

JOURNAL OF DEMOCRACY EM PORTUGUÊS

Volume 10, Número 2, Novembro de 2021

Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais

José Eduardo Faria

Como as políticas personalistas estão mudando as democracias

Erica Frantz, Andrea Kendall-Taylor, Carisa Nietzsche e Joseph Wright

A AMÉRICA LATINA EM ERUPÇÃO

Quando se consolida o autoritarismo competitivo?

*V. Ximena Velasco Guachalla, Calla Hummel,
Sam Handlin e Amy Erica Smith*

A AMÉRICA LATINA EM ERUPÇÃO

A refundação do Chile

Claudia Heiss

A China na ONU: sufocando a sociedade civil

Rana Siu Inboden

**PLATAFORMA
DEMOCRÁTICA**

FUNDAÇÃO FHC
CENTRO EDELSTEIN

PLATAFORMADEMOCRATICA.ORG



JOURNAL OF
DEMOCRACY
EM PORTUGUÊS

CONSELHO EDITORIAL	Bernardo Sorj Sergio Fausto
TRADUÇÃO	Fabio Storino
REVISÃO TÉCNICA	Otávio Dias Beatriz Kipnis Isabel Penz
DIAGRAMAÇÃO	Lisia Lemes / Lilemes Comunicação

Journal of Democracy em Português, Volume 10,
Número 2, São Paulo, Novembro de 2021
Plataforma Democrática
ISSN 2527-1369

Índice de catálogo sistemático:

Democracia, Política e Governo, Sociedade, Partidos Políticos, Políticas Públicas.

© Copyright - Todos os direitos reservados à:

Fundação Fernando Henrique Cardoso
Rua Formosa, 367, 6º andar, Centro, São Paulo/SP, CEP: 01049-000
www.fundacaofhc.org.br • e-mail: imprensa@fundacaofhc.org.br

**PLATAFORMA
DEMOCRÁTICA**
FUNDAÇÃO FHC
CENTRO EDELSTEIN
PLATAFORMADEMOCRATICA.ORG



São Paulo (Sede)
Rua Formosa, 367, 6º andar - Centro
São Paulo - SP - Brasil - CEP 01049-000
tel: +55 (11) 3359-5000
contato@plataformademocratica.org

PERIODICIDADE: Semestral

Apresentação

Tem o Judiciário no Brasil exorbitado dos poderes que lhe dá a Constituição, legislando em lugar de aplicar as leis? Esta é a questão que José Eduardo Faria, professor titular de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP, se propõe a responder em artigo especialmente escrito para esta edição do Journal.

Nela, o leitor também encontra textos sobre o crescente personalismo da política nos sistemas democráticos, baseado em dados colhidos em mais de cem países, tendência que os autores veem com preocupação, e sobre a Assembleia Constitucional em andamento no Chile, vista com otimismo pela autora.

Completam a edição um artigo sobre as fases que percorrem os países que deslizam da democracia para o chamado autoritarismo competitivo, útil como ferramenta de análise e bússola de navegação no mundo de hoje, e outro sobre a asfixia das ONGs de direitos humanos pela China na Organização das Nações Unidas.

No primeiro artigo, José Eduardo Faria analisa as críticas de que o STF estaria resvalando no ativismo judicial e na judicialização da política. “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 podem optar pelas mais variadas interpretações para fundamentar decisões que consideram justas”, escreve.

A política está se tornando mais personalista também nas democracias? Para responder a esta pergunta, quatro acadêmicos norte-americanos compilaram dados de 106 democracias de 1991 a 2020 para criar um índice de personalismo. “Todos os sistemas políticos possuem algum grau de personalismo (...) mas novos dados que capturam os níveis de personalis-

mo em Estados democráticos sugerem que esta é uma tendência também neles. Embora possa ser temporária, os fatores e as consequências dessa dinâmica indicam que há motivos para preocupação”, alertam.

No terceiro artigo, quatro cientistas políticos que atuam na Europa e nos EUA investigam por que alguns aspirantes a líder autoritário prosperaram enquanto outros fracassam. “O autoritarismo competitivo se apoia em três pilares — sociedade civil, elites políticas e forças de segurança — que os regimes constroem e buscam continuamente estabilizar. Embora a perda dos últimos dois pilares represente a ameaça mais terrível e direta para um autocrata, perder o apoio da sociedade civil também pode ser fortemente desestabilizador”, escrevem.

No quarto texto, a professora Claudia Heiss (Universidade do Chile) defende a ideia de que a elaboração de uma nova Constituição por uma assembleia eleita para esse fim — e que espelha a diversidade da sociedade chilena — poderá significar a revitalização da democracia no Chile. “É uma tentativa de canalizar um momento constituinte que pode melhorar o caráter democrático das instituições políticas de uma maneira democrática, preservando a paz civil e evitando a ruptura institucional. (...) Ou esse processo resultará em uma política mais polarizada e uma crise mais profunda das instituições, como temem alguns?”, indaga.

