

O papel representativo do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito¹

Paulo Baptista Caruso MacDonald
Professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
paulo.macdonald@gmail.com

Resumo: Em recente artigo, o ministro do STF Luís Roberto Barroso defendeu o exercício de um papel representativo pelo Poder Judiciário (mais precisamente pelos tribunais constitucionais), como forma de dar voz a uma vontade da maioria não captada pelas regras de direito positivo devido às distorções dos mecanismos institucionais fundados no voto (eleições e processo legislativo). O presente trabalho tem como objetivo investigar se essa reivindicação é compatível com a noção de Estado Democrático de Direito levando em consideração tanto a possibilidade de se aferir a vontade empírica da maioria à parte dos mecanismos institucionais fundados no voto quanto a função do Judiciário nesse tipo de sociedade. Por fim, sugere a possibilidade de reconhecer um papel representativo ao Judiciário fundado naquilo que se pode argumentar ser o interesse dos cidadãos de um Estado Democrático de Direito enquanto tais.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Poder Judiciário; princípio majoritário; representação; separação de poderes; populismo judicial

Abstract: In a recent paper, Brazil's Supreme Court Justice Luís Roberto Barroso sustained the exercise of a representative role by the judicial branch (more precisely by constitutional courts), as a way to give voice to the will of the majority when it is not captured by positive legal rules due to the distortions of the institutional mechanisms based on voting (elections and legislative process). This paper aims to investigate whether this claim is compatible with the notion of a Democratic State under the rule of law, taking into consideration both the possibility of gauging the empirical will of the majority apart from the institutional mechanisms based on voting and the role of the judicial branch in this kind of society. Finally, it suggests the possibility of acknowledging a representative role to the judiciary based on what can be argued to be the interest of the citizens of a constitutional democracy as such.

¹ Uma primeira versão deste artigo foi apresentada como palestra no I Colóquio Nacional Direito e Política: a judicialização da política e a politização da justiça, na Universidade Federal do Paraná, e no III Encontro de Pesquisadores de Programas de Pós-Graduação em Filosofia do Rio Grande do Sul, na Universidade de Caxias do Sul. Agradeço imensamente aos organizadores e participantes de ambos os eventos. Este artigo é parte integrante do projeto de pesquisa de pós-doutorado CAPES nº 88881.119553/2016-01.

Recebido em 30 de maio de 2020. Aceito em 28 de agosto de 2020.



Pretendo tratar do tema da judicialização da política e da politização da justiça a partir dos sentidos em que o Poder Judiciário pode ter um papel representativo dentro da moldura institucional de um Estado Democrático de Direito. Em uma caracterização breve e provisória, entendo o ideal de Estado Democrático de Direito como o de uma comunidade política soberana que preencha, em grau satisfatório, as seguintes características²:

1. possibilidade de participação direta ou por meio de representantes eleitos de todos os homens e mulheres adultos na elaboração das regras jurídicas da comunidade, contando cada pessoa como um voto;
2. proteção aos direitos e liberdades fundamentais que permitam que essa participação seja esclarecida e aberta a novas reivindicações, e que resguardecem um espaço de autonomia privada para o indivíduo desenvolver a sua personalidade;
3. atuação das autoridades conforme regras gerais, públicas, não retroativas, claras, possíveis de serem cumpridas, estáveis e consistentes entre si (FULLER, 1969, p. 33-94), na medida em que o permitir a textura aberta do direito (HART, 2007, p. 124-136);
4. respeito ao devido processo legal como o método mais confiável e equitativo para decidir definitivamente um conflito particular, constituindo coisa julgada;
5. a inexistência de pessoas vivendo em condições materiais de miséria;
6. que “ninguém seja tão rico que possa comprar alguém e ninguém seja tão pobre que tenha de se vender a alguém”. (ROUSSEAU, 1992, p. 76-77)

Início a análise com a citação de passagens de um artigo do Ministro do Supremo Tribunal Federal e professor de Direito Constitucional Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2015) que ilustram de maneira inequívoca que a autocompreensão de parte do Poder Judiciário sobre sua tarefa no interior do sistema de representação política conduz inevitavelmente aos dois fenômenos da judicialização da política e da politização da justiça. O artigo vem à luz cerca de duas décadas após as primeiras constatações desses processos na operação da democracia constitucional brasileira³; logo, trata-se muito mais da busca de um sentido para algo historicamente já dado do que de um texto que pretenda fundar uma nova prática judicial. Talvez por isso mesmo seja ainda mais revelador: até então, o esforço de justificar esse papel no arranjo institucional brasileiro não tinha sido empreendido tão claramente pelos próprios participantes da prática, a não ser em algumas considerações esparsas em alguns votos, as quais não são suficientes para se ter uma visão nítida do todo.

