

Direito não pode ficar refém do jogo de sombras do embate político



Rafael Tomaz de Oliveira
professor de Direito

O historiador e filósofo do Direito estadunidense Harold Berman já

afirmava, na introdução do seu magistral *Direito e Revolução*, que aqueles que lidam com o direito e são herdeiros daquilo que ele nomeia como *tradição jurídica ocidental*, sempre debateram questões abstratas para saber se o Direito está baseado na razão e na moralidade ou se é meramente fruto da vontade do detentor do poder político. Nesse aspecto, é um elemento dessa “tradição jurídica” — da qual a nossa trajetória também faz parte — certas crenças e postulados que os próprios sistemas pressupõem como validados e que derivam dessas “investigações abstratas” acerca da origem, da legitimidade e da validade do direito. Tudo isso teria como condicionante a tentativa de pensar o direito como um “corpo”, um “sistema”, enfim, como algo que se manifesta e se pratica com certa consistência e organicidade.

Para Berman, contudo, desde o último quadrante do século XX, há fortes indícios de que tais crenças ou postulados estão rapidamente desaparecendo. E isso não apenas da mente dos legisladores, juízes, advogados, professores de Direito e outros membros da comunidade jurídica. Mais do que isso, eles estariam desaparecendo da própria autocompreensão do Direito. Em seu vaticínio, o Direito herdeiro da *tradição jurídica ocidental* estaria se tornando mais fragmentário, mais subjetivo, ligado mais à praticidade do que à moralidade, preocupado mais com as consequências imediatas do que com a sua consistência ou continuidade.^[1]

De um outro modo, seria possível dizer que, cada vez mais, fica evidente, mesmo em regimes democráticos detentores de instituições sólidas, que as decisões judiciais refletem mais o universo particularista e consequencialista da política do que, propriamente, a dimensão principiológica do Direito. Já há algum tempo, os trabalhos de Lenio Streck apontam para esse caráter fragmentário de nossa jurisprudência e o prejuízo que isso causa para a chamada “autonomia do direito”, que deveria guarnecer qualquer Estado democrático. Uma forma de iluminar isso — que aparece na obra de Streck e que, de minha parte, também procuro incorporar aos meus textos — se dá a partir de Ronald Dworkin e da distinção que esse jusfilósofo realiza entre *argumentos de princípios* e *argumentos de política*.

De forma geral, argumentos de política descrevem metas; argumentos de princípios descrevem direitos. [2] Para Dworkin, mesmo as decisões legislativas encontram-se vinculadas à doutrina da responsabilidade e podem, de algum modo, ser descritas com base na distinção entre *política* e *princípios*. Ele exemplifica a partir de dois diferentes programas legislativos que se relacionam, de um modo distinto para cada um desses tipos de argumentos. No caso, os exemplos seriam o de um programa de subsídios para a indústria, de um lado, e o de um programa de cotas raciais, contra a discriminação, de outro. Segundo Dworkin, no primeiro caso, poderíamos dizer que os direitos são gerados por uma política e qualificados por princípios; no segundo caso, os direitos são gerados por princípios e qualificados por uma política.

A diferença da situação da decisão legislativa para a da decisão judicial é que a primeira possui um espaço maior para gerar direitos com base em argumentos de política (o programa de subsídios para a indústria, por exemplo, pode estar ligado ao cumprimento de uma meta para desenvolver melhor determinado setor da economia), no caso da decisão judicial a doutrina da responsabilidade exige que o ajuste institucional realizado para afirmar o direito das partes possa ser justificado em um argumento de princípios.

Dworkin chama de *princípio* “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” [3]

Note-se, portanto, que no espaço da decisão judicial — e, no limite, do próprio Direito — articulam-se, ou deveriam ser articulados, argumentos de princípio e não argumentos de política.

Todavia, não faltam exemplos cotidianos que demonstram como, cada vez mais, podem ser observadas decisões judiciais que veiculam políticas e não princípios. Questões que vão desde os problemas mais abrangentes, derivados da chamada *judicialização da política*, até questões ligadas ao embate político-ideológico congressual (que, por certo, não estão ligadas diretamente àquilo que Dworkin quer mencionar quando descreve os tais *argumentos de política*).

