

A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal

Thais Florencio de Aguiar*

Resumo

Neste artigo, analisa-se como a judicialização da política conduz a novas configurações institucionais na organização dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Discute-se como o método jurídico coloniza outras esferas da vida e como tal colonização engendra reformas no próprio aparelho do direito, de modo a torná-lo menos formal e mais permeável às demandas sociais. Todavia, sugere-se que esse rearranjo assimétrico dos três poderes na cena contemporânea reforça o descrédito no princípio democrático, uma vez que os procedimentos de negociação e decisão são dominados por regras e processos quase-judiciais ou legalísticos. Nota-se, portanto, que a judicialização introduz métodos não majoritários em um sistema de princípio majoritário.

Abstract

This essay analyses how the preponderance of judicial methods in politics leads to new configurations in the organization of legislative, executive and judiciary bodies of government. It discusses also how the juridical method dominates others spheres of life and how it develops reforms in the law apparatus, in order to become it less formal and more permeable by social demands. Besides that, the essay suggests that this asymmetrical arrangement of the three branches of government reinforces the distrust of democratic principles, because they introduce in the system, based on majoritarian principles, the non-majoritarian methods.

Introdução

A sociedade contemporânea tem se caracterizado por conflitos entre práticas jurídicas, legislativas e executivas, com o avanço de algumas esferas sobre outras ou a ocupação de espaço de um poder diante do recuo de outro poder. Tais conflitos estão reconfigurando os papéis dessas instituições até então tão bem definidos pela fórmula paradigmática, de inspiração montesquieuana, da separação dos Três

* Doutoranda no programa de Ciência Política do Iuperj. E-mail: taguiar@iuperj.br

Poderes. A teoria do “*le pouvoir arrête le pouvoir*” (o poder limita o poder) é cada vez mais confrontada, sobretudo, por fenômenos como a expansão do poder judiciário na cena política, com a judicialização da política e a emergência de um “direito legislativo”. Somados a outras circunstâncias desencadeadas no campo legislativo e executivo, esses fenômenos põem em relevo o método e o processo judicial que coloniza as outras esferas e expressa, na visão de alguns estudiosos, a descrença no princípio majoritário. Assim, mais do que a relação entre os Três Poderes, o que está em questão na cena contemporânea é o modelo político do Estado moderno e o arranjo liberal democrático.

Um dos sinais dessa reconfiguração de papéis é a ação criativa do juiz. Apoiado nas tendências do novo ativismo jurídico, da jurisprudência sociológica e do realismo legal, nota-se que o juiz contemporâneo tende a extrapolar sua função de intérprete-aplicador das regras para exercer um papel de criador de direito, avançando, portanto, sobre uma função, por excelência, legislativa. Porém, pode-se afirmar que mesmo antes do evento do ativismo jurídico, a própria tarefa de interpretação das leis já demandava um grau de criatividade, como argumenta Cappelletti (1993: 20): “... ‘a melhor arte de interpretação das leis’, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”. Em outros termos, o “juiz sempre será *forçado a ser livre*” dadas as dificuldades enfrentadas pela ciência da interpretação.

Uma circunstância emblemática em que o juiz é “forçado a ser livre” manifesta-se no caso dos catálogos de direitos fundamentais do homem ou “*Bill of Rights*”. Elevados a nível constitucional, esses catálogos de direitos impõem aos tribunais a tarefa de fazer atuar, isto é, de colocá-los em prática. Como são formulados em termos de valor – liberdade, dignidade, igualdade, justiça – e conceitos vagos como “tratamento igual”, tornam-se terreno fértil para ambigüidades,

corroborando, portanto, para expandir o âmbito do direito judiciário e proporcionar a criatividade dos juizes.

Contudo, essa ação criativa nem sempre é iniciativa de um juiz ativista. No cenário contemporâneo a ação criativa muitas vezes é fomentada também pela derrogação política, o que deflagra, por conseqüência, um apoderamento da função legislativa por parte do judiciário. Isto é, nota-se que o poder legislativo tem delegado decisões ao poder judiciário por razões como a elaboração de leis vagas e ambíguas, a falta de fôlego e a pouca perícia técnica para atuar a cada mudança de quadro (Cappelletti, 1993); ou por não querer se envolver em questões impopulares ou irrelevantes do ponto de vista eleitoral (Tate; Vallinder: 1995). Por todos esses motivos, o poder legislativo é levado a não responder às demandas imediatas com presteza e a formular leis tardiamente. Ainda, quando formuladas, logo se tornam obsoletas dado o cenário de rápidas mudanças. O legislativo, por vezes, conduz-se de forma lenta e ineficiente nesse cenário. Assim, o judiciário e o executivo muitas vezes levam vantagem frente aos métodos legislativos e, por essa razão, ganham espaço no terreno político.

