



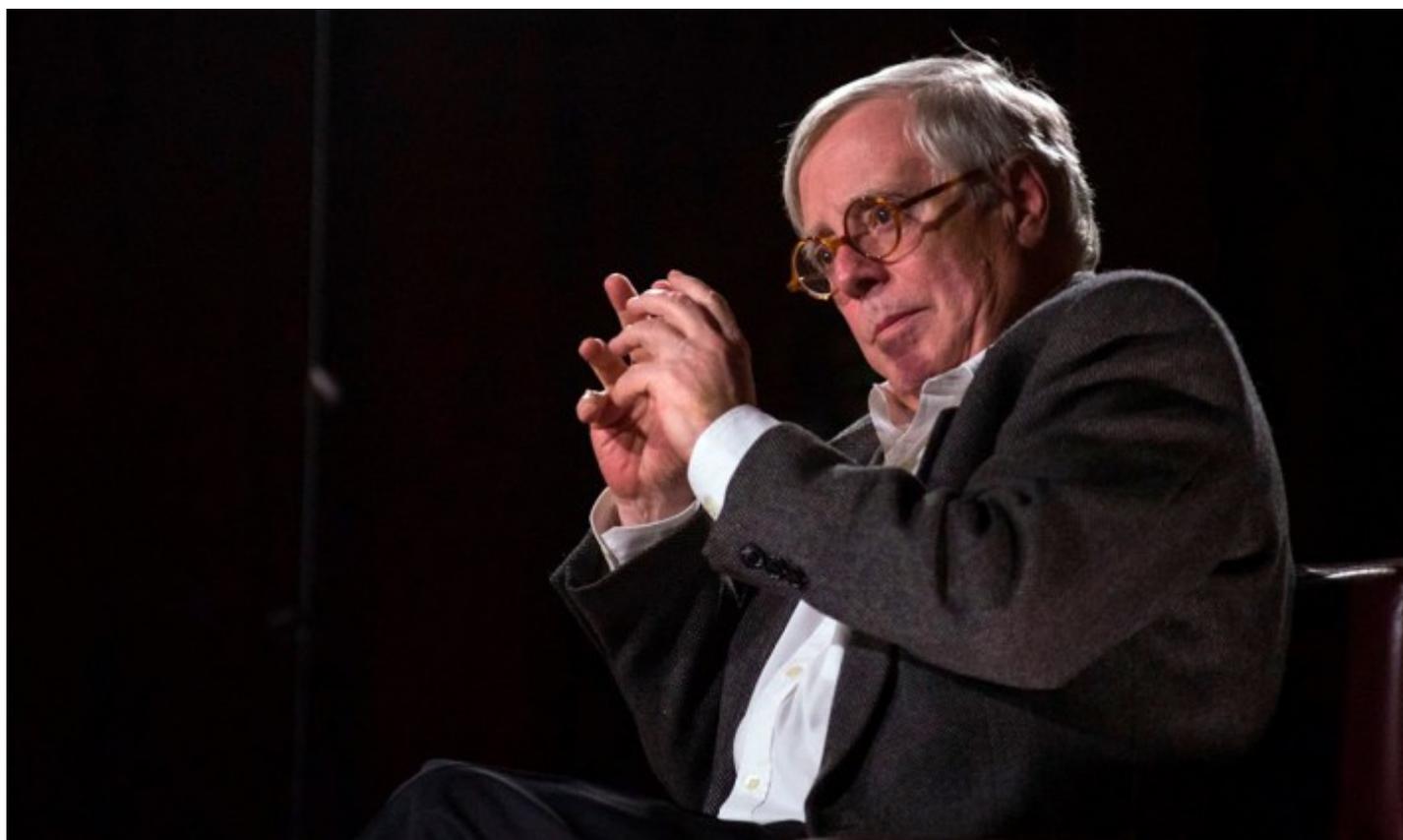
PUBLICIDADE

José Eduardo Faria: “A Constituição deu papel de colegislador aos juízes”

Livro de professor da USP e da FGV remonta à Constituição de 1988 e como seu excessivo recurso a princípios vagos explica as tensões jurídicas e políticas do Brasil da Lava Jato

Estado da Arte

04 de julho de 2019 | 03h01



Professor do Departamento de Teoria e Filosofia do Direito da USP e da Fundação Getúlio Vargas, José Eduardo

com uma certa clareza que o impeachment era mais fácil do que eles imaginavam. Quando, com a pressão das ruas, a Dilma caiu, eles perceberam que o impeachment era mais do que um instrumento para nivelar crises institucionais – poderia ser um instrumento para debelar presidentes que não tivessem sustentação no Congresso e não fizessem o que os “centrões” da vida queriam.

