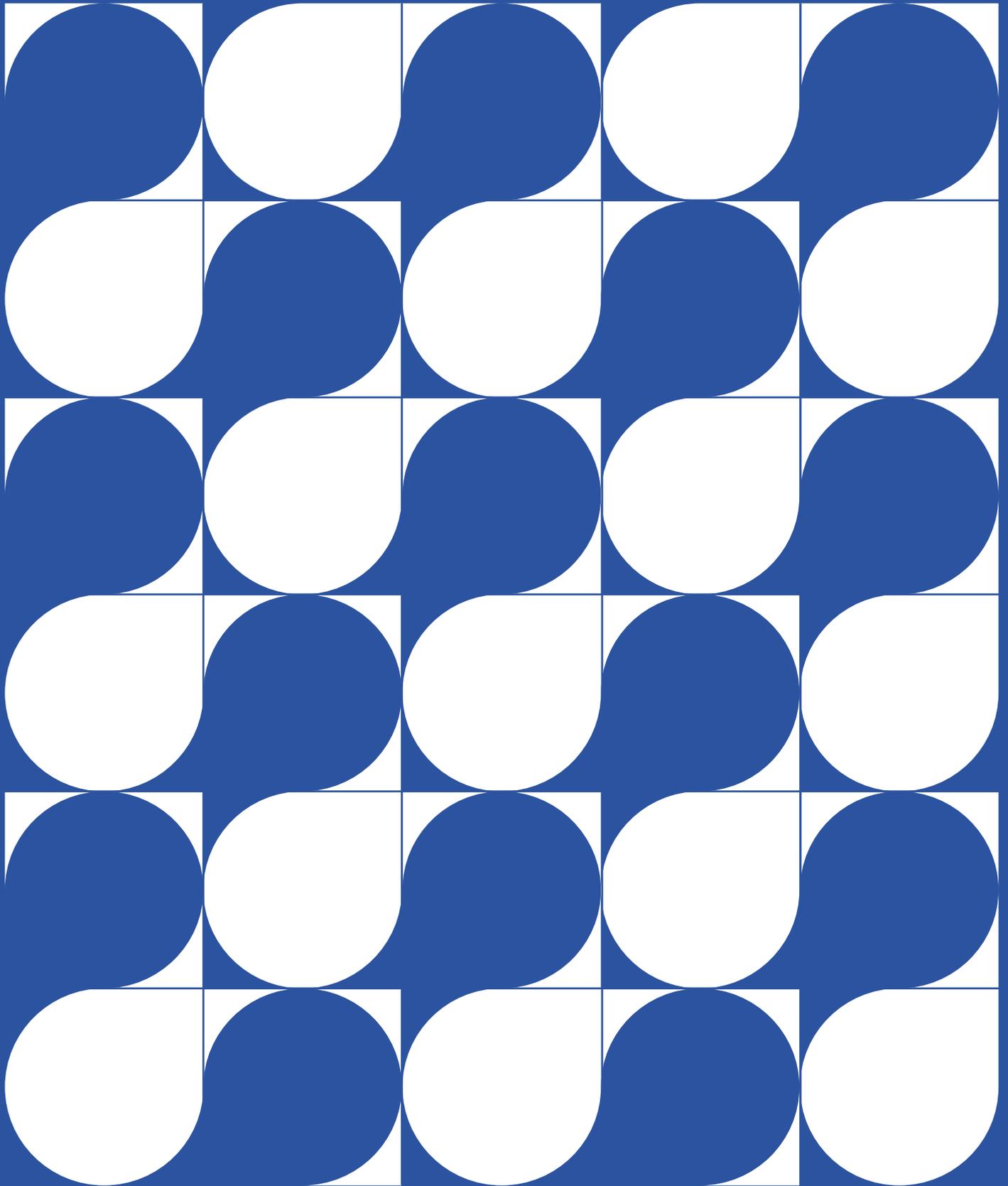


Bindi



Seção - Filosofia
do Direito

José Eduardo Faria



Universidade de São Paulo -

USP - São Paulo/SP

Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais¹

Judicialization
of politics,
judicial
activism and
institutional
tensions

Artigo

Judicialização da Justiça;
Ativismo Judicial; Brasil;
Democracia.

Keywords

Judicialization of Justice;
Judicial Activism; Brazil;
Democracy.

Resumo

É possível precisar o sentido literal de uma lei? Se o Judiciário exerce um papel fundamental na estabilização das expectativas normativas da sociedade, até onde vai a liberdade interpretativa dos juízes em face da multiplicidade de alternativas hermenêuticas, de perspectivas argumentativas e de métodos decisórios? Qual é a fronteira entre discricionariedade e arbítrio na interpretação de uma norma jurídica? De que modo detectar quando os juízes vão além da compreensão das regras jurídicas, redefinindo o que o direito deve ser? O artigo trata do processo de redemocratização brasileira e dos dilemas com os quais a política e o direito precisam lidar desde o fim da ditadura militar e com a redemocratização do País.

Abstract

Is it possible to specify the literal meaning of a law? If the Judiciary plays a fundamental role in stabilizing society's normative expectations, how far does judges' interpretive freedom go in the face of the multiplicity of hermeneutical alternatives, argumentative perspectives and decision-making methods? What is the boundary between discretion and discretion in the interpretation of a legal norm? How to detect when judges go beyond understanding legal rules, redefining what the law should be? This paper presents the process of Brazilian redemocratization and the dilemmas with which politics and law had to deal since the end of the military dictatorship and with the country's redemocratization.

1. Journal of Democracy em Português, Volume 10, Número 2, outubro de 2021 © 2021 National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press.

2. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (DFD). Lattes CV: <http://lattes.cnpq.br/5223622535205985>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7216-6881>

Objetivo

O artigo pretende expor a presença crescente da judicialização da vida política, social e econômica do Brasil nas pautas de democratização, tecendo resgate histórico e descrevendo o protagonismo dos atores sociais envolvidos em casos “difíceis” e a dinâmica empregada nos últimos anos no país.