Essa interpretação entre direito e política — que nem sempre faz bem ao Estado Democrático de Direito — fica ainda mais evidenciada quando o laboratório de análise é o Supremo Tribunal Federal. Há uma certa aceitação geral de que as decisões do Supremo veiculem algum grau de “política” em face inclusive de seu desenho institucional, obra do próprio constituinte: uma espécie de tribunal da federação com competência para se pronunciar por último sobre o direito constitucional federal e, ao mesmo tempo, possuidor de competências que visam solucionar dissídios envolvendo o governo e o Congresso Nacional.

Sem embargo, nossa posição é no sentido de afirmar que, mesmo nestes casos, e mesmo o Supremo Tribunal Federal, o poder judiciário de se pronunciar sobre questões que envolvam *princípios* e não *políticas*.

Não obstante, a realidade que se instalou no país na última semana, cujo acontecimento apoteótico foi o início do processo de impedimento da presente da república pelo presidente da Câmara dos Deputados, tende a levar ao paroxismo a situação descrita acima e deve colocar em alerta todos os juristas e

cidadãos preocupados com o direito e a sobrevivência democrática das instituições.

Independentemente do resultado desse processo, é certo que as discussões jurídicas envolvendo a constitucionalidade e legalidade do procedimento — que chamam à colação nossa Suprema Corte — devem, para serem legítimas, espelhar argumentos de princípios e não políticas (seja em um sentido amplo, seja no mais restrito, da política ideológico-partidária). A discussão que se abre numa dimensão situada fora da “autonomia do direito” tende a levar para o subjetivismo fragmentário-consequencialista destacado por H. Berman e que serviu de epígrafe para esta coluna. E esse subjetivismo, por sua vez, acaba por revelar mais as paixões ideológicas dos atores sociais envolvidos, do que o direito da comunidade política que deve conformar o caso judicializado.

De se notar que, ainda nessa semana, tivemos uma amostra da dificuldade que é decidir questões sensíveis que envolve o processamento de um *impeachment* a partir das paixões políticas que emanam do problema. Refiro-me ao imbróglio envolvendo a medida cautelar no Mandado de Segurança 33.921/DF. O caso é conhecido: três deputados do PT impetraram o referido mandado de segurança contra a decisão do presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha, que determinou a abertura do processo de *impeachment* contra a presidente Dilma Rousseff. Alegam que faltaria justa causa para a decisão de Eduardo Cunha, pelos motivos fartamente divulgados pela imprensa durante os últimos dias. Segundo consta, o mandado de segurança foi impetrado às 15:59 horas do dia 3 de dezembro de 2015 e distribuído para a relatoria do ministro Gilmar Mendes às 16:19 horas. Pouco mais de uma hora depois da distribuição, os impetrantes peticionaram requerendo a desistência da ação. Tão logo o pedido de desistência foi protocolado, começaram a pulular especulações no sentido de que seria ela fruto da insatisfação dos impetrantes com relação à relatoria do processo, há pouco revelada.

O ministro Gilmar, por sua vez, decidiu indeferindo a homologação do pedido de desistência entendendo que houve abuso de Direito por parte dos impetrantes, com violação dos princípios do juiz natural e da regras de competência, bem como pelo fato de não existir procuração nos autos que autorize o advogado a desistir da demanda, citando precedentes do STF que veicularam decisões semelhantes em casos análogos.

Os impetrantes, de outra banda, alegaram, antes que conhecessem o teor da decisão, que a desistência da ação não teve relação com a escolha do relator, mas com a necessidade de incluir no mandado de segurança uma “declaração pesada” propalada pelo Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, contra a presidente Dilma (de todo modo, seria de se questionar: seria esse um motivo jurídico para desistir da ação? Não seria mais fácil, e mais adequado à economia processual, simplesmente, aditar o pedido?).

Em conclusão, o que fica claro de toda essa situação é que a política está a pressionar os argumentos “de princípio” que justificam tanto a ação dos impetrantes quanto a decisão do ministro. Parece-me que, ao fim e ao cabo, a linguagem jurídica foi aqui instrumentalizada para dissimular o jogo de sombras do embate político, tão típico do atual ambiente nacional.

[1] BERMAN, Harold. *Law and Revolution. The formation of the Western legal tradition*. Massachusetts: Harvard University Press, 1983, p. 39 *et. seq.*

[2] Nesse sentido, Cf. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*

. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 64.

[3] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p., p. 36.

Date Created

05/12/2015