Reflexões sobre os limites das decisões judiciais e administrativas

Em recente artigo publicado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule no *The New York Times* [1] , os juristas norte-americanos denunciaram uma movimentação da *U.S. Supreme Court* para limitar tanto o poder discricionário como certo nível de independência dos órgãos administrativos no país. Os autores reconhecem que a intenção dos ministros pode ser a melhor possível, pois reflete um compromisso com valores de legalidade, responsabilidade e liberdade (ressalvadas todas as discussões conceituais que esses termos podem gerar). A crítica, no entanto, não diz respeito ao mérito; dirige-se, pois, para a abordagem com a qual a questão é tratada, tendo em vista que partes importantes das leis *Clean Air Act* e *Occupational Safety and Health Act* podem ser invalidadas. Nesse sentido, os autores denunciam o lançamento, pela Suprema Corte, de uma "nuvem constitucional sombria" sobre o poder do Congresso de permitir a operação independentemente das agências administrativas. Trata-se de questão interessantíssima também para a República brasileira, que lida com órgãos independentes como a Comissão de Valores Mobiliários, o Ministério Público e os Tribunais de Contas, e ainda discute sobre a a do Banco Central.

Veja-se que a questão diz respeito a um fenômeno longe de ser novidade nas relações cotidianas entre os poderes políticos e o Poder Judiciário, qual seja, a comum resolução/fundamentação de conflitos de maneira *discricionária* por parte dos intérpretes da lei, dada a partir de convicções acerca do que é ou não é melhor para o país, afastando-se a autonomia do órgão legislador e extrapolando-se os seus limites constitucionalmente conferidos. No debate específico, essa relação adquire significado próprio por lidar, também, com o espaço de apreciação e atuação dos órgãos independentes, ou seja, sem subordinação à estrutura política do Poder Executivo ou Legislativo. Uma pergunta exemplificativa pode ilustrar a polêmica: quais os limites do espaço decisório legítimo do Tribunal de Contas da União e quais as possibilidades de revisão pelo Judiciário?

Retomando a questão americana, a crítica, portanto, denuncia fenômeno que se aproxima daquilo que chamamos de ativismo judicial. Agora, não só na relação direta entre os poderes políticos clássicos, como Congresso Nacional/Presidência da República e Poder Judiciário, mas também entre outros órgãos independentes (seja por regramento constitucional ou legal) e o Poder Judiciário. A ideia subjacente ao texto é de que as propostas de uma melhoria no sistema devem ser feitas de forma a respeitar os contornos de um Estado de Direito, em conformidade com os ditames constitucionais e republicanos.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Que o ativismo judicial é um dos fatores responsáveis por obstaculizar a concretização de uma democracia autêntica em todos os seus termos não é novidade. A questão fundamental que decorre dessa compreensão é — ou, ao menos, *deveria* ser — como, então, exercer um controle sobre as decisões administrativas[2] sem, com isso, incorrer em ativismo judicial ou proferir decisões *contra legem*, respeitando-se os contornos institucionais que delineiam a República? É possível, a partir do Estado de Direito, vincular as instituições em termos de moralidade? Para Cass Sunstein e Adrian Vermeule, a resposta se dá a partir da filosofia sobre a moralidade interna do Direito, proposta por Lon Fuller. De forma mais direta, a correta margem de apreciação *judicial* do espaço decisório (e, com ela, a independência) desses órgãos é encontrada na *morality of law*.

Na década de 1960, o jusfilósofo norte-americano Lon Fuller desenvolveu algumas condições que um sistema legal precisa, necessariamente, exercer para que seja considerado um sistema legal de forma autêntica. Tratam-se de condições necessárias para a existência do próprio Direito, subjacentes a qualquer processo jurídico, de criação e de aplicação de leis. São, resumidamente, oito princípios [3] que envolvem não somente a criação das regras, mas também as tomadas de decisões das autoridades: 1) as regras precisam ter um caráter de *generalidade*, ou seja, devem ser aplicadas e direcionadas a todos, contrapondo-se às decisões *ad hoc*; 2) as regras devem ser revestidas de *publicidade*, ou seja, devem estar sob conhecimento dos cidadãos, para que se tenham condições de cumprimento; 3) é inadmissível a retroatividade, para que as pessoas possam confiar nas normas vigentes, de forma que elas devem possuir *prospectividade*; 4) deve haver *clareza*, ou seja, as regras produzidas precisam estar linguisticamente dispostas de maneira compreensível, para que possam ser inteligíveis pelo cidadão; 5) precisam possuir *consistência*, não sendo contraditórias entre si; 6) a *perfectibilidade* também é importante, para que não sejam emitidas regras que exijam dos cidadãos ações impossíveis de concretizar, ou ações as quais eles não possuam poder para concretizar; 7) deve haver uma relativa *durabilidade*, estando as regras estáveis através do tempo; e, por fim, 8) precisa haver *congruência*, ou seja, uma harmonia entre as regras que são criadas e publicadas e a sua aplicação por parte das instituições.