Método

O método empregado é o indutivo descritivo, com técnicas de pesquisa histórico-documental (decisões judiciais e legislação relacionada) e condução teoricamente embasada no metodologicamente na sociologia compreensiva weberiana.

Conclusões

Conclui-se que o protagonismo dos tribunais vem aumentando tanto em abrangência quanto em complexidade, contudo, demanda efetiva institucionalidade na decisão dos litígios que levaram a democracia brasileira sujeita a recentes crises, devendo, para tanto, possuir capacidade de preservar a isenção, de resistir a pressões, de não fazer concessões, ter atenção à governabilidade, escolher meios adequados para alcançar determinados fins, avaliar cuidadosamente as consequências de suas decisões e agir com coragem na defesa da Constituição.

Desde o fim da ditadura militar, em janeiro de 1985, e da redemocratização do País, com a promulgação da Constituição, em outubro de 1988, o protagonismo dos tribunais vem aumentando tanto em abrangência quanto em complexidade.

Esse crescente protagonismo resulta, por um lado, da expansão dos direitos difusos e coletivos, que ganharam impulso com o surgimento da ação civil pública. Criada em 1985, ela permite a um grupo ou uma instituição se apresentar como representante de uma coletividade, substituindo-a processualmente. Utilizado em larga escala, em decorrência da multiplicação de movimentos sociais e de entidades de defesa dos direitos humanos, esse instrumento processual deu visibilidade a diversas reivindicações, como, por exemplo, as que pedem a concretização dos direitos sociais assegurados pela Constituição. Essa inovação processual abriu, assim, caminho para que conflitos unidimensionais e bipolares se convertessem em litígios pluridimensionais e multipolares, nas últimas décadas. Por outro lado, esse protagonismo resultou da judicialização de um sem-número de questões que até a década de 2010 não eram submetidas aos tribunais, apesar de impactarem fortemente a sociedade.

A presença cada vez maior da Justiça na vida política, social e econômica do país também decorre (i) da crise fiscal do Estado, (ii) de uma inflação legislativa que gera imprevisibilidade das expectativas por causa da profusão de leis editadas para dar conta de casos específicos e conjunturais, (iii) da fragilização do poder político, (iv) de escândalos de corrupção, (v) da captura de determinados setores da máquina administrativa do poder público por interesses privados, (vi) da maior capacidade de ação dos movimentos sociais, (vii) da maior capacidade de mobilização da sociedade civil e, agora, (viii) das reiteradas afrontas do presidente da República ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A partir de 2010, quanto mais novos tipos de litígios chegavam às diferentes instâncias do Poder Judiciário, mais ele era acusado de exorbitar de suas prerrogativas, de “destecnificar” a aplicação do direito positivo e de “partidarizar” as decisões judiciais, por meio de interpretações que iriam além do sentido literal das leis. Mas, se o direito se expressa por palavras e elas podem ter os mais variados significados, é possível precisar o sentido literal de uma lei? Se o Judiciário exerce um papel fundamental na estabilização das expectativas normativas da sociedade, até onde vai a liberdade interpretativa dos juízes em face da multiplicidade de alternativas hermenêuticas, de perspectivas argumentativas e de métodos decisórios? Qual é a fronteira entre discricionariedade e arbítrio na interpretação de uma norma jurídica? De que modo detectar quando os juízes vão além da compreensão

das regras jurídicas, redefinindo o que o direito deve ser?

Para entender esse tipo de questão, é preciso compreender como o processo de redemocratização brasileira gerou dilemas com os quais a política e o direito precisam lidar. A estrutura social do país apresenta exclusões e assimetrias que dificultam a formação de expectativas comuns de justiça. No sistema político, essa dificuldade redundava em escassez de consenso; ao mesmo tempo, para legitimar-se, a política precisa criar um horizonte programático. A resposta traçada desde o momento constituinte de 1987-88 envolveu o uso de normas de alta carga valorativa e finalística – os princípios e as normas programáticas – e, simultaneamente, a ampliação dos atores e instrumentos judiciais de efetivação das aspirações encampadas na Constituição, as quais abrangeram um amplo rol de matérias e políticas públicas.

Assim, para entender o protagonismo do Judiciário no novo equilíbrio de Poderes desenhado pela ordem democrática, é necessário considerar lado a lado as diferentes visões sobre interpretação do direito e as diversas vias procedimentais de tratamento dos conflitos. Com isso, podem ser distinguidos os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização e se vislumbra com mais nitidez o papel institucional dos juízes, das cortes e especialmente do STF.

Aplicação da lei e democracia

A simples formulação das indagações mencionadas deixa claro que as críticas de que a Justiça estaria exorbitando partiram de quem tem uma visão simplista do direito, encarando-o como se fosse apenas uma concatenação lógica de proposições ou um conjunto sistemático e logicamente coerente de normas. De quem não sabe que o direito é um fato histórico, um arranjo institucional vivo, e acha que a hermenêutica jurídica se limita à identificação do sentido vocabular ou gramatical de um texto legal. De quem não vê que, apesar de sua pretensão de isenção e de estar submetido a determinados limites hermenêuticos, todo juiz tem dificuldade para se afastar do contexto socioeconômico e cultural em que atua e goza de um momento de liberdade, em matéria de juízo de oportunidade e conveniência na avaliação dos casos sob sua responsabilidade. De quem desconhece o próprio país e não entende que, em sociedades desiguais, marcadas pelo inter cruzamento das linhas de conflito, da escassez de consenso e da erosão dos mecanismos de

formação de identidades coletivas, os juízes são obrigados a ajustar sua função a contextos em mudança, e muitas vezes em crise, o que os impede de tomarem decisões uniformes.