O título do artigo de Barroso já anuncia os elementos-chave dessa autocompreensão. *A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais* indica o compromisso com duas teses: (1) é possível que os membros não eleitos de tribunais que, como o STF, são responsáveis pelo controle de constitucionalidade dos atos dos representantes eleitos dos poderes Executivo e Legislativo, exerçam uma função representativa em virtude da fundamentação racional das suas decisões com base na Constituição; (2) é possível que essas mesmas autoridades exerçam essa função em nome da maioria. Pretendo deixar claro por que, embora acredite que seja possível encontrar um sentido para a primeira tese no interior da concepção de Estado Democrático de Direito esboçada há pouco, ainda que de maneira muito distinta à

¹ A Constituição brasileira de 1988 certamente está voltada ao preenchimento desses requisitos, embora a sua efetividade esteja longe de ser uma realidade.

² Ver, por exemplo: ARANTES e KERCHÉ, 1999.

de Barroso, penso que a segunda reivindicação - a de o STF representar os anseios da maioria - com ela colide frontalmente. Para mim, tudo isso parecia, há poucos anos, bastante óbvio, mas interpretar certos casos polêmicos de atuação do STF e do Judiciário de um modo geral à luz do artigo de Barroso demonstra que certas noções encontravam-se menos assentadas do que supunha, ou, até mesmo, que algumas regras fundamentais de como as nossas instituições devem processar os nossos desacordos políticos tenham elas mesmas, paradoxalmente, as características de conceitos essencialmente contestáveis (GALLIE, 1956), e que concretamente a sua contestação se dê em um grau maior do que aquele que a estabilidade democrática parece permitir.

Voltemos ao seu artigo. A tese do caráter representativo dos tribunais constitucionais aparece após a apresentação de um breve diagnóstico da crise da representatividade no mundo, a qual serviria para relativizar a presunção de haver uma conexão entre voto e representação. Sobre essa tendência em nosso país, escreve:

Em países de voto obrigatório, como o Brasil, um percentual muito baixo de eleitores é capaz de se recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. E, não obstante isso, em qualquer Estado democrático, política é um gênero de primeira necessidade. Mas as insuficiências da democracia representativa, na quadra atual, são excessivamente óbvias para serem ignoradas. (BARROSO, 2015, p. 38)

Como reforço à sua análise da situação brasileira, cita artigo publicado em *O Globo* por Marco Antonio Villa durante o período eleitoral de 2014:

O processo eleitoral reforça este quadro de hostilidade à política. A mera realização de eleições – que é importante – não desperta grande interesse. Há um notório sentimento popular de cansaço, de enfado, de identificação do voto como um ato inútil, que nada muda. De que toda eleição é sempre igual, recheada de ataques pessoais e alianças absurdas. Da ausência de discussões programáticas. De promessas que são descumpridas nos primeiros dias de governo. De políticos sabidamente corruptos e que permanecem eternamente como candidatos – e muitos deles eleitos e reeleitos. Da transformação da eleição em comércio muito rendoso, onde não há política no sentido clássico. Além da insuportável propaganda televisiva, com os jingles, a falsa alegria dos eleitores e os candidatos dissertando sobre o que não sabem.” (apud BARROSO, 2015, p. 38)

A função representativa dos poderes Executivo e Legislativo estaria, portanto, comprometida, o que ele conclui ao afirmar que a consequência inevitável a ser extraída de seu breve relato “é a dificuldade de o sistema representativo expressar, efetivamente, a vontade majoritária da população” (BARROSO, 2015, p. 38). O que dizer do papel do Judiciário? Uma das linhas argumentativas de Barroso é bastante convencional e, como pretendo deixar claro mais tarde, não vejo grande problema nela: os tribunais teriam, em um Estado Democrático de Direito, a função de proteger os direitos das minorias que não foram devidamente levados em consideração pela vontade da maioria. Nesse sentido, seriam de certa forma um canal de representação contramajoritária (BARROSO, 2015, p. 36-38).

