

Emilio Peluso: O papel que deve ser assumido pelo Poder Judiciário

21/01/2013

O presente artigo busca reconstruir alguns dos argumentos apresentados pela socióloga alemã Ingeborg Maus em seu texto *“O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*”. Com o advento do paradigma do Estado de bem-estar, Maus noticia um crescimento dos poderes e competências do Poder Judiciário alemão, em especial da Corte Constitucional. Segundo ela, tal crescimento se deve ao tipo de abordagem hermenêutica por parte da Corte, que não mais se contentaria em aplicar apenas o direito positivo, mas apelaria a fundamentos, de acordo com a socióloga, de ordem moral.

Esse crescimento pode ser contraposto ao modelo de decisão judicial próprio do paradigma liberal, ou seja, da aplicação silogística da lei, um tipo de interpretação formal que, aos olhos de Maus, parecia atender ao princípio da soberania popular, confundido com a própria lei. A proeminência do Poder Legislativo logo após a Revolução Francesa, justificada teoricamente pelo Abade Sieyès, teria surtido efeitos na Alemanha, ocasionando a total subserviência, no século XIX, do Judiciário ao “direito formal burguês”.

Com o advento do paradigma do Estado de bem-estar social, os juízes alemães reivindicariam mais e mais poderes, por intermédio da Associação dos Juízes Alemães, já sob a égide da Constituição de Weimar. A posterior instauração do regime nazista, também, contribuiu em muito para que os juízes passassem a encarnar o modelo de “moralidade” tão caro à conformação do povo alemão. O juiz representaria a unidade schmittiana do povo alemão, embalados por um tipo de autorização dada pelo III *Reich* para que eles se desligassem das “muletas da lei” e pudessem levar adiante o projeto de “unificação”.

Com o Pós-Guerra e o restabelecimento do regime democrático, no entanto, esse papel de condutor da “moralidade alemã” foi mantido mesmo com a Lei Fundamental de Bonn de 1949. Juristas foram mantidos nas universidades, juízes em seus cargos, ou seja, o mesmo pensamento de alargamento das competências e poderes do Judiciário permaneceu. Assim, foi fácil para a Corte Constitucional Alemã criar doutrinas como a da jurisprudência de valores, julgando de acordo com cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outros parâmetros abertos que não tinham vinculação à letra da Constituição mas, pelo contrário, seriam tratados como normas suprapositivas às quais o Judiciário teria sempre acesso mediante o exercício do controle de constitucionalidade das leis. Com isso, o monarca que teria sido destituído com o paradigma liberal burguês reencarnava no superego do Judiciário.

A “sociedade órfã” já não dispunha do livre acesso à emancipação moral, mas tinha no Estado um poder que era o *imago*, a imagem paternal que lhe outorgava os principais valores tidos por ele como mais proeminentes. Assim, o Direito aplicado não era aquele votado pelo Legislativo soberano, mas aquele que o Judiciário entendia como aplicável, sucumbindo o mesmo ante qualquer teste de legitimidade.

O diagnóstico de Maus não se restringe à Alemanha. Para a autora, pode-se verificar o aumento de popularidade do Judiciário também nos Estados Unidos. A recente literatura traz ao público biografias de juízes, históricos desses personagens em que eles são comparados a deuses do Olimpo. Isso daria margem para a formulação de teorias que, segundo ela, atribuem ao juiz um poder excessivo: tal seria, por exemplo, a proposta da teoria de Ronald Dworkin. Na teoria da integridade poderia ser vislumbrada a atribuição excessiva do papel de dizer o que é o Direito aos juízes. Apesar do instigante diagnóstico da autora, contudo, ela não reflete bem acerca do pensamento de Dworkin.

Isto porque há uma distinção crucial na teoria dworkiniana. Trata-se da distinção entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*. Os argumentos de política justificam uma decisão política com base naquilo que é bom para uma determinada comunidade localizada temporal e espacialmente; argumentos de princípio dizem sobre o que é justo, ou seja, são argumentos normativos que se impõem por sua força impositiva a respeito daquilo que é correto ou justo em termos universalizáveis.

Quando juízes decidem de acordo com a integridade do direito, eles agem como membros de uma comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade que se vincula por argumentos de princípio. Eles devem ver o direito em sua melhor luz, o que inclui um tratamento deontológico (normativo) dos princípios e o respeito aos direitos, tidos como “trunfos” ante argumentos de política. O que Dworkin chama de moralidade política — ao contrário da moralidade encarnada pelos juízes alemães e criticada por Maus — é um todo coerente de virtudes normativas, como justiça e integridade. A decisão judicial deverá, pois, refletir o que é justo ou correto ante normas, não o que o juiz pensa que é “bom para mim” ou “bom para nós”.

Portanto, o diagnóstico de Maus é extremamente pertinente; mas a crítica é mal dirigida. Ela seria melhor endereçada à própria Corte Constitucional Alemã e a autores como Robert Alexy. Para Alexy, os princípios jurídicos seriam mandados de otimização que obedecem a uma “lei de ponderação”: quanto menor o grau de satisfação de um princípio, maior deve ser o grau da satisfação do princípio correspondente. Isto implica que, em casos de colisão de princípios, um balanceamento seja possível. Neste balanceamento, dificilmente (já que há uma relativização) o juiz deixaria de fazer implicar na decisão aquilo que é bom para ele. Com isto, teríamos efetivamente o problema da assunção pelo Judiciário de uma eticidade (e não moralidade, como quer Maus) nociva ao pluralismo jurídico.

O texto de Maus e a discussão colocada são extremamente atuais para um Supremo Tribunal Federal que adota irrestritamente o princípio da proporcionalidade como critério legitimador de suas decisões judiciais e que ganha o holofote da mídia cada vez mais, quase sempre sem que se identifique os problemas trazidos por um bom número de suas decisões.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2013-jan-21/emilio-peluso-juiz-nao-decidir-acordo-pensa-bom/>