

## A RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL POLÍTICA

CLÁUDIA SERVILHA MONTEIRO\*

**RESUMO:** O texto aborda o tema das relações entre Política e Direito tomando como objeto de exame a racionalidade das decisões judiciais políticas. Duas discussões fundamentais são abordadas, a legalidade da tomada de decisões políticas pelo Poder Judiciário e a problemática da fundamentação substantiva das decisões judiciais na jurisdição das liberdades e garantias constitucionais. O artigo apresenta os pontos de partidos deste debate, os modelos teóricos desenvolvidos sobre o tema do sentido político das decisões judiciais e os requisitos condicionais para a consideração da decisão judicial tomada com fundamento político em termos racionais. O estudo sobre a legalidade e a legitimidade formal do agente da decisão judicial como problema pertinente ao ativismo judicial nas Democracias contemporâneas conduz até a última parte deste programa de investigação tratando da racionalidade pragmática da decisão judicial política.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decisão judicial; Ativismo judicial; Decisão judicial política; Racionalidade da decisão; Teoria da Decisão Judicial; Direito e Política; Produção judicial do Direito.

---

\* Doutora em Direito pela UFSC.

**ABSTRACT:** The text approaches the subject of the relations between Politics and Law taking as examination object the rationality of the political judicial decisions. Two basic quarrels are boarded, the political decisions making by the Judiciary Power and the substantive recital problematic of the judicial decisions about the guarantee and constitutional freedoms jurisdiction. The article presents the points of parties of this debate, the theoretical models developed about the judicial decisions political sense and the consideration requirements for the judicial decisions making token with political bedding in rational terms. The study about the judicial decision agent legality and the formal legitimacy as a pertinent problem to the judicial activism on the contemporaries Democracies leads until the last part of this program of research treating the judicial decision pragmatic rationality.

**KEYWORDS:** Judicial decision; Judicial activism; Political judicial decision; Rationality of the decision; Theory of Judicial Decision; Law and Politics; Judicial law production.

**SUMÁRIO:** Introdução - 1. O possível da relação entre Política e decisão judicial - 2. Modelos de discussão do sentido político das decisões judiciais - 3. Os requisitos de racionalidade para a decisão judicial com fundamento político - 3.1 A racionalidade formal da decisão política – legalidade do Direito e do sistema de direitos - 3.2 A legitimidade formal do agente da decisão e o problema do ativismo judicial - 4. A racionalidade pragmática da decisão política - 4.1 A decisão judicial na jurisdição das liberdades fundamentais - Conclusão - Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

Há uma grande contradição no encontro da decisão judicial com a Política, são como dois elementos que, na linguagem do paradigma liberal do Direito e do Estado, pertencem a esferas diferentes e não podem se encontrar. São dois fenômenos cuja relação causa impacto no observador por precisamente não carregarem consigo nenhuma partilha no conhecimento jurídico acumulado, salvo a condição própria de serem compreendidos em separado, em um mundo comum, no qual, todavia, vivem.

Este constrangimento da permanência e relacionamento no mesmo mundo se expressa da maneira mais simples e necessária no debate presente sobre a politicidade das decisões judiciais. Há sempre, de um lado, uma impossibilidade habitando na questão de fundo da legalidade e, de outro, a exigência premente de não olvidar o possível e perder de vista o objetivo da fundamentação substantiva das decisões judiciais na era da complexidade da Sociedade e do exaustivo debate sobre a questão dos direitos fundamentais.

A esfera judicial vem apresentando cada vez maior articulação com a esfera política, originando um intenso debate sobre o alcance e possibilidades dessas conexões. Por um tempo vigorou o modelo desejável de um processo deliberativo atento à promoção da Democracia com forte ênfase nos compromissos democráticos dos agentes das decisões judiciais. Hoje a discussão é mais ampla e, paradoxalmente, atinge a própria legitimidade jurisdicional para tomar decisões de caráter político, o que leva necessariamente ao estudo do grau de politicidade de suas deliberações.

## 1 O POSSÍVEL DA RELAÇÃO ENTRE POLÍTICA E DECISÃO JUDICIAL

Ao conceber a Política como invenção, no sentido de Claude Lefort (1991), e o Direito como “espaço decisório de conflitos”, Leonel Severo Rocha (2000, p. 152, 153, 156) propõe uma reavaliação crítica da teoria jurídica e de suas relações com a Política, orientada para a emancipação democrática. Neste sentido, o espaço de resolução dos conflitos da Sociedade exige muito mais do que a Democracia delegativa do modelo liberal de Estado de Direito. Exige-se uma verdadeira Democracia deliberativa onde as decisões são tomadas diante da livre manifestação da opinião, a mediação; inclusive surge como uma potencial terceira via entre o exercício da soberania pelo Poder Político e o exercício político arbitrário da decisão pelo Poder Judiciário. Aponta-se, então, a necessidade da concepção de uma nova cultura política percebida muito mais além da definição do Direito como mero instrumento de dominação. O Direito, “sendo um dos fatores fundamentais para a democracia”, ultrapassa as perspectivas teóricas que ora o vislumbram como reflexo da Política e ora como autônomo em face dela. A Política constitui-se em um “espaço simbólico de manifestação pública dos conflitos, portanto indeterminável”; assim, “o grande erro da teoria jurídica liberal foi ter pretendido reduzir a política ao Estado – ignorando a pluralidade do Direito”.

