



A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY

Marcelo Alves Dias de Souza¹

Resumo

A justificação da jurisdição constitucional é tema central para a democracia, eis que desafia o controle da vontade da maioria por parte de juízes. Nesse contexto, o artigo vai abordar a questão em torno da busca por maior legitimidade na atuação judicial levando em conta metodologia a qual, partindo de revisão bibliográfica, desenvolve aspectos da teoria do direito em torno de como o debate entre procedimentalismo e substancialismo pode ser melhor compreendido no contexto do formalismo e do realismo jurídicos. Esse é o ponto de partida para a compreensão da nova dimensão da separação de poderes enquanto compartilhamento de poder, essencial para se estabelecer os limites da politização da justiça. Conclui-se sustentando que a legitimidade da jurisdição constitucional passa pelo respeito à política, mas também pelos direitos das minorias a partir de decisões judiciais devidamente motivadas e amparadas e obedientes aos valores da estabilidade, previsibilidade, igualdade e celeridade.

Palavras-chave: legitimidade da jurisdição constitucional; Estado de Direito; Democracia.

Abstract

The justification of judicial review is a central aspect of democracy, because it challenges the control of the peoples' will by judges. In this context, this paper will analyze the question concerning the search for more legitimacy on adjudication through methodology which, departing from bibliographic review, develops aspects of jurisprudence on the debate between proceduralism and substantialism, which may be best understood in the context of formalism and legal realism. This will be the starting point for the comprehension of the new dimensions of separation of powers as sharing of power, an essential task in establishing the limits on the justice politization. In conclusion, it is argued that the legitimacy of judicial review demands respect of politics, but also an observation on right's minorities by duly motivated judicial decisions, which must obey values as stability, predictability, fairness and celerity.

Key-words: judicial review legitimacy; rule of law; democracy.

¹ Procurador Regional da República. Doutor em Direito (PhD in Law) pelo King's College London – KCL. Mestre em Direito pela PUC/SP.



1. INTRODUÇÃO

O que é a jurisdição constitucional?

A pergunta, que parece simples, é ardilosa. E é muito comum o profissional do direito, quando confrontado com a questão, equivocadamente reduzir o conceito de jurisdição (ou de justiça) constitucional à ideia do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em sentido estrito que, embora talvez o mais importante, é apenas um dos seus aspectos. Nunca as decisões judiciais no Brasil foram tão contestadas, por profissionais do direito ou por leigos em geral (nas ruas, nas tais redes sociais e por aí vai), como estão sendo hoje. Não só as decisões judiciais; o trabalho do Ministério Público também. E, confesso, em ambos os casos, algumas vezes, com inteira razão.

Essas contestações nos levam à questão da legitimidade das decisões judiciais, que, por sua vez, envolve a necessária complementaridade entre o Estado de Direito e a democracia. É verdade que a democracia é definida como o governo da maioria, baseado na soberania popular; mas o Estado de Direito consagra a supremacia da Constituição e das leis do país, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de todo o poder estatal, para a proteção não só da maioria, mas, também (e sobretudo), dos direitos das minorias (e mesmo em desfavor daquela, a maioria). A regra da maioria ou da democracia, portanto, só se legitima se respeitados, na forma da lei e da Constituição, os direitos de todos, inclusive os das minorias. Mas aí que está: nesta nossa sociedade tão “líquida” – para usar uma palavra da moda, roubada do sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman –, onde o individualismo, a desregulamentação e mesmo a balbúrdia prevalecem, como fazemos para dar maior legitimidade às decisões do nosso Poder Judiciário?

Além da correção em si das suas proposições – o que seria o mais importante, por óbvio –, existem algumas providências mínimas, de ordem técnica e procedimental, que ajudam a dar uma legitimidade sempre maior às decisões judiciais. O grau de convencimento – leia-se, aqui, de legitimidade – de uma decisão judicial depende de muitos outros fatores: a forma de recrutamento dos juízes, a imparcialidade e o renome do juiz/órgão jurisdicional da decisão, a excelência da motivação em si, a acessibilidade à decisão, o respeito a determinados valores



(estabilidade, previsibilidade, celeridade, igualdade), o seu grau de relação/proximidade com os textos da Constituição e das leis do país, a aceitação pelos demais poderes, desaguando tudo isso na própria aceitação popular.

Este artigo vai abordar a questão posta levando em conta metodologia a qual, partindo de revisão bibliográfica, desenvolve aspectos da teoria do direito em torno de como o debate entre procedimentalismo e substancialismo pode ser melhor compreendido no contexto do formalismo e do realismo jurídicos. Esse é o ponto de partida para a compreensão da nova dimensão em torno da separação de poderes enquanto compartilhamento de poder, essencial para se compreender os limites da politização da justiça. Conclui-se sustentando que a legitimidade da jurisdição constitucional passa pelo respeito à política, mas também pelos direitos das minorias a partir de decisões judiciais devidamente motivadas e amparadas e obedientes aos valores da estabilidade, previsibilidade, igualdade e celeridade.