Mas as ambições de Barroso com respeito à função representativa do Poder Judiciário são maiores. Na sequência do texto, defende que “[n]os últimos anos, [...], tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares.” (BARROSO, 2015, p. 39) Ao enumerar as razões pelas quais “não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário” (BARROSO, 2015, p. 40), sustenta que a composição do Poder



Judiciário é mais representativa da sociedade por ser o meio de acesso à carreira pelo concurso mais democrático do que as eleições (sic!), uma vez que representaria uma oportunidade aberta a todas as pessoas capacitadas que tenham estudado o direito brasileiro de forma sistemática, não dependendo, assim, dos recursos despendidos em uma campanha eleitoral. Mesmo se isso fosse verdade⁴, qual seria o peso dessa pluralidade em um poder em que a maioria esmagadora das decisões é feita por uma só pessoa ou por pequenos grupos? Até que ponto o modo de acesso à carreira seria mais determinante do que o fato de ela ser vitalícia e de os vencimentos de seus membros os alçarem com folga entre os 1% mais ricos da população? Independentemente da resposta a ser dada a essas perguntas, a mera reivindicação de representação política nesses termos parece subverter a dinâmica de separação dos poderes de um Estado Democrático de Direito, conforme sustentarei mais adiante. Barroso chega a citar a garantia da vitaliciedade como uma das vantagens do exercício da função representativa pelos juízes, os quais não estariam “sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral, nem tampouco, ao menos em princípio, a tentações populistas” (BARROSO, 2015, p. 40).

O ápice da sua linha de raciocínio atinge-se com a afirmação de que, “[p]ara além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra.” (BARROSO, 2015, p. 42) Creio que não devemos nos deter na análise desse ponto em especial, já que traz consigo pressupostos extremamente questionáveis - como o de que a história tem um sentido e que os tribunais constitucionais, conhecendo-o de maneira privilegiada, devem usar dos meios de que dispõem para que ele possa ser cumprido -, os quais, se levados a sério, serviriam para justificar decisões em qualquer direção.⁵

No que segue, procurarei me contrapor ao modo como Barroso concebe a função representativa do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, argumentarei em favor de cinco teses:

é impossível a representação de vontade da maioria sem um mecanismo institucional de aferição dessa vontade por meio do voto;

1. nenhum desses mecanismos de aferição da vontade da maioria pode reivindicar-se mais representativo que os demais, porque representação não é um conceito arquetípico;

³O que se parece observar é uma elitização desse acesso, com a proliferação de cursos preparatórios pagos e o aumento da necessidade de tempo disponível para estudo, o que colocaria em ampla desvantagem todos que precisam trabalhar para sustentarem-se.

⁴Os exemplos trazidos por Barroso em artigo posterior em que essa ideia é retomada e desenvolvida são uma seleção de casos historicamente importantes decididos pela Suprema Corte nos EUA e pelo STF no Brasil em que o controle de constitucionalidade foi exercido para proteger direitos fundamentais que estavam sendo violados por normas jurídicas de hierarquia inferior, tais como: *Brown v. Board of Education* (decisão de 1954 da Suprema Corte contra a segregação racial nas escolas), *Loving v. Virginia* (decisão do mesmo órgão de 1967 que considerou inconstitucional lei que interditava os casamentos entre pessoas brancas e negras), *Roe v. Wade* (decisão de 1973 sobre a inconstitucionalidade da penalização do aborto), *Lawrence v. Texas* (decisão de 2003 sobre a inconstitucionalidade da criminalização de relações sexuais consentidas entre pessoas adultas do mesmo sexo) e *Obergefell v. Hodges* (decisão de 2015 determinando a obrigatoriedade do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo) (BARROSO, 2018, p. 2209-2213). Não fica claro em seus textos - tampouco há esforço argumentativo por parte do autor - como esse papel iluminista se distinguiria da tradicional função contramajoritária, a qual corresponderia à função dos tribunais constitucionais de fiadores da permanência das cláusulas do pacto constitucional, com alguma independência institucional em relação às vicissitudes do jogo político, para proteger direitos fundamentais. A distinção permanece obscura na medida em que define a “razão iluminista” por ele propagada como “a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos”, ressaltando que “[a]s intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais.” (BARROSO, 2018, p. 2208)

2. o modelo de separação de poderes foi pensado no século XVIII com o Judiciário exercendo o papel de boca que pronuncia as palavras da lei no caso concreto;
3. a defesa por meio do Judiciário dos direitos e liberdades fundamentais inerentes à noção de Estado Democrático de Direito é incompatível com o papel de “boca da lei” desse modelo de separação de poderes;
4. se for para o Judiciário ter um papel na defesa dos direitos inerentes à noção de Estado Democrático de Direito que extrapole o seu papel de “boca da lei”, não poderá ser a partir das convicções sobre justiça de seus membros, tampouco invocando uma suposta vontade empírica do povo a ser por ele representada, mas sim de acordo com a representação daquilo que se pode inferir como o interesse de todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

PRIMEIRA TESE - É impossível a representação de vontade da maioria sem um mecanismo institucional de aferição dessa vontade por meio do voto.