A politização do Direito e a juridicização da Política (OLIVEIRA Jr., 2000, p. 79) é um binômio presente na agenda dos debates atuais no pensamento jurídico. E ocupam ali um espaço privilegiado, já que as aporias dessa relação têm se manifestado em quase todos os países submetidos ao modelo do Estado Democrático de Direito que vêm experimentando o fenômeno da expansão do Judiciário e, conseqüentemente, de seu peso político. No Brasil, José Eduardo Faria (2003, p. 102)

menciona a reclamação do Congresso sobre a exorbitância das prerrogativas das funções jurisdicionais. A interferência no processo legislativo e até mesmo de obstaculização de políticas estabelecidas pelos órgãos democraticamente representativos é realizada ao mesmo tempo em que o Judiciário “destecnifica” a aplicação da legislação e induz como resultado a de ingerência imprópria nos assuntos políticos, “levando à ‘judicialização’ da política e à ‘tribunalização’ da economia”.

Esta tensão entre Política e jurisdição possui evidentemente aspectos positivos e negativos que impactam a atividade judicial de tomada de decisões. Assim, as re(discussões) do papel do Judiciário merecem ser alocadas no cenário ampliado da crise contemporânea da reorganização da Sociedade. Novas definições paradigmáticas são hoje contempladas em vários setores da vida social e do próprio Estado, este fenômeno, que é mundial, visto a imensa gama de pesquisadores que a ele se dedicam, tem recebido denominações diferenciadas, tais como globalização, neoliberalismo, pós-modernidade, fim de milênio, crise de paradigmas. O fato é que a politização das decisões judiciais reflete a presença dos novos conflitos da Sociedade. O que pode ser apontado como comum a todas as aproximações é o desencanto e o inconformismo com o as estruturas sociais e estatais.

Uma das manifestações mais aparentes e exemplificativas desse quadro está justamente na ingerência macroeconômica sobre os tecidos sociais. A partir daí, coloca-se a exigência da reformulação do Estado como meio de otimizar a eficiência do processo de globalização. Esta influência externa sobre o Estado reflete-se sobre a Sociedade na forma de parificação de condutas desejáveis. Com o papel de absorção dessas tensões entre Estado e Sociedade, o Direito passa a ser o médium integrador entre mundo da vida e sistema cujo avanço colonizador já havia sido enunciado por Jürgen Habermas (1997) como representação da

traição das promessas do projeto da modernidade. A reforma do Estado, portanto, passou a ser elemento indispensável para o prosseguimento da própria reforma econômica e inclui, também, a reformulação do Judiciário.

As decisões judiciais cujo fundamento compõe-se de aspectos políticos são o produto dos chamados *neoflitos das sociedades industriais avançadas*, cujos traços, segundo Paul Ricoeur (1983, p. 149-152), remontam à ausência de projeto coletivo da Sociedade, às ilusões da dissidência em relação ao Poder como um bloco indivisível e às tentações da ordem no comportamento reacionário de busca obsessiva pela segurança.

Luiz Werneck Vianna (1996) e os demais autores responsáveis pela pesquisa dada à estampa na obra *O perfil do magistrado brasileiro*, procuram formular uma explicação para o protagonismo político do Judiciário brasileiro a partir da avaliação do processo histórico estabelecido no período final da ditadura brasileira, denominado *transição do autoritarismo à Democracia*.

A transição que conduziu ao restabelecimento da Democracia no país testemunhou o envolvimento direto de diversos atores políticos como setores do Parlamento, os Partidos Políticos, movimentos sociais como o estudantil e o sindical. Além disso, instituições significativas da Sociedade civil como a Associação Brasileira da Imprensa, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e setores religiosos como a Conferência Nacional dos Bispos no Brasil registraram uma atuação definitiva nesta luta. O Poder Judiciário brasileiro, contudo, manteve-se alheio a todo este processo, salvo por honrosas exceções que, de tão isoladas no seio da magistratura, não podem ser avaliadas como um comportamento institucional.

Na leitura dos dados da investigação, Werneck Vianna (1996, p. 25-26) aponta que as grandes modificações

constitucionais introduzidas em 1988 não afetaram o ordenamento jurídico nacional de forma substantiva. As grandes inovações reservaram-se ao estatuto federativo, aos direitos sociais e aos direitos emergentes. Assim, o Judiciário simplesmente deu continuidade ao seu papel de guardião dos contratos privados da Sociedade. A mobilização ativa do Judiciário como ator político manifesta-se mais tarde já na nova ordem da consolidação democrática. O novo papel de agente estabilizante das relações entre os poderes da República e de afirmação da ampliação da agenda da cidadania foi assumido por um Poder Judiciário ainda vinculado às estruturas do antigo regime autoritário, eis aí “uma contradição vivida no âmbito de um Poder que não foi obrigado a reconstruir sua identidade nos difíceis trâmites da transição”. Dessa forma, o ambiente institucional de produção da decisão judicial ainda não rompeu com seu “velho padrão de articulação entre o Estado e a sociedade”, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, o processo de democratização incide fortemente sobre o Poder Judiciário, incumbido da “universalização dos direitos de cidadania e a franquia do espaço público aos novos atores da experiência republicana”. Nesta mesma direção segue Lösing (2002, p. 276) quando afirma que a Constituição brasileira de 1988 se caracteriza por um extenso catálogo de direitos fundamentais, isto, porém, não impede que a violação desses direitos continuem a existir, especialmente contra a população mais pobre a quem o acesso à justiça é muito limitado.