2 – PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

Giorgio Del Vecchio, em suas famosas “Lições de Filosofia do Direito”, nos conta que Immanuel Kant certa vez afirmou: “Ainda procuram os juristas uma definição do seu conceito de Direito”. (DEL VECCHIO, 1979, p. 331) Mesmo passados tantos anos, a afirmação, parece, não perdeu o seu valor.

A verdade é que, de modo aproximado (e, sobretudo, leigo), todos nós temos a noção do que seja o direito. Todavia, uma definição precisa dele, ao mesmo tempo abrangente, para atender a todos os imperativos filosóficos e também à realidade jurídica, ainda está longe de ser alcançada, ao menos em termos universalmente aceitos.

Dependendo do approach (como dizem os ingleses), da forma como o estudioso encara o direito, o seu conceito dele pode variar incomensuravelmente. Com isso quero afirmar que, encantado por uma determinada escola filosófica, o jurista moderno pode cair no equívoco de tomar essa escola como incontestavelmente verdadeira e, assim, não enxergar no direito uma natureza (ou sequer um diferente matiz) que ele, de fato, possui.



De logo, há uma célebre dicotomia na ciência jurídica, muito importante para o estudo filosófico do direito, entre formalismo e realismo. Primeiramente, o debate aqui gira em torno da questão de ser o direito uma ciência autônoma, completa, com seus próprios axiomas e métodos de raciocínio e suficiente por si só. Com fundamento nessa autonomia e completude, os formalistas acreditam que o resultado de qualquer disputa/questão judicial está, na letra da lei, potencialmente previsto. Dada certa legislação (ou, sendo mais abrangente, certo “direito”), com seus conceitos e comandos, e dada certa categoria de fatos aos quais a legislação se aplica, nós podemos antecipadamente afirmar como um juiz ou tribunal decidirá, se corretamente aplicada a legislação ao fato. Formalmente, sem recorrer a outros postulados, a “literalidade” da lei decide o caso.

Muito embora hoje em dia ser chamado de formalista no direito soe quase ofensivo, o fato é que esse tipo de visão, em defesa da “literalidade da lei”, teve, no decorrer da história, muitos defensores. Robert Hockett, em “Little Book of Big Ideas – Law” (HOCKETT, 2009, p. 80-81), por exemplo, lembra que, já na antiga China, uma famosa escola de pensamento jusfilosófico – a dos chamados legalistas, inspirados pelos escritos do aristocrata ateuista Han Fei (280-233AC) e de outros defensores do irrestrito poder estatal – deliberadamente defendeu a supremacia da legislação baseada em sofisticados argumentos formalistas. Convém lembrar, também, como mais um exemplo, a conhecida escola da exegese – capitaneada, entre outros, por Demolombe, Bugnet e Aubry –, fruto do surgimento do Código de Napoleão, para a qual o famoso Código representava a única fonte de direito, um todo perfeito e sem quaisquer lacunas, devendo o jurista pesquisar o direito vigente tão-somente nas regras ali previstas. Assim, essa escola negava aos julgadores a possibilidade de recorrer a outras fontes para a solução dos casos concretos. Formalistas existem até hoje, alguns até extremistas, para quem a lei é tudo e algo mais.

Os formalistas/legalistas, sem dúvida, colocam o julgamento (a decisão judicial) sempre à sombra da legislação (de uma legislação que seria “perfeita e acabada”). Talvez até fosse o ideal, dando ao direito uma objetividade sempre desejada, mas, por inúmeras razões, como lembra Ronald Dworkin, em “Levando os direitos a sério” (DWORKIN, 2002, p. 128-129), isso não pode ser plenamente concretizado na prática.



A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY

Pode-se dizer que é contra esse “formalismo” que se bate o realismo jurídico, um tipo de pensamento gerado, sobretudo nos Estados Unidos da América, em períodos diferentes, por dois grupos de juristas distintos. Os realistas, como explica Paulo Nader, em “Filosofia do direito” (NADER, 1995, p. 188), adotam “um método empírico de investigação científica em que se dá preeminência à realidade concreta e se rejeita a presença de comandos ideológicos” e valorizam “a prática judicial na definição de direito”, com um “papel secundário atribuído às disposições legais”.

A ideia-chave do realismo jurídico está na consagrada frase de Oliver Wendell Holmes Jr., considerado um precursor do movimento na virada do século XIX para o XX, constante do seu livro “Common Law” (escrito em 1881): “a existência do Direito não tem sido lógica; tem sido experiência” (HOLMES JR, 2004, p. 1). Um segundo grupo de “legal realists” aparece ao longo dos anos 1930, avançando nos trabalhos dos antecessores. Entre outras coisas, eles sugeriram que o processo de elaboração da decisão judicial é fundamental para o entendimento do que é o direito que os juízes decidem com base numa variedade de razões, somente algumas das quais são conscientes, racionais e analíticas².