Um dos pressupostos do argumento de Barroso é que haveria uma vontade da maioria que nem sempre os mecanismos institucionais de votação, por estarem sujeitos a toda forma de distorção, seriam capazes de captar⁶. Isso pressupõe que a existência da vontade da maioria independa desses mecanismos. Lançarei mão de duas linhas argumentativas para me contrapor a essa ideia: (1) não existe povo - e, por conseguinte, a vontade da maioria do povo - senão como representação institucional; (2) o conteúdo da vontade da maioria é sempre relativo ao mecanismo institucional responsável por aferi-la - isto é: seu conteúdo pode modificar-se dependendo dos procedimentos adotados.

Quanto ao primeiro ponto, no capítulo XVI do Leviathan, Hobbes afirma ser “a unidade do representante, e não a unidade do representado, que torna uma a pessoa [da comunidade política]. E é o representante o portador da pessoa, e não mais do que de uma pessoa. E a unidade não pode ser de outra forma compreendida em uma multidão” (HOBBS, 2012, p. 248-249). No capítulo XI da mesma obra, já apontara a importância de se distinguir entre uma só ação de vários homens, como a ação de todos os senadores romanos de matar Catilina, e as várias ações de uma multidão, como as do conjunto de senadores que matou César. A primeira ação pode ser atribuída ao Senado Romano ainda que a decisão de punir Catilina com a morte não tenha sido unânime, enquanto que o assassinato de César não seria uma ação do Senado Romano ainda que todos os senadores tivessem dele participado (HOBBS, 2012, p. 158-159). Sem a mediação institucional, portanto, haveria apenas a ação de indivíduos em uma multidão, jamais podendo-se falar na existência de uma vontade ou interesse de um corpo coletivo que possa vir a ser representada.

Há, no entanto, uma série de dificuldades que dizem respeito ao emprego da regra da maioria que não foram tratadas por Hobbes, as quais nos levam ao segundo ponto. Condorcet no século XVIII e Kenneth Arrow no século XX mostraram que, em decisões envolvendo mais de dois votantes e mais de duas opções, o procedimento pelo qual a vontade da maioria é aferida pode conduzir a resultados distintos ainda que os indivíduos mantenham fixa a sua ordem de preferências (ARROW, 1963). Mesmo sem entrar em complicadores como o voto estratégico, a verdade é que nada na realidade pode reivindicar ser a vontade da maioria a não ser relativamente ao método de votação escolhido. Em outras palavras, a vontade da maioria é algo que se constrói através de processos institucionais, e não algo que exista de forma pura independentemente deles e que por eles seja captada de maneira distorcida.

⁶Os exemplos de Barroso apelam para pesquisas de opinião (feitas por amostragem por institutos privados, sem que tenha havido um processo público que possibilite algum debate e esclarecimento e que imponha um cronograma para ordenar o amadurecimento da escolha) ou até mesmo para uma vontade popular presumida (BARROSO, 2018, p. 2204-2206, 2213).



SEGUNDA TESE - Nenhum dos mecanismos de aferição da vontade da maioria pode reivindicar-se mais representativo que os demais, porque representação não é um conceito arquetípico.

Não existe um arquétipo de sistema representativo da mesma forma que existem os arquétipos de triângulo e círculo, por exemplo. Sabemos as propriedades matemáticas dos círculos e triângulos perfeitos, mas jamais encontraremos figuras geométricas na realidade contendo exatamente tais propriedades. O que poderia corresponder a um modelo perfeito de representação?

Essa parece ser uma falsa pergunta. O que existem são modelos representativos melhores ou piores com respeito a algum valor moral em particular, seja ele o tratamento equitativo de todos os cidadãos, a promoção do pluralismo, a estabilidade da comunidade política, a governabilidade, a responsabilidade dos governantes ou algum outro. Podemos também avaliar mecanismos representativos de acordo com a sua capacidade de efetivar esses valores em um determinado contexto. O que parece ser retórica vazia, no entanto, é afirmar, sem qualificação ulterior, que um modelo é mais representativo do que outro, como se o conceito de representação tivesse propriedades como as dos círculos e triângulos, das quais os sistemas representativos reais se aproximariam em maior ou menor grau.

TERCEIRA TESE - O modelo de separação de poderes foi pensado no século XVIII com o Judiciário exercendo o papel de boca que pronuncia as palavras da lei no caso concreto.

Aqui me valho, sobretudo, da obra do filósofo do direito chileno Fernando Atria intitulada *La forma del derecho* (ATRIA, 2016). Nesse trabalho, o autor reconstrói a lógica por detrás do princípio da separação de poderes que herdamos sobretudo de Montesquieu.

