

A RETÓRICA CONSTITUCIONAL E OS PROBLEMAS DOS LIMITES INTERPRETATIVOS E ÉTICOS DO ATIVISMO JURISDICIONAL NO BRASIL

THE CONSTITUTIONAL RHETORIC AND THE PROBLEMS OF THE INTERPRETATIVE AND ETHICAL LIMITS OF JURISDICTIONAL ACTIVISM IN BRAZIL

João Maurício Adeodato¹

Faculdade de Direito de Vitória - ES

Resumo

Este texto pretende expor as teses colocadas no sumário, ou seja, como a dissociação entre texto e decisão jurídica trazida pela sociedade complexa provoca uma pulverização das convicções éticas e das instâncias decisórias, sobrecarregando o direito e, dentro do direito, o poder judiciário. E, no contexto de um país que tem os problemas da grande complexidade social, mas não consegue efetivar as soluções e instituições criadas para lidar com eles no mundo ocidental desenvolvido, mostrar que é preciso construir limites interpretativos e éticos para uma jurisdição constitucional democrática no Brasil. Na base dessas teses, os problemas centrais da filosofia do direito podem ser resumidos em três perguntas. A primeira diz respeito ao conhecimento: como detectar o que se chama de direito e separá-lo daquilo que não é considerado direito. A segunda trata do aspecto ético ou valorativo do direito: se suas criação, interpretação e aplicação estão à disposição do poder que governa ou se há instâncias e critérios superiores, ou seja, se há distinção entre direito e justiça. A terceira é metodológica, sobre como a filosofia do direito deve proceder: se tem a função de descrever como o direito se mostra empiricamente ou de aconselhar as demais pessoas sobre o que o direito deveria ser, na opinião de cada filósofo.

Palavras-chaves

¹ Professor do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (ES). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>.

Jurisdição Constitucional. Países periféricos. Texto e norma jurídica. Ativismo jurisdicional no Brasil

Abstract

The text intends to explain the theses suggested in the summary, that is, how the decoupling between text and legal decision brought by complex societies causes a pulverization of the ethical convictions and the decision-making instances, overloading law and, within law, the judiciary power. Moreover, in the context of a country that has the problems of complex societies, but fails to implement the solutions and institutions created to deal with them in the developed Western world, it aims to show that it is necessary to construct interpretative and ethical limits for a constitutional democratic jurisdiction in Brazil. Based on these theses, the central problems of philosophy of law and constitutional law can be summarized in three questions. The first concerns knowledge: how to detect what is to be called law and separate it from what is not considered law. The second deals with the ethical aspect of law: if its creation, interpretation and application are at the disposal of the governing power or if there are higher instances and criteria to judge it, in other words, if there is a distinction between law and justice. The third is methodological, about how philosophy of law should proceed: whether it has the function of describing how law appears empirically or of advising other people about what law should be, in the opinion of each philosopher.

Keywords

Constitutional jurisdiction. Peripheral countries. Text and legal norm. Jurisdictional activism in Brazil

Introdução: complexidade social e vitória do positivismo

Este texto pretende expor as teses descritivas sugeridas no sumário acima, ou seja, como a dissociação entre texto e decisão jurídica trazida pela sociedade complexa provoca uma pulverização das convicções éticas e das instâncias decisórias, sobrecarregando o direito e, dentro do direito, o poder judiciário. Essas são verificações realistas.

Como tese normativa, no contexto de um país que tem os problemas da grande complexidade social, mas não consegue efetivar as soluções e instituições criadas para lidar com eles no mundo ocidental desenvolvido,

mostrar que é preciso construir limites interpretativos e éticos para uma jurisdição constitucional democrática no Brasil.

A evolução da história das ideias mostra que os problemas básicos da filosofia e da teoria geral do direito podem ser resumidos em três perguntas que qualquer pessoa consegue entender. A primeira diz respeito ao conhecimento: como detectar o que se chama de direito e separá-lo daquilo que não é considerado direito. A segunda trata do aspecto ético do direito: se suas criação, interpretação e aplicação estão à disposição do poder que governa ou se há instâncias e critérios superiores para decidir, em outras palavras, se há distinção entre direito e justiça. A terceira é metodológica, sobre como a filosofia do direito deve proceder: se tem a função de descrever como o direito se mostra empiricamente ou de aconselhar as demais pessoas sobre o que o direito deveria ser, na opinião de cada filósofo.

O mais difícil são as respostas. Mas o mais importante são as perguntas, que constituem as próprias disciplinas da filosofia e da teoria geral. Isso porque, por suposto, cada filósofo tem sua resposta, melhor do que a de todos os outros. O mais útil é tentar descrever as respostas que prevaleceram, as ideias que obtiveram sucesso no tratamento dos problemas empíricos.

A resposta da modernidade ocidental a essas questões vem acoplada aos novos ambientes: os últimos jusnaturalistas do contratualismo social desconfiam do princípio da maioria e da universalidade do voto, mesmo aqueles que defendem a democracia. É assim com Rousseau e Locke, porém mesmo Hegel e Savigny vão procurar outras instâncias de legitimidade, argumentando que o critério do que é justo nem sempre está com a maioria, podendo ser eventualmente “conduzido” por um grupo social minoritário.

Para a origem desse critério de justiça, “positivo”, mas não acoplado à vontade da maioria, os filósofos criaram conceitos como “vontade geral”, “espírito objetivo”, “espírito do povo”, supostamente empíricos, mas que logo se mostraram metafísicos, indetermináveis na esfera pública e daí de pouca utilidade para a política e o direito. Do outro lado, o alto grau de maleabilidade política do princípio da maioria, defendido pelos primeiros

pensadores efetivamente positivistas, e mais adequado à crescente complexidade social com sua pulverização ética, faz com que seja rapidamente adotado em todos os sistemas democráticos ocidentais. No início limitado por restrições censitárias, capacitárias e outras, pois a universalidade do voto só veio a se impor mais tarde, lentamente o direito de votar se estende a mais e mais pessoas.

