
Eduardo Mendonça: O juiz deve, sim, ser permeável à opinião pública

No dia 30 de agosto, a **ConJur** publicou um artigo do professor Jorge Lavocat Galvão acerca da intrincada relação entre o direito e a opinião pública[1]. A grande qualidade do trabalho e a interlocução privilegiada com o autor animaram-me a dar sequência ao debate. O pano de fundo para a reflexão, dele e minha, é o julgamento, feito pelo Tribunal Superior Eleitoral, no qual se decidiu pela negativa de registro à candidatura de José Roberto Arruda ao Governo do Distrito Federal. O que está em causa, porém, não é o acerto ou desacerto da decisão no seu mérito, e sim uma passagem contida no voto do ministro Luiz Fux, sustentando que os tribunais, quando interpretam a Constituição, devem ser sensíveis aos movimentos sociais.

Após traçar um valioso panorama sobre a evolução do debate nos Estados Unidos, Jorge Galvão conclui da seguinte forma: “O que o *constitucionalismo democrático* evidencia, por seu turno, é que historicamente os juízes acabam adotando concepções jurídicas favoráveis às demandas sociais em razão da influência cultural dos diversos atores políticos. O que não parece adequado é utilizar as constatações do *constitucionalismo democrático* (de que o Poder Judiciário normalmente é sensível às demandas políticas) como parâmetro normativo das decisões judiciais (no sentido de que o Poder Judiciário *deve ser* sensível às demandas políticas). Os juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com base em critérios jurídicos. (...) Caso se admitisse tal confusão teórica, estaríamos abrindo mão da própria normatividade do Direito, trocando-a por percepções subjetivas dos magistrados nem sempre adequadas do que seja a vontade da sociedade em determinado momento histórico”.

A conclusão ressalta duas questões diversas, embora interligadas. A primeira questiona a legitimidade de o Judiciário levar em conta a opinião pública sobre determinado tema no momento de interpretar os comandos jurídicos. A segunda, de certa forma operacional, diz respeito à capacidade dos magistrados para identificar o que seja a vontade do povo, em oposição às suas próprias impressões pessoais.

No que concerne ao primeiro ponto, estou inteiramente de acordo com a premissa de que o Judiciário deve julgar com base em critérios jurídicos, e não com o propósito de agradar as maiorias. Juízes são investidos em seus cargos para aplicar o direito posto, e não para legislar livremente. A possibilidade de reconduzir as decisões judiciais a dispositivos normativos é, portanto, uma condição indispensável para a legitimidade da atuação jurisdicional. O juiz que abandona essa vinculação ingressa em uma seara propriamente política e, com isso, perde a sua relativa blindagem institucional. Vale dizer: se o direito for percebido como fachada para a ação política, ainda que bem intencionada, é compreensível que a sociedade deixe de encarar as decisões judiciais como interpretação razoável das regras estabelecidas, passando a tratá-las como mera expressão das preferências do julgador[2].

Essa desconstrução é ruim em dois planos. Do ponto de vista teórico, há um problema democrático. No Brasil, assim como na maioria dos países, os magistrados não dependem da escolha popular para chegar aos seus cargos ou neles permanecer, de modo que haveria um grave ranço elitista na suposição de que suas preferências serão melhores do que aquelas externadas pelos representantes eleitos. Do ponto de vista pragmático, deixando de lado idealizações igualmente elitistas, não há razão para supor que, agindo sistematicamente pela lógica política, os juízes ficarão preservados das circunstâncias e vicissitudes a ela inerentes.

Essas observações aplicam-se sem maior dificuldade aos cenários extremos, seja quando o juiz se distancia grosseiramente de qualquer parâmetro jurídico — incorrendo na crítica aqui formulada —, seja quando decide com observância de regras inequívocas, situando-se em um espaço nítido de vinculação ao direito. Os incontáveis casos situados entre essas duas pontas é que são difíceis. Os enunciados normativos, como as proposições linguísticas em geral, podem comportar maiores ou menores margens interpretativas, as quais podem ser novamente ampliadas ou reduzidas pela interação entre dispositivos diferentes. O direito não é o resultado de uma vontade única e estática, sendo antes o encadeamento de numerosas decisões políticas tomadas em momentos diversos, sob inspirações igualmente variadas.