A produção das decisões judiciais políticas no Brasil possui esta última condição como uma circunstancialidade histórica inarredável. Não há memória democrática nas práticas de tomada das decisões judiciais *a contrario sensu*, por exemplo, do Judiciário norte-americano já concebido e estruturado historicamente a partir dos compromissos dos fundadores da pátria com a defesa dos direitos civis. O discurso pela defesa dos direitos humanos que hoje se apresenta sob a forma mais usual do debate sobre os

direitos fundamentais é um elemento estranho ao conhecimento jurídico historicamente acumulado na produção das decisões judiciais brasileiras. Trata-se de um processo de sedimentação, no qual os agentes decisoriais ainda não dispõem de recursos racionais suficientes.

## 2 MODELOS DE DISCUSSÃO DO SENTIDO POLÍTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Paolo Comanducci (1989, p. 398-399) aponta três sentidos políticos para as decisões judiciais: a) a decisão judicial pode ser considerada política pelo fato de ser motivada internamente por razões políticas, tais como a inclinação partidária secreta do juiz; b) a decisão judicial pode ser considerada política justamente por ter uma importância política relevante como resultado; e c) a decisão judicial pode ser externamente justificada explicitamente com razões políticas.

Quando as decisões judiciais demonstram predileções ideológico-partidárias de seus prolores, existindo o quase-consenso de sua reprovação, esse aspecto é pacífico. Quando as decisões judiciais determinam um resultado político óbvio, apesar de tal não ser desejado pelo órgão julgador que se limitou à esfera jurídica, ainda que ingenuamente, esse aspecto é compreensível. Mas, quando as decisões judiciais adotam motivações políticas, no sentido amplo e mais profundo do termo, como a sustentação de um sistema de princípios democráticos de Direito, esse aspecto é discutível. E é nesse nível que o embate sobre o caráter político das deliberações jurisdicionais se dá de forma mais contundente e abrange tanto elementos hermenêuticos quanto políticos e conduz à doutrina da separação dos poderes, o que acaba, sob muitos aspectos, dificultando ainda mais a elucidação do problema, por se tratar de um sistema de conceitos ultrapassados.

De saída, é necessário esclarecer que não se trata aqui de Política naqueles dois primeiros sentidos enunciados acima, mas

no sentido último de *justificação política* fundada em argumentos de princípios políticos, tal como o sistema de princípios de direitos civis; controvérsia estabelecida sobre a legitimidade e a periculosidade de tal ordem de decisões políticas na prestação da tutela jurisdicional.

No exame do caráter político da decisão judicial há três enfoques de fundo. O enfoque da decisão judicial como construção intelectual pura que reconhece a verdade jurídica estabelecida no processo de forma lógico-dedutiva; a perspectiva histórica da decisão que alcança o juiz como ser emotivo e dono de sua vontade com a consciência social de seu tempo, isto é, é um agente de decisão em um dado quadro histórico (FROSINI, 1991, p. 112; ESSER, 1983); e a perspectiva criativa que atribui ao juiz função jurisdicional de produção de Direito estatal, objeto presente no centro do debate travado sobre o ativismo judicial na obra de autores representativos nessa polêmica como Mauro Cappelletti (1999a), Ronald Dworkin (2000) e Jürgen Habermas (1997).

**a) O modelo de decisão judicial clássico liberal** – este enfoque veda a potencialidade criativa de decisão judicial como produção de Direito, e, portanto, decisões judiciais cujos fundamentos repousem em elementos políticos são excluídas como objeto de análise;

**b) O modelo histórico de compreensão da decisão judicial** - este enfoque admite a interferência da vontade do agente da decisão e suas conseqüências racionais. Joseph Esser (1983) apresenta o conceito de racionalidade como razoabilidade em substituição à abordagem dada pela Filosofia Analítica para o estudo dos procedimentos judiciais. A decisão judicial é produzida com base na vontade do agente e não com fundamento em seu entendimento. As noções de *pré-compreensão* e de *círculo hermenêutico* são tomadas da Hermenêutica de Hans-George Gadamer.

A atitude do agente judicial diante do texto é de decidir por antecipação, de forma que sua compreensão já está preconicionada por sua adesão ou não ao texto, isto é, condicionada pelo horizonte histórico-social. (ESSER, 1983, p. 228)

Vittorio Frosini (1991, p. 132), para quem todos os procedimentos operativos e decisórios do juiz são considerados exclusivamente pela via hermenêutica, entende que tanto a compreensão hermenêutica, influenciada pela Filosofia Analítica, quanto à perspectiva de Esser são formalistas. Apenas este último autor prende-se mais a uma análise morfológica, enquanto a Hermenêutica jurídica convencional limita-se a uma interpretação lingüística.

A morfologia da prática de Esser articula-se com a *práxis* do juiz, ou seja, com sua ação social. A decisão judicial, portanto, não é subjetiva porque leva em consideração a necessidade de consenso sobre a legitimidade e a submissão ao Direito na decisão. Dessa forma, para Frosini (1991, p. 134), a decisão não seria explicada nem como decorrência do decisionismo da vontade individual do julgador e nem como sua arbitrariedade criativa. A decisão judicial seria, assim, o produto de um chamado da consciência do julgador à consciência da Sociedade.

O consenso social, segundo Esser, se expressa através da jurisprudência e das regras da experiência. Nesse caso, Frosini (1991, p. 134-135) fala da existência permanente do perigo da atitude conformista ou submissa do julgador. O objetivo de alcançar o consenso depende do nível de consciência do juiz e de sua capacidade de expor uma opinião discrepante, a *dissenting opinion*.

