

Juízes representativos? A nova face do neoconstitucionalismo

03/03/2018



Jorge Lavocat Galvão
Procurador do Distrito Federal

I.

A execução da pena após a condenação em segunda instância aumentará a credibilidade da Justiça criminal no Brasil? Seria melhor para o sistema político brasileiro a liberação de candidaturas avulsas para pleitos majoritários? Não seria difícil imaginar a formulação de ambas as perguntas no âmbito de comissões parlamentares dedicadas à reforma do texto constitucional, mais especificamente dos artigos 14, parágrafo 3º, V e 5º, LVII, respectivamente. De fato, debater quais são os melhores arranjos institucionais para a realidade brasileira é uma das principais tarefas de nossos representantes políticos. É curioso notar, contudo, que as duas questões foram colocadas como centrais na resolução de casos perante o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, no julgamento em conjunto das ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44, o ministro Luiz Fux, por exemplo, afirmou, explicitamente, que a execução da pena após condenação em 2º grau seria justificada para preservar o direito fundamental da sociedade em ver aplicada a sua ordem penal, ainda que em detrimento de eventual direito do acusado[1]. Já no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário 1.054.490, o ministro Roberto Barroso, após diagnosticar que, atualmente, há certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, convidou os demais colegas a refletirem sobre a autorização de candidaturas avulsas em eleições majoritárias como forma de aperfeiçoar o nosso sistema político, concluindo que “aprimorar as instituições faz parte do núcleo de nossa missão constitucional”[2].

Do ponto de vista acadêmico, parece-me mais interessante meditar sobre a peculiar forma como os problemas jurídicos têm sido apresentados — levando-se em consideração o bem-estar da coletividade — do que analisar criticamente se a literalidade dos referidos dispositivos constitucionais dá suporte aos resultados alcançados pela corte, pois tal fato é revelador de um modo específico de se pensar o Direito. O escopo do presente estudo é demonstrar, em linhas gerais, como as teses do neoconstitucionalismo acabaram por conduzir a uma postura dita “representativa” por parte de integrantes de nossa corte constitucional.

II.

O que diferencia a função de um magistrado da função de um político? Essa talvez seja a questão-chave para compreender as principais teorias constitucionais contemporâneas. Em um Estado de Direito, acredita-se que os juízes estejam vinculados a textos legais previamente estabelecidos pelos representantes políticos. No que tange à jurisdição constitucional, a questão se torna mais tormentosa em razão da abertura semântica de várias cláusulas da Carta Magna. Definir o significado de devido processo legal, de dignidade da pessoa humana ou de liberdade de expressão, por exemplo, enseja uma interpretação construtiva do texto constitucional, que leva em consideração não apenas a literalidade do texto, mas outros elementos, como a coerência com as demais normas constitucionais, os precedentes sobre o tema, as lições doutrinárias, o contexto histórico da decisão etc.

Nos Estados Unidos, desde o famoso caso *Brown vs. Board of Education*, em que se impôs o fim da segregação racial nas escolas públicas a partir de uma leitura construtiva da 14^a Emenda, a qual garante o igual tratamento das leis a todos os cidadãos, a comunidade jurídica percebeu que decisões da Suprema Corte podem ser a força motriz de profundas transformações sociais, ainda que contra a vontade de maiorias políticas. Pode-se dizer, sem medo de errar, que essa decisão simbólica entrou no imaginário dos juristas como exemplo a ser seguido[3].

Essa nova função do Poder Judiciário, entretanto, não passou indene de críticas. Não raramente se afirma que se estaria ocorrendo uma politização indevida do órgão incumbido de julgar com imparcialidade. Assim, elaborar teorias que delineiem os limites do agir legítimo dos juízes passou a ser uma obsessão não apenas da academia americana, mas de juristas mundo afora. O que distingue a interpretação constitucional de decisões políticas? Em outras palavras, como conceber um Judiciário proativo, agindo a partir da interpretação de cláusulas constitucionais vagas, sem abrir mão da normatividade do Direito?

Muito provavelmente a teoria constitucional contemporânea mais influente seja a de Ronald Dworkin. Para o autor, o Poder Judiciário, ao interpretar a Constituição, pode afastar decisões das instâncias políticas, desde que firam direitos dos cidadãos. Em sua visão, direitos seriam *trunfos* contra as maiorias, que não poderiam derogá-los. Nesse sentido, a suprema corte, em razão de seu insulamento da política, teria melhores condições de avaliar se uma lei ofende direitos constitucionais dos cidadãos, pois ali o debate seria fundado na correção moral dos argumentos — e não nos interesses das partes, da coletividade ou do governo —, transformando-se num verdadeiro *fórum de princípios*.

