

A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

APRESENTAÇÃO

I. O LIVRO E SUAS IDEIAS CENTRAIS

O livro que se segue está dividido em uma introdução e duas partes. Trata-se de um esforço para compreender o fenômeno da judicialização da vida no Brasil e da fronteira tênue e móvel que hoje separa o direito da política entre nós. Não têm sido tempos fáceis nem banais por aqui.

Na Introdução, procuro apresentar uma fotografia do momento atual brasileiro, em que a judicialização que já vem de algum tempo se embaralha com o combate à corrupção, intensificado mais recentemente. Esta combinação terminou por jogar o Judiciário no universo das paixões desordenadas que movem a política. A corrupção no Brasil não foi produto de falhas individuais, pequenas fraquezas humanas. Foi um fenômeno sistêmico, generalizado, envolvendo empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos e privados, partidos políticos, membros do Executivo, do Legislativo e até integrantes dos órgãos de fiscalização. É impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu por aqui. E as reações às mudanças indispensáveis vêm de toda parte, como assinalei no texto:

“Como seria de se esperar, o enfrentamento à corrupção tem encontrado resistências diversas, ostensivas ou dissimuladas. Há os que não querem ser responsabilizados por delitos cometidos e há os que não querem ficar honestos nem daqui para frente. Triste como seja, os dois grupos têm aliados em toda parte: em postos-chaves da República, na imprensa, nos Poderes e mesmo onde menos seria de se esperar. Têm a seu favor, também, a cultura da desigualdade, privilégio e compadrio que sempre predominou no Brasil. O Judiciário tem procurado, ele próprio, sair desse círculo vicioso e romper o pacto oligárquico que uniu grande número de empresários, políticos e burocratas no saque ao país. Mas parte da elite

brasileira ainda milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos outros, a dos adversários. E que a dos amigos, a dos companheiros de mesa e de salões, esta seria tolerável”.

Na Parte I, são três os capítulos que pretendem trazer uma reflexão teórica e crítica sobre o fenômeno da judicialização. O primeiro deles, intitulado *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, traz um esforço de compreensão da ascensão do Poder Judiciário no Brasil e no mundo, explora as dificuldades na demarcação da fronteira entre direito e política e faz uma investigação acerca dos fatores que influenciam uma decisão judicial, além do material jurídico. Quanto a este último ponto, ao analisar as relações entre justiça e opinião pública, registrei:

“No constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais, e é bom que seja assim. Dentro de limites, naturalmente. O mérito de uma decisão judicial não deve ser aferido em pesquisa de opinião pública. Mas isso não diminui a importância de o Judiciário, no conjunto de sua atuação, ser compreendido, respeitado e acatado pela população. A opinião pública é *um* fator extrajurídico relevante no processo de tomada de decisões por juízes e tribunais. Mas não é o único e, mais que isso, nem sempre é singela a tarefa de captá-la com fidelidade”.

O segundo capítulo – *A Razão sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria* – discute a evolução da teoria constitucional no Brasil, do constitucionalismo chapa branca do regime militar ao neoconstitucionalismo, que colocou o Judiciário no centro do cenário político e transformou a proteção dos direitos fundamentais e da democracia na sua grande missão. Na medida em que as sociedades vão se tornando mais complexas, a Constituição e as leis vão perdendo sua capacidade de regular previamente as múltiplas situações da vida, aumentando, assim, a discricionariedade de juízes e tribunais, que se

tornam, em ampla medida, co-participantes do processo de criação do direito. Este é um fato inexorável da realidade contemporânea, para desalento de muitos. Mas de nada adianta quebrar o espelho por não gostar da imagem. Porém, juízes e tribunais têm sua criatividade limitada pelas possibilidades semânticas da Constituição e das leis, bem como pelo uso apropriado das categorias jurídicas:

“O juiz não faz escolhas livres nem suas decisões são estritamente políticas. Esta é uma das distinções mais cruciais entre o positivismo e o não-positivismo. Pela concepção não-positivista aqui sustentada, (...) o direito é informado por uma pretensão de *correção moral*, pela busca de justiça, da solução constitucionalmente adequada. Essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional. (...) O juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e de ousadia”.

