



Constituição e Poder: O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção

Spacca

A vida do grande Oliver Wendell Holmes (Jr.)^[1] foi sem dúvida uma vida de limitações. Nisso, segundo sua própria avaliação, estaria tanto a razão de sua extraordinária longevidade como o segredo de seu incrível sucesso como jurista. Holmes, como sabemos, viveu mais de 90 anos e, depois de uma célebre carreira na *Harvard Law School* e após servir três décadas na Suprema Corte, morreu como um dos mais festejados juristas norte-americanos^[2].

Em março de 1931, por ocasião dos seus 90 anos, questionado por um jornalista sobre o segredo de uma vida tão longa e de uma fama tão duradoura, já então aclamado como um dos maiores juristas de todos os tempos, Holmes teria respondido com o que muitos consideram a divisa do homem prudente: “Jovem, o segredo do meu sucesso é que muito cedo eu descobri que eu não era Deus^[3]!”.



Poderá, contudo, surpreender a muitos que o homem que entusiasmara o mundo com a ideia de que a vida do direito dependia muito mais da experiência dos juízes do que de uma lógica formal, voltando-se contra um legalismo que pretendia aprisionar o direito à letra fria da lei, tenha se caracterizado também por uma intransigente defesa de que a prática do Direito só poderia ser bem exercida com boa dose de autocontenção por parte dos juízes.

No caso *Lochner vs. New York*, uma das decisões mais controvertidas decisões da Suprema Corte, Holmes, dissentindo da maioria, acusou o Tribunal de *ativismo judicial*, exatamente, por interferir no poder do legislador de regular a economia, já que a maioria fundamentara sua decisão na ideia de **liberdade de contratar**, que não estava expressamente prevista na cláusula do *due process* contida na Décima Quarta Emenda, texto constitucional que serviu de base para a decisão.

Como se sabe, *Lochner* acabou se transformando em marco do ativismo judicial norte-americano, tendo o Tribunal declarado inválida uma lei de Nova York que limitava a 60 horas a jornada de trabalho que os padeiros poderiam cumprir semanalmente. Holmes chamou a atenção da Corte para o fato de que a Décima Quarta Emenda não impedia que o legislador impusesse determinadas limitações à atividade econômica e à liberdade de contratar, já que, segundo seu entendimento, “a Constituição não se destina a incorporar uma teoria econômica em especial, seja do paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado, seja de *laissez faire*”. *Lochner* também inaugurou uma das fases mais conservadoras da Justiça americana, demonstrando que o ativismo judicial não tem cor ideológica: presta-se a desígnios tanto da esquerda libertária como da direita mais empedernida.

Numa das mais conhecidas anedotas que surgiram em torno da lenda em que se transformara, conta-se que Holmes, comprovando seu apego à autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), cansado da retórica de um jovem bacharel, que insistia em que a Corte desconsiderasse o que expressamente dispunha a lei e “fizesse justiça”, teria interrompido a oratória do inexperiente jurista para adverti-lo de



que estava num tribunal onde se aplicava o direito, e não onde se “fazia justiça”: “Meu jovem, este é um tribunal **de direito**, não uma corte **de justiça**”[4]. De fato, Richard Posner confirma que o insuspeito Holmes, defensor da ideia de uma interpretação mais flexível da Constituição norte-americana, no que ele mesmo designou de “Constituição viva” (*living Constitution*), para que se pudesse atender às exigências da evolução histórica da sociedade, paradoxalmente, caracterizou-se por uma acentuada ênfase na autocontenção da atuação do Poder Judiciário (*judicial restraint*) [5].

Aliás, não era a primeira vez que o ativismo judicial confrontaria críticas nascidas entre alguns dos mais celebrados juristas. John Marshall, para muitos, aquele que inaugurou, em *Marbury vs. Madison*, o ativismo judicial norte-americano [6], ao firmar a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, como se sabe, não previsto expressamente no texto constitucional de seu país, expressava, já em 1824, em *Osborn v. Bank of the United States*, o seu mais intenso repúdio às consequências do ativismo judicial. Asseverou textualmente que “os tribunais são meros instrumentos da lei” e, na sua atividade, não podem ter vontade própria: “O Poder Judiciário nunca pode ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado; (mas) sempre com a finalidade de realizar a vontade da legislatura, ou, em outras palavras, a vontade da lei” [7].

Obviamente, ninguém prega o retorno – hoje de todo impossível e já repugnante aos olhos de Oliver Holmes – a um legalismo formalista que reconhecia ao magistrado o papel absolutamente subalterno e desprezível de simples “boca da lei” (*la bouche de la loi*). O problema surge, contudo, quando a pretexto de realização maior da Justiça e de desígnios e valores sociais mais elevados, confere-se ao magistrado, e mesmo dele se exige, o poder de substituir a vontade política e a expressão de justiça do legislador – concretizada na lei – pela expressão política e a vontade de justiça do próprio juiz.