O iluminismo inaugura esse postulado fundamental que vai marcar as escolas positivistas subsequentes: se todo cidadão é igual, se esses indivíduos divergem e se não há um critério claro para determinar que grupo carrega a “vontade geral” ou o “espírito objetivo”, mais prático aderir definitivamente ao princípio da maioria. E a maioria está representada pela lei soberana, postulado da primeira escola positivista, a *École d'Exégèse*, não sem motivo surgida na França, o primeiro Estado moderno do Ocidente.

Uma definição corrente, aceita inclusive por um de seus críticos contemporâneos, é que o positivismo se caracteriza por entender que um comando normativo é jurídico quando efetivamente cumprido por seus destinatários ou, em não o sendo, se suas sanções são aplicadas independentemente da vontade dos envolvidos².

Observe-se que os critérios para distinguir o direito da religião e da moral, trazidos pela modernidade, tais como exterioridade, autonomia, alteridade, coercitividade, bilateralidade atributiva, nenhum deles apresenta conteúdo ético. A vitória desse formalismo de Kant na ética parece ter sido mais completa na filosofia do direito do que na filosofia moral, em que foi mais contestado, por exemplo pela “ética material de valores” de Max Scheler e Nicolai Hartmann.

A concepção positivista tem pretensões de universalidade, sim, mas de caráter meramente formal, procedimental. Segundo a solução oferecida pela modernidade democrática ocidental para o dilema das divergências éticas, o direito passa a ser definido, em primeiro lugar, de acordo com as inclinações da maioria, pois justo não é este ou aquele padrão ético de conduta, como permitir ou proibir a união homossexual, o aborto ou o

² ALEXY (1992), p. 31 s.

porte de armas, mas sim aquilo que a maioria – seu representante – decide como justo; em segundo lugar, embora o direito precise invariavelmente prescrever um conteúdo ético – daí vai surgir a diferença entre o lícito e o ilícito – sempre será possível que novas maiorias decidam por opções éticas divergentes em relação às anteriores. E estas constituirão o novo direito.

Passa então a ser dominante na filosofia do direito e também na prática política e jurídica, a ideia de que só o procedimento formal, apoiado no princípio da maioria, pode fazer frente aos problemas oriundos do dissenso nas sociedades complexas. Continua a haver protestos contra essa formalização: curiosamente, os filósofos do direito recentemente mais difundidos (Alexy, Dworkin, Habermas) insurgem-se contra ela, mas qualquer profissional do direito sabe que as decisões que realizam o direito não admitem argumentos materiais como a conhecida fórmula de Radbruch: “isso é insuportavelmente injusto”. Só se aceitam argumentações referidas ao direito formalmente posto.

Esse contexto fornece o pano de fundo para as teses aqui sugeridas, as quais procuram aplicar à hermenêutica constitucional e ao direito brasileiro atual uma filosofia retórica realista³.

1 Perspectiva retórica da pulverização das instâncias decisórias

A primeira tese pode ser assim expressa: depois de o executivo e o judiciário terem tomado mais e mais poder do legislativo idealizado por Montesquieu e sua separação de poderes, hoje aumenta mais e mais a criação do direito por instâncias pulverizadas, muitas das quais sequer pertencem ao âmbito do Estado. Além de funcionários **públicos sem** qualquer vinculação com o poder judiciário, as decisões jurídicas estão em mãos de trabalhadores de empresas privadas, nacionais e multinacionais, agências reguladoras, instituições terceirizadas, as quais decidem sobre muitos dos aspectos mais importantes da vida diária: taxas de câmbio, segurança, tarifas de energia, de comunicações etc., esvaziando o debate

³ ADEODATO (2016), p. 453-470.

em torno do chamado “ativismo” judicial, sobre se quem cria o direito é o legislativo ou o judiciário. Alguns exemplos são a Comissão de Valores Imobiliários, o Conselho de Recursos Fiscais do Sistema Financeiro Nacional (vulgo “Conselhinho”), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais... A lista é longa.

Além dessas autoridades, criam direito instâncias paraestatais como pessoas, organizações e empresas destinadas a conciliação, mediação, arbitragem; sem falar no direito costumeiro, muitas vezes *contra legem*, que emerge dos bolsões de excluídos, que os estatistas kelsenianos se recusam a reconhecer como direito; outra instância a mencionar é exemplificada pelo direito transnacional, que cada vez mais ameaça o monopólio da jurisdição pretendido pelo Estado moderno e seu direito dogmaticamente organizado, como se viu na imposição de regras aparentemente contrárias ao direito nacional brasileiro nos casos da Copa do Mundo da FIFA em 2014 ou no caso da exploração do pré-sal.

Buscando explicar essas mudanças, a teoria positivista tradicional do direito evolui da Exegese para um normativismo mais pluralista e daí para um decisionismo realista que se torna progressivamente mais casuístico. A complexidade social crescente provoca um aumento cada vez maior no desacordo a respeito da significação dos textos normativos diante do conflito concreto, diminuindo a importância do poder legislativo e enfatizando o papel do judiciário e demais agentes decisórios nos casos concretos. A norma jurídica não mais se concretiza no texto legislado, na jurisprudência ou mesmo no precedente, meros dados prévios de entrada, mas sim na decisão concreta atual. A “racionalidade” do direito, mais do que casuística, passa a casual.

Essa evolução do positivismo está associada a uma visão da sociedade que se apoia no conceito de diferenciação. Quando se fala em diferenciação social implica-se maior grau de complexidade, o que significa a múltipla contingência de admitir cada vez mais novas possibilidades de conduta, regulações normativas e opções éticas distintas, com muito maiores possibilidades de conflito.