São críticas de quem também relevou o fato de que, na última década, o STF foi cada vez mais acionado para avaliar a constitucionalidade de atos do Executivo, para arbitrar no Legislativo conflitos que suas lideranças não conseguiam resolver consensualmente e para dar respostas quando esses dois Poderes batem à sua porta solicitando decisões que não foram capazes de tomar por negociação. Quando tem de ir além de suas funções técnicas, suprindo omissões do legislador (como no caso da regulamentação da greve no serviço público³), intervindo em questões que os demais Poderes não conseguem equacionar e sendo chamado para ratificar a constitucionalidade de determinadas políticas públicas, dada a vontade dos partidos derrotados no jogo parlamentar de revertê-las judicialmente, o STF tende a se desgastar. O que, apesar de fazer parte da democracia, por vezes deflagra tensões institucionais, ao mesmo tempo em que abre caminho para a propositura de projetos com o objetivo de cercear a discricionariedade de juízes, tipificando como crime de abuso de autoridade tanto as interpretações que contrariam a literalidade da lei quanto as divergências hermenêuticas quando não houver razoabilidade fundamentada.

Evidentemente, juízes não são livres para atribuir qualquer significado que desejem à Constituição e às leis. Quanto mais se distanciam dos textos legais, mais abusos ou equívocos podem cometer. A liberdade do intérprete não é absoluta, é certo. Contudo, os limites da discricionariedade judicial são porosos. Além disso, os tribunais são reativos, agindo somente quando devidamente acionados. E também não podem deixar de responder às questões, às demandas e aos questionamentos que lhes são encaminhados. Por isso, eles não controlam sua agenda, o que faz com que a adjudicação e o labor hermenêutico possam dar vez à judicialização da política e da economia – algo inevitável em determinados períodos, dada a necessidade de uma arbitragem judicial de conflitos não resolvidos pelas instâncias políticas.

Acima de tudo, essas críticas não levam em conta cinco questões importantes. A primeira diz respeito às implicações institucionais da criação judicial do direito. Quando dispositivos constitucionais têm a forma de princípios, como definir

critérios minimamente objetivos para interpretá-los, conjugando legitimidade com segurança do direito e certeza jurídica? Ao ampliar os poderes político-normativos dos juízes, as interpretações *praeter legem* – como são chamadas as interpretações extensivas pelos juristas⁴ - não acabam permitindo que as diferentes instâncias judiciais expandam seu campo de atuação, abrindo desse modo caminho para possíveis tensões institucionais?

A segunda questão é a da representatividade da democracia brasileira. Em razão do peso do poder econômico no financiamento eleitoral e da fragmentação do sistema partidário, a vontade majoritária no Legislativo carece de legitimidade. Por isso, ao invalidar decisões do Legislativo, o STF não estaria agindo de modo contramajoritário, oferecendo às minorias respostas a demandas por justiça não atendidas pelas instâncias legislativas tradicionais, neutralizando desse modo os vícios de representatividade?

A terceira questão é a do déficit democrático da representação política. A crise de legitimidade do Legislativo, que se arrasta há anos, levou os tribunais a se tornarem mais sensíveis aos anseios sociais do que os canais encarregados de promover a agregação de interesses e tomar decisões coletivas. Por isso, a sociedade não tende a se identificar mais com juízes do que com parlamentares?

A quarta questão é a da “substantivação” da democracia. A ideia é de que ela não se limita à regra de maioria e ao papel legislativo dos parlamentos, implicando também aumento de peso dos tribunais. Se o Legislativo é legitimado pelo voto, a Justiça é legitimada por um processo discursivo no qual são explicitadas as razões das decisões tomadas. Mas, ao recorrerem a argumentos e juízos de oportunidade não deduzidos das leis interpretadas, os juízes não acabam legislando?

A quinta e última questão diz respeito à distância entre o que a democracia deveria ser, priorizando o interesse público, e o que ela de fato é. Essa questão ganhou evidência após a descoberta, na segunda metade da atual década, da negociação de Medidas Provisórias com empreiteiras, em troca de propina. Esse fato, que entreabre a mercantilização das decisões legiferantes do Poder Executivo e os poderes subterrâneos das grandes empresas, evidencia uma inversão de valores. No processo legislativo de uma democracia, que prioriza o interesse público, o caráter geral das leis releva as particularidades dos casos específicos. Já no âmbito de um Congresso convertido em balcão de negócios, as particularidades prevalecem.

Num contexto como esse, de que modo podem os tribunais neutralizar, sem criminalizar a política, o cálculo racional-instrumental irresponsável subjacente às relações público-privadas, evitando com isso a corrosão do pacto moral básico do qual depende a legitimidade do sistema representativo? Em outras palavras, em que medida os tribunais, ao combaterem a corrupção na política, não se sentem seduzidos ou tentados a ocupar os espaços vazios deixados pelos políticos que condenaram, degenerando-se moral e institucionalmente, por um lado, e abrindo caminho para aventureiros moralistas, por outro? Além disso, de que modo podem os tribunais conciliar a natureza política dos conflitos institucionais submetidos à sua apreciação com o dever de proferir decisões baseadas e circunscritas à letra da Constituição e das leis?

4. Em matéria de hermenêutica jurídica, há a interpretação *secundum legem* ou literal, que costuma ser valorizada por advogados de defesa em nome do que chamam de “garantismo”, e a interpretação *praeter legem*, mais expansiva e considerada adequada à aplicação de princípios constitucionais, como é o caso, por exemplo, do princípio da moralidade pública. Entre os juristas mais apegados ao realismo do que ao normativismo jurídico, a interpretação extensiva permite ao juiz adequar a ordem legal a sociedades complexas (que tendem a se subdividir em sistemas funcionalmente diferenciados), assegurando assim a eficácia do direito, o que já não acontece com a interpretação *secundum legem*.