O terceiro capítulo chama-se *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papeis das Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*. Embora apresente diversos exemplos da experiência constitucional americana, o texto procura analisar o fenômeno dentro da perspectiva de um constitucionalismo global, trabalhando categorias que se tornaram correntes nas principais democracias do mundo. Como observo na narrativa apresentada, supremas cortes desempenham três papéis diversos: contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma

imposição do processo civilizatório. Isso não quer dizer que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação *a priori*, como procuro advertir:

“Cada um desses papéis pode padecer do vício da desmedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história”.

Na Parte II do livro, reúno cinco votos em questões emblemáticas apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. A teoria aplicada na prática. São eles os relativos a:

- (i) *foro privilegiado*, figura constitucional que se tornou símbolo de ineficiência e impunidade, e que traz desgaste e desprestígio ao STF;
- (ii) *aborto*, em que procuro enfrentar o tabu da interrupção voluntária da gestação, que não é tratada como crime em nenhuma democracia relevante do mundo;
- (iii) *execução penal após condenação em segundo grau*, fórmula necessária para superar a procrastinação indefinida, impunidade ou punição excessivamente tardia que caracterizam o processo penal brasileiro, sobretudo em relação à criminalidade do colarinho branco;
- (iv) *descriminalização da maconha*, em que a legalização regulada e monitorada é cogitada como uma alternativa à guerra às drogas que fracassou dramaticamente; e

- (v) *indulto de José Dirceu*, decisão na qual procuro discutir abertamente o modo como o direito brasileiro trata a execução penal, e a percepção social de leniência do modelo vigente.

2. UM POUCO DE PERSPECTIVA HISTÓRICA

A construção democrática do direito constitucional e das instituições políticas e jurídicas brasileiras remontam ao início da década de 80 do século passado. O primeiro desafio da nossa geração, naquele final de regime militar, era construir uma ordem institucional efetiva, com uma Constituição que fosse para valer. Este foi o tema do meu primeiro trabalho acadêmico relevante, no qual defendia que a própria Constituição de 1967-69 possuía dispositivos libertários e progressistas, e que era papel dos advogados e dos operadores jurídicos em geral cobrarem uma postura mais proativa do Poder Judiciário na concretização da Constituição e dos direitos fundamentais nele previstos¹. Ali tinha início o movimento doutrinário que veio a ser conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*². Mais do que uma escola teórica, o constitucionalismo da efetividade representou uma mudança de mentalidade dos operadores jurídicos em geral em relação ao papel da Constituição. Éramos poucos no começo³. Mas a verdade é que, em menos de uma geração, o direito constitucional se libertou do papel subalterno de legitimar uma ditadura e o Supremo Tribunal se transformou em um efetivo guardião da Constituição.

¹ Luís Roberto Barroso, *Efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?* V. Anais do Congresso, publicado em volume intitulado *XIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Teses*. Brasília, 1987. E minha tese de livre docência depositada em 1988, publicada comercialmente como *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990.

² A expressão que veio a identificar tal movimento doutrinário foi utilizada por Cláudio Pereira de Souza Neto, *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

³ O constitucionalismo da efetividade beneficiou-se de trabalhos anteriores, de autores como J.H. Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva e Celso Antonio Bandeira de Mello. Merece registro, no desenvolvimento do tema, Clemerson Merlin Cleve, que reuniu diversos dos seus textos nessa matéria no livro *Para uma dogmática constitucional emancipatória*, 2012. E, também, a contribuição trazida, um pouco mais à frente, por Ingo Wolfgang Sarlet, com o livro *Eficácia dos direitos fundamentais*, cuja 1ª edição é de 1998.

Nos anos 90, a agenda acadêmica se deslocou para o tema da interpretação constitucional⁴. Conquistada a efetividade da Constituição, reconhecida a sua força normativa e o papel decisivo do Judiciário na sua concretização, tornou-se indispensável incorporar à prática jurisprudencial brasileira uma discussão mais sofisticada sobre os princípios e métodos de interpretação constitucional praticados no mundo. Já não bastavam os elementos tradicionais de hermenêutica jurídica – literal, histórico, sistemático e teleológico – para dar conta da concretização da Constituição em um mundo que se tornara complexo e no qual não era possível pré-formular soluções para todos os problemas da vida em textos normativos prontos e acabados. Nem tudo poderia ser resolvido com produtos encontráveis em uma prateleira de enlatados jurídicos. Juízes começaram a ter reconhecido o seu papel criativo. Foi o momento da ascensão dos princípios entre nós, ao lado das regras.