Diferenciação significa, então, aumento de complexidade, e, reversamente, uma sociedade menos diferenciada, mais homogênea, é menos complexa. Complexidade, tal como entendido aqui o conceito, constitui o conjunto de condutas futuras consideradas possíveis em um determinado contexto. Estão fora da complexidade as condutas impossíveis, tais como, pelo menos para a racionalidade moderna, estar em dois lugares ao mesmo tempo ou caminhar sobre a água do rio – que podem fazer parte da “realidade” de outras culturas. Mas estão dentro da complexidade atual a possibilidade de ser atropelado ou assaltado na rua, a antropofagia, o crime organizado e a pedofilia.

Só que o ser humano não consegue lidar diretamente com sua complexidade, pois ninguém seria capaz de viver em sociedade se tivesse efetivamente toda a complexidade presente em todo momento da vida. Aí a função da norma: reduzir a complexidade para garantir expectativas de condutas futuras, controlar no momento presente o futuro, mesmo que ele seja incontrollável. Uma sociedade extremamente diferenciada vai exigir mais do direito, pois a complexidade é mais e mais ampliada, prejudicando a compatibilização entre as expectativas dos indivíduos, as quais se tornam progressivamente mais individualizadas e reciprocamente contraditórias, dificultando a comunicação e ensejando uma múltipla contingência cujos conflitos se retroalimentam⁴.

2 Dissociação entre texto e norma

A segunda tese é que, em uma sociedade altamente diferenciada, os signos linguísticos tendem a se distanciar cada vez mais de seus significados. No caso do direito, os textos normativos passam a ser compreendidos diferentemente pelos diversos indivíduos e grupos, vez que cada um reage a seu modo diante de expressões como “homem médio”, “interesse público”, “moderação de meios”, “direito adquirido” e demais termos abundantes na legislação. Isso torna o texto da lei menos funcional no trato com os conflitos e faz com que os significados só possam aparecer na decisão concreta, conforme já mencionado.

⁴ LUHMANN (1987), *passim*.

Sugere-se aqui, então, que, com a crescente complexidade social, o texto e a norma ficam cada vez mais separados, isto é, ocorre uma maior dissociação entre texto “original” e consequentes desdobramentos. Mesmo a Escola da Exegese, a primeira e mais radical das escolas positivistas, no que concerne à relação entre texto e norma, não os confunde necessariamente, ainda que considere essa distinção um “defeito”, vez que implica a necessidade de interpretação do texto: o ideal é a “clareza”, pois *in claris cessat interpretatio*⁵. Note-se que esse ideal surgiu em uma sociedade mais simples, com um direito menos complexo, como o que aqueles primeiros positivistas tentavam descrever, em cuja aplicação havia um acordo muito maior sobre o sentido e o alcance do texto diante do caso concreto; hoje, ao contrário, observa-se uma crescente importância do caso concreto em detrimento dos textos (e procedimentos deles decorrentes) previamente estabelecidos.

Observe-se um caso recente, trivial para uma visão retórica, mas cujo caráter bizarro, em termos de senso comum, chama a atenção: definir se determinado objeto é uma “sandália de borracha” ou um “sapato impermeável”.

Uma empresa que comercializa um tipo de calçado denominado “cros” teve esse produto retido no Porto de Santos porque na guia de importação classificara o produto como sandália, sob a NCM (“Nomenclatura Comum do Mercosul”) de número 6.402. Segundo as autoridades do porto, o objeto seria um sapato impermeável, mesmo sendo aberto e com furos, o que o colocaria sob a NCM 6.401. Essa classificação tem efeitos tributários, mas não seria razoável pensar que a conduta da empresa objetivava fugir a impostos, posto que sua classificação faria incidir uma alíquota maior do que a dos sapatos; ainda assim teve que pagar multa.

Um ano depois, um novo lote da mesma mercadoria foi novamente retido, no mesmo porto, desta vez sob alegação de que o cros seria sandália, o que provocaria a classificação sob a NCM anteriormente escolhida pela empresa. Diante da nova multa, a empresa recorreu ao Conselho

⁵ BONNECASE (1924), p. 30, afirma que a célebre frase, atribuída a M. Bugnet, “je ne connais pas le Droit Civil, j’enseigne le Code Napoléon”, que se tornou um símbolo da Escola, jamais foi escrita.

Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), cuja 1ª Turma da 3ª Câmara da 3ª Seção decidiu, por apertada maioria, que o crocs “é” mesmo uma sandália, pois um calçado só pode ser considerado impermeável se for até a altura do tornozelo⁶.

Além da autodeterminação (autopoiese) do direito – direito é aquilo que o próprio direito define como tal, com alto limiar de independência da “realidade dos fatos” –, esse episódio demonstra a diminuição de importância da discussão sobre o ativismo dos tribunais: quem cria o direito que atinge efetiva e diretamente os interesses da população são esses funcionários públicos de terceiro escalão ou mesmo trabalhadores privados terceirizados, conforme mencionado na primeira tese acima. No caso, a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) cria as regras gerais e os fiscais da Receita Federal as aplicam, simples assim.

Diante disso não é de estranhar que o Senado Federal, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Constituição, tenha decidido pela manutenção da “habilitação” para exercício de função pública de uma Presidente da República, que o sistema jurídico brasileiro declarou afastada do cargo por impedimento decorrente da prática de crime de responsabilidade fiscal, quando o texto da mesma Constituição assim se exprime:

Art. 52, Parágrafo Único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, **com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública**, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis⁷.

Independentemente do que se pense da decisão sob um ponto de vista moral ou político, de uma perspectiva jurídica realista observa-se que o

⁶ Contraponto.jor.br (2017).