Também é certo que a maior relevância política e protagonismo social que o Poder Judiciário vem adquirindo em todos os países democráticos não reflete mera opção dos atores envolvidos, revelando antes causas bem mais profundas. É o caso da **expressiva transformação** que se tem verificado no **relacionamento entre a sociedade e o Estado**, por exemplo. O rápido crescimento das políticas de bem-estar (*welfare policies*) nas sociedades contemporâneas leva necessariamente a uma ampliação do âmbito de atuação dos tribunais, conferindo-lhes tarefas tradicionalmente não compreendidas como adequadas à função jurisdicional [8].

Essa ampliação heterodoxa das funções dos magistrados, entretanto, além das restrições de ordem estritamente jurídico-constitucional, encontra (ou deveria encontrar) limites de ordem funcional, pois nenhum sistema pode sobreviver a uma tão intensa indeterminação (aleatoriedade) de suas tarefas e funções. A indistinção funcional das decisões judiciárias faz com que o direito tenha que pagar o alto preço de não cumprir a sua principal função social, que é a de **estabilizar normativamente as expectativas humanas**.

A diferenciação funcional do direito, destacando-o dos outros subsistemas sociais (exemplos: moral, economia e política), é uma das maiores conquistas modernas das democracias ocidentais, **pois foi ela que permitiu aos cidadãos saber o que esperar do Estado e o que Estado deles poderia exigir**. No dizer de Niklas Luhmann, o direito tem a (relevantíssima) função de estabilizar normativamente as expectativas humanas e, numa sociedade cada vez mais complexa, caracterizada por um crescimento desorganizado (indeterminado) dessas expectativas, essa função só será adequadamente alcançada por



meio de *uma seleção (normativa) de tais expectativas*^[9].

Quando órgãos judiciários, contudo, passam a atender (expressa ou veladamente), com regularidade, expectativas sociais *não selecionadas* normativamente pelo direito, como são o caso de exigências essencialmente políticas, econômicas ou morais, estar-se-á esgarçando a diferenciação funcional do direito, que permitiu às democracias ocidentais uma de suas mais importantes conquistas: a previsibilidade na ação do Estado e da própria sociedade. A previsibilidade de suas decisões, além de virtude que legitima o afazer judiciário, é um de seus principais escopos. Se bem observarmos, toda a estrutura e a conformação do agir judiciário (vinculação substancial e formal do juiz à lei e à jurisprudência, a eficácia preclusiva da coisa julgada e o dever de fundamentação) voltam-se precipuamente à garantia de previsibilidade de suas decisões.

A prevalência, nas decisões judiciais, de posições *não selecionadas objetivamente pela Lei* iludem o sistema jurídico, impedindo-o de estruturar consistentemente as expectativas humanas. A cidadania tem o direito de saber se o que vai ser veiculado numa decisão judicial é a concretização do conteúdo de um exposto de uma norma legal *predispota* pelo legislador, ou a posição (política, ou moral) não revelada do magistrado e imposta *ex post facto*. O direito, ninguém nega, abriga e considera informações (*inputs*) de ordem moral, política e econômica, mas deve fazê-lo, o máximo possível, de forma seletiva e filtrada pelo próprio código do direito (lícito/ilícito, ou seja, a previsão legal, ou não, da conduta ao final imposta pelo órgão judicial).

Por outro lado, numa democracia, havendo espaço de discricionariedade conferida pela Constituição, são a vontade e a escolha do legislador que – legitimamente exercida – devem prevalecer. Ainda que outras possibilidade de decisão fossem reconhecidas^[10]. O Professor Canotilho lembra, aliás, que as Constituições elegem o Poder Legislativo, não o Judiciário, como o concretizador privilegiado da Constituição. Suas decisões, portanto, não podem ser – sem mais – desconsideradas por órgãos do Poder Judiciário.

Muito bem! Não obstante a gravidade do diagnóstico, vários estudos acadêmicos em torno do chamado *judicial role* (papel, ou função, jurisdicional) vêm denunciando um crescimento no caráter político da atuação dos magistrados, impondo o reconhecimento de que, hoje mais do que nunca, os juízes, para o bem ou para o mal, transformam-se dia após dia em agentes de decisão política (*policy-makers*)^[11].