Claro que há aqueles que não se encaixam nos “moldes” (bastante sectários, diga-se de passagem) do formalismo ou do realismo. Eles enxergam o direito por uma perspectiva mais variada, acreditando, a meu ver acertadamente, que a verdade está a meio caminho entre os dois polos.

A dicotomia entre procedimentalismo e substancialismo, hoje tão importante para o direito constitucional, é, a meu ver, uma versão, digamos mais avançada e sofisticada, da antiga disputa entre o formalismo e o realismo, porque, ao final, acaba influenciando o grau de “ativismo” (na falta de uma palavra melhor) que a jurisdição constitucional – e os seus juízes, por conseguinte – deve prestar às suas decisões. Como fundamento dessa dicotomia –

2 Outros fatores na tomada da decisão são mais complexos e menos óbvios. Phillip J. Cooper, em “Public Law and Public Administration”, assim resume o pensamento do “legal realism”: “O Direito consiste em um conjunto de decisões tomadas por pessoas no poder. Essas decisões não são necessariamente racionais. Os juízes têm preferências e valores, e suas decisões, bem ou mal, são afetadas por características herdadas ou adquiridas que eles trazem para a magistratura. O comportamento dos juízes também é afetado, especialmente em tribunais, pelo fato de que tais cortes são órgãos colegiados que operam com toda a força e todas as fraquezas impostas pela dinâmica de pequenos grupos”. (COOPER, 2000, p. 59)



A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY

procedimentalismo versus substancialismo – está o grau de dirigismo que dada Constituição dá à implementação de direitos previstos no seu texto, especialmente direitos econômicos, sociais e culturais.

O procedimentalismo defende o papel instrumental da Constituição, no sentido de apenas garantir a higidez do processo de tomada de decisões do Estado e os instrumentos de participação democrática, com uma prevalência da discricionariedade política inerente ao Estado democrático. O procedimentalismo até permite a penetração de certos valores substantivos no processo de tomada de decisão na jurisdição constitucional, mas apenas de maneira secundária, sem influir decisivamente na decisão final.

Assim, o Judiciário é apenas um garantidor do processo deliberativo. Ele deve assegurar o pleno funcionamento dos canais deliberativos. Mas é a própria sociedade, diretamente ou representada nos seus poderes democráticos (refiro-me ao Legislativo e ao Executivo), de geração em geração, com as suas bases axiológicas, que deve decidir quando e como se dará a implementação dos direitos previstos na Constituição. Para o procedimentalismo, a implementação dos direitos previstos na Constituição não é um papel fundamental do Poder Judiciário, rejeitando, portanto, aquilo que costumamos chamar de ativismo judicial.

O substancialismo, por sua vez, valoriza, em grau elevado, o conteúdo material da Constituição. Ele dá a esse conteúdo um papel diretivo – daí a teoria da constituição dirigente de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 1993)–, cabendo à legislação ordinária e ao Judiciário desenvolver e operacionalizar os pressupostos axiológicos da Constituição (direitos fundamentais sociais, econômicos etc.). Assim, a jurisdição constitucional deve atuar, com grande liberdade, em espaços da política, outrora reservados aos tidos “poderes políticos”.

O substancialismo fomenta o ativismo judicial da jurisdição constitucional no afã de concretizar os chamados “projetos constitucionais”. Permite que os juízes determinem a implementação de políticas públicas, trazidas como princípio na Constituição, até mesmo sem a deliberação do Poder Legislativo, sendo suficiente para tanto, em muitos casos, a mera constatação de inércia do Executivo em executar as “promessas constitucionais”. O substancialismo favorece, assim, a ampla judicialização de uma infinidade de temas.



Bom, o embate entre o procedimentalismo e substancialismo se dá em vários campos. A judicialização da saúde é um exemplo clássico. Mas, hoje, a judicialização da política, em sentido amplo e restrito, favorecida pelo substancialismo, é que preocupa deveras.

3 – GOVERNO DOS JUÍZES E COMPARTILHAMENTO DE PODERES

A doutrina da separação de poderes sugere, ou mesmo exige, que as funções legislativa, judiciária e executiva do Estado sejam exercidas por órgãos ou poderes distintos. Em princípio, cada macaco no seu galho, sobretudo se imaginarmos aquela concepção rígida de separação de poderes, fruto da Revolução Francesa e da desconfiança nos juízes do Antigo Regime, segundo a qual os poderes Legislativo e Executivo são exercidos, através de seus representantes, em nome do povo soberano, não cabendo aos juízes imiscuírem-se nas atividades próprias a esses dois poderes³.