Por certo, é necessário registrar que o legislativo cedeu lugar ao judiciário ou ao executivo, em grande medida, devido ao crescimento da legislação social promovida pelo estabelecimento do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*). Com ele, houve um substancial aumento das atividades de intervenção legislativa, o qual o legislativo não foi capaz de absorver porquanto os parlamentares tendem a se empenhar mais em questões partidárias e de política geral (Cappelletti, 1993). O resultado é a perda de agilidade exigida pelas demandas sociais e a espontânea transferência das funções legislativas para outras esferas, a saber, a executiva e a judiciária.

Corroborando para essa total descaracterização do modelo político do Estado moderno o declínio da confiança nos parlamentos e o descrédito dos políticos. Uma crise de representatividade ronda o poder legislativo e redundando, portanto, em uma crise de legitimidade. De modo geral, há uma percepção de que as instituições legislativas são imobilizadas, em

boa medida por causa do método majoritário. Além disso, pesam sobre sua imagem os casos de corrupção. O resultado é que outras esferas, de reputação nem tanto maculadas e de maior presteza, se sobrepõem.

Nesse panorama, é o poder judiciário, principalmente, que emerge com relevância do conjunto dos Três Poderes. Na sociedade contemporânea ele se torna um “terceiro gigante” no quadro dos Três Poderes (Cappelletti, 1993), contrariando a supremacia do legislativo e do executivo largamente teorizada, entre outros, por Locke e também reconhecida na obra de Montesquieu, para quem o poder judiciário, despido de força, seria “de certo modo nulo”. Reafirmando a tendência de agigantamento, Badinter e Breyer (2004) se referem ao fenômeno de expansão e preponderância do judiciário como “imperialismo jurídico”.

Essa eclosão do judiciário tem relação direta com a influência da jurisprudência e da ciência política norte-americana, associada, sobretudo, à emergência do modelo político dos EUA, apresentado como forte alternativa, principalmente, no cenário pós-45 (Tate; Vallinder, 1995). Com a queda dos totalitarismos europeus e, mais tarde, do comunismo, o modelo norte-americano consolida-se como modelo a ser seguido pelos países em processo de democratização, como América Latina, Ásia e África. Em si, a experiência dos regimes totalitários na Europa e o terrível desrespeito dos direitos dos cidadãos, especialmente durante a guerra, impulsionou uma maior atuação do judiciário no sistema político, sustentado pela legislação social.

Entre outras características, esse modelo difere principalmente pela ênfase depositada sobre o judiciário; ênfase essa presente em artigos sobre a democracia norte-americana, como em *Os Artigos Federalistas* (1787-88). Neles – como bem relembra Vallinder –, Alexander Hamilton endossa, “clara e entusiasticamente”, o judiciário e a revisão judicial dos outros poderes. Essa tônica estará bem expressa na doutrina dos pesos e contrapesos (*checks and balances*) norte-americana e no papel marcadamente político das Cortes. Por meio dessa prática, os juízes federais tornam-se espécie de *policy-makers*, ou seja, formuladores de políticas, motivados por um protagonismo do qual

resultam processos que demandam o remodelamento de políticas sociais promovidas pelo executivo e elaboradas ou aprovadas pelo legislativo. Trata-se do processo no qual Cortes e juízes aumentam cada vez mais seu domínio sobre a elaboração de políticas públicas, tarefa até então circunscrita ao legislativo e ao executivo (*idem*).

A essas circunstâncias favorecedoras da preponderância do judiciário na cena dos Três Poderes acrescenta-se a objeção contra o formalismo jurídico, oriunda tanto de demandas sociais, como da jurisprudência sociológica. Essa objeção dirige-se contra a atuação de um juiz como mera, passiva e “inanimada boca da lei” (Cappelletti, 1993). Por conseguinte, pleiteia-se que, em casos de abertura institucional para a discricção, envolva-se a responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do juiz. Espaço livre, novamente, para a criatividade jurídica, que está sempre na iminência de minar a separação dos poderes.