Tal combinação de fatores faz com que a interpretação jurídica seja uma atividade de construção do sentido normativo, delimitada pelas balizas constitucionais e legais. É claro que o legislador pode reduzir a esfera de interpretação judicial, introduzindo disposições específicas que reflitam a percepção majoritária. Muitas vezes, porém, essa possibilidade esbarra na complexidade dos temas, na falta de consensos abrangentes ou ainda no interesse de evitar os custos políticos associados à tomada de posição clara em temas polêmicos. A omissão legislativa ou a utilização de conceitos vagos acaba sendo, nesse contexto, uma transferência deliberada — ou, pelo menos, resignada — de responsabilidade aos juízes e tribunais.

Tal interação entre as atividades de legislar e julgar resulta, inevitavelmente, em uma aproximação entre direito e política. O conteúdo exato de inúmeras normas jurídicas, incluindo parte significativa das normas constitucionais, não pode ser extraído por uma operação técnica inteiramente objetiva. Quando o STF afirma, por exemplo, que a liberdade de expressão não protege o discurso de negação do holocausto, não é possível recorrer a um gabarito objetivo que valide essa compreensão como juridicamente irrefutável — isenta, portanto, de qualquer valoração política. O mesmo se pode dizer quanto à decisão que reconheceu a incidência da liberdade de expressão como fundamento de legitimidade para as chamadas *marchas da maconha*. Caso o Congresso Nacional tivesse se manifestado previamente quanto a essas matérias, em sentido contrário, o tribunal teria sido obrigado a superar um ônus argumentativo relevante para desautorizar a opção legislativa e qualificar o seu próprio entendimento como exigência constitucional necessária.

É nesses espaços de abertura semântica que se coloca, verdadeiramente, o tema da interação entre decisão judicial e opinião pública. Tal como faz — como deve fazer — em relação aos atos dos outros Poderes, o Judiciário deve, sim, tratar com respeito e seriedade as manifestações sociais acerca das controvérsias levadas a julgamento. Essa é, antes de tudo, uma questão de humildade institucional e de respeito ao princípio democrático. O fato de a ordem jurídica atribuir aos juízes a prerrogativa de confrontarem a vontade política majoritária, em nome do respeito ao Estado de Direito, não significa que eles devam agir como portadores de alguma verdade revelada, como se as suas visões de mundo acerca

dos valores constitucionais fossem intrinsecamente superiores às paixões da plebe.

Disso não decorre que a decisão judicial deva, necessariamente, concordar com o sentimento dominante, o que tornaria a jurisdição inútil ou mesmo perniciosa. O Judiciário deve ser sensível à opinião pública, prestigiá-la na medida do possível e fundamentar respeitosamente os desencontros necessários. Um exemplo disso, pertinente ao pano de fundo do presente artigo, pode ser extraído da própria decisão em que o STF assentou a constitucionalidade da chamada Lei da Ficha Limpa. Embora tivesse manifestação anterior no sentido de ser inválida a caracterização de inelegibilidade antes de condenação transitada em julgado[3], a ementa do acórdão registrou a deferência da corte à opção legislativa em sentido diverso[4], ao mesmo tempo em que alguns votos realçaram a mobilização popular que levou à edição do diploma e à sua aprovação por unanimidade em ambas as Casas Legislativas.

Esse aparente alinhamento da lei com a vontade popular não impedia o STF de declarar a sua invalidade — como não o impediu de vedar a sua aplicação imediata[5] —, mas não foi, como não deve ser, considerado irrelevante. Ao fim e ao cabo, a democracia é o regime em que o povo governa a si mesmo, por meio de instituições organizadas com o objetivo de transferir legitimidade ao que é decidido. O constitucionalismo agrega uma camada de limitações substanciais e procedimentais ao exercício do poder político, mas não converte a democracia em governo dos sábios sobre os incultos. A atribuição de sentido a conceitos como igualdade, liberdade, probidade e segurança jurídica, dentre outros, é feita tanto na seara política como na interpretação do direito. A fronteira entre esses dois vetores somente pode ser demarcada pelo debate público e pelas interações interinstitucionais, com a consequente criação de parâmetros doutrinários e jurisprudenciais que permitam a crítica do voluntarismo judicial.