Entretanto, a coisa não é assim tão preto no branco. De fato, é possível dizer que a teoria da separação não é tão rígida a ponto de impedir totalmente o exercício, por um dos poderes do Estado, de função, em regra, atribuída a outro poder. Como lembra Fernando Whitaker da Cunha, em “Teoria Geral do Estado: Introdução ao Direito Constitucional”, pressentida por Aristóteles, esboçada na China, no século VII, pela dinastia Tang, esquematizada por São Tomás de Aquino e formulada, modernamente, por Montesquieu, a teoria da separação dos poderes, apesar de entendida como fundamental para o poder político atuar, não merece a

3 O exemplo da House of Lords, a câmara alta do Parlamento Reino Unido, em sentido contrário, é bastante conhecido. Ela foi, durante muito tempo, até 2009 mais precisamente, também a mais alta corte de justiça do Reino Unido. Aliás, segundo nos lembram Mary Ann Glendon, Michel Wallace Gordon e Christopher Ossakwe (GLENDON; GORDON; OSAKWE, 1982, p. 129), “a função judicial da House of Lords antecede [melhor dizendo, antecedia] a sua função legislativa”. Entretanto, até o mais conservador dos conservadores há de rever suas tradições quando o panorama da sociedade, espontaneamente ou por pressão externa, impõe mudanças que não podem ser adiadas. As pressões externas vieram; o panorama mudou. E veio a Suprema Corte do Reino Unido (Supreme Court of the United Kingdom), criada pelo Constitutional Reform Act de 2005 (com efeitos a partir de 2009). E o objetivo principal do fim das funções judiciais da Casa dos Lordes (mais concretamente da abolição do Appellate Committee of the House of Lords) e da criação da Supreme Court of the United Kingdom resta evidente das discussões previamente empreendidas pelas instituições envolvidas: atribuir a órgãos distintos as funções legislativa e judicial do Reino Unido, em clara homenagem ao princípio da separação dos poderes e ao preconizado na Convenção Europeia de Direitos Humanos. O fato é que, após relevantes serviços, a House of Lords deixou oficialmente de funcionar, como a mais alta corte de justiça do Reino Unido, em setembro de 2009.



A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY

reverência quase religiosa que às vezes lhe é dada (CUNHA, 1990, p. 447). Não sendo uma classificação científica das funções do Estado ou mesmo um dogma do sistema democrático, é, sim, uma receita de liberdade, cuja extensão e valor prático dependem das circunstâncias dadas.

Na verdade, hoje, temos uma nova concepção do princípio da separação dos poderes, que abandona a ideia da rígida *séparation des pouvoirs* e consagra a ideia de um *sharing of powers*. No nosso constitucionalismo, os exemplos de exercício, por um dos poderes do Estado, de função típica de outro, são muitos e bastante conhecidos. À ideia de jurisdição constitucional – que é, muitas vezes, uma atividade legislativa negativa – ninguém se opõe.

No que toca especificamente ao controle jurisdicional de constitucionalidade, mesmo na Inglaterra, país de Constituição não escrita, havia quem defendesse, já no século XVII, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Edward Coke, por exemplo, foi um defensor da Constituição britânica mesmo em oposição às vontades do Monarca e do Parlamento. Como juiz, sua decisão no caso *Thomas Bonham v. College of Physicians & Co.* Rep. 114 (Court of Common Pleas [1610]), conhecido como “Dr. Bonham's Case”, é famosíssima. Em síntese, ali é afirmado que o “common law” (leia-se: o direito primordial inglês), através de suas cortes, deve “controlar” os atos do Parlamento (leia-se: as leis) e, em sendo eles desarrazoados ou repugnantes (“repugnant”), declará-los nulos (“void”). Embora se discuta qual era a real intenção de Coke com essa decisão, não resta dúvida de que nela está uma semente do que chamamos hoje de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

E se é verdade que na Inglaterra acabou prevalecendo o Princípio da Supremacia do Parlamento, imaginado (ou, ao menos, enfaticamente defendido) por William Blackstone em seus “*Commentaries on the Law of England*”, a tese de Coke em “Dr. Bonham's Case”, ironicamente, foi exportada para os Estados Unidos da América, onde ganhou os aplausos dos Founding Fathers da nova República, sobretudo de John Marshall, o mais célebre dos Chief Justices da US Supreme Court. (BLACKSTONE, 1979, p. 1765-1769)

Alguns chegam a afirmar que o “Dr. Bonham's Case” foi a inspiração, até pela coincidência no uso das expressões “repugnant” e “void”, para a decisão de Marshall em *Marbury v. Madison* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1803), caso no qual, segundo convencido, está a origem do “judicial review of the constitutionality of the legislation”



(que chamamos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis – modelo difuso).

E um segundo grande “momento” do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se dá na Áustria, a partir das lições de Hans Kelsen (1881-1973), com a previsão na Constituição Federal de 1º de outubro de 1920 de um órgão especial, ali denominado de “Corte Constitucional”, especialmente vocacionado para o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos⁴.