Para evitar essa transgressão de papéis, torna-se mister, na visão de ideólogos como Cappelletti, Badinter e Breyer, fundamentar critérios de razoabilidade da ação jurídica. A questão é: quem os fundamentará? O povo? Como? Através de demandas? Em outros termos: como aumentar a representatividade do poder judiciário, representatividade esta fundamental no que se refere à democracia?

Judicialização da política: a democracia como processo judicial

A interferência do poder judiciário na formulação de políticas pode ocorrer tanto devido à promoção do juiz como *policy-marker* (formulador de políticas) quanto à compreensão pelo judiciário de que uma lei é inconstitucional, e, também, por causa de demandas sociais requeridas, muitas vezes, em defesa da política de direitos de minorias frente a decisões majoritárias. Nos casos de defesa de minorias, o judiciário emerge como ator chave, contribuindo para o prestígio do “terceiro gigante”. Descortina-se, então, um cenário em que indivíduos e minorias, baseadas no princípio da política de direitos, recorrem a instituições não majoritárias, como os tribunais e cortes, contra

decisões majoritárias. Isso revela também que instituições majoritárias, como o legislativo, deixam de ser palco de resolução de conflitos. Fica configurado, portanto, um processo avançado de judicialização da vida política.

Essa judicialização da política manifesta-se também no uso dos tribunais e Cortes constitucionais até mesmo por políticos de oposição e partidos que, abandonando os púlpitos legislativos, lançam mão do poder judiciário para se opor às iniciativas do governo ou mesmo obstruí-las. Com efeito, a judicialização atinge inclusive a classe política, sobre a qual se pressupunha vigorar a arte do consenso, ou seja, transfere-se a responsabilidade da tomada de decisão para as Cortes e se legitima seus métodos.

Outra face do avanço da judicialização é a supervisão e intervenção das Cortes no processo eleitoral, resultando, muitas vezes, no remodelamento desse processo. Medidas como determinação e imposição de regras eleitorais justas; regulação financeira de campanhas; interpretação e imposição de leis éticas que regulam a conduta pública de oficiais são algumas das intervenções mais comuns do judiciário sobre a organização dos pleitos legislativos e executivos (Badinter; Breyer, 2004).

O processo de judicialização da política consiste em “dar a alguma coisa a forma de processo judicial” (Vallinder, 1995: 13). Tal conceituação abrange ainda a absorção de métodos jurídicos pelas instituições legislativas e executivas. Com efeito, uma profusão de métodos judiciais se materializa para além das fronteiras do poder judiciário, ou seja, se difunde através da instituição de agências, conselhos, tribunais administrativos, na figura de *ombudsmen*, conciliadores, ouvidores. Entre outras funções, esses órgãos exercem o “controle dos poderes políticos e, com isso, a proteção dos cidadãos e da sociedade em geral, contra os abusos daqueles” (Cappelletti, 1993: 47). A criação desses órgãos reflete o crescimento de uma justiça administrativa. Está dado, portanto, aos trâmites institucionais, o formato de processo judicial.

Se por um lado, o desenvolvimento da justiça administrativa pode ser entendido como uma reação dos poderes políticos à interferência direta do poder judiciário – assim, eles mesmos instituem seus canais de negociação antes que o judiciário entre em cena; por outro, não deixa de revelar também a colonização dessas instâncias de poder por parte do método jurídico.

No registro histórico, deve-se destacar também a relação entre a instituição da justiça administrativa e o crescimento do aparelho de Estado desencadeado pelo *Welfare State*. Nesse sentido, Cappelletti observa que o gigantismo do Estado administrativo trouxe a dificuldade de obter acesso às “inumeráveis alavancas burocráticas”, tendo criado expectativas de direitos que não seriam acolhidas devido à falta de canais de real participação e a lentidão do Estado, revelando, por vezes, um caráter repressivo. Nesse cenário, a judicialização emerge como canal de acesso ou reivindicação.

Em síntese, a judicialização significa o “processo pelo qual a negociação não judicial e os fóruns formuladores de decisões tornam-se dominados por regras e processos quase-judiciais (legalísticos)” (Tate; Vallinder, 1995: 28). Em outras palavras, tende-se à adesão, pelo campo político, do método judiciário como vetor de resolução de conflitos.