Nos anos 2000, este conjunto de transformações, oriundos de causas e circunstâncias diferentes, se agruparam sob a designação genérica de neoconstitucionalismo, novo direito constitucional, constitucionalismo de direitos ou nova ordem constitucional⁵. O rótulo não é importante. Mas, no Brasil e em diversas partes do mundo, o direito constitucional passou a se identificar com constituições mais analíticas, catálogos densos de direitos fundamentais, tribunais dispostos a assegurá-los e métodos interpretativos menos formalistas e mecânicos. Foram imposições dos novos tempos e de novas realidades. A Constituição, progressivamente, passou para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o bom e velho Código Civil, depois efetivamente substituído por um novo. A centralidade da Constituição trouxe a constitucionalização do direito – isto é, a leitura de todo o ordenamento infraconstitucional através da lente da Constituição – e uma judicialização abrangente.

Assim, nos anos 2010, o tema dominante tem sido a judicialização e os limites e possibilidades de atuação legítima dos tribunais. Este livro se insere neste ambiente. Cortes constitucionais alternam os comportamentos que devem desempenhar: por vezes precisam

⁴ O tema da minha tese de titularidade, escrita em 1994 e defendida em 1995, era *Interpretação e aplicação da Constituição*.

⁵ Sobre o tema, v. meu artigo Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*

ser ousadas, outras vezes prudentes. Em certos casos devem ser proativas, em outros autocontidas. Muitos fatores são determinantes para a dosagem adequada dessas atitudes, e sequer há uma regra universal e permanente. Mais que outros, este é um caminho que se faz ao andar. Os países vivem diferentes momentos históricos e estão sujeitos a variadas exigências sociais. Muitas vezes, o que foi bom para a Alemanha, não funcionará no Chile. O que produziu bons resultados nos Estados Unidos não dará certo na Polônia. Cada país traça a sua própria trajetória. A vida não é um destino que se cumpre, mas um caminho que se escolhe.

Tendo sido um defensor ardoroso da efetividade plena da Constituição e da ampliação do papel do Judiciário na sua concretização, tenho me dedicado nos últimos anos a procurar demarcar os espaços próprios da judicialização, bem como a controlar o ativismo judicial, para que não degenere em voluntarismos e, em última análise, em arbítrio. No geral, devo dizer, avanços importantes na democracia brasileira foram conseguidos por intermédio do Poder Judiciário, da vedação ao nepotismo ao casamento de pessoas do mesmo sexo, passando pelo combate à corrupção e à proteção das regras democráticas. Mas, inegavelmente, há intervenções problemáticas, de que é exemplo a judicialização da saúde. Muitas das ideias que defendo neste livro, embora contem com largo apoio na academia, também sofreram críticas de autores respeitáveis. No tópico seguinte, enfrento algumas dessas críticas.

3. RESPOSTA A ALGUMAS CRÍTICAS

Em debates públicos com colegas de academia em diferentes lugares, tive oportunidade de ouvir preocupações, objeções e críticas à minha visão sobre o papel do Judiciário e do Supremo Tribunal Federal no Brasil contemporâneo⁶. Muitas delas foram absorvidas e se refletiram no modo como hoje penso a jurisdição constitucional. Outras, conquanto bem embasadas, não foram acolhidas, mas merecem ser enfrentadas com seriedade e rigor científico. Destaquei três delas para rebater brevemente:

⁶ Um desses debates foi organizado pelo Professor Oscar Vilhena Vieira, na Escola de Direito GV São Paulo, com duas dezenas de juristas de primeira linha, realizado em agosto de 2015. Os três blocos de críticas respondidas a seguir foram tabuladas naquele evento.

1. a de que eu forneço uma legitimação móvel e apriorística para qualquer atuação do Tribunal;
2. o risco democrático de o STF se arvorar em representante da sociedade; e
3. a impossibilidade de prestação de uma jurisdição constitucional de qualidade, à vista do volume de processos apreciados pelo Tribunal.

