

Os generais ‘juristas’ e as instituições de direito

Militares confundem problemas hermenêuticos causados pelas novas técnicas legislativas com politização dos juízes

JOSÉ EDUARDO FARIA

04/03/2022 05:10



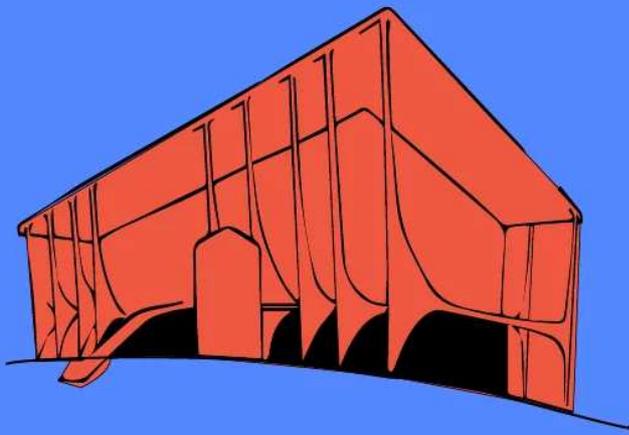
Praça dos Três Poderes. Crédito: Jefferson Rudy/Agência Senado

Mais um dos generais do entorno presidencial passou a falar sobre a atuação dos tribunais e a criticar ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Desta vez foi o chefe da Secretaria-Geral da Presidência, que aproveitou a solenidade de lançamento da nova carteira de identidade nacional para atacar os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, sem nominá-los, colocando em dúvida sua isenção e imparcialidade no julgamento de ações de interesse do governo e afirmando que seus “objetivos são inconfessáveis”.

Além de classificar a Presidência da República como uma “instituição quase sagrada”, esquecendo-se de que a democracia brasileira é estruturada com base num sistema de *checks and balances*, esse general cobrou dos dois ministros mais “responsabilidade no seu cargo” com relação aos processos que envolvem o Executivo. Apesar da linguagem confusa e do raciocínio tortuoso, esse foi o modo que o general encontrou para sugerir a ministros de tribunais superiores com apenas sete membros, como é o caso do TSE, ou com 11 julgadores, caso do STF, que precisam levar em conta os 57 milhões de votos obtidos pelo presidente da República na eleição de 2018.

Se essa de fato foi sua intenção, esse foi mais um general a falar bobagem. O que ele não é capaz de entender, com essa argumentação aritmética, é o desenho institucional do Estado democrático de Direito. No âmbito de uma estrutura de divisão tripartite do poder, a regra de maioria prevalece nas eleições majoritárias para o Executivo. Já no Judiciário, por mais restrito que seja o número dos ministros dos tribunais superiores, esse Poder é encarregado de promover o controle da constitucionalidade das leis – e se o presidente da República não as respeitar ou se afrontá-las, ele tem de ser contido por via judicial, independentemente dos milhões de votos que obteve. Essa decisão judicial tem de ser cumprida, qualquer que seja seu impacto na vida do país.

Antecipe os impactos da crise que definirá a eleição de 2022



O JOTA PRO Poder te ajuda a enfrentar a instabilidade política brasileira com análises dos nossos especialistas, relatórios e alertas por WhatsApp.

Solicite uma demonstração

O que os generais do Palácio do Planalto não compreendem é que a redemocratização do país ampliou as possibilidades de questionamento da inconstitucionalidade de atos legais e administrativos do chefe do Executivo. No passado, o acesso ao STF era restrito. Na metade da década de 1960, uma emenda constitucional conferiu ao procurador-geral da República competência para questionar diretamente no STF a constitucionalidade de uma lei.

Hoje, as mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso, confederações sindicais de classe de âmbito nacional e entidades da sociedade civil de âmbito nacional também podem questionar a constitucionalidade dos atos do Executivo.

Desse modo, questões e demandas antes reprimidas puderam chegar ao STF. Além disso, como o atual governo se tornou pródigo em tomar decisões inconstitucionais, esse fato, conjugado com a ampliação do número de atores com competência legal para arguir inconstitucionalidade de leis e decisões governamentais, provocou uma explosão de litigiosidade nos três últimos anos.

Esse é o fenômeno da chamada judicialização da vida administrativa, política e econômica do país. O problema é que, por despreparo, má-fé ou burrice, os generais do entorno presidencial o confundem com outro fenômeno – o da politização da Justiça. Ao fazer essa confusão, deixam de lado o significativo crescimento no número de arguições de inconstitucionalidade, o que é um fato, e passam a criticar as decisões judiciais dadas a elas, com argumentos juridicamente absurdos.

Nos casos em que o Executivo é derrotado, e são muitos, esses generais desqualificam os juízes, acusando-os de ser enviesados, parciais e partidários. Na ótica rasa desses generais, decisões isentas, imparciais e responsáveis são, é claro, as que endossassem os atos administrativos e políticos do governo.

Essa visão atamancada obscurece outro problema importante: as dificuldades que os tribunais enfrentam ao interpretar as normas de um ordenamento jurídico com graves deficiências em matéria de completude, precisão conceitual, rigor lógico-formal e unidade doutrinária. Múltiplas são as causas dessas deficiências e uma delas envolve as técnicas do processo legislativo.