⁷ O inciso I trata do impedimento do Presidente da República.

texto foi ignorado, seja pelas instituições da República, seja pelos funcionários. Mesmo que não se concorde com esse casuísmo subdesenvolvido, uma visão realista sobre a racionalidade humana ajuda a entender melhor esse ambiente em que a efetividade de uma decisão prepondera sobre textos reconhecidos por todos como válidos.

3 Sobrecarga do direito como único ambiente ético comum

A terceira tese é que essa pulverização da jurisdição para além do Estado se dá exatamente para aliviar a sobrecarga para o direito estatal (dogmaticamente organizado), num mundo em que a religião e a moral socialmente generalizadas e eticamente homogêneas, retiram-se da esfera pública e passam a questão de foro íntimo. O direito é o único ambiente ético comum, um mínimo ético social, justamente por seu caráter coercitivo: as regras que valem para todos passam a ser unicamente as jurídicas. Ao mesmo tempo em que isso é pouco para unir os indivíduos de uma comunidade, é muito para a forma democrática de organização do direito dogmático estatal, que não tem condições de responder a todas as demandas. Por isso mesmo, o direito vê-se constantemente às voltas com necessidades de legitimação, posto que as expectativas não contempladas permanecem insatisfeitas no horizonte social, combatendo as expectativas vitoriosas que foram institucionalizadas como coercitivas pelo próprio direito.

A moral, a religião, a etiqueta e demais usos sociais mantêm-se como esferas de diferenciação, separando indivíduos e grupos, ensejando aumento de complexidade, como se observa no recrudescimento de preconceitos simplórios nas sociedades desenvolvidas ocidentais, mas não conseguem mais desempenhar sua função tradicional de propiciar coesão social.

Como visto, o justo já passara a ser aquilo que a maioria tem como justo, fruto de acordos circunstanciais e localizados. Esse critério democrático para lidar com a complexidade e as diferenciações éticas sem precedente levadas a efeito no Ocidente provocam um esvaziamento de conteúdo moral prévio, um excesso de disponibilidades éticas na positivação do

direito. Em outras palavras, a escolha do poder constituinte entre opções éticas possíveis concentra-se em como aferir, filtrar e controlar a “opinião de todos”, vale dizer, torna-se formal, processual, procedimentaliza-se.

Essa procedimentalização institucionaliza a mudança, uma característica importante do direito moderno, pela qual todas as valorações, normas e expectativas de conduta precisam ser filtradas e controladas por processos decisórios⁸. Como o direito torna-se procedimento, seu conteúdo sempre se modifica e até o próprio procedimento está sujeito a novas decisões, segundo novos procedimentos. Conforme já mencionado, foi da observação desses fatos inusitados que nasceu o positivismo jurídico, uma resposta da filosofia do direito a essas inquietações trazidas pela sociedade complexa.

Depois de positivada a Constituição, feitas determinadas escolhas éticas básicas, claro que os poderes decisórios derivados, nos sistemas democráticos, precisam respeitá-las. Mas, em que pese à posição contrária das linhas dominantes na filosofia do direito contemporânea, o poder constituinte efetivamente originário não tem qualquer limite ético prévio que se imponha por si mesmo. Mais ainda, depois de estabelecidas suas escolhas, a legitimidade do direito passa a ser uma questão de validade legal, pois os textos derivados são corretos na medida em que frutos de autoridade competente e rito de elaboração concordante, mais uma vez critérios puramente formais.

Se a positivação originária da Constituição é certamente limitada por circunstâncias históricas, físicas, geográficas, de infraestrutura econômica e densidade populacional, dentre outras condicionantes não jurídicas, seus limites éticos constituem questão aberta.

É por isso que, no mundo contemporâneo, o direito dogmático e a democracia positivista tradicionais não se mostram mais tão eficientes e perdem também em consistência teórica. A crise se manifesta em várias direções, como na possibilidade de partidos não democráticos

⁸ LUHMANN (1987), p. 178-9; LUHMANN (1983), p. 141.

participarem do jogo político, acenando com o fim da democracia, ou no alto índice de abstinência dos votantes⁹.

Essa crise faz com que a tese positivista de separação autopoiética do direito passe a ser contestada em várias frentes. Com efeito, juristas contemporâneos, contrários ao positivismo, buscam estabelecer regras jurídicas de conteúdo moral definido, que todo poder constituinte originário precisaria respeitar, como a de que todos são iguais e por isso têm o direito de participar igualmente do discurso racional, vale dizer, justo¹⁰. Esses conteúdos racionais teriam caráter intrínseco a todo ser humano e proviriam de valores universais. Por isso estariam acima do poder constituinte e de qualquer regra formal de procedimento. Exemplos desses conteúdos seriam o banimento da tortura, do racismo, do sexismo, independentemente do dado empírico de que muitas regras positivas de diversos sistemas jurídicos antes e hoje contrariam esses postulados normativos.

Mas se é difícil universalizar regras instrumentais para determinados procedimentos jurídicos, problema maior ainda aparece quando se pretende universalizar o conteúdo ético do direito e impô-lo coercitivamente sobre aqueles que não querem ser moralmente persuadidos. A argumentação de conteúdo moral não parece suficiente para combater o terrorismo, nem mesmo os crimes ecológicos ou as violações aos direitos humanos. Por isso o direito fica ainda mais sobrecarregado quando se pretende estendê-lo ao plano internacional das mais diferentes e por vezes incompatíveis visões de mundo.

E existem condicionantes infra estruturais muito complexas para esses direitos que se pretendem universalizar. Mesmo que muitos defensores de uma racionalidade ética universal afirmem que não constituem pré-requisitos uns dos outros os direitos humanos de primeira, segunda, terceira ou quarta geração, não se deve supor que um povo sem um mínimo de necessidades básicas satisfeitas, com fome, sem escolas e atemorizado pelo crime organizado possa dar seu apoio a proposições a

⁹ O termo é *Politikverdrossenheit*, “Fastio diante da política”: MÜLLER (1997), p. 110.