A metodologia jurídica estruturalista baseia-se em uma concepção do Direito na condição de uma *morfologia da práxis*. Neste modelo, a interpretação judicial toma em consideração o processo operativo denominado *objetivação*. A definição de uma forma jurídica para a *práxis*

isomorficamente correspondente com a própria ação, de forma a tornar a *práxis* inteligível e evidenciar a sua coerência interna, é uma tarefa para o jurista. A partir desse modelo, cumpre ao juiz realizar a reconstrução de fatos e normas, intenções e conseqüências, palavras e comportamentos que vão tomar parte em uma controvérsia judicial. (FROSINI, 1991, p. 135-136)

Para cumprir esta tarefa, o juiz executa um conjunto de operações como a produção instrutória do processo em amplo sentido, de maneira a configurar a sua objetivação prática de estruturação sintetizadora de todas as operações judiciais e das partes que determinam o resultado final contido na sentença judicial. Para a conclusão judicial, as regras formais da Hermenêutica jurídica são insuficientes, uma vez que o juiz intenciona realizar a justiça compondo as vontades conflitantes das partes para a solução definitiva da controvérsia. A obtenção da solução para a controvérsia não se dá a partir do tratamento individual de cada fator jurídico interveniente, “o juiz tem que tomar uma decisão global”. (FROSINI, 1991, p. 42, 136);

c) **O modelo discricionário** – este terceiro enfoque admite a politicidade da decisão judicial em três níveis. O pensamento de Mauro Cappelletti, dogmático, se insere na modalidade de crítica interna à própria dogmática que foge aos limites deste trabalho.

Para sustentar sua tese da procedência da tomada de decisões políticas - fundadas em princípios políticos -, nos casos controversos, Ronald Dworkin (2000, p. 6, 16) recorre à percepção conceitual de Estado de Direito como Estado de direitos civis. Pospositivista, ele intenta construir uma Teoria do Direito que privilegia os aspectos justificadores das decisões e erigir um modelo que seja capaz de solucionar problemas sociais. Para tanto, o autor diagnostica problemas, ao mesmo tempo que propõe um modelo de Direito como integridade.

Por último, Jürgen Habermas, pragmático-formal, admite a função criadora da decisão judicial, mas adverte para seu caráter não-democrático. O pensador alemão revela sua visão na contribuição da procedimentalização democrática como se verá adiante. As três perspectivas oferecem uma compreensão da decisão judicial como possibilidade de criação do Direito com fundamento político, embora cheguem cada uma delas a resultados diferentes.

### **3 OS REQUISITOS DE RACIONALIDADE PARA A DECISÃO JUDICIAL COM FUNDAMENTO POLÍTICO**

A decisão judicial com fundamento político exige o cumprimento de duas ordens de premissas democráticas externas à regra da maioria. A primeira exigência formal é a observância do compromisso de legalidade próprio ao paradigma liberal do Direito, com especial atenção para o distanciamento indesejável entre o sistema de proteção de direitos e sua efetividade. O segundo requisito formal a ser vencido é o da legitimidade do próprio agente da decisão política. Legitimidade esta que se propõe em dois níveis: a legitimidade democrática formal oriunda do sistema de representação política que sustenta uma previsão antecipada e autorizada do agente jurisdicional limitado ao princípio da legalidade e coloca o problema do ativismo judicial; e a legitimidade democrática substantiva, fruto do conteúdo político da decisão judicial, comprometido pragmaticamente com a tutela dos direitos fundamentais.

Deste encontro entre exigências formais e pragmáticas emana naturalmente a tentativa de consolo democrático, é preciso esperar que o agente da decisão seja conduzido por este roteiro cuja força está em alcançar o único objetivo que lhe permite almejar a todos os demais ou, mais precisamente, tomar emprestada a vontade comum como guia.

### 3.1 A racionalidade formal da decisão política – legalidade do Direito e do sistema de direitos

O princípio da legalidade que simboliza o modelo de Estado e de Direito do paradigma liberal é uma limitação formal evidente a todo tipo de decisão judicial. A condição de submissão à normatividade jurídica significa, em primeira e última instância, que há respeito às condições da formação legítima da vontade soberana consubstanciada no ordenamento jurídico. A norma jurídica é o elemento central de referência formal do agente da decisão.

Na Teoria do Direito contemporânea, explica-se, de maneiras distintas no que consiste a diferença entre princípios e regras como espécies do gênero comum norma jurídica. Assim, princípios seriam normas que prescrevem que se realizem certos valores, enquanto as regras seriam as normas que modalizam deonticamente ações determinadas descritas em termos que possuem autonomia semântica. Os princípios não esclarecem que ações em concreto materializariam ou frustrariam aqueles valores, as regras não esclarecem que valores se realizam ao executar-se a ação que prescrevem. Um Direito composto só de princípios daria lugar à solução de cada caso sempre com a concreção e ponderação de todos os valores em jogo, com resultados imprevisíveis de antemão. Em um Direito composto só de regras, ao contrário, estas podem ser aplicadas de forma opaca, isto é, podem controlar a decisão em cada caso concreto nas quais resultam aplicáveis; inclusive, quando fizer o que a regra exige, não coincide com o que exigiria seu propósito ou justificação subjacente. O modelo de jurisdição cognitivo-dedutivista requer um Direito composto só desse tipo específico de normas que seriam as regras.