O protagonismo do judiciário

O ponto comum das questões acima elencadas é a ideia de que a politização amplia o protagonismo do Judiciário, o que foi evidenciado, por exemplo, pela Operação Lava Jato, deflagrada em 2014. Com isso, a politização expõe a Justiça às pressões dos demais Poderes, o que a leva a assumir posturas defensivas e corporativas, deflagrando desse modo novos confrontos institucionais.

A Constituição de 1988 já configurou os dilemas reproduzidos nesse cenário institucional. De um lado, ela aumentou as funções do Ministério Público Federal – inclusive para além da esfera penal – e sua capacidade de provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal. Também determinou a abertura de Defensorias Públicas em cada unidade da Federação, que se tornaram particularmente atuantes nas varas de família e nas varas de execução penal, além da Defensoria Pública da União. E isso não apenas viabilizou e ampliou significativamente o acesso aos tribunais por quem não dispunha de condições materiais de defender seus interesses e direitos, como também mudou o perfil dos litígios judiciais, especialmente os decorrentes de conflitos coletivos, que se sobrepuseram progressivamente aos conflitos interindividuais. De outro lado, a Constituição permitiu a

agremiações partidárias, associações nacionais e entidades como a OAB proporem ações de controle de constitucionalidade – o que até então era prerrogativa do Procurador-Geral da República. Esses novos instrumentos processuais incluem Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade, Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Destinadas a fortalecer a democracia depois de duas décadas de ditadura militar, essas inovações ampliaram as reivindicações de justiça, multiplicando o número de ações e causando, com isso, uma sobrecarga quantitativa nas diferentes instâncias dos tribunais. Nos primeiros vinte anos após a promulgação da Constituição, por exemplo, foram propostas perante o STF mais de 4 mil Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Na mesma corte, o número de novos processos por exercício passou de 18,5 mil em 1990, para 160,4 mil em 2002. Já as ações ajuizadas na primeira instância das Justiça Estadual, Federal e Trabalhista pularam de 5,1 milhões, em 1990, para 28,2 milhões, em 2012⁵. Números como esses acabaram levando os críticos do Judiciário, de um modo geral, e do Supremo Tribunal Federal, de modo particular, a banalizarem uma expressão para sintetizar seu descontentamento: ativismo.

Interpretação da lei e ativismo judicial

Por atuarem em um Poder cujos membros não são eleitos pelo voto direto e pela regra de maioria, ao aplicarem as leis por meio de interpretações extensivas juízes ativistas ameaçariam a democracia – essa é a objeção. É por isso que a tensão entre o protagonismo judicial e as regras legais que limitam – ou deveriam limitar – o arbítrio das decisões judiciais e preservar direitos estabelecidos se converteu num dos temas mais importantes e polêmicos nas sabinas no Senado que avaliam os nomes indicados para o STF.

Entre os que foram sabatinados depois de 2014, alguns indicados expressaram sua formação normativista. Entreabriram sua inclinação pelo positivismo jurídico. Enfatizaram o encadeamento lógico-dedutivo das normas do sistema jurídico e chamaram atenção para a importância de sua validade formal. Definiram os litígios judiciais como oposição de interesses ou choque de expectativas. E disseram

que o Supremo Tribunal Federal teria, em alguns julgamentos, legislado de modo indevido, invadindo desse modo a jurisdição e a autonomia do Legislativo.

Esses sabatinados também ressaltaram a importância da exegese das leis e o caráter político da adjudicação. Apesar de reconhecerem que o sistema jurídico não deriva de um conjunto de axiomas de conduta, lembraram a existência de métodos de interpretação que limitam a discricionariedade do aplicador do direito, assegurando com isso uma certa unidade das práticas interpretativas. Por isso, a atitude dos juízes deveria ser eminentemente analítica, uma vez que olham as situações sociais basicamente a partir das normas jurídicas.

Em outra vertente doutrinária, partindo da premissa de que subjacentes aos litígios judiciais estão as contradições da sociedade e inspirados pelo chamado realismo jurídico, que valoriza as fontes materiais, precedentes e avaliações históricas, outros sabatinados ressaltaram os efeitos da democratização no acesso aos tribunais. Apontaram a importância de reformas no direito decorrentes da necessidade de o Estado o adaptar a um contexto de reformas previdenciária, monetária, trabalhista e administrativa e de novas formas de atuação dos movimentos sociais. Lembraram, ainda, que a interpretação da uma Constituição ou da legislação infraconstitucional não se esgota em seu valor léxico, dependendo também das implicações semânticas aduzidas pela coletividade à qual pertence o intérprete e onde ocorrem os conflitos que têm de dirimir.

Na mesma linha, disseram que o raciocínio jurídico não pode ser visto como um tipo de raciocínio estritamente dedutivo, uma vez que a argumentação jurídica tem, necessariamente, componentes morais e políticos intrinsecamente conectados que variam conforme a época e o nível de desenvolvimento de cada sociedade. Daí a importância de olhar as normas a partir de situações concretas – concluíram. Afinal, como o direito positivo é produto de conflitos

5. Cf. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92062&ori=1>

coletivos e de contingências históricas, as decisões judiciais seriam condicionadas por fatores extrajurídicos.

Para esses sabatinados, em outras palavras, não há norma sem sentido, não existe sentido sem interpretação e toda interpretação encerra alguma subjetividade na fixação do sentido das normas. E isso, no limite, faria com que a adjudicação se convertesse num campo de enfrentamento não apenas técnico-legal e doutrinário, mas até mesmo político, uma vez que juízes, desembargadores e ministros de tribunais superiores podem optar pelas mais variadas interpretações para fundamentar decisões que consideram justas. Por fim, esses indicados para uma vaga na corte suprema diferenciaram ativismo judicial de judicialização da política.