Entre os lugares-comuns desse princípio - que também decorrem do ideal de Estado Democrático de Direito -, encontramos: (1) o poder com capacidade de introduzir e modificar regras jurídicas em um ordenamento não pode ser o mesmo que decide os conflitos particulares, para que se evitem casuísmos e a influência indevida de interesses e paixões nos julgamentos; (2) o poder que decide controvérsias particulares deve fazê-lo com base na aplicação de regras preexistentes conforme o devido processo legal em nome da igualdade de todos perante a lei e da segurança jurídica. Quando o disposto em lei constitui o único parâmetro de julgamento dos cidadãos, garantem-se a previsibilidade das decisões judiciais (são rastreáveis ao texto legal) e o seu caráter não arbitrário (não são fruto da vontade do julgador, mas sim o parâmetro para decidir todos os casos que se enquadrarem nos termos que descrevem as hipóteses de incidência da norma)⁷.

Para a garantia da aplicação imparcial da lei segundo esse modelo, faz-se necessário proteger a independência do Poder Judiciário sob um duplo aspecto: (1) respeitando-se a soberania de suas decisões, sendo, via de regra, irrevogável a coisa julgada; (2) não concebendo a sua atividade como o exercício de um mandato, contrapondo-a à dos representantes nos poderes Executivo e Legislativo, que dependem do voto popular, ou à daqueles subordinados a quem detém o mandato popular, como os membros da administração pública (ATRIA, 2016, p. 193-218).

⁶ Esses parâmetros são trabalhados por diversos autores. Penso aqui especialmente em MACCORMICK, 2005.

Se é possível falar em função representativa do Poder Judiciário nesse arranjo, seria na condição de boca que pronuncia as palavras da lei: juízes e juízas não poderiam, de forma alguma, ser representantes de outra vontade popular que não seja aquela cristalizada na letra dos dispositivos legais. Enquanto que os membros do Poder Legislativo reproduziriam de alguma forma no parlamento os diferentes interesses e convicções políticas existentes na sociedade, aos integrantes do Poder Judiciário caberia apenas aplicar as leis vigentes compreendidas como o resultado do processamento institucional do desacordo político. Nesse sentido, o Judiciário seria um poder neutro: não porque a lei que ele aplica seja politicamente neutra - ao contrário, expressa apenas uma entre muitas concepções de moralidade política em disputa no parlamento -, mas sim porque aquilo que era polêmico chega até ele de maneira definida pelo processo legislativo (ATRIA, 2016, p. 214-215). Seria de fato estarrecedor, na visão da teoria clássica de separação de poderes, conceber um poder sem mandato (e que, por conseguinte, não presta contas a ninguém) investido da competência de dar a última palavra com respeito a questões particulares que tivesse, ao mesmo tempo, a possibilidade de definir de alguma maneira relevante os próprios critérios que utiliza para suas decisões. Como veremos a seguir, é exatamente essa a situação do Poder Judiciário em países como o Brasil.

QUARTA TESE - A defesa por meio do Judiciário dos direitos e liberdades fundamentais inerentes à noção de Estado Democrático de Direito é incompatível com o papel de “boca da lei” desse modelo de separação de poderes.

Montesquieu já estava consciente dos problemas que a aplicação literal da lei ao caso concreto poderia acarretar (ATRIA, 2016, p. 111-115). Tradicionalmente, agruparam-se esses problemas em duas espécies: a primeira, do caráter irremediavelmente impreciso da lei, que pode gerar dúvidas quanto à sua aplicabilidade ao caso concreto; a segunda, da ocorrência de casos que se enquadrariam nos termos do suporte fático de uma lei mas para os quais a aplicação das consequências normativas previstas em abstrato não parece ser adequada em contraste com o que acontece nos casos normais (casos excepcionais). Esses problemas exigem a superação da estratégia formalista de separação de poderes, concedendo algum espaço para a criação judicial de regras jurídicas. A delimitação desse espaço, bem como a distinção do modo como juízes podem criar regras jurídicas em relação ao modo como legisladores o fazem, encontram-se entre as principais tarefas das teorias da argumentação jurídica contemporâneas.

Tais problemas, entretanto, atingem seu ponto culminante na proteção pelo Judiciário dos direitos fundamentais como vida, igualdade, privacidade, liberdade de expressão etc. Não estamos aqui tratando apenas de dispositivos normativos que apresentam altíssimo grau de abstração e vagueza, mas também de dispositivos normativos que só podem ser aplicados a casos concretos quando interpretados à luz de uma concepção de moralidade política (DWORKIN, 1996, p. 7-15). Nessas situações, o Poder Judiciário inevitavelmente dará a última palavra sobre conceitos que se encontram em disputa na sociedade. E o que é ainda mais grave: pelo fato de as regras constitucionais ocuparem o topo da hierarquia normativa, essa última palavra muitas vezes irá de encontro ao que foi promulgado como expressão da vontade da maioria.