Entretanto, diante da específica qualidade do afazer judiciário, *caracterizado nas democracias ocidentais por uma independência institucional e legal no poder de proferir decisões*, essa maior desenvoltura política dos órgãos jurisdicionais acaba por suscitar uma série de graves problemas à vida das democracias, entre os quais, certamente, se destaca a incapacidade do público para lidar com agentes públicos que passam a tomar decisões políticas sem que, entretanto, estejam submetidos a um regime de “*political accountability*” (responsabilização política). De fato, na clássica conformação do poder judiciário, a independência dos juízes na tomada de decisões funda-se em garantias institucionais e constitucionais que visam assegurar, precisamente, aos magistrados imparcialidade entre os litigantes, *mas sob uma estrita vinculação, formal e substancial, à lei*.



Os regimes democráticos tranquilizam-se, pois, com a ideia clássica de que os seus juízes, não obstante independentes, tomam decisões que estão fundadas em leis abstratas e gerais para todos, além de terem sido previamente editadas por um legislador legitimamente escolhido pelo cidadão. Essa clássica compreensão das funções judiciais, como se sabe, restou bem caracterizada na tradição francesa, com o ideal de que os juízes, em suas funções, apenas verbalizariam o que já previamente disposto em leis abstratas e gerais. Por isso mesmo não passariam de mera voz, ou boca da lei, pois, a repetir o que previamente disposto pelo legislador^[12].

A possibilidade de os juízes tomarem decisões de caráter acentuadamente político, fundadas em alguma ideia vaga de justiça, isto é, decisões não predispostas em abstrato em normas jurídicas, não se mostra compatível, funcionalmente, com um sistema de governo (a democracia) que se baseia, essencialmente, na responsabilização e confirmação política periódicas daqueles cujo poder e ofício consiste precisamente em impor obrigações e direitos antes não previstos em lei – atividade reservada essencialmente ao ramo político do Estado. Ainda que não se possa negar que, em suas causas, o fenômeno da politização da função judiciária é de difícil diagnóstico, o fato é que são poucos os que, hoje, se mostram dispostos a seriamente negar a sua existência.

O direito sempre esteve submetido a decisões de caráter político, econômico ou moral. Contudo, essa influência de outros subsistemas sociais – como a política, a economia ou a moral – deveria ser imposta ao direito por decisões políticas tomadas e filtradas pelo legislador, em momento, portanto, anterior à decisão (jurídica) imposta pelo juiz ao caso concreto. Superada a fase de tomada de *decisão propriamente política*, o direito deveria, se o sistema revelasse consistência funcional, ter a capacidade de filtrar as informações externas do seu meio-ambiente, enclausurando-se por meio de seu código próprio (*lícito/ilícito*) mediante uma forma própria e institucionalizada de tomar decisões.

Portanto, a partir da existência da lei, as informações jurídicas, econômicas ou morais apenas deveriam ingressar no universo jurídico segundo suas próprias condições, isto é, segundo as condições e os limites impostos pelo próprio direito. Na existência de lei expressa, um juiz não poderia considerar um dado econômico, político ou moral, fora dos limites e dos pressupostos que são impostos pela seleção promovida pelo próprio direito. Essa seleção é tanto substantiva como processual.

A processualização do direito e a abstração inerente à norma jurídica têm como função, precisamente, retirar dos órgãos jurisdicionais a perigosa tentação de responder a cada demanda judicial com uma decisão diferente e casuística e, *ipso facto*, irracional.

Já a procedimentalização do direito e a presença de pautas substantivas de decisão deveriam proteger o cidadão contra a possibilidade de obrigações essencialmente injustas, precisamente, porque e quando conformando imposições estatais *ex post facto*, isto é, normas e regras de condutas que não existiam à época em que as pessoas, à falta de proibição, legitimamente decidiram agir de outra maneira.

Thomas Reed Powell, afamado jurista norte-americano, professor de Harvard e Columbia, percebeu essa difícil mas inerente necessidade de o direito analisar os problemas humanos concretos de *forma abstrata*, ao afirmar que alguém só pode dizer que está pensando juridicamente quando, num determinado momento, consegue *pensar em uma coisa* (o direito), *inextricavelmente ligado a outra* (p.



ex., à realidade política, moral, econômica etc) sem pensar nessa outra[13]. Em síntese, se quer tomar uma decisão jurídica, e não política, ou moral, o juiz não pode fugir a *um momento de abstração jurídica* em que o caso trazido à sua consideração será tratado de forma geral e abstrata, e não sob a tentação de uma decisão casuística, em que o seu juízo pessoal de de compaixão/punição, ou o desejo incerto de salvação pessoal ou coletiva, por exemplo, tome o lugar de uma decisão jurídica predisposta pelo legislador.