A partir desse momento, o jogo parlamentar sai da *policy* – de um jogo de alternativas de políticas públicas – e entra na *politics* – num jogo de mudanças legais e constitucionais que, por sua vez, levam para a *polity* – matriz institucional da democracia brasileira. Em português, a gente usa a palavra *política* para descrever o que o inglês descreve em três dimensões: *policy*, *politics* e *polity*. A *polity* é o *framing*. Se você mexer na *polity*, isso pode desestruturar as instituições, e a democracia vai por água abaixo. O jogo natural é quando há um debate de *policies* nas eleições parlamentares. *Politics* é quando há uma eleição presidencial com alternativas de poder, mas sem alternativas nas instituições. O impeachment chapou tudo. Na realidade, ele erodiu a discussão sobre as *policies*. Não há mais essa discussão, que no passado girava em torno de mais mercado e menos mercado, mais privatização, menos privatização, por exemplo. Mexeu na estrutura da *politics* com a desestruturação do sistema partidário e, se depender de Bolsonaro, vai mexer na *polity* e vai desestruturar o que resta das instituições. Um dos filhos dele já falou que para fechar o Supremo basta um cabo e um soldado. O próprio presidente já falou na solução de jogar mais cinco ou seis ministros do Supremo para ter maioria (que foi o que Costa e Silva impôs ao Castelo Branco em 1967). Claramente, esse é um discurso disruptivo das instituições. Isso abre caminho para que outros grupos apareçam também radicalizados, o que indica uma fragilização do sistema. O Brasil tem uma estrutura sedimentada maior do que a gente imagina, mas essas coisas me preocupam. A noção de *policy* nesse momento está perdida no governo Bolsonaro. Não acho que dele venha nada de inteligente. O governo não tem pauta, não tem agenda, não tem projeto – tem um discurso ideológico, vive do confronto.

Estado da Arte: O conjunto de artigos reunidos em seu livro, nesse período que vai de 2016 a 2018, tem foco nas tensões entre “famílias” interpretativas do Direito – “*garantistas e punitivistas*” seria um modo de apresentar a questão. No entanto, a ênfase toda agora parece recair sobre a política.

José Eduardo Faria: Tudo tem levado as análises para a política. Agora, isso não quer dizer que, por trás dessas discussões políticas e institucionais, não esteja o Supremo dando a última palavra. Vai ficando evidente que o Supremo vai ser a âncora de salvação da *polity* no Brasil. Volto a insistir: *policy*, *politics* e *polity*. Quem vai segurar um “*framing*” vai ser o Supremo.

Estado da Arte: Há uma tese defendida por muitos analistas e cientistas políticos segundo a qual a Lava Jato é indiretamente responsável por Bolsonaro ter sido eleito presidente. O senhor endossa a tese?

José Eduardo Faria: Eu acho que essa ideia de que existe o “Partido do Ministério Público” ou o “Partido da Justiça” não se sustenta. O que você tem na realidade é um jogo corporativo pesado. É um jogo cultural também bastante interessante nas instituições de Direito. Há 20 anos, o MPF estava tão politizado quanto está hoje. Não sei se você se recorda que havia dois procuradores – Guilherme Schelb e Luis Francisco de Sousa – que tumultuaram o governo Fernando Henrique do começo ao fim do segundo mandato, a ponto de conseguirem liminares com juízes federais de comarcas do interior do Amazonas, do interior do Nordeste, obrigando a Advocacia-Geral da União a mandar advogados da União com jatinhos da FAB para tentar às pressas cassar aquelas liminares.