Essa adesão fica explícita no caso de resolução de conflitos de classe e proteção de direitos difusos e coletivos frente ao poderio das grandes corporações privadas. Com efeito, o judiciário consolida-se como principal instância nesses casos a ponto de inovar seus métodos de arbitragem de conflitos. Com isso, o judiciário passa a operar não somente causas individuais, isto é, ações entre duas partes, mas, também, torna-se capaz de atender múltiplas partes através de ações coletivas. O judiciário, então, fortalece-se como importante palco de reivindicações no contexto da sociedade de massa, emergindo como terceiro gigante a agir no contexto das grandes formações sociais e econômicas, ou seja, do “*Big Government*”, “*Big Organization*”, “*Big Business*” (Cappelletti, 1993). Em face desse poderio, “apenas um *Big*

Judiciary pode se erigir como guardião adequado e contrapeso eficaz” (Tate; Vallinder, 1995: 61).

O método jurídico e o princípio democrático

Diante desse rearranjo dos Três Poderes, cabe questionar: o que significa eleger o judiciário como canal privilegiado de reivindicação em detrimento do legislativo? Na análise de Tate e Vallinder, essa nova disposição dos poderes políticos é ameaçadora do princípio democrático. “Nas democracias, primeiramente, nas suas assembleias eleitas popularmente, a formulação de decisão (*decision-making*) está baseada no princípio majoritário e no debate público, livre entre iguais” (1995: 13). Ou seja, não é com entusiasmo que esses autores vêem procedimentos quase-judiciários ou legalísticos avançarem sobre arenas de decisão e negociação de caráter não-judicial.

Em uma comparação entre os métodos de resolução de conflitos legislativos e judiciários, Vallinder coteja diferenças fundamentais: a arena legislativa opera em termos de barganhas e troca de favores, enquanto o judiciário pesa os argumentos; no legislativo predomina o princípio majoritário, e no judiciário, a decisão dada por um juiz imparcial; um produz regras gerais e políticas públicas, e outro estabelece casos individuais; um aloca valores em virtude de uma solução possível politicamente, enquanto o outro se certifica dos fatos do processo e da lei adequada na busca da “única solução correta”. Desse ângulo, o modelo democrático do consenso, ou seja, a capacidade da sociedade de se autocompor, de produzir valores e arregimentar vontades na formação de uma unidade, estaria em risco diante da judicialização da vida política.

As circunstâncias que reforçam a criatividade do juiz, retirando-o da órbita da estrita obediência à lei e lançando-o na esfera do direito legislativo, encerraria uma contradição com o princípio democrático, conforme apontam alguns críticos (Badinter; Breyer, 2004). Segundo eles, o seguinte quadro se esboça: o juiz, por meio de métodos criativos de decisão e incorporando critérios legais e morais, exerce um poder

político. Diante disso, perguntam-se, podem garantias de independência do juiz ser justificadas? Ou seja, à medida que exerce um poder político e não se submete ao consenso, não deve o judiciário também ser limitado por outros poderes?

O quadro tal como descrito sugere uma assimetria dos poderes em curso na cena contemporânea, detectada na configuração da supremacia da decisão do judiciário, que controla e altera a decisão de outros poderes sem ser, da mesma forma, controlado e limitado por eles, sem estar sujeito à vontade geral ou à estrita aplicação da lei. Ao partilharem dessa perspectiva, Tate, Vallinder, Badinter e Breyer primam pelo princípio majoritário e, por conseguinte, tendem a considerar o fenômeno da judicialização da vida um sinal negativo. Sinal de que estaríamos testemunhando a derrocada da democracia como organização política, em outros termos, o declínio da vontade geral.

Visto pelo ângulo liberal, o fenômeno de expansão da judicialização da vida pode significar avanços. Uma vez que as instituições majoritárias carecem de efetividade, perdem capacidade de atender demandas e manter sua legitimidade, o poder judiciário oferece canais efetivos de mobilização e deliberação. Assim, ele carregaria um potencial de afirmação da ação coletiva, capaz de avivar a condição cidadã, ou ainda, de resgatar a participação na esfera pública. Mesmo que essa mobilização popular seja feita de forma limitada, dado que o método judiciário estende-se apenas até a dimensão de ações coletivas, ela poderia se irradiar quando combinada aos processos de comunicação.