Por outro lado, a solução dessa questão está longe de ser simples, uma vez que se reconheça que a proteção efetiva de alguns direitos faça parte das demandas de legitimidade impostas pela noção de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o Judiciário, com a sua independência institucional, pode encontrar-se em posição de vantagem no exercício de uma força contramajoritária, desde que o âmbito de sua atuação esteja muito bem delimitado pela própria prática institucional e pela crítica aos desvios por parte da sociedade civil. Mas onde buscar critérios para fixar esses limites? Essa atuação do Judiciário na proteção a direitos fundamentais pode ser considerada representativa em algum sentido relevante, do mesmo modo que o desempenho da função de boca da lei?



QUINTA TESE - Se for para o Judiciário ter um papel na defesa dos direitos inerentes à noção de Estado Democrático de Direito que extrapole o seu papel de “boca da lei”, não poderá ser a partir das convicções sobre justiça de seus membros, tampouco invocando uma suposta vontade empírica do povo a ser por ele representada, mas sim de acordo com a representação daquilo que se pode inferir como o interesse de todos os cidadãos em um Estado Democrático de Direito.

Conforme as três primeiras teses, ninguém pode legitimar a sua ação invocando a vontade da maioria senão com o amparo da lei ou por um procedimento de votação por ela estabelecido. A quarta tese revela, todavia, os limites desse arranjo para que sejam atendidas as exigências impostas pela noção de Estado Democrático de Direito. Se é possível que a vontade da maioria - e mesmo a vontade de todos - vá de encontro a esses requisitos, qual perspectiva deve ser adotada para arbitrar disputas acerca de direitos que são constitutivos da própria legitimidade da vontade da maioria?

O princípio fundador do Estado Democrático de Direito, que justifica direta ou indiretamente as seis características que lhe foram atribuídas no início deste texto, é o igual respeito e consideração com relação a todas as pessoas (DWORKIN, 1996, p. 15-19). Como vimos, isso implica tanto um certo tipo de igualdade na elaboração da lei, consagrada no respeito à regra da maioria, quanto a imparcialidade na aplicação da lei ao caso concreto. Todavia, como vimos também, a cláusula do igual respeito e consideração impõe restrições ao conteúdo da vontade da maioria. Nesse sentido, ela demanda imparcialidade na consideração dos interesses de todos ao mesmo tempo em que protege certos interesses de todos os indivíduos como inerentes à sua própria condição de pessoa autônoma (igual respeito).

Desse modo, afasta-se de plano qualquer conteúdo atribuído a esses direitos que se justifique como representação daquilo que seria a vontade empírica das pessoas. O único caminho possível seria a representação de uma vontade transcendental baseada na consideração imparcial dos interesses imputáveis a indivíduos enquanto cidadãos de um Estado Democrático de Direito. É precisamente esse o esforço teórico empreendido por John Rawls em sua busca por uma concepção política de justiça que possa fornecer razões que legitimem o emprego do poder estatal (bem como fixar os seus limites), não restando espaço para que alguém possa razoavelmente rejeitá-las⁸.

Com vistas a esse propósito, Rawls lança mão da conhecida ficção da posição original (RAWLS, 1999, p. 102-168). Nessa construção teórica, os protagonistas são representantes dos interesses atribuídos a cidadãos de um Estado Democrático de Direito segundo uma noção construída a partir das características que constituem as condições de possibilidade das práticas desse tipo de sociedade e que servem para a formulação de um tipo ideal apto a identificá-las (RAWLS, 2001, p. 14-24).

A função dos personagens desse experimento mental, que se encontram em situação de perfeita igualdade, é a de deliberar livremente sobre os princípios de justiça que devem orientar as regras e instituições que compõem a estrutura básica da sociedade e distribuem os bens necessários à consecução de qualquer plano individual de vida que seja compatível com o reconhecimento do mesmo direito aos demais de realizar o seu plano de vida. Para que sua deliberação seja representativa do interesse comum de cidadãos livres e iguais, esses representantes encontram-se sob o véu da ignorância, desconhecendo (1) as características pessoais do representado (habilidades, condição física, sexo, cor etc.), (2) a posição que ocupará na sociedade e (3) suas preferências e concepção de bem (RAWLS, 1999, p. 118-123).