Assim, na concepção do Direito como integridade de Dworkin, para que o Direito não seja desnaturado, somente seriam legítimas decisões constitucionais baseadas em *argumentos de princípios*, que são aquelas em que há o reconhecimento de direitos universalizáveis, fundados no igual respeito e consideração de todos, ainda que tal reconhecimento implique uma diminuição no bem-estar da comunidade. Já as decisões baseadas em *argumentos de política* (ou *policies*), que traçam uma estratégia para promover o maior benefício à coletividade, muitas vezes em detrimento de direitos individuais, seriam ilegítimas e, portanto, antijurídicas[4].

É nesse contexto de diferenciação entre o raciocínio jurídico (de cunho deontológico) e uma atitude política (movida por interesses) que o papel do Poder Judiciário pode ser caracterizado como *contramajoritário*, pois as cortes assumem o dever de invalidar atos governamentais, por mais aplaudidos e bem-intencionados que sejam, se violaram direitos. Para Dworkin, o Direito Constitucional forma uma rede coerente de princípios que impõe o reconhecimento de direitos nela fundados, ainda que não explícitos no texto, independentemente das consequências políticas dele advindas.

No Brasil, a recepção dessa forma progressista de conceber o Direito Constitucional foi realizada principalmente pelos autores que se autodenominaram neoconstitucionalistas. A partir do estudo de teorias estrangeiras, como a do próprio Dworkin e a do Robert Alexy, influentes juristas nacionais produziram diversos textos incentivando uma maior participação do Poder Judiciário na vida pública brasileira. Diferentemente de Dworkin, contudo, os autores nacionais não desenvolveram, no plano teórico, qualquer restrição ao uso de raciocínios estratégicos por parte dos juízes, o que fez ruir o muro que protegia o Direito da política.

III.

Em estudo monográfico sobre o tema, sustentei, a partir das obras dos principais expoentes brasileiros, ser possível caracterizar o neoconstitucionalismo como uma concepção jurídica específica. Seu escopo seria usar a interpretação constitucional para promover transformação social, valorizando, assim, normas mais abstratas (como princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) e estilos hermenêuticos mais abertos e flexíveis (como a ponderação, a vedação do retrocesso, a mutação constitucional etc.), de modo a permitir uma maior manipulação do material jurídico por parte dos juízes a fim de alterar o *status quo*. Trata-se de uma teoria jurídica com olhar prospectivo, que inegavelmente se preocupa mais com a substância do que com a forma do Direito (segurança jurídica)[5].

Ao adaptarem as discussões estrangeiras ao nosso ordenamento jurídico, os neoconstitucionalistas encontraram um campo fecundo para uma maior instrumentalização do Direito. As lições de Dworkin sobre a distinção entre regras e princípios, por exemplo, foram incrementadas com a adição de normas programáticas (*policies*?). Noutro giro, a ponderação proposta por Robert Alexy foi simplificada em um juízo de razoabilidade mais conveniente para lidar de maneira generalizada com as inúmeras contradições (colisões?) presentes em nossa Constituição dirigente, transformando-se em verdadeiro álibi interpretativo para, inclusive, “derrotar” regras constitucionais.

A partir de tais constatações, defendi que o neoconstitucionalismo brasileiro mais se aproximava do pragmatismo jurídico do que efetivamente das teorias de cunho moral formulada pelos autores estrangeiros. De fato, a partir da adoção das teses neoconstitucionalistas, toda decisão sobre a constitucionalidade de um ato governamental deve levar em consideração os valores subjacentes às normas constitucionais para que, então, seja realizado um balanceamento entre os interesses envolvidos (das partes, do governo e da coletividade), de maneira a atingir o resultado que seja socialmente mais adequado para o intérprete. Não parece haver, nessa trajetória interpretativa, qualquer amarra que vincule o magistrado ao texto constitucional.

Em outras palavras, o objetivo do neoconstitucionalismo não parece ser simplesmente a proteção de direitos individuais universalizáveis — tal como foi o da Suprema Corte americana no caso *Brown*, que garantiu por meio do fim da segregação que todos fossem tratados igualmente (*argumento de princípio*) —, mas também o de promover outros fins nobres, como a redistribuição de renda, o aprimoramento das instituições ou o bem-estar coletivo.

Esse tipo de abordagem, no entanto, acaba por minar a própria ideia de Estado de Direito, na medida em que afrouxa os limites do raciocínio jurídico ao permitir o uso de *argumentos de política* pelos juízes, que passam a declarar a inconstitucionalidade de atos estatais não por ferirem direitos, mas por se mostrarem contrários aos projetos de nação de um ou outro magistrado. O neoconstitucionalismo, portanto, ao incitar a reforma do material jurídico por meio de uma interpretação instrumental, baseada na ponderação, aumenta o grau de subjetividade das decisões judiciais.