Caso esse cenário se consolide, identificar-se-á um deslocamento do princípio de representatividade democrática transferido do legislativo – lugar da soberania – para o judiciário. Ele passaria a ser o centro de constituição dos procedimentos de soberania, donde se propagaria a vontade. Essa vontade não seria mais geral, resultado do método majoritário, como desejariam os autores acima, mas, sim, de outra categoria e em outra escala. Com o direito elevado à esfera pública, vale

indagar até que ponto essa vontade é válida; isto é, até que ponto as vontades fragmentárias se sobrepõem umas às outras nessa esfera, produzindo conflitos à medida que resolve outros, perfazendo a perpétua busca por consenso. Será possível reconstruir por vias fragmentárias uma unidade social?

Ademais, à medida que não se divisa no método jurídico a capacidade de produzir unidade social, aumenta a dúvida sobre a representatividade do poder judiciário e, por conseguinte, sobre a legitimidade democrática do direito jurisprudencial. Ao revelar-se dissociado de um consenso, o direito jurisprudencial, com toda sua carga de criatividade, apresenta-se como instrumento antidemocrático e potencialmente tirânico.

Todavia, na visão de Cappelletti, tal objeção não haveria razão de ser no mundo contemporâneo, no qual foi dissipada a “utopia tipicamente ocidental” da capacidade dos poderes políticos de alcançar o consenso dos governados ou pelo menos da maioria. Além disso, a criatividade jurisprudencial não entraria em contradição com o princípio democrático, caso se restrinja a preencher com criatividade as margens da legislação.

Com efeito, sua análise aponta para um direito mais forte, tão forte quanto o executivo e o legislativo. Cappelletti não vê contradição entre princípio democrático e atuação política e discricionária do juiz. Esse “*Big Judiciary*” só ofereceria benefícios para a representatividade do sistema político ao tornar-se guardião da administração pública. Seguindo-se o modelo de controles e contrapesos (*checks and balance*), de equilíbrio de forças e controle recíproco, tender-se-ia a evitar a concentração de poderes no legislativo ou no executivo, como já registrou a história nos casos da Itália pré-fascista, Alemanha de Weimar e França da Quarta República (Cappelletti, 1993). Nesse sentido, um sistema de controles recíprocos seria um avanço ao sistema de rígida separação dos poderes.

De acordo com essa interpretação, a atrofia ou confinamento do judiciário seria extremamente nociva à ordem política. Por isso,

Cappelletti não vê problemas em limitar e condicionar o caráter democrático dos processos legislativos e executivo por meio do judiciário. Para ele, “deve-se fazer contínuo esforço com vistas a salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa”, incluindo, todas as formas de criação do direito, inclusive jurisprudencial” (Cappelletti, 1993: 96).

Do ponto de vista de uma democracia “não-utópica” – para usar o termo de Cappelletti – e do descrédito no princípio majoritário, o poder judiciário pode vir a se tornar representativo da vontade de grupos minoritários, sem acesso ao processo político, caso firme um compromisso público com a comunidade e seus sentimentos de equidade e justiça e, acima de tudo, mantenha-se permeável às demandas dos indivíduos.

Assim, enquanto legisladores e aparelhos burocráticos podem dificultar ou vedar o acesso dos cidadãos à política, no poder judiciário, em razão dos procedimentos e processos jurisdicionais, ouvir as partes continua sendo tarefa imprescindível e direito fundamental. Visto dessa perspectiva, o poder judiciário viria a ser o mais participável de todos os processos da atividade pública. Esses procedimentos, combinados com a desformalização do direito e com instrumentos de “controle recíprocos” do sistema democrático, também evitariam, segundo Cappelletti, a manutenção, na esfera institucional jurídica, de juízes burocratas distantes e isolados da sociedade. E, ao mesmo tempo em que garante o contato constante com a comunidade, esses procedimentos salvaguardam uma condição de independência dos juízes, à medida que não estão pressionados pela maioria.

Princípio democrático, desformalização do direito e direito responsivo

As propostas acerca de um aparelho judiciário mais aberto a demandas sociais, de modo a coadunar princípios legais, sociais e políticos, habita o pensamento de muitos teóricos do direito. Com efeito, para que o judiciário aproxime-se do lugar de elemento chave em tal

democracia “não utópica” proposta por Cappelletti, o direito precisa de sustentabilidade e legitimidade social frente a demandas por uma ordem legal mais efetiva, isto é, por uma justiça substantiva, justiça essa que o direito, engessado pelo formalismo e legalismo jurídicos, seria incapaz de oferecer.