No último artigo, a pesquisadora Rana Siu Inboden (Universidade do Texas) revela a estratégia chinesa de sufocamento da sociedade civil no comitê que confere às ONGs status consultivo no Conselho de Direitos Humanos da ONU. “Uma análise das atas do Comitê de 2016 a 2019 revela que a China foi o país que mais se utilizou de questionamentos para atrasar e bloquear requerimentos da sociedade civil. Mas ela não age sozinha. Outras nações repressivas costumam unir-se a Pequim, umas protegendo às outras”, escreve a especialista.

Boa leitura.

Bernardo Sorj e Sergio Fausto

Diretores de Plataforma Democrática

Judicialização da política, ativismo judicial e tensões institucionais

José Eduardo Faria¹

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.

1. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (DFD).

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 intercruzamento das linhas de conflito, da escassez de consenso e da erosão dos meca-

nismos 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 público²), 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 proposição 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

2. STF, Mandados de Injunção 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, todos julgados em 2007.

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 juristas³ – 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 poderia estar agindo de modo contramajoritário, tentando oferecer às minorias respostas a demandas por justiça não atendidas pela vontade da maioria nas 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

3. 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*.

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. Escaparia o Judiciário da influência dos poderes subterrâneos e das particularidades dos casos específicos?

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. Não estariam assim se degenerando moral e institucionalmente, por um lado, e abrindo caminho, na política, 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?

O protagonismo do Judiciário

O ponto comum das questões acima elencadas é a ideia de que a politização do Poder Judiciário tende a ampliar o protagonismo de seus membros, 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 mais defensivas e corporativas, deflagrando desse modo, como num círculo vicioso, novos confrontos institucionais.

A Constituição de 1988 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 – o que até então era prerrogativa do Procurador Geral da República.

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 2012⁴. 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 sabatinas 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

4. Dados obtidos no portal do Supremo Tribunal Federal (<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92062&ori=1>)

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 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 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 ilustram bem essas diferenças. No caso do ministro Alexandre de Moraes, por exemplo, 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 sociedade⁵. 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 im-

5. 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, nº 23, 2003, pp. 1-41.

portância 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 Judiciário⁶. Esse fato, que envolve diferentes fatores e 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 Constituição⁷.

Uma Justiça protagonista é capaz de assegurar as “normas aspiracionais” da Constituição, no sentido de construção de um país melhor,

6. 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.

7. 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.

mais justo e mais igualitário. 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, estilhou as expectativas comuns de justiça então prevaletentes 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 difíceis.

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 multiformes, 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, 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. O que não fosse passível de consenso e não tivesse por base rotinas e comportamentos já sedimentados na sociedade teria a forma de normas programáticas.

É por esse motivo que, em determinados capítulos da Carta, as lideranças valorizaram mais os princípios do que as regras. O excesso de normas programáticas ou principiológicas no extenso texto constitucional resultou, justamente, da falta de bancadas hegemônicas, por causa do equilíbrio entre as forças políticas durante os trabalhos da 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 automaticamente⁸.

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

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

cabe em mais de numa generalidade, as particularidades implicadas em cada universalidade nunca são esgotáveis.

A ambiguidade ajuda a lei a permanecer estável, ao mesmo tempo que, por meio de reinterpretações, 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 medi-

da 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 difíceis⁹.

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

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

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 a 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”¹⁰.

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

10. 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”)

ou dissimulado¹¹, 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 se locomover com um mínimo de segurança nesse cenário de dubiedade é pensar nas condições que podem preservar o STF do pior. E isso, a meu ver, exige que seus ministros tenham consciência de que a força institucional da corte está assentada na sua capacidade de (i) preservar a isenção, (ii) resistir a pressões, (iii) não fazer concessões, (iv) estar atento à governabilidade, (V) saber escolher os meios legais adequados para alcançar determinados fins, (vi) avaliar cuidadosamente as consequências de suas decisões e (vii) agir com coragem e firmeza na defesa da Constituição. Esses sete pontos são sua melhor garantia.

11. 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..

Plataforma Democrática (www.plataformademocratica.org) é uma iniciativa da Fundação FHC e do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais dedicada a fortalecer a cultura e as instituições democráticas na América Latina, por meio da produção de conhecimento e da promoção do debate pluralista de ideias sobre as transformações da sociedade e da política na região e no mundo. Realiza pesquisas e seminários para estimular o diálogo entre os produtores de conhecimentos e os diferentes atores sociais e políticos sobre temas da atualidade.

Plataforma Democrática oferece uma infraestrutura virtual com uma biblioteca de livre acesso que inclui milhares de textos sobre temas relacionados à democracia na América Latina e um banco de dados sobre instituições de pesquisa na região.

As principais áreas de trabalho da Plataforma Democrática são:

Transformações Geopolíticas Globais e instituições democráticas:

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/publicacoes#EstadoDemocracia>

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/publicacoes#CambiosGeopoliticos>

Meios de comunicação e Democracia:

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/publicacoes#MediosComunicacion>

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/publicacoes#EnsaioDemocracia>

Sociedade civil e democracia:

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/publicacoes#CohesionSocial>

Bibliotecas virtuais:

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/biblioteca>

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/biblioteca-sociedade>

Coleção Recursos de Pesquisa na Internet:

<http://www.plataformademocratica.org/portugues/publicacoes#RecursosPesquisa>