Numa sociedade integrada e estável, com comportamentos sedimentados e expectativas comuns de justiça, o legislador recorre às regras jurídicas, cujos conceitos são objetivos. Ou seja, têm uma “textura” fechada, como afirmam os teóricos do direito. Por isso, sua aplicação a um caso concreto pressupõe subsunção – uma dedução lógica baseada numa premissa maior e numa premissa menor que levaria a uma conclusão necessária.

Já numa sociedade dinâmica, em que não há rotinas, hábitos e expectativas comuns de justiça, o legislador recorre a normas principiológicas, que se caracterizam por sua “textura aberta”. São normas que se expressam por meio de princípios, que são vagos e indeterminados por sua própria natureza. Se por um lado esse tipo de norma passa para o sujeito de direito a ideia de que a ordem jurídica atende aos seus anseios, por outro permite aos juízes adequar suas decisões às especificidades de um determinado contexto num dado período.

No caso da sociedade brasileira, que é complexa, heterogênea, desigual e em permanente mudança, desde a elaboração da Constituição em vigor, há mais de três

décadas, o legislador vem recorrendo cada vez mais a normas principiológicas. A justificativa é que, apesar de ampliarem o poder discursivo no direito e as disputas interpretativas sobre conceitos jurídicos, elas são plásticas o suficiente para que os juízes possam ajustar a ordem legal às condições de uma sociedade dinâmica e sempre em mudança.

Mas, ainda que a “textura aberta” desse tipo de norma permita aos tribunais lidar de modo mais eficiente frente ao hiato entre valores jurídicos e problemas sociais emergentes, sua aplicação não é imune a riscos. Por sua formação legalista e formalista e por seu despreparo em matéria de teoria do direito, muitos juízes não sabem aplicá-las. Outros tendem a interpretá-las de modo tão alargado que, sob o pretexto de definir seu sentido, acabam agindo como verdadeiros legisladores. O que desfigura as funções judiciais, abrindo caminho para o que Luiz Werneck Vianna chama de “pontificado laico” da República”. E, dentre os demais juízes, nem todos compreendem as advertências dos artífices do realismo jurídico. Segundo estes, apesar de a vida do direito não ser lógica, mas experimento, interpretar uma lei não é livre pensar – pelo contrário, exige ponderação e método.

As tensões inerentes à aplicação das normas com conceitos abertos e as dificuldades que a Justiça – não só no Brasil, mas em todo o mundo moderno – enfrenta para tentar tomar decisões unívocas ao aplicá-las dão a dimensão, assim, do grau de incerteza jurídica reinante nos meios forenses. Essa é uma questão tão importante que, há duas décadas, foi objeto de um importante artigo do jurista americano Ronald Dworkin. “É antidemocrático que um grupo de juízes – que não são eleitos, não podendo ser substituídos pelo simples fato de suas decisões serem impopulares – tome decisões morais fundamentais em nome de todos?”, indaga Dworkin. A prerrogativa que os juízes de cortes supremas têm de tomar decisões fundamentais para todos não é antidemocrática se for levado em conta que a democracia não é só o governo exercido conforme a vontade da maioria, responde ele.

A seu ver, a democracia é bem mais do que isso. “Uma nação não é verdadeiramente democrática mesmo que suas autoridades sejam eleitas pela maioria dos cidadãos, a menos que essas autoridades e as leis que fazem tratem todos, e não só a maioria, como membros plenos e iguais da comunidade. Nenhuma comunidade é democrática, nem decisões e eleições majoritárias são legítimas, se a comunidade e suas decisões não respeitarem direitos fundamentais de todo cidadão, individualmente”, afirma Dworkin, principalmente se for uma pessoa historicamente negada de sua humanidade.

A prerrogativa conferida a um grupo de juízes para tomar decisões fundamentais válidas para todos é “um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que os demais Poderes majoritariamente decidem, garantindo que os direitos individuais não serão violados”. Por mais equívocos que esses juízes possam eventualmente cometer, a combinatória de legisladores, cortes supremas independentes, controle da constitucionalidade e revisão judicial é uma engenharia institucional valiosa e plenamente democrática, conclui Dworkin.

A discussão é complexa. Por um lado, ela mostra como as normas principiológicas tendem a ampliar o poder discursivo do direito, tornando mais estridentes os choques entre narrativas nos tribunais. Revela como os juízes podem utilizar retoricamente conceitos abertos para disfarçar decisões discricionárias e mal fundamentadas. E aponta para os riscos de insegurança do direito nos casos em que a interpretação dessas normas for feita sem ponderação e sem limites. Por outro lado, contudo, o debate também explicita como as normas com “textura aberta” são vitais para que o ordenamento jurídico de uma sociedade complexa seja legítimo, eficaz e capaz de abrir o direito positivo a novos temas, novas abordagens e novas soluções.

Portanto, isso nada tem a ver com o que afirmam os generais “juristas”, quando acusam ministros do TSE e do STF de não serem “parciais”. Esses generais confundem problemas hermenêuticos causados pelas novas técnicas legislativas com politização dos juízes. Ela existe, é certo, mas numa escala menor do que se pensa. Enorme é a confusão que esses generais fazem ao tentar falar sobre hermenêutica só para afrontar as instituições de direito.

Conheça o JOTA PRO Poder

JOSÉ EDUARDO FARIA – Professor titular da Faculdade de Direito da USP. Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Foi um dos ganhadores do Prêmio Jabuti, na área de direito

É estudante ?