Poderíamos dedicar uma coluna inteira apenas à compreensão desses princípios. No entanto, pretendemos manter o foco na formulação efetuada pelos autores citados no início do texto, no sentido de que todo esse arcabouço principiológico não se trata apenas da estipulação de procedimentos necessários para a criação da lei; tratam-se, sobretudo, de virtudes procedimentais, tidas como referências morais dentro do próprio Direito, pois envolvem objetivos aspiracionais aplicados dentro do sistema de regras. Sendo assim, a observação dessas orientações por parte dos órgãos públicos quando da realização de seus atos torna a sua atuação não apenas respeitosa com os fundamentos e princípios republicanos, mas também mais eficaz.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

No âmbito do Judiciário, portanto, a moralidade interna das leis, conforme delineado por Fuller, deve ser reforçada, sobretudo por significar orientações que vinculam as autoridades e reafirmam o império da lei. Num cenário no qual indeterminações de linguagem fazem parte do ordenamento jurídico, uma vez que as regras são incapazes de preverem todas as possibilidades de conflitos existentes, a moralidade interna do sistema jurídico representa um caminho interpretativo que vincula a autoridade. Em um contexto de frequente observação das desideratas de Fuller, a autonomia do Direito tornar-se-ia cada vez mais afirmativa, influenciando e vinculando não apenas as decisões judiciais, mas também as decisões dos órgãos políticos. Reforçar-se-ia, cada vez mais, a ideia de critérios para decidir, subjacentes ao próprio sistema, advindos de uma moralidade que lhe é intrínseca; critérios vinculantes em todos os setores em que se tomam decisões com efeitos políticos; critérios, sempre, respeitosos e em coerência com o Estado de Direito. Significa dizer que, no caso exaltado por Sunstein e Vermeule, tanto as agências reguladoras devem respeitar e serem orientadas pela moralidade interna do sistema, quanto os ministros, sob a pretensão de controle do abuso de poder, devem observá-los, afastando-se de qualquer pretensão ativista. Com efeito, essas lições podem servir de interessante paradigma para o controle judicial do espaço decisório dos nossos órgãos políticos independentes.

Nesse sentido, a moralidade interna proposta por Fuller é uma importante contraposição ao poder autoritário — o contexto nazista em que foi desenvolvida é uma prova disso. Esse arcabouço teórico, contudo, possui raízes consideravelmente mais antigas. Exemplo disso são as formulações aquinianas entre as questões 90-96 da segunda parte do *"Summa Theologica"*, em que há o desenvolvimento de ideias muito semelhantes para a formulação do Direito.

Para São Tomás de Aquino [4], a lei consiste numa *"ordenação da razão para o bem comum, promulgada pelo chefe que governa a comunidade"*. Ainda, precisa ser promulgada *"ao futuro pela persistência da escrita"*. Identificamos, portanto, a ideia de promulgação escrita e de prospectividade. Contudo, apenas isso não basta. Para algo ser considerado lei, também precisa ser *"honesta (…), justa, possível, natural, conforme aos costumes pátrios, conveniente ao lugar e ao tempo (…)"*. Com isso, as características de generalidade e perfectibilidade também se fazem presentes.

A lei também precisa ser clara e conforme a razão, o que impossibilita a contradição e concretiza a consistência. Não só isso, ela ainda precisa possuir uma retidão própria: *"Na ordem das coisas materiais a retidão é considerada absolutamente; e por isso permanece na sua essência. Ao passo que a retidão da lei é considerada em relação a utilidade comum, a qual não é sempre proporcionada uma mesma realidade, como já se disse. Por isso essa retidão é susceptível de mudança"*. Assim, Aquino sustenta a estabilidade/durabilidade da legislação e não a sua imutabilidade.