⁸Esse é o projeto desenvolvido ao longo de toda a sua obra, tornando-se mais claro em RAWLS, 2005. Se for reconhecido que alguém pode razoavelmente rejeitar as razões oferecidas, isso é sinal de que (1) elas não estão corretamente fundadas na concepção política de justiça ou (2) a concepção política de justiça deve ser revisada.

Desse modo, a deliberação pelos princípios de justiça afasta-se de qualquer conteúdo empírico dado por aquilo que seja de interesse de algum indivíduo (quer um interesse que reflita suas preferências ou algum interesse que se suponha que tenha em virtude de suas características particulares). Em vez disso, é considerado por um procedimento teórico que garante a imparcialidade das razões apenas o que se pode justificadamente supor como interesse de todo e qualquer cidadão de um Estado Democrático de Direito enquanto tal, que reconhece a si mesmo e aos demais como livres e iguais, capazes tanto de refletir sobre o seu plano de vida e realizá-lo com o auxílio da razão quanto de reconhecer como dignas de respeito as restrições mútuas impostas por regras e instituições que tenham como objetivo garantir que os demais tenham a mesma liberdade para buscar satisfazer seus fins, em condições vantajosas para todos.

Como resultado, o artifício teórico concebido por Rawls permite que nós, indivíduos de carne e osso movidos por nossos desejos, consigamos acessar, por construção argumentativa, aquilo que representaria a vontade de cidadãos em um Estado Democrático de Direito enquanto tais (URBINATI, 2009, p. 16-19). Com fundamento em argumentos a serem avaliados pelo seu sucesso ou falha em representar tais interesses, que transcendem os desejos dos indivíduos existentes, seria então possível aos tribunais reivindicar um outro papel representativo além daquele de boca que pronuncia as palavras da lei, o que parece necessário para preservar a integridade dos direitos individuais inerentes à noção de Estado Democrático de Direito de avanços indevidos da vontade da maioria expressa pelos mecanismos institucionais.

Considerações finais

Os movimentos argumentativos percorridos até aqui buscaram defender que, em um regime democrático, não faz sentido a distinção de Barroso entre aquilo que a lei determina e a representação da vontade empírica da maioria, exatamente por essa não existir senão como uma construção por meio das vias institucionais do voto e do processo legislativo. O que pode haver é uma discrepância entre o conteúdo da lei positiva e aquilo que se pode pressupor justificadamente como o interesse comum de cidadãos em uma democracia que se reconheçam mutuamente como livres e iguais: a garantia a todos da efetividade de um patamar satisfatório de direitos e liberdades fundamentais, o que de alguma forma já se encontra explicitado em constituições escritas e declarações de direitos humanos e acomodar-se-ia bem na descrição do papel contramajoritário dos tribunais constitucionais feita pelo ministro do STF⁹. Um tal interesse comum, todavia, não reivindica correspondência com a realidade empírica das preferências da população adulta de um país, mas sim uma validade universal que só pode ser obtida através de uma construção argumentativa de caráter transcendental, tal como a justiça como equidade de John Rawls¹⁰.

Desse modo, é vão o esforço de justificar medidas judiciais em uma vontade, interesse ou sentimento da maioria estabelecidos paralelamente aos mecanismos institucionais de representação popular. Tal justificação não poderia estar se valendo de um procedimento mais perfeito de agregação das preferências

⁸ Pela reconhecida importância desse papel contramajoritário como possível instrumento para garantir o cumprimento mínimo das exigências postas pela noção de Estado Democrático de Direito, carece de sentido um dos argumentos de Barroso em favor do papel representativo do Judiciário, segundo o qual “[e]m uma visão tradicional e puramente majoritária da democracia, ela se resumiria a uma legitimação eleitoral do poder. Por esse critério, o fascismo na Itália ou o nazismo na Alemanha poderiam ser vistos como democráticos, ao menos no momento em que se instalaram no poder e pelo período em que tiveram apoio da maioria da população. Mas a legitimidade não se mede apenas no momento da investidura, mas também pelos meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa.” (BARROSO, 2018, p. 2203). Por que seria o controle judicial dos “meios empregados no exercício do poder e os fins a que ele visa”, nos termos do próprio autor, representativo da vontade empírica da maioria da população em contraposição ao que foi aferido pelo processo eleitoral? Não sobrariam razões para o Judiciário tentar barrar as práticas violadoras de direitos humanos do nazi-fascismo ainda que elas contassem com o mais amplo apoio da sociedade?

