direito, nem de longe é possível dizer isso.

Sendo bem mais claro: em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Não é deste tipo de controle que precisamos. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional. Ou seja, se o ativismo do Poder Judiciário se mostra perigoso ao ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via PEC's 3 e 33, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a “questão da democracia”.

Numa palavra final: para resolver os problemas do ativismo judicial, da vontade de poder (*Wille zur Macht*) ou do voluntarismo, não precisamos voltar ao hermetismo do século XIX, como querem os parlamentares que aprova(ra)m a PEC nº 3 na CCJ. Não podemos nos comportar como o sujeito que, tendo perdido o relógio, pôs-se a procurá-lo debaixo de um poste de luz, longe do lugar da perda...porque ali era mais fácil!

Podemos fazer melhor do que isso. Mas, para tanto, necessitamos, primeiro, entender que o direito é um fenômeno complexo (insisto, pois, na luta contra os “simplificadores” e os adeptos de argumentos *prêt-à-porter*, *prêt-à-penser* e *prêt-à-parler*). Para isso, temos que estudar o processo histórico e como se forjou o positivismo, respondendo perguntas como “o que é isto, um paradigma”, “o que é isto, a autonomia do direito”, “o que é isto, o solipsismo judicial”, “o que é isto, o discricionarismo”... E, assim, entender que a pretensão de controlar as decisões a partir de uma teoria da decisão, não é, nem de longe, proibir a interpretação... Autores que dedicaram a vida a estudar esse fenômeno e a criticar o solipsismo (graças ao qual se espalha o mantra de que “sentença vem de *sentire*” e que a decisão é um ato de vontade), como Dworkin, Habermas, Gadamer, Luhmann, para falar apenas destes, não podem ser tidos como ingênuos, mal-intencionados, autoritários ou, quiçá, “conspiradores contra a independência do poder judicial”... Em alguma coisa essa gente está(va) certa, pois não? E não consta que o direito esteja blindado às teorias sofisticadas como a desses autores (na verdade, o que há de melhor em termos de teoria do direito passa, indubitavelmente, por esses autores).

5. À guisa de considerações finais: o controle hermenêutico do Poder Judiciário

O “controle” das decisões é um controle que se opera hermeneuticamente. Aquele que interpreta deve (de)mo(n)strar que sua construção é a melhor segundo o direito da comunidade política.

Aqueles que são destinatários da interpretação, por sua vez, têm o dever de questioná-la, apontando os fracos argumentos e as construções mal alicerçadas. Essa é a tarefa que venho chamando, há algum tempo, de “constrangimento epistemológico”, cujo ator jurídico fundamental é a Doutrina.

Por isso que, em hipótese alguma, podemos admitir uma doutrina que, diante das decisões dos mais diversos tribunais, assume uma postura de “imparcialidade”, apenas descrevendo as posições que estão na última moda, sem questionar, na sua raiz, os argumentos apresentados pelo Poder Judiciário – na verdade, isso nem é imparcialidade; é, sim, servilismo! Sendo mais claro: a doutrina deve doutrinar!

Outro ponto absolutamente fundamental desse controle hermenêutico das decisões é a exigência de que elas sejam proferidas de forma consistente, segundo critérios de integridade da jurisprudência. É absolutamente inadmissível que, em um dia, o STJ entenda (defina?) o princípio da insuficiência de um modo (negando RESP em um caso de furto de 84 reais) e, não muito depois, explicito-o de outro modo (trancando, via Habeas Corpus, uma ação penal em uma sonegação de tributos de mais de três mil reais); ou que uma Turma daquela Corte afirme a validade do art. 212 do CPP e outra a negue, sem qualquer menção à jurisdição constitucional. Como é possível que um Tribunal negue a validade de uma lei votada democraticamente sem utilizar – e fixo-me na questão do princípio-sistema acusatório – uma argumentação constitucional? Trata-se de uma exigência de equanimidade (*fairness*, como quer Dworkin), no sentido de que todos os cidadãos recebam tratamento igualitário quando buscarem a tutela jurisdicional. É o mínimo que se quer em uma democracia.

E como se faz isso? Trabalhando com algo que se chama de “Teoria da Decisão”. Nesse sentido, permito-me aqui, mais uma vez – até porque aqui não há espaço para desenvolver amiúde uma questão tão complexa³ – remeter os leitores interessados nesta discussão para o meu *Verdade e Consenso*, assim como para livros como *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio* (de Rafael Tomaz de Oliveira), *Jurisdição e Ativismo Judicial* (de Clarissa Tassinari), *Levando o Direito a Sério* (de Francisco Borges Motta), *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro* (de Mauricio Ramires), *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil* (de Adalberto Narciso Hommerding), *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial* (de Orlando Faccini Neto), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais* (de Georges Abboud), *Direito*

³ Um esclarecimento de caráter universal para o sentido do limite e o limite do sentido destas pequenas reflexões: não tenho a pretensão de detalhar soluções dos problemas que aponto. O presente texto não se destina a ser a extensão de uma sala de aula. As indicações de leitura que faço são exatamente para suprir essa (inexorável) lacuna. Portanto, que o leitor não espere que a leitura do presente texto resolva questões de concurso público.

Constitucional ao Recurso (de Dierle Nunes), *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva* (de Walber Araújo Carneiro), além do capítulo de André Karam Trindade em nosso recente *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*, todos críticos em relação ao ativismo e à discricionariedade, demonstrando uma preocupação com o controle das decisões judiciais, a partir daquilo que hoje é chamado de Crítica Hermenêutica do Direito (ou Nova Crítica do Direito).

Se é certo que a atividade jurisdicional deve ser exercida segundo uma rigorosa fundamentação e se é certo que é necessário problematizarmos, pela via da teoria do direito, os limites interpretativos de modo a construir anteparos para a atividade jurisdicional, também é igualmente verdadeiro que esses limites não podem – de forma alguma – ser feitos por um outro Poder da República, como que a repristinar um perigoso “controle político” do poder judiciário, como o constante no art. 96 da Constituição de 1937 (a nossa “polaca”). O relevante controle das decisões judiciais – que, registre-se, é uma necessidade democrática – deve ser hermenêutico e de forma alguma poderá ser aceito um controle político das decisões.

Voltemos a Cícero: *Historia magistra vitae*. A experiência do constitucionalismo – que é um processo histórico com raízes no século XI, permeado de lutas sociais e teóricas – nos legou muitas coisas: a independência do parlamento, as limitações ao poder do Rei e a definição de Estado de Direito (*Rechtstaat*), são algumas dessas importantes contribuições. Esse mesmo processo histórico – e, insisto nisso, o constitucionalismo é essencialmente histórico – ofereceu um reforço que acentuou ainda mais a ideia de Estado de Direito, a partir da afirmação de um Estado Constitucional (*Verfassungstaat*). Quando falamos em limitação do poder e democracia, um grande ensinamento do passado nos diz que o elemento central, para o Estado de Direito (ou, se preferirem, Estado Constitucional) é exatamente a independência do Poder Judiciário.

Sim, a independência do Poder Judiciário é uma conquista democrática. Conquista, sim, porque não foi o resultado de uma autorização cartorial. Muito mais do que isso, por oito séculos a humanidade lutou para construir os mecanismos de limitação de poder com os quais hoje estamos habituados. Para enfrentarmos os perigos de um governo dos juízes ou de uma juristocracia, precisamos de uma consistente teoria do direito e agentes jurídicos aptos a trabalharem na construção de bons argumentos e na desconstrução dos argumentos ruins.

Artigo recebido em 27 de maio de 2013.

Artigo aprovado para publicação em 27 de maio de 2013.