Nesse sentido, duas sabatinas específicas - as de Alexandre de Moraes e de Luís Roberto Barroso - ilustram bem essas diferenças – as demais sabatinas se situam em algum intermediário entre elas. No caso de Moraes, ao ser indagado sobre a questão do ativismo judicial, ele discorreu sobre temas clássicos de Teoria do Estado, como a questão do equilíbrio dos poderes. Afirmou que, quando a atuação de uma corte suprema se torna “acentuada”, surge um embate com o Congresso que, no limite, pode abrir caminho para uma guerrilha institucional sem ninguém para arbitrar o conflito. Enfatizou a necessidade de alguma estabilidade entre norma e interpretação. E criticou o subjetivismo de determinados setores da magistratura.

A outra sabatina foi a do ministro Luís Roberto Barroso. Ao responder a perguntas semelhantes, ele disse, entre outras afirmações, que o relato das normas muitas vezes demarca apenas uma moldura dentro da qual existem diferentes possibilidades interpretativas. Desse modo, face às especificidades de cada caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que se determina o sentido da norma constitucional na tomada de decisão de um sentido adequado para o caso *sub judice*. Também lembrou que um ordenamento jurídico é um sistema em constante mutação, que reflete anseios, valores e conflitos de interesse na vida social. E ainda reconheceu que o juiz é ativo, agindo com base na avaliação dos fatos e moldando o litígio para assegurar um resultado não apenas justo, mas, igualmente, viável.

Nesse sentido, o “ativismo” judicial é uma estratégia proativa de interpretação usada pelos juízes para concretizarem promessas constitucionais, aplicando-as a

situações não contempladas de modo preciso em seu texto. Mesmo que não se confundam com livre criação de direito, as interpretações extensivas das leis podem deflagrar tensões institucionais, por politizarem os tribunais. Esse tipo de interpretação assegura aos juízes flexibilidade para lidar com problemas não contemplados objetivamente pela Constituição.

Como a ordem jurídica conta com um alto número de princípios, dada a complexidade de uma sociedade caracterizada por situações de miséria que negam o princípio da igualdade formal perante a lei, o ativismo está associado a uma maior participação dos juízes na concretização dos direitos constitucionais, permitindo-lhes desse modo cobrir o fosso entre o sistema legal e as condições efetivas da sociedade⁶. Por sua textura aberta, os princípios apontam caminhos e propiciam o ajuste das decisões às especificidades de cada caso.

No caso das indicações para o STF, os sabatinados que se apresentam como normativistas veem a Constituição como um limitador na interpretação do direito. Já os que têm formação interdisciplinar entendem que a fundamentação das decisões judiciais teria mais importância do que a própria regra constitucional, revelando-se adeptos de um constitucionalismo argumentativo e de princípios. Os primeiros veem o ativismo como problema, enquanto os segundos o encaram como instrumento para rever injustiças históricas em matéria de poder e riqueza e preservar os direitos dos setores minoritários da sociedade.

O fenômeno da judicialização

Muitas vezes associada de modo equivocado ao ativismo dos juízes, a judicialização é a tendência de ampliação da ação executiva e legislativa dos tribunais na vida social, econômica e política, levando a democracia a depender cada vez mais de decisões do Poder Judiciário⁷. Esse fato, que envolve diferentes fatores e

6. Ver Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in *Revista Emerg*, Rio de Janeiro, vol. 6, n° 23, 2003, pp. 1-41.

7. Cf. Tate, Chester Neal, *Why the expansion of judicial power?.* in *The Global Expansion of Judicial Power*, C. N Tate e Torbjörn Vallinder orgs., New York/ London: New York University Press, 1995, p. 34.

aumenta os riscos de abertura excessiva do sistema jurídico com relação ao sistema político, resulta da crescente complexidade do País nas últimas décadas, o que levou a Constituição a incorporar matérias antes tratadas por leis ordinárias.

A consequência foi a multiplicação dos riscos de crises de governabilidade, de paralisia decisória das diferentes instâncias do Executivo e dos focos de tensão entre o Judiciário os demais Poderes, uma vez que a constitucionalização dessas matérias abriu caminho para que elas fossem judicializadas, reduzindo desse modo o espaço da esfera política e aumentando o campo de atuação dos tribunais superiores – principalmente o STF, ao qual compete a guarda da Constituição⁸.

Uma Justiça protagonista é capaz de assegurar as “normas aspiracionais” da Constituição, com suas metas ambiciosas e formulações generosas de direitos sociais, com o objetivo de construir um país melhor, mais justo e mais igualitário⁹. Contudo, ela também pode entrar no mérito de atos administrativos do poder público, sob a justificativa de aplicar princípios constitucionais ou de conter desvios de finalidade, substituindo desse modo a vontade do Executivo. E isso tende a levar o Judiciário a ser mais temido do que respeitado, como ocorreu com a Operação Lava Jato, o que, com a passagem do tempo, resultou na perda de credibilidade de seus procuradores e de seu principal juiz.

Essa é uma das facetas do desajuste institucional do país. Dada a dificuldade de disciplinar por meio de regras expressas por conceitos unívocos as matérias que foram constitucionalizadas, os autores da Constituição, por prudência e altas doses de pragmatismo, recorreram a normas principiológicas, que são imprecisas por natureza. O motivo foi a ausência, na Assembleia Constituinte, de bancadas hegemônicas capazes de propiciar tratamento jurídico objetivo em temas polêmicos.

Os debates giravam em torno de projetos de poder excludentes, com as esquerdas invocando a soberania nacional para defender o intervencionismo governamental e o controle estatal de recursos naturais e setores estratégicos da economia, e os conservadores patrocinando propostas pró-mercado, maior abertura ao capital estrangeiro e medidas destinadas a coibir a inflação, por meio do controle da emissão de moeda e dos gastos governamentais. Os debates também refletiam diferentes visões de mundo e pretendiam moldar a realidade num sentido predeterminado.

E ainda havia um problema: no decorrer do século 20, o legislador se acostumou

a editar normas formalmente gerais e abstratas concebidas com base em rotinas sedimentadas, práticas sociais homogêneas e expectativas comuns de justiça. De certo modo, isso era a garantia de que o custo político da imposição de novas normas seria baixo. Contudo, as mudanças ocorridas após a industrialização do país, especialmente entre as décadas de 1960 e 2000, levaram essa estratégia à exaustão.