3.1 Um certo ativismo

Não se deve ingenuamente acreditar que a atividade judicial (e a jurisdição constitucional deve ser aqui incluída) se reduz a uma simples operação lógica neutra, de verificar se os fatos do caso se subsumem numa hipótese legal e, assim, proferir uma sentença/solução – um silogismo em que a premissa maior é a lei/norma, a menor é o fato e o corolário é a sentença. Na verdade, como já afirmava Francesco Ferrara em “Interpretação e aplicação das leis”: “na aplicação do direito entram ainda fatores psíquicos e apreciações de interesses, especialmente no determinar o sentido da lei, e o juiz nunca deixa de ser uma personalidade que pensa e tem consciência e vontade, para se degradar num autômato de decisões”. (FERRARA, 1963, p. 112)

Claro que há, mas são poucos, juízes que estão arraigados – às vezes por mentalidade; às vezes por preguiça mesmo – àquela ideia, inspirada na lição de Montesquieu, de que o juiz não deve ser outra coisa senão a “boca que pronuncia as palavras da lei”. Semelhante maneira de proceder poderá ser a de um mau juiz, mas não é a que corresponde aos fins do direito. E, mesmo assim, essa neutralidade é mais aparente que real. A própria opção de passividade tem

⁴ É importante registrar que a ideia do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis se espalhou por vários países do mundo. Por vezes, seguindo o modelo americano, como foi ou é o caso do Japão, países da Commonwealth, Suíça, Noruega, Dinamarca, Suécia, Grécia, Romênia no começo do século, Alemanha de Weimar, Itália nos anos de 1948 a 1956, países da América Latina (como o Brasil), Irlanda, Filipinas e por aí vai. Às vezes, seguindo o modelo europeu, como foi ou é o caso da Áustria, Itália, antiga Alemanha Ocidental, Alemanha Unificada, Brasil, Chipre, Turquia, Peru, antiga Iugoslávia, antiga Tchecoslováquia, Portugal e Espanha, entre outros. E temos, ainda, casos de países, como o Brasil, que adotam as duas modalidades de controle.



suas consequências e não é, assim, completamente neutra.

É bom registrar, como faz Jean Dabin, que juízes e tribunais constituem Poder e são claramente depositários de uma parte da autoridade pública, sendo pelo Estado designados para, em seu nome, administrar a justiça (DABIN, 2002, p. 476). A lei que juízes e tribunais aplicam é basicamente a lei do Estado, quer a encontrem formulada em normas, quer tenham que elaborá-la eles mesmos. Ora, seria equivocado considerar como não político o Poder Judiciário quando ele, na ausência de uma regra legal, tem a permissão – e o dever – de suplementar o Poder Legislativo, que é eminentemente político. Não estaria correto defender a completa separação do Poder Judiciário dos outros poderes do Estado, sob o argumento de que os Poderes Legislativo e Executivo representaram um poder político, enquanto que o poder dos juízes e tribunais seria de natureza estritamente legal, assim como é um erro opor a lei – a lei do Estado – à política de Estado.

A lei, a regra de uma sociedade política, está necessariamente subordinada às finalidades da política do Estado e da sociedade. Além disso, na medida em que juízes e tribunais têm de, em muitos casos, elaborar a lei, eles têm de fazê-lo muito como atividade de Estado e para seus fins, o que é uma tarefa de política de Estado.

Se isso parece fato – refiro-me ao que está por detrás do aparente silogismo –, o erro está no exagero de não se ter no texto da Constituição ou das leis (ou dos precedentes), às vezes, nem minimamente, o correto freio/balizamento para a decisão judicial. O grande problema é que todos nós, e isso inclui os juízes, temos preferências e valores diversos, e nossas decisões, até mesmo aquelas do cotidiano, para o bem ou para o mal, são afetadas por essas características herdadas ou adquiridas, implicando, não raramente, na ausência de freios e balizamentos, indesejável discricionariedade. As decisões tomadas no exercício da magistratura, reitero, não fogem a esse contexto. Isso sem falar que o comportamento dos juízes também é afetado, nos tribunais, onde as questões são finalmente decididas, pelo fato de que estes são órgãos colegiados, que assim trabalham com toda a força mas também com todas as fraquezas inerentes à dinâmica de pequenos grupos. Isso em parte explica a pluralidade interpretativa/decisória, tão deletéria para o princípio da igualdade, que os diversos órgãos jurisdicionais acabam produzindo. O direito passa a ser simplesmente o que juízes e tribunais, individual e



erraticamente, declaram e decidem.

Para suavizar essa dependência peculiar do juiz de si mesmo e de tudo o que compõe seu horizonte interpretativo pessoal, mecanismos e padrões de comportamento devem ser sempre pensados, criados e fomentados. Dar maior dignidade à lei, tão amesquinhada nos nossos dias, é fundamental. Exigir o respeito aos precedentes, idem⁵.