Pois bem, para optar por um procedimento ou outro, o legislador deve comparar seus respectivos custos de decisão. E,

em segundo lugar, o ideal mesmo de um sistema de direitos invoca o respeito à capacidade (BERGALLI, 1999, p. 48) dos indivíduos para governar suas vidas em termos que respeitem a igual capacidade dos demais. Este ideal representa as pessoas como agentes que escolhem e que concebem que a sua própria dignidade reside em poder fazê-lo em condições assumidas como autogoverno, o que significa participação em uma comunidade em termos de igualdade na elaboração das decisões públicas. Não carece de fundamento, portanto, a idéia de que as mesmas justificações profundas que animam o ideal de um sistema de direitos favorecem um método determinado de tomada de decisões coletivas sobre seu conteúdo e alcance: o método da representação democrática.

O sistema de princípios como instrumentos justificadores de decisões políticas fundadas em um sistema de direitos, conforme o sistema de Ronald Dworkin (2000, p. 17), adverte para a legitimidade da Democracia. Deve-se exigir não só que os procedimentos sejam eqüitativos, mas que também produzam resultados substancialmente justos, criticando o que denomina de argumento da Democracia, segundo o qual a migração de atribuições políticas para o Poder Judiciário seria antidemocrática, no sentido de que não poderia haver decisão política sem representação (CALSAMIGLIA, 1997, p. 81). Esse alerta é importante porque as teses de Habermas como se verá adiante exigem legitimação procedimental para a radicalização democrática da Sociedade, negligenciando os seus aspectos pragmáticos nesse ponto.

Quando se fala que determinado autor é liberal, esse adjetivo vem carregado de pejoratividade. Liberal no Brasil é sinônimo de conservador, politicamente atrasado, elitista, individualista. Nos Estados Unidos existem duas posições políticas opostas, ambas formalmente liberais do ponto de vista teórico e que recebem a denominação *conservadores*, de um lado,

e *liberais*, de outro. Os primeiros traduzem por suas idéias o que se quer dizer no Brasil com o adjetivo liberal, mas os segundos representam lá os progressistas, defensores dos direitos civis, das minorias e da redistribuição de renda. Então, surge certa confusão coloquial quando se concebe Ronald Dworkin como jurista liberal.

Tendo claro esse compromisso do pensamento de Dworkin, fica mais fácil o entendimento de por que esse autor sustenta que as decisões judiciais não somente são, mas também devem ser políticas, como se vê a seguir.

Com efeito, os juristas liberais norte-americanos vêm, desde meados dos anos cinqüenta do século XX, dedicando-se a reavaliar a Hermenêutica constitucional americana e sua apologia ao ideário dos chamados fundadores da pátria, os constituintes originais. A luta por uma interpretação construtiva da Constituição é a meta de racionalidade almejada por esses autores no Direito. Ao princípio da igualdade, a título de exemplo, tem sido debitada a responsabilidade pela promoção sistematizada da desigualdade entre as minorias raciais e a Sociedade branca.

O liberalismo individualista de Dworkin defende que a proteção dos direitos individuais supera a do bem-estar coletivo; ao contrário do liberalismo coletivista britânico, que tem na garantia do bem da coletividade o critério de maior peso. Essa visão é tipicamente americana, centrada na concepção de direitos humanos como direitos individuais.

Ronald Dworkin (2000, p. 6-7) distingue a concepção teórica do Estado de Direito como sendo aquele baseado no texto legal que abstrai a possibilidade de uma justiça substantiva, de uma segunda concepção de Estado de Direito, centrada nos direitos e com uma compreensão do Estado como agente apto a realizar substantivamente o ideal de justiça.

Para Dworkin (2000, p. 14), qualquer solução de controvérsia que incorpore a sua concepção de Estado de direitos será superior em relação à adoção de critérios hermenêuticos, tais como a vontade do legislador, e proporciona uma interpretação criativa do Direito. Esse modelo centrado nos direitos reflete a idéia de integridade da Hermenêutica de Dworkin e importa à Teoria da Decisão Judicial porque essa preocupação com a racionalidade das decisões revela, nesse ponto, uma identidade de objeto entre as duas disciplinas.

O modelo ideal de Sociedade democrática que o autor pretende construir incorpora quatro princípios básicos: eqüidade, justiça, legalidade e integridade. Para o autor, a eqüidade tem um caráter procedimental e formal, enquanto o princípio de justiça se refere aos resultados das decisões, e o princípio da legalidade garante, como única força legítima, a estatal. Superlativo nesse sistema principiológico do jurista americano é a idéia de integridade que pressupõe a existência de princípios – de direitos humanos –, organizados coerentemente (CALSAMIGLIA, 1997, p. 79-80).

### **3.2 A legitimidade formal do agente da decisão e o problema do ativismo judicial**

Na cultura jurídica contemporânea convivem confrontadas duas concepções radicalmente opostas acerca do desempenho da função jurisdicional em um Estado de Direito e em torno da idéia de *ativismo judicial*. Em primeiro lugar, existe uma larga tradição no pensamento jurídico-político de postura contra os riscos de um governo de juízes ou de juízes legisladores conforme a obra de Mauro Cappelletti (1999b, p. 61-69). Para estes o ativismo judicial equivale à invasão do juiz em um espaço de legitimidade que não lhe corresponde, e, por isso mesmo, põe em perigo o delicado sistema de equilíbrios institucionais, sem o qual se frustraria irremediavelmente o ideal do Estado de Direito. Neste ponto de vista é latente a convicção de que o juiz ativista

não é mais do que um indivíduo que, se considerado por acaso parte da elite moral, impõe aos demais seus próprios valores sem se dar ao trabalho de ter o direito de fazê-lo passando pelo processo político ordinário, isto é, do procedimento democrático.