A *primeira crítica* é a de que meus argumentos transformariam o STF em um alvo móvel, que nunca pode ser atingido pela crítica democrática, já que lhe conferi uma legitimidade apriorística. Nessa linha, segue o argumento, se o Tribunal age contramajoritariamente – *i.e.*, contra o Congresso –, ele está legitimado pela defesa, por exemplo, dos direitos fundamentais. Por outro lado, se ele age no vácuo do Congresso, mas com apoio da sociedade, está legitimado por sua função representativa. Por fim, se ele age contra o Congresso e a opinião pública, mas em nome de um avanço civilizatório, está legitimado por seu papel iluminista. Em suma, não erraria nunca. O argumento é engenhoso, mas a defesa da minha posição é simples. Esses papéis – contramajoritário, representativo e iluminista – não são fungíveis. Se o Tribunal desempenhar um deles, quando deveria desempenhar o outro, sua atuação será ilegítima.

Assim, se o Tribunal for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se tiver a pretensão de ser iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir do papel de agente da história, não haverá como validar seu comportamento. Para que não haja dúvida: sem armas nem a chave do cofre, legitimado apenas por sua autoridade moral, se embaralhar seus papéis ou se os exercer atrabiliariamente, o Tribunal viverá o seu ocaso político. Quem quiser se debruçar sobre um *case* de prestígio mal exercido, de capital político malbaratado, basta olhar o que se passou com as Forças Armadas no Brasil de 1964 a 1985. E quantos anos no sereno e com comportamento exemplar têm sido necessários para a recuperação da própria imagem.

A segunda crítica é referente ao risco democrático. Não deixa de ser curioso que a teoria constitucional tenha superado suas angústias em relação à dificuldade contramajoritária das cortes constitucionais, mas que veja maiores problemas em uma atuação representativa. Aqui cabem duas observações importantes. A primeira é que o Tribunal não pode se investir de uma pretensão de representação metafísica da sociedade, qual um Oráculo de Delfos fora de época, com as respostas certas para todas as aflições. É necessário que estejam presentes condições concretas e socialmente controláveis de demanda social não atendida pelo processo político majoritário para justificar uma intervenção. A segunda é que este papel representativo – a representação argumentativa da sociedade, na terminologia de Robert Alexy – é eventual e necessariamente subsidiário. Por evidente, o órgão de representação popular por excelência é o Legislativo. Portanto, aprimorar o sistema representativo é a prioridade número um. Somente nas suas falhas mais graves é que se justifica a representação supletiva pelo Supremo. Não há troca de papéis. E mais: juízes constitucionais não são os reis filósofos da República de Platão, portadores da virtude e da verdade. Seu único poder é o do convencimento racional e moral. Se falharem nesse propósito, nada os salvará.

A terceira crítica diz respeito à impossibilidade de prestação de uma jurisdição de qualidade, à vista do volume de processos. Esta talvez seja a crítica mais difícil de responder. Até porque, desde que ingressei no Tribunal, venho insistindo, em conversas internas e em manifestações públicas, na necessidade de se fazerem mudanças profundas, revolucionárias, no modo como o Supremo Tribunal Federal atua. A mais radical é a de que o STF não pode admitir mais recursos extraordinários com repercussão geral do que possa julgar em um ano. Tudo o mais, que não tenha sido selecionado, transita em julgado. Também tenho proposto que a seleção dos recursos com repercussão geral seja feita por semestre, por um critério comparativo. Feita a escolha, designa-se a data de julgamento daquele processo. Também é procedente a crítica de que o volume astronômico transforma o processo decisório do Tribunal, em mais de 90% dos casos, em uma Corte de decisões monocráticas. Por isso mesmo, no primeiro semestre de 2017, encaminhei à Presidência do Tribunal proposta de emenda regimental que permita que o relator proponha, em Plenário Virtual, com decisão sumariamente motivada, a negativa de repercussão geral, com efeitos limitados ao caso concreto.

Na vida real, o que acontece é que os ministros e o presidente fazem, de modo individual e improvisado, o que no resto do mundo é feito de maneira institucional. Cada ministro, com seu gabinete, seleciona o que vai levar a Plenário, cabendo ao presidente fazer a pauta. De modo que julgamentos efetivos em Plenário são cerca 100 ou 200 processos por ano (julgamentos em lista não contam), o que não destoa quantitativamente de outros países. Mas, de fato, o volume de processos e a pouca antecedência da pauta compromete a qualidade da atuação do Tribunal e motivam os controvertidos pedidos de vista, apelidados, em alguns casos com justa razão, de “perdidos de vista”. De modo que os que professam essa crítica podem se juntar a mim no esforço de transformar o Tribunal, reduzindo a voracidade terceiro-mundista de tudo julgar, na crença equivocada de que competência é poder, mesmo que mal exercida.