Se por um lado a desformalização da prática jurídica torna-se necessária – sob pena de desabar por inteiro o edifício jurídico já enfraquecido em sua legitimidade –, por outro, ela põe em risco a sobrevivência institucional do direito. Para que esse edifício continue íntegro, trata-se de projetar novos métodos de interpretação que atendam à demanda por uma justiça substantiva e absorvam aspirações sociais. Esse caminho conduz o direito à conjugação do aparato jurídico com a moral política, que, por conseguinte, vulnerabiliza os cânones do direito e impõe a redefinição de novos métodos e procedimentos.

Essa redefinição desafia a integridade institucional entendida pelo sistema do tipo autônomo, que se apóia em um edifício formalista-metódico, associado a uma moralidade institucional. Ou seja, o sistema autônomo constrói a estrutura de suas instituições descolada da dinâmica da ordem social, caracterizando-se, nas palavras dos autores, por um “insulamento seguro do direito autônomo”. Na avaliação de Nonet e Selznick (1978), ao centrar-se na preservação da integridade institucional, o sistema autônomo desencadeou os germes de sua própria destruição.

A quebra do paradigma do sistema autônomo gerou, por conseguinte, um direito mais capaz de atender às demandas por justiça substantiva e de reintegrar-se a políticas e à sociedade. Assim, irrompe no cenário contemporâneo, portanto, o direito de sistema responsivo e, através dele, em uma ação de salvação do direito, reedita-se o tema da integridade sob outros moldes. Não se trata mais de uma integridade estrutural e, sim, uma integridade mais ideal, apoiada em um aparato cognitivo-finalístico, vinculado a uma moralidade civil.

Com efeito, o sistema responsivo caracterizar-se-á por um forte compromisso com a justiça substantiva. Tal compromisso configura um instrumento de legitimidade para o sistema responsivo. Para alcançar tal justiça e se projetar no cenário responsivo, cumpre que as instituições legais rompam com o insulamento característico do sistema autônomo e estabeleçam interação com a ordem social. Assim, o direito responsivo tende a acolher o conhecimento das aspirações sociais e os efeitos da ação oficial no raciocínio legal, primando por uma competência cognitiva desfeita a formalismos.

Em outras palavras, tais premissas sustentam uma ordem legal mais aberta à participação e, por conseguinte, à crítica, em vistas de um aperfeiçoamento constante de suas práticas. Além disso, ao tornar-se um instrumento mais dinâmico na ordem social tende a ser convocado a posicionar-se nas questões sociais e, assim, a expandir sua participação legal sob as esferas sociais, remodelando o papel do direito na sociedade.

Todavia, tal abertura impõe riscos à legitimidade do sistema responsivo, ao mesmo tempo em que oferece garantias para essa legitimidade. Ou seja, a abertura pode significar instituições legais com sensibilidade social, adaptatividade, flexibilidade e autocorreção. Ela torna possível um espaço de discricção mais amplo, uma jurisprudência menos hermética, cujos fins se confundem com os meios procedimentais. Sob esse aspecto, a dimensão política ganha relevância nessa jurisprudência que se propõem ser menos literal em sua interpretação das leis e mais adaptativa em relação à aplicação das disposições jurídicas a casos específicos.

No entanto, tal abertura também torna a integridade do direito suscetível a riscos. Isso decorre, principalmente, da importância que a dimensão política toma nas decisões inspiradas em um sistema responsivo. Nesse sistema, a autoridade das regras é posta em questão diante de um espaço de discricção mais amplo e menos hermético, em que esteja associado a uma moralidade civil, e não institucional, como

ocorre no autônomo. Isso gera, portanto, uma integração de aspirações legais e políticas, sendo a fidelidade às regras enfraquecida.

