

Senso Incomum: O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”

02/01/2014

Spacca

Nos Estados Unidos... e não aqui, é claro
Esse primeiro subtítulo da coluna é para completar o título acima e tranquilizar os leitores, no sentido de que o que tratarei é de outro sistema jurídico e de outra realidade. Nada a ver com o Brasil, portanto.

Aprenda se divertindo

Meu amigo Dierle Nunes, professor da UFMG, mandou um vídeo que os alunos legendaram. Todos conhecem o desenho animado Pinky e Cérebro. O vídeo escolhido pelos alunos é um episódio em alemão. Claro que a legenda não corresponde à fala. Mas ficou muito engraçado e mostra a corrente jusfilosófica chamada “realismo jurídico”. Portanto, aprenda se divertindo. Não leia o resto da coluna sem ver o vídeo.



Então, o que é esse “realismo jurídico”?

Visto o vídeo, vamos à lição. Primeiro, o realismo jurídico não tem nada a ver com o realismo filosófico, que é a concepção objetivista do mundo (sobre isso, por falta de espaço na coluna, ver meu *Hermenêutica Jurídica em Crise*).

Conforme explico em meu *Verdade e Consenso*, realismo e pragmati(ci)smo são irmãos siameses. As primeiras manifestações pragmaticistas no Direito podem ser encontradas no realismo escandinavo (Alf Ross, Olivecrona) e norte-americano (Wendell, Pound e Cardozo), daí a “semelhança” entre as duas posturas sobre o direito (realismo jurídico e pragmatismo). Para os adeptos do pragmatismo, não se deve conferir “autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do Direito, mas, na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é a previsão ‘exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário’”^[1]. Contemporaneamente, o pragmatismo pode ser identificado sob vários matizes, como a análise econômica do direito, de Richard Posner, nos Critical legal studies e nas diversas posturas que colocam na subjetividade do juiz o locus de tensão da legitimidade do direito (protagonismo judicial). O pragmatismo pode ser considerado uma teoria ou postura que aposta em um constante “estado de exceção hermenêutico” para o direito; o juiz é o protagonista, que “resolverá” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Trata-se, pois, de uma tese anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do direito. No Brasil, o direito alternativo tinha raízes realistas. Nas práticas judiciais, não é difícil encontrar uma série de manifestações realistas.



O jusfilósofo espanhol Garcia Figuerola é contundente, ao dizer que “na atualidade, parece haver uma espécie de realismo jurídico inconsciente na “motivação” dos juízes nos processos judiciais. Afinal, o realismo jurídico baseia-se na concepção de que o raciocínio judicial decorre de um processo psicológico. E isso acontece porque os juristas — em especial os juízes — descreem da capacidade justificadora do sistema jurídico. O realismo é cético diante das normas, pois a considera “puro papel até que se demonstre o contrário”. Assim, a vida do direito é “experiência”. Por isso, direito passa ser aquilo que os juízes dizem que é”.^[2]

Desse modo, quando você ouve alguém dizer que “o-direito-é-aquilo-que-os-tribunais- dizem-que-é”, bingo! Está diante de uma postura realista (ou de uma *Pantoffel theses* do realismo). Compreendeu? Por isso, a estorinha do Pinky e do Cérebro retrata um pouco dessa velha corrente que — mesmo em tempos de intersubjetividade — ainda aposta no ceticismo em relação às normas e em raciocínios decorrentes de processos psicológicos.

No fundo, as posturas realistas e suas congêneres — lembremos que Posner é uma pragmati(ci)sta, que mata a sede no realismo — desconfiam da malta que vota. Desconfia das Instituições, a não ser a mais imaculada: o Judiciário. Por isso, o realismo (e seus genéricos) é também chamado de positivismo fático. Para quem gosta de estudar os mistérios do positivismo, saiba logo — e tenho insistido muito nisso — que positivista não é apenas o do velho formalismo (exegético-legalista). É muito mais do que isso. Enfim...

Direito é aquilo que os tribunais dizem que é?

Claro que, quando penso nos Estados Unidos — e é só lá que isso pode(ria) acontecer, pois não? — lembro logo do caso *Dred Scott v. Stanford* e nas decisões da *US Supreme Court* dos anos 20 (claro que há outros julgamentos “do bem”... por assim dizer).