Para a segunda concepção, *ativismo judicial* não é uma expressão pejorativa, mas admite que se entenda por *juiz ativista* aquele que invade o espaço da pura discricionariedade política, onde só conta o critério da oportunidade. O núcleo dessa segunda concepção é a idéia do juiz como garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos ante a qualquer classe de atuações dos poderes públicos. Se os direitos são limites para as maiorias e para o Poder que atua em seu nome, um juiz que leve a sério seu papel de garantidor dos direitos simplesmente não poderia limitar-se ao critério da própria maioria; ou melhor, do Poder que atua em seu nome, acerca do conteúdo e alcance dos ditos direitos. Nesse caso o ativismo judicial não seria um vício e sim uma virtude por excelência da função jurisdicional em um Estado constitucional. Tudo isso está convenientemente sistematizado nestas palavras de Roberto Bergalli (1994, p. 41):

O papel do juiz pode ser definido como aquele de quem tem como tarefa principal a de defender os direitos dos indivíduos, das minorias, dos potenciais abusos das instituições político-representativas e das maiorias que as controlam [...] Diante da debilidade das formas clássicas da representação liberal [...] o protagonismo judicial dos últimos anos pode ser visto como uma tentativa de *governo dos juizes* nem como uma *politização da justiça*, e sim como um suporte da democracia representativa e um elemento corretor dos demais poderes constitucionais.

Cada uma das duas concepções é não somente o produto não só de concepções diferenciadas sobre o que se entende por *Estado de Direito* ou de como se concebe a relação entre

Democracia e direitos. Outrossim, em um plano anterior, é produto de distintas concepções sobre o modo como se desenvolvem os processos de interpretação e aplicação de normas, e, ainda, sobre o conceito mesmo de norma e do modo como distintas classes de normas governam as condutas. Esses são os pressupostos teóricos que estão por trás tanto da censura como da reivindicação do ativismo judicial.

Há, então, dois problemas que saltam à vista de imediato. O primeiro é que o ideal descrito (BERGALLI, 1999, p. 44) é, em sentido estrito, inalcançável porque a autonomia semântica não equivale de modo algum à ausência de vagueza. Mesmo o legislador mais ajustado às exigências descritas reconhece que o juiz aplicador se verá em ocasiões em que as leis caem na zona de penumbra dos termos, e o modelo cognitivo-dedutivista de jurisdição simplesmente não se aplica para esses casos. Quando são empregadas linguagens naturais, isso não causa problemas especiais de justificação dentro do ideal clássico do Estado de Direito. Nestas hipóteses intersticiais o juiz se verá investido em um poder de decisão que em princípio parece um corpo estranho dentro do sistema de relações entre poderes próprio do Estado de Direito. Mas, como esclarece Herbert Hart (1986), a justificação desse Poder intersticial não é muito difícil, considerando-se o preço a pagar para evitar maiores inconvenientes de qualquer método alternativo de tomada de decisões nessas circunstâncias. Hipótese que pode ser verificada no primeiro sistema de remissão ao legislativo das dúvidas interpretativas que, não por acaso, tão curta vida tiveram no período imediatamente posterior à Revolução Francesa.

O segundo problema é que sempre se editaram normas formuladas com termos carentes de autonomia semântica ou, ainda, que dotados dela notavelmente vagos. Desse modo restam abertos espaços suplementares para o poder de decisão do juiz, mas, nesse caso, estritamente evitáveis pelo próprio legislador.

Por isso, quando a defesa do ideal clássico do princípio da legalidade censura o ativismo judicial, se está pensando em uma terceira hipótese, a única na qual o modo de proceder do juiz seria evitável e que evitá-lo depende dele. Essa terceira hipótese conduz a algumas questões centrais muito discutidas na Teoria do Direito atual e que tem a ver com o modo pelo qual as normas governam as condutas e com o papel específico das regras nos raciocínios práticos. Essa hipótese é a de que o juiz estando diante de uma lei clara e definida, não a segue literalmente porque sua aplicação ao caso ajuizado lhe parece dura e contra a equidade. Isto é, dada uma norma que possui autonomia semântica e dado um caso que, segundo as convenções semânticas vigentes, está compreendido na zona de clara aplicação da norma, esta terceira hipótese é de o juiz que introduz nela uma exceção não prevista está atendendo a considerações valorativas; algo que naturalmente poderia evitar fazer. Nas duas hipóteses anteriores o juiz teria casos juridicamente difíceis, nos quais o Direito vigente não ditava uma solução inequívoca, daí o ideal de submissão do juiz à lei resultasse vazio. Nesta terceira hipótese, pelo contrário, o juiz estaria diante de um caso juridicamente fácil, mas moralmente difícil. Juridicamente fácil porque o Direito dita inequivocamente uma solução para o caso concreto e porque, em consequência, o raciocínio judicial poderia ajustar-se ao ideal dedutivista. E, moralmente difícil porque do ponto de vista do juiz se produziria um conflito entre as exigências de justiça do caso concreto e outras também de natureza moral, pois têm a ver com a garantia de bens como certeza, previsibilidade que respaldam sua submissão à lei.

Mas, as considerações valorativas que levariam o juiz a aplicar a justiça no caso concreto excepcionando a regra aplicável não precisam ser necessariamente as suas pessoais, podem corresponder à verdadeira intenção do legislador, ou considerações que dêem sentido a essa intenção, ou que estejam

aí implícitas no Direito legislado em seu conjunto. Nesse caso, a verdadeira fidelidade, a fidelidade inteligente ao ideal da legalidade estaria mais bem representada.