3.2 Judicialização da legislação/política ou politização do Poder Judiciário?

Sem dúvida, é uma questão hoje importantíssima: a progressiva “judicialização” da legislação/política brasileira (e, de um modo mais amplo, de tudo que se passa no Congresso Nacional), cujo clímax, sob o ponto de vista histórico e de repercussão na vida nacional, talvez tenha se dado com a decisão do STF, em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), sobre o badalado processo de impeachment da nossa ex-Presidente da República. No Brasil, cada vez mais – e o caso referido é apenas um exemplo, historicamente o mais importante –, o Judiciário tem feito o papel de (quase) legislar, papel esse que, constitucionalmente e pela própria natureza das coisas (afinal, temos uma salutar “separação de poderes”), cabe ao Poder Legislativo.

Não que eu seja um defensor de uma rígida separação dos poderes à moda da Revolução Francesa, segundo a qual o Poder Legislativo deve ser exercido apenas pelo Parlamento, com seus representantes eleitos pelo povo soberano, aos juízes cabendo, como registra Mauro Cappelletti nada mais que a “aplicação passiva, seca e inanimada da lei”. (CAPPELLETTI, 1990) Também não sou adepto da ancestral doutrina inglesa, formulada e defendida por Matthew Hale em “The history of Common Law” (HALE, 1979) e por William Blackstone, nos já referidos “Commentaries on the Law of England” (BLACKSTONE, 1979), de que os juízes “são os depositários das leis; os oráculos vivos que devem decidir em todos os casos de

5 *Porque isso obriga o juiz (e os tribunais, via de consequência), como certa vez disse Andrés Ollero Tassara, em sua obra “Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial”, “a controlar seus próprios juízos prévios em diálogos com juízos próprios e alheios. Assim se tornará mais dono de si mesmo e aumentará também a dimensão de sua independência; porque nada corrói mais a confiança na Justiça do que as aparências de arbitrariedade (“independência” sem controle) nos responsáveis por realizá-la”.* (TASSARA, 1989, p. 83-84)



A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY

dúvida e que se encontram obrigados, por um juramento, a decidir em conformidade com o direito do país (...).”

Acredito piamente na ideia de um sharing of powers. De modo mais específico, reconheço e admito o fato de que os tribunais brasileiros, sobretudo o STF (mas não apenas ele), com o consentimento do Estado, têm, com as suas decisões, exercido ou suplementado a atividade legislativa do país.⁶ Mas não devemos cair na tentação do exagero. É aí que mora o perigo. Até porque o Poder Judiciário, quando exerce ou suplementa a atividade legislativa, exerce atividade essencialmente política, para a qual talvez não esteja preparado ou, pior, não esteja, à falta de respaldo democrático, legitimado. Para desaguardarmos na terrível politização do Judiciário é um passo. Bem pequeno, por sinal. Mas um enorme tropeço.

Defendo a dignidade da lei, e aqui falo daquela lei legitimamente elaborada pelo Parlamento eleito. E também sou um simpatizante do juiz que, decidindo através de juízos analíticos, mesmo em caso de lacunas da lei, é sobretudo um explicitador do sistema. Do juiz que, mesmo criando uma norma para o caso concreto – ou, às vezes, de caráter geral –, o faz limitado (em primeiro lugar) pela Constituição e (em segundo lugar) pela legislação primária e secundária existente. Do juiz que respeita, sem fazer disso um dogma intransponível, a separação dos poderes, sabedor do perigo do exercício da política por um Judiciário não vocacionado para tanto.

No mais, sobretudo, sou um defensor da doutrina, desenvolvida pela House of Lords do Reino Unido (que, antes da instituição da Supreme Court, era o mais alto tribunal daquele Reino), do “leave it to Parliament”, ou seja, de que algumas questões, pela natureza delas,

6 E aqui transcrevo integralmente a lição de Jean Dabin de que: “(...) Não importa quão independentes e, nesse sentido, soberanos eles possam ser, os tribunais instituídos pelo Estado para administrar a justiça em nome do Estado são claramente depositários de uma parte da autoridade pública. Num outro aspecto, a lei que eles aplicam é basicamente a lei do Estado, quer a encontrem formulada em normas, quer tenham que elaborá-la eles mesmos. Pois está muito bem reivindicar a separação do poder judicial dos outros poderes do Estado, o legislativo e o executivo, sob o pretexto de que os dois últimos representariam poder político, ao passo que o poder do juiz seria de natureza exclusivamente legal. Primeiro, é um equívoco opor a lei – a lei do Estado – à política; a lei, a regra de uma sociedade política, está necessariamente subordinada às finalidades da política. Além disso, na medida em que os tribunais têm de elaborar a lei, eles têm de fazê-lo muito como atividade do Estado e para seus fins, o que é uma tarefa política. Por fim, é ilógico considerar como não político o poder judicial quando este, na ausência de uma regra legal, tem permissão para suplementar o poder legislativo, que é eminentemente político”. (DABIN, 2002, p. 476).



devem ser resolvidas pelo Parlamento. Como exemplo da aplicação dessa doutrina, eis a lição de Lord Lloyd no caso *R v Clegg* [1995] 1 ALL ER 334, decidido pela House of Lords, sobre a qual não canso de meditar:

Eu não sou contrário a que juízes desenvolvam o direito, ou mesmo criem novo direito, no caso de eles poderem ver seu caminho claramente, mesmo quando questões de política social estejam envolvidas. Um bom exemplo recente seria a confirmação por esta Casa de decisão da Court of Appeal (Criminal Division) de que um homem pode ser culpado de estuprar sua esposa (*R v R – (rape: marital exemption)* [1991] 4 ALL ER 481, [1992] 1 AC 599; *affg* [1991] 2 ALL ER 257, [1991] 2 WLR 1.065). Mas, no caso presente, eu não tenho dúvida de que Vossas Excelências devem abster-se de criar direito. A mudança do que deveria ser, de outro modo, homicídio para homicídio culposo, numa classe particular de casos, parece a mim essencialmente uma questão para decisão do Legislativo, e não para esta Casa em sua função judicial. Por isso, o ponto em discussão é, na verdade, parte de uma discussão mais ampla: se a prisão perpétua obrigatória por assassinato deve ainda ser mantida. Essa questão mais ampla somente pode ser decidida pelo Parlamento. (REINO UNIDO, 1995)

Por fim, sobre o perigo de um ativismo judicial que se vislumbra, deixo vocês com a célebre frase do nosso Ruy Barbosa: “A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”.

4. ESTABILIDADE, PREVISIBILIDADE, CELERIDADE E IGUALDADE

Sobre a fundamentação – e talvez tivesse sido melhor dizer aqui “motivação” – das decisões judiciais, a nossa Constituição Federal, no seu art. 93, inciso IX, expressamente dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. E o nosso Código de Processo Civil, como não poderia deixar de ser, no seu art. 11, caput, repetindo a redação da CF, seguiu a mesma trilha. Na verdade, o CPC foi até mais longe, pois, especialmente no seu art. 489, § 1º, prevê hipóteses em que a exigência constitucional e legal da fundamentação das decisões restará desatendida.

Lembremos que o juiz motiva sua decisão sem interesse algum na causa – pelo menos era para ser assim –, apenas imparcialmente elencando, nas palavras de Víctor Gabriel Rodríguez, em “Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal”, “elementos que devem convencer as partes de que seu raciocínio é o mais correto, é o decorrente da lei, e



A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN RULE OF LAW AND DEMOCRACY

de que seu livre convencimento não provém da arbitrariedade, mas sim de uma boa avaliação de todas as provas e de todo o ordenamento legal”. (RODRIGUEZ, 2005, p. 40)

Se todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas ou motivadas, assim o é primeiramente como elemento essencial do processo, mas também como condição de legitimidade da decisão propriamente dita e da atividade jurisdicional como um todo. Diante de uma decisão motivada e transparente, qualquer jurisdicionado e a sociedade como um todo – além das partes, dos seus advogados e dos demais atores envolvidos na lide específica – têm condições mínimas de aferir a imparcialidade do Poder Judiciário e se as decisões deste são pautadas pelo direito ou se são frutos de arbítrio dos julgadores. Uma motivação clara, transparente e acessível – aos profissionais do direito e, na medida do possível, abolindo tecnicismos desnecessários, aos leigos também – é o que minimamente se pede.

Penso que devemos exigir da atividade jurisdicional – e, por conseguinte, do seu principal produto, as decisões judiciais – o respeito a determinados valores. Cito aqui, de logo, os seguintes: estabilidade, previsibilidade, celeridade e igualdade.

Um direito estável é salutar para qualquer país. A instabilidade, com regras de direito constantemente reformuladas e aplicadas de maneira inconsistente, prejudica muito a legitimidade de um sistema jurídico. E, infelizmente, sofre o nosso sistema, num grau altíssimo, do problema da instabilidade. No plano jurisprudencial, basta lembrar que, no Brasil, a sorte dos litigantes fica muito ao sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e das mudanças de entendimento decorrentes disso. Para não falar das meras idiosincrasias do juiz do caso.

Um segundo valor que desejo enfatizar aqui, interligado à estabilidade, é a previsibilidade ou a certeza do direito. Um direito estável estabelece a pretensão de que é uma verdade válida não apenas para hoje, mas também – e aí entra a previsibilidade – para o futuro, em todos os casos iguais ou parecidos. Disse certa vez Eugen Ehrlich, um dos fundadores da jurisprudência sociológica, em “Fundamentos da sociologia do direito” (texto constante do livro “Os grandes filósofos do direito”, publicado pela editora Martins Fontes em 2002), em favor da previsibilidade: “há uma grande necessidade social de normas estáveis, o que torna possível, em certa medida, prever e predizer as decisões e, desse modo, colocar um homem em condições de



tomar as providências necessárias de acordo com isso”. (EHRlich, 2002, p. 459)

Um outro valor, não menos importante, é a celeridade na condução dos processos e na apresentação do seu produto final, a decisão judicial transitada em julgado. Não haverá o devido acesso à justiça se a prestação jurisdicional é dada tardiamente. E isso, de tão óbvio, nos soa até um clichê. Mas a busca da celeridade não é um interesse apenas do jurisdicionado. É também em prol da própria legitimidade das decisões proferidas pela Justiça que o processo deve encerrar-se no menor lapso de tempo possível. E esse é um objetivo que deve ser perseguido pelo Poder Judiciário diuturnamente com a adoção dos mais variados institutos, mecanismos e critérios que lhe poupem tempo e energia na solução dos seus inúmeros casos.

