

A política por todos os lados

Por Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez

Valor Econômico, 25/11/2011

A judicialização da política está em toda parte



Dias depois da decisão do STF que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, militantes de movimentos de defesa dos direitos de homossexuais realizaram um abraço simbólico no prédio do tribunal em apoio à medida. Nessa manifestação, a senadora Marinor Brito (PSOL-PA) deu a seguinte declaração: "O movimento dá uma resposta muito positiva e um reconhecimento do papel que o Supremo cumpre neste momento e já que o Congresso Nacional não se manifestou até hoje. Não queremos a judicialização da política. Queremos que o Congresso assuma o seu papel de protagonista na alteração e na construção das leis".

Comentando a mesma decisão, o advogado Ives Gandra Martins, localizado em posição oposta à da senadora do PSOL no espectro político, disse o seguinte: "Sempre fui contra o ativismo judiciário. O que a Constituição escreveu é o que tem de prevalecer. É evidente que não estou de acordo com os fundamentos da decisão. Entendo que o STF não pode se transformar num constituinte".

Em ambos os casos, seja para apoiar ou para criticar a decisão, seja à esquerda ou à direita, seja utilizando a ideia de "judicialização da política", seja a de "ativismo judicial", o raciocínio subjacente é o mesmo: um Poder (o Judiciário) está invadindo indevidamente o domínio de outro Poder (o Legislativo). O que mostra, de saída, que essas duas ideias são, na verdade, complementares. Seria como que um mesmo processo, visto ora da perspectiva da política "invadida" pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio "invasor".

"Quando tudo é 'política', torna-se impossível diferenciar a atividade de um juiz da atividade de um deputado ou de um ministro"

Mas, apesar de apontarem essencialmente para o mesmo fenômeno, a expressão "judicialização da política" é a mais comum. Está por toda parte e tem múltiplas utilidades no debate público, sendo todas elas sempre de censura e de condenação. Serve para criticar o Poder Legislativo, que não estaria "fazendo a sua parte". Serve para criticar o Poder Judiciário, que estaria invadindo a competência do Poder Legislativo sem ter legitimidade para isso (já que juízes não são "eleitos", diz ainda o raciocínio). Serve também para denunciar uma situação de despolitização geral da sociedade, capitaneada pelo "inchaço" do Executivo, o que obrigaria cidadãos e cidadãos a recorrer ao Judiciário como ato recurso de última instância de proteção política. Em todos esses diferentes raciocínios, o pressuposto é o de que as instituições não estariam funcionando "normalmente", não estariam funcionando "como deveriam".

Esses diferentes usos de "judicialização da política" pressupõem que a atuação do Judiciário seria um sintoma de que a democracia não está em seu "funcionamento normal". No fundo, é raciocínio que tem por base três teses implícitas de como "deve funcionar" uma democracia.

Primeira: os Poderes são três e devem ter fronteiras claras e rígidas entre eles, estabelecidas de antemão. Segunda: o Legislativo deve ser o centro de toda a produção normativa. Terceira: que a única forma de representação política legítima é a do mandato eletivo, seja no Legislativo, seja no Executivo. Nessa sequência de teses, fica claro também que o papel do Judiciário nesse esquema deve ser apenas o de "aplicar a lei", no sentido de que a "lei" seria sempre clara, cabendo aos tribunais unicamente o papel de serem porta-vozes do legislador e às juízas e juízes o papel de "boca da lei".

[Ampliar imagem](#)



E, no entanto, a mera enunciação dessas teses implícitas é suficiente para mostrar seu total descolamento da realidade. Há muito a representação política deixou de ter um padrão único. Estão aí diferentes formas de representação que não seguem o padrão da eleição para o Legislativo e são aceitas como legítimas. Há conselhos de diversos tipos, há agências reguladoras, conferências nacionais. Isso também mostra que há já algum tempo o Legislativo deixou de deter de fato o monopólio da produção normativa - se é que alguma vez o teve realmente.

Em relação ao Judiciário, o pressuposto é ainda mais problemático. A visão da atividade judicial como uma simples dedução de uma lei que não poderia ser

interpretada de outra maneira se choca com o fato elementar de que toda nova sentença é, na verdade, criadora de normas. É uma criação de normas segundo regras, segundo princípios interpretativos disponíveis, com certeza. Uma criação de normas regulada pelo código específico do direito, que, em última instância, deriva sua lógica e sua legitimidade da Constituição. Mas não deixa por isso de representar a criação de novas normas.