Nesta mesma direção segue o pensamento de Pérez (1987, p. 168), quando afirma que os juízes não dirigem e nem devem dirigir o jogo sociopolítico, a eles cabe a aplicação do direito vigente. Não é de responsabilidade dos juízes modificarem a realidade política ao estimarem que deva ser modificada. O Legislativo e o Executivo são os responsáveis por tais tarefas. O Judiciário possui outra tarefa mais específica: a administração da justiça. O Estado de Direito reclama dos juízes uma separação da política, uma imparcialidade absoluta.

#### **4 A RACIONALIDADE PRAGMÁTICA DA DECISÃO POLÍTICA**

A legitimidade substantiva da decisão judicial repousa na tutela dos direitos fundamentais. Neste último caso, há um espaço no qual as decisões com fundamento político são tomadas com referência ao sistema de garantia de direitos constitucionais.

Jürgen Habermas (1997, p. 301) segue Robert Alexy (2001) ao considerar que o discurso sobre os direitos fundamentais os antecede, e não se vincula, por isso, às decisões tomadas no processo legislativo. Assim, o fator de ligação mais importante para a argumentação jurídica geral, que é a lei, não se encontra no próprio discurso. O que se torna presente são as determinações dos direitos fundamentais muito abstratas, abertas e carregadas de ideologia. Esse discurso dos direitos fundamentais se encontra em toda extensão da jurisdição constitucional. Assim, para a Teoria do Discurso, somente por ocasião do controle abstrato de normas, ocorre uma desvinculação explícita da validade da lei com força de Direito mesmo que de forma pontual.

Quando o discurso se apóia nos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional é um ponto central, como se verá no capítulo seguinte, tanto quando se trata da aplicação do Direito em vigor como quanto do controle posterior de leis já promulgadas pelo Parlamento. Em qualquer caso, o que está em jogo é a interpretação construtiva do caso particular. Habermas (1997, p. 303) aponta para o fato de o tribunal só ter a ver com os casos de colisão, a maior parte de suas decisões possui a característica de ser de decisões sobre princípios, o que aumenta o problema da indeterminação do Direito.

Como as tarefas e objetivos do Estado não estariam regulados constitucionalmente e sim relegados à Política, os direitos fundamentais são compreendidos como direitos de defesa ante o Estado. Com isso, a jurisdição fica claramente condicionada. Dessa forma o legislador se limita a garantir a origem pública, prevenir abusos de autoridade na Economia, circunscrever a partir de leis gerais e abstratas as intromissões possíveis da Administração do Estado. (HABERMAS, 1997, p. 304-305) Aponta-se atualmente um deslocamento preocupante dos pesos entre Parlamntos e Tribunais Constitucionais no Estado de Direito e no desenvolvimento do sistema jurídico em geral, valorizando a ordem jurídica global e constitucional que, além de garantir a proteção jurídica individual, também garante o bem-estar social e a segurança dos cidadãos. A Constituição assume a garantia dos *status* sociais nas concepções oriundas do modelo liberal de Sociedade na qual a Constituição é vista como a separadora da Sociedade econômica, onde os indivíduos perseguem a própria felicidade e interesses de modo autônomo e privatístico e a esfera estatal da busca pelo bem comum.

Nas decisões do Tribunal Constitucional alemão, uma dogmática implícita dos direitos fundamentais que faça jus ao fato de que o sistema de direitos não seja mais garantido na base tradicional de uma Sociedade econômica liberada e passe a ser

concretizado por realizações estatais que dirige reflexivamente prepara infra-estruturas e afasta perigos, regula, possibilita e compensa. Nas sociedades complexas o efeito protetor não é mais algo só negativo, contra ataques, porque fundamenta pretensões a garantias positivas. Por isso, em um Tribunal Constitucional, os direitos fundamentais devem ser qualificados como princípios de uma ordem jurídica geral, cujo conteúdo normativo estrutura o sistema de regras em seu conjunto. (HABERMAS, 1997, p. 306-307)

Habermas (1997, p. 308-309) não entra nesta última complexa discussão, mas atesta a mudança na concepção dos direitos fundamentais que se reflete na jurisprudência constitucional. Mudança de princípios que garantem liberdade e legalidade da intervenção que sustenta os direitos de defesa e transporta o conteúdo dos direitos objetivos de liberdade para o conjunto objetivo de normas de princípio enérgicas e formadoras de estruturas. A essa mudança correspondem os conceitos-chave do Direito constitucional como a proporcionalidade e a reserva do possível. Estes servem para relacionar normas diferentes tendo em vista à uniformidade da Constituição. São conceitos nascidos da própria prática da decisão como princípios procedimentais nos quais as interpretações construtivas do caso singular têm como referência a totalidade de uma ordem jurídica reconstruída racionalmente. Os conceitos-chave criam, ao lado de figuras jurídicas clássicas da Constituição escrita, um instrumentário altamente sensível, cuja estrutura conceitual e grau de complexidade da estrutura dos problemas colocados parecem adequados, especialmente na mediação entre o micro, nível de ação dos indivíduos, e o macro, nível dos sistemas. Os conceitos-chave permitem articular as necessidades de um Estado liberal de Direito que garanta a propriedade, com o do Estado Social que realiza e distribui pelas vias do Direito administrativo.