Mesmo onde exista o controle de constitucionalidade, os juízes devem satisfação aos destinatários de suas decisões, devendo demonstrar que elas são baseadas em uma leitura coerente e consistente da ordem jurídica. A autoridade da jurisdição depende do sucesso desse diálogo, para que a sociedade mantenha a confiança de que os tribunais exercem um papel valioso e digno de ser preservado — inclusive quando contrariem circunstancialmente os desígnios da maioria.

Com isso se chega à segunda questão que este breve artigo se propõe a suscitar: assumindo como legítimo que os juízes levem em consideração a opinião pública, eles são capazes de fazê-lo? Não seria essa interface uma tarefa exclusiva do Poder Legislativo, cabendo ao juiz tão somente julgar com base na sua livre convicção sobre o que seja o direito? Entendo que a resposta é negativa, por um conjunto de razões.

Antes de tudo, já se encontra relativamente consolidada a ideia de que a opinião pública não é um dado objetivo que possa ser *captado* por quem quer que seja. Ainda que certos assuntos polêmicos possam mobilizar as pessoas e gerar alguma dose de debate social espontâneo — veja-se o tema do aborto, por exemplo —, essa reflexão é mediada pela mídia e pelos canais institucionais de decisão. Nos tópicos menos sensíveis e de maior complexidade técnica, que são a maioria, a ideia de opinião pública torna-se ainda mais vaga.

Com isso não se quer sugerir que os cidadãos sejam incapazes de pensar por si mesmos e devam ser conduzidos por elites ilustradas. Ao contrário, o advento da sociedade de informação e o aumento da consciência quanto aos direitos faz com que as pessoas exijam transparência e demandem maior participação nas decisões coletivas. Por isso mesmo, o papel das instâncias decisórias não é apenas o de

decidir, mas também o de *processar* os argumentos existentes e permitir que os interessados manifestem seus pontos de vista, inserindo-os no espaço público para alimentar ou realimentar o ciclo de discussão.

É claro que as instâncias políticas podem e devem tomar parte nessa interação, sendo de grande importância que se concebam mecanismos para potencializar a sua eficácia. Apesar disso, a jurisdição constitucional tem sido uma plataforma privilegiada para esse processamento, por fatores diversos. Um deles é a especial visibilidade de suas deliberações, que tem alcançado maior projeção do que o próprio debate parlamentar acerca dos mesmos temas[6]. Outro fator é a possibilidade de ser formalmente provocada ou abrir espaço para a participação de segmentos sociais que teriam dificuldade de se fazer ouvir no parlamento e/ou para além dele.

Por fim, sem qualquer pretensão de exaustividade, um terceiro fator de destaque é o emperramento do processo legislativo em relação a temas sensíveis e a desconfiança popular quanto à sua lisura e à sua capacidade de produzir bons resultados. Essa circunstância serve como fator direto de estímulo à judicialização, que acaba servindo de canal para o debate sobre demandas sociais que não tiveram vazão na arena política. No Brasil, os julgamentos do STF acerca de questões como anencefalia, vedação ao nepotismo e reconhecimento de uniões homoafetivas se enquadram claramente nessa tendência.

Essa não é, como referido, uma excentricidade nacional. Nos Estados Unidos, temas como financiamento de campanhas, ações afirmativas, aborto e pena de morte têm sido pautados pela intervenção da Suprema Corte. E a despeito de decisões amplamente criticadas, como *Bush v. Gore*[7] ou *City of Boerne v. Flores*, pesquisas apontam que a maioria da população continua a considerar que o tribunal deve dar a palavra final nas controvérsias travadas em torno de conceitos constitucionais[8]. Na Alemanha, em meio a protestos populares semelhantes aos vistos no Brasil, a avaliação pública do Tribunal Constitucional era ainda extremamente elevada e uma das palavras de ordem era: “*decisão do povo! Ou iremos ao tribunal*”[9]. Na Colômbia, os profissionais do sexo obtiveram na jurisdição o reconhecimento dos seus direitos trabalhistas[10]. Em Israel, a Suprema Corte determinou alterações no traçado do altamente controverso muro de contenção dos assentamentos palestinos[11]. Os exemplos são numerosos.