Com o mesmo propósito de afirmar a necessidade de o Juiz não se submeter ao desejo profundamente humano de impor a sua justiça, a sua visão política e a sua moral pessoal em prejuízo da justiça, do juízo político e da moral objetivamente conformados na lei, Antonin Scalia, para muitos, a maior inteligência da atual composição da Suprema Corte norte-americana, não obstante seu conservadorismo, em palestra proferida na Chapman Law School, em Agosto de 2005, com graça e ironia, fazia a seguinte advertência aos magistrados:

se você pretende ser um juiz bom e confiável, você tem de resignar-se com o fato de que você nem sempre irá gostar das conclusões que você encontrará (na lei). Se você gostar o tempo todo (de suas conclusões), você provavelmente está fazendo algo errado[14].

Para o nosso próprio infortúnio, temos que concordar com outro célebre conservador norte-americano, magistrado e antigo professor de Yale, Robert H. Bork, ao afirmar que contemporaneamente tanto o Poder Judiciário como as faculdades de direito vêm lutando e sofrendo com a tentação da política[15].

Professores, alunos e operadores de direito, em geral, têm sido tentados e, em alguns casos, sucumbiram à ideia de que nada mais tem importância do que os resultados, moral ou politicamente, desejáveis. Nessas circunstâncias, a esfera política invariavelmente tenta dominar e subverter uma resposta mais técnica e própria ao direito, capturando e usando os seus espaços para os próprios e específicos fins.

No direito, o momento da tentação da política, segundo R. Bork, é o momento da escolha, quando o operador do direito percebe que o seu ponto de vista de justiça, ou de moral, pessoalmente imperativo, não foi total ou suficientemente abrigado pela lei, ou em algum dispositivo da Constituição. Ele tem de escolher então entre sua versão de justiça e sua vinculação à norma de direito. Aqui, não é raro, o desejo de justiça, cuja natureza lhe parece tão óbvia, mostra-se muito mais concreto e convincente, *enquanto o dispositivo da lei parece tão árido e abstrato, fazendo da abstinência à política um conselho insatisfatório[16].*

Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se



vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça.

[1] Nascido Oliver Wendel Holmes Jr., depois da morte do seu pai, médico e intelectual brilhante, o filho passaria a ser conhecido como Oliver Wendell Holmes sem o “Jr”, que apenas continuaria a ser utilizado para distingui-lo do pai.

[2] Em *The Essential Holmes*, Richard Posner afirma que Holmes foi a mais ilustre figura na história do direito americano. Mais do que isso Posner avalia que, numa extensão não corretamente avaliada, Holmes seria uma grande figura na história cultural e intelectual dos Estados Unidos em geral (*The Essential Holmes*, Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1992, p. IX).

[3] No original: *Young man, the secret of my success is that an early age I discovered that I was not God.*

[4] No original: *This is a court of law, young man, not a court of justice.*

[5] *The Essential Holmes*, Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1992, p. XII.

[6] Ver Lawrence Goldstone. *The Activist: John Marshall, Marbury v. Madison, and the myth fo judicial review*. NY: Walker & Company, 2008.

[7] *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. (9 Wheaton) 738, 866 (1824).

[8] Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli. *The Power of Judges: a comparative study of courts and democracy*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 4.

[9] Luhmann, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1993, **1995**, p. 60 e ss. Essa é a versão original (alemã). Para quem possa interessar há também a versão em inglês: Luhmann, Niklas. *Law as a social system*. New York: Oxford University Press, 2004, ver especialmente p. 152.

[10] Ver o excepcional artigo de Paulo Gustavo Gonet Branco, **Em busca de um conceito fugidio – Ativismo Judicial**, in *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podium, p. 387 e seguintes.

[11] Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli. *The Power of Judges: a comparative study of courts and democracy*, p. 5.

[12] Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli. *The Power of Judges: a comparative study of courts and democracy*, op. cit., p. 5.



[13] Ver Thurman W. Arnold, *Criminal Attempts: The Rise and Fall of an Abstraction*, 40 YALE L.J.53, 58 (1930) (a citação de Thomas Reed Powell é a seguinte: “if you think you can think about something which is attached to something else without thinking without thinking about what it is attached to, then you have what is called a legal mind”). Também referido em *elissa Murray, Strange Bedfellows: Criminal Law, Family Law, and the Legal Construction of Intimate Life*. 94 Iowa Law Review [2009], 1253-1313.

[14] É a seguinte a citação literal: *If you're going to be a good and faithful judge, you have to resign yourself to the fact that you're not always going to like the conclusions you reach. If you like them all the time, you're probably doing something wrong.*

[15] Bork, Robert H. *The Tempting of America*. Versão Kindle, location 215-228.

[16] Bork, Robert. H. *The Tempting of America*, *op cit*, location 224.

Date Created

23/07/2012