¹⁰ ALEXY (1983), p. 361 s.

favor de um tribunal penal internacional, medidas de proteção ao meio-ambiente ou contra a pena de morte.

Um direito racionalmente universalizado pode muito bem resvalar para uma arrogância ética fundamentalista, a qual excluiria aqueles que não compreendam ou não aceitem suas opções. O “insuportável grau de injustiça”¹¹ para uma cultura dominante, pretensamente civilizada e apoiada em indicadores econômicos e tecnológicos eficientes, além do conteúdo semântico muito variável (não quer dizer efetivamente nada), pode perfeitamente emergir do bem estar de certas sociedades à custa da miséria de outras. Dentro do pluralismo étnico e cultural que caracteriza a comunidade internacional, parece ingênuo pretender determinadas posturas éticas como “corretas” e outras como “equivocadas”, pois há muitas dificuldades na definição genérica dessas opções “superiores”, isto é, acima dos procedimentos positivados.

4 Sobrecarga da decisão concreta e do poder judiciário

A quarta tese é que não apenas há uma sobrecarga do direito em geral, envolvendo leis, regulamentos, decretos e todo tipo de decisão, ainda que pulverizada, mas também uma sobrecarga para quem tem que decidir o caso concreto. Nos países periféricos como o Brasil, essa carga ainda está muito na dependência do poder judiciário, que tem se mostrado incapaz de lidar com a situação.

Ao lado da grande significação estratégica tradicional da Constituição, denominada Carta Magna, Carta da Nação, Lei Suprema e outros epítetos agregadores, a importância da jurisdição constitucional cresceu muito no Brasil e foi construída exatamente controlando os conflitos que se originam de divergências sobre o próprio texto constitucional. No exercício de suas funções, os juízes e tribunais eliminam esses conflitos determinando a “coisa julgada”, decisão definitiva da qual não mais cabe qualquer recurso. É certo que na “sociedade aberta dos intérpretes da

¹¹ “O caráter jurídico (de uma norma) perde-se quando a injustiça alcança um ‘grau insuportável’”. ALEXY (1992), p. 71.

Constituição”, todas as pessoas concretizam a Constituição, na medida em que se conduzem de acordo com ela, sem terem necessariamente que provocar o judiciário. Quando cumprem efetivamente um contrato, por exemplo, as partes com certeza concretizam normas jurídicas, sem intervenção do judiciário. As normas jurídicas são concretizadas por todos os destinatários, todo o ambiente social que lhes determina o sentido, e não é possível estabelecer um *numerus clausus* de intérpretes da Constituição¹².

No Brasil, país em que parcelas significativas da população só têm relações com a parte penal do direito estatal, o tratamento de muitos conflitos jurídicos dá-se frequentemente sem o menor contato com o aparato estatal. Mas o Estado exerce papel fundamental, já que está proibido o *non liquet* nas democracias contemporâneas e ele sempre poderá dizer a última palavra sobre o dissenso quanto à solução de um caso. O direito estatal está sempre no horizonte do conflito.

Quer dizer, mesmo que a concretização da norma jurídica não esteja exclusivamente concentrada na autoridade estatal judicante, a importância do judiciário vem crescendo com a complexidade social. Contudo, isso não significa aceitar os dois principais pressupostos teóricos do criticado ativismo jurisdicional, os quais não são, de modo algum, óbvios, ainda que façam parte de uma respeitável tradição na teoria jurídica ocidental mais recente: a um, o direito é visto sobretudo a partir do conflito já ocorrido e da necessidade de seu controle; a dois, de modo correlato, o direito é constituído, efetivamente, por meio da atividade do juiz.

Tampouco significa aderir à abordagem da teoria do discurso ou argumentação ou hermenêutica jurídica racionalista, de caráter idealista, pois, embora essa tendência reconheça que o trabalho do juiz não se limita a aplicar literalmente regras positivadas, toma como evidente o postulado altamente problemático de que existe uma competência comunicativa supostamente própria de todo ser humano, vale dizer, uma disponibilidade para o entendimento e uma capacidade de aprendizado por demais otimista quanto à viabilidade de critérios de justiça e verdade e quanto à

¹² HÄBERLE (1978), p. 155-181.

ideia de que o estabelecimento de regras gerais garantiria a decisão adequada.

Para bem entender como evolui a relação entre texto e decisão na hermenêutica jurídica, diante da teoria da separação de poderes, é interessante observar o debate em torno do conceito de “generalidade” como elemento essencial ou acidental da norma jurídica, ao lado da discussão sobre se o juiz criaria direito. A primeira perspectiva do positivismo é legalista, entendendo que toda norma jurídica é geral e o juiz é mero aplicador, *la bouche de la loi*, sendo a necessidade de interpretação um defeito na clareza da lei, pois *in claris non fit interpretatio*. O normativismo kelseniano posterior já considera que as normas jurídicas podem ser genéricas ou individualizadas, em sua classificação quanto ao âmbito pessoal de validade, admitindo expressamente que a sentença do juiz cria direito¹³. Hoje, para a teoria estruturante de Friedrich Müller, por exemplo, a generalidade é uma característica apenas do texto e a norma jurídica só aparece na decisão concreta. A tarefa de todo legislador, assim, é produzir textos genéricos prévios e válidos, não a regra jurídica propriamente dita, nem sequer sua moldura.

O dado empírico é que, tanto no problema dos limites éticos ao poder constituinte legislativo originário, quanto no problema dos limites éticos à jurisdição constitucional, o direito dogmático contemporâneo é “positivo”, ou “positivado”, no sentido de que os argumentos viáveis não o são por seu conteúdo moral, racional ou de justiça, mas exclusivamente por sua pertinência ao ordenamento estatal.