Pode haver uma mudança de perfil, mas a tática continua. Isso sempre aconteceu no Ministério Público. O MP sempre teve, na sua função de acusar, protagonistas que se valeram dessa prerrogativa para se lançarem como justiceiros, moralistas e para transformar a carreira de promotor em caminho para a política. O Hélio Bicudo fez isso, o Fleury fez isso. O Pedro Taques, que foi governador do Mato Grosso, era procurador da República e mandou prender o Jader Barbalho. Há uma certa tradição de procuradores que vão para a política. O cargo dá projeção, coloca você na mídia. Sérgio Moro, que chegou a ser juiz auxiliar da [ministra] Rosa Weber no Supremo, enfrentou oposição na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), que lhe exigiu que ministrasse aulas no meio da semana, coisa que não poderia fazer. Aquilo vinha de briga política e corporativa interna. Ao obrigar Sérgio Moro a voltar para Curitiba, esse pessoal não percebeu que tinha dado a ele, sem que o próprio Moro percebesse, aliás, um super poder, que foi a 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, transformando-o, no longo prazo, ou num presidenciável, ou num futuro ministro do Supremo, ou, no mínimo, nessa figura que

Estado da Arte: Mas a tensão jurídica provocada pela Lava Jato foi intensa. Falamos disso na [entrevista publicada no Estado da Arte em fevereiro de 2018](#) e que encerra *Corrupção, Justiça e Moralidade Pública*. Como o senhor vê isso agora?

José Eduardo Faria: Sim. Eu lancei dois olhares a esse fenômeno: o olhar da filosofia e da sociologia do Direito, que consiste em analisar esses julgamentos da Lava Jato a partir da hermenêutica jurídica, do conflito de famílias interpretativas do Direito e de distintas gerações. A partir dessa perspectiva, percebe-se claramente que, a despeito da vasta gama de doutrinas sobre o tema, tem-se, de uma lado, a linha positivista ou normativista, que privilegia o critério lógico-formal – que não se preocupa com a política, com a economia, com a história, com a antropologia, apenas com a amarração lógico-formal do sistema jurídico numa pirâmide normativa que começa na Constituição e vai descendo até chegar ao contrato –; e, de outro, tem-se o realismo jurídico que, nos séculos 19 e 20, foi aberto por um juiz americano brilhante chamado Oliver Wendell Holmes Jr. e que, até hoje, pauta grandes juristas americanos ou e ingleses, para os quais não existe interpretação literal do Direito, sendo necessário sempre buscar o sentido da norma, o que o legislador queria, se essa norma já tem uma certa duração, como é que ela sobreviveu, e que tipo de ajuste nós podemos fazer hermenêuticamente dessa norma, que veio do passado, sendo aplicada a um caso concreto cujos valores nada têm a ver como contexto original de emergência daquela norma.

No Judiciário, percebe-se essa divisão do ponto de vista geracional, com juizes mais jovens e juizes mais velhos, em linhas gerais, assumindo cada uma dessas posições hermenêuticas. Os juizes mais velhos têm uma formação franco-românica no campo do Direito civil e do Direito privado, e uma formação germano-românica no campo do Direito penal. Os juizes mais jovens, além de partilharem, em muitos casos, de formação anglo-saxã em algum nível, já integrados ao mundo da globalização (sobretudo financeira), são juizes que vieram depois da Constituição de 1988, e sobretudo, perceberam uma coisa que os juizes mais velhos não perceberam, e que eu vou tentar explicar. A tarefa de legislar uma sociedade requer um mínimo de unidade jurídica para garantir a diversidade social, e para isso, é preciso se valer de um *código* feito de um corpo geral de normas abstratas e impessoais para dar conta de sociedades pouco diferenciadas. O conceito de complexidade para nós, na sociologia e na filosofia do Direito, diz respeito à ideia de uma sociedade que vai se tornando mais diferenciada funcionalmente em sistemas especializados, e cada sistema especializado tende a se subdividir em sistemas ainda mais especializados. O problema é que lá atrás, em 1988, ninguém percebeu que a sociedade brasileira já era uma sociedade diferenciada funcionalmente em sistemas especializados. Qual é o problema que vai surgir? É que, para as sociedades funcionalmente diferenciadas, você não consegue mais trabalhar com a ideia de código. Os códigos perderam sua referência normativa, tornando-se inviáveis. Foi exatamente nesse momento que, não só o Brasil, mas países como a Espanha e Portugal, quando saíram de uma ditadura, começaram a perceber a importância dos *princípios*.

Estado da Arte: E como operam esses princípios?