Paro por aqui. De fato, realismo jurídico e essas coisas do tipo “o-direito-é-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-é” são coisas dos outros. Como dizia Sartre, o inferno são os outros. Dos americanos. E quiçá das Antilhas Holandesas ou Guiné Bissau... Por aqui, nos trópicos, não se fazem dessas coisas... Longe disso. Se bem que, há poucos dias, o ministro Roberto Barroso, do Supremo Federal em [entrevista](#) à *Folha de S.Paulo*, a propósito do julgamento da ADI 4.650-DF, que trata das doações em campanhas eleitorais, que “(...) a gente, para fazer andar a história, não precisa estar com o povo gritando atrás. É preciso interpretar e fazê-la andar. (...) Está ruim, não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar”.

Se não estou enganado, a expressão “a gente” significa “o Poder Judiciário”, estou certo? Estaríamos, então, dando razão à dupla Pinky e Cérebro, do desenho animado? Pode o Judiciário empurrar a história? O dr. Cérebro, do desenho, acha que sim. Mas, permito-me insistir na pergunta: Pode empurrar a história mesmo quando a Constituição-não-diz-o-que-o-Judiciário-diz-o-que-ela-diz?

Como sou desconfiado — afinal, penso que essas coisas só acontecem nos outros países — vou atrás das notícias. Encontrei o Informativo 732 do STF, no qual o relator (ministro Luiz Fux) da citada ADI 4.650-DF “julgou inconstitucional o modelo brasileiro de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas naturais baseado na renda, porque dificilmente haveria

concorrência equilibrada entre os participantes nesse processo político”.

Vejam: o relator disse ser inconstitucional o modelo de campanhas eleitorais. Na sequência, acrescentou que “a participação de pessoas jurídicas apenas encareceria o processo eleitoral sem oferecer, como contrapartida, a melhora e o aperfeiçoamento do debate e que a excessiva participação do poder econômico no processo político desequilibraria a competição eleitoral, a igualdade política entre candidatos, de modo a repercutir na formação do quadro representativo”.

Ainda, por fim, “recomendou ao Congresso Nacional a edição de um novo marco normativo de financiamento de campanhas, dentro do prazo razoável de 24 meses, observados os seguintes parâmetros: a) o limite a ser fixado para doações a campanha eleitoral ou a partidos políticos por pessoa natural, deverá ser uniforme e em patamares que não comprometam a igualdade de oportunidades entre os candidatos nas eleições; b) idêntica orientação deverá nortear a atividade legislante na regulamentação para o uso de recursos próprios pelos candidatos; e c) em caso de não elaboração da norma pelo Congresso Nacional, no prazo de 18 meses, será outorgado ao TSE a competência para regular, em bases excepcionais, a matéria”.

Pronto. Faltou apenas acrescentar: tudo sob pena de chicoteamento... Fico pensando com meus botões já desgastados de tanto com eles pensar: Será que entendi bem? Ora, não preciso ser a favor ou contra o financiamento feito por empresas para entender o que está acontecendo. Por via das dúvidas, deixo claro que sou contra a doação por parte das empresas.

Mas, por favor, como lido com a Constituição e sou obrigado a defendê-la, tenho de me perguntar: a Constituição estabelece um (outro) modelo de financiamento de campanhas eleitorais? É assim tão fácil apontar onde está a parametricidade constitucional que sustenta as afirmações dos votos dos quatro ministros (relator e mais três) que votaram por essa inconstitucionalidade?[3] Há um porção de coisas das quais não gosto, mas daí a serem inconstitucionais no sentido daquilo que se entende por parametricidade, vai um zilhão de quilômetros de distância.

E desde quando o STF declara inconstitucionais “modelos” de alguma coisa? De forma moralista, ele faz a escolha pelo povo e em lugar do povo? O Parlamento serve para o quê? Alguém dirá: mas neste caso o STF está acertando... então por que você está criticando? Respondo: as questões (in)constitucionais não estão a disposição do STF. E um relógio parado também acerta a hora duas vezes por dia, pois não?

E desde quando o STF manda o Congresso fazer uma lei estipulando as condições e requisitos, se a própria Constituição, parâmetro maior para qualquer julgamento, nada fala a respeito? Além do problema da difusa e discutível parametricidade, o estabelecimento de prazo somente teria sentido se o STF dissesse — de forma fundamentada — estar em face de uma *Appellentscheidung*. Vou tentar explicar isso melhor: uma coisa é fazer uma *Appellentscheidung* (apelo ao legislador), que ocorre quando a Constituição determina algo, o Congresso não faz e a Corte Constitucional exorta a que o Parlamento faça a regulamentação em um prazo razoável para que aquela situação não se converta em uma inconstitucionalidade. Para ser mais claro: o apelado ao legislador (*Appellentscheidung*) só ocorre quando a Corte

reconhece que a lei ou a situação jurídica não se tornou ainda inconstitucional. Então, faz a exortação. Em outras situações, o Tribunal restringe-se a constatar a inconstitucionalidade, sem, no entanto, declará-la. No caso da ADI essa, nem de longe se está em face da possibilidade de uma *Appellentscheidung*. Em verdade, parece-me que o STF simplesmente está não só legislando como também dizendo como o Congresso deverá fazer no futuro. Mas, insito: onde está a concreta situação que propicia(ria) o/um apelo ao legislador?