5 Jurisdição constitucional e o papel da cúpula do judiciário brasileiro

O sistema jurídico constitucional vai muito além dos textos da Constituição, pois as interpretações, argumentações e decisões sobre matéria constitucional não estão no livro que se denomina “a

¹³ KELSEN (1979), p. 179 s.

Constituição”, nos países que a têm escrita. A esse conjunto de apreciações das controvérsias constitucionais pelo judiciário dá-se o nome de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*). O sentido e o alcance dos termos, a coerência argumentativa, em suma, o tratamento dos conflitos, fazem parte importante do universo constitucional. Sem esquecer que a jurisdição constitucional, por sua vez, é também composta de textos, os quais vêm somar-se aos textos do livro constitucional e servir de partida para novas interpretações, argumentações e decisões.

Pela função que exerce no sistema democrático, servindo de base argumentativa para uma imensa gama de casos, o texto constitucional quase sempre aparece mais geral e daí mais vago e ambíguo do que outros textos jurídicos, ainda que todos, em alguma medida, guardem essas características. Observe-se, por exemplo, nas constituições escritas contemporâneas, a frequente ocorrência das chamadas “normas” (mais precisamente são textos) programáticas, aquelas que fixam metas e norteiam os princípios e objetivos éticos e políticos do sistema, ao lado de normas que dependem de outras para produzirem efeitos, muitas das quais, sobretudo nos países subdesenvolvidos, têm a função simbólica e estratégica de fazer os destinatários acreditarem que estão efetivamente positivadas¹⁴.

No contexto de um país periférico como o Brasil, com graves problemas infraestruturais imediatos, a efetivação de certas normas constitucionais é empiricamente impossível, diante dos recursos governamentais disponíveis, pois não se pode transformar o Brasil em um Estado social e democrático de direito unicamente através da promulgação de textos normativos. Mesmo em uma sociedade com constituição escrita e procedimentos aparentemente democráticos, a disponibilidade de efetivamente resolver questões de poder através de tribunais institucionalizados exige outros pressupostos além dos meramente formais¹⁵.

¹⁴ Sobre a eficácia simbólica, ADEODATO (2012) p. 93 s. e 128; ADEODATO (1985), p. 65-92.

¹⁵ GRIMM (1991), p. 21.

Por isso o debate sobre os limites à criatividade do judiciário. Uma corrente crítica considera a preponderância da atividade judicante na concretização, sobretudo por parte das cortes mais altas, prejudicial ao Estado democrático de direito, pois o judiciário passa a ser o guardião do conteúdo moral do direito e, em vez de a moral limitar o direito, como parece ser a intenção de Dworkin, pode acontecer exatamente o contrário: a inserção direta de princípios morais e até político-partidários nas questões jurídicas, através de uma “moral do judiciário”, faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo se ampliem a níveis historicamente inadmitidos no contexto democrático. “Multiplicam-se de modo sintomático no direito moderno conceitos de teor moral como ‘má fé’, ‘sem consciência’, ‘censurável’, que nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes tornam-se representações altamente tradicionalistas dos juízes”¹⁶.

No início dos anos 90, os juristas brasileiros politicamente progressistas buscavam um discurso mais alternativo, em alguns casos até anti-estatal. Os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas. Logo se percebeu que a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, não era panaceia para resolver problemas de ordem inteiramente distinta, tais como educação, previdência, fome e violência. Do mesmo modo que a crescente constitucionalização das mais diversas matérias jurídicas, ou seja, construir novos e novos textos constitucionais mediante emendas tampouco o é. É ingênua essa visão messiânica tanto sobre a jurisdição constitucional quanto sobre as competências iluministas do legislativo, pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social único e sem precedentes.

A alusão constante a “princípios” parece também problemática. Os princípios constitucionais, assim como os princípios gerais do direito, são estratégias altamente metafóricas, retoricamente construídas para obter adesão. Ainda que todo texto seja metafórico, incluindo os jurídico-dogmáticos infraconstitucionais, os textos jurídico-principiológicos o são muito mais, assim como as decisões que a eles se reportam. Mais ainda, os

¹⁶ MAUS (2000), p. 134-135; MAUS (1994), p. 308 s.

princípios podem apresentar-se de modo contraditório e até inversamente proporcional, como os de “economicidade” *versus* eficiência ou celeridade processual *versus* ampla defesa, sem contar quando as partes argumentam com base em um mesmo princípio para solicitar resultados opostos, como no caso da dignidade da pessoa humana.

6 Entre o ativismo jurisdicional errante e a utopia da decisão correta

Concluindo, podem-se reduzir as opiniões e críticas correntes a dois tipos ideais¹⁷ quanto às vias para aplicação do direito: de um lado, as que creem na possibilidade de correspondência entre o texto genérico e prévio e a decisão do caso concreto, por meio de uma interpretação guiada racionalmente, isto é, competente e justa; de outro, aquelas que veem a decisão como independente do texto, servindo a Constituição e demais ordenamentos legais muito mais para uma justificação posterior de uma opção criada casuisticamente. Cada autor é mais próximo de um ou outro extremo no debate.

Opor essas concepções subsuntivas às decisionistas ajuda a entender como a sociedade e o direito se modificam ao longo do tempo, num contexto em que o aumento de complexidade social torna mais agudo o distanciamento entre os signos linguísticos e seus significados concretos. O esclarecimento desse debate pode sugerir um meio caminho entre um regresso problemático à separação de poderes dos séculos XVIII e XIX, ao “juiz boca da lei” da única decisão correta, e a tese de que qualquer decisão é possível.