IV. AS TRÊS DIMENSÕES DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Minha concepção da jurisdição constitucional – e, portanto, da atuação das supremas cortes e tribunais constitucionais – é coerente com a minha visão de democracia, que se apresente em três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. Na sua dimensão de *democracia representativa*, o elemento essencial é o voto e os protagonistas são o Congresso Nacional e o Presidente da República. Há problemas diversos na dimensão representativa da democracia brasileira, sobretudo no tocante à eleição para a Câmara dos Deputados. Nela, um sistema eleitoral proporcional e de lista aberta cria um modelo em que mais de 90% dos deputados não são eleitos com votação própria, mas mediante transferência de voto partidário. Nessa fórmula, o eleitor não sabe exatamente quem elegeu e o parlamentar não sabe exatamente por quem foi eleito. Como consequência, eleitores não têm de quem cobrar e os eleitos não sabem a quem prestar contas. Não há legitimidade democrática que possa ser adequadamente satisfeita por uma equação como essa⁷.

A segunda dimensão é a da *democracia constitucional*. Para além do componente puramente representativo/majoritário, a democracia é feita também, e sobretudo, do respeito aos *direitos fundamentais*. São eles pré-condições para que as pessoas sejam livres e

⁷ De longa data sou defensor do sistema eleitoral denominado de *distrital misto*, em que o eleitor exerce dois votos: um no seu distrito e outro no partido de sua preferência.

iguais, e possam participar como parceiros em um projeto de autogoverno coletivo. Tivemos muitos avanços nessa área: liberdade de expressão, de associação e de reunião assinalam a paisagem institucional brasileira. Ao lado delas, foram agregadas conquistas importantes em temas de direitos sociais, como educação e saúde, e avanços nas liberdades existenciais, com o reforço na proteção dos direitos de mulheres, negros e homossexuais. O protagonista dessa dimensão da democracia é o Judiciário e, particularmente, o *Supremo Tribunal Federal*.

A terceira dimensão da democracia contemporânea identifica a *democracia deliberativa*, cujo componente essencial é a apresentação de *razões*, tendo por protagonista a *sociedade civil*. A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas. Participam desse debate todas as instâncias da sociedade, o que inclui o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações, cidadãos comuns, autoridades etc. A democracia deliberativa significa a troca de argumentos, o oferecimento de razões e a justificação das decisões que afetem a coletividade. A motivação, a argumentação e o oferecimento de razões suficientes e adequadas constituem, também, matéria prima da atuação judicial e fonte de legitimação de suas decisões.

V. CONCLUSÃO

Está feita, assim, a apresentação do livro. Cabe enfatizar, ao concluir, que o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa da nossa geração. Nele se condensam as grandes promessas da modernidade: soberania popular, poder limitado, dignidade da pessoa humana, proteção dos direitos fundamentais e – quem sabe? – até felicidade. Trata-se de uma fé racional, que ajuda a acreditar no bem e na justiça, mesmo quando não estejam ao alcance da vista. O Estado democrático de direito significa o ponto de equilíbrio entre o governo da maioria, o respeito às regras do jogo democrático e a promoção dos direitos fundamentais. Naturalmente, se em uma sala houver seis cristãos e três muçulmanos, os cristãos não podem deliberar jogar os muçulmanos pela janela. A maioria pode muito, mas não pode tudo.

A judicialização das relações políticas e sociais – que é inevitável em algum grau – não pode, no entanto, suprimir o espaço da política, eliminar o governo da maioria.

O Judiciário não pode presumir demais de si mesmo. Na frase feliz de Gilberto Amado: “Querer ser mais do que se é, é ser menos”. É preciso buscar, permanentemente, o equilíbrio adequado entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. A vida institucional, assim como a vida social e a vida individual, é a busca permanente de equilíbrio. Viver é fazer a travessia contínua de uma corda bamba. Ora se inclina um pouco para um lado, ora para o outro, e segue-se em frente. Por vezes o público poderá ter a ilusão de que o equilibrista está voando. Não há problema nisso. A vida é feita de certas ilusões. Mas o equilibrista tem que saber que não está voando. Porque se ele acreditar nisso, se ele presumir ser mais do que pode ser, não haverá salvação. Ele vai cair. A jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal deve ser prestada do mesmo modo que a vida deve ser vivida: com valores, com determinação, com a leveza possível e com humildade.