Habermas (1997, p. 309-310) vê na passagem do Estado parlamentar legislativo para o Estado de jurisdição constitucional um impasse incontornável, só superado pela restauração do modelo de compreensão liberal do Direito, um Direito supra positivo que ignora a divisão entre normatização e aplicação. Ocorre uma concorrência entre legislador e aplicador. A questão envolvida aí é a da legitimidade do Tribunal constitucional. Para ele, os princípios do Estado de Direito podem ser combinados com uma compreensão liberal dos direitos fundamentais, como liberdades subjetivas de ação das pessoas jurídicas privadas ante o Estado, válidas imediatamente; caso contrário perde-se a substância democrática do Estado de Direito que é a separação funcional entre legislação e justiça. A manutenção da função do Parlamento escolhido pelo Povo como determinante para a formação do Direito busca evitar a remodelação progressiva da estrutura constitucional em benefício de um Estado jurisdicional apoiado nas decisões judiciais constitucionais. Surge daí o impasse de ter que aceitar que os direitos fundamentais reclamáveis judicialmente são apenas liberdades subjetivas ante o Estado e não normas objetivas de princípios para todos os domínios do Direito.

Tomando o princípio kantiano de Direito como referência, constata-se que somente a mudança de paradigmas do Estado social conseguiu atribuir validade aos conteúdos juridicamente objetivos dos direitos subjetivos de liberdade, que sempre estiveram contidos no sistema de direitos. Assim, a garantia judicial da proteção dos direitos fundamentais se transforma cada vez mais na tarefa de coordenar e delimitar esferas de liberdade que colidem entre si e em com suas pretensões de liberdade privadas.

Essa leitura dos direitos fundamentais é própria da compreensão paradigmática do Direito em geral, explicada a partir de uma determinada situação histórica, mediada por uma Teoria

da Sociedade, em que a burguesia liberal pretendia obter clareza a partir de seus interesses de como os princípios do Estado de Direito poderiam ser realizados. Na época o paradigma liberal de Direito oferecia uma solução eficiente para esse problema, mas hoje é insuficiente, exige uma resposta diferente. O paradigma do Estado social também não consegue convencer, mas suas dificuldades não justificam a restauração do antigo. Nos Estados Unidos se pretende analisar os princípios do Estado de Direito à luz das novas circunstâncias históricas. Seria preciso instaurar um novo consenso para saber como os princípios da Constituição americana podem ser realizados nas condições de um Estado regulatório. Para isso, analisa-se a jurisprudência da Suprema Corte e como resultado propõe-se uma série de normas de fundo destinadas a transformar o modo de ler paradigmático dos princípios do Estado de Direito. Habermas (1997, p. 312-313) se interessa por essa proposta porque é semelhante àquela dos conceitos-chave do Direito constitucional. 1<sup>o</sup>) porque contribui para a discussão dos paradigmas, não perdendo o contato com sentido original, democrático-radical do sistema de direitos; 2<sup>o</sup>) porque a proposta demonstra a diferença entre os princípios do Estado de Direito e seus modos paradigmáticos de ler.

## CONCLUSÃO

Seja qual for a avaliação, o certo é que o retorno à concepção liberal de Estado não é mais possível, segundo o modelo liberal, os direitos fundamentais são apenas direitos subjetivos de liberdade em oposição ao Poder do Estado e não simultaneamente normas objetivas de princípios, e obrigatórios para todos os domínios do Direito. Impulsionados pelo Estado social, a manutenção não só do Estado de Direito, mas do Estado Democrático de Direito, levam à idéia de auto-organização da comunidade jurídica, e, portanto, a Constituição não pode ser mais entendida como uma ordem que regula a relação entre o Estado e os cidadãos. O Poder econômico e administrativo

necessita de disciplinamento por parte do Estado de Direito. De outro lado, a Constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida à Sociedade. Ao contrário, a Constituição determina procedimentos políticos segundo os quais, cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar sentido para o Tribunal Constitucional, que corresponde à intenção de divisão de poderes no Estado de Direito: o Tribunal Constitucional protege o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.

O esquema clássico de separação de poderes não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do Direito liberal; portanto, não pode limitar-se a proteger cidadãos autônomos contra o excesso do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada pelo Poder econômico e social e depende, por sua vez, do modo como os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação de comunicação dos cidadãos do Estado. Por isso, o Tribunal Constitucional precisa examinar os conteúdos das normas controvertidas especialmente no contexto procedimental do processo democrático de legislação. Essa é uma compreensão procedimentalista da Constituição, que promove uma guinada teórico-democrático no debate sobre o problema da legitimidade do controle jurisdicional constitucional.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Argentina, Colombia, España, Italia. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y eficiencia del derecho*. 2. ed. México, D.F.: Fontamara, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999a.
- \_\_\_\_\_. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999b.
- COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (Cur.). *L'analisi del ragionamento giuridico – materiali ad uso degli studenti*. Volume II. Torino: Giappichelli, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ESSER, Joseph. *Precompresione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto - fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*. Tradizione di Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Scuola di perfezionamento in diritto civile dell' Università di Camerino, 1983.
- FROSINI, Vittorio. *Teoría de la interpretación jurídica*. Traducción de Jaime Restrepo. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.
- LEFORT, Claude. *Pensando o político – ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

- LÖSING, Norbert. *La jurisdiccionalidade constitucional em latinoamérica*. Traducción de Marcela Anzola Gil. Madrid: Fundación Konrad Adenauer/Dykinson, 2002.
- OLIVEIRA Jr., José Alcebíades. Sobre a politização do Direito e a juridicização da Política. In: OLIVEIRA Jr., José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- PÉREZ, Ruiz. *Juez y Sociedad*. Bogotá: Temis, 1987.
- RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 2. ed. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ROCHA, Leonel Severo. Direito, cultura política e democracia I. *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2000. p. 141-157
- WERNECK VIANNA, Luiz. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros/IUPERJ, 1996.