A industrialização provocou um processo de urbanização que mudou a pauta moral da sociedade, estilhaçou as expectativas comuns de justiça então prevalecentes e acarretou novos tipos de conflito. A sociedade brasileira tornou-se de tal modo dinâmica e heterogênea que, a partir daí, as rotinas foram sendo corroídas e a sedimentação de novos padrões de comportamento se tornou mais difícil.

Com isso, a ideia de uma cultura comum capaz de calibrar as expectativas de toda a sociedade foi cedendo lugar a uma pluralidade e a uma heterogeneidade de atores sociais, o que, em decorrência, multiplicou as situações particulares. Legislar numa sociedade com essas características e com crescentes situações complexas, multiformes e pluridimensionais, como a brasileira, tornou-se, portanto, um processo moroso e desafiador.

Regras e princípios

Preocupadas com o risco de atrasar a conclusão e a promulgação da Constituição e, com isso, de provocar uma eventual crise político-institucional num país recém saído de 21 anos de ditadura militar, as lideranças partidárias optaram por uma solução intermediária para resolver o impasse entre as esquerdas e os conservadores.

Os dispositivos constitucionais que fossem consensuais e envolvessem práticas sociais homogêneas e expectativas comuns de justiça teriam a forma de regras jurídicas, que, em princípio são normas de aplicação imediata. O que não fosse passível de consenso

8. Aprofundo essa discussão em *Adjudicação em tempo de incertezas*, capítulo do livro **Corrupção, Justiça e Moralidade Pública**, São Paulo, Perspectiva, 2019, pp. 89-92; e em *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuro desafios*, In *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da USP, 2004, vol. 18, nº 51.

9. O constitucionalismo aspiracional parte da inconformidade do legislador constitucional com a realidade e juma crença na possibilidade de um futuro melhor. Com seu caráter progressista e futurista, as Constituições aspiracionais mantêm uma distância com relação às realidades sociais e políticas que desejam transformar. Também mantêm uma tensão contínua entre o jurídico e o político. E, se por um lado obedecem a uma lógica instrumental destinada a produzir o tipo de sociedade consagrado em seus textos, por outro obedecem a uma lógica comunicacional e simbólica destinada a criar representações que operam no mundo político. Ver Maurício García Villegas, *Constitucionalismo aspiracional*, in *Revista Iberoamericana de Filosofía Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Sevilla, Universidad de Sevilla, ano 15, n.º 29, 2013, pp. 77-97

e não tivesse por base, costumes, rotinas e comportamentos já sedimentados na sociedade teria a forma de normas programáticas, que exigem ponderação.

Esse é o motivo pelo qual, em determinados capítulos da Constituição, as lideranças acabaram recorrendo mais aos princípios do que às regras. O excesso de normas programáticas ou principiológicas no extenso texto constitucional resultou, justamente, da ausência de uma bancada partidária hegemônica, dado o equilíbrio entre as forças políticas durante os quase dois anos de trabalhos da Assembleia Constituinte.

Regras e princípios têm natureza lógica distinta e exercem papéis complementares. As regras têm um campo de abrangência limitado e um número definido de hipóteses em que podem ser aplicadas. Elas se expressam por meio de conceitos objetivos e precisos, que propiciam uma interpretação restrita como método hermenêutico, aplicável aos casos mais corriqueiros, o que possibilita uma jurisprudência fácil de ser formada. Por sua textura fechada, regras jurídicas costumam operar na base do tudo ou nada. Em outras palavras, elas regulam uma determinada matéria em sua inteireza, motivo pelo qual sempre que surgem as condições previstas para sua aplicação, o efeito jurídico previsto pela norma segue quase automaticamente¹⁰.

Já os princípios têm um campo de abrangência maior do que o das regras e um número indefinido de hipóteses, uma vez que se expressam por meio de conceitos indeterminados e polissêmicos. Essa ambivalência permite a cada cidadão imaginar que seus anseios foram acolhidos pelo legislador. Do ponto de vista de uma técnica legislativa que se destaca mais por sua funcionalidade do que por seu formalismo, os princípios são usados para calibrar as expectativas sociais e oferecer argumentos diversificados para o raciocínio jurídico. Por sua textura aberta, os princípios apontam caminhos e propiciam o ajuste das decisões às especificidades de cada caso concreto. E, quando eventualmente os princípios se chocam, os juízes têm de levar em conta a força relativa de cada um, o que exige ponderação ou balanceamento de valores.

A distinção entre regras e princípios ajuda a compreender o processo legislativo nas sociedades estabilizadas e integradas, com seus hábitos e rotinas, e nas sociedades cambiantes e marcadas por desigualdades acentuadas, em que os crescentes conflitos sociais põem em risco a estabilidade das leis. Graças à sua indeterminação e vagueza, que é inerente à relação entre uma proposição geral

e uma proposição particular, os princípios exercem um papel decisivo como técnica legislativa, na medida em que ajudam a combinar permanência e mudança. Entre outros motivos porque, se quase toda especificidade cabe em mais de numa generalidade, as particularidades implicadas em cada universalidade nunca são esgotáveis.

10. Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, pp. 74-80.

A ambiguidade ajuda a lei a permanecer estável, ao mesmo tempo que, por meio de reinterpretções, ela se adequa às novas circunstâncias. É por isso que, exigindo a ponderação como método hermenêuticos, os princípios costumam ser aplicados aos casos mais intrincados, que já não conseguem mais ser disciplinados por corpos de normas gerais, impessoais e igualitárias, tal o distanciamento social e a incompatibilidade do direito codificado com situações heterogêneas. Dito de outro modo, quanto mais complexa é a sociedade, menos ela consegue ser disciplinada por regras precisas e objetivas.