Para os partidários da ausência de limites, surge na teoria do direito uma espécie de irracionalismo, que ignora os textos válidos do ordenamento jurídico, negando sua relação com a decisão concreta e afirmando que, em um sentido bem literal, quem decide o caso “faz” o direito. Em lugar da teoria tradicional sobre a hierarquia das fontes e a submissão do juiz à lei, observa-se que a cúpula do Judiciário não pode contradizer a Constituição, em última análise, pois a própria Constituição afirma que quem diz o

¹⁷ *Typen-Begriffe* nas palavras de WEBER (1985), p. 9.

conteúdo do texto constitucional é o Supremo Tribunal Federal, o tribunal constitucional, e seus ministros já o afirmaram expressamente. Pode haver uma decisão judicial momentaneamente *contra legem*, mas dizer que uma decisão definitiva da corte constitucional é contrária à lei afigura-se uma *contradictio in terminis*. Ou seja, a Constituição diz o que os tribunais dizem que ela diz.

Descrita a situação da jurisdição constitucional brasileira, mesmo em se admitindo que é o juiz quem determina a norma jurídica, o problema estratégico é se há limites previamente fixados à sua ação e quais são eles. Como toda sugestão, essas agora são propositivas, não mais analíticas.

Novamente: se aqui se admite que o texto normativo previamente elaborado não determina a norma propriamente dita, isso não implica dizer que nada significa na aplicação do direito, ele precisa ser parte do procedimento. Por outro lado parece claro que, ao decidir, o judiciário lança mão de critérios, fornecidos não apenas pelas fontes do direito como a lei, mas também pelas inclinações pessoais de cada juiz, pelas pressões sociais, quando o caso interessa a muita gente, todas “inseriradas em um contínuo de indeterminação” que é simplesmente impossível de esclarecer em sua totalidade¹⁸. Para controlar essa relação entre texto prévio e decisão, os juristas têm feito as mais diversas sugestões doutrinárias e a dogmática jurídica contemporânea tem desenvolvido mecanismos hermenêuticos mais ou menos intrincados para isso.

Não acreditar na possibilidade da única solução correta, portanto, não significa pregar o ativismo judicial ou combater esse fenômeno, é simples verificação. Lembrando que essa ênfase sobre o caso não é trazida apenas pelo juiz, mas também pelas outras numerosas instâncias decisórias, conforme referido acima. Tampouco se considera aqui que qualquer solução concretiza “adequadamente” a norma constitucional. O problema é determinar quando esta concretização é adequada, quando não, vez que a polissemia está sempre em qualquer linguagem.

Essa polissemia não é apenas presente no direito aplicado, mas também influi sobre a ciência do direito, questionando e modificando as

¹⁸ GUIBOURG et al. (2004), p. 5.

perspectivas sobre a constituição e sua interpretação¹⁹. Uma doutrina mais adequada é requerida porque o leigo e também os profissionais do direito não conseguem compreender como se processa, na modernidade, “...uma mutação constitucional permanente, mais ou menos considerável, que não se deixa compreender facilmente e, por causa disso, raramente fica clara”²⁰. Se isso é observável em países do capitalismo central, como a Alemanha dos autores agora referidos, mais ainda é de difícil controle a jurisdição constitucional de países subdesenvolvidos, cujas instituições e lideranças padecem de problemas crônicos de falta de competência e de ética.

Isso porque boa parte dessa discussão só tem sentido no contexto do Estado democrático de direito, com suas estratégias de funcionamento e de legitimação. As constituições democráticas afirmam que o poder emana do povo, ainda que não sejam elaboradas por ele, nem ele participe das decisões dos tribunais ou da administração. A unidade do povo e a unidade entre Estado e constituição não são óbvias, sobretudo se o povo não pode ou não quer “participar”. A grande questão passa a ser justamente “quem” pertence ao povo, a que corresponde esse conceito constitucional (MÜLLER, 1997).

Para definir o Estado democrático de direito é também preciso decidir se uma economia de mercado “aberta” e “livre” é pré-requisito para sua existência²¹, o que reduziria a utilidade da discussão às sociedades capitalistas da Europa, América do Norte e eventualmente determinadas porções da Ásia. Isso porque as sociedades modernas não são integradas apenas socialmente, em torno de valores e normas, “... mas também sistemicamente, em torno de mercados e poder administrativamente aplicado”, isto é, dinheiro e poder constituem também mecanismos de integração da sociedade²².

Assim a questão passa a ser como proteger os textos previamente colocados como pontos de partida das decisões, sabendo que não se pode voltar à única resposta correta ou a ideias ontológicas de verdade e justiça.

¹⁹ AUGSBERG (2016).

²⁰ HESSE (1998), p. 51 e 63 s.

²¹ HÄBERLE (1997), p. 112-114.

²² HABERMAS (1993), p. 58-59.

É neste ponto que está o papel contemporâneo da doutrina. A doutrina é uma das formas civilizadas mais eficazes no controle da vagueza e da ambigüidade, da polissemia dos textos jurídicos. É a fonte material do direito mais importante, no sentido de que toda regra jurídica segue alguma doutrina; sem ser coercitiva, ela se constitui a partir de um debate livre, que se baseia no conhecimento e no convencimento de cada um. Na sociedade complexa a compreensão do direito exige uma doutrina correspondente, cuja autoridade técnica e ética possa nortear a elaboração dos textos jurídicos, das decisões, da lei, da jurisprudência, dos contratos.

A fiscalização pela doutrina pode dificultar o voluntarismo ensimesmado das instâncias decisórias, principalmente quando não couber mais qualquer recurso. Não apenas a doutrina técnica dos juristas, mas também todos os núcleos organizados da sociedade, que porventura tenham interesse naquela decisão específica: ordem dos advogados, associações em geral, sindicatos, grêmios, qualquer canal que possa se opor a convicções monocráticas, lamentavelmente frequentes nos procedimentos decisórios brasileiros.