O mero reconhecimento dessa realidade de fato mostra que toda pretensão de fixar de antemão as fronteiras e limites de cada um dos Poderes (mesmo que eles sejam apenas três) leva a uma posição que não consegue entender o que está se passando. Mas há ainda uma consequência mais grave: trata-se de uma das maneiras mais eficazes de impedir a mudança social. Trata-se de um verdadeiro bloqueio ao livre exercício da imaginação institucional pela sociedade. E, em última instância, leva a uma posição conservadora, que costuma falar sempre em nome do direito posto e não do direito que está por vir.

Afinal, quando ouvimos acusações generalizadas ao Poder Judiciário por "se meter onde não foi chamado" e "avançar sobre uma agenda que deveria ser do Parlamento", não estaríamos assumindo uma posição conservadora? Não estaríamos nos colocando na posição daqueles que querem impedir por decreto a mudança institucional para congelar o desenho de nossas instituições? E isso vale igualmente para o oposto complementar da "judicialização da política", o chamado "ativismo judicial".

Com esses questionamentos, também não queremos dizer que tudo estaria "funcionando muito bem", à maneira do cientista que apenas "observa e explica" fenômenos sociais e políticos. É claro que a atuação do Poder Judiciário na maioria dos casos não vem acompanhada da devida justificação diante da esfera pública. Quem já teve a oportunidade de ler o resultado de um julgamento do STF pôde perceber como esse documento é tão confuso e complexo que muitas vezes torna impossível identificar com clareza as razões da decisão.

Mas, seja como for, o resultado final costuma ser claro: as cortes são capazes de decidir os problemas que examinam. No entanto, a argumentação que fundamenta as decisões costuma ser ou altamente confusa ou meramente telegráfica. É comum encontrar decisões colegiadas praticamente **sem** argumentação ou com tantos fundamentos quanto os juízes que atuam nelas. Afinal, a corte não se reúne para redigir um voto vencedor com começo, meio e fim. Decide por mera maioria de votos.

Por isso mesmo, a decisão final costuma ganhar as feições de um labirinto mitológico do qual ninguém consegue sair com destreza, nem os juristas de profissão. Os votos dos ministros se sucedem de maneira confusa, entremeados pela transcrição dos debates e pedidos de vista, sem que haja um apanhado final em que os argumentos que sustentam o resultado sejam organizados e hierarquizados. É suficiente baixar do site do STF a decisão de qualquer caso importante para ver como isso se dá.

No entanto, nada disso justifica submeter o Judiciário ou qualquer um dos Poderes a amarras predeterminadas, pensadas para bloquear a mudança social. Podemos lutar para que os Poderes justifiquem suas razões de agir, para que fundamentem melhor

suas decisões. Mas essa luta pela justificação não deve ser confundida com a defesa de um padrão naturalizado de separação de Poderes, por exemplo.

Essa confusão entre, de um lado, um padrão predeterminado e abstrato e, de outro lado, um funcionamento concreto do Judiciário de difícil compreensão tem sido usada sub-repticiamente para criticar e tentar congelar movimentos de mudança que vêm desse poder. Utiliza uma barreira normativa imaginária, criada por teorias fixadas no século XIX, para bloquear arranjos institucionais em formação, próprios de uma democracia ainda muito recente e cheia de brechas e de possibilidades de intervenção, como é o caso da democracia brasileira.

As decisões dos organismos de poder, a maneira pela qual as instituições funcionam, têm consequências claras sobre a distribuição de poder entre os cidadãos e outros entes sociais. Quando, por exemplo, o Judiciário começou a exigir que determinados procedimentos médicos fossem praticados pelos planos de saúde e certas drogas fossem adquiridas pela administração pública, o poder privado e o poder público foram questionados.

De um lado, o Judiciário afirmou que os planos de saúde não eram livres para formar seus preços sem levar em conta determinadas doenças e, de outro, que a administração não poderia criar unilateralmente uma lista de drogas a ser adquiridas e distribuídas para a sociedade. Nesses dois casos, ao modificar os termos contratuais e tocar na forma de agir do poder público, o Judiciário mudou a balança de poder entre os entes sociais e estatais envolvidos e forçou a criação de outros procedimentos e regras para a sua ação e interação mútua.

Há quem afirme que o Judiciário não deveria se intrometer na liberdade de contratar e nas atribuições da administração pública, por princípio e por definição. Há quem afirme até que, ao fazer isso, esse poder põe em risco o funcionamento da economia e da democracia. Preferimos ver esse suposto "mau comportamento" dos juízes como sinal de mudança institucional, como uma oportunidade de redefinir as fronteiras entre os Poderes e exercitar a imaginação institucional para aperfeiçoar a democracia e tornar a economia menos selvagem.