Não preciso pesquisar muito sobre a tal falta de parametricidade. Para tanto, valho-me dos exatos termos da declaração de um dos quatro ministros do STF que já votaram na ADI 4.650, o ministro Roberto Barroso: "Em tese, não considero inconstitucional em toda e qualquer hipótese a doação [a campanhas eleitorais] por empresa".

Não, os leitores não leram errado. Ele disse isso mesmo. Mas, então, perguntaria o Pinky da estorinha, ele votou contra a ADI 4.650-DF? Não, meu caro Pinky. Não, meus caros leitores. Ele votou a favor. Então, digo eu, com o meu bilhete aéreo de ida na mão para ir aos *Isteites* conhecer o tal "realismo jurídico": se ela — a inconstitucionalidade — não existe... então... ela não existe. Questão de sintaxe e de semântica. Podem as doações ser ruins, inadequadas, aéticas, imorais, etc, etc (e mais um etc!). E o são. Mas, a pergunta que a Suprema Corte de *terrae brasiliis* (e não a dos *Isteites*) deve responder é tão-somente essa: são elas, as doações, inconstitucionais? Podem ser ruins, mas...inconstitucionais? Aliás, as palavras não são minhas, são do próprio ministro Barroso, que-não-considera-inconstitucional-em-toda-e-qualquer-hipótese a doação a campanhas eleitorais por empresa. Vejam: em-toda-e-qualquer-hipótese.

Observação: por certo, alguém dirá que o Supremo invocou princípios e que, afinal, o direito é um sistema de regras e princípios. Correto. Mas, é possível extrair do princípio republicano um modelo de financiamento de campanha? E essa "extração de sentido" se faz agora, depois de tantas eleições? Nas anteriores o modelo valeu? Eu poderia discutir a questão se o princípio invocado fosse o da igualdade. Afinal, a igualdade de participação no processo eleitoral não está a disposição das maiorias políticas, porque essa questão está no núcleo do regime democrático. Mas não foi nessa linha que os quatro votos trilharam. Mas esse seria apenas o começo da discussão... Dizendo de outro modo: uma coisa é declarar inconstitucional determinado dispositivo por ferir, na especificidade, a igualdade (ou outro princípio); outra coisa é dizer que todo o modelo conformado por tais dispositivos é inconstitucional; e outra coisa ainda é o STF se transformar em legislador positivo.

Mas, enfim, peço desculpas, porque desviei da rota. Estava falando das mazelas do realismo jurídico dos Estados Unidos e do ativismo de lá.^[4] Mania que eu tenho de misturar os assuntos. Deve ser o final do ano. Cansado, dá *tilt* no meu sistema...

Ainda bem que o Brasil...

...está imune ao realismo jurídico, aos ativismos, decisionismos e coisas desse gênero. Todos sabemos disso. Por aqui tudo vai bem. Todos os julgamentos são feitos com base em critérios. Não há risco de uso abusivo de princípios (pamprincipiologismo). Em *terrae brasiliis* não há *panconstitucionalismo*, variante perigosa do pamprincipiologismo.^[5] Por aqui não se faz uso de argumentos metajurídicos. Vou me mudar para os *Isteites*. Só para ver como funciona esse tal de realismo, já que, como no livro de Alan Riding (*Paris, a Festa Continuou*), por aqui *Tout va*

très bien dans le monde juridique (“tudo vai bem no mundo jurídico”, que adaptei da frase original “Tudo vai bem, Madame La Marquise”). Como vou para os *Isteites* ver o realismo — que aqui não tem — desejo a todos um *Happy New Year* (já estou treinando)!

PS 1: na bagagem, dois barões: O de Itararé e o de Charles-Louis de Secondat, *barão de Montesquieu*. Foi ele que teve a infeliz ideia de fazer divisão de funções nos e dos Poderes.