Assim se colocariam empecilhos àqueles tristes catálogos de *topoi* que se vão formando no país: “a decisão vai depender do que o juiz comeu no café da manhã” ou “na minha vara somos eu e Deus; e nessa ordem”, “decido somente com minha consciência” e outras pérolas do gênero.

Principalmente diante das mazelas brasileiras, cujo poder judiciário assume postura casuística, na medida em que as justificativas das decisões variam a ponto de se expressarem mediante argumentos simplórios do tipo “é da natureza da ação”, “mudei de opinião” ou “a constituição diz o que nós dizemos que ela diz”, ou seja, é assim porque assim o é.

Nesse estado de coisas, deve-se observar também o modelo de nomeação dos membros dos tribunais superiores, estaduais e federais, indicados pelo executivo e escolhidos pelo legislativo, o que traz um caráter político à cúpula do judiciário, como se vê nos recentes desdobramentos no Brasil. O procedimento não tem muita consideração em exigir maiores fundamentos para as expressões “reputação ilibada” ou, menos ainda, “notório saber jurídico”. Indivíduos sem formação técnica diferenciada,

meros rúbulas com amizades políticas, são guindados aos mais altos cargos, sem o menor controle.

O problema da jurisdição constitucional brasileira parece ser: o judiciário nem vê o texto como o caminho para uma resposta correta, como na Exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto doutrinário e de procedimentos hermenêuticos específicos, que controlem de alguma maneira as variações de respostas. O casuísmo que decorre dos voluntarismos mal fundamentados só pode prejudicar – como vem fazendo – o caminho para um Estado de direito.

Assim, é preciso defender o texto como um dos limites à concretização, um impedimento ao decidir em qualquer direção, contra as diversas formas de decisionismo. Essa proeminência do aspecto formal e, conseqüentemente, da validade, diante de outros conteúdos presentes no cenário político e jurídico, constitui-se em um “elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial”²³. E, acrescente-se, guarda tranquilamente sua dívida teórica para com o positivismo kelseniano: se é certo que a “moldura” não se reduz ao texto, também é fundamental que seja parte importante dela.

Repita-se que os conceitos de jurisdição constitucional e concretização da norma constitucional não se confundem. Por um lado, a jurisdição constitucional diz respeito a todo um conjunto de decisões, que tornam plenos de sentido textos constitucionais utilizados como base para argumentações dogmáticas em torno de litígios, dúvidas, conflitos de entendimentos e de interesses, submetidos à apreciação do judiciário; ela é assim formada a partir de uma gama de concretizações. Por outro lado, enquanto a jurisdição constitucional resulta do trabalho do judiciário, ainda que as partes envolvidas nos litígios sugiram seus argumentos, a concretização provém de toda e qualquer utilização da constituição, independentemente do judiciário, pois todos concretizam as normas, a partir dos textos e dos dados e conflitos da realidade, conforme já

²³ MÜLLER (1976), p. 15.

mencionado. Neste sentido a jurisdição constitucional é uma parte importante da concretização, mas apenas uma parte.

A vantagem de uma jurisdição constitucional gradual e controlada, segundo experiências externas mais bem-sucedidas, parece ser a de canalizar a complexidade. Ela, literalmente, “vai fazendo a Constituição aos poucos”. O problema é que, no caso brasileiro, ela se insere em uma dogmática jurídica filosófica e juridicamente despreparada, a qual não produz doutrina, mas apenas discursos laudatórios às autoridades constituídas.

Referências:

ADEODATO, João Maurício. The realities of law are the winning narratives – basic theses for a realistic and rhetorical philosophy of law. **Fontiers of Law in China**, vol. 11, nr. 3, September 2016, p. 453-470.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica** – para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012 (5^ª ed.).

ADEODATO, João Maurício. A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado – notas à teoria de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, v. 16. Caruaru: 1985, p. 65-92.

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg-München: Alber, 1992.

ALEXY, Robert: **Theorie der juristischen Argumentation**. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983.

AUGSBERG, Ino. **Kassiber** – Die Aufgabe der juristischen Hermeneutik. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

BONNECASE, Julien. **L'École de l'Exégèse em droit civil** – les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustre représentants. Paris: E. de Boccard, 1924.

Contraponto.jor.br. (2017)

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiX_JXR69_WAhWHhJAKHfXKB54QFghJMAY&url=http%3A%2F%2Fcontraponto.jor.br%2Ffeis-questao-crocs-e-sandalia-ou-sapato%2F&usg=AOvVaw28XjD3xdw6a2WhNpYyUxXy. Access in 15.11.2017.

GUIBOURG, Ricardo Alberto et al. **Análisis de critérios de decisão judicial**: el artículo 30 de la ley de contrato de trabajo. Buenos Aires: Grupo de Análisis de Críterios, 2004.

GRIMM, Dieter. **Die Zukunft der Verfassung**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993.

HÄBERLE, Peter. **Europäische Rechtskultur** – Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1997.

HÄBERLE, Peter: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, *in* HÄBERLE, Peter: **Verfassung als öffentlicher Prozeß** – Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p. 155-181.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**, Kurt Ringhofer und Robert Walter (Hrsg.). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.

LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’, trad. de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, nº 11. Recife: Universitária da UFPE, 2000.

MAUS, Ingeborg. **Zur Aufklärung der Demokratie** – Rechts- und demokratiethoretische Überlegungen im Anschluß an Kant. Suhrkamp: Frankfurt a. M., 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Wer ist das Volk?** Die Grundfrage der Demokratie (**Schriften zur Rechtslehre**, Bd. 180), Ralph Christensen (*Hrsg.*). Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft** — Grundriss der verstehenden Soziologie, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1985.