Como se vê nesses exemplos, em um Estado Democrático de Direito é na esfera política - e não diretamente na "tradição" ou no âmbito do mercado - que se definem, em última instância, as feições das diversas posições de poder, o desenho das instituições. E a política, como se percebe, está por toda parte, não apenas no Parlamento. Pois se há uma "política" sendo praticada nos partidos e no Parlamento, há também uma "política" ocorrendo no Poder Judiciário, no Poder Executivo, nos conselhos, agências reguladoras e outros mecanismos deliberativos.

Como diferenciar essas diversas formas de "política" para que toda a dinâmica institucional não se confunda com o mero jogo de interesses? Pois quando tudo se torna "política" nada mais o é. Quando tudo é "política", torna-se impossível diferenciar a atividade de um juiz da atividade de um deputado ou de um ministro e passamos a cobrar deles posturas e padrões de ação que não correspondem à sua posição no concerto dos Poderes.

Para evitar esse desfecho, é necessário levar em consideração, no caso do Judiciário, aquilo que lhe é específico, aquilo que estrutura o que é a "política" nesse âmbito institucional específico: o "código do direito". Sem se esquecer de que o próprio significado do que é considerado mais amplamente como "direito" é mutável no tempo e abrange muito mais do que a simples institucionalização realizada pelo Poder Judiciário. E é exatamente isso que não está sendo levado em conta por quem utiliza expressões como "judicialização da política" ou "ativismo judicial".

Nesse contexto em que os diversos âmbitos da política são pensados em suas especificidades, é preciso, por exemplo, revisitar a própria ideia de separação de Poderes e repensar seus termos. Os Poderes precisam mesmo ser três? Sua relação entre si precisa ser aquela fixada pela teoria jurídica dominante no século XIX? Ou será possível retomar em novos sentidos a ideia original de Montesquieu, que não fala em três poderes, mas na ideia de frios e contrapesos?

Nessa ordem de razões, o que não se admite é que haja um poder que decida unilateralmente, ou seja, cujas decisões não passem por uma instância revisora. Não há espaço para decisões sem justificativa, tomadas por mero capricho ou pela simples força das circunstâncias. Mas há espaço para mais "poderes", para outras maneiras de desenhar o Estado de Direito e, portanto, de distribuir o poder entre os diversos entes sociais.

Há sempre uma parcela de desigualdade, de sofrimento humano que fica fora do desenho institucional e procura forçar sua entrada por intermédio dos canais institucionais, pela desobediência civil ou mesmo por meios violentos. E quanto mais cristalizadas forem as instituições, quanto menos elas forem capazes de ouvir o sofrimento social, maior a possibilidade de que a violência tome conta da sociedade com o fim de romper o tecido institucional.

Um pensamento institucional crítica e radicalmente democrático precisa assumir esses dois pontos de vista ao mesmo tempo. Precisa ver as instituições por dentro, a partir da sua racionalidade atual, e precisa olhar para elas de fora para descobrir seus limites e refletir sobre novas possibilidades, novos desenhos institucionais capazes de dar conta do que hoje está excluído.

Nem sempre o desfecho dessa dinâmica será pacífico, como a história tem demonstrado. Por exemplo, foi preciso correr muito sangue nas ruas para que os diversos mecanismos de proteção social fossem criados e novos desenhos institucionais promovessem a mudança do estado mínimo para um estado social. E isso envolveu mudanças decisivas na própria concepção do código do direito, das suas formas institucionais, da definição social do que seja o "jurídico".

Seja como for, nesse campo, o da imaginação institucional, está sendo decidido o destino de nossa democracia. O pior que se pode fazer para bloquear a discussão ampla e aberta desse destino é pretender impor de antemão que configurações as instituições devem ter. Ideias como "judicialização da política" ou "ativismo judicial" apenas bloqueiam a compreensão do momento presente e paralisam as discussões democráticas que temos de encarar.

José Rodrigo Rodriguez é pesquisador do Cebrap e editor da Revista Direito GV.

Marcos Nobre é professor do Departamento de Filosofia da Unicamp e pesquisador do Cebrap

Versão condensada de "A Judicialização da Política: Déficits Explicativos e Bloqueios Normativistas", texto apresentado na 35ª Anpocs, Caxambu (MG), no fórum Dilemas da Modernidade Periférica, e que aparecerá na revista "Novos Estudos Cebrap", número 91