Como os princípios aumentam a discricionariedade dos magistrados, seu uso massivo alterou o significado da aplicação do direito, viabilizando a conversão do Poder Judiciário, de um modo geral, e do STF, mais especificamente, numa instituição “legislativamente” ativa. Decorre daí a expansão do fenômeno da judicialização no país.

Além disso, há outro ponto importante nesses papéis complementares exercidos pelas regras e pelos princípios. Em sociedades complexas, heterogêneas, desiguais e iníquas, como a brasileira, onde a tutela jurídica exige uma combinatória de regras e princípios aplicáveis aos casos mais difíceis, a interpretação é um momento essencial da experiência jurídica. Ela não é um mero ato declaratório de um juiz – pelo contrário, implica uma reconstrução do texto legal interpretado, por meio de práticas argumentativas das quais dependem sua complexidade e suas consequências.

Nesse sentido, a interpretação de uma regra ou de um princípio não está para a lei como o reflexo para o espelho, mas, isto sim,

assemelha-se à relação que liga a semente à planta. As interpretações mais antigas e as interpretações mais recentes acabam interagindo, modificando assim o sistema jurídico continuamente. Desse modo, na medida em que a aplicação do direito resulta em respostas fundamentadas e não arbitrárias, que permitem a avaliação de seus pressupostos éticos e doutrinários, a interpretação das regras e dos princípios dá sentido, alcance e eficácia à ordem jurídica.

Os casos difíceis e o alcance do direito

O debate sobre esse tema avançou significativamente entre as décadas de 2000 e 2020, quando, em decorrência das polêmicas sobre discricionariedade judicial e argumentação jurídica, os operadores jurídicos passaram a incorporar filosofia, sociologia, história e antropologia na fundamentação de suas decisões. Um dos argumentos por eles desenvolvido é que a lógica dedutiva não permite uma justificação das decisões judiciais no que o filósofo do direito americano Ronald Dworkin, uma referência obrigatória para várias gerações de juristas, chamava de *hard cases* - casos difíceis¹¹.

Os casos difíceis são aqueles em que há incertezas decorrentes da inexistência de uma norma aplicável de forma precisa, da existência de normas contraditórias sobre a matéria a ser julgada que suscitam decisões diferentes ou, então, que dependem de soluções que causem estranheza à coletividade. Como nesses casos os juízes não têm outra saída a não ser “inovar, usando o próprio julgamento político”, como diz esse autor, e como a opinião pública muitas vezes tende a ficar dividida com relação a essas “inovações”, os juízes muitas vezes acabam enfrentando dificuldades para tomar decisões que atendem às expectativas destes ou daqueles grupos sociais, correndo assim o risco de deflagrar acirrados confrontos de opiniões e provocar o clamor social.

O debate sobre os limites da interpretação na aplicação da lei ganhou novos contornos nos últimos anos, com a ampliação do alcance do direito na vida econômica, social e política brasileira, obrigando os legisladores a acelerarem ainda mais a substituição de conceitos jurídicos precisos e objetivos por conceitos expressos por termos abertos e polissêmicos. Essa foi uma estratégia especialmente concebida para ajudar a preservar o sistema jurídico, permitindo sua adequação às circunstâncias históricas, na medida em que evita a definição antecipada do futuro em termos mais precisos. A consequência foi o aumento, em um ritmo ainda mais veloz do que no começo da atual década, das hipóteses nas

quais os juízes são chamados a valorar, com ampla discricionariedade, as normas principiológicas, passando a atuar como verdadeiros legisladores.

A interpretação construtiva, que se dá no momento em que eles têm de aplicar princípios aos casos concretos, com base em seus juízos de conhecimento, em seus valores e em suas convicções, ampliou ainda mais o protagonismo do Poder Judiciário, na medida em que os tribunais superiores tiveram, em alguns momentos de tensões institucionais (como os decorrentes do impeachment da presidente Dilma Rousseff, em agosto de 2016, do diálogo nada republicano entre o presidente Michel Temer e o empresário Joesley Batista, em março de 2017, das constantes afrontas do presidente Jair Bolsonaro à Justiça, entre 2020 e 2021), de assumir os papéis de revalidador, legitimador e de instância recursal das decisões do sistema político.

A partir daí, o Executivo e o Legislativo passaram a discutir, mais uma vez, a viabilidade ou não de impor limites à interpretação das leis e a chamar atenção para as narrativas formadas nos tribunais superiores e na corte suprema. Essas narrativas, que se multiplicaram após os episódios que envolveram esses três presidentes da República, consistem em padrões de legitimação e em tradições jurídicas capazes de justificar determinadas relações políticas.

Em resposta às críticas de judicialização da vida política e de “partidarização” do Poder Judiciário, os sucessivos presidentes do STF passaram aproveitar solenidades, como a reabertura dos trabalhos forenses após períodos de recesso, para afirmações que reforçassem suas narrativas. Nesse sentido, passaram a dizer, por exemplo, que a corte “está atenta aos ataques de inverdades”, que a harmonia entre os poderes não significa “impunidade” e que afrontas “deslegitimam veladamente as instituições do país, corroendo sorrateiramente os valores democráticos que nos libertam do obscurantismo e da intolerância”¹².

11. Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, op. cit, pp. 81-83.

12. Ver, nesse sentido, a fala do ministro Luiz Fux em 2 de agosto de 2021, reproduzida pelo jornal *Valor* na edição de 3/8/21 (“Fux adverte que não haverá impunidade a atos de desrespeito”)

Conclusão

Evidentemente, não se trata de saber quem é um magistrado progressista ou um ministro conservador. Trata-se de identificar quem, num período de fortes tensões institucionais, é capaz de julgar levando em conta tanto regras quanto princípios. E, também, as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, podendo desse modo influenciar os tribunais na formulação de decisões voltadas à regeneração da representatividade do regime democrático e, por consequência, à superação de desarranjos institucionais.