É nesse sentido que no sistema responsivo torna-se mais difícil distinguir a “análise legal da análise política e a racionalidade legal da racionalidade política” (Nonet; Selznick, 1978: 83). Isso significa a renúncia de uma “razão artificial” que obnubila a justiça substantiva; em contrapartida, representa um risco para a tomada de decisões que pode decair em subjetivismo e oportunismo. “Conforme o direito ganha flexibilidade e abertura, a advocacia legal leva em conta a dimensão política, gerando forças que ajudam a corrigir e a mudar as instituições, mas ameaçam minar a integridade institucional” (Nonet; Selznick, 1978: 78).

Como é de se notar, o risco da integridade é problematizado, sobretudo, no campo da discricção. Trata-se de questionar: que parâmetros adotar na tomada de decisão, sem que engessem as instituições legais e faça-as perder de vista uma justiça substantiva? O dilema entre abertura e integridade é resolvido, no sistema responsivo, através do estabelecimento do “propósito” como parâmetro da decisão jurídica (*idem*); ou seja, o “propósito” traduz-se por um princípio que orienta o raciocínio legal em vista de resultados substantivos, tidos como uma missão institucional. Nas palavras dos autores, um sistema “*result-oriented*” – orientado em função dos resultados.

O propósito, no entanto, não substituiria por completo o modelo de regras. Cumpre que haja interação entre regra e propósito, constituindo uma verdadeira bússola para a atividade jurídica. Desse modo, o sistema responsivo reduziria a tensão entre abertura e integridade, combinando a abertura com a premissa do propósito e a regra com a discricção. Essa premissa sustenta parâmetros para a crítica das práticas estabelecidas e, por conseguinte, abre caminhos para a mudança. Essa combinação permitiria, por exemplo, que a desobediência e a pressão social fossem sempre percebidas como fontes de “conhecimento e oportunidades para autocorreção”, ao mesmo tempo em que orientaria a direção dessa correção.

Cabe, entretanto, perguntar-se: não poderia essa premissa ser capturada por interesses escusos, arbitrariedades e ainda oportunismos? O propósito não é ainda uma premissa emergente de um campo subjetivo? Presume-se que seja para reduzir essa margem de arbitrariedade que os autores proponham não o império absoluto do propósito como parâmetro para o raciocínio legal, mas, sim, sua combinação com as regras. “Mais importante para o nosso argumento”, escrevem Nonet e Selznick (1978: 80), “é a interação entre regra e princípio. Pois, assim, uma fonte de mudança é construída na ordem legal”. A favor de seu argumento, os autores consideram que a jurisprudência deve transitar da regra para o propósito. Aos seus olhos, esse é um recurso utilizado mesmo em uma ordem legal centrada na regra como o sistema autônomo, também vulnerável à produção de ambigüidades.

Se o propósito orienta a ação, possibilitando assim reduzir a “arbitrariedade da interpretação literal” ou restringir a ação *ultra vires*, isto é, “além dos limites da autoridade delegada”, significa que ele (o propósito), sem dúvida, em alguma fase do processo, proporciona o enfraquecimento da autoridade das regras. Por certo, esse enfraquecimento constitui até mesmo uma condição para ampliar o espaço de discricão no julgamento legal. Contudo, uma questão se impõe: em que medida pode a autoridade de um princípio suplantar a autoridade das regras sem constituir uma ameaça para a integridade do direito? Em outras palavras, se a autoridade do propósito tende a enfraquecer a autoridade das regras, como combiná-las ou equilibrá-las de modo a preservá-las?

Nonet e Selznick esboçam, justamente, um modelo em que integridade e abertura sustentem uma a outra. Dada a ação do tempo, a alteração de circunstâncias e, por conseguinte, a caducidade de algumas regras, a autoridade do propósito tenderia a não só atender as necessidades políticas, mas também a proteger a própria autoridade de lei e a integridade de sua aplicação. Ou seja, ao aumentar a capacidade de adaptabilidade da lei, firma-se a promessa de uma lei mais efetiva.

Promovendo, assim, uma integridade ideal, comprometida com moral, e, por conseguinte, preservando a integridade institucional.

O tema da integridade no direito responsivo conduz a relação da discricionariedade com o passado (e a tradição) e com o futuro (e a abertura para a mudança). Nesse contexto, os juízes defrontam-se com um dilema, assim formulado: “à medida que o tempo passa e a lei deve ser aplicada em outras circunstâncias, os juízes se vêem diante de uma opção entre aplicar a lei original, com o significado que sempre teve, ou emendá-la às ocultas para atualizá-la”. Em outros termos, resta ao juiz “escolher entre a mão morta, porém, legítima do passado e o encanto claramente ilícito do progresso” (Dworkin, 2003: 416).