Percorrendo caminhos teóricos diversos, outros autores nacionais também constataram que a discricionariedade judicial é uma característica marcante do neoconstitucionalismo brasileiro. Lenio Streck, por exemplo, após abandonar o rótulo de neoconstitucionalista, concluiu que a ponderação, nos moldes utilizados no Brasil, apresenta-se “como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente”, já que filiada “ao esquema sujeito-objeto e [dependente] da discricionariedade”[6]. Em sentido semelhante, Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira sustentam que “diversos setores da doutrina e dos Tribunais, a pretexto de trabalharem com um paradigma *neoconstitucionalista*, passam a argumentar com fundamento em valores e utilizando a proporcionalidade em detrimento da legalidade e principalmente a constitucionalidade vigente, descambando em regra para a discricionariedade e arbitrariedade” [7].

IV.

Não obstante as inúmeras críticas formuladas quanto à sua consistência, o fato é que o neoconstitucionalismo acabou se disseminando nos principais círculos acadêmicos brasileiros, tornando-se natural em nossa prática jurídica a adoção de uma interpretação instrumental e mais flexível. Não raro se observa advogados lançando mão de dados estatísticos para demonstrar que a posição por ele defendida é a que promove os melhores resultados sociais ou apelando para a ponderação a fim de afastar a aplicação de uma regra clara. Houve uma verdadeira abertura do Direito para argumentos finalísticos de toda ordem, dificultando a identificação dos critérios jurídicos atualmente válidos.

É nesse contexto de naturalização das teses do neoconstitucionalismo que os ministros do Supremo Tribunal Federal, nos casos narrados acima, em vez de discutirem se, de acordo com o texto constitucional, os cidadãos têm o direito de recorrer em liberdade ou de se candidatar sem filiação partidária, iniciam seus votos questionando se o arranjo institucional previsto na Constituição se revela politicamente adequado. Ou seja, a atitude interpretativa dos magistrados não é a de tentar identificar determinado direito individual universalizável, mas o de promover o bem-estar da coletividade.

O mais impressionante é que a naturalidade com que nossos juízes passaram a adotar argumento de política em seus julgamentos levou os autores normalmente associados ao neoconstitucionalismo a desenvolverem uma nova interpretação sobre o papel da jurisdição constitucional, denominado de “papel representativo”. No contexto, Luís Roberto Barroso, por exemplo, defende “não [ser] incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário”[8], concluindo que, em determinados casos, cumpre ao Supremo Tribunal Federal dar resposta às demandas não satisfeitas pelas instâncias políticas ordinárias.

Em sentido similar, Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão defendem que, “enquanto órgão político, [os] Tribunais de cúpula também são instâncias de representação popular, máxime quando o processo político majoritário não atende satisfatoriamente os anseios e reclames de determinado segmento da sociedade”[9]. Também Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento afirmam que “muitas vezes, no Brasil, as decisões do Poder Judiciário refletem melhor os anseios populares do que aquelas adotadas na seara legislativa”[10]. Portanto, começa-se a formar um consenso entre autores de renome no sentido de pensar o Supremo Tribunal Federal como uma instância representativa, em que *argumentos de política* podem ser utilizados sem constrangimentos pelos juízes.

V.

Sem sombra de dúvidas, a ideia de que a corte pode desempenhar uma função representativa desperta uma série de inquietações. Tal função não estaria em contradição com o papel contramajoritário da corte? Em um período marcado pelo pluralismo, a institucionalização de uma voz que, sem credenciais democráticas, fale em nome do povo, não parece ser uma opção ilegítima? Como identificar o sentimento ou vontade da sociedade? Esses são questionamentos que merecem uma maior reflexão por parte dos constitucionalistas. O objetivo do presente ensaio, contudo, foi mais modesto: o de tentar decifrar como as teses do neoconstitucionalismo conduziram a um peculiar modo de argumentação judicial, voltado não necessariamente para a identificação de direitos individuais, mas para a promoção dos interesses da coletividade.

[1] Cf. <https://www.youtube.com/watch?v=dWnJ5vWKzzQ>, a partir do minuto 54.

[2] Cf. <https://www.youtube.com/watch?v=Z6Zlqr7bDZw>, a partir do minuto 17.

[3] O tema foi desenvolvido com maior vagar em GALVÃO, Jorge. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51-78.

[4] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. IX.

[5] Para melhor desenvolvimento dos próximos tópicos, cf. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do*



Estado de Direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

[6] STRECK, Lenio Luiz. Contra o Neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2011, n. 4, Jan.-Jun., p.23-24.

[7] ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Neoconstitucionalismo: Vale a pena acreditar? *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p.210.

[8] BARROSO, Luís. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro, 2015, p. 24.

[9] FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na Fronteira entre o Direito e a Política: Alguns Parâmetros de Atuação. In: SARMENTO, 2015, p. 72.

[10] SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo. In: SARMENTO, 2015, p. 82.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-mar-03/observatorio-constitucional-juizes-representativos-face-neoconstitucionalismo/>