Esta é, justamente, a encruzilhada em que o Poder Judiciário atualmente se encontra entre nós. Ele é o pilar de um Estado de Direito que vem sendo corroído por um governo inepto, populista e autocrata. E ainda tem de tomar decisões num contexto social explosivo, distante da ideia (muito comum na cultura jurídica) de sociedade como pluralidade de cidadãos valorizados por sua *individualidade*.

Apesar das reiteradas afrontas que tem sofrido, o Judiciário – especialmente seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – é decisivo para preservar a democracia contra um autoritarismo furtivo ou dissimulado¹³, cujo objetivo é perpetuar no poder governantes não democráticos, não hesitando em recorrer a instrumentos e atributos do próprio regime democrático para assegurar algum verniz de legitimidade. Por isso, dá para esperar que o Judiciário seja bem-sucedido nessa empreitada?

Num período em que a dúvida implícita nessa indagação resulta do aumento das possibilidades de ação, um ponto de partida para uma resposta é saber se os protagonistas da vida política e judicial são capazes de compreender o atual desarranjo institucional a partir de seus componentes básicos: as relações de força, autoridade, mando e obediência. Outro ponto de partida é a ideia de que os prognósticos com relação ao futuro são inversamente proporcionais ao seu conhecimento. Quanto mais se fala do futuro, menos se sabe sobre ele. Um modo de compreender esse cenário de dubiedade é retomar uma passagem de um clássico da sociologia, Max Weber, para quem os períodos civilizatórios podiam ser vistos como processos de racionalização, como o que forjou o mundo moderno.

Uma das características da modernidade está na crise de seus fundamentos nos planos do conhecimento, da moral e da política. A angústia despertada no

homem moderno, dizia Weber, levou-o a uma busca obstinada por calculabilidade, previsibilidade e certeza, valorizando uma ordem jurídica elaborada racionalmente¹⁴. Esse é o papel do direito positivo – a começar pela Constituição – desde então: assegurar as expectativas dos cidadãos, oferecendo-lhes garantias contra a arbitrariedade do poder estatal e criar instituições capazes de zelar pelas regras do jogo, propiciando a conversão de paixões políticas em alternativas programáticas submetidas a escrutínio público, com base no voto direto e eleições periódicas.

Foi justamente isso que fez com que a segurança na vida política, econômica e social passasse a depender cada vez mais da determinação do jurídico. O problema é que as condições que forjaram o mundo moderno mudaram drasticamente com a passagem do tempo, exigindo nos dias de hoje uma ampla reconfiguração da política, na qual o Poder Executivo é obrigado a coexistir ao lado de outras instituições fortes – e o Poder Judiciário, especialmente o STF, é uma delas.

Contudo, para que seja institucionalmente efetiva na decisão dos litígios que levaram a democracia brasileira a uma profunda crise institucional, a corte suprema tem de estar ciente de qual é sua maior garantia, nestes tempos em que “não nos espera a floração do estio, mas, antes, uma noite polar, glacial, sombria e rude”¹⁵. Se “a política é um esforço tenaz enérgico para atravessar grossa vigas de madeira”, o que “exige, a um só tempo, paixão e senso de proporções”, como dizia Weber, no caso do STF a sua força institucional, para que o país amanheça democraticamente após essa noite, está assentada em sete pontos: na sua capacidade (i) de preservar a isenção, (ii) de resistir a pressões, (iii) de não fazer concessões, (iv) estar atento à governabilidade, (v) de saber escolher os meios adequados para alcançar determinados fins, (vi) de avaliar cuidadosamente as consequências de suas decisões e (vii) de agir com coragem na defesa da Constituição.

13. Cf. Adam Przeworski, *Crises da democracia*, Rio de Janeiro, Zahar, 2020; Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, *Como as democracias morrem*, Rio de Janeiro, Zahar, 2018; e David Runciman, *Como a democracia chega ao fim*, São Paulo, Todavia, 2018.

14. Cf. Max Weber, *A política como vocação*, in *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo, Cultrix, 1970

15. Cf. Max Weber, *A política como vocação*, op. cit., p. 123

Referências

BARROSO, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula de. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in **Revista Emerg**, Rio de Janeiro, vol. 6, nº 23, 2003, pp. 1-41.

TATE, Chester Neal, *Why the expansion of judicial power?* in **The Global Expansion of Judicial Power**, C. N Tate e Torbjörn Vallinder orgs., New York/ London: New York University Press, 1995, p. 34.

FARIA, José Eduardo. *Adjudicação em tempo de incertezas*, in **Corrupção, Justiça e Moralidade Pública**, São Paulo, Perspectiva, 2019, pp. 89-92.

FARIA, José Eduardo. *O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuro desafios*, In **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da USP, 2004, vol. 18, nº 51.

VILLEGAS, Mauricio García. *Constitucionalismo aspiracional*, in **Revista Iberoamericana de Filosofia Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, Sevilla, Universidad de Sevilla, ano 15, n] 29, 2013, pp. 77-97

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, London, Duckworth, pp. 74-80.

FUX, Luiz. Entrevista em 2 de agosto de 2021, reproduzida pelo jornal **Valor** na edição de 3/8/21 (“Fux adverte que não haverá impunidade a atos de desrespeito”).

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**, Rio de Janeiro, Zahar, 2020.

LEVITSKY, Steven e Ziblatt, Daniel. **Como as democracias morrem**, Rio de Janeiro, Zahar, 2018.

RUNCIMAN, David. **Como a democracia chega ao fim**, São Paulo, Todavia, 2018.

WEBER, Max. *A política como vocação*, in **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo, Cultrix, 1970.

Como citar (ABNT Brasil):

FARIA, J. E. **Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais**. Revista Bindi: Cultura, Democracia e Direito, [S. l.], v. 2, n. 3, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10081129. Disponível em: <https://revistas.inb.org.br/index.php/bindi/article/view/33>. Acesso em: 6 fev. 2024.

 Os artigos publicados na Revista Bindi estão licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).