Por fim, quanto a esses valores, quero ressaltar aqui a questão da igualdade, que alguém já chamou de o “fundamento último” da justiça. O princípio da igualdade perante a lei – proclamado em termos jurídicos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), art. VII – vem sendo consagrado, como um verdadeiro dogma político e jurídico, nas mais diversas constituições, dos mais diversos países, como é o caso da Constituição brasileira de 1988. Mas é preciso ter em mente que o princípio da igualdade perante a lei, até por uma questão de psicologia social, não pode ficar apenas no plano normativo. Dar soluções diferentes a situações iguais ou parecidas não pareceria direito, mas sim pura arbitrariedade. O valor igualdade, portanto, deve ter lugar de destaque na solução dos casos concretos na vida em sociedade. Afinal, como já se indagou indagou: “que importa a lei ser igual para todos, se for aplicada de modo diferente a casos análogos?”. (ROSAS; ARAGÃO, 1998, p. 27) A desigualdade na aplicação da lei, podem ter certeza, fere de morte a legitimidade da atividade jurisdicional.

5. CONCLUSÃO

Essas observações nos trazem de volta à necessária complementaridade entre o Estado de Direito e a democracia lançada na introdução. Se a democracia é o governo da maioria, o Estado de Direito consagra a supremacia da Constituição e das leis do país e o respeito aos direitos fundamentais. A regra da maioria ou da democracia só se legitima se respeitados, na forma da lei e da Constituição, mesmo em desfavor da turba, os direitos de todos, inclusive os



das minorias.

Embora pareça óbvio – e talvez nem devesse ser dito –, defendo a necessidade de que realmente fundamentemos as nossas decisões judiciais nas disposições das leis e da Constituição do país e não naquilo que é a nossa convicção ou no que são os nossos pré-conceitos. Este, entretanto, parece ser um problema no Brasil. Para suavizar essa dependência peculiar do juiz de si mesmo e de tudo o que compõe seu horizonte interpretativo pessoal, mecanismos e padrões de comportamento devem ser sempre pensados, criados e fomentados. Dar maior dignidade à lei, tão amesquinhada nos nossos dias, é mais que fundamental.

Reitero: não se deve simplesmente decidir em conformidade com a opinião pessoal. Pelo contrário, a maior legitimidade das decisões judiciais virá naturalmente se houver a obediência a determinados valores (estabilidade, previsibilidade, igualdade e celeridade), o respeito a uma teoria de precedentes vinculantes e com a expressa fundamentação destas decisões na Constituição e nas leis do país, fornecendo-nos, assim, uma Justiça verdadeiramente legítima e consensual.

6. REFERÊNCIAS

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Law of England**. Chicago: London: The University of Chicago Press, 1979. v. 1. Fac-símile da 1ª edição de 1765-1769.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de processo**. v. 15, n. 60, p. 110–117, out./dez., 1990.

COOPER, Phillip J. **Public Law and Public Administration**. 3ª ed. Atasca: F. E. Peacock Publishers, 2000.

CUNHA, Fernando Whitaker da. **Teoria Geral do Estado**: introdução ao Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

DABIN, Jean. Teoria geral do direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIÁLOGO
ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DIALOGUE BETWEEN
RULE OF LAW AND DEMOCRACY

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5ª ed. Tradução de Antônio Jose Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte**. Marbury v. Madison 5 US 137, 1 Cranch 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 2ª ed. Tradução de Manuel A. D. de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor Sucessor, 1963.

GLENDON, Mary Ann; GORDON, Michael Wallace; OSAKWE, Christopher. **Comparative Legal Traditions in a Nutshell**. 6ª ed. St. Paul: West Publishing Co., 1982.

HALE, Matthew. **The history of Common Law**. 4ª ed. London: [s.n.], 1779.

HOCKETT, Robert. **Little Book of Big Ideas – Law**. London: A & C Black Publishers Ltd., 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Barnes & Noble Books, 2004.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REINO UNIDO. **House of Lords**. Caso R v Clegg [1995] 1 ALL ER 334.

RODRIGUEZ, Víctor Gabriel Rodríguez. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSAS, Roberto; ARAGÃO, Paulo Cezar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998. v. 5.

TASSARA, Andrés Ollero. **Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Recebimento: 17 de fevereiro de 2023.

Aprovação: 10 de março de 2023.