Nessa concepção, a saída do dilema é a conjugação temporal. Assim, o juiz preocupado com a integridade “interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Ele quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo e, por isso, sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando” (Dworkin, 2003: 416). Isso significa que Dworkin considera a lei suscetível à ação do tempo e, em parte por essa razão, trata-se de interpretar a história da lei em movimento – passado, presente e futuro.

Nessa perspectiva, ele invalida a teoria da intenção do autor, que prega a pesquisa da intenção do legislador no ato de criação da lei, como método interpretativo exclusivo. De outro modo, Dworkin avalia que combinar todas as intenções individuais dos legisladores em uma intenção institucional se torna inviável e inútil. Na visão de Dworkin, seguindo o princípio de integridade, o juiz deve buscar convicções gerais, visto que, em uma comunidade de princípio, “a legislação deve ser entendida, até onde for possível, como a expressão de um sistema coerente de princípios” (2003: 403).

A idéia de uma comunidade baseada em princípios é aqui fundamental para compreensão da proposta de Dworkin. “Uma comunidade de princípios não encara a legislação do mesmo modo que

uma comunidade baseada em códigos, como acordos negociados que não têm significado adicional ou mais profundo além daquele declarado pelo texto da lei; trata a legislação como uma decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política” (2003: 413). Tal concepção de comunidade reforça o argumento da integridade, da busca por um sistema único e coerente.

É por se tratar de uma comunidade de princípios, em que a autoria da lei é múltipla – não é somente fruto do trabalho do legislador –, e em que produção de direito é uma ação contínua e em desenvolvimento, que Dworkin lança mão de analogias como a do direito em cadeia. Segundo essa teoria, o direito não é escrito apenas a duas mãos, obra exclusiva do legislador. Trata-se de um processo que se estende ao longo do tempo e que conta com a participação do juiz. Por isso, o juiz adepto do princípio da integridade “tratará o Congresso como um autor anterior a ele na cadeia do direito, embora um autor com poderes e responsabilidade diferentes dos seus e, fundamentalmente, vai encarar seu próprio papel como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver, do modo que acredita ser melhor, o sistema legal iniciado pelo Congresso” (2003: 377). Portanto, a teoria do direito em cadeia exige um esforço de interpretação da lei que inclui elementos não somente os estritamente legais. A decisão do juiz, conjugação desses diversos elementos, torna-se, assim, submetida a um teste de adequação, ou seja, apoiada e fundamentada em argumentos tanto legais quanto morais e políticos.

Nesse teste de adequação da decisão, tem relevância, na análise dworkiana, o fator da moral política. Isto é, a decisão do juiz deve se adequar a um repertório ou histórico jurídico e, sobretudo, à moral política. A escolha de princípios de moral bem fundamentados pode fazer retornar o problema dos limiares da descrição, pois há várias interpretações possíveis. Todavia, Dworkin insiste em ser preciso que o juiz se pergunte qual interpretação apresenta adequação do ponto de vista da moral política, da doutrina jurídica e da estrutura das instituições jurídicas. Ou seja, um juiz deve por à prova sua

interpretação, “perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede de estruturas como um todo” (2003: 294).

Conclusão

A mudança na interação entre os Três Poderes e a reforma no mecanismo de atuação do direito sugerem um rearranjo na esfera pública da democracia liberal. Resta saber, diante do avanço da judicialização da política, que modelo político emergirá e se, conforme apontam as tendências, será viável introduzir em um sistema de princípio majoritário instrumentos não majoritários. A judicialização da política seria, desse ponto de vista, uma elegia ao arranjo democrático liberal. Por certo, a reconfiguração dos Três Poderes e a carga de conflitos em cena revelam, como acentua Breyer, que o mundo não encontrou sua boa institucionalização.

Bibliografia

BADINTER, R.; BREYER, S. (2004). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press.

BOBBIO, N., MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (1994). *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UNB.

CAPPELLETTI, M. (1993). *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

DWORKIN, R. (2003). *O Império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes.

NONET, P.; SELZNICK, P. (1978). *Law and Society in Transition*. New York: Octagon Books.

TATE, C.; VALLINDER, T. (1995). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York/London: New York University Press.