É claro que se pode questionar se a via jurisdicional é a forma mais adequada de resolver essas e outras disputas de acentuado conteúdo político e moral. Provavelmente não é. O Poder Legislativo, com as limitações que lhe são inerentes, apresenta a vantagem de se conectar, em alguma medida, com todo o conjunto de cidadãos e integrá-los, sob o ponto de vista ideal, no procedimento de deliberação[12]. O processo judicial, ao contrário, envolve um grau muito menor de participação popular difusa, ainda quando sejam empregadas técnicas de abertura do debate, como as audiências públicas e a admissão de *amici curiae*. É preciso, portanto, conceber mecanismos para revalorizar a dinâmica tipicamente política e torná-la mais funcional. O sucesso dessa empreitada tende a reduzir, naturalmente, a influência de juízes e tribunais.

Mesmo quando isso ocorra, porém, é pouco provável que a cultura individualista da pós-modernidade abra mão dos encantos da jurisdição constitucional, com a sua promessa de permitir que os derrotados no processo político exponham suas razões e cobrem satisfações na linguagem dos direitos. Com atenção aos excessos de ativismo judicial e aos riscos de captura dos tribunais pelos grupos de interesse — que podem ser as minorias excluídas, mas também as grandes empresas —, não há razão para desmerecer esse fórum de reflexão, deliberação e construção democrática do direito.

Em suma, retomando o mote inicial: não é bem que os juízes devam ou não se deixar influenciar pela opinião pública. Ela é que não existe em abstrato e nem se deixa conduzir, bovinamente, apenas pela cancela da política majoritária.

[1] Juízes não devem julgar de acordo com a opinião pública, mas com o Direito. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-30/observatorio-constitucional-juizes-nao-julgar-acordo-opinia-o-publica-direito>

[2] BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*, 2012, p. 282: “Em suma: o direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. Essa autonomia, todavia, será sempre relativa. Reconhecer esse fato não envolve qualquer capitulação, mas dá transparência a uma relação complexa, na qual não pode haver hegemonia nem de um nem de outro”.

[3] ADPF 144, DJe 26.02.2010, Rel. Min. Celso de Mello.

[4] ADC 29, ADC 30 e ADI 4.578, DJe 29.06.2012, Rel. Min. Luiz Fux.

[5] RE 633.703, DJe 18.11.2011, Rel. Min. Gilmar Mendes.

[6] BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*, 2012, p. 243.

[7] *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

[8] KRAMER, Larry. *The people themselves – Popular constitutionalism and judicial review*, 2004, p. 232.

[9] MICHELSEN, Danny e WALTER, Franz. *Unpolitische Demokratie – Zur Krise der Repräsentation*, 2013, pp. 41-2: “De fato, não é mais apenas a oposição que tenta, fora do Parlamento, utilizar o Tribunal

Constitucional em Karlsruhe para colocar pressão sobre o governo. Mais recentemente, muitas iniciativas dos cidadãos encontraram na queixa constitucional o instrumento aparentemente único para se fazerem notar como a voz do soberano constitucional, em oposição a seus representantes. Dentre essas iniciativas se destacam, nos últimos tempos, os processos de massa contra o arquivamento de dados e o Mecanismo de Estabilização Européia (ESM). O slogan *‘decisão do povo! Ou então iremos ao tribunal’*, utilizado pela Associação *Mais Democracia* quando do ajuizamento de suas queixas constitucionais contra a ratificação do ESM e do acordo fiscal em junho de 2012, é um sinal paradigmático dessa ameaça de se utilizar o direito contra a política criadora do direito”. (Tradução livre)

[10] Sentencia T-629/10, Magistrado oponente Juan Carlos Henao Pérez, 22 de janeiro de 2010.

[11] *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04.

[12] NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*, 1996, p. 117 e ss.

Date Created

11/09/2014