⁹ Obviamente, essa argumentação não tem como possuir a cogência e a precisão de uma dedução matemática, o que de modo algum impede a sua avaliação quanto à sua plausibilidade e sua capacidade em dar conta das objeções e contra-argumentos levantados no desenrolar do devido processo legal e da deliberação dos membros das cortes.



individuais (como vimos, essa ideia não faz sentido sem a mediação institucional do voto), nem dando conta das demandas de fundamentação de uma possível representação argumentativa. Nesse último caso, impõe-se o ônus de mostrar que se está representando aquilo que se tem razão para tomar não como a vontade da maioria, mas sim como aquilo que Rousseau denominou “vontade geral”, a qual pode ser distinta inclusive da vontade empírica de todos (ROUSSEAU, 1992, p. 54-55). Não se encaixando em nenhuma das duas hipóteses, o Judiciário reivindicar um papel representativo corresponderia a apelar para a velha estratégia populista de desprezar as instituições democráticas em nome de uma suposta vontade autêntica do povo¹¹, a qual misteriosamente está sempre de acordo com as aspirações de quem a invoca. Mais do que contribuir para uma judicialização da política ou para a politização da justiça, constituiria a própria negação da política: a decisão judicial não se daria em nenhum sentido - empírico ou transcendental - em nome da vontade popular¹², mas sim em nome do arbítrio do próprio juiz. Isso não corresponderia a outra coisa senão à definição kantiana de despotismo¹³ (URBINATI, 2009, p. 12, 15; KANT, 1996, p. 324), ainda mais se for considerado que a decisão judicial em um Estado de Direito não costuma ser suscetível de revisão pelos outros poderes.

Referências bibliográficas

ARANTES, R.; KERCHER, F. 1999. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 54, p. 27-41.

ARROW, K. 1963. *Social choice and individual values*. London: Yale University Press.

ATRIA, F. 2016. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

BARROSO, L. 2015. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50.

_____. 2018. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228.

¹¹Para Barroso, “[...] não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.” (BARROSO, 2018, p. 2201). Embora reconheça algumas páginas mais adiante que “o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro” (BARROSO, 2018, p. 2217), sua posição contrasta frontalmente com o que defendo neste trabalho: toda vez que o Judiciário fundamenta a sua decisão como representativa do “sentimento social” ou da “vontade da maioria” não captada pelos mecanismos institucionais da democracia, ele estaria adotando uma postura populista. Um exemplo emblemático que o próprio autor traz é o da permissão da prisão após a condenação em segunda instância sem fundamento legal e, ao menos à primeira vista, incompatível com direito garantido pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira. Descreve-o assim: “Em outro caso importante, afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores. Os três julgados contaram com amplo apoio popular e representam mudanças que poderiam ter sido promovidas no âmbito da política majoritária, mas não foram.” (BARROSO, 2018, p. 2204) Seria o papel de um tribunal constitucional em um Estado Democrático de Direito sacrificar direitos individuais em contrariedade ao direito positivo, em nome de um suposto anseio popular?

¹²É sintomático que Barroso liste entre os temas recorrentes de deliberação por tribunais os “conflitos que decorrem da indignação popular em relação à corrupção” (BARROSO, 2018, p. 2190-2191). Qual seria a natureza desses conflitos? Por que o fator “indignação popular” seria relevante para justificar o seu processamento e julgamento, para não dizer o teor da decisão, no lugar da aplicação imparcial da lei, *sine ira ac studio*, por um Judiciário independente?

¹³Nadia Urbinati fala em “autocracia”, mas esse termo é reservado por Kant para a *forma imperii* do governo de um só em contraposição às do governo de alguns (aristocracia) e de todos (democracia). É com o despotismo que ele contrasta a *forma regiminis* republicana, a única forma que pode ser genuinamente representativa por separar as pessoas do legislador e de quem executa a sua vontade, possibilitando a separação entre a vontade pública e vontade privada (KANT, 1996, p. 324-325).



DWORKIN, R. 1996. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. New York: Oxford University Press.

FULLER, L. 1969. *The morality of law*. London: Yale University Press.

GALLIE, W. 1956. Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, London, v. 56, p. 167-198.

HART, H. 2007. *The concept of law*. New Delhi: Oxford University Press.

HOBBS, T. 2012. *Leviathan*. V. 2. New York: Oxford University Press.

KANT, I. *Practical philosophy*. New York: Cambridge University Press, 1996.

MACCORMICK, N. 2005. *Rhetoric and the rule of law*. New York: Oxford University Press.

RAWLS, J. 1999. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

_____. 2001. *Justice as fairness: a restatement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

_____. 2005. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.

ROUSSEAU, J.-J. 1992. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion.

URBINATI, N. 2009. On Rawls' representational judgment. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, New York, v. 1 n. 1, p. 9-19.