Por fim, e provavelmente a característica mais emblemática a ser afirmada em pleno século XIII, *"quanto à força diretiva da lei, o príncipe, por vontade própria, a ela está sujeito conforme esta disposição: quem estabeleceu uma lei para outrem também deve se lhe submeter"*. A afirmação de uma "força diretiva" da lei apta a subordinar o poder real é ilustrativa das raízes do *rule of law* contemporâneo, além de caracterizar a congruência do Direito.

Há diferenças, evidentemente, pois, em São Tomás de Aquino, o fundamento último do direito encontra-se na razão humana como guia de conduta, o que se manifesta no conceito de beatitude racional e na compreensão da Divindade. No entanto, para além disso, há uma importante contribuição no sentido de desenvolver critérios externos de moralidade que limitam a atuação da autoridade e servem como relevantes formas de controle do exercício do poder já no medievo. Veja-se que, tanto as características como a relação entre a lei e a beatitude

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

— nos termos aquinianos — denotam, na sua essência, a limitação das possibilidades práticas de atuação do imperador, tanto nas funções legislativas como nas executivo-administrativas, a uma ordem hierárquica superior preenchida pela compreensão do Direito natural. Os valores cristãos, sem sombra de dúvidas, continuam a mover e conformar parcelas significativas da nossa compreensão ocidental de sociedade, mas a noção da necessidade de limitação da autoridade a partir de características e critérios definidos que se percebem num desenvolvimento desde o movimento clássico greco-romano e acentuam-se a partir das contribuições do jusnaturalismo eclesiástico é que formarão as bases para os movimentos constitucionalistas modernos.

Trata-se de uma compreensão da criação, publicação e aplicação do Direito como um todo coerente e íntegro, nos termos formulados por Lenio Streck na contemporaneidade. Em que pese o jusnaturalismo e a crítica hermenêutica possuam referenciais teóricos essencialmente divergentes, ambas as compreensões possuem um ponto em comum: a afirmação da autoridade do Direito e a existência de critérios para as decisões das autoridades. Ambas possuem um propósito em comum: limitar o uso arbitrário e irracional do poder. A CHD de Streck, a partir do paradigma hermenêutico; o jusnaturalismo de Fuller, a partir da moralidade interna do sistema jurídico.

Em que pese essencialmente diferentes, São Tomás de Aquino com o jusnaturalismo clássico, Lon Fuller com o jusnaturalismo contemporâneo e Lenio Streck com a crítica hermenêutica do Direito, todos identificam princípios condutores do fenômeno jurídico, o que possibilita a decisão racional e afasta o simples exercício de poder — seja no Judiciário ou seja nos demais órgãos públicos. Há, ainda, alternativas ao sujeito solipsista nas três correntes teóricas.

Com isso, reconhece-se o *rule of law* não só como o caminho a ser percorrido, mas também como detentor de critérios limitadores dos diversos espaços decisórios das autoridades judiciais, administrativas e políticas. A questão principal, então, versa sobre a subordinação dessas diferentes autoridades ao ordenamento jurídico. Trata-se, ainda, de discutir quais são as características essenciais para as ações/decisões serem consideradas como tal.

Uma possível resposta pode ser encontrada numa releitura de São Tomás de Aquino, que afirma: o Direito não é a vontade do soberano, mas é algo próprio da racionalidade humana. Ele é, na essência, a racionalização dos comandos para a busca de uma comunidade virtuosa em prol da felicidade. A razão de existir é, assim como na CHD, reafirmar a normatividade de critérios racionais norteadores para que algo seja *legitimamente* considerado como jurídico. Com São Tomás de Aquino, lembramos que caso a autoridade pública falhe em atender esses critérios, o mero exercício da sua vontade teria mais sabor de ilegalidade do que de Direito.

[1] SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The Very Structure of Modern Government Is Under Legal Assault. The New York Times, 15 set 2020. Disponível em < https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>.

[2] Utilizamos o adjetivo “administrativo” como gênero. Ressaltamos, contudo, que reconhecemos posições doutrinárias interessantes que, por exemplo, defendem a natureza jurisdicional *lato sensu* para as decisões dos Tribunais de Contas. Entretanto, esse debate não será o foco da presente pesquisa.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A ideia foi simplesmente referir-se a decisões não judiciais.

[3] FULLER, Lon L. The Morality of Law. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.

[4] Todas as explicitações foram extraídas da *Summa Theologica*, que pode ser acessada aqui: https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf.

Date Created
21/11/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.