José Eduardo Faria: O princípio é uma norma que tem o texto aberto, que se vale de conceitos indeterminados. Enquanto a norma tem uma textura fechada que se vale de conceitos muito objetivos, os princípios se valem de conceitos polissêmicos. O legislador constitucional trabalha quase sempre a partir de uma atitude prudencial que é identificar aquilo que é tradição, aquilo que é rotina, aquilo que é comportamento sedimentado, aquilo que gera expectativas comuns de justiça. Ou seja, ele trabalha com aquilo que funciona, e transforma esse material, através de um processo de observação, em regra. Como aquilo que ele transformou em uma regra já funciona, a sociedade continua reproduzindo aquele comportamento acriticamente, daí a noção de *eficácia* de um texto constitucional.

O problema surge quando você tem de regular um comportamento inédito – e não há uma maioria política clara que apoie democraticamente uma alternativa, já que os próprios atores políticos estão confusos com aquilo. É nesse momento que você é obrigado a recorrer a uma estratégia tópica para tentar, através de um discurso e de conceitos deliberadamente ambíguos, ir conquistando o apoio da sociedade. O princípio da boa fé no Direito; o princípio da função social no contrato; o princípio da função social da propriedade; o princípio da dignidade do homem livre na Constituição; o princípio do homem livre no trabalho; o princípio do Direito da subsistência:

mãos do Supremo. Você tem toda razão, o Supremo começa também a poder utilizar a interpretação de princípios para legislar. Agora, se de um lado existe uma pressão da sociedade por certas pautas, de outro existe uma figura jurídica que é a inconstitucionalidade por omissão: se um movimento social alegar que tal Direito é um Direito previsto pela legislação, mas ele não é regulamentado, você pode pedir para que o Supremo regularmente, ou dê um prazo para regulamentar, e, enquanto não houver a regulamentação, prevalece esse entendimento. O Supremo está cumprindo o papel dele – não sei se está cumprindo bem. O problema não é que ele não esteja cumprindo o seu papel, é saber se ele está cumprindo bem ou não. Em alguns momentos ele é muito conservador, em outros momentos ele é menos conservador, em alguns momentos ele também se omite, em outros momentos ele também não se omite.

Estado da Arte: No artigo “A Adjudicação em Tempo de Incertezas”, lemos que “A história registra não só protagonismos judiciais desastrosos, mas também experiências exitosas, como a promovida pela Suprema Corte americana sob a presidência de Earl Warren. Trata-se do julgamento de *Brown x Board of Education*.” É um caso exemplar de que, por vezes, sem uma disputa política que poderia ser interpretada como “ativismo judicial”, não há avanços civilizatórios que hoje consideramos elementares.

José Eduardo Faria: Guardadas as devidas proporções, é o que o Supremo fez na questão da homofobia no Brasil. Em alguns momentos ele tem de ser contra-majoritário, em alguns momentos ele tem de fazer defesa de determinados interesses que podem representar conquistas civilizatórias, como no caso que você citou. Toda a ideia do livro foi tentar colocar a discussão do ponto de vista técnico, sempre chamando a atenção de políticos, da imprensa, da opinião pública, para o fato de que você tem questões institucionais por trás de muitas disputas que parecem ser políticas, e que, portanto, não é como se o Supremo estivesse fazendo política partidária. Não se pode tratar o Supremo exclusivamente a partir dos seus atores atuais. Há momentos em que o Supremo, com outra composição, foi decisivo para garantir estabilidade e evitar males maiores.

Tudo o que sabemos sobre:

José Eduardo Faria

Lava Jato.

Constituição

STF

DESTAQUES EM CULTURA



Que grande atuação de Marjorie Estiano em 'Sob Pressão'



TV Cultura cria novo canal no YouTube para exibir antigos programas



Confira filmes e séries que estreiam em julho na Netflix e em outras plataformas

PUBLICIDADE

Cupom de desconto Carrefour 2019

Ganhe 15% em Fraldas Pampers no Cupom de desconto Carrefour

Cupom de desconto Americanas 2019

Ganhe R\$200 OFF com o Cupom Americanas em Smartphone Huawei

Cupom Submarino em 2019

Ganhe 10% aplicando o Cupom Submarino

PUBLICIDADE

↗ Tendências:

Confira as principais [estreias do cinema](#) no mês de julho

As 8 [grandes séries](#) lançadas no primeiro semestre de 2019

5 [filmes clássicos infantis](#) para assistir na Netflix

Enquete: Qual o [melhor Homem-Aranha](#) dos cinemas?

Harry Styles e Ansel Elgort estão entre os cotados para viver [Elvis Presley nos cinemas](#)