PS 2: diz-se por aí, à meia-boca, que a OAB, animada com o resultado parcial da ADI 4.650, vai ingressar com nova ação,[6] desta vez contra o sistema de partidos e o modelo de presidencialismo de coalizão. Afinal, por ele — o presidencialismo — ser de “coalizão”, pode estar violando vários princípios da Constituição. Logo, é inconstitucional (afinal, está abolida a exigência de parametricidade, porque, por certo, a Constituição é uma ordem concreta de valores[7] — veja-se, aí, o parentesco do realismo com a Wertungsjurisprudenz — a tal jurisprudência dos valores). Consequentemente, o próprio mandato da presidenta pode ser nulo. E também todos os seus atos. De todo modo, caberá modulação de efeitos...[8]

PS 3: para quem não entendeu o que escrevi, vai um resumo para Twitter em 123 caracteres: Na democracia, o Judiciário, inclusive o STF, não pode tudo. Tem limites. Caso contrário, esta(re)mos em uma juristocracia.

Ainda numa palavra,

... e falando muito sério, penso que é dever do STF, no exercício da jurisdição constitucional, garantir a igualdade de chances no processo eleitoral. E que, para isso, deve levar em consideração a desigualdade em termos de poder econômico (e também político-administrativo!). Entretanto, não concordo que o STF deva fazer isso em termos paternalísticos. Para mim, o STF deve dizer que condições de financiamento na atual legislação *não* garantem a igualdade de participação, ao invés de querer impor um sistema específico de financiamento ao legislativo, apenas para que esse o regulamente, sob pena de que, se não o fizer em 24 meses, a Justiça Eleitoral deverá fazê-lo. Esse é o ponto que fragiliza a decisão do STF até aqui. O STF não pode estabelecer "o" sistema de financiamento de campanha, optando por um modelo específico de financiamento, em substituição ao Congresso. Mas penso que o STF pode e deve declarar inconstitucionais pontos específicos da legislação vigente em matéria de financiamento de campanha, caso esses pontos não sejam compatíveis com a igualdade de participação política. Mas, haja, aqui, fundamentação. E fundamentação da fundamentação.

Todavia, em que perspectiva? Isto para mim é chave: o STF não pode dizer qual é “único” sistema que garanta a igualdade (se público, privado ou misto), mas quais pontos do sistema já vigente, seja ele público, privado ou misto, não garante a igualdade política. O problema é como o STF se vê, por um lado, como “legislador positivo” (concorrente ou subsidiário), já definindo qual sistema de financiamento garante a igualdade (o público, por exemplo) ou, mais especificamente para o caso da ADI 4.650, como o STF compreende o tal instituto do “apelo ao legislador” (predefinindo não apenas os prazos — 24 meses — para o legislativo legislar, mas predefinindo parâmetros dentro dos quais o legislador deve legislar), enfim, o modo com que o STF aplica a discutível Lei 9.868/1999. O interessante é que o tal “apelo” nem foi discutido até o momento.

Numa palavra: em uma democracia constitucional, são os próprios cidadãos, mediante seus representantes políticos ou diretamente, quem tem o direito de definir o que consideram relevante do ponto de vista da igualdade e da desigualdade, sobre o pano de fundo de uma história política de aprendizado constitucional vivido com a experiência da violação da igualdade, que não deve admitir retrocessos, embora eles possam acontecer.

Se o sistema deve ser só público ou não, e mesmo assim qual deve ser esse sistema público, penso que isso deve ser decidido "politicamente", obviamente dentro de parâmetros constitucionais que levem coerentemente os direitos políticos a sério, pelo Poder Legislativo, mediante debate público mais amplo.

Se permitirmos que o STF "regulamente" isso, estaremos dando uma carta branca a um Poder que não foi eleito para isso. Não confundamos demo-cracia com juristo-cracia.

[1] Cf. Eisenberg, José. Pragmatismo jurídico. In: Barretto, Vicente de Paulo (Org.). Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 656-657.

[2][2] Cf. García Figueroa, Alfonso. A motivação. Conceitos fundamentais. In: Moreira, Eduardo Ribeiro (Org). *Argumentação e Estado Constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012, pp. 433 e segs.

[3] Essa crítica é muito bem feita por José Levi do Amaral, aqui na Conjur (leia [aqui](#)) e por Rafael Tomaz de Oliveira (leia [aqui](#)).

[4] Advertência: há sempre um estagiário comigo, com uma placa que é erguida quando falo determinada coisa. Neste caso, a placa levantada é "sarcasmo".

[5] Como já havia inventado a expressão "pamprincipiologismo", estou cunhando, agora, a expressão "pamconstitucionalismo", que significa... "pamconstitucionalismo".

[6] Nunca se esqueça, em nenhum minuto, do estagiário que me acompanha... Qual a placa os leitores acham que ele levantou, neste momento?

[7] Outra placa dizendo "ironia".

[8] Outra placa!

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional/>